ULISES MONTOYA MANFREDI
ULISES MONTOYA ALBERTI HERNANDO MONTOYA ALBERTI

DERECHO COMERCIAL

11ª edición actualizada

TOMO I

PARTE GENERAL - DERECHO DE SOCIEDADES
DERECHO CONCURSAL - DERECHO DEL CONSUMIDOR
DERECHO DE LA COMPETENCIA

EDITORA JURÍDICA GRIJLEY

Primera edición, 1973

Novena edición, 1998
Décima edición, 1999
Undécima edición, 2004

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2004, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Composición e Impresión Gaceta Grafica Editores

Hecho el Depósito Legal N° 1501012003-6813
ISBN 9972-04-021-6 (obra completa)
ISBN 9972-04-022-4 (Tomo I)

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
Jr. Lampa 1154 - Lima 1, Perú
Telfs: 426 1631 / 427 3147
Telefax: 427 6038
E-mail: grijley@terra.com.pe

Sede en TRUJILLO
Jirón Pizarro 540
(al lado de la Corte Superior)
Telefax: 471640
Celular: 843 4434

Sede en CHICLAYO
San José 1067
(frente a la Corte Superior)

Sede en AYACUCHO
Jr. Lima 114
Telef 814120

Sede en AREQUIPA
San José 315
(a media cuadra del Poder Judicial)

A la memoria de mi madre

PRÓLOGO
A LA UNDÉCIMA EDICIÓN

En los últimos tres años, que es el tiempo que ha transcurrido desde la décima edición (1999) de esta obra, se han producido cambios importantes en las disposiciones relacionadas con el Derecho Comercial, tales como la dación de una nueva Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287), que manteniendo los principios en materia cambiaria incorporados en la Ley N° 16587, se han considerado en un solo cuerpo legal los títulos valores que se encontraban dispersos en diversas normas.

Por otra parte, el procedimiento de reestructuración patrimonial ha sido sustituido por un procedimiento concursal más acorde con nuestra realidad y que recoge las experiencias pasadas en este campo, contenidos en la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809).

En cuanto a la Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo N° 861, ha sido materia de importantes modificaciones a través de la Ley N° 27649.

La importancia del llamado Derecho del Consumidor, al que consideramos parte del moderno Derecho Comercial, nos han llevado a desarrollar, en forma más extensa que en la edición anterior, aspectos relacionados con este campo, conscientes que es necesario divulgar su conocimiento y principios para que estos puedan ser exigidos y llevados a la práctica.

Esta edición, al tratar en particular lo concerniente a la nueva Ley de Títulos Valores, sigue las mismas pautas que las ediciones anteriores editadas durante la vida de nuestro padre, al recoger en la obra sus enseñanzas y su percepción del Derecho Comercial. Consideramos que, es necesario como un homenaje a su memoria, mantener su lugar como principal autor, siendo nuestra labor la de actualizarla.

Prólogo a la Undécima Edición

Esta edición constará de tres volúmenes, ya que se ha considerado conveniente tratar en forma independiente los llamados contratos mercantiles, tanto los que podemos denominar clásicos –que se encuentran en el Código de Comercio– y los denominados modernos, producto del desarrollo de las actividades comerciales que el derecho mercantil ha recogido.

Lima, diciembre del 2003

Ulises Montoya Alberti
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Hernando Montoya Alberti
Profesor en las Universidades de San Marcos, de Lima, San Martín de Porres y Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE)

NOTA DEL EDITOR
A LA DÉCIMA EDICIÓN

Debido a la generosa acogida de los lectores a la edición anterior, la cual se encuentra agotada, y a una serie de modificaciones ocurridas en algunas instituciones de los derechos societario, cartular, bursátil y de la competencia, aparece ahora una nueva entrega de esta obra, todo un hito en el derecho mercantil peruano.

De este modo, en el primer tomo se han incorporado algunas glosas sobre protección a los accionistas minoritarios en las sociedades anónimas abiertas, reparto de utilidades, inscripción de la reorganización en el caso de sociedades constituidas en el extranjero, titulares de acciones de inversión (antes acciones de trabajo) y algunas disposiciones en materia contable del régimen societario.

En el segundo, se han adicionado comentarios complementarios en el tema del aval y de la caducidad de la acción de regreso, ambos en lo concerniente a la sección sobre títulos valores. En lo que respecta al Mercado de Valores, se han precisado algunas cuestiones acerca del inversionista institucional, de la información como requisito para la transparencia del mercado, de las ofertas públicas de valores, de los valores mobiliarios, de mecanismos centralizados de negociación (p.e., la negociación en rueda de valores extranjeros), de las operaciones del mercado de valores, de las instituciones de compensación y liquidación de valores (ICLV), de los fondos mutuos y sus sociedades administradoras, de las bolsas de productos (instituciones de apoyo), etc. Finalmente, en materia de Derecho de la competencia, se ha actualizado el tratamiento de la organización administrativa del Indecopi, de las prácticas restrictivas de la libre competencia, de la protección al consumidor, del procedimiento administrativo en estas instancias y de las otras instituciones de protección al consumidor.

Asimismo, es de destacar que en ambos volúmenes se han insertado nuevas sumillas de ejecutorias y resoluciones emitidas recientemente por las instancias correspondientes, para que así los usuarios dispongan de un conocimiento más amplio de lo resuelto por la jurisprudencia en estos importantes campos, arriba mencionados, del derecho comercial.

El Editor

ÍNDICE

Prólogo a la Undécima Edición vii
Nota del Editor a la Décima edición ix

SECCIÓN I
PARTE GENERAL

Capítulo I: Noción de comercio 3
1. El comercio como fenómeno económico 3
2. Aparición, desarrollo e importancia del comercio 3
3. Clasificación del comercio 5

Capítulo II: Concepto de derecho comercial 7
4. Origen del derecho comercial 7
5. El derecho comercial corporativo 8
6. Concepto del derecho comercial por razón de la persona 9
7. Concepto del derecho comercial por razón del objeto 10
8. El derecho comercial como derecho que regula los actos en masa 11
9. El derecho comercial como derecho de las empresas 12
10. Los factores de desarrollo del derecho comercial 13
11. Nuevas orientaciones del derecho comercial 14
12. El derecho comercial y la integración económica 16

Capítulo III: Autonomía del derecho comercial 19
13. Fundamentos de la autonomía del derecho comercial 19
14. Relaciones del derecho comercial con el derecho civil 20

15. Relaciones del derecho comercial con el derecho público y administrativo 22
16. Relaciones del derecho comercial con el derecho industrial 23
17. Relaciones del derecho comercial con el derecho tributario 23
18. Relaciones del derecho comercial con el derecho penal 24
19. Relaciones del derecho comercial con el derecho internacional 24
20. Relaciones del derecho comercial con el derecho procesal 25
21. Relaciones del derecho comercial con el derecho económico 25
22. Métodos del derecho comercial 26
23. Los sistemas del derecho comercial 27

Capítulo IV: FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL 29
24. Concepto de fuentes del derecho comercial 29
25. La ley mercantil 30
26. La legislación civil 31
27. Los usos y costumbres comerciales 32
28. La equidad 36
29. La jurisprudencia 36
30. La doctrina mercantilista 37
31. Jerarquía de las fuentes del derecho comercial 37

Capítulo V: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL 41
32. De la antigüedad al siglo XIII 41
33. Del siglo XIII al siglo XV 45
34. Del siglo XV al Código de Comercio francés 48
35. Del Código francés hasta nuestros días 50

Capítulo VI: LA LEGISLACIÓN COMERCIAL EN EL PERÚ 55
36. La legislación anterior al Código de Comercio vigente 55
37. El Código de Comercio de 1902 56
38. La reforma del Código de Comercio 57
39. Las leyes sobre títulos valores, sociedades y mercado bursátil 59
40. Leyes complementarias 61

Capítulo VII: ACTOS DE COMERCIO 67

41. Definición del acto de comercio 67
42. Clasificación de los actos de comercio 68
43. Los actos de comercio y la autonomía del derecho comercial 68
44. Actos de comercio, actos jurídicos y hechos jurídicos 69
45. El acto de comercio en el código peruano 70

Capítulo VIII: EMPRESA COMERCIAL 73

46. La empresa desde el punto de vista económico 73
47. Concepto jurídico de empresa 74
48. Empresario y empresa 76
49. Elementos integradores de la empresa y sus signos distintivos 78
50. Clasificación de las empresas y su reforma en la legislación peruana 84
51. Empresas pequeñas y medianas, empresa individual de responsabilidad limitada, empresas cooperativas y empresas de propiedad social 89

Capítulo IX: COMERCIANTE INDIVIDUAL 93

52. Concepto de comerciante individual 93
53. Capacidad legal para ejercer el comercio 95
54. Incapacidad para el ejercicio de la actividad mercantil 96
55. El cónyuge comerciante 97
56. Autorización judicial 97
57. Efectos del ejercicio del comercio por el cónyuge 98
58. Prohibiciones para ejercer el comercio 98
59. El Estado y las entidades de derecho público como comerciantes 99
60. Adquisición y pérdida del estado de comerciante 100
61. Comerciante extranjero 101
62. Empresa individual de responsabilidad limitada 102

Capítulo X: AUXILIARES DEL COMERCIO Y AUXILIARES DEL COMERCIANTE 107

63. Concepto de auxiliares 107
64. Instituciones auxiliares del comercio 108

65. Bolsas de comercio 109
66. Las bolsas de valores en el Perú 109
67. La bolsa de productos 110
68. La Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) .. 111
69. Las sociedades agentes de bolsa 112
70. Almacenes generales de depósito 113
71. Cámaras de comercio 114
72. Cámaras de compensación 116
73. Rematadores o martilleros 117
74. Auxiliares del comerciante 119
75. Los factores o gerentes 121
76. Los dependientes 122

Capítulo XI: CONTABILIDAD COMERCIAL 125
77. Obligación del comerciante de llevar libros de contabilidad 125
78. Libros obligatorios 126
79. Libros auxiliares y otros elementos de contabilidad 128
80. Requisitos de los libros 129
81. Reserva de la contabilidad y casos de comunicación y exhibición 130
82. Valor probatorio de los libros 131
83. Conservación de los libros 132

SECCIÓN II
SOCIEDADES

Capítulo XII: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS SOCIEDADES 137
84. Concepto legal de sociedad 138
85. Definición de sociedad 138
86. Naturaleza jurídica de la sociedad 139
a) La teoría clásica contractual 139
b) Las teorías del acto social constitutivo y del acto complejo 140
c) La teoría institucionalista 141

d) La teoría del contrato plurilateral 141
e) La posición de la Ley General de Sociedades 141
87. Sociedad y comunidad de bienes 142
88. Elementos de la sociedad 142
89. Los aportes 147
a) Forma del aporte y bienes aportables 148
b) A título de qué se aporta 148
c) Aportes dinerarios 149
d) Aportación de bienes muebles o inmuebles 149
e) Aporte de títulos valores o documentos de crédito 150
f) Aporte de servicios 151
g) Valuación de aportes no dinerarios 151
h) Saneamiento de los aportes 151
i) Riesgo de los bienes aportados 152
j) Pérdida del aporte antes de su entrega 152
k) Mora en los aportes comprometidos 153
90. Denominación o razón social 153
91. Domicilio de la sociedad 157
92. Duración de la sociedad 157
93. Objeto de la sociedad 158
94. Clasificación de las sociedades por la responsabilidad 160
95. Sociedades de personas y sociedades de capitales 161
96. Clases de sociedades 161
97. Constitución de la sociedad 162
98. Contenido de la escritura pública de constitución 163
a) El pacto social 164
b) El estatuto 164
99. Inscripción y publicidad del pacto social 165
100. Gastos necesarios para la constitución 168
101. Personalidad jurídica de la sociedad 168
102. Nacionalidad de la sociedad 170

103. Administración y representación de la sociedad 170
104. Contratos preparatorios en sociedades 172
105. Correspondencia de la sociedad 173
106. Publicaciones 173
107. Plazos y caducidad 175
108. Copias certificadas 176
109. Emisión de títulos y documentos 177
110. Arbitraje y conciliación 177

Capítulo XIII: SOCIEDAD ANÓNIMA 179
111. Concepto 180
112. Denominación 180
113. Capital inicial 181
114. Publicidad 182
115. Carácter supletorio de la ley 182
116. Fundación simultánea de la sociedad 183
117. Fundación por oferta a terceros 184
118. Contenido del pacto de constitución social y del estatuto 189
119. Otorgamiento e inscripción de la escritura constitutiva 191
120. Caducidad del proceso fundacional 192
121. Fundadores 192
122. Los aportes 194

Capítulo XIV: LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA 197
123. Concepto de acción 197
124. Certificados provisionales 204
125. Control indirecto de acciones 204
126. Acciones ordinarias y acciones preferenciales 205
127. Acciones nominativas y acciones al portador 205
128. Derechos del accionista 206
a) Acciones con derecho a voto 206
b) Acciones sin derecho a voto 208

129. Certificado de suscripción preferente 210
130. Usufructo de acciones 211
131. Prenda de acciones 212
132. Medidas cautelares sobre acciones 212
133. Transferencia de acciones 212
134. Adquisición por la sociedad de sus acciones 214
135. Préstamos y anticipos con garantía de acciones 216

Capítulo XV: JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS 217
136. Concepto 217
137. Clases de juntas 218
138. Atribuciones de la junta 218
139. Convocatoria 219
140. Concurrencia a las juntas 221
141. Derecho de información 223
142. Quórum 224
143. Intervención de los socios en las juntas 225
144. Presidencia de la junta 226
145. Suspensión del derecho de voto 227
146. Constancia de la celebración de las juntas 227
147. Impugnación de acuerdos 229
148. Suspensión de acuerdos 233

Capítulo XVI: DIRECTORIO 235
149. Concepto 235
150. Elección y remoción del directorio 236
151. Requisitos para ser director 237
152. Directores por minoría 238
153. Directores delegados 239
154. Remuneración del directorio 240
155. Duración del cargo 240
156. Vacancia 241

157. Competencia 241
158. Sesiones 242
159. Obligaciones del directorio 245
160. Responsabilidad de los directores 246

Capítulo XVII: GERENCIA 251
161. Concepto 251
162. Designación y revocación del gerente 251
163. Atribuciones 252
164. Responsabilidad del gerente 253

Capítulo XVIII: MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL 255
165. Requisitos para la modificación 255
166. Protección del accionista 257
167. Derecho de separación 257
168. Publicidad de la modificación 259
169. Aumento del capital 259
170. Autorización de aumento de capital 264
171. Certificado de suscripción preferente 265
172. Reducción del capital 267
173. Derecho de oposición de los acreedores 269
174. Reducción por pérdidas 270

Capítulo XIX: ESTADOS FINANCIEROS Y APLICACIÓN DE UTILIDADES 273
175. Concepto de balance 273
176. Activo 275
177. Pasivo 276
178. Memoria 280
179. Estado de ganancias y pérdidas 280
180. Control de los estados financieros 282
181. Reserva legal 284
182. Reparto de utilidades 285

Capítulo XX: SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA 289
183. Definición 289
184. Denominación 290
185. Transferencia de acciones 290
186. Auditoría externa 291
187. Representación en la junta general 291
188. Derecho de separación 292
189. Convocatoria a junta de accionistas 292
190. Juntas no presenciales 292
191. Directorio facultativo 293
192. Exclusión de accionistas 293
193. Adaptación a la forma de sociedad anónima cerrada 293

Capítulo XXI: SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA 295
194. Definición 295
195. Denominación 296
196. Control de la CONASEV 297
196 A. La protección al accionista minoritario en la sociedad anónima abierta 297
197. Estipulaciones no válidas 301
198. Convocatoria a solicitud de accionistas 301
199. Derecho de concurrencia a la junta 302
200. Quórum y mayoría 302
201. Publicación de la convocatoria 302
202. Derecho de información fuera de la junta 302
203. Aumento de capital en forma preferente 303
204. Auditoría externa anual 303
205. Derecho de separación 303
206. Adaptación a la forma de sociedad anónima abierta 304

Capítulo XXII: SOCIEDAD COLECTIVA 305
207. Concepto 305

208. Razón social 307
209. Modificación del pacto social 308
210. Administración 308
211. Limitaciones a las facultades de administración 310
212. Obligaciones de los administradores 310
213. Relaciones jurídicas internas 311
214. Relaciones con terceros 314
215. Separación, exclusión o muerte de los socios 315

Capítulo XXIII: SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE 317
216. Concepto 317
217. Razón social 317
218. Aportes 318
219. Administración de la sociedad 319
220. Derechos y obligaciones de los socios 320

Capítulo XXIV: SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES 321
221. Concepto 321
222. Razón social o denominación 321
223. Constitución 322
224. Administración 322
225. Modificación del pacto social 324

Capítulo XXV: SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA 325
226. Concepto 325
227. Denominación 326
228. Capital social 326
229. Gerencia 327
230. Junta general 329
231. Modificación de la escritura. aumento y reducción del capital 330
232. Régimen de las participaciones sociales 331
233. Balance y distribución de utilidades 334
234. Separación y exclusión de socios 334

Capítulo XXVI: SOCIEDADES CIVILES 337
235. Concepto 337
236. Clases 338
237. Razón social 338
238. Capital social, participaciones y transferencias 338
239. Administración 339
240. Junta de socios 340
241. Libros y registros 341
242. Utilidades y pérdidas 341
243. Estipulaciones por convenir en el pacto social 341
244. Disolución y liquidación 343

Capítulo XXVII: EMISIÓN DE OBLIGACIONES 347
245. Concepto de obligación 347
246. Escritura de emisión 349
247. Requisitos de los títulos 351
248. Sindicato de obligacionistas 353
249. Asamblea de obligacionistas 354
250. El representante de los obligacionistas 357
251. Acciones a ejercitar por los obligacionistas 358
252. Prelación de las obligaciones 359
253. Reembolso, rescate y cancelación de garantías 359

Capítulo XXVIII: TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES 363
254. La reorganización de las sociedades 363
255. Concepto 363
256. Acuerdo de transformación 364
257. Derecho de separación 366
258. Responsabilidad de los socios 367
259. Formalidades de la transformación 367

Capítulo XXIX: FUSIÓN DE SOCIEDADES 369
260. Concepto 369

261. Clases de fusión 371
262. Efectos de la fusión 371
263. Requisitos y proceso de fusión 372
a) Proyecto de fusión 372
b) El balance 374
c) Publicación 375
264. Derecho de separación 375
265. Derecho de los acreedores 376
266. Escritura de fusión 377
267. Efecto de la fusión en las sucursales 379

Capítulo XXX: ESCISIÓN DE SOCIEDADES 381
268. Concepto 381
269. Clases de escisión 382
270. Efectos de la escisión 383
271. Requisitos y proceso de escisión 384
a) El proyecto de escisión 384
b) El balance 387
c) Publicación 387
272. Derecho de separación 388
273. Derecho de los acreedores 388
274. Escritura de escisión 389

Capítulo XXXI: OTRAS FORMAS DE REORGANIZACIÓN 393
275. Reorganización simple 393
276. Otras formas de reorganización 394
277. Reorganización de sociedades constituidas en el extranjero 395

Capítulo XXXII: SUCURSALES 399
278. Creación de sucursales 399
279. Inscripción 400
280. Sucursales de sociedades extranjeras 401
281. Disolución y liquidación de las sucursales 403

Capítulo XXXIII: DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE SOCIEDADES ... 405
282. Concepto ... 405
283. Causales de disolución ... 406
284. Causales especiales de disolución ... 409
285. Proceso de liquidación ... 410
286. Operaciones de liquidación ... 411
287. Liquidadores ... 412
288. Terminación del cargo ... 415
289. Balance de liquidación ... 415
290. Cuota de liquidación ... 416
291. Fin de la liquidación ... 417
292. Posición de los acreedores ... 417
293. Extinción de la sociedad ... 418
294. Responsabilidad frente a acreedores impagos ... 418

Capítulo XXXIV: SOCIEDADES IRREGULARES ... 419
295. Concepto ... 419
296. Administración de la sociedad irregular ... 421
297. Efectos de la irregularidad ... 422
298. Disolución y liquidación de las sociedades irregulares ... 424
298-A. Extinción de la sociedad por prolongada inactividad ... 425

Capítulo XXXV: REGISTRO MERCANTIL ... 427
299. Concepto ... 427
300. Organización del registro ... 428
301. Inscripción del comerciante individual ... 430
302. Actos inscribibles referentes al comerciante ... 430
303. Inscripción de sociedades ... 430
304. Efectos de la inscripción ... 433
305. Oportunidad de la inscripción ... 433

Capítulo XXXVI: CONTRATOS ASOCIATIVOS. ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN ... 435
306. Contratos asociativos ... 435

307. Asociación en participación 435
308. Efectos del contrato 436
309. Administración 437
310. Participación de las partes 437
311. Terminación del contrato 438

Capítulo XXXVII: CONTRATO DE CONSORCIO 439
312. Concepto 439
313. Función económica 440
314. La participación 441
315. La administración 442
316. Utilidades 443

SECCIÓN III
REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL Y SISTEMA CONCURSAL

Capítulo XXXVIII: REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL Y SISTEMA CONCURSAL 447
317. Antecedentes 447
318. El procedimiento de reestructuración patrimonial 451
319. La insolvencia 453
a) La declaratoria de insolvencia y la difusión del proceso 455
320. El procedimiento concursal ordinario 457
321. La protección del patrimonio 461
322. El reconocimiento de créditos y la orden de prelación para el pago de los créditos 465
a) El reconocimiento de créditos 465
b) Orden de prelación para el pago de los créditos 467
323. La inexigibilidad de las obligaciones 468
324. El destino de la empresa 470
325. La junta de acreedores 472
326. El plan de reestructuración 475

340. Organismo competente 521
341. Funcionamiento y competencia 521
342. Ámbito de aplicación 521
343. Regla de la razón y regla per se 522
a) La regla de la razón 522
b) La regla per se 522
344. Posición de dominio en el mercado 523
345. Prohibición de la posición de dominio 523
346. Abuso de posición de dominio 523
347. Prácticas restrictivas de la libre competencia 526
348. Integración y restricción de la competencia 528
349. Actuaciones paralelas 529
350. Prácticas concertadas 529
351. Competencia y fusiones de empresas 534
352. La propiedad industrial y el monopolio 535
353. Sanciones 537
a) Sanciones administrativas 537
b) Sanciones penales 537
354. Acción por daños y perjuicios 538
355. Procedimiento administrativo 538
356. Procedimiento judicial 540

Capítulo XLI: REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. DECRETO LEY Nº 26122 541
357. Generalidades 541
358. Base legal 542
359. Finalidad 542
360. Competencia desleal y competencia ilícita 542
361. Organismo competente 542
362. Ámbito de aplicación 543
363. Definición 544
364. Actos no considerados como competencia desleal 544

327. La disolución y liquidación de la empresa 479
328. Efectos de la aprobación del convenio de liquidación 481
329. Facultades y obligaciones del liquidador 483
330. La quiebra de la empresa 487
331. Procedimiento concursal preventivo 489
332. Impugnación de acuerdos de la junta de acreedores 491
333. La situación de concursado de las personas naturales 492

SECCIÓN IV
DERECHO DEL CONSUMIDOR

Capítulo XXXIX: INDECOPI 499
334. Derecho de la competencia 499
335. Indecopi 500
335.1. Finalidad 501
335.2. Organización 501
a) El Directorio 501
b) Estructura orgánica 501
b.1. Estructura orgánica administrativa 501
b.2. Estructura orgánica funcional 502
c) Funciones generales de las Comisiones 502
d) Funciones específicas de las Comisiones 503
e) Secretaría Técnica 515
f) De las Oficinas 515
g) Tribunal de Defensa de la Competencia y de Propiedad Intelectual 516
336. Descentralización 517
337. Servicios que presta 517

Capítulo XL: PRÁCTICAS MONOPÓLICAS CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA. DECRETO LEGISLATIVO Nº 701 519
338. Antecedentes 519
339. Finalidad 520

377.5. Subvenciones prohibidas y recurribles 586
377.6. Subvenciones que no dan derechos a medidas compensatorias . 587
378. Derechos antidumping y derechos compensatorios 589
378.1. Derechos antidumping 589
378.2. Derechos compensatorios 589
378.3. Aplicación de los derechos antidumping y los derechos compensatorios 589
378.4. Derechos antidumping y derechos compensatorios provisionales 590
378.5. Derecho antidumping y derecho compensatorio definitivos 590
379. Procedimiento administrativo 591
379.1. Solicitud 591
379.2. Etapas del procedimiento administrativo sobre dumping y subvenciones 592
379.2.1. Presentación de la solicitud de inicio de investigación y evaluación de la solicitud 592
379.2.2. Pruebas 594
379.2.3. Información confidencial 594
379.2.4. Procedimiento de investigación 595
379.2.5. Aplicación de medidas provisionales para el dumping y las subvenciones 596
379.2.6. Notificación de hechos esenciales 596
379.2.7. Resolución definitiva. Aplicación de derechos definitivos 597
379.2.8. Naturaleza jurídica de los derechos definitivos 598
379.3. Recursos impugnativos 599
379.3.1. Vía administrativa 599
379.3.2. Procedimiento ante el Poder Judicial 600
380. Reclamaciones internacionales ante la OMC 600
381. Reclamaciones ante la comunidad andina 601
381.1 Inicio de la investigación 602
381.2. Valoración de la prueba para iniciar la investigación 603
381.3. Período de la investigación 603

381.4. Medidas provisionales 604
381.5. Conclusión de la investigación 604

Capítulo XLIII: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. DECRETO LEGISLATIVO Nº 716 605
382. Generalidades 606
383. Información 606
383.1 Información asimétrica 607
383.2. Idoneidad 607
384. Desarrollo de los derechos del consumidor 608
385. Base legal 609
386. Ámbito de aplicación 610
387. Organismo competente 611
388. Definiciones 611
388.1 Consumidores y usuarios 612
388.2. Consumidor responsable 614
388.3. Proveedor 615
388.4 Producto y servicio 616
389. Libertad de organización de los consumidores 617
390. Derecho de defensa. Intereses difusos 617
391. Derechos del consumidor 619
391.1 Directrices de la Organización de las Naciones Unidas 620
391.2. Reconocimiento de los derechos de los consumidores 620
392. Obligación de los proveedores 625
392.1. Obligación de no discriminar 626
392.2. Responsabilidad por la idoneidad y calidad del producto y servicio 627
392.3. Obligación de advertencia de riesgos 627
392.4. Obligación de brindar suministro oportuno o servicios de reparación y mantenimiento 628
392.5. Prohibición de métodos comerciales coercitivos 629
393. Información de la oferta de bienes y servicios 629

365. Calificación del acto de competencia desleal 545
366. Actos de competencia desleal 546
367. Supuestos tipificados como competencia desleal 548
367.1. Actos análogos 549
367.2. Actos de confusión 549
367.3. Acto de engaño 551
367.4. Acto de engaño sobre procedencia geográfica 552
367.5. Actos de denigración 553
(i) La difusión de la comunicación 554
(ii) La determinación del presunto afectado por las afirmaciones difundidas 554
(iii) El contenido de las afirmaciones difundidas 555
367.6. Actos de comparación 555
367.7 Actos de imitación 555
367.8. Violación de secretos 556
367.9. Inducción a la infracción contractual 557
367.10. Violación de normas 558
a) Que el hecho materia de denuncia no constituya un supuesto de competencia prohibida 559
b) Que se haya producido la efectiva infracción de una norma de carácter público e imperativo 560
c) Que el infractor de la norma haya obtenido una ventaja competitiva de carácter significativo frente a sus competidores 560
367.11. Discriminación 561
367.12. Copia o reproducción no autorizada 564
367.13. Infracciones a los derechos de propiedad industrial 565
367.14. Dumping y subsidios 565
368. Aplicación de normas supletorias 566
369. Sanciones 566
369.1. Sanciones administrativas 566
369.2. Prescripción de las infracciones 566
369.3 Sanciones penales 568

369.4 Procedencia de la denuncia penal 568
369.5 Acción por daños y perjuicios 568
370. Procedimiento administrativo 569
371. Procedimiento judicial 569

Capítulo XLII: DUMPING Y SUBVENCIONES 571
372. Aspectos generales 572
373. Base legal 573
373.1. Normas de carácter supranacional 573
373.2. Normas que regulan el ordenamiento interno 573
373.2.1. Organización Mundial del Comercio (OMC) 573
373.2.2. Comunidad Andina de Naciones 574
373.3. Normas que regulan el ordenamiento interno 575
374. Comisión de fiscalización de dumping y subsidios 576
375. Definición de dumping 577
a) Valor normal 577
b) Precio de exportación 579
c) Comparación 579
d) Margen de dumping 579
e) Determinación de la existencia de daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional 579
f) Relación causal 582
376. Clases de dumping 582
376.1 Dumping permanente 582
376.2 Dumping ocasional 583
376.3. Dumping social 583
376.4. Dumping cambiario 583
377. Subvenciones 584
377.1. Definición 584
377.2. Diferencia entre dumping y subvención 584
377.3. Requisitos 585
377.4. Subvenciones específicas 586

393.1. Ofertas de promoción 629
393.2. Pago con tarjeta de crédito 630
393.3 Publicidad sobre rebaja de precios 630
394. Crédito al consumidor 630
394.1. Pagos anticipados 631
394.2. Cobranza de acuerdo a procedimientos previstos en la ley 632
395. Responsabilidades del proveedor frente a los consumidores 633
395.1. Pago de dinero 633
395.2. Reposición del producto o devolución del pago en exceso 633
395.3. Reparación gratuita, reposición y devolución del pago 634
395.4. Títulos valores emitidos incompletos 634
395.5. Indemnización por daños y perjuicios 635
396. Infracciones y delitos 635
397. Sanciones 637
397.1. Sanciones administrativas 637
397.2. Graduación de la pena 637
a) Gravedad de la falta cometida 637
b) El daño resultante de la infracción 638
c) Los beneficios obtenidos por el proveedor 638
d) Conducta del infractor 639
e) Los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado 639
f) Otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado la Comisión 639
397.3. Medidas correctivas 640
397.4. Sanciones civiles 641
397.5. Sanciones penales 642
398. Sistemas alternativos de resolución de disputas 642
399. Procedimiento administrativo 643
400. Procedimiento judicial 644
401. Asociaciones de consumidores. convenios de cooperación 644

Capítulo XLIV: NORMAS DE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR. DECRETO LEGISLATIVO Nº 691 647

402. Antecedentes 648

403. Base legal 649

404. Organismo competente 649

405. Fiscalización 651

406. Definiciones 651

406.1. Publicidad comercial 652

406.2. Anuncio 652

406.3. Publicidad de envase 653

406.4. Producto 653

406.5. Consumidor 653

406.6. Agencia de publicidad 653

406.7. Anunciante 653

406.8. Medios de comunicación 654

407. Ámbito de aplicación de la Ley 655

408. Principio de la buena fe 655

409. Respeto de los anuncios a la Constitución y a las leyes 656

410. Deber de veracidad 657

410.1. Veracidad de la información 657

410.2. Productos peligrosos 658

410.3. Precios 660

410.4. Engaño 662

410.5. Información relevante 662

410.6. Inducción a error 663

411. Publicidad encubierta 663

412. El principio de autenticidad 665

413. El principio de libre y leal competencia 665

413.1. Imitación 666

413.2. Confusión 666

413.3. Denigración 667

414. Reglas de publicidad 667
414.1. Publicidad comparativa 668
414.2. Reglas de publicidad de bebidas alcohólicas y tabaco 669
414.2.1. Restricciones de su contenido 670
414.2.2. Horario de difusión 670
414.3. Prohibición de publicidad directa e indirecta de cigarrillos 670
414.3.1. Advertencia de salud 671
414.4. Llamadas telefónicas de contenido erótico 671
414.5. Publicidad dirigida a menores de edad 672
414.6. Publicidad de ofertas, rebajas de precios y promociones 673
414.7. Publicidad de empresas administradoras de fondos mutuos 673
414.8. Publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales 674
414.9. Publicidad comparativa entre medicamentos genéricos y medicamentos de marca 674
415. Responsabilidad por la publicidad 676
415.1. Responsabilidad por el contenido de los anuncios 676
415.2. Responsabilidad por infracciones a la ley 676
416. Sanciones 677
416.1. Sanciones administrativas 677
416.1.1 Multas 677
416.1.2. Rectificación publicitaria 677
416.1.3. Grado de sanción 678
416.2. Sanciones penales 679
417. Procedimiento administrativo 680
418. Relación entre las infracciones a las normas de publicidad comercial y las infracciones a la ley de protección al consumidor 680
419. Infracciones por la difusión del anuncio 681

Capítulo XLV: PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 683
420. Generalidades 683
421. Procedimiento único 684
a) Inicio del procedimiento y admisión a trámite 684

b) Funciones del Secretario Técnico 684
c) Trámite de la denuncia 685
d) Cómputo de los plazos 685
e) Medidas cautelares 685
e.1) Incumplimiento de la medida cautelar o de una medida correctiva 686
f) Audiencias de conciliación y arbitraje 686
g) Medios probatorios 686
h) Carga de la prueba 687
i) Auxilio policial 688
j) Informe oral 688
k) Recursos 688
l) Organismo de Resolución en Primera Instancia 689
m) Organismo de Resolución en Segunda Instancia 689
n) Nulidad de los actos administrativos 689
ñ) Resoluciones contra las que procede interponer recursos de apelación 691
o) Impugnación de las resoluciones del Tribunal 692
p) Ejecución de las resoluciones 692
q) Conflictos de competencia 693
r) Eliminación de exigencias y formalidades costosas 693
s) Costas y costos 693
t) Plazo para la tramitación de procedimientos administrativos 694
u) Custodia y préstamo de los expedientes 696
422. Publicación de la jurisprudencia administrativa 696

Capítulo XLVI: PROCEDIMIENTO JUDICIAL 699
423. Impugnación de las resoluciones 699
424. Competencia judicial 699

Capítulo XLVII: ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS 701
425. Generalidades 702

26. Organismos reguladores 702
426.1. Base legal 702
426.2. Estructura 703
426.3. Funciones 703
a) Función supervisora 704
b) Función reguladora 704
c) Función normativa 704
d) Función fiscalizadora y sancionadora 705
e) Función de solución de controversias 705
f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan 705
426.4. Función supervisora específica 705
426.5. Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas 705
426.6. Facultades de solicitar el apoyo de la fuerza pública 706
426.7. Facultad de aplicar medidas cautelares 706
426.8. Facultades de ejecución 707
426.9. Solución de controversias 707
426.10. Reclamo sin pago previo de la retribución facturada 708
426.11. Procedimiento ante el Poder Judicial 708
27. Sector de telecomunicaciones (OSIPTEL) 709
427.1. Base legal 709
427.2. Principios 710
a) Libre competencia 710
b) Principio de Neutralidad 710
c) Principio de No Discriminación 710
d) Principio de Actuación basado en el Análisis Costo/Beneficio 710
e) Principio de Transparencia 710
f) Principio de Promoción de la Competencia 711
g) Principio de Imparcialidad 711
h) Principio de Autonomía 711

i) Principio de Subsidiariedad 711
j) Principio de supletoriedad 711
k) Principio de Análisis de Decisiones Funcionales 711
427.3. Función fiscalizadora y sancionadora 712
427.3.1. Órganos competentes para el ejercicio de la unción fiscalizadora y sancionadora 712
427.3.2. Infracciones administrativas 712
427.3.3. Función de tipificación de infracciones 713
427.4. Imposición de sanciones 713
427.4.1. Multas 714
427.4.2. Registro de sanciones 714
427.4.3. Facultades coactivas 714
427.5. Función de solución de controversias 714
427.6. Controversias en la vía administrativa 715
427.6.1. Instancias 715
427.6.2. Competencia de Osiptel 716
427.6.2.1. Controversias entre empresas 716
1. Procedimiento que no verse sobre la comisión de infracciones. 718
2. Procedimiento que involucre la comisión de infracciones 719
427.6.2.2. Controversias entre Empresas Operadoras y Usuarios 719
427.6.2.3. Reclamos de Usuarios 719
427.7. Arbitraje administrado por OSIPTEL 723
427.7.1. Función no exclusiva 724
427.7.2. Reglamento de Arbitraje 724
427.8. Desmonopolización progresiva 725
427.9. Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado 726
427.9.1. Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Competencia Desleal 728
428. Sector Energía (OSINERG) 729

428.1. Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico 730
428.2. Funciones 732
428.3. Función de solución de controversias 734
428.4. Competencia de Osinerg 735
428.4.1. Conciliación antes del inicio de un procedimiento administrativo 736
428.4.2. Procedimiento de solución de controversias 737
428.4.3. Órganos competentes e instancias administrativas para la función de solución de controversias 738
428.4.4 Controversias entre entidades, entre entidades y usuarios libres, y entre usuarios libres 738
428.4.5. Órganos competentes para ejerce la función de solución de reclamos de usuarios 738
428.4.6. Procedimiento de reclamaciones de usuarios 740
428.5. Órganos de OSINERG 742
428.6. Facultades complementarias del OSINERG 744
428.7. Procedimientos administrativos especiales 744
429. Sector transportes 744
429.1. Función reguladora 746
429.2. Función de solución de controversias 746
429.3. Controversias entre entidades prestadoras 747
429.4. Controversias entre entidades prestadoras y usuarios 747
429.5. Órganos del Ositran 748
429.6. *Funciones del Consejo Directivo* 748
430. Superintendencia nacional de servicios de saneamiento (SUNASS) 749
430.1. Base legal 749
430.2. Prestación de los servicios de saneamiento 750
430.3. Funciones 750
430.3.1. Función reguladora 750
430.3.2. Requerimiento de información 752
430.3.3. Función de solución de controversias y reclamos 752
430.3.3.1. Vía administrativa 752

430.3.3.2. Ejecutabilidad de las resoluciones 753
430.3.3.3. Conciliación 753
430.3.3.4. Vía arbitral 753
430.3.3.5. Sometimiento de las controversias a arbitraje 754
430.3.3.6. Convenio arbitral 754
430.4. Órganos de SUNASS 754

BIBLIOGRAFÍA DEL TOMO I 757

ABREVIATURAS

art. / arts.	artículo / artículos
Bol. Jud.	*Boletín Judicial* (Publicación de la Corte Suprema de la República)
CC	Código Civil
C. de C.	Código de Comercio
CdePP	Código de Procedimientos Penales
CONASEV	Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Civil
CPP	Código Procesal Penal
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. Ley	Decreto Ley
D. S.	Decreto Supremo
EIRL / E.I.R.L.	Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
Ejec. T. 1	*Ejecutorias*, 1994-1995, T. 1, de Marianella LEDESMA NARVÁEZ (Cultural Cuzco, Lima, 1995)
Ejec. T. 2	*Ejecutorias*, 1995, T. 2, de Marianella LEDESMA NARVÁEZ (Cultural Cuzco, Lima, 1995)
Ejec. T. 3	*Ejecutorias*, 1995, T. 3, de Marianella LEDESMA NARVÁEZ (Cultural Cuzco, Lima, 1996)
Exp.	Expediente
GATT	Acuerdo General Aduanero sobre Aranceles y Comercio.

inc. / incs.	inciso / incisos
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
LDA	Ley de Derechos de Autor
LGS	Ley General de Sociedades
LGSC	Ley General del Sistema Concursal
LMV	Ley del Mercado de Valores
LPI	Ley de Propiedad Industrial
LSF y SS	Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros
NICs	Normas Internacionales de Contabilidad
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OSINERG	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía
OSIPTEL	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones
OSITRAN	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público
PYMES	Pequeña y Micro Empresa
RD	Resolución Directoral
Res.	Resolución
RJP / Rev. Jur. Per.	Revista de Jurisprudencia Peruana
RM	Resolución Ministerial
RRS	Reglamento del Registro de Sociedades
R.S.	Resolución Suprema
RUC	Registro Único del Contribuyente
S.R.L. / S.R.Ltda.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
SUNASS	Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento
TRASU	Tribunal Administrativo de Resolución de Reclamos de Usuarios
UIT	Unidad Impositiva Tributaria

SECCIÓN I

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I
NOCIÓN DE COMERCIO

1. El comercio como fenómeno económico.- 2. Aparición, desarrollo e importancia del comercio.- 3. Clasificación del comercio.

1. EL COMERCIO COMO FENÓMENO ECONÓMICO

Desde el punto de vista económico y en sentido amplio, el comercio tiene por objetivo el cambio de bienes o servicios que están en el dominio de los hombres y que son necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas.

Tradicionalmente se ha situado al comercio en el capítulo de la Economía Política referente a la circulación de la riqueza, pues mediante la actividad comercial se produce la movilización de los bienes, que pasan de unas manos a otras. Se ha advertido en el comercio un doble aspecto: uno de índole objetiva, consistente en la realización de los actos de mediación, y otro de índole subjetiva, consistente en el propósito o ánimo de lucro que persigue quien realiza la función de mediador.

2. APARICIÓN, DESARROLLO E IMPORTANCIA DEL COMERCIO

El cambio de bienes como medio de satisfacer las necesidades humanas existe desde que se inicia la relación social, cuando el hombre advierte la dificultad o la imposibilidad de producir determinados bienes que otros poseen y que puede adquirir cambiándolos con aquellos de que dispone. Aparece, así, la forma primitiva del trueque y aunque en ella no hay una función de mediación, existe el intercambio de unos bienes por otros.

Con el transcurso del tiempo, a medida que se amplía la vida de relación y se hace necesaria la división del trabajo, determinadas personas se dedican a la acti-

vidad de mediadores en el cambio de bienes, de la que hacen su ocupación habitual con el incentivo de obtener un beneficio.

La necesidad de facilitar el intercambio cada vez más creciente originó la aparición de determinados elementos que, junto con otros factores, han contribuido a impulsar el comercio.

Para establecer la equivalencia entre los bienes objeto del cambio se crearon las pesas, las medidas y la balanza. Para evitar las dificultades del cambio directo se inventó la moneda, como medida de apreciación común del valor de las cosas. Sus características de poco peso, facilidad de manejo y posibilidad de conservación, generalizaron su uso, dando agilidad a las transacciones.

Las comunicaciones entre los pueblos, cada vez más intensas y frecuentes, se ensancharon con los descubrimientos geográficos que incorporaron nuevas áreas a la actividad comercial. Mediante los descubrimientos científicos se aplicaron las fuerzas de la naturaleza a los medios de comunicación, lo que permitió cubrir las distancias en tiempo cada vez más breve. La frecuencia en los tratos y el conocimiento de las personas fomentó la confianza, base del crédito, que promovió la movilización de la riqueza en forma creciente sin disponer de dinero.

El espíritu de asociación, que lleva a los hombres a unir sus esfuerzos para alcanzar objetivos comunes o imposibles de lograr por la acción individual, tuvo sus primeras manifestaciones en las caravanas formadas por comerciantes que se unían para afrontar juntos los riesgos de largos y peligrosos trayectos y ha culminado bajo las formas jurídicas de las sociedades comerciales, que en nuestros días han tomado a su cargo las más importantes empresas y que el propio Estado ha utilizado para actuar en el campo económico con la rapidez eficiencia y facilidad que exigen las actividades económicas.

Los factores de incertidumbre originados por la realización de determinados eventos ajenos y superiores a la voluntad del hombre y la frustración de empresas o beneficios como consecuencia de estos hechos, determinaron la necesidad de descartar sus efectos dañosos por medio de compensaciones previstas de antemano, dándose origen al seguro, que permitiría intentar múltiples empresas sin el temor de lo incierto.

Numerosas actividades han ido generando los negocios más variados, como son los de transporte, banca, depósito, prenda, etc., que han ensanchado el ámbito mercantil y han dado origen a diversas figuras jurídicas. La importancia que ha tenido el comercio en el curso de la historia se ha acentuado en el mundo de nuestros días, en el que se le considera no sólo como un medio de satisfacer un propósito de lucro sino como elemento promotor de relaciones más justas, orientadas hacia objetivos de bien común y que en el ámbito internacional propende a suprimir el desequilibrio económico entre los países prósperos y los de menor desarrollo, a fin de que éstos puedan elevar su nivel de vida.

3. CLASIFICACIÓN DEL COMERCIO

La actividad mercantil suele clasificarse según diversos criterios.

Por razón de las personas que intervienen en el comercio, éste puede ser público o privado, según si intervienen en la relación comercial el Estado o los particulares. Esto no descarta, desde luego, que en el comercio entre particulares haya siempre un interés público que obliga la intervención del Estado. Ello ocurre tanto en el comercio internacional entre comerciantes de unos y otros países como en el comercio interno, para impedir maniobras de acaparamiento o especulación que atenten contra el interés general. La posición del Estado frente a la actividad comercial ha originado la división de criterios entre librecambistas e intervencionistas.

En relación con el medio de comunicación de que se vale el comercio, puede clasificarse en terrestre, marítimo o aéreo, quedando comprendido dentro del comercio marítimo el que se desarrolla a través de ríos o lagos. La importancia y las características especiales que revisten las dos formas últimamente mencionadas han determinado que se reconozca por muchos tratadistas la existencia de una rama autónoma del derecho denominada Derecho de la Navegación. Tanto el comercio marítimo como el aéreo se subdividen en comercio externo y de cabotaje, según se realice entre puertos o aeropuertos de distinto países, o de un mismo país. Y, a su vez, el comercio de cabotaje puede ser directo o indirecto, si se realiza en buques o aeronaves de la misma nación, o de otros países.

De acuerdo al volumen o importancia de las relaciones mercantiles, el comercio se clasifica en mayorista o minorista, según si se trata de expendio a otros comerciantes que adquieren las mercaderías en grandes cantidades para la reventa, no siendo, en consecuencia, necesario contar con establecimientos abiertos al público, o si, como ocurre en el comercio al por menor, las transacciones se hacen por unidades, siendo necesario contar con tienda o almacén.

También se alude a un comercio de tiempo de paz y a un comercio de tiempo de guerra, dadas las características que revista esta actividad, según la época en que se desarrolla.

Asimismo, el comercio puede ser de exportación o importación, según la procedencia de las mercaderías, o sea, si salen del país o si son introducidas en él.

Existen otras clases de comercio cuya importancia resulta secundaria en orden a las relaciones jurídicas.

CAPÍTULO II
CONCEPTO DE DERECHO COMERCIAL

4. Origen del derecho comercial.- **5.** El derecho comercial corporativo.- **6.** Concepto del derecho comercial por razón de la persona.- **7.** Concepto del derecho comercial por razón del objeto.- **8.** El derecho comercial como derecho que regula los actos en masa.- **9.** El derecho comercial como derecho de las empresas.- **10.** Los factores de desarrollo del derecho comercial.- **11.** Nuevas orientaciones del derecho comercial.- **12.** El derecho comercial y la integración económica.

4. ORIGEN DEL DERECHO COMERCIAL

El concepto de derecho comercial ha variado en el transcurso del tiempo. En una primera etapa se le consideró como un derecho de excepción aplicable sólo a los comerciantes. Después, como el derecho de los actos de comercio, independientemente de la condición de las personas que los realizaran, con lo que amplió su radio de acción. Más tarde se le reputó como el derecho de los actos de comercio, pero no aisladamente considerados sino realizados en masa. Posteriormente, como el derecho de las empresas, y, por último, como la disciplina reguladora de la economía organizada.

No ha sido fácil vencer las dificultades con que se tropieza en la práctica para establecer las diferencias entre la teoría subjetiva del derecho comercial y la objetiva, pues con referencia a la primera era necesario precisar la noción del comerciante; y en relación con la segunda, establecer netamente la noción del acto de comercio.

Si, de un lado, se reconoce al comerciante porque ejerce el comercio, es decir, porque realiza determinados actos propios de esta actividad, es preciso establecer cuáles son los actos que se reputan comerciales; y si, de otra parte, se afirma que la naturaleza del acto depende de la calidad de la persona que lo realiza, se incurre en petición de principio, que no permite arribar a la solución del problema. Es, pues, necesario ahondar la materia y para ello hay que considerar el origen y la evolución del derecho comercial.

No siempre las reglas del derecho mercantil han tenido la suficiente significación como para constituir una disciplina especial. En Roma, donde se elaboró un derecho privado que es objeto de admiración hasta nuestros días, no se reconoció la existencia del derecho comercial, pese a que existieron reglas propias referentes al comercio marítimo, principalmente en el Mar Mediterráneo, que no tuvieron carácter nacional ni rigor formal.

Fue durante la Alta Edad Media, a partir del siglo XI, cuando nace el derecho mercantil como un derecho consuetudinario, sin carácter formalista y sin intervención del Estado.

El sistema feudal se afianzó en una economía de tipo rural, basada en la servidumbre de la población agrícola. El intercambio y la circulación entre los pueblos eran muy reducidos.

El resurgimiento de las ciudades, que se inicia en el siglo XI, es un fenómeno íntimamente vinculado al renacimiento del comercio, pues fue en los centros urbanos donde tuvo lugar la mayor actividad comercial.

El movimiento mercantil se acentuó en los países mediterráneos como consecuencia de las Cruzadas y es especialmente en las ciudades italianas donde se advierte el florecimiento del comercio, en forma periódica en mercados y ferias, para asentarse luego en forma permanente en las ciudades que fueron atrayendo a la población rural.

De otro lado, las Cruzadas, que determinaron el restablecimiento de las comunidades terrestres a través de Europa en dirección al oriente, fueron también causa de empobrecimiento de los señores feudales, quienes para financiar tales expediciones se vieron obligados a hacer cada vez mayores concesiones a las ciudades. El crecimiento de éstas trajo como consecuencia la ampliación de los mercados, la creciente colocación de los productos agrícolas y el aumento de trabajo de los artesanos urbanos.

5. EL DERECHO COMERCIAL CORPORATIVO

Las actividades comerciales e industriales, que antes habían sido ocupaciones intermitentes al servicio de los señores feudales, se fueron convirtiendo en profesiones independientes.

Además, los artesanos y comerciantes así como los distintos gremios se agruparon en corporaciones de personas del mismo oficio, que fueron arrancando de

los señores privilegios y prerrogativas. Llegaron a gozar de autonomía y jurisdicción propias, dictaron sus propias reglas de gobierno, que funcionaban como leyes de excepción o como ley general, según si en el lugar se encontraba vigente o no el derecho común.

Como resultado del movimiento comercial interno, se fueron originando usos y prácticas peculiares que las corporaciones recogieron en estatutos y los aplicaron a través de jurisdicciones especiales, dando nacimiento al derecho comercial, el cual se exterioriza como un derecho de la persona y de la libertad, sin sujeción servil a la tierra o a la nobleza.

El nuevo tipo de relaciones a que se ha hecho referencia no encontraba protección ni estímulo en el derecho romano-canónico entonces vigente. El derecho romano sin la intervención del Pretor, que lo hizo flexible y adaptable, se petrificó y no pudo regular las relaciones surgidas en los mercados y en las ferias. La índole de estas relaciones exigía frecuentemente la derogación de las reglas del derecho común en favor de los comerciantes. Otras veces requería reglas más severas para darles mayor rigor. Mientras que, por un lado, era necesario estimular la concurrencia, para lo cual se otorgaban las franquicias, por el otro era necesario asegurar la paz de la ciudad y el cumplimiento de las transacciones mediante la concesión de privilegios.

6. CONCEPTO DEL DERECHO COMERCIAL POR RAZÓN DE LA PERSONA

Como el derecho comercial surgió como un derecho de excepción de carácter profesional destinado a regir la profesión del comerciante, los partidarios de la concepción subjetiva sostienen que este carácter debe mantenerse, pese a la supresión de las corporaciones y a la proclamación del principio de igualdad civil.

La calidad de comerciante de determinadas personas origina que se las someta a obligaciones especiales y en algunos países a jurisdicción especial y a disposiciones más rigurosas en casos de quiebra.

Se justificará, así, la existencia de un derecho propio, con antecedentes en la tradición del derecho comercial, que inicialmente fue el derecho del comerciante. Como éste ejerce su actividad públicamente y, además, como dentro de este sistema es obligatoria la inscripción en el registro respectivo, es fácil conocer quiénes son las personas que se dedican al comercio y, por lo tanto, cuándo son de aplicación las reglas del derecho comercial.

Sin embargo, el sistema presenta como dificultades las de precisar cuáles son las profesiones comerciales y el hecho de que no todos los actos realizados por los comerciantes se refieren a su profesión. Finalmente, en la práctica muchas operaciones jurídicas propias de la actividad comercial son realizadas por personas no comerciantes.

De aquí que siempre sea necesario tener en cuenta la naturaleza y la forma de los actos, lo cual destruye la unidad de la teoría y la hace caer en un círculo vicioso.

7. CONCEPTO DEL DERECHO COMERCIAL POR RAZÓN DEL OBJETO

La teoría subjetiva del Derecho Mercantil chocó en el siglo XIX con los principios de libertad e igualdad proclamados por la Revolución Francesa como una reacción contra el sistema de corporaciones y privilegios, lo que determinó la anulación de todas las asociaciones existentes y la prohibición de crear otras nuevas. Surge la teoría objetiva, que se basa en la existencia de determinados actos con naturaleza propia, distintos a los actos de la vida civil, que son los actos de comercio y que constituyen la materia específica del derecho comercial. Esta disciplina jurídica no regiría entonces a una determinada categoría de personas, sino a una categoría de actos. El código de la materia sería, así, no un código de comerciantes sino un código de comercio aplicable a quienes realizan actos comerciales, sin tomar en cuenta si ejercen profesionalmente la actividad mercantil.

Los mismos principios de libertad e igualdad, proclamados por la Revolución Francesa y que descartaron la teoría subjetiva, fueron en el fondo el fundamento de la concepción objetiva, pues al amparo de la libertad se abría para todas las personas la posibilidad de intervenir en actos de comercio.

Se amplió, así, el ámbito del derecho comercial, que fue ensanchándose a otras actividades económicas ajenas a la circulación o intercambio de bienes, como la de producción y transformación de éstos, al punto de que no ha faltado quien considere el derecho comercial como el derecho de la economía.

La teoría objetiva del derecho comercial tropezó con dificultades muy graves al no poder precisar la naturaleza de los actos de comercio, lo que impedía elaborar un concepto unitario de ellos.

Los codificadores del siglo pasado, que se inspiraron en dicha teoría objetiva del acto de comercio, se vieron obligados a prescindir de su caracterización, atribuyendo tal calidad a los que se incluían en los Códigos respectivos y a otros análogos o semejantes. Pero quedaba en el vacío la razón que había llevado a incluir determinados actos dentro de esos cuerpos de leyes, al punto que en muchos casos no pudieron diferenciar los contratos civiles de los mercantiles y no pocas veces hubo de recurrirse a la persona del comerciante para caracterizar ciertos contratos como mercantiles. Así ocurre en nuestro Código de Comercio con el contrato de transporte (art. 344º), y venía ocurriendo con el contrato de depósito (art. 297º), y de préstamo (art. 305º), hasta la entrada en vigencia del Código Civil de 1984.

El Código de Comercio francés de 1807, con el que se inicia el movimiento de codificación mercantil, se inspiró en los principios de igualdad proclamados por la Revolución Francesa y, en consecuencia, adoptó el criterio objetivo del derecho comercial. Todos los códigos del siglo pasado que lo tomaron como modelo se inspiraron en el mismo principio, habiendo ocurrido lo propio con nuestro Código de Comercio de 1902 (art. 2º).

La insuficiencia de la teoría objetiva se revela en el hecho de que no se ha podido prescindir de la figura del comerciante para delimitar la materia mercantil. Así ocurre con lo referente a lo que puede llamarse el *status* del comerciante, como son las reglas de su capacidad, las obligaciones legales que se le imponen por ser tal, la organización de las personas jurídicas comerciales, la reglamentación de determinadas instituciones, como las Bolsas, Banca, y Almacenes Generales de Depósito. Esos aspectos no constituyen en sí actos de comercio y, sin embargo, el derecho comercial basado en el criterio objetivo no puede dejar de considerarlos dentro de la legislación mercantil.

Se ha objetado también a la teoría objetivista que al considerar el acto de comercio, aun cuando él se realice en forma aislada, como la base del derecho mercantil, rompe la ecuación entre comercio y derecho comercial, ya que el comercio supone la dedicación habitual y con el carácter de profesionalidad, es decir, lo contrario al acto ocasional o aislado.

La inadecuación del acto aislado de comercio con el derecho mercantil se advierte en la medida en que el comercio se ha ido desarrollando y es en gran parte realizado por comerciantes profesionales y por las grandes empresas mercantiles, que encuentran su razón de ser desde el punto de vista económico en el hecho de estar destinadas, precisamente, a realizar actos comerciales en masa, es decir, en grandes proporciones.

8. EL DERECHO COMERCIAL COMO DERECHO QUE REGULA LOS ACTOS EN MASA

La observación de la realidad económica y social hizo notar a los tratadistas que la sociedad actual es una sociedad de masas de proporciones grandiosas, en la que se rinde culto a lo colosal. De un lado, grandes masas de capitales que se organizan para llevar a cabo grandes empresas: del otro, grandes masas de personas que requieren de bienes y servicios que sólo las grandes empresas pueden proveer.

En el campo económico y comercial imperan, pues, los actos realizados en masa o en serie. Las empresas que los realizan dominan la vida económica y han llegado a imponer determinadas formas de contratación.

Por otra parte, la ampliación del ámbito del derecho mercantil a numerosos hechos y relaciones económicas en las que no existe la norma de medición en el cambio, ha originado que los comerciantes advirtieran que ya no es posible elaborar el derecho comercial sobre el concepto económico del comercio.

Desde el punto de vista del objeto de la actividad mercantil como medio de obtener ganancias, se destacó la imposibilidad de descubrir ese móvil al celebrarse el negocio jurídico, resultando, así, un dato subjetivo que sólo se revelaría con posterioridad a su celebración. En cambio, esa finalidad se presume de inmediato

si el acto pertenece a una serie orgánica de operaciones que se realizan en gran número y con carácter típico para una entidad organizada, que es la empresa.

La razón de ser del derecho mercantil estaría en la necesidad de regular de una manera distinta a la del derecho civil el tráfico en masa realizado por medio de determinados actos jurídicos, que son los actos de comercio.

9. EL DERECHO COMERCIAL COMO DERECHO DE LAS EMPRESAS

Esta teoría hace de la empresa el centro del derecho comercial, el que debe considerar no sólo la forma de la organización de aquélla sino también su campo de acción.

Como la empresa está organizada para realizar actos en masa y los ejecuta dentro de una serie orgánica y típica, la teoría de la empresa resulta vinculada con la de los actos en masa como centro del derecho comercial.

El iniciador de esta nueva concepción del derecho comercial fue Wieland y sus más destacados continuadores, Gordon y Mossa, siendo este último quien le ha dado mayor difusión.

La empresa se caracteriza por la existencia de una entidad organizada que realiza un conjunto de actos de comercio en forma masiva y no aisladamente, con sentido profesional, de manera habitual y deliberada.

Los sostenedores de esta teoría vuelven en cierta forma a la concepción subjetiva del derecho comercial, pues si éste es el derecho de las empresas, es un derecho subjetivista. Al mismo tiempo, al destacar la organización sobre el acto individual y aislado, representa una superación del criterio objetivo.

Dentro de la teoría de la empresa el problema de la delimitación del derecho comercial y la aplicación de sus reglas se resuelve fácilmente por datos objetivos y concretos, o sea, estableciendo si ellos pertenecen a la serie de los actos que realizan las empresas. Ni siquiera será preciso averiguar si el acto tiene o no finalidad mediadora. Abandonando el criterio de los actos aislados de comercio se contribuiría a darle a esta disciplina unidad, cohesión y mayor amplitud en su contenido.

Desde otro punto de vista, de una parte se armonizaría el derecho y la economía; y de la otra, se conciliarán los intereses generales a través de las exigencias de la organización de las empresas y de sus relaciones internas y externas.

Se ha observado que esta concepción del derecho mercantil limitaría su campo de aplicación al estatuto del empresario y al aspecto externo de su actividad, o sea, a los factores de la producción, capital y trabajo, que corresponde al derecho laboral.

De este modo, el concepto de empresa desde el punto de vista económico resulta más amplio que desde el punto de vista jurídico. Económicamente, la

empresa es la organización de bienes y actividades –capital y trabajo– para la obtención de una ganancia que es aleatoria. Jurídicamente existen divergencias entre quienes consideran sujetos de derecho comercial todas las actividades económicas organizadas y quienes excluyen a algunas de ellas, como la agricultura. Los primeros pretenden que el derecho de las empresas domine toda la actividad de éstas, considerando la explotación no sólo comercial sino también industrial, en vista de que mediante la producción y la contratación en masa han invadido todos los sectores de los negocios jurídicos, desplazando los contratos civiles a un lugar secundario.

Las empresas de banca, de seguros, de transporte, de venta de mercaderías al contado y a plazos, de suministros, de comisión, de depósitos en almacenes generales, las operaciones sobre títulos valores, son en realidad derecho común en el campo contractual de la economía moderna.

10. LOS FACTORES DE DESARROLLO DEL DERECHO COMERCIAL

La importancia y el desarrollo creciente del derecho comercial se deben a diversos factores. Cabe señalar entre ellos la transformación económica resultante del aprovechamiento de las fuerzas naturales en la producción: el maquinismo, que originó la revolución industrial y el crecimiento de la población y de las grandes aglomeraciones urbanas, cuyas exigencias de bienes y servicios eran cada vez mayores; la importancia progresiva de la riqueza mobiliaria; la participación creciente de las sociedades en las actividades comerciales. En general, todos los elementos que han dado fisonomía a la economía moderna han favorecido la actividad comercial, extendiendo el campo de sus dominios hasta el punto que el Estado se ha visto obligado a intervenir, en unos casos como partícipe mediante la organización de empresas como forma comercial y en otros para impedir que se frustre la libertad de comercio por la acción de poderosos intereses privados.

El hecho de que los factores que caracterizan la economía capitalista hayan contribuido al desarrollo del comercio y a la ampliación del derecho comercial y la circunstancia de que el capitalismo haya encontrado en el derecho comercial un poderoso instrumento jurídico que utiliza constantemente, ha llevado a algunos autores a afirmar que el derecho comercial es un producto del sistema económico capitalista y se ha reputado a esta disciplina como la hija predilecta del capitalismo, a cuya suerte se le ha vinculado hasta el extremo de afirmarse que la desaparición de éste arrastraría la del derecho mercantil.

Sin que pueda negarse que es en esta rama del derecho en la que el sistema capitalista ha dejado sentir su influencia con mayor vigor, la realidad histórica demuestra lo equivocado de tal afirmación.

El derecho mercantil existe desde antes de que existiera el sistema que se conoce como capitalismo y muchas de sus instituciones subsisten en aquellos países que han organizado su economía dentro del sistema colectivista, en los que

no sólo se han restaurado formas de la economía privada sino que se ha reclamado la vuelta a procedimientos que alienten la iniciativa y la actividad individual, a fin de dar mayor flexibilidad a su economía.

Ya se ha visto (*supra* Nº 4) que las normas consuetudinarias que regulan el comercio aparecen en la Alta Edad Media, al promediar el siglo XI, y que los estatutos de las corporaciones aparecen a comienzos del siglo XIV. De esta misma época son muchas de las instituciones mercantiles, como la matrícula de comerciantes, la quiebra, las sociedades colectivas, la letra de cambio, el seguro, sin contar instituciones del derecho marítimo-mercantil.

El derecho comercial no surgió, pues, como expresión del capitalismo, sino como resultado de la inadaptación de las reglas del derecho civil entonces vigentes a las necesidades propias de las actividades de intercambio que comenzaban a desarrollarse en las ciudades.

11. NUEVAS ORIENTACIONES DEL DERECHO COMERCIAL

No puede negarse que en el derecho mercantil, más que en cualquier otra disciplina jurídica *ius privatista*, los factores económicos y las corrientes ideológicas han dejado sentir su influencia y que el capitalismo puro, que prosperó al amparo del liberalismo, encontró en las instituciones mercantiles valiosos instrumentos para su desarrollo.

El derecho mercantil inspirado en el individualismo y en los principios de libertad comercial profesional y de contratación, que prevalecieron hasta después de la Primera Guerra Mundial, se ha visto influenciado por las nuevas corrientes ideológicas basadas en la solidaridad social y en la defensa del interés general, que han originado el fenómeno llamado dirigismo, tanto económico como jurídico, que se traduce en la intervención del Estado en el campo de las relaciones privadas. Intervención que pendularmente ha ido desde un protagonismo directo a través del ejercicio de la actividad empresarial, hasta su participación como ente regulador de las condiciones propicias para el desarrollo de la libre empresa en condiciones de libre competencia.

Se ha hablado de una crisis del derecho mercantil, como se ha hablado de una crisis del derecho, en base, precisamente, a la incidencia de los factores ya enunciados.

Podría hablarse con más precisión de una transformación del derecho, que, con referencia al derecho mercantil, significaría que la finalidad de lucro o ganancias ilimitadas no es ya el *leiv motiv* del comercio como lo fue dentro de la doctrina tradicional. Subsistía, desde luego, el incentivo de utilidad como estímulo a la iniciativa privada dentro de un marco de libertad, pero ésta tiene que verse limitada por el interés general de la colectividad, a fin de que el objetivo de bien común al que aspira toda norma de derecho no se vea frustrado por móviles egoístas.

Sólo dentro de estos límites puede, a su vez, aceptarse la intervención de Estado en el campo de la actividad mercantil; en unos casos constituyendo empre sas de economía mixta; en otros, supervigilando por medio de organismos espe ciales ciertos tipos de empresas; evitando los monopolios o concentraciones eco nómicas que atente contra la libertad de comercio y, en general, actuando par asegurar un equilibrio armónico de intereses.

En la pugna entre las tendencias del liberalismo puro y del control total por e Estado, tiene que rechazarse cualquier tesis extrema porque la libertad absolut en el orden económico sería la anarquía y el dirigismo totalitario sería la negació de la libertad.

Ni en los países que adoptaron un régimen de economía dirigida y planificad desapareció la actividad comercial, ni, por lo tanto, los contratos mercantiles, y s se insinuó, en cambio, la conveniencia de adoptar ciertos elementos de la econo mía capitalista en orden a crear alicientes económicos para la actividad privada fin de dar mayor elasticidad a la economía, prueba de ello es el resultado de lo cambios suscitados, en los años noventa, en la órbita de los países que se caracte rizaron por el dirigismo estatal.

En estas condiciones, el derecho comercial regulará los aspectos referentes la investidura jurídica de las empresas y sus relaciones internas, los mecanismo o instrumentos surgidos de la práctica mercantil, así como la organización raciona de una empresa económica, es decir, el equilibrio de la explotación, lo que se llam "el cálculo económico", en virtud del cual el rendimiento debe ser beneficioso actuará como elemento regulador esencial de la empresa.

El derecho comercial mantendrá, así, su vigencia respecto a las actividade económicas ejercidas por los Poderes Públicos o por los organismos que de ello dependen y también en relación con las empresas que organice el Estado, directa indirectamente, para proporcionar servicios públicos, valiéndose de las formas d las sociedades anónimas dotadas de personalidad jurídica y de autonomía contable dejando de lado la organización de servicios públicos de tipo clásico. En esta form los órganos que dependen del poder público ingresan en el sector de aplicación de derecho comercial, aun cuando ni ellos ni el Estado tengan carácter comercial.

Resultará entonces que la actividad económica moderna se caracterizaría má bien por los métodos que por un fin determinado y que las formas empleada tienen el valor de un procedimiento técnico para obtener el resultado perseguid

La búsqueda sistemática del provecho tiene sin duda significación importan te, aunque no definitiva, en un régimen capitalista puro, pues hay otras motivacio nes, como ocurre en las grandes empresas en las que sus dirigentes están a me nudo animados por la voluntad de poderío o por el afán de creación, tanto o má que por el apetito de ganancia. No ha faltado quien afirme que hay en la fundació de una empresa el mismo impulso que lleva la creación de la obra de arte.

Muchas empresas de nuestros días están organizadas para satisfacer el interés general, procurando al mismo tiempo ganancias a los empresarios, que no significan utilidades percibibles en su integridad sino que se destinan a nuevas e incesantes expansiones. Así, el beneficio es tomado en cuenta para organizar los ingresos y los gastos; así como en muchos casos, para asegurar el autofinanciamiento de la empresa y también para estimular el celo del personal o alentar a los proveedores de fondos.

12. EL DERECHO COMERCIAL Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

El proceso de integración económica que viene cumpliéndose en distintas áreas geográficas requiere de instrumentos jurídicos apropiados.

La diversidad de legislaciones nacionales es un obstáculo para alcanzar los fines perseguidos por la integración. De aquí que se advierta un movimiento para lograr la uniformidad de las variadas leyes nacionales o su armonización, así como la elaboración de proyectos-tipo en diversas ramas del derecho.

Pocas disciplinas jurídicas pueden ofrecer menos dificultades para suprimir sus divergencias que el derecho comercial.

La fuerza expansiva de la actividad mercantil no reconoce fronteras geográficas, políticas o ideológicas. La experiencia histórica revela que el comercio tuvo siempre carácter internacional, lo que originó la aplicación de reglas para los distintos Estados.

Las Leyes Rodias, las Colecciones Generales como el Consulado del Mar, los Roles de Olerón, las Ordenanzas de Wisbuy y las Ordenanzas de Luis XIV fueron, en su turno, el derecho universal de los mares.

Los Códigos de Comercio de los siglos XIX y XX siguieron casi mecánicamente a sus modelos, el Código francés de 1807 y el Código alemán de 1900. Acuerdos y Conferencias Internacionales sobre distintos tópicos de derecho comercial han buscado la adopción de normas comunes o han consagrado en el ámbito internacional la vigencia de usos y prácticas comerciales.

Si el acrecentamiento del intercambio comercial ha obligado a buscar la adopción de reglas comunes principalmente en la actividad marítima y aérea, el movimiento integracionista hace apremiante esa necesidad. Las ventajas de un intercambio económico que crece en volumen se dificultan por la existencia de normas nacionales diversas, aplicables a las relaciones del comercio internacional. Esto explica la creación de la Comisión de Derecho Comercial de las Naciones Unidas (UNCITRAL, en sus siglas en inglés) y de los Organismos de Integración existentes en los países qué decidieron integrarse económicamente en los llamados Mercados Comunes.

Los aspectos referentes a los títulos valores, a sociedades mercantiles multinacionales, o al arbitraje comercial, han originado la preparación de proyectos, o la

adopción de acuerdos o normas legales encaminadas a uniformar las distintas soluciones a problemas que se presentan con caracteres semejantes en los países integrados económicamente.

La acción de las empresas destinadas a actuar en los mercados comunes, en las asociaciones de libre comercio o en los países vinculados por pactos regionales y que se constituyen utilizando determinada investidura jurídica, quedaría dificultada si las reglas de derecho destinadas a regirlas fueran distintas en cada uno de los países agrupados en alguna de las formas mencionadas.

La integración económica, que encuentra una de sus principales expresiones en el ámbito comercial, requiere, pues, de nuevas fórmulas, que el derecho mercantil puede y debe proporcionar.

CAPÍTULO III
AUTONOMÍA DEL DERECHO COMERCIAL

13. Fundamentos de la autonomía del derecho comercial.- 14. Relaciones del derecho comercial con el derecho civil.- 15. Relaciones del derecho comercial con el derecho público y administrativo.- 16. Relaciones del derecho comercial con el derecho industrial.- 17. Relaciones del derecho comercial con el derecho tributario.- 18. Relaciones del derecho comercial con el derecho penal.- 19. Relaciones del derecho comercial con el derecho internacional.- 20. Relaciones del derecho comercial con el derecho procesal.- 21. Relaciones del derecho comercial con el derecho económico.- 22. Métodos del derecho comercial.- 23. Los sistemas del derecho comercial.

13. FUNDAMENTOS DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO COMERCIAL

La existencia del derecho mercantil como disciplina autónoma responde a la necesidad de que existan reglas jurídicas más simples y al mismo tiempo más rigurosas que las del derecho civil, dada la celeridad y multiplicidad de las relaciones de cambio, el enlazamiento de unas operaciones con otras, la naturaleza de ciertos bienes, como los títulos de crédito o títulos valores, las especiales relaciones societarias, como las sociedades anónimas, o de ciertas actividades, como las del comercio marítimo; de determinadas operaciones de banca y bolsa, de seguros, transportes, etc.

El derecho comercial comenzó a adquirir el carácter de ciencia jurídica autónoma cuando se fue modificando su primitiva condición de derecho profesional o de excepción, aplicable sólo a los comerciantes, para extenderse al comercio y regular los actos mercantiles con independencia de la calidad de comerciante de

quienes los realizaran. Alcanzó, así, el carácter de una rama importante del derecho privado, zona en la cual se le ubica, con la misma jerarquía que el derecho civil. En su estado actual, con códigos independizados o unificados legislativamente con el derecho civil, ha sancionado las costumbres comerciales habiéndose sistematizado adoptando el método del derecho civil. La justificación de su existencia está determinada porque un sector de la realidad económica exige una regulación especial distinta de la civil.

La unificación legislativa no ha hecho perder su autonomía al derecho mercantil. Muchas de sus instituciones no pueden ser transferidas al derecho civil. Así, ocurre además de los casos ya señalados, con las empresas individuales y sociales y sus diversos aspectos, como son los de su organización, su patrimonio, sus signos distintivos, en todo lo que se revela el carácter propio de esta disciplina jurídica que ha de basarse en su dominio vital que oscila alrededor de tres tendencias: la contractual, la estatutaria y la institucional, siendo la más importante esta última, pues abarca todas las combinaciones nacidas de las prácticas de los negocios, que son instrumentos indispensables de la vida económica moderna.

Desde el punto de vista histórico puede apreciarse que el derecho comercial retorna en nuestros días, en cierta forma, a lo que fue tradicionalmente: el derecho profesional del comerciante. Ha ido perdiendo cada vez más su antiguo carácter contractualista, que tuvo en la época del pleno liberalismo económico, para ir recibiendo influencias publicísticas que le van confiriendo un carácter institucional. Las operaciones mercantiles movilizan generalmente todo un sistema de intervenciones administrativas, de restricciones y prohibiciones, que llevan el distintivo de la celeridad y de ausencia de formalismo, características de las negociaciones entre comerciantes. El problema de la unidad del derecho privado toma una orientación imprevista. Cada vez es menos una cuestión de fusión de derecho civil y de derecho comercial, que de absorción del derecho comercial por el derecho público.

Quedaría por agregar que el carácter internacional del derecho comercial siempre ha actuado en favor de su autonomía y deja sentir su influencia cada vez en mayor medida, así como su evolución contemporánea, que surge de la realidad de la historia y es hoy más que nunca requerida por la fuerza de los hechos.

14. RELACIONES DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO CIVIL

El carácter autónomo del derecho comercial no significa que no tenga relaciones con otras disciplinas jurídicas.

Del derecho civil formó parte en determinada etapa histórica de su evolución. Más adelante se le consideró un derecho de excepción subordinado al derecho civil, cuyas reglas y principios generales eran de aplicación, salvo en aquellos aspectos regulados por la legislación privativa. Más tarde se le considera como disciplina autónoma, pero no puede escapar a la influencia del derecho civil o común, al que se reconoce como su fuente supletoria.

Las reglas referentes a la capacidad de las personas, a las condiciones generales y la técnica de las obligaciones y de los contratos, elaboradas desde el derecho romano, son utilizadas por el derecho comercial, que debe recurrir frecuentemente a los principios y reglas del derecho civil para establecer o interpretar sus propias reglas.

A tal punto son estrechas las relaciones entre ambas disciplinas, que se originan situaciones conflictivas que deben resolver juristas y legisladores.

La coexistencia de dos legislaciones separadas, una civil y una mercantil, y el hecho de que ambas regulen contratos que responden en muchos casos a la misma nomenclatura –y que ha llevado a algún tratadista a referirse a la *calamitosa duplicidad* de legislaciones–, obliga a insistir sobre este punto.

La determinación de si el acto es civil o mercantil decidirá cuál es la legislación aplicable; y en los países donde existen tribunales comerciales, a qué jurisdicción deben someterse las controversias.

Ya se ha visto (*supra* Nº 4) que el derecho mercantil nace en la Alta Edad Media, con mucha posterioridad al derecho civil, para satisfacer las necesidades del comercio, que requería reglas propias adaptables a las necesidades del tráfico de bienes cada vez más intenso y activo, que exigían una enérgica protección a la buena fe y una mayor equiparación entre apariencia y realidad.

El derecho romano no contenía normas adecuadas, ni ello fue necesario mientras se contó con la intervención del Pretor, quien dio a las reglas del *ius civile* la flexibilidad. Pero, desaparecida la figura del Pretor e inmovilizado el derecho romano canónico, no pudo adaptarse a las nuevas exigencias económicas.

La creación de un nuevo derecho no fue, pues, el fruto de la elucubración de juristas ingeniosos ni la aplicación de criterios dogmáticos. Ella fue impuesta por la realidad económica, que no ha cesado de actuar en su desenvolvimiento, propendiendo a la extensión de su campo de acción.

La expansión de las empresas, la producción en masa, la ampliación de los mercados, han originado nuevos tipos de contratación destinados a proporcionar en la mayor medida los bienes y servicios que son necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas. Muchas veces sin quererlo y sin saberlo, el hombre celebra contratos mercantiles con las grandes empresas que dominan la vida económica y comercial y usa los instrumentos típicamente mercantiles, como los títulos valores, cada vez con mayor frecuencia. Se ha dicho que en el mundo de nuestros días es con los comerciantes con quienes se contrata y que el derecho civil ha dejado de ser el breviario de la vida cotidiana para convertirse en un libro de toma de razón que sólo se abre en determinado momento de la vida: nacimiento, matrimonio, muerte.

De este modo, los instrumentos y los mecanismos propios del derecho comercial se han instalado en el campo de las relaciones económicas, desplazando

los institutos del derecho civil u obligándolos a adoptar las formas del derecho mercantil. De aquí que, no sin razón, se hable de la comercialización del derecho civil, fenómeno éste que, salvo en aquellas materias que constituyen los derechos inalienables de la personalidad, ha facilitado la unificación de la legislación civil y comercial en el campo de las relaciones económicas referentes a las obligaciones y los contratos, sin que esto signifique la desaparición del derecho comercial o su sometimiento al derecho civil, sino al contrario. Es la afirmación de su importancia en base a su vitalidad la que impone sus principios, sus reglas, sus formas de contratación, su simplicidad y al mismo tiempo su rigor de ejecución.

La corriente unificadora ha ido consagrada en acuerdos internacionales y ha alcanzado expresión legislativa en algunos países. Así ocurre en Suiza e Italia, lo que no significa, desde luego, la desaparición del derecho comercial o su subordinación al derecho civil. Tan exacta es esta afirmación que la unificación en Suiza no se ha realizado en el Código Civil sino en un Código independiente, que es el Código de las Obligaciones, en el que pueden distinguirse claramente las materias propias del derecho mercantil.

En Inglaterra, donde a partir del siglo XII el derecho mercantil se constituyó en derecho sustantivo, las normas propias de los comerciantes y de sus actividades fueron reemplazando poco a poco a las del derecho común, reconociéndose la existencia de un derecho mercantil, a pesar de no estar contenido en un Código especial.

Lo propio puede decirse de los Estados Unidos de Norte América, donde subsiste el derecho mercantil, pese a que formalmente aparezca indiferenciado del derecho civil. Y es revelador el hecho de que la unificación legislativa en este país tiene como finalidad regular de la misma manera en todos los Estados las materias típicamente mercantiles, como son la venta de los efectos de comercio y títulos negociables, las operaciones de ventas al crédito, la venta de empresas, etc.

En Italia, emprendida la obra de la elaboración de un nuevo Código Civil, la unificación legislativa se hizo en este cuerpo de leyes, lo que no impidió que se distinguieran claramente las normas propias del derecho mercantil en razón de su sustancia, que presuponían un continuo recurso al crédito, una frecuente contratación a distancia, concertación de contratos en serie o en masa, una especial protección a la buena fe y la simplicidad y rigor de los mecanismos económicos. Reputados tratadistas han opinado que el derecho comercial se ha instalado como conquistador en el Código Civil de 1942, dominando las instituciones y asumiendo una posición de vanguardia. No han faltado juristas de renombre que han reclamado el restablecimiento del Código de Comercio.

15. RELACIONES DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO PÚBLICO Y ADMINISTRATIVO

Una de las características de la vida económica moderna es el hecho de que el Estado ha tomado a su cargo actividades de producción y de distribución, bien

directamente, o mediante la formación de entidades que actúan bajo la forma de empresas nacionalizadas o sociedades mixtas, que obedecen a las reglas del derecho comercial. Esto ha originado que el derecho comercial sufra cada vez más la penetración del derecho público y administrativo.

No es, pues, sólo la existencia de reglamentos administrativos referentes al comercio –que siempre han existido–, o de las instituciones jurisdiccionales y representativas, o de aquellas que propenden al desarrollo del comercio, o lo facilitan, como las ferias, mercados, bolsas de comercio, lo que revela las relaciones del derecho comercial con el derecho administrativo. Más acentuadamente se advierten las relaciones de ambas ramas del derecho en el campo del derecho marítimo.

A fines de los años sesenta se hizo presente en nuestra realidad una corriente que persiguió socializar determinadas instituciones originariamente pertenecientes a la zona del interés privado. Así ocurrió con las sociedades anónimas, a las que se pretendió incorporar dentro del organismo total de la economía pública.

En el campo de las empresas en general, las nacionalizaciones, los comités de empresas, la cogestión por parte de empleados y obreros y su participación en los beneficios, revelaron la penetración progresiva de corrientes publicistas en el campo del derecho mercantil.

Por otra parte, la influencia de la corriente intervencionista del Estado en la vida económica en general y en el campo comercial en particular aumentaron en su momento las situaciones en las que el derecho comercial se veía invadido por el derecho administrativo.

Los cambios sociales han hecho que esta corriente tenga menor incidencia en los tiempos actuales para regresar a la privatización de la economía, optando el Estado a desempeñar un papel regulador de la economía antes que protagonista de la misma.

16. RELACIONES DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO INDUSTRIAL

Ya se ha visto (*supra* Nº 10) cómo el derecho comercial ha rebasado su campo de acción originario, extendiéndose a otras zonas de la esfera económica. Pero, es en determinados aspectos del derecho industrial donde se advierten las relaciones más estrechas entre ambas disciplinas jurídicas. Así ocurre en lo relacionado con la organización de la empresa, con sus patentes, etc., de los que se tratará más adelante al ocuparnos de la empresa (*infra* Nº 49).

17. RELACIONES DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO TRIBUTARIO

Uno de los sectores de aplicación más importantes del derecho tributario lo constituye el comercio en sus aspectos orgánico y funcional.

Desde el momento en que se inician las actividades comerciales, sea por las personas naturales o jurídicas, quedan incursas en la órbita del derecho tributario.

Las sociedades comerciales abonan los impuestos de registro por razón de las aportaciones efectuadas por los socios. De otro lado, la disolución, modificación, transformación de sociedades, creación de filiales, entrega de utilidades a los socios, circulación de valores mobiliarios, no están sometidas a tributación. Sin embargo, tienen la obligación de presentar periódicamente sus balances, y en ciertos casos, cumplir otras obligaciones específicas. Las empresas en función de sus activos y de sus resultados, están obligadas a tributar. A través de la venta de sus bienes o su prestación de servicios estarán afectos al impuesto a las ventas o al selectivo al consumo.

De este modo, las leyes tributarias necesitan recurrir constantemente a los conceptos jurídicos elaborados por el derecho mercantil. Las reglamentaciones referentes a los balances están en íntima relación con el régimen de impuestos comerciales.

Tanto en beneficio de la actividad mercantil como de la administración pública debe existir una relación armónica con el derecho tributario a fin de que al mismo tiempo que se estimula la actividad comercial se logre que el Estado perciba la contribución que el comercio debe prestar para la satisfacción de los fines estatales.

18. RELACIONES DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO PENAL

Existen determinadas infracciones en las que tiene significación la calidad de comerciante o el hecho de tratarse del cumplimiento de actos de comercio. Así ocurre en los casos de quiebra, la que revestirá mayor gravedad si es cometido dentro de un proceso de titulización bursátil (art. 209º, CP).

En el campo de las sociedades comerciales, las infracciones de la ley penal se han multiplicado principalmente tratándose de las sociedades anónimas, no faltando tratadistas que hablen del derecho penal societario como de una rama especial del derecho penal. Asimismo, se ha propugnado tipificar el delito de libramientos indebidos (giro de cheques sin fondos) como una figura independizada del delito de estafa (art. 215º, CP).

19. RELACIONES DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO INTERNACIONAL

Un importante aspecto del derecho comercial queda incurso bajo el imperio del derecho internacional, público o privado. Así ocurre en lo que concierne a las relaciones comerciales internacionales referentes a los transportes terrestres, marítimos, aéreos, comunicaciones postales, radiales y las telecomunicaciones en general. El comercio exterior está influenciado por las reglamentaciones de carácter internacional.

En el campo de los títulos de crédito o títulos valores es decisiva la influencia de los textos elaborados por las conferencias internacionales, como ocurre con las reglas sobre la letra de cambio y el cheque.

El régimen de determinados bienes típicamente comerciales, como marcas, nombre comercial, modelos, diseños, es de carácter internacional.

En los distintos países, el derecho comercial y el derecho internacional se combinan para determinar el estatuto de los comerciantes extranjeros, individuos o sociedad, y es cada vez más intenso el movimiento hacia la unificación de las leyes comerciales para su aplicación internacional, a que hemos hecho referencia (*supra* Nº 12).

20. RELACIONES DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO PROCESAL

En este campo también se encuentran zonas de relación de ambas disciplinas. No puede dejar de mencionarse que ciertas instituciones que originariamente pertenecieron al derecho comercial y que continúan perteneciendo a él en algunos países, como la quiebra, originan la estructuración de un procedimiento típico, ajeno a los trámites de otros juicios. En nuestro caso, en la actualidad, la Ley General del Sistema Concursal (Ley Nº 27809) la que regula el antiguo sistema procesal de la declaratoria de quiebra, desarrollándose primero un procedimiento concursal ordinario, y luego, de ser el caso, en la constatación de un estado de quiebra, bajo normas procesales administrativas reguladoras en esta materia.

En la relación de ambas disciplinas tenemos que los instrumentos comerciales para que resulten eficaces con el rigor de ejecución necesario para alcanzar en el menor tiempo posible el cumplimiento de las obligaciones que ellos contienen están favorecidos con la acción ejecutiva, de mayor energía y celeridad que la del proceso de conocimiento, además de las limitaciones en cuanto a los medios de defensa que se conceden al deudor. Igualmente, son de mencionar los casos de procedimientos arbitrales y los referentes a los conflictos en el seno de las sociedades anónimas.

21. RELACIONES DEL DERECHO COMERCIAL CON EL DERECHO ECONÓMICO

Aunque la existencia del derecho económico como disciplina jurídica autónoma es controvertida, hay una fuerte corriente, propiciada principalmente por juristas italianos y alemanes, que le reconoce validez. Este nuevo derecho sería, en cierta forma, el derecho de la economía política, cuyo fundamento reposaría en la necesidad de someterla a un orden planificado, lo que sólo puede hacerse por los cauces del derecho.

Pese a la ampliación del ámbito del derecho comercial, al que se le ha ido reconociendo un radio de acción cada vez mayor y que excede al que inicialmente tuvo como aplicable sólo al fenómeno de la circulación de la riqueza, se ha estimado que el derecho económico regula un ordenamiento jurídico de la economía de base constitucional, que serviría de sustento y también de límite al derecho mercantil.

En tanto que el derecho económico ordenaría jurídicamente la totalidad de las relaciones económicas dentro de su conjunto, el derecho comercial encontraría su campo propio en las actividades mercantiles de carácter privado, o, si se quiere, en el de las empresas de este carácter.

En esta forma se daría una relación entre el derecho económico y el derecho comercial, como que el primero formula los postulados básicos que condicionan las relaciones jurídicas de carácter privado y el ordenamiento de las actividades propias de la empresa.

22. MÉTODOS DEL DERECHO COMERCIAL

En el derecho comercial, con mayor razón que en el derecho civil, se impone el método de la observación utilizando el auxilio de la Economía, en orden a investigar la razón de la existencia de las relaciones comerciales.

La sustancia del derecho mercantil está formada por hechos de carácter social, político, económico, psicológico.

Empero, el hombre de derecho no puede perder de vista la naturaleza esencialmente jurídica de la disciplina. Es preciso distinguir el aspecto económico y el aspecto jurídico de una misma relación social.

La observación de los hechos debe conducir a la investigación en cada caso de los intereses en juego, ya que las normas jurídicas protegen los intereses de la comunidad humana, asegurándoles las condiciones de desenvolvimiento. El interés individual forma parte del interés común, siendo la misión del derecho ordenar los intereses privados dentro de la comunidad, limitándolos frente a los que conciernen a ésta.

No puede olvidarse que los hechos han ejercido influencia decisiva en la elaboración del derecho comercial. A diferencia del derecho civil, en el que las normas son aplicación de principios científicos o filosóficos sobre las personas, la propiedad o las obligaciones, el derecho comercial ha buscado la elaboración de instrumentos legales basados en la equidad y la buena fe, con lo que se ha facilitado el desarrollo de las actividades comerciales y la solución de los conflictos que surgen como resultado de dichas actividades.

La observación de los hechos debe ir acompañada del estudio de los textos legales. Esta confrontación de elementos conduce a discutir las situaciones tomadas en cuenta por el legislador y los efectos a que conlleva, desde el punto de vista del interés, la norma jurídica elegida. Este método resulta el más adecuado al derecho mercantil, por ser éste en gran parte un derecho de obligaciones, en el que se manifiesta con mayor claridad el juego de intereses contrapuestos. Además, el jurista debe acudir a la investigación de la historia y del derecho comparado. La historia permitirá constatar la permanencia de ciertas corrientes, de ciertas necesidades, de ciertas técnicas que se manifiestan de modo semejante en todos los países y en todas las épocas.

Finalmente, no puede prescindirse del estudio sistemático de los principios informantes de la disciplina jurídica. La elaboración conceptual tiende a la formación de los casos concretos. Es conveniente considerar los lineamientos generales de las instituciones, apreciar su estructura, inducir su orientación.

Enfrentando a instituciones nuevas, el jurista debe esforzarse en vincularlas a los tipos existentes, siempre que no se llegue a resultados artificiales y contrarios a la naturaleza de las cosas. Las prácticas comerciales originan situaciones que escapan a las clasificaciones tradicionales, de donde se desprende, una vez más, la importancia del método de observación.

23. LOS SISTEMAS DEL DERECHO COMERCIAL

Pueden dividirse en tres grandes grupos los diversos sistemas del derecho comercial.

El *primer grupo* sería el de los países latinos, que comprende aquellos en los que la influencia del Código de Comercio francés de 1807 fue preponderante. Este es el caso de España, Portugal, y los países latinoamericanos que fueron colonias de esas metrópolis. También quedan comprendidos en este grupo los Países Bajos, Grecia y Egipto.

En algunos de estos países, se dejó sentir posteriormente la influencia germánica. Así ocurrió en Italia, donde el Código de 1882 acogió el derecho alemán en la parte general y en las disposiciones sobre letra de cambio. Pero mantuvo la influencia francesa en las disposiciones sobre derecho marítimo y quiebras y las del derecho belga sobre sociedades. En la misma Italia, el Código Civil de 1942, que realiza la unificación del derecho comercial y del derecho civil, concilia el sistema objetivo francés del derecho comercial con el sistema subjetivo alemán. Quedan fuera del Código el derecho de transportes marítimos, fluviales y aéreos, –unificados en un cuerpo único, el Código de Navegación–, el régimen de procedimiento de liquidación colectiva y el derecho de cambio.

El *segundo grupo* sería el germánico, dentro del cual estaría comprendida la legislación alemana y la legislación suiza y algunos otros países, entre ellos varios de América del Sur, que han sido influenciados por el alto valor técnico de los Códigos alemán y suizo.

El Código de Comercio alemán de 1900 ha sido completado por nuevas leyes especiales, como son las de sociedades, quiebras, letras de cambio y leyes específicas sobre sociedades anónimas o por acciones.

La legislación suiza presenta la característica de la unificación de las obligaciones civiles y comerciales en un solo Código, de 30 de marzo de 1911, cuya revisión, terminada el 18 de diciembre de 1937, fue puesta en vigor a partir de 1º de julio de 1937.

El *tercer grupo* es el grupo anglosajón y comprende, principalmente, Inglaterra, y ex colonias, entre ellas los Estados Unidos de América.

En Inglaterra no existe un Código de Comercio, pero la mayor parte de las grandes instituciones propias de los comerciantes, como ventas de mercaderías, efectos de comercio, sociedades por acciones, instituciones de derecho marítimo, quiebra (cuyo procedimiento es aplicable a los no comerciantes), son objeto de leyes especiales. Como derecho de excepción, el derecho comercial dejó de existir desde el siglo XVIII, por lo que se ha afirmado que en este país no existe esta disciplina jurídica como tal.

En los Estados Unidos, el sistema general del derecho comercial reposa sobre el *common law* británico. Existe una legislación propia de cada Estado y una legislación federal que regula las materias de interés general: sociedades, transportes, quiebras, etc., lo que origina frecuentes conflictos de leyes internas ante las leyes de los Estados. Se ha hecho ensayos de importancia, de carácter privado, para coordinar la legislación, como el efectuado por el American Law Institute, a través de los *restatements* del derecho no escrito. Más tarde, el Interstate Committee ha efectuado un trabajo de unificación sobre el derecho escrito (*statutory law*).

Otra característica notable del derecho anglosajón es la importancia que tiene la jurisprudencia (*case law*) como fuente del derecho, en virtud del sistema del precedente, que obliga a los jueces a sujetarse las decisiones judiciales anteriores pronunciadas en casos iguales.

CAPÍTULO IV
FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL

24. Concepto de fuentes del derecho comercial.- **25.** La ley mercantil.- **26.** La legislación civil.- **27.** Los usos y costumbres comerciales.- **28.** La equidad.- **29.** La jurisprudencia.- **30.** La doctrina mercantilista.- **31.** Jerarquía de las fuentes del derecho comercial.

24. CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL

No es materia propia del derecho comercial tratar de la teoría general de las fuentes del derecho, pero no puede prescindirse de hacer referencia a ella, pues sirve para asegurar el sentido, el alcance y el orden de aplicación de las normas jurídicas.

De una manera general se entiende por fuentes del derecho el punto de origen de la norma objetiva.

Pero, puede también entenderse como los medios materiales con los que se pone de manifiesto la génesis de la norma o como las fuerzas sociales que provocan su creación, estatuyéndolas, es decir, determinando su contenido, atribuyéndoles obligatoriedad y otorgándoles certeza. En este último sentido las fuentes jurídicas son los medios de que se vale el derecho objetivo para manifestarse exteriormente.

En el derecho comercial, la voluntad del Estado expresada en la ley y los usos y costumbres, o sea, las prácticas consuetudinarias como expresión de la conciencia social no mencionada por el legislador, son las fuentes indiscutidas de esta disciplina.

La ley debe ser entendida, en su sentido amplio, como forma de expresión de voluntad del Estado por medio de su órgano competente, es decir, el Poder Legislativo, o en virtud de delegación conferida por éste, o mediante la facultad de reglamentación, que corresponde al Poder Ejecutivo dentro de la esfera de su competencia.

Desde el punto de vista obligatorio no hay diferencia entre la ley y la costumbre en el derecho mercantil y en algunas otras disciplinas jurídicas, pero sí en su contenido, vale decir, en las relaciones que regulan y en las necesidades que satisfacen.

25. LA LEY MERCANTIL

En relación con la ley mercantil, hay que hacer referencia a la sistematización a que está sujeta, que no es igual en todos los países.

Los sistemas legislativos pueden clasificarse como: a) el de las leyes especiales; b) el de compilación; y, c) el de codificación.

El *sistema de las leyes especiales* considera que éstas se expiden sin conexión orgánica para regular determinadas situaciones aisladas que van presentándose constantemente. Tiene la ventaja de favorecer la reforma del derecho, sin romper una unidad orgánica. Es el caso de Inglaterra y de los países sajones en los que sólo existen los *statutes* y el *common law*.

El *sistema de compilación* es el de reunión material de leyes sin unidad orgánica. Es una simple agregación o yuxtaposición de diversas normas. Como ejemplos pueden citarse las medioevales *Nueva* y *Novísima Recopilación*.

El *sistema de la codificación* supone un cuerpo de normas orgánicamente dispuestas sobre determinadas relaciones intersubjetivas, que responde a una técnica y sistemática propias. Este sistema no es excluyente del de leyes especiales, dado el dinamismo del derecho comercial y su carácter progresivo, que originan la aparición constante de nuevas leyes que van integrando la legislación mercantil contenida en los Códigos.

La ley mercantil más importante es el Código de Comercio, al lado del cual existe un conjunto de leyes que han suplido las deficiencias y llenado los vacíos que se han ido advirtiendo, debido principalmente a la aparición de nuevas formas de relaciones creadas por el tráfico mercantil en su incesante actividad, o por el desenvolvimiento de algunas instituciones consideradas en el Código, pero que se ha hecho necesario revisar y corregir mediante leyes especiales.

La Ley Nº 26595, publicada el 20 de abril de 1996, delegó facultades al Poder Ejecutivo para elaborar y promulgar el Código de Comercio, posteriormente este encargo se ha desviado hacia la elaboración de un Código de la Empresa.

Si bien los Códigos son también leyes y desde el punto de vista de la fuerza imperativa (formal) no tienen mayor alcance que una ley singular, en cambio tienen mayor extensión que éstas (carácter cuantitativo) y, sobre todo mayor organicidad e importancia en su contenido (carácter sustancial), en cuanto regulan

un conjunto de materias que se coordinan y subsumen en torno a determinados principios comunes fundamentales.

De acuerdo a su objeto y dentro del sistema de separación de la legislación mercantil, las normas mercantiles contenidas en los preceptos del Código de Comercio y en las leyes especiales pueden dividirse en dos grandes grupos: las que recaen sobre materias exclusivamente reguladas por la legislación mercantil (letra de cambio, cheque, seguros, sociedades anónimas), y las que recaen sobre materias que regula también el Código Civil (compraventa, mandato, depósito, préstamo, fianza, prenda, etc.). En este último grupo se hace necesario determinar el carácter civil o mercantil del acto objeto de la regulación.

26. LA LEGISLACIÓN CIVIL

Dado el origen del derecho comercial, que aparece inicialmente como un derecho de excepción subordinado al derecho civil, para convertirse después en un derecho especial, autónomo, con sus propias normas y su cuerpo de doctrina, se reputa que el derecho civil es una de las fuentes del derecho mercantil.

Para Ascarelli, por el contrario el derecho civil es la última de las fuentes en orden de jerarquía para los efectos interpretativos, salvo que existan normas que dispongan otra cosa.

Nuestro C. de C. contiene la disposición del art. 2º, que establece que los actos de comercio se rigen en primer lugar por las disposiciones del Código, en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y, a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Empero, tratándose de los contratos de comercio, el art. 50º del C. de C. disponía que en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en el Código o en las leyes especiales, por las reglas generales del derecho común.

No faltó quienes han advertido una contradicción entre ambas disposiciones, olvidando, en primer término, la diferencia entre acto y contrato y, en segundo lugar, que el art. 50º alude a la interpretación de los contratos, lo que permite en este campo dar lugar a la aplicación de los usos comerciales.

En la actualidad las normas del Código de Comercio referidas a las disposiciones generales de los contratos no se aplican desde la vigencia del artículo 1353º del Código Civil que dispone que las normas relativas a las disposiciones generales de contratación contenidas en el Código Civil se aplican a todos los contratos de derecho privado, incluso a los innominados; por lo que siendo los contratos mercantiles normas de derecho privado, y en aplicación del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, han quedado derogadas las normas del Código de Comercio relativas a las disposiciones generales de contratación contenidas en

los artículos 50º a 63º de dicho cuerpo de leyes. La salvedad para la no aplicación de las normas generales de contratación del Código Civil, se da cuando esas reglas generales de contratación resultan incompatibles con las reglas particulares de cada contrato, o no cubran los supuestos contenidos en el Código de Comercio. En tal supuesto se aplica las reglas particulares mercantiles.

27. LOS USOS Y COSTUMBRES COMERCIALES

Los usos ocupan históricamente el primer lugar entre las fuentes del derecho mercantil.

Los Estatutos de las Corporaciones y las Colecciones locales o generales que regían en la Edad Media eran recopilaciones de usos. Posteriormente, la legislación mercantil fue recopilación y revisión de usos.

La importancia del uso como fuente del derecho mercantil se explica desde que esta disciplina comenzó a destacar con propios caracteres, que la fueron separando del derecho civil. En los casos en que la ley civil no se adaptaba a las exigencias propias del tráfico mercantil, los comerciantes se apresuraban a aplicar los usos *extra legem*, adecuados a sus especiales finalidades económicas.

La celeridad de las operaciones mercantiles reñía con la lentitud que significaba la modificación de las leyes civiles y exigía, por lo tanto, un derecho flexible que se amoldase a las necesidades cambiantes de las relaciones comerciales.

Tratándose del uso, es necesario precisar cuál es el fundamento de su fuerza obligatoria, teniendo en cuenta que en la vida de relación existen usos de los que no derivan consecuencias jurídicas. De ahí que deban excluirse del concepto jurídico de uso las prácticas que no trascienden a la vida jurídica. Tales son, por ejemplo, las formas de realizar ciertas operaciones mercantiles del tráfico (embalaje de mercaderías, carga y descarga, etc.).

Los usos mercantiles representan la ley comercial en perenne formación. La convivencia económica y los negocios mercantiles los señalan como el elemento dinámico de la legislación comercial, que se mueve entre los elementos estáticos del derecho privado: la ley comercial y la ley civil.

Puede afirmarse que los usos son una ley no escrita, pero con eficacia vinculativa con ella en la función de integrarla, que les es propia.

Como se ha expresado, las primeras manifestaciones de la regla referentes a la actividad mercantil no son sino recopilaciones de usos y prácticas vigentes en zonas territoriales más o menos vastas. Posteriormente, la intervención del Estado, mediante la dación de Códigos y leyes, no ha podido cubrir todo el campo de la materia mercantil, que se manifiesta en múltiples prácticas consuetudinarias cuya incorporación en normas legales resulta imposible, debido a su gran número y variedad. De ahí que en el campo del derecho mercantil el uso tenga una importancia mayor que en otras disciplinas jurídicas no sólo dentro de cada país sino también en las relaciones internacionales.

Lo importante al respecto es determinar cuándo los usos están respaldados por la autoridad del Estado, o sea, cómo debe confrontarse la función y fuerza del uso en relación con la ley. Para ello es necesario tener presente algunas consideraciones de carácter general.

No existe dificultad cuando se hace referencia a los *usos según ley* porque en este caso la fuerza del uso radica en el vigor que la forma escrita le concede. El uso llamado *praeter legem*, o sea, cuando el uso tiene valor por sí mismo como fuente autónoma del derecho, con dignidad propia, es distinto. Su vigencia no deriva de la fuerza obligatoria que el Estado le imprime específicamente, sino del hecho de vincular al uso efectos jurídicos.

El uso *contra legem*, no puede admitirse, de un modo general, que se sobrepase a la norma escrita. Sin embargo, en ciertos casos se admite su vigencia contra la ley, cuando se opone a una ley supletoria o dispositiva, o a una de las llamadas leyes imperfectas o sea, aquellas que carecen de sanción. Se argumenta en apoyo de este punto de vista que si la voluntad de un individuo puede derogar esas normas, lo propio puede hacer el uso, que disciplina de un modo diverso la materia regulada por ellas. En cambio, el uso *contra legem*, entendido como uso ilícito, carece de eficacia por ser precisamente ilícito, prescindiendo de su relación con la norma escrita.

El uso *secundum legem*, o sea, aquel al que la ley se remite para el efecto de la integración del contenido de la norma escrita, la cual en parte presenta claros, configura el caso de recepción del uso por la ley. En este supuesto, el uso presta a la norma escrita su propio contenido y, a su vez, al quedar incorporado a la norma, adquiere fuerza igual a la de ésta.

Son muchos los casos en que la ley hace referencia al uso con finalidad integrativa. Así ocurre con los arts. 2º, 298º, segundo párrafo, 476º, 479º y 792º del C. de C. peruano.

El uso tiene, además, una función ulterior respecto a las materias que no están contempladas en forma alguna en la norma escrita y que, por lo tanto, él las disciplina de manera única. Es el uso *praeter legem*, a que se ha hecho referencia, el cual cumple la función de colmar los vacíos que presenta el derecho escrito. A diferencia del uso *secundum legem*, el uso *praeter legem* tiene vigor independientemente de referencias singulares. Para ello, en este caso, el uso es fuente autónoma del derecho y al mismo tiempo único porque no puede hallarse en contraste con la ley o los reglamentos. Entre otras materias confiadas al uso *praeter legem*, están los negocios de banca y bolsa.

A los usos contra la ley, la escuela filosófica no les otorga validez por considerarlos una "insurrección inadmisible". La escuela histórica los admite cuando no contrarían las normas fundamentales en que reposa la organización política, las disposiciones de carácter penal o de carácter procesal.

La *prueba del uso* hace referencia a dos aspectos: a) el de su existencia; b) el de su contenido.

Por ser el uso la repetición de hechos de determinadas características (reiteración, uniformidad, publicidad, etc.) puede resultar difícil la prueba respecto de él, ya que está confiado a la percepción y a la memoria de las personas. Carece, así, de la certeza que caracteriza a la norma escrita.

Entre nosotros, la prueba del uso está confiada a la certificación que otorgan las Cámaras de Comercio en virtud de los decretos supremos aprobatorios de sus estatutos, o por disposición de éstos, lo que suscita el problema referente a la comprobación de los usos generales, puesto que la Cámara de Comercio de cada lugar puede certificar sobre los usos locales.

En el campo de la contratación mercantil el uso nace como una práctica que se ha desarrollado por el ejercicio de determinados actos de comercio y es observado como norma legal en el silencio del contrato y de la ley comercial.

Es un elemento típico de los contratos de la misma especie la condensación y el sedimento de cláusulas originariamente pactadas, por lo que cabe distinguir diversas fases en sus génesis.

En la primera fase se trata de la repetición de una cláusula en una misma clase de contratos, favorecida por la tipicidad de las operaciones mercantiles. Estas cláusulas adquieren su carácter distintivo, dada la frecuencia con que ellas aparecen en los numerosos contratos que se celebran.

En la segunda fase, la cláusula muchas veces repetida acaba por sobreentenderse, sea entre los mismos contratantes, sea dentro de un pequeño número de personas dedicadas al mismo género de comercio, adquiriendo así los caracteres de las llamadas *cláusulas de estilo*.

Finalmente, la cláusula adquiere generalización que alcanza a la voluntad de todos los particulares que no la excluyan expresamente de sus contratos. En esta forma la cláusula se hace objetiva en forma general y se convierte en norma de derecho, aislada y superior a la voluntad de las partes.

Resulta así que lo que fue inicialmente cláusula contractual se convierte en norma general.

Para que las prácticas adquieran obligatoriedad es preciso que presenten determinadas características, a las que se ha hecho mención. En primer término, deben ser prácticas generales, constantes y duraderas y no meramente individuales, o transitorias; deben ser uniformes, es decir, presentarse siempre en forma igual, con los mismos efectos y modalidades, deben ser públicas y notorias y deben practicarse como cosa debida y obligatoria y no como simple acto de liberalidad.

La vigencia de los usos plantea el de la jerarquía entre los de distinta clase, es decir, locales, generales o especiales.

Como se trata de la aplicación de normas con carácter imperativo, hay que recurrir a los mismos principios que se aplican a las leyes generales o especia-

les. Así, habría que admitir que el uso particular debe ser preferido al uso general; entre dos usos particulares, deben tener prevalencia los del lugar de ejecución del contrato.

Desde el punto de vista de la posición de los usos frente al derecho objetivo, se clasifican en usos interpretativos y usos normativos.

Los *usos interpretativos* son los convencionales, recogidos de las prácticas profesionales que sirven para completar la voluntad de las partes, sobreentendiéndose tácitamente en los contratos. Resultan así, un medio de interpretación. Como reglas de conducta contractual de que se presumen queridas por los contratantes, se admite la posibilidad de que éstos prueben ante el juez que no conocían el uso, o no querían aplicarlo.

Los *usos normativos* representan reglas de derecho objetivo que se imponen, como tales, a la voluntad de las partes, independientemente del querer de éstas. Su validez es reconocida por todos y no necesitaría ser probado ante el juez porque éste estaría obligado a conocer el derecho objetivo. El Código Civil suizo, de 10 de diciembre de 1907, establece que, en los casos no previstos por la ley, el juez decide según la costumbre.

En el campo del comercio internacional los usos tienen especial significación. Entre ellos son de mencionar las llamadas reglas de York y Amberes, referentes al contrato de compraventa y embarque.

Los llamados contratos C.I.F. y F.O.B, derivados los primeros de las letras iniciales de las palabras inglesas *Cost, Insurance, Freight*, que significa "costo, seguro y flete", suponen que el vendedor contrata el seguro y el flete de la mercadería que vende; de modo que lo que el comprador debe abonarle es el importe del precio del artículo que incluye el seguro y el flete.

En cuanto a la venta denominada F.O.B., derivada de las letras iniciales de tres palabras inglesas, *Free on Board*, que significa "libre a bordo", o sea, que el vendedor sólo está obligado a poner la mercadería a bordo del buque, es al comprador a quien corresponde contratar el flete y el seguro.

Distintos acuerdos de carácter internacional han tratado como uno de los temas principales el de unificar las reglas referentes a estos contratos, así como a los términos comerciales.

Al lado de las dos modalidades expresadas, existen otras, como son las de contratar el transporte ferroviario que sea indispensable para poner las mercaderías a bordo del buque, o sólo al costado del buque, o sólo sobre los vagones del ferrocarril. De acuerdo al caso, las obligaciones del vendedor serán más o menos extensas y la suma a pagar por el comprador será mayor o menor.

Los *usos contractuales* se suponen implícitamente queridos por las partes respecto a determinados negocios o en determinados territorios en que ellos son

observados. No derivan de la ley, que los asimila a normas legislativas. De allí que dichas cláusulas cesan de tener valor cuando se demuestra que uno de los contratantes no las ha querido y, asimismo, cuando se demuestra que no los conocía, porque, como dice Scialoja, no se puede querer lo que no se conoce.

Los usos contractuales, como cláusulas del contrato, pueden derogar las normas dispositivas de la ley, o sea, aquellas normas carentes de imperatividad. Pueden también dar origen a los usos legislativos si alcanzan difusión y se convierten, de prácticas seguidas por algunos comerciantes, en una práctica general, siempre que, desde luego, tengan un contenido normativo. Finalmente, la práctica debe recaer sobre materia regulada por el derecho y también sobre materia de comercio.

Por su extensión territorial, el uso puede ser *local* o *general*, según se aplique en determinada plaza comercial, o en un país determinado, o en zonas territoriales más vastas.

En razón de la materia, el uso puede ser *general* o *especial*. Los primeros, aplicables a todo género de comerciantes; los segundos, sólo a algunos.

28. LA EQUIDAD

Además del uso, es fuente de derecho la equidad, pero sólo en aquellos casos en que, no existiendo norma jurídica preestablecida, se encarga al juez que recurra a ella. No se trata, entonces, de la equidad para el efecto de la aplicación de la norma sino en reemplazo de ésta.

Por la razón expresada del dinamismo constante del derecho mercantil, que crea continuamente nuevas normas jurídicas con un ritmo de mayor celeridad que otras disciplinas, hay muchas relaciones jurídicas mercantiles no reguladas por normas escritas, dejándose, así, un campo bastante extenso a la equidad.

29. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia tuvo un lugar importante en la elaboración del derecho comercial, sobre todo cuando la jurisdicción estaba en manos de los comerciantes, quienes, al resolver las cuestiones que a ella se sometían, no se limitaban a aplicar los textos.

Lo mismo ocurre, aunque en menor medida, en aquellos países donde existe una jurisdicción de primer grado encargada a los comerciantes. En otros países, como aquellos en que los antecedentes jurisprudenciales son de obligatorio acatamiento, como los angloamericanos, la jurisprudencia juega un rol de primera importancia.

Tratándose de una rama del derecho como el derecho comercial, en el que muchas instituciones no son reguladas por textos legales, el rol de la jurisprudencia adquiere en ciertos aspectos mayor importancia por tratarse de decisiones emanadas de un Poder del Estado, que convienen tomar en cuenta en casos similares.

30. LA DOCTRINA MERCANTILISTA

Las características similares con que se presentan las instituciones jurídico-mercantiles en los diversos países al regular relaciones derivadas de una misma forma de organización económica, otorgan una mayor autoridad a la opinión de los tratadistas que en otras esferas del derecho.

Las instituciones mercantiles, como la letra de cambio, las operaciones de cambio y bolsa, los negocios de banca, de transporte, de seguros, de sociedades, presentan caracteres semejantes en los diversos países.

La doctrina extranjera resulta de este modo de mucho valor para fijar los alcances de las reglas del derecho mercantil.

31. JERARQUÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL

Al tratar de la jerarquía de las fuentes del derecho comercial, debe mencionarse que se hace referencia a las fuentes formales, o sea, el modo de manifestarse el derecho positivo, y no a las fuentes materiales, vale decir, a las que constituyen a la formación del derecho, como son los factores morales, económicos, políticos, la tradición, la naturaleza de las cosas, etc.

Como fuente formal, la ley escrita ocupa el primer lugar en el derecho mercantil en los países de abolengo romanista que siguieron el ejemplo de la codificación napoleónica, rompiendo con la tradición de esta disciplina jurídica, a la que se reconoce un carácter fundamentalmente consuetudinario, que se expresaba en las reglamentaciones pertinentes.

A partir de la codificación, los usos y costumbres pasaron a ser fuentes de rango inferior a la ley, pero ocupando el lugar inmediato a ésta.

En los países del *common law*, la ley escrita ocupa el segundo lugar después de la jurisprudencia, que es la fuente de mayor jerarquía. Las decisiones judiciales constituyen la regla general, en tanto que la ley es la excepción destinada a introducir modificaciones o adiciones al derecho jurisprudencial.

En los países socialistas y en particular en aquellos de la ex Unión Soviética, la ley escrita es con mayor vigor la fuente principal del derecho. La costumbre tiene una función muy restringida, estando totalmente excluidas la jurisprudencia y la doctrina.

Los *usos y costumbres comerciales*, que fueron la principal fuente del derecho mercantil en las primeras etapas de su aparición y que se impusieron como una reacción de los comerciantes contra las reglas del derecho civil poco adaptables a las necesidades del tráfico comercial, mantienen su importancia, pero debajo de la ley.

En el sistema del *common law*, la costumbre es fuente de derecho cuando es inmemorial, reputándose como tal a la que es continua, universalmente reconocida, razonable y considerada como obligatoria.

En los países de tradición romanista y en particular en Francia, los usos llamados imperativos o usos de derecho, si bien no pueden derogar las reglas imperativas del derecho comercial, sí pueden sobreponerse a una ley imperativa de carácter civil. La jurisprudencia extranjera ha admitido estos usos contra la ley.

En términos generales, se reconoce que los usos y costumbres mercantiles tienen carácter supletorio de la ley comercial, con preferencia a la legislación civil. Así lo reconoce nuestro C. de C. (art. 2º).

La *legislación común* ocuparía, en esta forma, el tercer lugar en la jerarquía de las fuentes formales del derecho comercial, después de la ley y de los usos mercantiles. Debido a la comunidad de origen y de naturaleza, el derecho civil es el que más se aproxima al derecho comercial. Como se ha visto (*supra* Nº 26), las normas relativas a las disposiciones generales de contratación contenidas en el Código Civil se aplican a los contratos mercantiles.

En ciertas situaciones, el derecho común también precede a los usos comerciales cuando se trata de disposiciones de orden público, como son los referentes a la familia y a la capacidad de las personas.

Hay otros casos en que las normas del derecho mercantil son incompletas porque suponen la existencia de un hecho cuya calificación corresponde al derecho civil. Así ocurre con determinados contratos que existen en ambas disciplinas jurídicas, con referencia a los cuales el derecho comercial presupone el concepto, como ocurre en la compraventa. El Código de Comercio expresa cuándo es mercantil esta figura jurídica, pero no trata de los elementos caracterizados de ella.

Los *principios generales de derecho*, o sea, aquellas nociones jurídicas que no figuran en los textos legales, pero que representan ideas fundamentales de un sistema jurídico en una época determinada y que son considerados, algunos de ellos, de aplicación universal dentro de un grupo de países de la misma civilización, ocupan una jerarquía inmediata a los usos y costumbres, y donde la jurisprudencia no ostenta el rango primordial.

Nuestro Código Civil considera tales principios y en especial los que inspiran el derecho peruano como fuente formal de manera expresa (art. VIII del Título Preliminar) y, dado el lugar en que está instalada la norma, tienen validez general en otras disciplinas. Empero, no puede prescindirse de los usos y costumbres mercantiles, porque la legislación especial, o sea, el Código de Comercio (art. 2º), los reconoce como fuente propia en el segundo orden de prevalencia.

La *doctrina* es fuente de rango menor. En otros tiempos tuvo gran importancia, como ocurría en Roma con la ley de citas y más adelante los autores como si se tratase de la ley. Actualmente se le reconoce como elemento que contribuye a la creación del derecho orientando al legislador y al juez, antes de la expedición de la ley o de la sentencia, o después, a fin de que se puedan corregir errores o defectos.

La *equidad* debe ser considerada desde un doble punto de vista: si la le encarga al juez que la aplique cuando no existe norma jurídica o si se trata d aplicar una norma que no hace referencia a ella. En el primer caso, su importai cia es mayor que en el segundo. En el último supuesto habría que constatar si c una manera general la ley la reconoce como fuente supletoria. De no ser así, r podría otorgarse primacía sobre los principios generales de derecho, mucl menos en aquellos casos en los que, como sucede en nuestro sistema legislat vo, la ley reconoce en forma expresa dichos principios como fuente supletor según se ha mencionado.

CAPÍTULO V
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL

32. De la Antigüedad al siglo XIII: a) El pueblo asirio; b) El pueblo hebreo; c) El pueblo hindú; d) El pueblo egipcio; e) El pueblo fenicio; f) El derecho griego; g) El derecho comercial en Roma; h) El derecho comercial en la Baja Edad Media.- **33.** Del siglo XIII al siglo XV: a) El Consulado del Mar; b) Los Roles o Juicios de Olerón; c) Las Leyes u Ordenanzas de Wisbuy; d) El Guión del Mar; e) Las Ordenanzas Marítimas de la Hansa Teutónica.- **34.** Del siglo XV al Código de Comercio francés.- **35.** Del Código francés hasta nuestros días: a) Derecho comercial francés; b) Derecho comercial español; c) Derecho comercial alemán; d) Derecho comercial suizo; e) Legislación anglo americana; f) Derecho comercial ruso.

32. DE LA ANTIGÜEDAD AL SIGLO XIII

Los historiadores del derecho han divido en cuatro etapas la evolución del derecho mercantil. Ellas se relacionan en cierta forma con los grandes períodos históricos en que se divide la historia de la humanidad.

El primer período comprendería desde los tiempos antiguos hasta el renacimiento comercial iniciado en el siglo XII. El segundo, desde el florecimiento de las Repúblicas italianas hasta el siglo XV. El tercero, desde el siglo XV hasta la dación del Código de Comercio francés de 1807; y, el cuarto, desde entonces hasta nuestros días.

Aunque ya hemos señalado (*supra* Nº 4) cuándo es que propiamente aparece el derecho comercial, las referencias históricas permiten apreciar los antecedentes más remotos, en los que se encuentran vestigios de normas reguladoras del tráfico mercantil. Se ha visto también (*supra* Nº 14) que hasta determinado mo-

mento el derecho comercial aparece confundido con el derecho civil, pese a que las disposiciones referentes a ciertas actividades comerciales, como las del comercio marítimo, no encontraban reglas similares en el derecho civil, ni podían regirse por los principios de esta disciplina.

a) El pueblo asirio.- Los historiadores afirman que el comercio de mediación apareció a orillas del río Eúfrates. Los estudios realizados en Mesopotamia por el explorador Morgan permitieron descubrir el monolito de Hammurabi, cuyos jeroglíficos constituyen el Código de Hammurabi, en el que se hace referencia a relaciones comerciales.

b) El pueblo hebreo.- Las escrituras aluden a las primeras caravanas de los medianistas, a quienes José fue vendido por sus hermanos.

Los hebreos tuvieron relaciones comerciales con los fenicios, los egipcios y los ofiritas del país de Sophala.

En cuanto al derecho positivo, habría que mencionar el Talmud, en el que se encuentra preceptos relativos al fletamento, el echazón y a la contribución de averías.

c) El pueblo hindú.- El comercio alcanzó en la India gran desarrollo, debido a la abundancia de productos, múltiples caminos y redes fluviales; de otro lado, el acendrado espíritu religioso, que congregaba gran número de peregrinos en las festividades, originó la formación de numerosas ferias y mercados.

La importancia del comercio se revela en el hecho de que esta actividad estaba reservada a la clase privilegiada de los *vaycias* y prohibida a los *parias*.

El derecho positivo es desconocido, encontrándose algunas disposiciones en el Código de Manú referentes al comercio marítimo, al préstamo para estas actividades y al arrendamiento de buques.

d) El pueblo egipcio.- Las favorables condiciones geográficas de Egipto determinaban la abundancia de productos, que se intercambiaban frecuentemente gracias a sus vías de comunicación.

De la consideración de que gozaba el comerciante se deduce la importancia que se asignaba al comercio.

Los libros del Thaut no hacen referencia al comercio, si bien se supone con fundamento que, habiendo existido establecimientos destinados a facilitar las empresas comerciales, debieron existir también leyes destinadas a regirlas.

e) El pueblo fenicio.- El comercio tuvo gran importancia en Fenicia, al punto que su poderío se debió a las empresas comerciales y a la creación de colonias.

El derecho positivo de este pueblo es desconocido. Sólo hay referencias indirectas a la sabiduría de sus leyes. El profeta Ezequiel alaba la ciencia de los magistrados de Tiro y sus instituciones mercantiles.

Cartago, que fue la colonia más poderosa y floreciente de Fenicia, alcanzó gran prosperidad, acrecentada por los ventajosos tratados de comercio. La abun-

dancia de metales preciosos y el uso de monedas consistentes en pedazos de cuero grabados a los que se les daban un valor determinado, contribuyeron a intensificar la actividad comercial. Aunque son desconocidas sus normas mercantiles, se supone que existieron.

f) El derecho griego.- La actividad comercial no gozó de consideración en Grecia. Platón y Aristóteles reprobaron esta actividad al igual que todas las ocupaciones manuales, a las que sólo podían dedicarse manos serviles. Sin embargo, el comercio tuvo gran desarrollo sobre todo en las numerosas colonias griegas, gracias a las leyes de Solón y al establecimiento de un buen sistema de pesas y medidas.

Las colonias de mayor actividad comercial fueron Corinto y Rodas. En esta última existió una poderosa marina mercante y numerosas leyes marítimas. El derecho positivo estuvo contenido en las *Leyes Rodias*, que rigieron en todos los pueblos de Grecia y que más tarde fueron incorporadas al *Digesto* . De ellas sólo se conservan fragmentos y se refieren principalmente a leyes penales y de policía.

g) El derecho comercial en Roma.- El derecho comercial no se distinguió del civil ni los juristas diferenciaron el acto civil del acto de comercio.

Se han aducido varias razones para ello. En primer lugar, el hecho de que la organización económica de Roma se basó fundamentalmente en la agricultura y en la ganadería. El pueblo romano no fue un pueblo de comerciantes. Aun cuando es cierto que la capital, Roma, era un gran mercado de consumo, gran parte de la población estaba formada por esclavos, que quedaban al margen de las relaciones jurídicas. La poca consideración que tuvo el comercio se manifiesta en el hecho de que estuvo prohibido a los patricios.

De otro lado, el derecho romano adquirió, por obra del Pretor, flexibilidad, que le permitió adaptarse a las necesidades de la contratación. Como *jus gentium*, rigió en las relaciones con todos los pueblos incluyendo a los de intensa actividad comercial.

Sin embargo, ciertas reglas propias del tráfico comercial marítimo que rigieron en Roma no fueron producto de elaboración de los juristas romanos, sino de la adaptación de leyes de otros pueblos. Así ocurrió con la *Ley Rodia* del echazón incorporada en el *Digesto*, en la que se establecía que los daños y gastos ocasionados deliberadamente para salvar la nave, efectuados en provecho de todos los interesados en la expedición marítima, debían ser de responsabilidad común. Estas reglas, surgidas en los usos comerciales, pasaron a las legislaciones codificadas y se encuentran contenidas en el art. 824º de nuestro C. de C. vigente.

Las *Leyes Rodias* sólo fueron incorporadas parcialmente al derecho romano en los aspectos ya indicados, pues su contenido era más amplio y comprendía importantes materias del derecho marítimo, como eran las referentes a robos y riñas ocurridas a bordo, arribada forzosa, fletamento, responsabilidad de los cargadores, préstamos marítimos asociaciones, contribución de averías de efectos y mercaderías y otros.

De las *Leyes Rodias* tomaron los romanos, igualmente, las acciones *exersitoria* e *institutoria*. En virtud de ellas, el que ha contratado con el capitán de la nave puede demandar al propietario por los actos del capitán o de responsabilidad de éste o de quien lo sustituye, por reputarse que existe una relación de mandato, o una autorización para la sustitución de persona.

El principio ha pasado a los Códigos modernos y está incorporado en los arts. 599º y 600º del C. de C. peruano.

h) El derecho comercial en la Baja Edad Media.- Durante este período el comercio terrestre sufrió notable disminución. Con la caída del Imperio Romano y la desaparición del orden que éste impuso se perdió la seguridad en los caminos. En la época feudal, los señores ejercían poder soberano sobre sus territorios y sólo permitían el tránsito mediante el pago de tributos. Más adelante, cuando se van formando las ciudades y se constituyen agrupaciones de artesanos y trabajadores, aumentó la actividad comercial.

De otro lado, las expediciones de las Cruzadas influyeron en el tráfico comercial, pues fue necesario abrir nuevos caminos a través de Europa hasta llegar a Oriente, lo que fue aprovechado para el intercambio de mercaderías, dando lugar a que se establecieran relaciones con varios pueblos, entre ellos los árabes. Se formaron grandes corrientes comerciales que hicieron la grandeza y la prosperidad de las Repúblicas italianas, como Génova y Venecia. Desde el punto de vista social y económico, se originó el empobrecimiento de los señores feudales y el surgimiento de la burguesía como clase social, que fue arrancando sus fueros y privilegios, bajo cuyo amparo realizaron actividades comerciales.

También se vio estimulada la actividad bancaria, pues se necesitaban muchos recursos para financiar las expediciones que buscaban rescatar el sepulcro de Cristo.

Por su parte, la iglesia influyó en la formación del derecho comercial mediante diversos factores, entre los que se encuentra la legislación económica, pues al prohibir el pago de intereses por los préstamos como forma de evitar las tasas usuarias, obligó a los comerciantes a buscar nuevas formas de colocar sus capitales, eludiendo la prohibición.

Así nacen la sociedad en comandita, algunas modalidades de la letra de cambio, la fortuna de mar y el préstamo a la gruesa.

Al hacer su aparición la burguesía como clase social, un nuevo tipo de relaciones económicas más flexibles, derivado de la actividad de hombres libres y no de siervos dedicados a la agricultura, determinó que aparecieran nuevas reglas jurídicas, pues el derecho romano-canónico entonces vigente se había petrificado y no se adaptaba al nuevo tipo de relaciones. Sin la intervención del *Pretor*, el derecho romano perdió la flexibilidad que lo había hecho adaptable a variadas circunstancias. Se produjo una ruptura entre el derecho romano-canónico y las exigencias de nuevas realidades sociales.

Finalmente, la actividad de los gremios, entre ellos de comerciantes, contribuyó a la creación del nuevo derecho, pues el espíritu de asociación originó la agrupación en gremios, corporaciones o hermandades sociedades, que lograron el reconocimiento de sus derechos.

33. DEL SIGLO XIII AL SIGLO XV

Es a partir del siglo XIII cuando se produce la transformación de la vida económica y la aparición de nuevas formas de organización social, que según la opinión dominante dieron origen al derecho comercial con sus características propias, conforme se ha expresado (*supra* Nº 4). En esta etapa prosperaron los lugares de cambio, los centros en que se reunían los comerciantes procedentes de diversos lugares de un mismo país y del extranjero para cambiar sus mercaderías. Así aparecieron los mercados y las ferias. Estas últimas, debido a su mayor ámbito de acción, ejercieron gran influencia en la elaboración del derecho mercantil, favoreciendo la creación de los usos comerciales. Se reconocía la autoridad constituida por representantes de los comerciantes que propiciaba transacciones, liquidaba sus obligaciones y resolvía sus litigios.

Fue así como, de un lado, la institución de los Consejos, los gremios, las ferias y los mercados y, de otro lado, la influencia del cristianismo, que fue suavizando las costumbres, se levantó al comercio de la postración en que había caído como consecuencia de la desaparición del Imperio Romano.

Por otra parte, el comercio se había desarrollado principalmente por las vías marítimas, determinando que las ciudades que gozaban de ventajosa situación geográfica alcanzaron prosperidad económica. Las Repúblicas italianas se pusieron a la cabeza de la actividad comercial marítima, que también tuvo gran importancia en las ciudades hanseáticas del Mar Báltico y en los puertos de Marsella y Barcelona en el Mediterráneo.

Asimismo, es de destacar la influencia del Imperio Mongol y de la China. La invasión de los mongoles y el imperio gigantesco creado por Gengis Khan tuvieron importancia en la historia del comercio y, en consecuencia, del derecho comercial, pues constituyeron factores que fueron debilitando, desde la Edad Media, la importancia del Mediterráneo como centro del comercio de esa época.

Las dinastías chinas de Yuan, de origen mongólico, dieron seguridad a las rutas y facilitaron las expediciones comerciales. Las fabulosas riquezas en especies, piedras preciosas, sedas, estimularon a los comerciantes a seguir la ruta de Marco Polo. Ello dio oportunidad para que se pudieran apreciar las instituciones bancarias y contables utilizadas por los árabes, persas y chinos, habiéndose llegado a sostener que la letra de cambio fue descubierta en las ciudades comerciales italianas varios siglos después de haber sido inventada en China.

El derecho positivo de esta etapa histórica está formado por los llamados *Estatutos Locales* y las *Colecciones Generales*.

Las Corporaciones crearon normas del derecho positivo característico de este período. Ellas dictaban la ley de la profesión, que era aplicada por sus propias autoridades. A la cabeza de la Corporaciones se encontraban los Cónsules, que eran al mismo tiempo la autoridad judicial.

Los Cónsules juraban el cargo para ejercerlo y publicaban el texto de su juramento, que contenía las reglas de más general aplicación. De otro lado, las deliberaciones de los Consejos y Asambleas se compilaban en volúmenes con los juramentos, siguiéndose un orden cronológico. Más tarde, con el fin de ordenar los distintos capítulos, a veces contradictorios, a veces equivocados o repetidos, se instituyó una magistratura especial para la que eran designados los comerciantes más prominentes, a quienes se les denominó *estatutaires*.

Los Estatutos eran una mezcla de los usos y prácticas comerciales de aceptación general y de aquellas resoluciones que, aunque dictadas para un caso concreto por los magistrados encargados de administrar justicia, debían aplicarse a los casos que en el futuro pudieran ocurrir. Los estatutos hacían el oficio de ley y jurisprudencia.

Los Estatutos Locales se aplicaban en determinadas ciudades. La mayor parte de ellos estaban escritos en latín, lengua difícil para los comerciantes y sus jueces, y junto a las reglas de policía se encontraban máximas generales que era preciso acomodar a la práctica. Algunos adolecían de falta de claridad o eran contradictorios. Todo esto hizo sentir la necesidad de corregirlos, dándose así origen a Colecciones Generales muy notables, que tuvieron vigencia en varios países siendo de notar que las que adquirieron carácter de generalidad fueron en su mayoría las referentes al comercio marítimo, salvo lo relacionado con la materia cambiaria. Ello se debió a que las relaciones mercantiles marítimas eran las más frecuentes en esta época y las que demandaban con mayor apremio la unidad y la universalidad de sus normas.

Entre los Estatutos Locales, los más notables fueron los de Trani, Amalfi, Venecia, Génova, Florencia, Rimini, Ancona; los Estatutos franceses de Marsella y Montpelier. Son de destacar también los de Barcelona, el Código de las costumbres de Tortosa, que en uno de sus capítulos se ocupa de los banqueros, corredores, ferias, mercados, pesas, medidas, etc., siendo las más importantes de sus disposiciones las que tratan del comercio marítimo, como son las concernientes a las naves y derechos de sus dueños, del capitán, piloto, oficiales y en general de la gente de mar, de los contratos de fletamento, de las averías particulares y de las gruesas y de las naves que viajan en convoy.

Las Colecciones Generales tuvieron aplicación en zonas más vastas.

En el período histórico que estamos examinando el derecho comercial presenta notas que van acentuando sus características propias.

En primer término, revela su carácter internacional gracias a los usos de los mercados y de las ferias, a la legislación estatutaria, a las costumbres de las villas libres de Italia y de Flandes.

El *ius mercatorum* llegó a ser el derecho común de los mercaderes de todos los países, al margen de las instituciones civiles de carácter nacional.

Se trata de un derecho profesional y de un derecho corporativo. Es el derecho de la comunidad de mercaderes, de la profesión comercial. Ostenta un carácter subjetivo, elaborado en consideración a la persona de los comerciantes, en razón de que estas personas están sometidas a un estatuto especial.

Entre las Colecciones de Estatutos, o Colecciones Generales, destacan el Consulado del Mar, los Roles o Juicios del Olerón, las Leyes de Wisbuy, el Guión del Mar y las ordenanzas de la Hansa Teutónica.

a) El Consulado del Mar.- Tuvo vigencia en el Mar Mediterráneo. Hay quienes afirman que su lugar de origen fue Barcelona, aunque no han faltado quienes sostienen que fue Pisa o Marsella. No ha podido precisarse quién fue su autor, siendo lo más probable que intervinieran en su redacción varias personas experimentadas en lo concerniente al derecho marítimo, que fueron recogiendo sucesivamente en este libro los resultados de observaciones y estudios hechos en distintos tiempos y lugares.

En cuanto a la época de su aparición, las opiniones están divididas, refiriéndolas algunos al siglo IX, otros al siglo XI, otros al siglo XIII, y otros al XIV. Su contenido comprende las instituciones del Derecho Marítimo, salvo las referentes al seguro y al préstamo a la gruesa.

Si bien el Consulado del Mar no puede ser considerado como un verdadero Código porque le falta unidad y sistematización, es el monumento legal más completo que se conoció hasta su aparición. Fue la ley común de navegantes y comerciantes universalmente adoptada porque contenía todas las leyes y costumbres de las principales plazas marítimas.

b) Los Roles o Juicios de Olerón.- Esta Colección tuvo también importancia entre las que se publicaron en esta época. Su aparición se fija antes de la segunda mitad del siglo XIV. Algunos autores afirman que los Roles son anteriores al Consulado del Mar y que hasta pudieron servirle de base.

En cuanto al lugar de su aparición, hay quienes sostienen que fueron publicados en Inglaterra, pero predominan los argumentos en el sentido de que se publicaron en la isla francesa de Olerón, de la que tomaron el nombre. Respecto a su autor, la opinión predominante es que se debieron a la iniciativa de Leonor de Guyena, quien lo hizo redactar.

El nombre de *Roles* con que se les conoce, deriva, para algunos, del hecho que estaban escritos sobre pergaminos enrollados; para otros, de que las decisiones judiciales se consignaban en el rol o libro que llevaban las naves para anotar los contratos de enganche de la tripulación.

Los *Roles* no tienen carácter legislativo. Se trata de una compilación particular, formada con las decisiones judiciales que se dictaban por los jueces del mar de

la isla de Olerón resolviendo los casos prácticos en armonía con los usos y costumbres que regían las transacciones comerciales marítimas en los mares de Occidente. Su contenido concierne a las actividades del comercio marítimo, la condición de las personas que prestan servicios en la nave, el salvamento del buque, el echazón, las pérdidas ocasionadas por la mala estiba, las averías, etc.

Su importancia fue tan grande, que no sólo sirvieron de base a otras compilaciones, sino que de ellas se ha servido el derecho marítimo moderno.

c) Las Leyes u Ordenanzas de Wisbuy.- La isla sueca de Wisbuy era en el siglo XII el centro del comercio marítimo en el mar Báltico. Allí aparecieron estas ordenanzas, no antes del siglo XIV y se deben probablemente a la acción de comerciantes residente en la misma plaza sin intervención de la autoridad pública.

Hay una gran variedad de elementos que integran su contenido, adoptándose reglas y preceptos consuetudinarios.

d) El Guión del Mar.- Es una compilación que apareció entre 1556 y 1584, y contiene una serie de reglas referentes al seguro marítimo, muchas de las cuales han pasado a las codificaciones modernas. Se atribuye su redacción a los comerciantes de Ruan.

e) Las Ordenanzas Marítimas de la Hansa Teutónica.- Fueron publicadas en 1591 y contiene los reglamentos de la Liga Hanseática, que fue la agrupación de las ciudades alemanas asociadas para defender de los asaltos de los piratas del Báltico y del Mar de Norte. El desarrollo que alcanzó el comercio de esta zona dio origen a numerosos tratados y alianzas entre las ciudades y a las asociaciones entre comerciantes para lograr la protección legal que no les era fácil obtener por la falta de relaciones de carácter internacional. Con la generalización de los tratados y alianzas comerciales que se fueron formando se dio conocimiento a lo que habría de denominarse la Hansa Teutónica, que influyó en el desenvolvimiento del comercio y de las reglas referentes al mismo. Inicialmente pactadas entre Lübeck, Bremen y Hamburgo, llegó a agrupar a cerca de 80 villas, cada una de las cuales elegían sus diputados a una Asamblea, que fue la que redactó los reglamentos de la Liga. Las Ordenanzas contenían disposiciones destinadas a reglamentar el comercio marítimo, recogidas de las costumbres de las ciudades que formaban la Liga.

34. DEL SIGLO XV AL CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS

La tercera etapa de la revolución histórica del derecho comercial resulta sometida a la influencia de determinados acontecimientos de orden geográfico, social, económico y político que se han proyectado al mundo contemporáneo. En esta época se producen los grandes movimientos del Renacimiento y la Reforma.

Se abren nuevas y más amplias rutas para el comercio marítimo. El Océano Atlántico va a disputar al Mar Mediterráneo la importancia en el tráfico comercial. Portugal, España, Francia, Inglaterra van a jugar rol preponderante en esta actividad.

El descubrimiento del Cabo de Buena Esperanza abre un nuevo camino a las Indias y más tarde el descubrimiento de América originó la expansión colonial. De otro lado, la Reforma Religiosa dio lugar a persecuciones y a la expulsión, de los países católicos, de quienes se apartaban del dogma romano, lo que determinó su emigración hacia las tierras recién descubiertas. Se fundaron factorías, colonias y se ampliaron los mercados internacionales.

La explotación de los territorios del nuevo continente provocó una gran afluencia de metales preciosos hacia Europa. La riqueza mobiliaria fue aumentando considerablemente su importancia. Se originaron múltiples problemas monetarios y bancarios, que determinaron el perfeccionamiento y la creación de muchas instituciones comerciales.

Las operaciones de banca encuentran las condiciones favorables a su desenvolvimiento. Los valores mobiliarios, créditos, empréstitos de ciudades y del Estado, van haciendo su aparición. Se crean los primeros bancos europeos, como el de San Jorge en Milán y San Ambrosio en Florencia y las Bolsas en Flandes.

Para la explotación de las riquezas coloniales se organizan las primeras compañías de Colonización de las Indias Orientales Holandesas, a las que seguirán las de los demás países colonizadores. Se ha sostenido que esas compañías son el antecedente histórico de las sociedades anónimas.

Paralelamente, se advierte el desenvolvimiento de las doctrinas proteccionistas que procuran estimular la actividad de los cambios interiores, en desmedro del comercio internacional.

Por otra parte, la destrucción del feudalismo y el acrecentamiento del poder del Estado determinaron que pasara a éste la autoridad legislativa. Las normas emanan de un poder exterior al de los comerciantes. Se toman menos en cuenta las costumbres y los usos y se dictan normas más rígidas, que en muchos casos restringen la libertad comercial o atentan contra ella.

De este modo se van presentando los elementos propicios para la nacionalización del derecho mercantil y su codificación. El *ius mercatorum* se va diversificando en muchos sistemas jurídicos nacionales.

El fortalecimiento del poder real, firme y centralizado, le permite ejercer función legislativa mediante edictos. Francia es el país en que el poder de los reyes se afianza y es allí donde se expiden los primeros edictos y más tarde las Ordenanzas de 1673, debidas a la iniciativa de Colbert bajo el reinado de Luis XIV, para regular el comercio terrestre. Posteriormente se expidieron las Ordenanzas de 1681, referentes al comercio marítimo. Ambas ejercieron influencia en el C. de C. francés de 1807.

En esta misma etapa histórica aparecen los primeros comentaristas. Con relación a las Ordenanzas francesas de 1673, los principales exegetas fueron Jousse, Bornier y Boutaric. La Ordenanza de 1681 fue comentada por Valian y Emerson. Pothier escribió tratados sobre la letra de cambio y el derecho marítimo. Pero es

en Italia donde se forma una escuela de comentaristas, que arranca del siglo XIV con los post-glosadores Bartolo y Baldo. En el siglo XVI, con Stracca y Ancone, el derecho comercial adquiere categoría científica. El siglo XVI es de gran producción doctrinal, con Scaccia, Rocco, de Lucca, Ansaldo, y a principios del siglo XVIII aparece la obra de Casaregis y de Genes.

Puede afirmarse que es italiana la primera escuela del derecho comercial, que confiere jerarquía autónoma a esta disciplina.

También corresponden a este período las disposiciones dictadas por el poder real en diversos países de Europa, como Inglaterra, Alemania, etc.

35. DEL CÓDIGO FRANCÉS HASTA NUESTROS DÍAS

Esta etapa histórica está marcada por el movimiento de codificación del derecho comercial, que se inicia con el C. de C. francés de 1807.

Acontecimientos políticos de honda trascendencia habrían de ejercer una influencia decisiva en los distintos aspectos de la vida de los pueblos y, desde luego, en el ámbito del derecho en general y del derecho comercial.

La Revolución Francesa proclamó la libertad comercial como expresión de uno de los principios rectores de las nuevas formas de vida social. La *Ley Chapelier*, inspirada en esos principios, abolió las Corporaciones por reputarlas expresión de un régimen de castas contrario a la igualdad de todos los ciudadanos ante una legislación uniforme.

En el campo del derecho comercial, la repercusión fue que éste dejó de ser un derecho profesional que regulaba únicamente la actividad de los comerciantes para convertirse en un derecho de carácter objetivo, basado en la noción abstracta del acto de comercio.

a) Derecho comercial francés.- Bajo el imperio de las ideas que se acaban de exponer se elaboró el C. de C. de 1807, que presenta la particularidad de haber sido elaborado por juristas, lo que no había ocurrido con las disposiciones que hasta entonces y en diversas épocas habían regido la actividad comercial. Los Estatutos de las corporaciones fueron reglas dictadas por los gremios formados por comerciantes que recogían costumbres impuestas por las prácticas de los negocios y eran aplicados por los Cónsules, también comerciantes, que se encontraban a la cabeza de la jurisdicción comercial.

El movimiento de codificación iniciado con el Código francés fue seguido en la mayor parte de los países de Europa, muchos de los cuales lo adoptaron como propio. Napoleón decretó su introducción en Italia el 17 de julio de 1808 para que comenzara a regir desde el 1º de setiembre siguiente.

Constituido el Reino de Italia, se procedió a la unificación de la legislación mercantil, de la que fue expresión el C. de C. de 25 de junio de 1865, que debía comenzar a regir el 1º de enero de 1866.

Con el fin de armonizar este Código, basado en el francés de 1807, con las nuevas prácticas comerciales, se nombró una Comisión, de cuyos trabajos habría de resultar el C. de C. de 1883, que rigió hasta 1942, en que se unificó la legislación civil y mercantil en el CC. de ese año.

b) Derecho comercial español.- En España se publicó el primer C. de C. en 1829, tomando en cuenta para su preparación, fundamentalmente, el Código francés.

La creciente actividad comercial originó la dación de gran número de leyes aisladas que hicieron urgente su sistematización, lo que dio por resultado un Proyecto que con las debidas revisiones habría de convertirse en el Código de 1885, que considera el derecho mercantil como un derecho independiente, con principios propios, distintos de los del derecho civil, y que se basa en el criterio objetivo del acto de comercio y no en la persona del comerciante como habría sido en el Código anterior.

La codificación española tuvo especial significación en los países latinoamericanos que fueron colonias de España, los cuales la adoptaron con pocas modificaciones.

En el Perú, el C. de C. español de 1829 fue adoptado por el primer C. de C. promulgado en 1852, que fue sustituido por el C. de C. vigente, de 1902, al que sirvió de modelo el Código español de 1885.

c) Derecho comercial alemán.- En Alemania, las Ordenanzas que se habían dictado en todos los Estados sobre instituciones comerciales, unidas al Código general de los Estados prusianos de 1794, constituían la legislación mercantil en la primera mitad del siglo XIX, siendo esta nación una de las que mayor resistencia presentó para adoptar como modelo el Código francés de 1807.

Empero, como el desarrollo del comercio requería una legislación uniforme y sistematizada, ésta se logró gradualmente en referencia a diversas materias y en los distintos Estado alemanes hasta que la Constitución Imperial de 16 de abril de 1871 declaró leyes del Imperio a la Ley General del Cambio, el Código General de Comercio alemán y las Novelas de Nuremberg. El C. de C. no sólo tuvo en cuenta el modelo francés de 1807 sino también los principios del derecho romano, que constituían el derecho privado y eran el elemento más importante de la cultura jurídica del país.

El Código alemán fue una obra original en cuanto reflejó las doctrinas autonomistas del derecho comercial, pero le faltaron algunas disposiciones relativas a diferentes instituciones, como los contratos de edición, cuenta corriente, hipoteca naval, seguros y quiebras.

Las deficiencias señaladas hicieron sentir la necesidad de una reforma, lo que dio lugar al nuevo Código de 1900, que, aunque señaló un proceso sobre el anterior, no logró salvar todas sus deficiencias. El Código ha sido completado con numerosas leyes que regulan distintas instituciones mercantiles. Entre las más importantes están la ley cambiaria, las de sociedades por acciones, la de bancos, de

sociedades cooperativas, de quiebras, sobre hombres de mar, siniestros marítimos, sobre sociedades de responsabilidad limitada, en comandita, por acciones.

d) Derecho comercial suizo.- La legislación en Suiza fue muy variada, pues su organización política en cantones dificultó la existencia de un derecho común que supliera las deficiencias de los usos y de la legislación mercantil.

El movimiento para unificar la legislación mercantil culminó con el Proyecto Münzinger con el título de "Ley Federal sobre las obligaciones y del Derecho Mercantil", que, con las debidas observaciones se convirtió en el Código Federal sobre las obligaciones, para entrar en vigencia el 1º de enero de 1883.

El Código se inspiró en el Código francés y en el alemán, especialmente en este último. Pero su característica principal es que no es un verdadero código de comercio, puesto que sus reglas se refieren a las obligaciones civiles y mercantiles, si bien predominan las de este último carácter, al punto que se afirmó, no sin razón, que en el Código suizo se advierte ya la tendencia a comercializar el derecho común mediante la unificación legislativa de las normas del derecho comercial y del derecho civil.

Posteriormente, se promulgó, el 10 de diciembre de 1907, el CC. Federal, que empezó a regir el 1º de enero de 1912.

e) Legislación angloamericana.- El sistema legislativo inglés, que podrían llamarse el sistema sajón, comprende, además de la Gran Bretaña, las ex-colonias y posesiones inglesas, los Estados Unidos de Norte América y los Estados escandinavos. Se caracteriza principalmente por la inexistencia de un Código de Comercio. El derecho mercantil de Inglaterra forma parte del derecho común.

Las fuentes del derecho inglés son la costumbre (*common law*), la ley escrita (*statute law*) y la jurisprudencia (*law reports*) contenidas en las colecciones oficiales.

Se advierte un movimiento que tiende a intensificar la actividad legislativa, reemplazando por normas legales lo que antes estaba regido por la costumbre.

Las principales leyes mercantiles son las que conciernen a instrumentos cambiarios *(Bill of Exchange Act)*, leyes sobre quiebras y sobre sociedades.

En el comercio marítimo puede citarse la ley de la marina mercante, que por su amplitud y sistematización constituye un feliz ensayo de codificación.

En los Estados Unidos, se encuentra, además del *common law*, la ley, que puede ser *statute law*, si son normas emanadas de los Estados en particular o las *national law*, son votadas por el Congreso Federal para todo el territorio.

Las leyes más importantes son las referentes a quiebras, bancos, compañías de ferrocarriles, marcas comerciales y las leyes sobre trusts. Y, en particular al derecho marítimo, las de registro de buques, transporte de pasajeros por mar, conocimientos, transporte de mercaderías, etc.

f) Derecho comercial ruso.- Hasta la revolución de 1917 regía el *Torguvy Oustaw*, que era un verdadero C. de C. inspirado en el Código francés y en la legislación alemana, pero con algunas características originales. Además había una serie de leyes complementarias.

Después de la revolución de 1917, suprimido el régimen de la propiedad privada y de libertad de comercio, la legislación mercantil se orientó hacia el pequeño comerciante, el agricultor, el artesano, y a regular las relaciones comerciales de los organismos del Estado.

La nueva política económica de 1921 autorizó a los campesinos a disponer del producto de su trabajo, así como el funcionamiento del mercado libre para venderlos y para el cambio entre productos industriales y agrícolas, o sea, que se admitió la libertad del comercio interior.

Así estuvo consagrado en el art. 1º, inc. g) de la segunda Constitución de la Federación Soviética de 6 de julio de 1928, en la que se atribuyó a los órganos supremos de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas la función de dirigir el comercio exterior y determinar el régimen del comercio interior con la limitación establecida más tarde en el art. 15º de la Tercera Constitución, de 11 de mayo de 1925, en el sentido de que "todas las tierras, bosques, depósitos minerales, saltos de agua, fábricas y empresas industriales, ferrocarriles y transportes acuáticos y aéreos, y todas las medidas de comunicación, son propiedad del Estado socialista". Dentro de este esquema se elaboró el CC., que unificó el derecho privado y que comenzó a regir el 1º de enero de 1925. Los derechos concedidos en el Código tienen como límite que no se ejerzan "en contradicción con su finalidad económico-social", según reza el art. 1º.

La inclusión del derecho mercantil en el CC. fue objetada por muchos juristas que sostenían la necesidad de establecer normas propias de las instituciones comerciales paralelas a las civiles, pronunciándose por la existencia del derecho comercial al lado del civil. Fruto de estas ideas fue la dación en 1924 de las leyes sobre patentes de invención, sobre muestras, dibujos y modelos industriales, sobre marcas de comercio (1926), sobre nombre comercial (1927); sobre documentos entregados por los almacenes de depósitos, regulando el depósito comercial; sobre la letra de cambio, sobre los monopolios industriales del Estado y sus empresas comerciales y sobre operaciones de suministro y de trabajos públicos; sobre obligación de llevar libros de comercio, de matriculación en el Registro de comercio y de la declaración de quiebra.

Si bien la noción de comerciante resultaba legalmente configurada, tuvo un contenido más restringido que en los países no socialistas. En cuanto a la empresa comercial o industrial, la legislación la consideraba como una entidad económica que agrupaba dentro de una unidad compleja un conjunto de recursos personales y materiales que tienden a resultados económicos determinados. Se reputó que el fin propio de la empresa comercial es el de realizar operaciones comerciales.

Las sociedades anónimas fueron reguladas en cuarenta y cuatro artículos del CC. de 1922, reformados por la ley de agosto de 1927, reconociéndoseles las mismas características que ostentan en el derecho comparado: limitación de la responsabilidad de los socios, adquisición de la personalidad mediante el registro, división del capital en acciones, autorización gubernativa. Se estableció la participación en ellas del Estado soviético y de sus instituciones y empresas, pudiendo afirmarse que en su mayor parte se hallaban vinculadas al agrupamiento del capital del Estado y del privativo más que a éste únicamente.

Esta clase de sociedades resultaba sometida por la ley de 1927 a un doble régimen. Se les consideraba como sociedades estatales si los estatutos preveían que las acciones debían pertenecer a instituciones y empresas del Estado únicamente, y en tal caso estaban sometidas a la tutela gubernamental; y eran sociedades mixtas cuando el cincuenta y uno por ciento de las acciones debían pertenecer necesariamente a instituciones o establecimientos estatales, o cuando tenían el derecho de elegir por lo menos la mitad de los titulares en funciones electivas en la sociedad, o percibir la mitad, por lo menos, de las utilidades.

En el art. 54º del CC. se consideró que pueden ser objeto de propiedad privada, entre otras, las empresas mercantiles e industriales, las mercaderías cuya venta no estuviese prohibida por la ley y todos los bienes que no estuviesen excluidos del comercio privado.

Según la Constitución de 1936, se reconoció la existencia de los comerciantes, así como la propiedad privada. El comercio de consumo quedaba fuera de la actividad estatal, pudiendo adquirirse las mercaderías propias de este ramo.

El régimen del mercado y el de distribución y del consumo era igual que en los países capitalistas. La moneda era medio de cambio indispensable en la economía y era objeto de propiedad privada, al igual que los objetos de consumo.

Además del Código y de las leyes mencionadas, hubo otras sobre empresas mercantiles del Estado, sobre derecho cambiario, transporte terrestre y marítimo.

Pese al avance de la economía socializada y a la colectivización, se mantuvo el derecho contractual del comercio privado, el de las relaciones de cambio, cobrando mayor impulso al penetrar en el campo de la economía socialista y en el ámbito de la economía del Estado basada en un Plan único. Progresivamente se tuvo que recurrir a los métodos capitalistas, tomándose en cuenta los principios del "cálculo comercial", que sirven de pauta a las empresas comerciales, tanto en su organización como en contratos en sus relaciones de negocios, bien con los órganos del Estado o con los particulares. No faltaron juristas en la propia Unión Soviética que afirmaron que la base esencial de todo derecho es el intercambio de mercaderías.

Hoy, luego de los trascendentales cambios producidos a partir de fines de los años ochenta en los países socialistas, ha desaparecido la Unión Soviética y Rusia es actualmente una república federada de corte democrático, con un régimen de economía de mercado y con todo un cuerpo legislativo propio de un país capitalista.

Capítulo VI
LA LEGISLACIÓN COMERCIAL EN EL PERÚ

36. La legislación anterior al Código de Comercio vigente.- 37. El Código de Comercio de 1902.- 38. La reforma del Código de Comercio.- 39. Las leyes sobre títulos valores, sociedades y mercado bursátil.- 40. Leyes complementarias.

36. LA LEGISLACIÓN ANTERIOR AL CÓDIGO DE COMERCIO VIGENTE

Durante la Colonia rigieron en el Perú las Ordenanzas de Bilbao y las leyes contenidas en el Libro IX de la Novísima Recopilación. Las Cortes de Cádiz de 1810 acordaron la preparación de un C. de C., habiéndose nombrado la Comisión respectiva, pero la situación política originada por los movimientos de la independencia americana detuvieron los trabajos.

Las Ordenanzas de Bilbao continuaron rigiendo en el Perú durante los primeros años de la República hasta la dación del C. de C. de 1853 y aun después de la promulgación de éste en lo que no se le opusiera.

El Código de Comercio de 1853 fue tomado del Código español de 1829, literalmente. Al poco tiempo se hizo sentir la necesidad de reemplazarlo y siguiéndose el modelo de legislación española, que contó con un nuevo Código, el de 1885, se dictó en el Perú el C. de C. de 1902, promulgado el 15 de febrero, que comenzó a regir el 1º de julio del mismo año.

Al adoptarse el Código de Comercio español de 1885 como modelo de nuestro Código de 1902, se introdujeron algunas modificaciones por la Comisión Reformadora y, en su oportunidad, por el Congreso. Las más importantes consis-

tieron en la adopción del sistema cambiario del Código italiano de 1883, en vez del español, cambio que resultó acertado; la incorporación de la Sección VI del Libro I sobre rematadores y martilleros, que se tomó del C. de C. argentino reformado en 1889; la incorporación al Código de leyes dictadas con anterioridad a su promulgación, entre las que deben citarse la expedida sobre cuenta corriente de 15 de enero de 1900, tomada del Código chileno de 1865, a través de su versión en el argentino de 1889; la ley sobre prenda mercantil, bancos hipotecarios y cheques, de 9 de octubre, 14 de diciembre de 1891 y 2 de enero de 1889, respectivamente, con las modificaciones introducidas el 29 de setiembre de 1891 y 5 de setiembre de 1892.

Al mismo tiempo se encomendó a diversos organismos la elaboración de varios textos, como el reglamento del Registro Mercantil, la ley sobre sociedades cooperativas, la ley de hipoteca naval y los reglamentos sobre martilleros y bolsas comerciales y sobre Cámaras de Comercio; todo ello reclamado con insistencia por los sectores interesados.

37. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1902

El Código actual obedece a un plan que agrupa las materias en cuatro Libros. El primero trata "De los comerciantes y del comercio"; el segundo, "De los contratos especiales de comercio"; el tercero, "Del Comercio Marítimo"; y, el cuarto "De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones".

El plan del Código vigente coincide con el anterior de 1853, salvo la suspensión del Libro V, relativo a la jurisdicción mercantil, que carecía de razón de ser al suprimirse la jurisdicción de los Tribunales del Consulado, encargados de conocer los litigios entre comerciantes.

El contenido del Código vigente tuvo que ser, necesariamente, más rico que el de 1853, ya que su finalidad fue, precisamente, suplir los vacíos de éste e incorporar a la codificación comercial muchas leyes expedidas con posterioridad al primer Código de la materia.

El Código de Comercio de 1902 se apoya en dos bases fundamentales: la independencia del derecho mercantil frente al derecho civil y el sistema objetivo para la acotación de la materia mercantil.

El primer aspecto destaca el carácter autónomo de esta disciplina, basado en su extensión y creciente importancia, que la convierte, de un derecho excepcional o particular subordinado al derecho civil como una rama de éste, en un derecho autónomo, con un cuerpo de doctrina y normas propias, es decir, como un derecho especial.

El carácter objetivo del derecho mercantil significa que el Código vigente a diferencia del anterior, considera, no la condición de las personas como comerciantes para delimitar la materia mercantil, sino la naturaleza de los actos y

operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o profesión de quienes los celebran.

38. LA REFORMA DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El 16 de marzo de 1929 se expidió la Ley Nº 6606, que acordó autorizar al Presidente de la República para designar a los miembros de una Comisión Reformadora del C. de C., la que debía estar integrada por un Vocal de la Cámara de Diputados, uno de la Cámara de senadores, uno de la Universidad de San Marcos, y un representante de la Cámara de Comercio de Lima. No habiéndose asignado los fondos sin cumplirse por varios años.

Entre tanto en los círculos interesados del país se seguía insistiendo en la urgencia de llevar adelante esos trabajos.

El Decano del Colegio de Abogados de Lima en 1933, doctor Lino Cornejo, por oficio de 23 de noviembre de 1933, dirigido al Ministro de Justicia, calificó la reforma como urgente e inaplazable. Continuas peticiones en igual sentido determinaron que el Gobierno expidiera el Decreto de 20 de octubre de 1936, nombrando una Comisión *ad honorem* para efectuarla. La Comisión inició sus trabajos, pero no llegó a presentar ningún Proyecto.

Correspondió al propio doctor Cornejo, cuando ocupó el Ministerio de Justicia, refrendar la Resolución Suprema de 12 de julio de 1941, que ordenó asignar los fondos suficientes en el Presupuesto de 1942 para este cometido y designó, por Resolución Suprema de 31 de marzo de 1942, a los miembros de la Comisión, que fue instalada y empezó sus trabajos el 10 de abril de 1942, habiendo celebrado setenta y dos sesiones y redactado algunos artículos del Anteproyecto, todo lo cual se dio a la publicidad.

Posteriormente, por mandato legal se amplió el personal de la Comisión, a la que debía pertenecer un delegado de la Asociación de Cámaras de Comercio.

Los trabajos de la Comisión quedaron paralizados por muchos años hasta 1961, año en que, durante la gestión ministerial del doctor José Merino Reyna, se instaló la Comisión con nuevo personal. Al asumir el Ministerio de Justicia y Culto el doctor Geraldo Arosemena Garland, se dotó a la Comisión de los elementos indispensables para proseguir su labor. Se aprobó con carácter provisional el esquema presentado por uno de sus miembros, y se acordó abordar la reforma de modo parcial, iniciándola por aquellas instituciones que requerían con más urgencia su revisión. Fue así como se elaboró, en primer término, la Ley de Sociedades Mercantiles y luego la Ley de Títulos Valores.

Mediante Ley Nº 26595, de 20 de abril de 1996, se creó la Comisión Especial encargada de elaborar el Proyecto de Código de Comercio, presidida por el Dr. Jorge Muñiz Ziches e integrada por representantes de diversas instituciones, como la Cámara de Comercio de Lima, Facultades de Derecho, Apemipe, Indecopi, Ministerio de Justicia, entre otras.

Posteriormente, por Leyes Nºs. 26751 y 26936, se ampliaron los plazos para la elaboración del Código de Comercio. Si bien es cierto que originalmente se creó la Comisión con la finalidad de elaborar un nuevo Código de Comercio, con la Ley Nº 26936, de 28 de marzo de 1998, se facultó a la Comisión Permanente de Congreso para aprobar el Código de Comercio o cuerpo legal que lo sustituya, a propuesta de la Comisión Especial (Ley General de la Empresa).

Motivo de debate al interior de la Comisión fue lo relacionado con la estructura que debía tener el nuevo Código de Comercio.

Algunos opinaban que éste debía reestructurarse según su texto original, es decir, recopilando todas las normas relativas al ámbito empresarial, similar al Código de Comercio de Colombia; otros, como el Delegado de nuestra Cámara, por el contrario, sostenían que debía elaborarse más bien una Ley General de la Empresa, que establezca principios de carácter general, permitiendo que las instituciones jurídicas como las sociedades, títulos valores, comercio marítimo, seguros, reestructuración patrimonial, etc., se sigan regulando por leyes especiales.

Es necesario regular un marco general para la empresa, que ha rebasado al campo comercial y que involucra a todo tipo de organizaciones económicas dedicadas a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, con o sin fines de lucro.

Se optó finalmente por esta segunda posición, elaborándose un Anteproyecto y Exposición de Motivos, primero "Anteproyecto de Ley General de la Empresa" (1998), publicitado por la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso; y luego, convertido en "Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado", fue publicado el 6 de mayo de 1999, siendo ampliamente comentado y debatido por sectores del quehacer empresarial y académico, sin que prospere su promulgación.

Este Anteproyecto respondió a la coyuntura socio-política y jurídica de aquella época. Su visión no enfocaba a la empresa en todos sus aspectos porque esta regulación se dejaba a otras leyes que estaban en proyecto para salir simultáneamente, tal como lo había proyectado la Comisión de Reforma de Códigos, cuya labor lamentablemente se descontinuó.

No obstante, hubo un gran avance parcial porque se promulgaron la nueva Ley General de Sociedades Nº 26887 y la nueva Ley de Títulos Valores Nº 27287, cuyos orígenes parten del Código de Comercio.

En el período legislativo 2001, la Congresista señora Rosa Florián Cedrón, hizo suyo el Anteproyecto de Ley Marco del Empresariado preparado por la Comisión Especial. Manteniendo su mismo texto inicial, fue presentado al Congreso como Proyecto Nº 220-2001-CR y derivado a la Comisión de Justicia, presidida por el doctor Daniel Estrada Pérez, quien lo hizo suyo, propiciando actualizar su contenido.

Los primeros días de enero 2002, la Cámara de Comercio de Lima constituyó una Comisión de Trabajo para revisar y actualizar el Proyecto Nº 220-2001-CR,

por encargo del doctor Daniel Estrada Pérez, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso.

Esta Comisión copresidida por los doctores Pedro Flores Polo, Jorge Muñiz Ziches y Ricardo Beaumont Callirgos e integrada por reconocidos especialistas vinculados al derecho empresarial, manteniendo la esencia del Anteproyecto original, ha reformulado su estructura y modificado su contenido, atendiendo el actual desarrollo de la actividad empresarial en todos sus niveles, propiciada por la modernización económica y tecnológica que caracteriza hoy a nuestra sociedad.

El resultado de este trabajo es una Propuesta Alternativa al Proyecto Nº 220-2001-CR de la Congresista de la República Sra. Rosa Florián que presenta la Cámara de Comercio de Lima, como una contribución de la sociedad civil a los esfuerzos de la Comisión de Justicia del Congreso.

39. LAS LEYES SOBRE TÍTULOS VALORES, SOCIEDADES Y MERCADO BURSÁTIL

La vigente Ley de Títulos Valores tuvo su origen en un Anteproyecto que fue remitido al Ministerio de Justicia y Culto en agosto de 1962; una vez publicado fue materia de examen por una serie de entidades y personas interesadas. El Colegio de Abogados de Lima, por ejemplo, promovió un fórum para hacer un estudio exhaustivo de dicho Anteproyecto. Todos estos aportes fueron tomados en cuenta por la Comisión para introducirle algunas modificaciones, las que luego se transmitieron al Ministerio de referencia. Posteriormente, el Anteproyecto fue remitido a las Cámaras Legislativas, lo que dio lugar a la dación de la Ley Nº 15579, que autorizó al Poder Ejecutivo "para promulgar la Ley 'Libro de los Títulos valores' del Código de Comercio, sobre la base del proyecto elaborado por la Comisión Reformadora del Código de Comercio creada por la Ley Nº 6606, el que consta de 227 artículos distribuidos en seis secciones, introduciendo las modificaciones que sin variar lo esencial del proyecto proponga una Comisión Revisora integrada por tres Diputados y tres Senadores" y para cuyo efecto le concedió un plazo de noventa días, que luego fue ampliado.

Más tarde, mediante la Ley Nº 16587, de 15 de junio de 1967, se promulgó la actual Ley de Títulos Valores.

La misma Comisión que elaboró la ley cartular, remitió al Ministerio de Justicia y Culto, el 30 de agosto de 1965, el Anteproyecto de Reforma de las Sociedades Mercantiles, el cual a su vez fue enviado al Parlamento. Éste, procediendo al igual que en el caso de la Ley de Títulos valores, autorizó al Poder Ejecutivo para promulgar la Ley de Sociedades Mercantiles sobre la base del mencionado Proyecto, pero con las modificaciones que, sin variar lo esencial, propusieran una Comisión Revisora integrada por dos Senadores, dos Diputados y dos especialistas designados por el Ministerio de Justicia y Culto. Tal fue el origen inmediato de la Ley de Sociedades Mercantiles (Ley Nº 16123, de 27 de julio de 1966), que luego sufriría una serie de modificaciones en un intento por actualizarla, y que

desembocaron en el D. Leg. Nº 311 y posteriormente en el D. S. Nº 003-85-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley General de Sociedades, de 13 de mayo de 1985, que es la norma que precedió a la ley hoy vigente.

El proceso de reforma que daría origen a la actual Ley General de Sociedades se inició el 5 de setiembre de 1994, con la publicación de la R. M. Nº 424-94-JUS, en la que se constituye una Comisión encargada de la formulación de un Anteproyecto de la nueva Ley General de Sociedades (en adelante Comisión Redactora). La presidió el doctor Enrique Normand Sparks y estaba conformada por los doctores Alfonso Rubio Feijoo, Emil Rupert Yáñez, Enrique Elías Laroza, Julio Salas Sánchez, Ricardo Beaumont Callirgos, Hernando Montoya Alberti, Oswaldo Hundskopf Exebio, Francisco Moreyra García-Sayán, Alfredo Ferrero Diez Canseco y Álvaro Llona Bernal. Esta Comisión Redactora presentó un Anteproyecto a los veinticuatro meses de labor. Inmediatamente el Congreso a través de su Comisión Permanente, designó a una Comisión encargada de revisar este trabajo (Comisión Revisora). Esta última Comisión la presidió el doctor Carlos Torres y Torres Lara y lo integraban los doctores Ricardo Marcenaro Frers, Jorge Muñiz Ziches, Jorge Trelles Montero, Jorge Avendaño Valdez, Javier Alva Orlandini y la doctora Lourdes Flores Nano. El 2 de marzo se publicó el Proyecto de Ley General de Sociedades elaborado por la Comisión Redactora, sometiéndola a la consideración de las instituciones especializadas o relacionadas con la actividad comercial, profesionales en derecho y ciudadanos interesados en su contenido para que la estudien y envíen sus opiniones y sugerencias.

Enviado el Proyecto a la Comisión Revisora del Congreso de la República, ésta realizó una serie de modificaciones al contenido del texto original y publicó su versión aprobada el 10 de mayo de 1997, antes de elevarlo a la Comisión Permanente del Congreso. Esencialmente esta versión reincorporó al texto del Proyecto la figura de la sociedad comercial de responsabilidad limitada, suprimida en un primer momento. El 3 de octubre, la Comisión Permanente aprobó el Proyecto de Ley General de Sociedades a efectos de recibir dentro de los quince días siguientes a su publicación, opiniones y sugerencias. El 28 de octubre se puso en conocimiento de la opinión pública antes de su formalización por la Comisión Permanente, abriéndose un último plazo para la recepción de sugerencias. Finalmente, por Ley Nº 26887 de 8 de diciembre de 1997 (Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre), se promulgó la nueva Ley General de Sociedades, el cual empezaría a regir, según su Octava Disposición Final, a partir de 1º de enero de 1998.

En lo que se refiere a la Ley de Títulos Valores, la Resolución Ministerial Nº 068-97-JUS de 27 de marzo de 1997, nombró a la Comisión encargada de formular el Anteproyecto de la nueva Ley, bajo la presidencia del Doctor Ricardo Beaumont Callirgos e integrada por los doctores Rolando Castellares Aguilar, Juan Manuel Echevarría Arellano, Óscar Pomar Fonseca, Hernando Montoya Alberti, Alonso Morales Acosta, Jorge Ramírez Díaz, Pedro Antonio Flores Polo, Gonzalo García-Calderón Moreyra y Óscar Zegarra Guzmán, especialistas en la materia. La Comi-

sión Permanente del Congreso, con la finalidad de cumplir con el encargo del Congreso para que legislara sobre esta materia, conformó la Subcomisión Revisora del Proyecto de Ley de Títulos Valores, a fin de que ésta perfeccione la iniciativa presentada originalmente. La Subcomisión Revisora, luego de 12 sesiones públicas y conjuntas con la Comisión Redactora, culminó su labor luego de evaluar las sugerencias y los diversos sectores de la sociedad, quienes remitieron sugerencias al respecto, dando por resultado la Ley Nº 27287, que regula no sólo algunos, sino todos los títulos valores, y valores mobiliarios. Se introduce una serie de reglas que se orientan a integrar de manera sistemática y concordada el derecho cambiario, permiten agilizar las transacciones comerciales a través de títulos valores, así como también introduce normas que brindan reconocimiento jurídico a las operaciones con soporte electrónico e informático que brindan mayor seguridad a los títulos, sobre todo a aquellos que están representados por anotación en cuenta. Asimismo, el proyecto acoge preceptos contemplados en la Ley Nº 16587 que gozan de vigencia real y, a su vez, modifica todos aquellos que, por la naturaleza de los cambios tecnológicos, no conllevan a garantizar ni ajustarse a las actividades cambiarias actuales.

En el campo de las operaciones bursátiles, por la Ley Nº 17020, de 29 de mayo de 1968, se creó la Comisión Nacional de Valores, encargada de la reglamentación y supervigilancia del mercado bursátil. En junio de 1970 esta ley fue reemplazada por el Decreto Ley Nº 18302; en agosto de ese mismo año el Decreto Ley Nº 18353 completó las disposiciones del Decreto Ley Nº 18302 y, además, derogó las Secciones Quinta y Sexta del Libro Primero del Código de Comercio; y en diciembre de 1972 la Comisión Nacional de Valores pasó a llamarse, por mandato del Decreto Ley Nº 19648, Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores. En junio de 1981 se promulgó la Ley Normativa del Mercado Bursátil (Decreto Legislativo Nº 211) y, también, la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Decreto Legislativo Nº 198), que derogaron las disposiciones de los Decretos Leyes Nºs. 18302 y 18353. El 30 de diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley Nº 26126, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, que en la actualidad es la que está vigente. Posteriormente se promulgó el Decreto Legislativo Nº 755, que fue el antecedente más inmediato a la vigente Ley del Mercado de Valores, que fue promulgado mediante Decreto Legislativo Nº 861 de 22 de octubre de 1996, y cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo Nº 093-2002-EF de 15 de junio de 2002.

40. LEYES COMPLEMENTARIAS

El comercio es una actividad económica en permanente movimiento, que origina situaciones no previstas en la legislación. Por esto se hace necesario dictar leyes que regulen las instituciones que van surgiendo o que actualicen y perfeccionen las normas de las ya reguladas. De aquí que sean sumamente numerosas

las leyes y normas complementarias que se han dado en el Perú a lo largo de casi un siglo de vigencia del Código de Comercio, leyes que en unos casos han tenido por objeto introducir nuevas instituciones y que en otros han actualizado o ampliado las normas del Código a fin de ponerlas a tono con los cambios operados en la esfera económica. Para captar bien esta realidad hacemos a continuación, y simplemente como referencia, una relación de leyes que pueden considerarse de importancia capital:

Leyes sobre materias relacionadas con el Código de Comercio:

- Ley General de Sociedades, Ley Nº 26887 de 9 de diciembre de 1997.
- Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE), Ley Nº 28015, de 3 de julio de 2003.
- Ley de Pequeña Empresa Industrial, Ley Nº 24062, de 11 de enero de 1985, y reglamentado por el D. S. Nº 061-85-ICTI de 21 de junio de 1985.
- Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Decreto Ley Nº 21621, de 14 de setiembre de 1976, modificada por el Artículo Único de la Ley Nº 26312, publicada el 24 de mayo de 1994; por la Ley Nº 26364 publicada el 2 de octubre de 1994; por la Ley Nº 26380, publicada el 4 de noviembre de 1994; por la Ley Nº 27075, publicada el 26 de marzo de 1999;
- Ley de Empresas de Propiedad Social, Decreto Ley Nº 20598, de 30 de abril de 1973.
- Ley General de Cooperativas, Decreto Legislativo Nº 85, de 20 de mayo de 1981, y sus modificatorios Decretos Legislativos Nºs 141 y 592.
- Ley de la Actividad Empresarial del Estado, Ley Nº 24948, de 4 de diciembre de 1988; reglamentado por el D. S. Nº 027-90-MIPRE de 3 de abril de 1990.
- Ley de Títulos Valores, Ley Nº 27287, con vigencia a partir del 17 de octubre de 2000, derogó la Ley Nº 16587, de 15 de junio de 1967. Por disposición de la Segunda Disposición Transitoria de la nueva Ley, los "títulos valores creados, emitidos o girados antes de la vigencia de la presente Ley, aun aquellos incompletos al momento de emitirse, que se encuentren en circulación, pendientes de vencimiento o de pago, se seguirán rigiendo por las disposiciones legales vigentes en la fecha de su creación, emisión o giro..."; es decir, se les aplica la Ley Nº 16587, salvo lo referente a las normas procesales a que refiere la nueva ley.
- Ley de Aceptaciones Bancarias Latinoamericanas, Decreto Ley Nº 21820, de 29 de marzo de 1977.
- Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo Nº 861, de 22 de octubre de 1996 y su modificatoria, Ley Nº 27649, de 23 de enero de 2002. Actual-

mente existe un Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo Nº 093-2002-EF de 15 de junio de 2002.

- Ley General del Sistema Concursal (Nº 27809) que derogó al Decreto Legislativo Nº 845 que a su vez derogó al Decreto Ley Nº 21116 relativo a la reestructuración empresarial y patrimonial de las empresas, sustitutorio del régimen de la Ley Procesal de Quiebras aprobado por Ley Nº 7566, de 2 de agosto de 1932, que derogó la Sección Primera del Libro Cuarto del Código de Comercio.
- Normas que regulan los Almacenes Generales de Depósito, Resolución Nº 040-2002-SBS, de fecha 19 de enero de 2002.
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), Decreto Ley Nº 26126 de 30 de noviembre de 1992.

Leyes sobre los grandes sectores de la actividad económica:

- Ley General de Industrias, Ley Nº 23407, de 29 de mayo de 1982; Decreto Legislativo Nº 823 sobre derechos de propiedad industrial; y Decreto Legislativo Nº 822 sobre derechos de autor.
- Ley General de Minería, Decreto Legislativo Nº 109, de 12 de junio de 1981, modificado por el Decreto Legislativo Nº 708; y, Decreto Ley Nº 25998, cuyo Texto Único Ordenado se encuentra en el Decreto Supremo Nº 014-92-EM.
- Ley General de Pesca, Decreto Ley Nº 25977 de 7 de noviembre de 1992 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo Nº 01-94-PE, de 15 de enero de 1994. Reglamento de la Ley General de Pesca, D. S. Nº 012-2001, de 14 de marzo de 2001.
- Ley de la Industria Automotriz, Decreto Ley Nº 23049, de 14 de mayo de 1980.
- Ley de Telecomunicaciones, Decreto Ley Nº 19020, de 9 de noviembre de 1971, ampliado por el Decreto Ley Nº 26096, modificado por el Decreto Legislativo Nº 702, y finalmente regulado por el Decreto Supremo Nº 013-93-TCC, de 6 de mayo de 1993, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.
- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley Nº 26702, de 9 de diciembre de 1996.
- Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo Nº 757, de 13 de noviembre de 1991.

Leyes sobre tributación:

- Código Tributario, aprobado por Decreto Legislativo Nº 816 de 21 de abril de 1996.

- Ley Marco del Sistema Tributario, Decreto Legislativo Nº 771, publicado el 31 de diciembre de 1993.
- Ley General de Aduanas, aprobado por Decreto Legislativo Nº 809 de 18 de abril de 1996, y reglamentado por Decreto Supremo Nº 121-96-EF de 24 de diciembre de 1996.
- Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Legislativo Nº 774, de 31 de diciembre de 1993, y reglamentado por el Decreto Supremo Nº 122-94-EF de 21 de setiembre de 1994. Texto Único Ordenado D. S. Nº 054-99-EF, modificación del reglamento D. S. Nº 045-2001, de 20 de marzo de 2001.
- Ley del Impuesto General a las Ventas y al Consumo Selectivo, Decreto Legislativo Nº 821, de 23 de abril de 1996.
- Ley del Impuesto al Patrimonio Empresarial, Decreto Ley Nº 19654, de 12 de diciembre de 1972.
- Decreto Legislativo Nº 797 que regula el ajuste por inflación del balance general con incidencia tributaria.

Leyes de orden laboral:

- Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Fomento del Empleo, de 18 de agosto de 1995, cuyo Texto Único Ordenado es aprobado por D. S. Nº 05-95-TR.
- Ley que modifica la ley de jornada de trabajo, horario y sobretiempo, Ley Nº 27671, de 21 de febrero de 2002.
- Ley de la Comunidad Industrial, Decreto Ley Nº 21789, de 1º de febrero de 1977, y Ley de la Comunidad Minera y de la Comunidad de Compensación Minera, Decreto Ley Nº 22333, de 14 de noviembre de 1978, modificados por los Decretos Legislativos Nºs. 677 y 892 que regulan el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría

Leyes de orden comercial:

- Ley de Fomento de las Exportaciones No Tradicionales, Decreto Ley Nº 21492, de 18 de mayo de 1977.
- Ley de Ferias y Exposiciones Internacionales, Decreto Ley Nº 21700, de 23 de noviembre de 1976, reglamentado por el D. S. Nº 006-77-CO/CE, de 10 de abril de 1977.

Leyes y disposiciones de orden contable:

- Ley Nº 13253, de 11 de septiembre de 1959, que, modificando el art. 35º del C. de C., dispone que los comerciantes deberán llevar sus libros de contabilidad con la intervención de Contadores titulados (públicos o mercantiles) y que ordena la colegiación obligatoria de los Contadores Públicos. Ley reglamentada por el D. S. Nº 28 de 26 de agosto de 1960.

- Decreto Supremo Nº 0100-77-EF, de 11 de agosto de 1977, modificado por el D. S. Nº 094-81-EF, de 29 de abril de 1981. Norma los límites de la obligación de llevar libros de contabilidad.
- Ley Nº 5006, de 16 de enero de 1925, que dispone la contabilidad se debe llevar en castellano.
- Ley del Sistema Nacional de Contabilidad, Ley Nº 24680 de 24 de junio de 1987.
- Decreto Supermo Nº 199-80-EF, de 22 de agosto de 1980, que dispone que todas las empresas en que el Estado tegan participación directa o indirecta, están obligados a publicar semestralmente balance general y estado de pérdidas y ganancias.
- Decreto Ley Nº 25632, de 24 de julio de 1992, establece la obligación de emitir comprobantes de pago en las transferencias de bienes, en propiedad o en uso, o en prestaciones de servicios de cualquier naturaleza, modificado por el Decreto Legislativo Nº 814, de 20 de abril de 1996.
- Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad Nº 13-1998, publicado el 23 de julio de 1998. Alcance de Principios de Contabilidad a que se refiere el art. 223º de la LGS. Precisar que los Pricipios de Contabilidad Generalmente Aceptados a que se refiere el texto del Art. 223º de la Nueva Ley General de Sociedades comprende, substancialmente, a las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs), oficializadas mediante Resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad, y las normas establecidas por Organismos de Supervisión y Control para las entidades de su área siempre que se encuentren dentro del Marco Teórico en que se apoyan las Normas Internacionales de Contabilidad.
- Resolución Conasev Nº 186-1994-EF/94.10 de 25 de abril de 1994. Aprueban Plan de Cuentas específicas del sistema de Fondos Colectivos.
- Resolución Conasev Nº 305-1995-EF/94.10, publicado el 18 de agosto de 195. Plan de Cuentas Información Financiera y Anexos de Control de las Sociedades Agentes de Bolsa.
- Resolución Conasev Nº 628-197-EF/94.10, publicado el 25 de octubre de 1997. Normas Contables aplicable a los Fondos Mutuos de Inversión en Valores.
- Resolución Conasev Nº 49-1998-EF94.10, publicado el 20 de febrero de 1998. Normas Contables de las Sociedades Corredoras de Productos.
- Resolución Conasev Nº 063-1998-EF/94.10, publicado el 13 de marzo de 1998. Implementación del Sistema Contable Automatizado en las Sociedades Corredoras de Productos.

- Resolución Conasev Nº 93-1998-EF/94.10, publicado el 2 de julio de 1998. Normas contables de las sociedades titulizadores y de los patrimonios exclusivos.
- Resolución Conasev Nº 27-2000-EF/94.10, publicado el 27 de abril de 2000. Normas Contables de las Instituciones de Compensación y Liquidación de Valores.
- Resolución Conasev Nº 94-2002-EF/94.10, publicado el 17 de diciembre de 2002. Presentación de la Memoria Anual y el documento de información anual.

Otras disposiciones:

- Resolución SBS Nº 1081-99-SBS, Reglamento de Bonos Hipotecarios.
- Resolución SBS Nº 1010-99, Reglamento de Fideicomiso y de las Empresas de Servicios Fiduciarios.
- Resolución Conasev Nº 722-97-EF/94.10, Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos.
- Resolución Conasev Nº 096-2002-EF/94.10, Reglamento de los Valores de las Empresas en Concurso.
- Resolución Conasev Nº 105-2002-EF/94.10, Aprueba el formato estandarizado de Valores de las Empresas en Concurso.
- Resolución Conasev Nº 008-2003-EF/94.10, publicado el 7 de febrero de 2003, Reglamento del sistema MVNET. Aprueba el Reglamento del Sistema MVNET que regula el sistema de transmisión e intercambio de documentos e información a través de la Red del Mercado de Valores Peruano.
- Resolución Conasev Nº105-2002-EF/94.10, Aprueba el formato estandarizado de Valores de las Empresas en Concurso.

Capítulo VII
ACTOS DE COMERCIO

41. Definición del acto de comercio.- 42. Clasificación de los actos de comercio.- 43. Los actos de comercio y la autonomía del derecho comercial.- 44. Actos de comercio, actos jurídicos y hechos jurídicos.- 45. El acto de comercio en el Código peruano.

41. DEFINICIÓN DEL ACTO DE COMERCIO

No obstante los numerosos intentos de los tratadistas, no se ha logrado definir el acto de comercio en forma que goce de general aceptación. En unos casos la definición ha sido diminuta, en otros ha pecado de imprecisión.

Por considerar que la intermediación es lo característico de la actividad mercantil para lograr la circulación de la riqueza haciéndola llegar del productor al consumidor con el propósito, de parte del agente, de obtener un beneficio, Bolaffio consideró el acto de comercio como "todo acto o hecho jurídico de interposición económica determinado por la especulación", sin reparar en que el acto jurídico de interposición económica puede ser civil o mercantil y que, en cuanto al propósito de lucro, el término resulta impreciso, pues hay actos de comercio considerados como tales por otra clase de consideraciones y en los que no existe propósito de utilidad, como el pago mediante cheques, o la participación en letras de cambio de favor.

Las dificultades para definir el acto de comercio han originado que se incurra en petición de principio, afirmándose que acto de comercio es aquel que el legislador ha querido como tal, sin precisarse cuáles son esos actos que debe considerar como de naturaleza comercial.

La dificultad de definir o sistematizar el acto de comercio deriva, para Bolaffio, de que muchas operaciones que surgieron y se desarrollaron exclusivamente en

el ámbito de la actividad comercial, se han convertido en negocios jurídicos comunes, realizándose indistintamente en todas las ramas de la producción.

42. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMERCIO

Los actos de comercio han sido clasificados en diferentes categorías, atendiendo principalmente a la preponderancia del elemento personal, comerciante o empresario, en relación a los actos concernientes a su actividad profesional; o sobre la base del elemento real del acto de comercio.

La primera clasificación destaca el aspecto subjetivo. La segunda, el aspecto objetivo, absoluto o real por su naturaleza.

También hay una clasificación que considera los actos comerciales por conexión o accesorios, que serían aquellos que no están comprendidos dentro de la clasificación de objetivos y subjetivos principales.

Asimismo, se mencionan los llamados actos unilaterales o actos mixtos, o sea aquellos que se consideran civiles para una de las partes y comerciales para la otra. La cuestión a decidir en estos casos es cuál es la ley que los regirá, ya que, tratándose de un mismo negocio jurídico, sería inadmisible la aplicación de dos legislaciones distintas.

En relación con el derecho español, Garrigues clasifica los actos de comercio en propios e impropios, según pertenezcan a la explotación de industrias mercantiles organizadas, o sean realizados ocasionalmente, sea por comerciantes o por no comerciantes, y en cuanto a la clasificación de los actos de comercio en principales y accesorios, señala que pueden haber actos jurídicamente principales (seguros, sociedades, depósitos, etc.) que son económicamente accesorios de una industria determinada, etc. Y, al contrario, actos económicamente principales, como serían los de comisión para los comisionistas, que son jurídicamente accesorios. Considera como actos principales o constitutivos los actos de interposición en el cambio de mercancías (compraventa), los de interposición en el cambio de dinero contra dinero o crédito (operaciones de banca), los de interposición en el cambio de valores (operaciones de bolsa).

Actos accesorios o por conexión serían: 1º) los que tienen por finalidad la realización de actos de comercio principales (sociedad, comisión, préstamo, depósito cuando tenga por causa la realización de operaciones mercantiles); 2º) los complementarios cuando se hagan como consecuencia de operaciones mercantiles); y, 3º) los actos del derecho marítimo.

43. LOS ACTOS DE COMERCIO Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO COMERCIAL

La imposibilidad de definir y sistematizar el acto de comercio en forma unitaria originó la insuficiencia de dicho concepto para determinar el contenido del

derecho comercial, por lo que hubo que recurrirse a otros criterios para acotar el campo propio de esta disciplina. El derecho positivo se vio precisado a enumerar los actos de comercio, pero surgió el problema de decidir si la enumeración debía ser taxativa o solamente enunciativa. La primera solución implicaba la posibilidad de que, debido al carácter progresivo y dinámico de la actividad comercial, muy pronto quedarían fuera de las disposiciones legales muchos actos de nueva impronta, no obstante su naturaleza mercantil. La segunda solución tropezaba, a su vez, con el riesgo de extender, por analogía con los actos de comercio materia de la enumeración, el carácter de comerciales a actos capaces de desnaturalizar las reglas jurídicas.

El problema resulta, por otra parte, vinculado al de la autonomía del derecho comercial. Si se considera a éste como un derecho meramente excepcional al lado del derecho civil, que es el derecho común, la enumeración legal podría considerarse limitativa o taxativa. Pero, si se le considera un derecho especial, autónomo e independientemente, cabría la extensión por analogía.

La tesis de la enumeración ejemplificativa ha prevalecido, aunque no sin objeciones. Modernamente, el movimiento de unificación del derecho privado ha significado, en cierta forma, una reacción contra la autonomía del derecho mercantil.

44. ACTOS DE COMERCIO, ACTOS JURÍDICOS Y HECHOS JURÍDICOS

No es una disquisición simplemente teórica establecer la relación del acto de comercio respecto a los hechos y los actos jurídicos. La determinación de unos y otros conceptos contribuye a delimitar las esferas propias del derecho civil y del derecho mercantil.

Los Códigos de Comercio regulan los actos comerciales de carácter contractual, es decir, los negocios jurídicos y los hechos que, sin derivar del convenio de las partes, originan determinadas obligaciones igualmente comerciales.

Conocida la distinción entre hechos jurídicos y actos jurídicos precisa relacionarla con los actos de comercio. Los primeros se reputan aquellos sucesos exteriores, es decir, situaciones reconocibles que se han producido, de las cuales derivan efectos jurídicos. Sostiene León Barandiarán, apoyándose en Endemann, Demogue y Josserand, que si bien son sucesos exteriores, no obsta a que hechos internos, o sea, apreciaciones y comportamientos de orden espiritual de que el derecho no prescinde, por ejemplo, la buena y la mala fe, el error en la apreciación, la omisión o la actividad dolosa, ellos no bastan, por sí solos, para crear un estado jurídico completo; su eficacia sólo se produciría en relación con un acontecimiento exterior perceptible objetivamente, hallándose su dominio de aplicación en los negocios. Hay hechos que no generan directamente consecuencias jurídicas, pero que son susceptibles de producirlas si se han vinculado como causa generadora de derecho, al crearlos, modificarlos o extinguirlos. El ejemplo referente a la marcha de los astros como irrelevante por sí sola para producir efectos jurídicos, tiene

FACULTAD DE DE
05-029

vigencia en cuanto se vincula a una obligación a término, en la que el transcurso del tiempo puede originarla, modificarla, o extinguirla.

Los actos jurídicos, como actos voluntarios, requieren de la licitud, o sea, que la voluntad sólo tiene significación jurídica si se produce con arreglo a la ley y con el ánimo de producir efectos jurídicos.

La manifestación de voluntad mediante los hechos que la exteriorizan puede ser formal o no, expresa o tácita, o presumida por la ley. Pero en todo caso, no deben confundirse los actos voluntarios con sus consecuencias.

En cuanto a los actos ilícitos, si bien generan responsabilidad y, por consiguiente, derechos, no son, sin embargo, actos jurídicos. Quien golpea, quien hiere a otro, no tiene la finalidad de proporcionar una indemnización a su víctima, no desea convertirse en su deudor.

En el campo del derecho comercial también se advierte la distinción entre hechos y hechos jurídicos, como hechos capaces de generar actos de derecho y actos jurídicos. Estos últimos son aquellos hechos voluntarios, unilaterales o plurilaterales, queridos por el agente y que resultan eficaces en virtud de la norma de derecho objetivo. Los actos de comercio resultarían, así, diferentes de los hechos de los que derivan consecuencias en la esfera del derecho comercial. La ley mercantil no se ha limitado sólo a la contratación, sino que abarca otros actos, organizaciones, situaciones y hechos jurídicos propios de la materia comercial.

El término "actos de comercio" empleado en las legislaciones positivas, más que un concepto jurídico es económico, como sinónimo de negocios y operaciones comerciales, de estados de hecho generadores de cualquier clase de obligaciones igualmente comerciales.

45. EL ACTO DE COMERCIO EN EL CÓDIGO PERUANO

Nuestro C. de C. usa una fórmula extensiva en su art. 2º. No sólo hace referencia a los actos contenidos en él, sino que expresamente alude a aquellos que "estén o no especificados" en el Código, recurriendo en la parte final de dicho art. 2º a la naturaleza análoga del acto.

Como puede apreciarse, el dispositivo citado no hace una enumeración directa de los actos de comercio, como ocurre en otros Códigos, el argentino, por ejemplo, sino que hace alusión a los actos comprendidos en el propio Código. Serán, pues, actos de comercio todos aquellos de los que trata el Código en sus diversas disposiciones (enumeración indirecta) y los de naturaleza análoga.

La Corte Suprema ha resuelto, en Ejecutoria de 6 de octubre de 1932 (*Rev. del Foro*, 1933, p. 335), que las operaciones de carga y descarga de mercaderías y su transporte a las líneas ferroviarias efectuadas por una empresa, están comprendidas en los actos a que se contrae el art. 2º del Código de Comercio.

En el Código peruano se advierte la distinción entre actos de comercio y contratos de comercio. Así, mientras que respecto de los primeros las normas que los rigen son las disposiciones del Código, enseguida los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, a falta de ambas reglas, las del derecho común (art. 2º), los contratos de comercio en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle establecido en el Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común (art. 50º); esta temática ha quedado superada en virtud de la aplicación del artículo 1353º del Código Civil, de donde se deduce que, el Código Civil se aplica a la materia del derecho mercantil contractual, salvo que dichas normas resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

En cuanto a los hechos que derivan consecuencias jurídicas típicamente mercantiles, pueden mencionarse principalmente los que se producen en el derecho marítimo, como el naufragio, el abordaje, las averías.

Para nuestro Código, como para los que se basan en el principio de la objetividad, el acto de comercio constituye la base y fundamento de la legislación mercantil. Es lo que permitió a la disciplina jurídico-mercantil su expansión y progreso. Sin ese concepto el derecho mercantil habría continuado como un derecho de excepción limitado a determinada clase de personas, los comerciantes y a la actividad de éstos como tales.

La nueva tendencia unificadora de las normas reguladoras del derecho civil y del derecho mercantil, mal llamada unificación de obligaciones, nos lleva a la tendencia de regular en un mismo cuerpo de leyes la materia civil y mercantil, pero ello dentro del contexto de diferenciar siempre el origen y naturaleza de la obligación, pues en el caso de encontramos ante un acto de naturaleza mercantil, debemos aplicar las normas mercantiles y los principios que rigen este derecho; así por ejemplo, el artículo 1818º del Código Civil, que regula la gratuidad o la onerosidad en el contrato de depósito parte del análisis del acto, para determinar si este debe presumirse remunerado o gratuito; y recurre a la teoría subjetiva de los actos de comercio, para determinar que, por la actividad del depositario u otras circunstancias, se deduce que es remunerado. Indudablemente la naturaleza de la obligación determinará la aplicación de la norma unificada.

Capítulo VIII
EMPRESA COMERCIAL

46. La empresa desde el punto de vista económico.- 47. Concepto jurídico de empresa.- 48. Empresario y empresa.- 49. Elementos integradores de la empresa y sus signos distintivos: a) El establecimiento; b) La clientela; c) El nombre comercial; d) El rótulo, la enseña o el emblema del establecimiento comercial; e) La marca.- 50. Clasificación de las empresas y su reforma en la legislación peruana.- 51. Empresas pequeñas y medianas, empresa individual de responsabilidad limitada, empresas cooperativas y empresas de propiedad social.

46. LA EMPRESA DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO

El concepto de empresa no se agota en el ámbito de la actividad comercial, puesto que aquéllas pueden tener por objeto la realización de otros fines de carácter económico.

Dentro de una concepción más vasta, puede reputarse empresa cualquier clase de actividad humana que de un modo deliberado persigue la obtención de determinadas finalidades, dado que la palabra en sí deriva de "emprender", es decir, comenzar alguna cosa.

Desde el punto de vista económico, la empresa persigue la obtención de beneficios mediante la organización de determinados elementos. Cabría entonces que la empresa puede ser de diversa índole: agrícola, minera, industrial, comercial. No obstante esta circunstancia y el hecho de que el derecho mercantil no penetra en la organización interna de la empresa, ámbito que corresponde al derecho laboral, es la doctrina comercialista la que se ha preocupado de elaborar los fundamentos doctrinarios de la empresa.

En el aspecto económico, la empresa es la organización de los factores de la producción, capital y trabajo, con el fin de obtener una utilidad. Destacan dentro de este concepto el elemento subjetivo, o sea la actividad humana, que confiere unidad al trabajo de determinadas personas, y a bienes de variada índole dirigidos hacia un común destino económico.

La empresa comprendería, así a las personas, que son los titulares de aquélla y que pueden ser personas físicas o jurídicas, y a quienes forman el personal de la empresa, o sea, el plantel directivo y el personal subalterno (empleados y obreros). Comprendería, asimismo, un conjunto de derechos y bienes materiales a los que en el derecho italiano se denominan la *azienda*, en el derecho francés *fondos de comercio*, y en el derecho español el *establecimiento*. Además, serían las actividades que realizan las personas utilizando el conjunto de bienes.

47. CONCEPTO JURÍDICO DE EMPRESA

El modelo económico y la estructura jurídica de la empresa podrían constituirse tomando en cuenta, según algunos, los siguientes aspectos: creación, construcción, función, jerarquía, disciplina.

Se ha intentado explicar el concepto jurídico de empresa desde distintos puntos de vista, sin que haya podido lograrse uniformidad de criterio.

La empresa como persona jurídica, es una tesis que pretende otorgar a la empresa vida propia. Los distintos elementos aislados que la forman estarían dotados de independencia jurídica, lo que significaría, en buena cuenta, la separación conceptual entre empresario y empresa.

El empresario vendría a ser, en esta forma, el primer servidor de la empresa. Esta tesis importaría en el fondo sostener que el sujeto de los derechos no sería el empresario, sino la empresa misma, considerada como ente autónomo. Llevado este punto de vista a sus últimas consecuencias, conduciría a admitir que las cosas, que jurídicamente son objeto del derecho, se convertirían en sujetos del mismo y en ciertos casos, o sea, cuando se opera la transmisión de los bienes, serían a la vez sujeto y objeto del derecho.

La empresa como patrimonio separado o patrimonio de afectación, es otro planteamiento que consiste en que la independización del patrimonio no confiere a éste personalidad alguna. El titular sería siempre la persona, pero se produciría una separación de una parte de sus bienes, que quedaría independizado del resto, con su administración propia, su nombre especial, sus propias relaciones frente a terceros. En el caso del empresario comercial, éste vendría a ser titular de dos patrimonios: uno, el que podrá ser el patrimonio civil y otro, el patrimonio mercantil propiamente dicho. Este último, con completa autonomía respecto al primero.

Esta teoría tropieza con el problema de la responsabilidad unitaria del obligado con todos sus bienes frente al reclamo de sus acreedores. El patrimonio es, en

términos generales, indivisible, lo que se manifiesta con evidencia en el caso de quiebra, cuando, al concurrir todos los acreedores, no se reconocen otros privilegios que los que emanan de la naturaleza de los títulos, mas no de que los créditos se hubieran originado en razón de actividades mercantiles o civiles.

Para salvar estas objeciones y con el fin de alentar la realización de empresas sin el riesgo de comprometer la totalidad del patrimonio y sin tener que recurrir a la formación de sociedades de responsabilidad limitada, muchas veces ficticias y en las que lo único que se persigue es obtener el beneficio de la limitación de responsabilidad, una poderosa corriente doctrinaria ha propiciado la creación de la empresa individual de responsabilidad limitada, lo que implica la separación de uno o varios patrimonios asignados a diversas empresas, que resultarían así independizados. Los bienes quedarían afectados a los fines perseguidos en cada una de tales empresas, o sea, con derechos preferentes, de los acreedores de ellas a ser pagados con los bienes de las respectivas empresas. Desde el punto de vista del derecho positivo, la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada ha sido legislada en el Principado de Liechtenstein, en Costa Rica y en Panamá. En el Perú, la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada ha sido legislada específicamente por el Decreto Ley Nº 21621, de 14 de septiembre de 1976, y se le reconoció explícitamente, en sus arts. 3º y 32º, por el Decreto Ley Nº 21389, Ley de la Pequeña y Mediana Empresa, que ha reemplazado al Decreto Ley Nº 21435 (de febrero de 1976), que fue el que originalmente incorporó esta figura a nuestra legislación (*infra* Nº 62). En tiempos modernos la actividad de la pequeña empresa se desarrolla a través de la persona jurídica individual, como es la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, como por personas naturales (negocio individual) o jurídicas societarias o cooperativas; los límites y condiciones los han venido dando las leyes antes citadas, así como el Decreto Legislativo 705 –Ley de Promoción de Micro Empresas y Pequeñas Empresas– de noviembre de 1991, derogada por la Ley Nº 27268, Ley General de la Pequeña y Microempresa, de 27 de mayo del año 2000. Actualmente se encuentra regulada por la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE), Ley Nº 28015, del 3 de julio de 2003.

La empresa como universalidad, es un planteamiento que considera a la empresa como un conjunto de derechos o de cosas que no pierden su individualidad, pero que representan una unidad ideal y pueden ser objeto de un tratamiento jurídico unitario. Se trata, en cierta forma, de una utilización del concepto romano de *universitas*.

Discrepan los autores sobre si se trata de una universalidad de hecho, de derecho, *sui generis*, o mixta.

La primera tesis sostiene que se trata únicamente de un conjunto de bienes muebles. La segunda, que la universalidad comprende bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporales, cosas y relaciones jurídicas unidas por la capacidad de creación del titular de tales bienes y derechos. Finalmente, se afirma que la universalidad de hecho es lo que resulta de una situación de factor provocada por la voluntad del hombre y que la universalidad de derecho es creada por la ley.

La empresa como organización, es una teoría que sostiene que el elemento fundamental de la empresa es su organización espiritual, o sea, el ordenamiento de los factores reales y personales que la constituyen, más que los elementos materiales de cosas y derechos a ella asignados. Sería, en consecuencia, el bien inmaterial, el poder de creación que le da vida, lo que orienta su organización interna, la experiencia en los negocios, las relaciones con los proveedores y clientes, es decir, aquello que sin ser cosas ni derechos son componentes imponderables de la empresa. Dentro de este criterio, una empresa puede carecer de elementos patrimoniales tangibles. Tal sería, por ejemplo, una agencia de mediación.

La empresa como actividad, formula finalmente la existencia de dos aspectos perfectamente diferenciados: la actividad económica del empresario y el conjunto de medios con los que éste realiza dicha actividad económica y se denomina "hacienda" o "establecimiento". Desaparecerían, en consecuencia, como notas distintas de la empresa, la organización y unidad orientadas hacia una finalidad económica, como ejercicio profesional con el propósito de actuar en el mercado de bienes y servicios.

Las teorías expuestas no han logrado constituir satisfactoriamente el concepto jurídico de empresa. Los elementos que la constituyen, no obstante estar organizados hacia determinada finalidad, no pierden su individualidad, sino que por el contrario, la mantienen y, eventualmente, siguen siendo objeto de derechos de diversa índole.

El no haberse logrado elaborar un concepto jurídico que refleja la unidad económica de la empresa como organismo vivo en el que se integren sus elementos constitutivos, que no sólo están ligados por vínculos de finalidad, ha impedido que el derecho positivo haya recogido en fórmulas legales, de manera orgánica y sistemática, ni como patrimonio, ni como organización, ni como actividad este fenómeno de la economía. De este modo, para el ordenamiento jurídico la empresa es solamente un conjunto heterogéneo de diversos elementos, sujetos cada uno a las normas que a su naturaleza corresponde como bienes, muebles o inmuebles, derechos y acciones, elementos incorporales, contratos, suministros, clientela, etc., pese a la voluntad presunta del titular de la empresa, que pretende crear un nuevo objeto de derecho fusionando tales elementos en una unidad orgánica.

48. EMPRESARIO Y EMPRESA

La organización impulsa la actividad económica y condiciona la producción. La actividad general económica es el resultado de la actividad de numerosas unidades o "células económicas", cada una de las cuales cumple actividades parciales. El empresario organiza las actividades de cada unidad. Es empresario, dice el CC. italiano en su art. 2082º, el que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada con fines de producción o de intercambio de bienes y servicios.

En el derecho tradicional el empresario y la empresa no eran conceptos jurídicos sino únicamente económicos. Sólo se conocía el concepto de comerciante, vinculado a la actividad mercantil, que más tarde iría expandiéndose a otras actividades económicas, salvo la agrícola.

El moderno derecho económico adecua el concepto de comerciante a la realidad económica. El comerciante es sólo una parte del empresariado, al igual que los sectores industrial, técnico o profesional. En el centro del derecho económico como sujeto está el empresario o la empresa.

De los conceptos de empresa que se han examinado surge que, en todo caso, hay en ella un elemento subjetivo fundamental que es una actividad organizadora desarrollada por una persona física o jurídica, que imprime un ímpetu inicial; que es su promotora y al mismo tiempo su principal responsable y que actúa en todas las relaciones jurídicas emergentes de dicha actividad. Esta persona es el empresario. Él es el titular de la empresa; es quien organiza el trabajo ajeno; quien ejerce una actividad coordinadora, continuada y sistemática con habitualidad, con carácter de profesionalidad encaminada hacia un objetivo de ganancia o beneficio.

Desde este punto de vista, hay una aproximación entre las figuras del comerciante y empresario, pero mientras que el primero actúa en el campo comercial, el segundo puede intervenir en otros campos económicos.

No es fácil, sin embargo, establecer claramente la distinción entre comerciante y empresario. La figura de este último ha tenido su origen en el primero. Es el concepto de empresa lo que contribuye a establecer la distinción entre ambos. Se ha afirmado que mientras que el comerciante es quien realiza profesionalmente actos de comercio, el empresario es el titular de una empresa. Es evidente que si la empresa es una actividad del empresario y si la empresa es comercial, sería una actividad del comerciante. Pero habría que agregar que la empresa es algo más amplio y más complejo que la actividad que los Códigos de Comercio estiman para que una persona adquiera la calidad de comerciante.

Tratándose de las empresas constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, se hace más nítida la diferencia entre ambas figuras.

Una tendencia se orienta en el sentido de considerar la sociedad como el titular de la empresa; otra, como la forma jurídica de la empresa colectiva. En ningún caso, la empresa se confunde con la sociedad. Si se trata de actividades de gran envergadura, la empresa adopta la forma de sociedad, especialmente la de sociedad anónima. De esta manera, la titularidad del proceso económico que se persigue queda intestada en una persona jurídica mercantil.

La reglamentación jurídica de la empresa bajo la forma de sociedad no puede confundirse con la que concierne a las relaciones internas de la empresa, es decir, a las que son propias del derecho laboral, ni con aquellas que se originan por la intervención del Estado en la organización y funcionamiento de aquélla.

Así, la autorización previa gubernativa para realizar ciertas actividades y el señalamiento de determinados requisitos para algunas operaciones son ajenos al régimen de sociedades.

49. ELEMENTOS INTEGRADORES DE LA EMPRESA Y SUS SIGNOS DISTINTIVOS

A semejanza de la persona jurídica que cuenta con sus elementos propios (nombre, domicilio, nacionalidad), y patrimonio, la empresa cuenta con el término *establecimiento* que equivale, en su acepción amplia y genérica, a *azienda* (Italia) o *fondo de comercio* (Francia), es decir, se refiere a la dedicación de todos los elementos de la empresa y a la actividad estable por la cual existe; pero, al lado de esta acepción, hay otra más restringida, que se refiere exclusivamente al local o centro de operaciones de la empresa y sede de todos los elementos que exteriorizan su organización económica.

Entre dichos elementos están: el establecimiento como local, la clientela, el nombre comercial, el rótulo, las marcas, las patentes, las mercaderías, el dinero.

a) El establecimiento, en el sentido últimamente indicado, es indispensable para las empresas de cierta importancia. El establecimiento se equipara, así, al domicilio del empresario comercial, que no debe confundirse con la residencia habitual de éste. De aquí que, para todo lo concerniente a las actividades mercantiles y a sus efectos, el domicilio del comerciante será el lugar donde tiene el centro de sus operaciones mercantiles. Es a este domicilio, al que se refieren el artículo 21º del C. de C. y los inciso e) y f) del art. 5º del Reglamento del Registro Mercantil, cuando mencionan el domicilio comercial, como indicación del lugar donde funciona el establecimiento principal, así como la sucursal o agencia que tuviera.

Si se trata de sociedades, la ley obliga a que en la escritura de constitución social se señale el domicilio, y, en su caso, los lugares donde la sociedad acuerde establecer sucursales, lo que será de objeto de inscripción en el Registro Público.

Sobre el particular hay que destacar, que una misma empresa mercantil puede realizar actividades en varios lugares de una misma población, o en poblaciones diversas. Asimismo, puede un solo titular de una empresa explotar distintos negocios, cada uno de los cuales puede tener una sede o establecimiento diferente, o puede dividir la explotación en varias sucursales, a las que les confiere cierta independencia económica.

El C. de C. no trata de las sucursales. La Ley General de Sociedades se ocupa de ellas y les atribuye cierta autonomía jurídica, pues exige para su inscripción que tengan representante legal permanente en el lugar de su funcionamiento, premunido de facultades suficientes para obligar a la sociedad en las operaciones que realice la propia sucursal, comparecer en juicio y contestar demandas relacionadas con las mismas operaciones, con la amplitud mínima que señalan los arts. 74º y 75º del CPC y 14º de la LGS, debiendo tenerse por no puesta toda limitación o reserva. Por su parte el art. 143º del reglamento del Registro de Sociedades (Res. Nº 200-2001-

SUNARP/SN de fecha 24 de julio de 2001), señala que "el acuerdo de establecimiento de una sucursal de una sociedad constituida en el Perú, se inscribirá en la partida de la sociedad y en el Registro del lugar de su funcionamiento".

El establecimiento como local es, generalmente, el bien raíz en el que se realizan los negocios, lo que no significa que el empresario sea el propietario del inmueble, pues puede ser arrendatario, usufructuario, etc.

No hay acuerdo en la doctrina ni en la legislación de los diversos países respecto a si los inmuebles forman parte del negocio aun cuando se trate de inmueble de propiedad del empresario. Tal ocurre en Francia; mas no en Alemania ni en Italia. Instalaciones útiles, máquinas, mercaderías, son parte del "establecimiento", según el giro del negocio, y el dinero, en todo caso.

b) La clientela suscita divergencias en la doctrina, pues una parte de ella la considera como un elemento del "establecimiento" y otra como una cualidad de éste.

La tesis más aceptada es la que sostiene que no puede concebirse un "establecimiento" sin clientela, pues él se instala para buscar clientes y no puede subsistir sin ellos. Si bien en los momentos iniciales o en determinadas etapas puede no tenerlos por circunstancias especiales, lo lógico y normal es que cuente con ellos; ya que de no adquirir clientela o perder definitivamente la adquirida, el negocio no tendría utilidades, frustrándose así el objetivo de la empresa, dada la índole económica de ésta.

A la noción de clientela se vincula el llamado *good will*, o sea, el derecho al disfrute de todas las ventajas adquiridas por el establecimiento comercial, que derivan de las relaciones con el público, y, principalmente, con la clientela. Hay, además, otros elementos, como son el local mismo, su ubicación, el nombre comercial, el trato, o cualesquiera otros que contribuyan a la prosperidad del negocio.

c) El nombre comercial es el signo que más destaca entre los que utilizan las empresas para identificarse y singularizarse.

No en todos los países existe el mismo concepto respecto al nombre comercial. En el derecho francés se entiende por tal la denominación bajo la cual es conocido o explotado un establecimiento comercial. Cumple, así, una función de publicidad destinada a individualizar el establecimiento y llamar la atención del público. Puede estar formado por el nombre del comerciante o su seudónimo, o por una denominación de fantasía. Empero, se exige que el nombre del titular sea el nombre civil con el cual el comerciante suscribe sus negocios con terceros. Si se elige una denominación de fantasía, el nombre comercial no desempeña la función de nombre-firma, sino únicamente la de designar el *fondo de comercio*.

En Italia, el nombre comercial es aquel bajo el cual el comerciante ejerce su comercio. Conforme a la doctrina tradicional, el nombre comercial, la *ditta*, es el signo distintivo de la persona del comerciante, que es el titular de la hacienda comercial, no faltando quienes sostienen que es la denominación de la hacienda

comercial y no del comerciante, y quienes, por su parte, afirman que es la denominación no sólo de la empresa, sino también de la hacienda, de conformidad con lo expresado en la exposición de motivos del CC.

En Alemania se habla de la *firma*, como signo algo inherente a la hacienda comercial, que se utiliza para suscribir todos los documentos relativos a aquélla, reputándose como signo a la vez de la persona y de la hacienda comercial. El uso de la *firma* se reserva a los comerciantes de pleno derecho, quienes están obligados a adoptarla.

La naturaleza jurídica del nombre comercial puede considerarse como una propiedad incorporal de contenido patrimonial, susceptible de ser cedida con la hacienda, o separadamente de ésta, como ocurre en algunos países.

En el derecho español, el nombre comercial es el que una persona usa para el ejercicio del comercio y para suscribir las transacciones comerciales. Cumple pues un doble objetivo. De este modo, individualiza la personalidad del comerciante en el ámbito de la esfera mercantil, destacando el aspecto patrimonial de la empresa.

En el derecho anglosajón, el nombre comercial viene a constituir el elemento que identifica y distingue la actividad negocial de una persona de la de otra.

Los criterios que se manejan para esbozar el nombre comercial es el del nombre civil, el del nombre social y el nombre comercial propiamente dicho. El nombre civil identifica a la persona, el nombre social a la persona jurídica considerada en sí misma, comprendiendo las nociones de razón social y denominación; y el nombre comercial es el elemento que caracteriza la actividad negocial de una persona respecto de otra.

El nombre comercial en el Proyecto auspiciado por la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Industrial) es difundido como el nombre y designación que identifica la empresa de una persona física o moral. En la ley argentina dicho alcance se refiere al nombre o signo con el que se designa una actividad, con o sin fines de lucro. Dentro de este marco, la existencia de una actividad es esencial para poder usar el nombre comercial, no es algo estático, sino más bien dinámico al igual que el concepto de empresa. En la realidad argentina, la actividad está ligada a la existencia del nombre comercial.

En doctrina se afirma que para que un nombre comercial sea válido jurídicamente es necesario que reúna ciertas condiciones. Debe ser novedoso y lícito. Novedoso en tanto no sea confundible con otra empleada con anterioridad para individualizar personas físicas o jurídicas y otros signos capaces de servir para fundamentar una oposición. Su licitud radica en que no puede ser contrario a la moral, las buenas costumbres, ni contradecir principios de veracidad ni resultar engañoso. El uso es el modo más frecuente de adquirir el nombre comercial, y presentar caracteres personales, debe ser público, ostensible y continuo. La falta de uso hace perder el nombre comercial.

En cuanto a la transmisión del nombre comercial, la OMPI en su Ley Tipo señala que el nombre comercial se podrá ceder o trasmitir pero únicamente en combinación con la transferencia de la empresa o de la parte de la empresa designada con ese nombre. En doctrina se mantiene por un lado aquella posición que respeta el criterio por el cual la cesión libre del nombre comercial, sin que se ceda al mismo tiempo la actividad que la individualiza, no es posible. Sin embargo, Mathely señala que respetando el principio de la autonomía de la voluntad, nada impide para que la propiedad del nombre comercial sea cedida aisladamente, con independencia del fondo de comercio como sucede en la práctica.

En el derecho peruano, el C. de C. no se ocupa de la firma al tratar del comerciante individual. El inciso 1 del art. 21º no distingue entre nombre comercial y nombre civil. El reglamento del Registro Mercantil al referirse a los comerciantes individuales (inc. a del art. 5º) no menciona el nombre comercial, pero, en cambio, sí lo refiere al establecimiento (inc. d), haciéndolo facultativo; pero, tratándose de sociedades comerciales, no hace referencia alguna a la firma.

La Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo Nº 823, no vincula necesariamente el nombre comercial al nombre civil, ni a la razón social o denominación de las sociedades mercantiles. En su art. 211º dispone que cualquier persona podrá solicitar el registro del nombre comercial que emplea para distinguir la actividad económica que realiza. En la solicitud de registro deberá consignarse y demostrarse la fecha en que el nombre comercial se utilizó por primera vez y especificarse la actividad económica. El nombre comercial se emplea para distinguirse de otro similar. En este sentido se afirma que el nombre comercial es el signo que sirve para identificar a una persona natural o jurídica en el ejercicio de su actividad económica. Sin embargo en el artículo 210º vincula el nombre comercial al establecimiento, al indicar que el uso exclusivo de un nombre comercial termina con el cierre definitivo del establecimiento o con el cese de la actividad que lo distingue. El nombre comercial únicamente podrá ser transferido con la totalidad de la empresa o el establecimiento que venía usándolo. En la transferencia de una empresa o establecimiento, se comprenderá el derecho al uso exclusivo del nombre comercial, salvo pacto en contrario.

Con referencia al nombre de la persona natural, la misma ley (art. 93º) contiene una limitación al derecho de la persona al uso del nombre civil, al impedir su uso en un establecimiento que decidiera instalar, si otra persona del mismo nombre estuviera dedicada a la misma actividad y en forma tal que ambos establecimientos pudieran ser confundidos.

El derecho al uso exclusivo de un nombre comercial nace en virtud de su primer uso en el comercio, y para registrarlo debe acreditarse el empleo actual del nombre indicándose la fecha en que comenzó a usarlo. El derecho de exclusividad termina con la clausura de aquel, o la cesación de la actividad. Cualquier persona podrá solicitar el registro del nombre comercial que emplea para distinguir la ac-

tividad económica que realiza. En la solicitud de registro deberá consignarse y demostrarse la fecha en que el nombre comercial se utilizó por primera vez y especificarse la actividad económica. La oficina competente, al conceder el registro, reconocerá a favor del solicitante la fecha del primer uso del nombre comercial.

La Ley vincula el nombre comercial al establecimiento como parte integrante de éste y no al empresario o titular de la empresa, afiliándose en esta forma a la teoría objetiva del nombre comercial.

La protección que la Ley de Propiedad Industrial le otorga a los nombres comerciales consiste en la prohibición de usar o adoptar un nombre comercial idéntico o semejante a otro adoptado y usado por otra persona, siempre que exista riesgo de confusión o asociación; la prohibición de usar o registrar un signo cuyo elemento distintivo principal esté formado por todo o parte esencial de un nombre comercial anteriormente adoptado y usado por otra persona, siempre que pueda producirse un riesgo de confusión o asociación.

d) El rótulo, la enseña o el emblema del establecimiento comercial es también signo distintivo de la empresa. Es el *identificador* del local en el que se ejerce el comercio y sirve para llamar la atención de la clientela de una manera en cierta forma externa.

Históricamente, el tratamiento del rótulo aparece en el derecho estatutario de la Edad Media, con la finalidad de que no se confundiese un establecimiento con otro.

El rótulo guarda semejanza en unos aspectos y en otros difiere del nombre comercial y de la marca. La semejanza consiste en que la marca individualiza los productos y el rótulo identifica el establecimiento comercial. En esto último se asemeja al nombre. Pero, de otro lado, el rótulo no ha de ser, necesariamente –aunque puede serlo– una denominación; sino que puede ser una figura o un emblema como ocurre en las marcas.

Mientras el nombre no puede dejar de ser el que corresponde, en su limitada expresión gráfica, el rótulo puede formarse con amplia libertad, siempre que se respeten los principios de *veracidad, licitud, originalidad y novedad*. Puede reproducir el nombre comercial, el del comerciante, determinado lugar, designar personajes célebres, diseñar una figura, una frase, un objeto cualquiera, una cualidad, un nombre de fantasía, etc.

La *veracidad* obliga a que el rótulo no debe contener indicaciones que tiendan a engañar al público. La *licitud* impone no contrariar disposiciones expresas de la ley, de la moral o de las buenas costumbres. La *originalidad* impide que se utilicen palabras genéricas o dibujos o figuras que el uso ha consagrado para distinguir determinadas profesiones o actividades. La *novedad* evita que pueda utilizarse nombres, denominaciones, figuras o dibujos previamente adoptados, en el mismo ramo del comercio o en el ámbito de la misma localidad, o dentro de un territorio determinado.

El derecho a la utilización exclusiva del rótulo o enseña nace con su uso. Goza preferentemente del derecho quien lo usó primero, aunque no han faltado autores que han sostenido que la adquisición es derivada de la creación o de la inscripción en el registro respectivo.

e) La marca es otro signo que sirve para distinguir en el mercado los productos o los servicios de una empresa. La marca puede consistir en la firma o el emblema del establecimiento. Pero es lo más frecuente utilizar un signo caprichoso de diferenciación. Además del interés del comerciante en el uso de la marca, sirve al público porque evita confusiones con mercaderías o servicios similares sin necesidad de mayor comprobación, asegurándose que el producto o el servicio corresponden a determinada empresa.

La Ley de Propiedad Industrial (D. Leg. Nº 823) permite registrar como marcas los signos que sean perceptibles, suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica, entre ellos, las palabras reales o forjadas o las combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas; las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos y sonidos; las letras, los números, la combinación de colores; las formas tridimensionales entre las que se incluyen las envolturas, los envases, la forma no usual del producto o su presentación; y, cualquier combinación de los signos o medios con carácter enunciativo.

No podrán registrarse como marcas aquellos signos que, en relación con derechos de terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos: a) Sean idénticos o se asemejen de forma que puedan inducir al público a error, a una marca anteriormente solicitada para registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error; b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, de acuerdo con las normas de la presente Ley, siempre que dadas las circunstancias pudieren inducirse al público a error; c) Sean idénticos o se asemejen a un lema comercial registrado, siempre que dadas las circunstancias pudieren inducirse al público a error; d) Constituyan la reproducción, la imitación, la traducción o la trascripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados y que pertenezca a un tercero. Dicha prohibición será aplicable, con independencia de la clase, tanto en los casos en los que el uso del signo se destine a los mismos productos o servicios amparados por la marca notoriamente conocida, como en aquellos en los que el uso se destine a productos o servicios distintos. Esto no será aplicable cuando el peticionario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida; e) Sean similares hasta el punto de producir confusión con una marca notoriamente conocida, independientemente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicita el registro. Esto no será aplicable cuando el peticionario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida; y, f) Consistan en el nombre completo, apellido, seudónimo, firma, caricatura o retrato de

una persona natural distinta del peticionario o que sea identificado por la generalidad del público como una persona distinta de éste, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o de sus herederos.

La protección que otorga la ley es para evitar un aprovechamiento indebido de la notoriedad de la marca por terceros que carezcan de derecho, o la dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial o publicitario.

La protección alcanza a las marcas que no estando registradas son notoriamente conocida. En tal caso se tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes criterios: a) la extensión de su conocimiento por el sector pertinente del público como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada; b) la intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca; c) la antigüedad de la marca y su uso constante; y, d) el análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca.

El lema comercial es la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca. Los lemas comerciales son protegidos bajo el amparo de la actual ley de propiedad industrial. La solicitud de registro de un lema comercial deberá especificar la marca solicitada o registrada con la cual se usará.

50. CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS Y SU REFORMA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Las empresas se pueden clasificar atendiendo a diversos criterios. Puede tomarse en cuenta la actividad que desarrollan y pueden ser, así, comerciales o industriales y en ambos casos especializar el fin que persiguen: agrícolas, mineras o simplemente industriales.

También se clasifican en grandes y pequeñas empresas y en empresas cuyo titular es una persona individual o una persona jurídica. Teniendo en cuenta la calidad del empresario, se distinguen en empresas privadas, públicas o de economía mixta.

En las primeras, el empresario o empresarios son personas privadas, bien sea personas físicas o personas colectivas; en las segundas, el empresario es el Estado o una corporación pública; y en las terceras, se asocian el Estado u otras corporaciones públicas con las personas privadas.

En los países con régimen de libre empresa predominan las empresas privadas, lo que no descartó, hace algunas décadas, una fuerte intervención del Estado o de las corporaciones públicas en la actividad empresarial tomando a su cargo determinadas actividades consideradas de interés público, o formando las sociedades de economía mixta.

Las finalidades que perseguía el Estado a través de las empresas que constituía o de aquéllas en que participaba eran diversas; reemplazar a una empresa privada que presta servicios públicos deficitarios, asegurando su buen funciona-

miento; atender necesidades de la defensa nacional; evitar la formación de monopolios. Se advierte, sin embargo, en el mundo económico de nuestros días y en el campo de la economía libre una progresiva desaparición de la intervención del Estado como empresario, en una u otra forma.

El Estado intervino en el campo empresarial en cuatro formas:

1) convirtiendo en empresa una parte determinada de su actividad;

2) constituyendo una empresa pública;

3) participando conjuntamente con persona privadas en la titularidad de una empresa;

4) interviniendo en la fiscalización de determinada empresa privada.

En el *primer caso*, la gestión de la empresa pudo tomarla a su cargo el Estado explotándola directamente a través de una dependencia de la administración pública. En el *segundo*, el Estado creaba un ente con patrimonio propio e individualidad jurídica, a fin de lograr mayor operatividad. En el *tercero*, mediante la asociación con personas privadas daba nacimiento a las empresas mixtas, como oficialmente las denomina la Ley Nº 24948, que regula la actividad empresarial del Estado. En dichas empresas, el Estado debía contar con capacidad determinante en las decisiones, aunque la participación que le corresponda sea inferior al cincuenta y uno por ciento del capital. La capacidad determinante se consigue a través de cierto derecho de veto que se concede al accionista-Estado sobre ciertos aspectos de la actividad de la empresa. Actualmente dentro del proceso de privatización y de participación ciudadana impulsada en los últimos años, el Estado en ciertas empresas que considera estratégicas podrá reservarse ciertos derechos bajo la modalidad de las acciones llamadas *doradas* por los privilegios que otorgan. Es el caso, por ejemplo, de la Ley Nº 26844, que establece que en el proceso de promoción de la inversión privada en las empresas públicas del Sector Hidrocarburos, el Estado debe mantener una participación minoritaria en la proporción que determine la COPRI, mediante la creación de una serie especial de acciones que por lo menos cuente con el derecho a elegir un director. En el *cuarto caso*, ni el Estado ni ninguna corporación pública tienen participación en la empresa, pero por la índole de explotación o por el otorgamiento de especiales ventajas que se le hubiere concedido, o por otras circunstancias, está sujeta a la fiscalización estatal en cuanto a su funcionamiento o actividades. Este es el caso de las empresas privadas cuyas actividades son de interés público.

Las empresas públicas tienen innegable carácter público, pero su status jurídico varía en cada caso. Puede ser una empresa pública dependiente, o puede ser autónoma con patrimonio propio y personalidad jurídica. En algunos casos, el capital de estas entidades está constituido únicamente por el Estado, pero la empresa está organizada en tal forma que puede recibir más adelante el aporte del capital privado, por cuya participación se emiten acciones, configurándose así un ente con todas las características de las sociedades anónimas. Tal ocurrió en nuestro

medio con la Corporación Financiera de Desarrollo, creada por el Decreto Ley Nº 18807 y que emitió acciones nominativas de mil soles cada una, hasta por un monto de mil millones de soles, con el propósito de captar el ahorro y canalizarlo hacia inversiones prioritarias.

En cuanto a las empresas de economía mixta, se discute si son empresas públicas o privadas. Hay corrientes de opinión en ambos sentidos, no faltando quienes sostienen que son empresas públicas en su aspecto interno y privadas en sus relaciones con terceros.

En todo caso, la tendencia moderna es en el sentido de someter a la empresa pública, así como a la de economía mixta, a las reglas del derecho común, especialmente en sus relaciones externas. Y este es precisamente el criterio en que está inspirada la Ley de la Actividad Empresarial del Estado (Ley Nº 24948), que puso orden y claridad en un sector que se ha desarrollado enormemente en los últimos años y que, no obstante, carecía de una ley específica.

La Ley de Actividad Empresarial del Estado "regula la actividad empresarial del Estado en lo relativo a su organización, funcionamiento, régimen económico-financiero, régimen laboral, control, evaluación y relaciones con los diversos niveles de gobierno y administración" y clasifica en los siguientes cuatro tipos a las empresas en que participa el Estado: a) empresas de derecho público, con "atribuciones propias de la Administración Pública o de imperio"; b) empresas estatales de derecho privado; c) empresas de economía mixta; y, d) empresas de derecho privado con accionario del Estado, pero en forma tal de no constituir empresas de economía mixta.

Las empresas de los tipos b), c) y d) deben adoptar la forma de sociedad anónima y, por ende, se rigen por la Ley General de Sociedades si bien sin obligación de atenerse a determinados artículos de ésta (inc. 4 del art. 161º e inc. 6 del art. 407º de la LGS y Decreto Ley Nº 23189).

Otro criterio de clasificación de las empresas es el que atiende a si su titular es una o varias personas, físicas o jurídicas.

En el primer caso, se trata del empresario individual, que en la terminología de los Códigos de Comercio es el comerciante; en el segundo, de las compañías mercantiles o industriales a que se refiere el inciso b) del art. 1º del C. de C. y que están regidas por la Ley General de Sociedades y el Decreto Ley Nº 23189.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, la característica esencial y prácticamente generalizada de la empresa individual es que el empresario responde frente a sus acreedores con la integridad de su patrimonio. Es verdad que en el hecho se elude esta ilimitación de la responsabilidad mediante la formación de sociedades ficticias, utilizando presta-nombres y que la limitación se mantiene con el asentimiento de éstos o incluso sin él en los países que admiten la sociedad unipersonal, o sea, cuando la falta de pluralidad no es motivo de disolución de la

persona jurídica. En la ley peruana de sociedades se acoge esta posibilidad, pero se señala el plazo de seis meses para que se establezca la pluralidad (inc. 6 del art. 407º LGS).

La limitación de la responsabilidad del empresario individual ha sido materia de numerosos estudios y proyectos, que se remontan al año de 1892, pero como ya se ha expresado (*supra* Nº 47) sólo ha sido legislada en el Principado de Liechtenstein, en Costa Rica, Panamá y en el Perú mediante el Decreto Ley Nº 21621, del que nos ocuparemos más adelante (*infra* Nº 62).

Una empresa puede pertenecer a varias personas no ligadas por el vínculo societario. Sería el caso del condominio de una empresa, en la que cada condómino tendría su cuota correspondiente, sin que exista una persona jurídica.

El consorcio es una figura utilizada en algunos países por varios empresarios que acuerdan realizar determinadas actividades en ciertas condiciones, sin formar sociedad. La Ley General de Sociedades en su artículo 407º, regula el contrato asociativo de consorcio y señala que es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

Los trusts son también empresas colectivas no constituidas como sociedad.

Empero, la forma normal de la empresa colectiva es la sociedad, que cada día ha ido invadiendo el campo de las actividades económicas, desplazando el empresario individual, por lo menos en los negocios de cierta envergadura. Si bien el número de empresarios individuales puede ser mayor que el de las sociedades, el volumen de éstas alcanza cifras gigantescas que sobrepasan con creces el de las empresas individuales.

Hay una tendencia cada vez más acentuada a la concentración de capitales para formar grandes empresas. La extensión de los mercados, la formación de zonas comunes más o menos amplias, son factores que explican la formación de empresas poderosas. En esas esferas el empresario individual resulta un enano en un mundo de gigantes. Erich Fromm advierte que presenciamos un proceso siempre creciente de centralización y concentración de capitales y que mientras las grandes empresas se expanden continuamente, las pequeñas se asfixian.

La preocupación actual es la actividad de las sociedades multinacionales y, en general, adoptar las fórmulas jurídicas para una economía de masa. Es tal vez por estas circunstancias que no se ha prestado, por la legislación de la mayor parte de países, la debida atención a la empresa individual de responsabilidad limitada.

En cuanto a las empresas constituidas bajo la forma de sociedades, merecen un tratamiento especial en el derecho mercantil, pues ellas constituyen uno de sus más importantes capítulos, al punto que no han faltado autores que hablan de un "derecho de sociedades".

Las empresas industriales han sido objeto de sustanciales reformas contenidas principalmente en los siguientes Decretos Leyes Nºs. 18350, 18384, 18810, 18880, 19020, 19262, 19340, 19414, 19419, 19525, 21492, 21621, 21789, 22229, 22329, 22333, 22401, 22972, 23189, 23407, 26122, 27268, 28015 y Decretos Legislativos Nºs. 677, 701, 705, 716, 791, 807, 823 y 892.

Algunas de estas normas comprenden a las empresas comerciales, como son el Decreto Ley Nº 23189 (Ley de la Pequeña y Mediana Empresa) y el Decreto Ley Nº 21621 (Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada). Los decretos leyes aplicables a las empresas industriales modificaron la estructura jurídica de éstas en cuanto estaban constituidas como sociedades mercantiles, estableciéndose (art. 99º del Decreto Ley Nº 21789) que las empresas industriales del Sector Privado debían estar organizadas bajo la forma de sociedad anónima. Destacaron en particular los aspectos referentes a la participación de los trabajadores en los rendimientos de la empresa, en el patrimonio de ésta y en su dirección a través de la cogestion. Este último fue modificado por el Decreto Legislativo Nº 677 en cuanto a que los trabajadores sólo participan en las utilidades y ya no en la gestión. Su participación en las utilidades se da a través de las acciones laborales, cuyo régimen está dado por dicho decreto legislativo y por la Tercera Disposición Final de la Ley del Mercado de Valores (Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo Nº 093-2002-EF de 15 de junio de 2002) que dispone que las empresas que hubieren emitido acciones del trabajo, aun cuando éstas no estuviesen inscritas en el Registro, podrán convenir libremente con sus tenedores la redención o su conversión en acciones comunes, acciones sin derecho a voto, bonos u otros valores emitidos por la sociedad. Para el intercambio que haya lugar se aplicarán las normas que las partes, de común acuerdo, convengan.

La participación en los rendimientos se materializaba en el hecho de que todos los trabajadores de la empresa debían percibir una parte proporcional a los días trabajados por cada uno de aquellos. El Decreto Legislativo Nº 677, el Decreto Legislativo Nº 861 (Tercera Disposición Final) y el Decreto Legislativo Nº 892, varían este régimen, señalando este último en sus considerandos que la participación de los trabajadores en la distribución de las utilidades tiene por objeto buscar la identificación de éstos con la empresa y por ende en el aumento de la producción y productividad de sus centros de trabajo; y que resulta necesario modificar el sistema de participación para fomentar condiciones que estimulen la creación de nuevos puestos de trabajo, incentiven inversiones y aumenten la competitividad internacional de nuestra economía, para ello dispone que los trabajadores de las empresas comprendidas en este decreto legislativo participan en las utilidades de la empresa, mediante la distribución por parte de ésta de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos. El porcentaje referido es como sigue: empresas pesqueras 10%; empresas de telecomunicaciones 10%; empresas industriales 10%; empresas mineras 8%; empresas de comercio al por mayor y al por menor y restaurantes 8%; y empresas que realizan otras actividades 5%.

Dicho porcentaje se distribuye en un 50% que será distribuido en función a los días laborados por cada trabajador, entendiéndose como tal los días real y efectivamente trabajados; y el otro 50% se distribuirá en proporción a las remuneraciones de cada trabajador.

La participación en las utilidades se calcula sobre el saldo de la renta imponible del ejercicio gravable que resulte después de haber compensado pérdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta.

La participación que corresponde a los trabajadores será distribuida dentro de los treinta (30) días naturales siguientes al vencimiento del plazo señalado por las disposiciones legales, para la presentación de la Declaración Jurada Anual del Impuesto a la Renta.

51. EMPRESAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS, EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EMPRESAS COOPERATIVAS Y EMPRESAS DE PROPIEDAD SOCIAL

El Decreto Ley Nº 23189, de 19 de julio de 1980, regula la actividad de las llamadas *pequeñas y medianas empresas*. Este decreto ley reemplazó al Decreto Ley Nº 21435, de 24 de febrero de 1976, que fue el que por primera vez estableció un régimen especial para las empresas pequeñas, por lo que recibió el nombre de Ley de la Pequeña Empresa del Sector Privado. Posteriormente (octubre de 1978), el Decreto Ley Nº 23310 introdujo varias modificaciones en el texto original del Decreto Ley Nº 21435. Finalmente éste dispositivo fue reemplazado por el mencionado Decreto Ley Nº 23189, que, apartándose bastante de los lineamientos del Decreto Ley Nº 21435, establece dos regímenes diferentes: uno para la Pequeña Empresa y otro para la Mediana Empresa, norma que fue superada por el Decreto Legislativo Nº 705 de 8 de noviembre de 1991; en la actualidad por la Ley Nº 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, que regula las microempresas y la pequeña empresa. Se regulan estas actividades motivadas por el hecho de brindar un acceso masivo al empleo, sobre todo a la mano de obra no calificada, y con un costo por puesto de trabajo significativamente menor que el de otros sectores productivos.

El Decreto Legislativo Nº 705 calificaba como micro empresa aquella cuyo propietario o propietarios de la empresa laboran en la misma; su número total de trabajadores y empleados no excede de diez (10) personas; y que el valor total anual de las ventas no excede de doce (12) Unidades Impositivas Tributarias.

En tanto que consideraba pequeña empresa a aquella cuyo número total de trabajadores y empleados no excede de veinte (20) personas, y que el valor total anual de las ventas no excede de veinticinco (25) Unidades Impositivas Tributarias. La Ley vigente (Nº 28015), tiene como nota característica un número total de trabajadores de la Microempresa que no exceda de 10 (diez) trabajadores y para la Pequeña Empresa que no exceda de 50 (cincuenta) trabajadores; y con niveles de

ventas anuales para la micro empresa, hasta 150 UIT, y para la pequeña empresa desde 150 UIT hasta 850 UIT.

La ley define a la *Pequeña y Microempresa* como una unidad económica que opera una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, que desarrolla actividades de extracción, transformación, producción y comercialización de bienes o prestación de servicios, dentro de los parámetros establecidos. Se puede apreciar que dentro de la concepción de la pequeña y micro empresa se hace alusión a la "unidad económica" que opera la persona natural para hacer referencia al comerciante individual o empresario y a la persona jurídica, lo que da lugar a que la explotación pueda ser entendida como un patrimonio unitario capaz de ser trasladado o gravado.

La actividad empresarial situada dentro del marco de la pequeña empresa puede ser desarrollada por persona natural como por persona jurídica. El Decreto Ley Nº 21621, *Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* (EIRL), concibió la forma de constituir una persona jurídica con el aporte de una sola persona, bajo los mismos criterios societarios, pero a diferencia de esas modalidades, no se daba la participación de otra persona, pues la ficción se cumplía con el aporte de la persona natural al patrimonio de una empresa individual cuya característica fue la responsabilidad limitada. De acuerdo con lo señalado en el primer artículo de la ley de la EIRL, se define a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley Nº 21435. Es decir, la modalidad empresarial responde a los moldes de la pequeña empresa. El molde de la pequeña empresa ha ido desarrollando hasta concluir en la Ley Nº 28015, antes citada.

La EIRL cuenta con el patrimonio de la empresa aportado inicialmente por la persona natural que constituye la empresa. El valor asignado a este patrimonio inicial constituye el capital de la Empresa. Se aporta al capital de la empresa tanto bienes muebles como inmuebles. La responsabilidad de la Empresa está limitada a su patrimonio y el Titular de la Empresa no responde personalmente por las obligaciones de ésta. La ley limita a la persona jurídica a ser titular de una empresa individual de responsabilidad limitada, pero permite que una persona natural pueda ser titular de varias empresas individuales de responsabilidad limitada (*infra* Nº 62).

Las empresas u organizaciones llamadas *cooperativas* constituyeron un sector que cobraron singular significación económica en nuestro país, particularmente a raíz de la Ley de Reforma Agraria, en virtud de la cual empresas privadas de muy considerable envergadura económica pasaron a ser cooperativas.

Pese a la gran importancia económica y política que cobraron estas empresas a lo largo de los años setenta, estuvieron sin el respaldo de una ley que en forma

específica las situara en el concierto de actividad económica nacional y regulara sus actividades. Esta situación terminó con la dación de la Ley General de Cooperativas, constituida por el Decreto Legislativo Nº 85, de 20 de mayo de 1981, modificado por el Decreto Ley Nº 141 de 12 de junio de 1981, y todavía vigente en la actualidad, con numerosas modificaciones. Esta ley, que es sumamente extensa (consta de 135 artículos) regula minuciosamente todos los aspectos de las cooperativas: constitución e inscripción, régimen administrativo, régimen económico, determinación y distribución de los remanentes (utilidades), disolución y liquidación, etc.

Según la mencionada ley, toda organización cooperativa adquirirá la calidad de persona jurídica desde su inscripción en los Registros Públicos sin necesidad de resolución administrativa previa de conocimiento oficial y quedará obligada al estricto cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Cooperativas. Esta reconoce 19 clases de cooperativas: Agrarias, Agrarias Azucareras, Agrarias Cafetaleras, Agrarias de colonización, Comunales, pesqueras, Artesanales, Industriales, Mineras, de transporte, de Ahorro y Crédito de Consumo, de Viviendas, de servicios Educacionales, Escolares, de Servicios Públicos, de Servicios Múltiples, de Producción Especiales, y de Servicios Especiales.

Sin embargo, pese a todo ese engranaje legal, la pésima conducción empresarial de estas entidades las llevaron a colapsar en gran número, haciéndose necesaria su recuperación vía la inversión privada en sus actividades. Actualmente, diversos dispositivos legales promueven la conversión de estas cooperativas en organizaciones empresariales más competitivas a fin de favorecer al gran número de trabajadores que alguna vez fueron socios de estas organizaciones.

En cuanto a las *empresas de propiedad social*, que constituyen el llamado Sector de Propiedad Social, estaban regidas por la Ley de Empresas de Propiedad Social, Decreto Ley Nº 20598, de 30 de abril de 1974. Según el art. 1º de dicha ley: "Las Empresas de Propiedad Social son personas jurídicas de Derecho Social integradas exclusivamente por trabajadores, constituidos dentro del principio de solidaridad, con el objeto de realizar actividades económicas. Sus características son participación plena, propiedad social de la empresa, acumulación social y capacitación permanente". Lo que por encima de todo distinguía a este tipo de empresa es la desaparición de todo atisbo de propiedad individual y, además su dependencia directa del Estado a través del Fondo Nacional de Propiedad Social (en estado de disolución, Decreto Ley Nº 25925), el Consejo de Propiedad Social y la Comisión Nacional de Propiedad Social (arts. 154º, 185º a 189º). Obviamente, este tipo de empresas es sustancialmente diferente de las organizaciones cooperativas, si bien en unas y otras hay ausencia de autoridad patronal.

CAPÍTULO IX
COMERCIANTE INDIVIDUAL

52. Concepto de comerciante individual.- 53. Capacidad legal para ejercer el comercio.- 54. Incapacidad para el ejercicio de la actividad mercantil.- 55. El cónyuge comerciante.- 56. Autorización judicial.- 57. Efectos del ejercicio del comercio por el cónyuge.- 58. Prohibiciones para ejercer el comercio.- 59. El Estado y las entidades de derecho público como comerciantes.- 60. Adquisición y pérdida del estado de comerciante.- 61. Comerciante extranjero.- 62. Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

52. CONCEPTO DE COMERCIANTE INDIVIDUAL

Conviene distinguir en primer término, respecto al comerciante, el concepto económico y el concepto jurídico.

Desde el punto de vista económico, es comerciante quien hace de la actividad comercial una profesión, bien sea porque dirige directamente un establecimiento mercantil, o porque presta servicios como factor o empleado de un comerciante individual, como apoderado, director o gerente de una sociedad mercantil.

Jurídicamente el concepto de comerciante es más restringido.

Sólo se reputa comerciante a quien actúa para sí y no para otros en la actividad mercantil, adquiriendo los derechos y asumiendo las obligaciones que de ella derivan.

La determinación de la calidad de comerciante tiene gran importancia en las legislaciones en las que existe C. de C. Si se trata de codificaciones inspiradas en el sistema subjetivo, o sea, en las que el derecho mercantil se acota en torno al comerciante, la actividad de éste como tal sirve para determinar cuáles son los actos de comercio. En los sistemas objetivos, como el de nuestro C. de C. no

puede dejar de precisarse la condición del comercio por las consecuencias que de ella emergen.

Del status de comerciante derivan múltiples derechos y obligaciones. Aparte de las de orden tributario o fiscal, basta considerar las referentes a la obligación de llevar libros de contabilidad y conservarlos, así como la documentación pertinente, hasta cinco años después de terminadas sus actividades, las particularidades relacionadas con el régimen concursal o de quiebra para el empresario –a diferencia de la persona no empresario, cuyo acceso es regulado en forma distinta por la Ley Nº 27809 (Ley General del Sistema Concursal).

En referencia al concepto jurídico del comerciante individual, el C. de C. señala dos notas configurativas: una, la capacidad, elemento tomado del derecho civil, y otra, determinada por un elemento de carácter real, como es la realización de una serie de actos comerciales practicados en forma habitual, es decir, repetidos constantemente y no en forma ocasional o esporádica. No establece el Código diferencias en cuanto al volumen o significación económica de las actividades que se ejercen. Tan comerciante es una poderosa entidad comercial como el pequeño comerciante ambulatorio, si bien con posterioridad a las disposiciones del Código se han dictado leyes de orden tributario que eximen, a los pequeños comerciantes con limitado número de venta de ciertas obligaciones, como las de llevar todos los libros de contabilidad, pues deben llevar únicamente los de inventarios y caja o únicamente libretas.

No se afilia nuestro Código al lado de aquellas legislaciones que exigen la inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil, lo que sí es obligatorio para las sociedades de comercio. Empero, el Decreto Ley Nº 19893 ha establecido la obligación de inscribirse en el Registro Comercial para quienes ejerzan actividades comerciales de transferencia de bienes en las que no medien procesos de transformación, a excepción de los de envasado, embalaje, rotulación y fragmentación. Pero están exceptuados de esta obligación quienes presten servicios correspondientes a los Sectores de Salud, Educación, Transportes y Comunicaciones, Economía y Finanzas y Energía y Minas, así como servicios profesionales y religiosos.

Es de observar que la definición legal del C. de C. es, respecto del comerciante, insuficiente, porque hay personas que, no obstante tener capacidad legal para ejercer el comercio y ejercerlo efectivamente, no son comerciantes. Tal ocurre con el personal auxiliar del comerciante, como el factor, el dependiente, el apoderado en general o los directores, gerentes y administradores de las sociedades comerciales que ejercen el comercio pero no a nombre propio sino a nombre del comerciante individual o colectivo. Los mandatarios o representantes legales de quienes ejercen el comercio no son, pues, comerciantes, resultando de este modo que el Código ha omitido agregar, como nota configurativa de la calidad de comerciante, que el ejercicio del comercio sea en nombre propio.

53. CAPACIDAD LEGAL PARA EJERCER EL COMERCIO

La capacidad legal a que alude el inc. 1 del art. 1º del C. de C. hace referencia en términos generales a la capacidad establecida por el CC. aunque el concepto admite una diferenciación que precise sus alcances.

Se hace necesario, en primer término, establecer la relación entre las disposiciones de los Códigos mencionados.

El art. 4º del C. de C. alude a tres situaciones: ser mayor de edad, ser menor legalmente emancipado y tener la libre disposición de los bienes.

Conforme a reglas del CC. la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años (art. 42º) y el menor podrá ser legalmente emancipado o emanciparse a partir de los dieciséis (art. 44º). Lo mismo dispone el art. 30º de la Constitución de 1993.

En cuanto a la libre disposición de los bienes, supone la posibilidad de realizar respecto de ellos todos los actos permitidos por la ley, puesto que en el ejercicio de la actividad comercial puede comprometerse el destino de los bienes.

Desde otro punto de vista cabe distinguir las dos clases de capacidad que se reconocen en derecho: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Si bien los menores no emancipados y los incapacitados en general no tienen capacidad de ejercicio, sí tienen capacidad de goce y en tal condición pueden continuar, por intermedio de sus representantes legales, o por medio de factores, el comercio que hubiera ejercido sus padres o sus causantes (art. 5º del C. de C.). En este caso los factores o representantes no ejercen el comercio para sí, sino para el menor o el incapaz, quienes resultarían los titulares de la actividad comercial.

La capacidad para ser comerciante se atribuye sin distinción de sexo, tal como ocurre con la capacidad civil.

El ejercicio del comercio está permitido no sólo a los peruanos sino también a los extranjeros, de acuerdo a lo establecido en los artículos 63º y 71º de la Constitución de 1993. En efecto, el artículo 63º señala que la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones y que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. En tanto que el artículo 71º precisa, en cuanto a la propiedad, que los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática; con la excepción que dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

54. INCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL

Al respecto hay que considerar las dos formas de incapacidad que contempla el CC, la incapacidad absoluta y la incapacidad relativa (arts. 43º y 44º).

En virtud de la primera no pueden ejercer el comercio los menores de dieciséis años privados del discernimiento, los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Tratándose de la incapacidad relativa, no la pueden ejercer los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, como serían, además de los expresados anteriormente los pródigos, los ebrios habituales, los que incurren en mala gestión, los que sufren pena con interdicción civil, los toxicómanos, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

En cuanto al interdicto, el C. de C. considera en el art. 13º la interdicción proveniente de sentencia que imponga esa pena. Quienes se encuentran cumpliendo una condena de ese género no puedan ejercer el comercio hasta el término de la pena, o hasta que sean amnistiados o indultados. Lo mismo dispone el CC. (inc. 8 del art. 44º).

En semejante situación se encontraba el quebrado, quien al amparo de la Ley Procesal de Quiebras Nº 7566, con la declaración de quebrado perdía su capacidad, salvo que haya sido rehabilitado o esté autorizado por un convenio con sus acreedores para continuar al frente de su establecimiento, entendiéndose, en tal caso, limitada la habilitación a lo expresado en el convenio. En la actualidad, la Ley General del Sistema Concursal (Ley Nº 27809) sustitutoria del Decreto Legislativo Nº 845, Ley de Reestructuración Patrimonial, que sustituyó al Decreto Ley Nº 26116, y complementario de la Ley Nº 27295 (Ley Modificatoria y Complementaria del Texto Único Ordenado de La Ley de Reestructuración Patrimonial), es la norma que regula la situación de la empresa deudora que no puede cumplir con el pago de sus obligaciones ante sus acreedores. De conformidad con dicha norma los acreedores deciden si el deudor continúa con la administración de la sociedad o ésta se encarga a un tercero; si, luego se llega a la conclusión de que no existen bienes suficientes para el pago de la deuda, se pide la liquidación de la empresa. Si del proceso de liquidación y venta de bienes resulta que no existen más bienes, compete al liquidador pedir al Juez que constate dicha situación y declare la quiebra. Con dicha resolución se procede a inscribir en el registro la extinción de la empresa. Se puede apreciar pues que no existe posibilidad de que el quebrado asuma la administración de la empresa, sino que es el deudor declarado concursado, más no el declarado quebrado, quien puede administrar la empresa con el consentimiento de sus acreedores. Al amparo de la ley derogada, la declaración del sujeto como quebrado lo limitaba en su capacidad, pues originaba que se le detraiga de la administración de sus bienes; en la actualidad dicha capacidad también se ve disminuida con la declaración de concursado del deudor, sin embargo la situación del deudor con-

cursado no es la misma que la del quebrado. En la ley vigente, prácticamente la situación del quebrado es irreversible, en tanto que la del deudor concursado es reversible, y la orientación de la norma apunta a lograr que el deudor cuente con el apoyo de sus acreedores para que vuelva a ingresar al mercado en condiciones normales y competitivas.

55. EL CÓNYUGE COMERCIANTE

Según el art. 6º del C. de C. la mujer casada para ejercer el comercio debía ser autorizada por el marido, mediante escritura pública inscrita en el Registro Mercantil. Esta norma guardaba relación con lo dispuesto en el art. 173º del CC. de 1936, que facultaba a la mujer a ejercer cualquier profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido. En caso que éste negara el consentimiento la mujer podía ser autorizada por el juez, siempre que probara que esta medida la justificara el interés de la sociedad conyugal o de la familia. El régimen matrimonial se basaba en el principio de la potestad marital.

El CC. de 1984 adoptó una posición diferente, equiparando la situación del marido y la mujer, de acuerdo con lo establecido en el inc. 2 del art. 2º de la Constitución de 1979 vigente en ese entonces. De allí que establezca en el art. 293º del CC. la misma necesidad legal de autorización a que se refiere el art. 173º del CC. de 1936, cuando señala que cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, con el asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negare, el juez puede autorizarlo, si lo justifica el interés de la familia. Dentro del concepto genérico de profesión puede entenderse el de comerciante. La autorización para el ejercicio del comercio la deben ambos cónyuges, y ésta puede ser tácita o expresa (Cfr. art. 141º CC.).

No hace referencia el Código a escritura pública que deba ser objeto de inscripción registral alguna.

56. AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El CC. de 1984 establece (art. 294º) que uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad conyugal: si el otro está impedido por interdicción u otra causa; si se ignora el paradero del otro cónyuge o éste se encuentra en un lugar remoto; o si el otro ha abandonado el hogar.

Hay otros supuestos en los que procede la autorización judicial, como la que se infiere del art. 293º del CC. que establece que si uno de los cónyuges niega su asentimiento para que el otro ejerza cualquier profesión o industria, así como para efectuar cualquier trabajo fuera del hogar, puede recurrir al juez para que lo autorice, si lo justifica el interés de la familia.

57. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO POR EL CÓNYUGE

En el CC. se regula el efecto del ejercicio de la actividad por el cónyuge y la extensión de su responsabilidad. Así, cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro, no tiene éste sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del propietario; y de acuerdo con el artículo 307º, las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor. Asimismo, el art. 308º señala que los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia; y en cuanto a la responsabilidad, el artículo 317º contempla que los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad.

58. PROHIBICIONES PARA EJERCER EL COMERCIO

Hay casos en que determinadas personas, no obstante gozar de capacidad legal para ejercer el comercio, no pueden hacerlo porque desempeñan funciones que la ley considera incompatibles con la actividad comercial. La prohibición supone que la persona es capaz, pero no puede actuar como comerciante ni tener esta calificación legal. Si contraviniendo la prohibición ejercen el comercio, los actos que realicen son inválidos, pero el actor queda sujeto a las medidas con que se sanciona a quien infringe el impedimento. La situación es, pues, diferente a la que resulta de la capacidad. El incapaz no puede ejercer el comercio con efectos legales; si lo hiciese, los actos serían nulos.

La prohibición se basa en consideraciones de diversa índole. Puede tratarse de ciertas actividades que están negadas a la generalidad de las personas y que se reservan para el Estado o se sujetan a un régimen de concesión. Pueden estar motivadas por el peligro de que se utilice el desempeño de funciones públicas en provecho propio, anteponiéndolo a los intereses colectivos o de terceros.

Estos diversos supuestos inspiran el art. 14º del C. de C., que indica quiénes no pueden ejercer la actividad comercial por sí mismos o por medio de otros, ni tener cargo o intervención directa, administrativa o económica, en sociedades comerciales o industriales.

Dicho art. 14º alude a las circunscripciones territoriales en las que el ejercicio del comercio es incompatible con determinadas funciones públicas como es el caso de los magistrados en servicio activo, con exclusión de los Jueces de Paz o los suplentes de los magistrados judiciales (inc. 1); de los jefes políticos o militares de departamentos, provincias o plazas (inc. 2) y de los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado nombrados por el Gobierno (inc. 3).

Respecto a los primeros, debe entenderse que actualmente quedan incursos en la prohibición los Jueces de Paz Letrados y que la incompatibilidad atañe a todos los miembros del Poder Judicial sin limitación de zona territorial, en virtud de lo dispuesto por el inc. 3) del art. 196º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La ley persigue apartar a los magistrados de participar en organismos dedicados a actividades lucrativas, no sólo porque pueden valerse del cargo para obtener ventajas indebidas, sino porque tales actividades no coinciden con la austeridad con que debe desempeñarse la función judicial y con la obligación de exhibirla libre de apariencias que puedan menoscabar su independencia y majestad.

Con referencia a los jefes políticos o militares, se trata de evitar que, al ejercer el comercio, que es actividad lucrativa, el afán de ganancias puede inducirlos a usar el poder de que disponen en beneficio propio, influyendo en la competencia o suprimiendo ésta, en forma abierta o subrepticia. Estas consideraciones han llevado a establecer prohibiciones más extensas para tales personas. Respecto a las autoridades políticas existe la Resolución Suprema de 5 de octubre de 1946, que prohíbe el desempeño simultáneo del cargo de Prefecto o Subprefecto con el empleo en firmas comerciales o industriales.

En cuanto a los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado nombrados por el Gobierno, la prohibición se explica por el propósito de impedir que tales servidores puedan utilizar, aunque sólo fuese temporalmente, los fondos recaudados, que pertenecen al Estado, en la actividad comercial que ejercen.

Finalmente, el inc. 5 contiene una norma de remisión respecto a quienes por leyes y disposiciones especiales están prohibidos de comerciar en determinados territorios. Por regla general se trata de proteger el interés privado del titular de una empresa mercantil contra la competencia que puedan hacerle personas vinculadas a ellas por una relación de sociedad o dependencia. Es el caso de los directores y gerentes (arts. 180º y 189º, LGS), de los factores y dependientes (arts. 282º y 290º del C. de C.); los capitanes del buque y los sobrecargos, en ciertas condiciones (arts. 626º y 664º del C. de C.); de los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 287º, LGS).

59. EL ESTADO Y LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO COMO COMERCIANTES

Admitido que el acto de comercio es tal sin que su carácter dependa de que sea realizado por un comerciante, cabe la posibilidad de que el Estado y las corporaciones o entidades de derecho público los practiquen, quedando por este hecho sometidos a las disposiciones del C. de C. y de las demás leyes de la actividad privada, bien sea que tales actos se realicen directamente, o mediante servicios públicos descentralizados, o por empresas estatales, o mediante la participación del Estado en las sociedades de economía mixta.

60. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DEL ESTADO DE COMERCIANTE

No admitiendo el C. de C. la obligatoriedad de la inscripción del comerciante en el Registro Mercantil, lo que facilitaría la determinación del momento en que nace la condición jurídica del comerciante, hay que recurrir a otros medios de prueba para llegar a esa determinación.

Sería suficiente para ese efecto la comprobación de ciertos actos que aunque no sean mercantiles, revelen el propósito de quien los realiza de dedicarse a la actividad comercial. Se trataría de los actos preparatorios de una explotación legal del ejercicio del comercio, como son los anuncios públicos, mediante avisos, rótulos, etc., a que alude el art. 3º del C. de C.

La *adquisición de la calidad de comerciante* se opera de un modo originario por el hecho de ejercer o encargar a otro el ejercicio del comercio a nombre del comerciante. No puede adquirirse tal condición a mérito de sucesión contractual o hereditaria. La sola adquisición de un negocio en tales supuestos no confiere el carácter de comerciante. Es preciso el ejercicio del comercio, la dedicación habitual, a que se refiere el inc. a) del art. 1º del C. de C.

> La Ejecutoria de la Corte Suprema de 3 de abril de 1973 (*Bol. Jud.* Nºs. 8, 10, de 1973, p. 345) ha resuelto que, con arreglo al art. 1º del C. de C., la habitualidad en la práctica de actos de comercio exige su realización como una fuente permanente de recursos; y que no está obligado a señalar bien libre para el embargo quien no tiene la calidad de comerciante, pues no se considera como tal a quien sólo constituye una sociedad comercial o industrial, o integra un directorio.
>
> Las Ejecutorias de la Corte Suprema de 27 de noviembre de 1902 y de 5 de junio de 1907, han resuelto, respectivamente, que se reputa comerciante a quien obtiene la principal utilidad en su giro en la reventa de los artículos que compra (De la Lama, *C. de C.* t. II, p. 198); y que la dedicación habitual al tráfico mercantil determina la calidad de comerciante.

La *pérdida del carácter de comerciante* puede obedecer a motivaciones de diversa índole. Pueden ser subjetivas y objetivas, voluntarias o involuntarias. El fallecimiento pone término a la condición de comerciante, ya que ésta no es transmisible a los herederos. La incapacidad sobrevenida, si bien, al someter al comerciante al cuidado de terceras personas, lo priva de la libre administración de sus bienes, no mantiene su capacidad de goce como comerciante.

Un caso de pérdida voluntaria de la calidad de comerciante es el de transmisión o traspaso del negocio. El comerciante deja de serlo y es sustituido por el adquiriente, que ejerce el comercio por cuenta propia. Igualmente, termina la actividad del comerciante por liquidación decidida voluntariamente por él. En el caso deja de serlo al término de las operaciones liquidatorias, pues durante el proceso de la liquidación sigue actuando como tal. Asimismo, en casos de quiebra, e imposición de condena de interdicción civil.

Desde el punto de vista objetivo o voluntario, puede también mencionarse el de imposibilidad de continuar en la explotación mercantil por haber devenido ilíci-

to el objeto del negocio en virtud de disposición de la autoridad gubernamental, lo que puede ocurrir si el Estado toma a su cargo tal actividad, o porque habiendo prohibido la realización de negocios de determinada índole, el comerciante no inicia actividades en un nuevo giro.

En cuanto a la forma de adquirir la calidad de comerciante por presunción habría que considerar los avisos, rótulos, publicaciones que anuncien la apertura de un establecimiento comercial.

61. COMERCIANTE EXTRANJERO

El art. 63º de la Constitución de 1993 reconoce como una de las garantías de la libertad económica, el no hacer restricciones ni distingos entre peruanos y extranjeros, lo que también está dispuesto por el C. de C. en su art. 15º, con las salvedades establecidas en leyes especiales en razón de los intereses del Estado o de lo que en casos particulares pueda estipularse por los tratados y convenciones con los demás países.

Hay determinadas actividades mercantiles que el propio Código reserva a los peruanos, como es el caso de los capitanes de buque (art. 622º). En otros casos, leyes especiales han reservado para los peruanos determinadas actividades, como ocurre, entre otras, con las de cabotaje marítimo y aéreo (art. 401º del Reglamento de la Marina Mercante y Ley de Aeronáutica Civil, respectivamente).

Para que el comerciante individual pueda ejercer el comercio en el Perú debe tener, conforme a las leyes de su país, capacidad para contratar y para ejercer el comercio, de modo que si en éste estuviera sometido a un régimen de restricciones, a él quedaría sometido. Además, también se aplicaría las causales establecidas en el art. 13º del C. de C. o sea en los casos de estar sufriendo la pena de interdicción civil mientras no hayan cumplido la condena o hayan cumplido la condena o hayan sido amnistiados o indultados y los declarados en quiebra mientras no obtuvieran rehabilitación, supuestos en los cuales tampoco podrán tener cargo ni intervención directa, administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales.

Iniciado en la actividad comercial en ejercicio de la capacidad que le acompaña, serían aplicables al comerciante las proscripciones del C. de C. y de las leyes respectivas. Conforme a ellas, instalará sus establecimientos, sus sucursales, se reglamentarán sus operaciones mercantiles y quedará sometido a la jurisdicción de los tribunales del país, todo aquello sin perjuicio de lo que en determinados casos "pueda establecerse por los tratados y convenciones celebrados en las demás potencias", según lo expresa el art. 15º del C. de C.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados en el Perú consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales del país y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

62. EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL) es una de las formas en que puede desarrollarse actividades de la pequeña empresa y micro empresa, a tenor de lo dispuesto en el Decreto Ley Nº 21621, que regula esta forma empresarial, estando en consecuencia, en aptitud de desarrollar actividades comerciales, pues a tenor del artículo 8º de dicha ley, se reconoce a la EIRL carácter mercantil. Esta nueva forma empresarial es el vehículo a través del cual se desarrollan actividades de pequeña empresa, por lo menos esa fue la intención cuando el artículo 1º de dicha Ley señaló que la empresa individual de responsabilidad limitada se constituye para desarrollar en forma exclusiva actividades de pequeña empresa, reguladas en ese entonces por el Decreto Ley Nº 21435, luego por el del Decreto Legislativo Nº 705, y actualmente por la Ley Nº 28015. La Ley Nº 27144 ha introducido algunas modificaciones al Decreto Ley Nº 21621 en cuanto al objeto social e indica que la empresa circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitas cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entiende que están incluidos en el objeto social, todos los actos relacionados con éste y que coadyuven a la realización de sus fines empresariales, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en su estatuto. La empresa no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.

La característica principal de la EIRL consiste en permitir a una persona natural limitar su responsabilidad a los bienes que aporta a una empresa determinada para formar el patrimonio de ésta, o sea, que el titular de la empresa no responde personalmente con todos sus bienes por las resultas de las actividades empresariales que realiza. También puede ser constituida por una sociedad conyugal. La Ley Nº 26312, publicada el 24 de mayo de 1994, dispone que las personas naturales podrán ser titulares de una o más empresas individuales de responsabilidad limitada.

La Ley Nº 26364, publicado el 2 de octubre de 1994, que hace extensiva la reserva registral a las EIRL, señala que quien participe en la constitución de una empresa o realice una modificación estatutaria que importe un cambio de denominación tiene derecho a solicitar la reserva de preferencia registral de denominación por un plazo de 30 días hábiles, vencido el cual caduca de pleno derecho. No se podrá adoptar una denominación igual al de una empresa que goce del derecho de reserva.

La Ley Nº 27075, publicada el 26 de marzo de 1999, que regula la publicidad de la EIRL inscritas en el Registro Público, así como la disolución disponiéndose que, la empresa se disuelve mediante escritura pública en la que consta la causal de disolución y el nombramiento del liquidador, debiendo inscribirse tal acto en el Registro de Personas Jurídicas. La decisión del titular de disolver la empresa debe publicarse dentro de los diez días de adoptada, por tres veces consecutivas. La

empresa disuelta conserva su personalidad jurídica mientras se realiza la liquidación, debiendo durante este lapso añadir a su denominación las palabras *en liquidación* en sus documentos y correspondencias.

La empresa puede ser objeto de transferencia a otra persona natural, y en caso de sucesión *mortis causa*, si se trata de un solo sucesor, éste adquiere la titularidad de aquéllas; si son varios, todos la adquieren en proporción a su participación, pudiendo, posteriormente, adjudicarla a uno de los condóminos mediante división y participación, transferirla a una persona natural, o transformarla en una sociedad comercial de responsabilidad limitada. Si pasados cuatro años del fallecimiento del titular originario no se hubiere adoptado ninguna de las anteriores alternativas, se disuelve la empresa, asumiendo los sucesores responsabilidad personal ilimitada por los resultados de los negocios.

La formación de la empresa, así como los actos trascendentales que le conciernen están sujetos a normas de publicidad rigurosas, como son el otorgamiento de escritura pública, la inscripción en el Registro Mercantil y las publicaciones en el periódico del lugar del domicilio de la empresa encargado de la inserción de avisos judiciales. Asimismo, se obliga a que se adopte una denominación que permita individualizarla, agregando las palabras "Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", o las siglas "EIRL", de modo que la denominación mencione su característica de empresa individual de responsabilidad limitada; su domicilio, su objeto, señalando clara y específicamente los bienes aportados y su valorización; el capital de la empresa; el nombre del primer gerente o gerentes, y las demás condiciones lícitas que se establezcan.

El aporte de bienes importa una transferencia a favor de la empresa y su valorización, en caso de aportes no dinerarios, debe efectuarse como declaración jurada de acuerdo a las normas expedidas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

De otro lado, el derecho del titular sobre el capital de la empresa no puede ser incorporado en títulos valores.

Los órganos de la empresa son el titular y la gerencia. El titular es el órgano máximo de decisión y le corresponde; aprobar o desaprobar las cuentas y el balance general de cada ejercicio; disponer la aplicación de beneficios; resolver sobre la formación de reservas facultativas; designar y sustituir a los gerentes y liquidadores; ordenar investigaciones, auditorías y balances; modificar la escritura de constitución en cuanto a su denominación su objeto y domicilio; aumentar o disminuir el capital; transformar, fusionar o liquidar la empresa, y en general, decidir sobre los asuntos que requiera el interés de aquélla o que la ley determine.

Las decisiones deben constar en un libro de actas legalizado conforme a ley, debiendo detallarse en cada acta, además del lugar y fecha, la indicación clara de la decisión adoptada, suscrita por el titular. Asimismo, deben constar las decisiones de la gerencia.

El titular responde en forma personal e ilimitada, si la empresa aún no está debidamente representada; si hubiese efectuado retiros que no corresponda a beneficios legalmente obtenidos; si se pierde más del veinte por ciento del capital y no se repusiera pasado un ejercicio o no redujese, de acuerdo con lo previsto en la ley.

La disolución de la empresa se produce en caso de muerte o incapacidad del titular, salvo que los sucesores decidan continuarla. En caso de incapacidad, los tutores o curadores del titular ejercerán los derechos de éste salvo que pasaran más de cuatro años de esa situación, caso en el cual se deberá disolver la empresa o transformarla. Si se trata de un menor de edad titular de la empresa, se esperará hasta que adquiera la mayoría de edad.

La Gerencia es el órgano encargado de la administración y representación de la empresa. Puede ser desempeñada por una o más personas naturales. El cargo es personal e indelegable, en toda la amplitud de sus atribuciones. Puede ser Gerente el propio titular, lo que deberá ser expresado en todos los actos en que intervenga.

La inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento y remoción de Gerente es obligatoria.

El plazo de duración en el cargo puede ser determinado, o sin plazo. En el primer supuesto, el Gerente tendrá derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos si es removido sin causa justificada antes del vencimiento.

Las obligaciones del Gerente conciernen a la administración, gestión y representación de la empresa debiendo, en especial, cuidar que la contabilidad sea bien llevada y refleje con veracidad y claridad la situación de la empresa.

Las modificaciones de la escritura de constitución deben ser materia de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, previendo la ley en forma detallada los casos de aumento o reducción de capital social, en términos similares a los que se establecen para las sociedades anónimas (*infra* Nºs. 169 y 172).

El balance debe ser presentado en el plazo de sesenta días, contados a partir del cierre del ejercicio económico, debiendo proponerse la distribución de los beneficios, si los hubiese. En cuanto a éstos, el Decreto Ley Nº 21621 determina (arts. 63º, 64º y 65º), la forma cómo han de participar en ellos los trabajadores, la constitución de un fondo de reserva legal y la determinación de los beneficios obtenidos.

Respecto a los trabajadores, el monto correspondiente a su participación en los beneficios se distribuirá dentro de los treinta días de aprobado el balance, debiendo la empresa mantener una cuenta en el pasivo en la que se consignará el monto a que asciende la compensación por tiempo de servicios de aquellos. El artículo 11º del Decreto Legislativo Nº 892 respeta los regímenes especiales de participación en las utilidades que se rigen por sus propias normas.

Las sucursales de las empresas pueden establecerse por el titular, en el territorio de la República, con la obligación de hacer la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil del lugar donde va a funcionar la sucursal.

Otras normas del Decreto Ley Nº 21621 (de 71º al 76º) se refieren a la transformación de sociedades en empresas individuales de responsabilidad limitada y a la fusión de una de estas empresas con otras del mismo género. En los casos de transformación de una sociedad en empresa individual de responsabilidad limitada, no se altera la personalidad jurídica debiendo los socios o accionistas de la sociedad que se transforma, transferir sus acciones y participaciones a uno solo de ellos.

La transformación debe hacerse constar necesariamente en el Registro Mercantil y la inscripción contendrá los datos más importantes relacionados con dicho acto, así como el balance correspondiente. Además, se obliga a la publicación por tres veces consecutivas. La escritura de transformación debe otorgarse en el plazo de treinta días, contados desde la publicación del aviso si no hubiera oposición, y, en caso de haberla, cuando quede consentida o ejecutoriada la resolución que la declara infundada.

La fusión con otra empresa puede ocurrir por título legal o contractual si una persona natural resulta titular de ambas, salvo que transfiera alguna de ellas a otra persona natural. De no transferirse, se constituye una nueva empresa que asume el patrimonio de ambas, las que se disuelven sin liquidarse. La fusión también puede efectuarse mediante la incorporación de una empresa en otra, disolviéndose la primera sin liquidarse y asumiendo la segunda la totalidad del patrimonio.

Si la fusión es con una sociedad, la empresa se incorpora en la sociedad, disolviéndose sin liquidarse y asumiendo la sociedad la totalidad del patrimonio de la empresa, la que continuará como sociedad regida por las leyes respectivas.

La fusión debe también inscribirse en el Registro Mercantil, y en caso de disolución de una de las empresas, este acto se hará constar igualmente. En la escritura se insertará el balance general cerrado el día anterior a la decisión de la fusión y el balance final cerrado el día anterior al de otorgamiento de la escritura. Los mismos datos deben constar cuando una empresa se incorpora a otra.

La Ley Nº 26380, publicada el 4 de noviembre de 1994, regula la fusión en las EIRL, señalando que: la fusión de una empresa con otra empresa, pertenecientes a un mismo titular, puede ser realizada por incorporación o por constitución. Se produce una fusión por incorporación cuando una empresa incorpora a otra, disolviéndose ésta sin liquidarse y asumiendo la empresa incorporante la totalidad del patrimonio de la otra. La fusión por constitución se produce cuando se constituye una nueva empresa, la cual asume en su totalidad el patrimonio de las empresas fusionadas, las que se disuelven sin liquidarse.

En los casos de fusión de una empresa con una sociedad, la empresa se incorpora en la sociedad asumiendo ésta la totalidad del patrimonio de la empresa, la cual se disuelve sin liquidarse. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente párrafo, serán de aplicación supletoria las normas pertinentes de la Ley General de Sociedades.

La disolución y liquidación de la empresa están también minuciosamente reguladas por la ley, y son, *mutatis mutandi*, las consideradas en la ley de sociedades (*infra* Cap. XXXIII).

CAPÍTULO X
AUXILIARES DEL COMERCIO Y AUXILIARES DEL COMERCIANTE

63. Concepto de auxiliares.- **64.** Instituciones auxiliares del comercio.- **65.** Bolsas de Comercio.- **66.** Las Bolsas de Valores en el Perú.- **67.** La Bolsa de Productos.- **68.** La Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV).- **69.** Las Sociedades Agentes de Bolsa.- **70.** Almacenes generales de depósito.- **71.** Cámaras de Comercio.- **72.** Cámaras de compensación.- **73.** Rematadores o martilleros.- **74.**- Auxiliares del comerciante.- **75.** Los factores o gerentes.- **76.** Los dependientes.

63. CONCEPTO DE AUXILIARES

Al tratar de los auxiliares del comerciante conviene hacer un primer distingo a fin de establecer si se trata propiamente de auxiliares del comerciante o auxiliares del comercio, es decir, de aquellas instituciones que propenden al desenvolvimiento del tráfico mercantil.

Hay en efecto, un conjunto muy amplio de personas, entidades e instituciones que promueven desde distintos aspectos y en variadas formas de actividad comercial pero a las que no puede reputarse vinculadas contractualmente con el comerciante en forma continúa o permanente, pues no dependen de él y en algunos casos son tan comerciantes como él.

En otros casos se trata de personas que están vinculadas al comerciante por una relación de dependencia, bajo su vigilancia directa en el propio establecimiento comercial o fuera de éste, y que ejercen el comercio no para sí sino para el comerciante.

En el primer grupo están las bolsas de comercio, bolsas de valores, bolsa de productos, las ferias, los mercados, las tiendas, los almacenes generales de depósito, los banqueros, los aseguradores, los transportistas, los comisionistas, etc. Todas estas personas jurídicas o instituciones promueven la actividad comercial y ayudan al comerciante, pero no dependen de él.

En el segundo grupo están comprendidos los dependientes que están vinculados al comerciante mediante una forma de relación derivada de un contrato que crea una relación constante, permanente y continua y que en algunos casos están dotados de facultades y representación frente a terceros.

64. INSTITUCIONES AUXILIARES DEL COMERCIO

El estudio de las instituciones que auxilian al comercio presenta a su vez un doble punto de vista: el referente a la institución misma, que comprendería su naturaleza, los fines específicos que persigue; su organización, sus efectos; y el relacionado con las diversas operaciones que bajo su amparo se realizan. El primer aspecto será considerado en esta oportunidad. El segundo lo será después, cuando nos ocupemos de las operaciones y contratos mercantiles.

En cuanto a las instituciones en sí, debe mencionarse que gran parte de su estudio corresponde al derecho administrativo, pues se trata de entidades en las que hace sentir su intervención el Estado porque existe no sólo un interés privado, sino también el interés general del comercio, que debe ser vigilado por el poder público. No es ésta, pues, materia propia del derecho comercial; concierne más bien al estudio de los contratos que se realizan a través de tales instituciones, sean bolsas, ferias, mercados, depósitos en almacenes generales, operaciones en bancos, etc.

Respecto a otras instituciones auxiliares del tráfico mercantil que no están reguladas en el Código, como son las Cámaras de Comercio, los Depósitos Aduaneros, las Cámaras de Compensaciones, y que se encuentra en la zona del derecho administrativo, nos limitaremos a formular las indispensables referencias.

Sin embargo, como nuestro C. de C. contempla en muchos casos ambos aspectos de algunas de las instituciones mencionadas, o sea, el organizativo y el concerniente a las operaciones que en ellas se realizan, por razones de sistematización de algunas instituciones auxiliares, como las bolsas, ferias y mercados y almacenes generales de depósito, trataremos de ellos en esta oportunidad. Los bancos son la materia propia del derecho bancario. Las compañías de ferrocarriles, establecidas bajo el régimen de concesiones y de propiedad del Estado, son materia que corresponden al derecho administrativo y los de obras públicas están sujetos a un régimen de concesiones.

Si se trata de empresas públicas, éstas se organizan como sociedades mercantiles y quedan sujetas a sus leyes específicas y en lo no previsto en ellas rige supletoriamente la ley de sociedades.

65. BOLSAS DE COMERCIO

El origen de las bolsas de comercio data de épocas remotas. Los comerciantes interesados en obtener noticias directamente relacionadas con sus negocios así como en tratar de los asuntos de su profesión, solían reunirse en lugares apropiados existentes en las ciudades de más intensa actividad comerciales. Así ocurría en el norte de Italia desde el siglo XII, donde comienza a aparecer el tráfico bursátil, que fue cada vez de mayor desarrollo en los diversos países de Europa hasta llegar al siglo XVI, en que adquieren moderna organización, destinándoseles locales apropiados. Así ocurrió en Bélgica, en Londres y en Barcelona alrededor del año 1570.

La palabra "bolsa", tiene cuatro acepciones: el edificio o lugar en que funciona, el conjunto de operaciones en un día determinado, el estado de las operaciones bursátiles y la institución misma. Esto último es lo que examinaremos a continuación.

66. LAS BOLSAS DE VALORES EN EL PERÚ

Hasta la promulgación de la Ley Nº 17020, de mayo de 1968, la actividad de las Bolsas estuvo regida únicamente por el Código de Comercio, Secciones Quinta y Sexta del Libro Primero; de mayo de 1968 a junio de 1970, por la Ley Nº 17020, según la cual quedaron derogadas "todas las disposiciones del Código de Comercio y las demás leyes y reglamentos en cuanto se opongan a la presente ley"; de junio de 1970 a junio de 1981, por el Decreto Ley Nº 18302 (junio de 1970), que derogó en forma expresa las Secciones Quinta y Sexta del Código de Comercio; de junio de 1981 a noviembre de 1991, por la Ley Normativa de la Actividad Bursátil, Decreto Legislativo Nº 211 de 12 de junio de 1981; de noviembre de 1991 a octubre de 1996, por el Decreto Legislativo Nº 755, de 13 de noviembre de 1991; y, desde octubre de 1996, por el Decreto Legislativo Nº 861, Ley del Mercado de Valores (cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo Nº 093-2002-EF de 15 de junio de 2002), que derogó el Decreto Legislativo Nº 755.

Según la Ley del Mercado de Valores, las bolsas de valores son asociaciones civiles de servicio al público y de especiales características, conformadas por sociedades agentes, que tienen por finalidad facilitar la negociación de valores inscritos, proveyendo los servicios, sistemas y mecanismos adecuados para la intermediación de valores de oferta pública en forma justa, competitiva, ordenada, continua y transparente (art. 130º).

Según el art. 132º de la LMV, las funciones de las bolsas de valores son las siguientes:

a) Inscribir y registrar valores para su negociación en bolsa, así como excluirlos. Los acuerdos adoptados por la bolsa al respecto, tendrán vigencia luego de la inscripción o exclusión del valor del Registro;

b) Fomentar la transacción de valores;

c) Proponer a CONASEV la introducción de nuevas facilidades y productos en la negociación bursátil;

d) Publicar y certificar la cotización de los valores que en ellas se negocien;

e) Brindar servicios vinculados a la negociación de valores;

f) Proporcionar a sus asociados los locales, sistemas y mecanismos que les permitan la aproximación transparente de las propuestas de compra y venta de valores inscritos y la imparcial ejecución de las órdenes respectivas;

g) Ofrecer información veraz, exacta y oportuna acerca de los valores, así como información relativa a las sociedades agentes y las operaciones bursátiles;

h) Resolver en primera instancia, sin perjuicio de la facultad de CONASEV de resolver en última instancia administrativa, las controversias que se susciten entre sus asociados, y entre éstos y sus comitentes, cuando el asunto no sea sometido a arbitraje o al Poder Judicial.

i) Promover que las controversias entre sus asociados o entre éstos y sus comitentes se resuelvan mediante conciliación y, en caso de no ponerse de acuerdo, mediante arbitraje.

j) Supervisar a sus asociados para que actúen con observancia de las normas legales y reglamentarias correspondientes, así como sancionarlos por el incumplimiento de dichas normas, de acuerdo al respectivo reglamento, sin perjuicio de la facultad de CONASEV de resolver en última instancia administrativa; y,

k) Las demás que, en uso de sus atribuciones; apruebe CONASEV.

En otra parte de esta obra, analizaremos con mayor amplitud este punto (T. II, Cap. LVI).

67. LA BOLSA DE PRODUCTOS

Por Ley Nº 26361 se promulgó la Ley sobre Bolsas de Productos, con la finalidad regular el mecanismo que contribuya a la organización y desarrollo de mercados de productos, y que ofrezca condiciones de transparencia liquidez y seguridad en su negociación, permitiendo a los agentes económicos tener cobertura contra riesgos de variación de precios. Las Bolsas de Productos son asociaciones civiles que tienen por finalidad proveer a sus miembros de la infraestructura y servicios adecuados para la realización de transacciones de productos, títulos representativos de los mismos o contratos relativos a ellos, pudiendo realizar actividades complementarias a sus fines, siempre que cuenten con la debida autorización de la CONASEV.

En la bolsa de productos se negocian: los bienes muebles de origen o destino agropecuario, pesquero, minero e industrial, y servicios complementarios; los títulos representativos de dichos bienes o servicios siempre que sean libremente transferibles; los contratos sobre tales bienes o servicios siempre bajo cualquier modalidad.

Las operaciones que realicen los corredores con productos registrados en Bolsa deberán negociarse dentro de ésta o excepcionalmente fuera de ella. En este último supuesto dicha operación deberá registrarse en Bolsa en la forma y oportunidad que establezcan los reglamentos.

Se presume, sin admitir prueba en contrario que los bienes, materia de negociación en Bolsa tienen el consentimiento de ambos cónyuges, en concordancia con el artículo 315º del Código Civil.

Son obligaciones de las Bolsas establecer los requisitos que deben cumplir los productos que se negocien en Bolsa, fijando normas de calidad y las cláusulas básicas que deben incluir los contratos sobre los productos que se negocien; registrar los productos objeto de negociación; certificar y difundir precios en base a cotizaciones de productos que se negocien en Bolsa; establecer principios y normas equitativas de negociación y proponer los reglamentos correspondientes; establecer sistemas de información que permitan la difusión de las operaciones y, en general, de la información relevante para el mercado; registrar las transacciones que se realicen en la Bolsa y los negocios celebrados fuera de ella efectuados por los corredores de productos en los casos que los reglamentos lo permitan.

Por otro lado, la ley establece que pueden desempeñar funciones de intermediación pero sin participar directamente en las ruedas de bolsa: **a)** Las personas jurídicas que negocien con valores mobiliarios no registrados en bolsa; y, **b)** las personas jurídicas cuyo objeto sea exclusivamente la adquisición, tenencia, administración y enajenación de valores mobiliarios cuya oferta pública ha sido autorizada o que estén ya incorporados a la negociación bursátil, pero para adquirirlos o enajenarlos deberán recurrir necesariamente a una sociedad agente de bolsa o a los agentes bolsa cuya regulación se mantiene, el que indicará que actúa por orden del intermediario en la respectiva póliza. (Véase un tratamiento más extenso del tema en el Cap. XXXVII del T. II de esta obra).

68. LA COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES (CONASEV)

Según el Decreto Ley Nº 26126, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores-CONASEV, es una institución pública del Sector Economía y Finanzas cuya finalidad es promover el mercado de valores, velar por el adecuado manejo de las empresas y normar la contabilidad de las mismas.

Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, administrativa y económica. Su sede es la ciudad de Lima, pero está facultada para "establecer dependencias en cualquier parte del territorio de la República" (Véase un tratamiento más extenso del tema el Cap. LXVII, T. II de esta obra).

69. LAS SOCIEDADES AGENTES DE BOLSA

Las sociedades agentes de bolsa son sociedades anónimas que, debidamente autorizadas por la CONASEV (Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores), se dedican fundamentalmente a realizar la intermediación de valores en uno o más mecanismos centralizados que operen en las bolsas en las que sean asociadas. Sus actividades están sujetas a las disposiciones de la Ley del Mercado de Valores (cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo Nº 093-2002-EF de 15 de junio de 2002), y del Decreto Ley Nº 26126, Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de la CONASEV y, por lo mismo, a todos las disposiciones que ésta dicte.

Las sociedades agentes están facultadas para comprar y vender valores por cuenta de terceros y también por cuenta propia en los mecanismos centralizados o fuera de ellos; prestar asesoría en materia de valores y operaciones de bolsa, así como brindar a sus clientes un sistema de información y de procesamiento de datos; colocar en el mercado nacional o internacional, valores con o sin garantía total o parcial de su colocación, dentro de los plazos y con sujeción a las condiciones pactadas; colocar en el país valores emitidos en el extranjero; suscribir transitoriamente parte o la totalidad de emisiones primarias de valores así como adquirir transitoriamente valores para su posterior colocación en el público; promover el lanzamiento de valores públicos y privados y facilitar su colocación, pudiendó estabilizar temporalmente sus precios o favorecer las condiciones de liquidez de tales valores, siempre que medie acuerdo previo con el emisor u ofertante y sujeto a las disposiciones que dicte la CONASEV; actuar como representante de los obligacionistas; y las demás facultades señaladas en el artículo 194º de la Ley del Mercado de Valores.

Son obligaciones de las sociedades agentes de bolsa:

a) Presentar las operaciones con exactitud, precisión y claridad;

b) Verificar la identidad y la capacidad legal de sus comitentes; la autenticidad e integridad de los valores que negocien, así como de los endosos, cuando fuere el caso; y la inscripción del último titular en el libro de registro del emisor;

c) Asumir el pago de los valores que se les ordene vender y la entrega de los valores que se les ordene comprar;

d) Llevar, en adición a los libros de contabilidad exigidos por la ley, todos aquellos registros que mediante disposiciones de carácter general establezca CONASEV;

e) Permitir la inspección de sus libros, registros y operaciones por CONASEV;

f) Suministrar a CONASEV, con la periodicidad que ella determine, la información concerniente a sus actividades y operaciones, así como sus estados financieros, debidamente auditados por sociedades auditoras;

g) Comunicar a CONASEV con una anticipación no menor a veinte (20) días, las decisiones que adopten respecto de la apertura de nuevas oficinas o el cierre de las que se encuentren en funcionamiento, cumpliendo a tal fin los requisitos que se establezcan mediante disposiciones de carácter general;

h) Obtener de CONASEV la autorización para la celebración de contratos de representación que permitan a terceros actuar por cuenta de la sociedad dentro o fuera de su sede social. CONASEV deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de presentada la solicitud respectiva;

i) Expedir certificaciones de los asientos que obren en sus libros en relación con las operaciones en que hubieren intermediado, sólo a solicitud de una de las partes intervinientes o por mandato judicial; y,

j) Llevar un sistema automatizado para la recepción, registro de órdenes y asignación de operaciones.

Las sociedades de agente de bolsa están facultadas para certificar la autenticidad de las transferencias de valores mobiliarios en que haya intervenido y, de ser el caso, para suscribir, por sus respectivos comitentes los asientos de transferencia en los libros del caso de las empresas emisoras.

Asimismo, las pólizas que otorguen las sociedades agentes de bolsa constituyen prueba fehaciente de la legitimidad de la tenencia de los títulos y tienen carácter de comprobantes sustentatorios de los asientos de contabilidad concernientes a pagos por la transferencia de valores mobiliarios (Véase Cap. LVII, T. II de esta obra).

70. ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO

El Código de Comercio consideró a estas entidades como compañías mercantiles dedicadas a operaciones de depósito, conservación y custodia de los frutos y mercaderías que se les encomiendan y a la emisión de resguardos nominativos o al portador (art. 197º).

Los certificados de depósito, así como los llamados "warrants" o vales de prenda, están considerados como títulos valores y son negociables. Los certificados confieren a su titular el derecho de propiedad de los efectos depositados en los almacenes generales, exonerándolo de las responsabilidades que se dirigen contra el depositante, los endosantes o poseedores anteriores, salvo si procedieran del transporte, almacenaje y conservación de las mercaderías o si, conforme a lo dispuesto en el art. 903º del C. C., se trata de adquiriente de buena fe de los

objetos mismos, quien tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos. La Ley Nº 2763 de 27 de junio de 1918 y el Decreto Supremo Nº 85 de 20 de diciembre de 1963 completaron las disposiciones del C. de C. Actualmente, al haberse derogado dichas normas por la Ley Nº 27287, la actividad de los almacenes generales de depósito está regulada por el Reglamento de los Almacenes Generales de Deposito, Resolución SBS Nº 040-2002, de 19 de enero de 2002.

En cuanto a los almacenes como elementos auxiliares del comercio, se originaron con el fin de custodiar y depositar las mercaderías que les confiaban los comerciantes para prevenir la escasez de aquéllas en determinados períodos, o para esperar un alza de los precios, o para disponer de ellas conforme eran requeridas.

A partir del siglo XVII, tomó cuerpo una actividad mercantil que presenta un doble aspecto: de un lado como hospedería de comerciantes, a quienes se facilita al mismo tiempo el alojamiento; y de otro lado, como almacenaje y conservación de frutos y mercaderías. Más adelante irían configurando sus perfiles hasta que, dada la importancia que fueron adquiriendo, motivaron su reglamentación por parte del Estado, que fue dictando normas para garantizar su funcionamiento, previéndose la posibilidad de que el poder público participara, en la formación de su capital, como ocurre en la legislación peruana, que les permite suscribir hasta la cuarta parte del capital de las compañías que se organicen con tales fines.

La Resolución SBS Nº 040-2002 que aprueba el reglamento de los almacenes generales de depósito, así como la Ley de Títulos Valores Nº 27287 regulan lo relativo a los requisitos formales a que debe sujetarse la emisión de los títulos expedidos por los Almacenes Generales de Depósito, las garantías que deben adoptarse en cuanto a su expedición, los derechos de los poseedores de los títulos emitidos, las responsabilidades en que incurren los Almacenes, la forma de transmisión de los títulos, el modo de liquidar la prenda para satisfacer el derecho del tenedor del "warrant", los derechos de los Almacenes Generales, etc.

Desde el punto de vista práctico, se hace económico el depósito, pues ya no será necesario que el comerciante afronte los gastos de local y de personal dedicados a tal finalidad. De otro lado, la custodia misma puede resultar más eficaz, pues estará a cargo de personal especializado en estos menesteres.

Por lo demás, la emisión del título representativo de las mercaderías depositadas en los Almacenes Generales, así como el vale de prenda o "warrant" permiten la movilización de las mercaderías depositadas y del derecho de prenda, sin que sea necesario el desplazamiento material de la mercadería, lo que aumenta su poder circulatorio.

71. CÁMARAS DE COMERCIO

Son entidades formadas por los comerciantes, como expresión del espíritu asociativo, pero que no se proponen ejercer actividades comerciales, sino que

pretenden que el comercio se desenvuelva en las condiciones más favorables a su desarrollo. Asimismo, defienden el interés general del comercio. Por esto es que se reputan propiamente como auxiliares del comercio en general.

Una de las principales funciones de las Cámaras de Comercio es certificar sobre la vigencia de los usos mercantiles. Tanto al tratar de los actos de comercio (*supra* Nº 45) como de las fuentes del derecho comercial (*supra* Nº 27), hemos indicado que tales actos se rigen en primer término por la ley mercantil y, en defecto de ésta, por los usos y costumbres mercantiles admitidos en cada plaza (art. 2º del C. de C.).

En consecuencia, si para resolver algún litigio no existiera norma legal y se invocara la costumbre como norma aplicable, habría que establecer la prueba respectiva. Como la costumbre no es otra cosa que los hechos repetidos de la misma manera, en forma pública, con cierta persistencia en el tiempo, realizados como cosa debida u obligatoria, y practicados de modo general y constante por los comerciantes, si la prueba de su existencia con estas notas configurativas se confiara al dicho de testigo, no podría tener el juez certeza respecto de ellos, máxime si los testigos de ambas partes del litigio no coinciden en sus declaraciones. Por eso la certificación de la Cámara de Comercio adquiere una importancia decisiva de orden público, pues su certificación otorga jerarquía normativa a lo que ella exprese.

Además, las cámaras de Comercio son cuerpos consultivos en lo referente a las reformas de la legislación mercantil.

El origen remoto de las Cámaras de Comercio está en las antiguas agrupaciones de comerciantes que formaron las corporaciones o gremios que gobernaban sus actividades y contaban con su jurisdicción especial encargada a sus jueces, que en primera instancia eran los cónsules y en segunda los Tribunales de Alzada. Durante esta etapa, para pertenecer a las Corporaciones era necesario matricularse en ellas, es decir, inscribirse como comerciante. Más adelante, cuando se suprime la obligatoriedad de la inscripción y van desapareciendo las jurisdicciones especiales, los comerciantes se agrupan para defender sus intereses y la libertad de comercio. Así van adquiriendo las Cámaras de Comercio la importancia que hoy ostenta como poderosos auxiliares del comercio.

En el Perú, la Cámara de Comercio de Lima data de 1888. En sus comienzos agrupaba no sólo a los comerciantes, sino también a los agricultores, ganaderos y mineros. Más adelante, los hombres de negocios dedicados a las actividades últimamente citadas crearon sus propios organismos representativos.

Al lado de las Cámaras de Comercio y con fines similares a los de éstas, salvo la certificación de los usos comerciales, existe en nuestro medio una organización que ha cobrado importancia en los últimos años, la Confederación Nacional de Comerciantes.

72. CÁMARAS DE COMPENSACIÓN

Son instituciones en las que se reúnen diariamente los banqueros para compensar el importe de los cheques que tienen recíprocamente unos contra otros y pagar sólo la diferencia, evitando en esta forma innecesarios desplazamientos de dinero. En nuestro medio se cumple esta función en el Banco Central de Reserva, a partir de 20 de noviembre de 2000. El servicio de canje y compensación de cheques dejó de ser brindado por el Banco Central y ha sido asumido por la Cámara de Compensación Electrónica S.A. (CCE S.A.), ello en virtud de la Circular Nº 37-2000-EF/90, de fecha 2 de noviembre del año 2000, emitida por el Banco Central de Reserva del Perú.

El Banco Central de Reserva ha emitido una serie de circulares que regulan los servicios de canje y compensación, tales como: Circular Nº 022-2000-EF/90, de fecha 14 de julio de 2000, mediante la cual se aprueba el Reglamento General de los servicios de Canje y Compensación de los instrumentos compensables; Circular Nº 023-2000-EF/90, de fecha 14 de julio de 2000, mediante la cual se aprueba el Reglamento de las Cámaras de Canje y Compensación de Cheques, y comprende el proceso de canje y compensación, regula la liquidación de la compensación global, que es administrado por una Empresa de Servicio de Canje y Compensación (ESEC); Circular Nº 026-2000-EF/90, de fecha 11 de agosto de 2000, que dispone, a partir de 28 de agosto de 2000, la suspensión del funcionamiento de las cámaras de compensación de cheques en moneda nacional y en moneda extranjera, que operan en las sucursales del Banco Central, y señalando que el proceso de canje y compensación en cada plaza será efectuado en una empresa bancaria (banco centralizador) designada por los Bancos que tienen oficinas en dicha plaza, para tal efecto se compensarán bilateralmente los cheques presentados por los bancos de esa plaza; Circular Nº 005-2001-EF/90, de fecha 14 de febrero de 2001, mediante la cual se aprueba el Reglamento de las Cámaras de Compensación de Transferencia de Crédito; la Circular Nº 016-2001-EF/90, de fecha 19 de junio de 2001, regula la incorporación de las plazas de provincias al canje y compensación electrónica de cheques administrado por la Cámara de Compensación electrónica S.A.; y la Circular Nº 024-2001-EF/90, de fecha 12 de octubre de 2001, que aprueba el Reglamento de las Cámaras de Compensación de Débitos Directos. Adicionalmente, la Circular 002-2002-EF/90 de fecha 1º de febrero de 2002, regula el horario del canje y compensación electrónica de cheques.

Estas instituciones, a las que también se les denomina *"Clearing Houses"*, realizan funciones de gran importancia en el comercio internacional, en aquellos países que adoptan criterios restrictivos para el intercambio de sus productos, derivados de tratados en que se fijan cuotas de importación o de exportación. Realizando el intercambio y aplicando las cuotas mínimas respectivas se efectúa la compensación de los créditos entre los países interesados.

73. REMATADORES O MARTILLEROS

Los rematadores o martilleros son intermediarios que facilitan la enajenación de bienes poniendo en relación directa a compradores y vendedores y ofertando públicamente las mercaderías hasta conseguir el mayor precio logrado a base de ofertas públicas. Cuando se trata de remate público de bienes muebles o inmuebles, se requiere para su validez la intervención de Martillero Público. En el caso de la subasta de bienes del Estado rige el Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal; en tanto que el remate judicial se rige por las normas del Código Procesal Civil.

El ejercicio de la Función de Martillero Público está delimitado a la competencia territorial del departamento o departamentos en los que se autoriza a ejercer su función. La SUNARP es la entidad encargada de llevar el Registro de Martilleros Públicos. En dicho Registro se inscriben a las personas naturales que reúnen los requisitos necesarios para efectuar subastas o remates conforme a la ley de la materia.

Los *requisitos* para ser martillero estuvieron señalados en el art. 116º del C. de C. con las modificaciones del Decreto Ley Nº 18948 que permite a las mujeres cumplir esa función, y en el Reglamento de Martilleros aprobado mediante Resolución Suprema de 28 de mayo de 1914, actualmente, la Ley Nº 27728 (Ley del Martillero Público) regula los requisitos en su artículo sexto, entre otros, se exige, ser peruano de nacimiento, ser mayor de 25 años, tener título profesional universitario, tener capacidad para comerciar, probado mediante examen psicológico oficial, acreditar buena conducta y ofrecer una garantía, etc.

El martillero debe estar inscrito en el Registro Público de Martilleros par ejercer el cargo. En dicho Registro se inscriben a las personas naturales que reúnen los requisitos necesarios para efectuar subastas o remates conforme a la ley de la materia.

La inscripción de los martilleros públicos y la habilitación semestral de estos funcionarios es de competencia de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), en el caso que soliciten ejercer sus funciones a escala nacional, con excepción de Lima y Callao. La Oficina Registral de Lima y Callao (ORLC), en el caso que se ejerza el cargo a nivel nacional.

Para el ejercicio del cargo se deben presentar las correspondientes garantías, las mismas que pueden ser en efectivo, hipoteca o garantía comercial (Resoluciones Supremas Nºs. 008-90-ICTI/CO y 010-92-ICTI/DM, y Resoluciones Jefaturales Nºs. 157-96-ORLC/JE y 195-96-ORLC/JE).

El martillero público está sujeto a la suspensión cuando no cumple con presentar al comienzo del primer semestre de cada año el informe detallado de sus actas de remates y no actualice su garantía, dentro de los primeros quince días útiles posteriores a la vigencia de la Unidad Impositiva Tributaria, y si vencido

el plazo de suspensión no actualiza dicha garantía, se cancelará el título de martillero público.

Las *obligaciones* a que están sujetos los martilleros en el desempeño del cargo son las de anunciar con anticipación las condiciones del remate y las especies que están en venta, con designación del día, lugar y hora en que deberá realizarse; explicar con exactitud las calidades y medidas de las especies en venta; entregar al comitente, una vez efectuado el remate, dentro de tercer día, una cuenta firmada de los artículos vendidos, su precio y demás circunstancias y, dentro de ocho días contados desde el remate, efectuar el pago líquido que resulte contra él.

La Ley obliga a que en cada casa de remate o martillo se lleve tres libros: *Diario de entrada*, en que se anotarán, sin interpolaciones, enmiendas o raspaduras, los efectos y artículos que reciban, con todos los detalles que permitan identificarlos: por cuenta de quién han de ser vendidos, si lo serán con garantía y demás condiciones de la venta; *Diario de Salidas*, en que se registrarán, por orden cronológico, las ventas, por cuenta de quién y a quién se hacen, precio, condiciones de pago y demás especificaciones que consideren necesarias; *Libro de Cuentas* entre el martillero y cada uno de los comitentes.

Las *prohibiciones* que se imponen a los martilleros son las de no admitir postura por signo ni anunciar puja sin que el postor la haya expresado de palabra; no suspender las ventas ni diferir el remate, salvo que, habiendo fijado un mínimo para las posturas, no hubiere licitadores por ese mínimo. En otro caso, las especies se adjudicarán al mejor postor cualquiera que hubiese sido el precio ofrecido. Otra prohibición es no vender al fiado o a plazos, salvo autorización escrita del comitente.

El ejercicio de la función de Martillero Público está supervisado por la SUNARP a quien se le ha delegado la facultad de sancionar al Martillero por el incumplimiento de sus obligaciones.

El procedimiento de remate se inicia con la aprobación de la tasación del bien, luego, se designa al Martillero Público que llevará a cabo el remate o subasta pública. El Martillero Público deberá observar lo siguiente:

1. Cuando se trate de remates en la provincia de Lima, el Martillero Público mandará publicar en el Diario Oficial *El Peruano* y otro de mayor circulación, con anticipación no menor de dos días tratándose de bienes muebles y tres días si son inmuebles, las condiciones del remate y las especies que estén en venta, así como el monto de la base, la tasación y los gravámenes si los tuviere. Asimismo se deberá señalar el día y hora en que aquél debe efectuarse y la forma en que se llevará a cabo el remate según lo dispuesto por la entidad convocante. Las publicaciones deberán hacerse en dos oportunidades con intervalo máximo de cinco días. La publicidad del acto de remate no podrá omitirse aunque medie renuncia de las partes.

2. Cuando se trate de remates fuera de la ciudad de Lima, las publicaciones se harán en las mismas condiciones, en el diario que publica los avisos judiciales del Distrito Judicial y por carencia de éste, mediante carteles colocados en el local del Juzgado y de las Municipalidades Provincial y Distrital donde se halla el bien, si se trata de inmuebles.
3. Ningún martillero puede admitir postura por signo, ni anunciar puja alguna sin que el mayor postor lo haya expresado de palabra.
4. Las ventas en martillo no podrán suspenderse y las especies se adjudicarán definitivamente al mejor postor, cualquiera que fuere el precio ofrecido. Sin embargo podrá el martillero suspender y diferir el remate, si habiendo fijado un mínimo para las posturas no hubieren licitadores por ese mínimo.
5. A la hora señalada o con una tolerancia no mayor de quince minutos, se inicia el remate o subasta leyendo el aviso de convocatoria. Los postores deberán depositar la garantía y formular sus propuestas a viva voz. Se otorgará la Buena Pro al postor que ofrezca el mayor precio dentro del tiempo provisto para la puja.

Cuando la modalidad del remate es por "Sobre Cerrado", se indicará el tiempo para su entrega y recepción. Vencido el plazo se cuentan las propuestas cuidando su conformidad con el número de sobres recibidos y luego se procede a abrir los sobres, uno por uno, leyendo en voz alta la suma propuesta. El Martillero Público otorga la Buena Pro al postor que haya ofrecido la suma mayor.

Efectuado el remate, el martillero entregará al comitente dentro del tercer día, una póliza de adjudicación, la relación de los artículos vendidos, su precio y demás circunstancias y dentro de los ocho días siguientes al remate, efectuará el pago del saldo líquido que resultara contra él. Los Martilleros, en ningún caso podrán vender al crédito, bajo fianza o a plazos, sin autorización escrita del comitente.

Los depósitos de garantía de los postores que no obtuvieron la Buena Pro, serán devueltos inmediatamente después de finalizado el remate.

Si no se presentaran postores, el Martillero Público declara desierto el acto de remate y lo pone en conocimiento de la autoridad correspondiente, procediendo a realizar nueva convocatoria con deducción del precio en el porcentaje que se determine en el Reglamento respectivo, operación que a juicio del comitente puede repetirse hasta dos veces más. La tercera vez, el remate se efectuará sin base y al mejor postor.

El acreedor puede presentar posturas en el remate sin necesidad de constituir garantía

74. AUXILIARES DEL COMERCIANTE

La figura del auxiliar del comerciante puede ser examinada desde un doble punto de vista: en función del contrato que lo vincula al comerciante o sea el as-

pecto interno, y el aspecto externo, o sea la fisonomía jurídica del auxiliar como persona que ejerce la representación del comerciante frente a terceros. Aunque no puede dejar de tocarse ambos aspectos al tratar de los auxiliares, el aspecto interno es más propio del estudio de los contratos, en tanto que el segundo se relaciona más estrechamente con la función de colaboración con el empresario.

Es de hacer notar que hay un conjunto muy amplio de personas que colaboran con el comerciante o lo auxilian, pero de diversa manera y bajo una relación contractual diferente. Hay quienes, si bien auxilian al comerciante, lo hacen en forma autónoma, sin relación de dependencia o subordinación y que en muchos casos son tan comerciantes como aquél a quien ayudan. Este es el caso de los banqueros, aseguradores, transportistas, comisionistas, etc. Otros auxiliares en cambio colaboran bajo una relación de subordinación o dependencia, bien en el propio establecimiento comercial o fuera de éste. Entre éstos cabe distinguir aquellos que no participan en la relación con terceros y los que en alguna medida están dotados de facultades de representación que les permite intervenir en nombre y por cuenta del empresario en actos jurídicos integrantes del giro o tráfico del comerciante. Es a estos últimos a quienes en sentido estricto corresponde la condición de auxiliares.

El Código de Comercio considera esta relación como una forma de mandato, pues el epígrafe del Título II de la Sección III, del Libro II que trata de dichos auxiliares, se refiere a "Otras formas del mandato mercantil, factores, dependientes y mancebos" (arts. 275º y ss.).

Lo anterior ha llevado a algunos a considerar que se trata de un mandato o una locación de servicios encaminados a realizar una actividad específica. Mas esta tesis no puede ser aceptada porque el mandato no explica las notas de subordinación y permanencia que son propias del auxiliar.

Otros autores reputan tal relación como una de origen germánico que engendra un vínculo personal basado en la recíproca confianza, en la fidelidad del auxiliar, en el mutuo respeto y lealtad dentro de un sentido de solidaridad. Esto explicaría el deber de realizar el propio trabajo según las directivas del principal, observar la jerarquía interna del establecimiento, cumplir el deber de lealtad que impone no divulgar los secretos del negocio y abstenerse de hacer competencia a aquél.

Dentro del ordenamiento actual, las personas mencionadas están ligadas al empresario por una relación de carácter laboral que les permite gozar de los beneficios de la legislación de la materia, salvo si perciben en forma específica y por pacto expreso participación del cinco por ciento o más en las utilidades.

El personal auxiliar no sólo puede ser considerado como mandatario sino que goza de facultades de representación en forma más o menos extensa, según su jerarquía.

Hay además, otras notas caracterizadoras de esta relación, que es conveniente destacar. Así la nota de *subordinación o dependencia* a que aluden los arts. 293º,

294º y 295º, cuando se refieren a los *dependientes* en sentido amplio. La *constancia o permanencia en la función*, son notas contrarias a la eventualidad o intermitencia y están mencionadas en el art. 286º cuando habla del desempeño "constante de alguna o algunas gestiones propias de tráfico a que se dediquen". La *relación de empleo*, supone que el auxiliar se suma al interés de la empresa, lo que le impide traficar por cuenta propia en negocios del mismo género de los principales (art. 282º). La *obediencia* y el *respeto mutuos*, cuya infracción es causal de rescisión del contrato (inc. 3 de los arts. 242º y 295º).

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, lo dispuesto en la legislación laboral.

75. LOS FACTORES O GERENTES

El art. 275º del C. de C. se refiere a los distintos tipos de auxiliares que colaboran con el comerciante. Unos son los mandatarios o apoderados generales, o sean los factores o gerentes; otros, los mandatarios singulares, que son los dependientes y los mancebos, en el lenguaje del Código.

La figura del factor está delineada en los arts. 275º a 281º y 289º del C. de C., de los que resulta que no es un simple mandatario, sino un representante a quien se considera autorizado a contratar sobre las cosas concernientes a la empresa o establecimiento fabril o comercial y que además está obligado a "contratar a nombre de sus principales", en virtud de un "poder de la persona por cuya cuenta haga el tráfico". De aquí, la consecuencia contenida en el art. 279º en el sentido de que las reclamaciones de quienes hubieren contratado con el factor se harán efectivas "en los bienes del principal, establecimiento o empresa y no en los del factor".

Es de hacer notar, además, que la representación del factor es una representación típica propia del derecho comercial, que tiene como connotaciones especiales: a) la permanencia en relación al establecimiento o empresa y no a la persona con quien contrató sus servicios; lo que explica porque la muerte del principal o de la persona de quien hubiere recibido los poderes no extinguen la relación (art. 284º del C. de C.), como tampoco la extinguen la cesión del negocio, el traspaso o cambio de giro, considerándose que el factor y también los demás empleados sirven al negocio independientemente del titular del mismo; y b) la amplitud de la representación, lo que supone que el factor está investido por ley, de la negociación del establecimiento o que constituyen el objeto de la sociedad si el titular es persona jurídica. El factor puede hacer, en consecuencia todo lo que el comerciante puede realizar, menos, desde luego, aquello que signifique actos personalísimos, o que supongan la negociación de la actividad comercial. La posibilidad de limitar las facultades del factor, a que alude el art. 278º del C. de C., debe reputarse que sólo afecta a las relaciones internas entre principal y factor, mas no a las relaciones externas.

Si el tercero contrata con el factor sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, existe la presunción legal de estar autorizado para

hacerlo (art. 280º del C. de C., arts. 165º y 1542º del CC.). Hay en este caso un hecho notorio, presuntamente admitido por el principal. Sería, además, contrario a la celeridad de las operaciones mercantiles que en cada caso en que se contrata en el establecimiento se tenga que solicitar la exhibición del poder del factor. De otro lado, podría afectar los intereses del propio comerciante si tuviera que intervenir personalmente en las operaciones normales de su negocio, para lo que puede carecer de tiempo, siendo éste, precisamente, el hecho que origina la necesidad de contar con la cooperación del factor.

La presunción legal mencionada impide se haga valer que el factor no invocó la representación al tiempo de celebrar el contrato, o incurrió en abuso de confianza, trasgresión de facultades o aprovechamiento de los efectos del contrato (art. 280º del C. de C.).

Por otra parte, si el factor actúa en nombre propio pero por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal (art. 281º). Esta posibilidad de elección del tercero protege a éste, siempre que el contrato recaiga sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento.

La Ejecutoria Suprema de 5 de agosto de 1932, inserta en la *Revista del Foro* de ese año (p. 312), resolvió que los contratos celebrados por un factor que notoriamente estén dentro de la empresa, se entenderán hechos por cuenta de ésta. Tratándose de suscripción de letras de cambio, es necesaria la autorización expresa, según lo resolvió la Ejecutoria de 23 de octubre de 1912, inserta en los *Anales Judiciales* (p. 194). Es lo mismo que dispone el art. 6º y el inc. 3 del art. 20º de la Ley de Títulos Valores.

La *capacidad del factor* a que se refiere el art. 276º del C. de C. es la capacidad de ejercicio a que alude el art. 5º del mismo cuerpo de leyes, según lo han hecho notar los comentaristas del Código español, que contiene las mismas disposiciones legales. Si bien el factor no tiene la condición legal del comerciante, debe tener capacidad de ejercicio igual a la de éste, puesto que lo sustituye o reemplaza en su actividad mercantil.

76. LOS DEPENDIENTES

Son los apoderados o mandatarios singulares a quienes se encomienda alguna o algunas gestiones específicas del tráfico mercantil del principal (art. 286º del C. de C.). Como auxiliares del comerciante, los dependientes lo son, tanto como el factor y como los mancebos. Empero, difieren de los primeros en que el poder que reciben es menos extenso; sólo se refiere a alguna o algunas gestiones. Puede ser un poder genérico relacionado con cierto ramo de actividades. Los dependientes pueden estar vinculados con la administración, la contabilidad o la correspondencia. El tercero, si quiere verse protegido, debe cuidar de apreciar las facultades de que está investido el dependiente. No consideramos que deban exa-

minarse necesariamente sus facultades a través del Registro Mercantil. En algunos casos será necesario hacerlo; en otros será suficiente lo que digan los reglamentos de las sociedades, las comunidades a los particulares, los avisos públicos o las circulares remitidas por los comerciantes a sus corresponsales o el hecho público o notorio. En cuanto a la forma, el poder puede conferirse por escrito o verbalmente (art. 286º).

Toda la variadísima gama de ocupaciones comprendidas en la relación laboral bajo la forma de empleo privado comercial o industrial queda insumida dentro de esta calidad de "dependientes" a que se refiere el Código. Entre ellos estarían los denominados "mancebos", expresión que ha desaparecido del derecho comercial. Actualmente todos son empleados. El Código considera "mancebos" (art. 287º) a quienes auxilian al comerciante en alguna parte de su giro y tráfico, como puede ser la venta en los almacenes, lo que los faculta a cobrar el precio correspondiente (art. 288º), o la recepción de mercadería. En todo caso, su poder no se extiende fuera del almacén, porque no podría el principal ejercer la debida vigilancia sobre ellos.

En realidad, con el desenvolvimiento de la actividad comercial, con los sistemas de venta a domicilio bajo las más variadas formas, ha desaparecido la diferencia entre dependientes y mancebos que contiene el Código de Comercio y ya resulta anacrónico mencionar siquiera esa palabra para distinguir a determinados auxiliares del comerciante. En todo caso, conforme se ha expresado, las relaciones internas de los auxiliares dependientes del comerciante están regidas por las disposiciones del derecho laboral. En relación con terceros, el art. 165º del Código Civil señala que: "Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos". Es indudable que dicha norma está haciendo referencia a los dependientes de las tiendas abiertas al público.

Capítulo XI
CONTABILIDAD COMERCIAL

77. Obligación del comerciante de llevar libros de contabilidad.- 78. Libros obligatorios: a) El libro de inventarios y balances; b) El libro diario; c) El libro mayor; d) El libro copiador de cartas y telegramas; e) El libro de actas; f) El libro de caja; g) Los demás libros que ordenen las leyes especiales.- 79. Libros auxiliares y otros elementos de contabilidad.- 80. Requisitos de los libros.- 81. Reserva de la contabilidad y casos de comunicación y exhibición.- 82. Valor probatorio de los libros.- 83. Conservación de los libros.

77. OBLIGACIÓN DEL COMERCIANTE DE LLEVAR LIBROS DE CONTABILIDAD

El Código de Comercio obliga al comerciante a llevar determinados elementos de contabilidad.

La obligación legal se impone no sólo en interés del comerciante, para que pueda manejar ordenadamente sus negocios y apreciar con exactitud su situación económica, sino también porque hay un interés de los terceros que han contratado con él o que le conceden créditos confiados en el cuidado que debe tener en la conducción de sus actividades. De otra parte, hay un interés del Estado en conocer la verdadera situación económica del comerciante, no sólo porque el ejercicio del comercio afecta los intereses económicos generales de la comunidad, sino también para controlar el pago de los impuestos y orientar la política tributaria.

El registro de las operaciones mercantiles tiene remotos antecedentes. Hay quienes afirman que se remonta a Babilonia, donde se habrían utilizado para tal fin ladrillos o tejas. Los banqueros de Grecia contabilizaban sus operaciones. Pero fue en Roma donde se creó la verdadera contabilidad, encontrándose en el Digesto referencias a los libros de caja, diario y de vencimientos.

En la Edad Media, la introducción de los números arábigos y el progreso de las matemáticas impulsaron el desarrollo de la contabilidad. En España, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 dedicaron un capítulo a esta materia.

Los sistemas legislativos, en orden a la contabilidad de los comerciantes, se dividen en cuatro grupos: **a)** el de la libertad absoluta, sin sanción por no llevar contabilidad y sin otorgar a los libros eficacia (sistema inglés); **b)** el de la contabilidad obligatoria, pero sin indicar qué libros deben ser llevados, pues sólo se llevan los exigidos por la naturaleza y extensión de los negocios; **c)** el que determina parcialmente los libros a llevarse y además, aquellos que acreditan la situación especial del comerciante; **d)** el que enumera los libros obligatorios, que es el sistema de nuestro código, así como del español, francés, italiano y argentino, entre otros.

78. LIBROS OBLIGATORIOS

De acuerdo al Código de Comercio (art. 33º) y a la Ley General de Sociedades, son libros obligatorios: a) inventario y balances; b) diario; c) mayor; d) copiador o copiadores de cartas y telegramas; e) libros de actas de las sociedades; f) libro de caja; g) los demás libros que ordenen las leyes especiales (por ejemplo, el Registro de Ventas e Ingresos y el Registro de Compra de Bienes y Servicios).

Los libros deben ser llevados por el comerciante con la intervención de contadores titulados, públicos o mercantiles, a tenor de lo dispuesto en la Ley Nº 13253 de 11 de setiembre de 1959, que modifica el C. de C., el cual facultaba al comerciante a llevar los libros por sí mismo o por persona que él autorizase expresa o tácitamente (art. 35º). Según el Decreto Supremo de 20 de agosto de 1942, los comerciantes deben informar a la Dirección de Contribuciones (hoy SUNAT) el nombre del contador que autoriza sus balances.

a) El libro de inventarios y balances, debe contener (art. 37º C. de C.): 1) la relación exacta, debidamente especificada y valorizada, de los bienes que constituye el activo; 2) la relación de las obligaciones que formen el pasivo; 3) el capital con que comienza sus operaciones, que es la diferencia exacta entre las cuentas anteriormente mencionadas.

En este mismo libro se insertará anualmente el balance general de los negocios, confeccionado en la forma señalada en el segundo párrafo del art. 37º del C. de C.

b) El libro diario, comenzará con la anotación del inventario, dividido en una o varias cuentas consecutivas, según el sistema de contabilidad que se adopte. Continuará anotándose día por día, todas las operaciones (art. 38º del C. de C.), lo que significa que incluirá no sólo las de naturaleza mercantil, sino también los gastos domésticos, en su caso. Esto último resulta de importancia al efecto de apreciar si fueron excesivos o si, en consecuencia, pueden originar la presunción de culpa en caso de quiebra.

El Código autoriza a anotar en un solo asiento (tercera parte del art. 38º) las operaciones que se refieren a cada cuenta y se hayan verificado en cada día, a fin de facilitar su manejo en las grandes empresas con operaciones diversificadas.

c) El libro mayor tiene el mismo contenido que el libro diario, pero mientras que en éste se sigue un orden cronológico, en el mayor las operaciones se agrupan de acuerdo a las cuentas que se abran a cada objeto o persona en particular (art. 39º del C. de C.), debiendo seguirse en cada cuenta, a su vez, el orden cronológico. Las cuentas se componen de dos partidas: Debe y Haber. En la primera se anotan las prestaciones recibidas por la persona u objeto titular de la cuenta; en la segunda, las prestaciones realizadas por dicho titular de la cuenta. De la suma de cada una de estas cuentas y su confrontación resulta el activo o el pasivo de ella. En esta forma, el comerciante puede conocer inmediatamente la situación favorable o adversa de cada uno de los diversos rubros de su negocio y el saldo acreedor o deudor de cada una de las personas con quienes realiza las distintas operaciones propias de su actividad.

d) El libro copiador debe contener la trascripción, hecha a mano o por un medio mecánico cualquiera, de las cartas y telegramas que el comerciante expida (art. 41º del C. de C.), o sea, lo que se denomina la correspondencia activa. Para el efecto de obtener una visión global del negocio, se obliga al comerciante (art. 42º del C. de C.) a conservar, debidamente legajadas y ordenadas, las cartas y despachos telegráficos que reciba con relación a sus negociaciones, o sea la correspondencia pasiva.

e) El libro de actas de las sociedades no es únicamente el de las juntas generales y de los consejos de administración a que se refiere el párrafo final del art. 33º del C. de C. En efecto, la Ley General de Sociedades dispone que las sociedades no sólo deben llevar libros de actas de juntas generales y de directorio, sino también los libros de matrícula de acciones (art. 92º); el de actas de juntas generales (arts. 134º al 137º); el de actas del directorio (art. 170º); el de actas de las asambleas de obligacionistas (art. 324º), pues, como veremos (*infra* Nº 248), el sindicato que agrupa a éstos es un cuerpo colegiado cuyas reuniones expresan la voluntad colectiva.

El contenido de los libros de actas está mencionado en el art. 40º del C. de C. aunque, por razón de la época de promulgación, está referido únicamente a las juntas generales o reuniones de administradores, respecto a las cuales indica quiénes son las personas que deben firmar las actas.

Si se trata del sindicato de obligacionistas, la firma de las actas corresponderá al representante de los obligacionistas (art. 325º, LGS).

Con muy buen criterio, el art. 134º de la Ley General de Sociedades señala que la junta general y los acuerdos adoptados en ella constan en acta que expresa un resumen de lo acontecido en la reunión. Las actas pueden asentarse en un libro especialmente abierto a dicho efecto, en hojas sueltas o en cualquier otra forma

que permita la ley. Cuando consten en libros o documentos, ellos serán legalizados conforme a ley.

f) El libro de caja a que obligan las disposiciones legales antes mencionadas, sirve para registrar el movimiento diario de la caja del negocio, es decir, las entradas y salidas que se hacen por este conducto.

Por otro lado, es menester tener muy en cuenta, que las empresas en general están obligadas a registrar sus operaciones bajo el Sistema Uniforme de Contabilidad.

El Plan Contable, hace una discriminación mucho más detallada de las diversas partidas de las cuentas, considerando no sólo la estructura de ellas sino también su dinámica, con indicaciones sobre la forma de llevarlas y su contenido preciso y con indicación de lo que debe y lo que no debe figurar en ellas.

El principal propósito perseguido es obtener, a través de un sistema normativo de evaluación y registro de las operaciones de la actividad económica generada por las empresas, una información uniforme de los estados financieros a utilizarse en la confección de las cuentas nacionales.

g) Los demás libros que ordenen las leyes especiales a que se refiere el inc. 5 del art. 33º del C. de C. propiamente no son los de las sociedades, pues la Ley General de Sociedades las integró al propio Código al reemplazar las disposiciones pertinentes de éste. Las leyes especiales aludidas por el art. 33º serían las que ordenan llevar los libros de planillas de empleados y obreros, así como las relacionadas con el registro de venta y en general con actividades cuya naturaleza hace necesaria la intervención del Estado.

79. LIBROS AUXILIARES Y OTROS ELEMENTOS DE CONTABILIDAD

El Código (art. 34º) faculta a los comerciantes a llevar los libros que estimen conveniente. La llevanza de los libros auxiliares obedece exclusivamente a razones de conveniencias del comerciante, según el volumen o complejidad de sus negocios o del sistema de contabilidad que adopte.

El empleo de sistemas mecanizados para facilitar el registro de las operaciones comerciales determinó que se dictaran normas a las que deben sujetarse la escritura mecánica de las hojas movibles para formar los libros auxiliares, del Diario y del Mayor, así como otros de uso indispensable.

Según el Decreto Ley Nº 26002, Ley del Notariado, el notario certifica la apertura de libros u hojas sueltas de actas, de contabilidad y otros que la ley señale (art. 112º).

La legalización consiste en una constancia puesta en la primera foja útil del libro o primera hoja suelta; con indicación del número que el notario le asignará; del nombre, de la denominación o razón social de la entidad; el objeto del libro; números de folios de que consta y si ésta es llevada en forma simple o doble; día y lugar en que se otorga; y, sello y firma del notario.

La legalización de aperturas de libros contables y otros que la ley señale, *es competencia tanto de los jueces de paz letrados como de los notarios,* a elección del usuario (art. 1º de la Ley Nº 26501, de 13 de julio de 1995).

La facultad de fiscalización del uso de estos documentos es atribución de la SUNAT, que la ejerce en forma discrecional. Asimismo, es la SUNAT la que autoriza los libros de actas, así como los registros y libros contables vinculados con asuntos tributarios, que el contribuyente debe llevar de acuerdo a ley.

En cuanto al sistema de contabilidad, si bien el Código (art. 34º) deja en libertad para la adopción de cualquier sistema, la exigencia de un Libro Mayor en el que se debe abrir cuentas con cada objeto o persona impone la necesidad del sistema llamado de partida doble, que facilita la comprobación de las cuentas y permite registrar los cambios patrimoniales que se operan dentro del negocio no sólo en relación con terceros sino también para advertir si cada una de las diversas ramas del negocio trabaja con pérdidas o ganancias. En esta forma la operación se lleva dos veces al libro en referencia. La primera vez, a la cuenta de quien recibe el valor; la segunda, a la cuenta de quien lo suministra.

80. REQUISITOS DE LOS LIBROS

Además de lo expresado en el sentido de cómo deben llevarse los distintos libros de contabilidad, el Código (arts. 36º y 44º) impone determinadas exigencias en orden a asegurar la autenticidad de dichos libros, lo que se ha completado con otras disposiciones legales. Así: a) la contabilidad debe llevarse en castellano (Ley Nº 5006, de 16 de enero de 1925); b) la legalización por Notario o por el Juzgado de Paz Letrado respectivo, a elección del usuario, debiendo abrirse en cada uno de ellos un registro de libros de contabilidad (art. 1º de la Ley Nº 26501), además del registro en la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria; c) los libros deben ser llevados con claridad, por orden de fechas, excluyendo cualquier posibilidad de inclusión indebida de asientos, alteración de los mismos, o sustitución de folios. Los errores u omisiones se salvarán inmediatamente que se adviertan o, si hubiere transcurrido algún tiempo, mediante el correspondiente asiento de rectificación.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Resolución de Superintendencia Nº 077-98/SUNAT) ha concedido a las sociedades que modifiquen su denominación o razón social dentro del marco de la LGS, la opción de seguir utilizando los libros y registros contables con la denominación o razón social anterior hasta que se terminen, o abrir nuevos libros y registros contables, en cuyo caso deberá acreditarse haber cerrado los libros y registros de contabilidad no utilizados y que fueron legalizados con la anterior denominación o razón social. Asimismo, reitera la obligación que tienen las empresas de comunicar a la SUNAT el cambio de denominación o razón social para efectos del Registro Único de Contribuyentes (RUC).

81. RESERVA DE LA CONTABILIDAD Y CASOS DE COMUNICACIÓN Y EXHIBICIÓN

El comerciante tiene derecho a que se proteja la reserva con que maneja sus negocios. El secreto en este sentido puede ser elemento esencial que asegure su éxito. La forma como promueve sus actividades, el personal que emplea, los medios de que dispone, el crédito que se le ofrece, los que él otorga son todos recursos decisivos cuya divulgación puede afectarlo negativamente. De aquí, la garantía que se reconoce al comerciante en los arts. 45º y 46º del Código, que, a semejanza de otras legislaciones, prohíbe hacer pesquisas de oficio, por juez o autoridad para inquirir si lleva sus libros con arreglo a ley; hacer investigación o examen general de la contabilidad en las oficinas o escritorios de los comerciantes: decretarse a instancia de parte la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes.

El derecho del comerciante a que se respete la reserva de sus negocios, no es sin embargo, absoluto. Hay excepciones. Estas, en unos casos, están basadas en disposiciones de carácter tributario, que, por ser de orden público, deben prevalecer. En caso de revisión de balances, control de determinados tributos, evasión de impuestos, etc., los funcionarios de la Administración Tributaria están autorizados para efectuar las investigaciones que consideren pertinentes, lo que está establecido explícitamente en el Código Tributario.

En otros casos la reserva cede en razón de determinadas situaciones en que es imprescindible conocer el estado de los negocios del comerciante. En otros, a su vez, la reserva resulta innecesaria, como ocurre cuando se trata de liquidación, sucesión universal o quiebra (art. 46º del C. de C.). En los casos primero (liquidación) y último (quiebra), hay otro interés en proteger: el de los acreedores, a cuyo respecto hay necesidad de examinar la conducta comercial observada por el comerciante hasta el momento de la liquidación o quiebra. De otro lado, la terminación del negocio no justifica que se guarde una reserva que tenía razón de ser mientras el comerciante estaba en actividad y cuando el éxito de sus negocios podía depender de secretos que ya no se van a utilizar.

En el caso de la sucesión universal, los herederos, legatarios, acreedores y el Fisco tienen interés obvio en conocer la situación exacta de los negocios del causante. Hay un derecho eventual que pertenece al solicitante sobre los bienes registrados en la contabilidad.

De otro lado, puede decretarse exhibición de los libros y documentos que se contraigan a puntos específicos que son objeto de controversia, a petición de quien tenga interés o responsabilidad en el asunto que se ventile (art. 47º del C. de C.). El fundamento de esta norma radica en que no obstante pertenecer los libros en propiedad al comerciante, éste está obligado a exhibirlos a requerimiento del contratante porque contienen asientos que son comunes a ambos. Además, si todos los comerciantes están obligados a llevar libros, no sólo en su interés sino en el

general del comercio, de ellos pueden obtenerse las pruebas de las operaciones comerciales.

La *exhibición*, a diferencia de la comunicación, que tiene carácter general, mantiene el secreto del comerciante, salvo en aquellos puntos que sean objeto de aquélla. Para asegurar tal finalidad, la exhibición se hará en el escritorio del comerciante, en su presencia o de la persona que comisiones.

La Corte Suprema en Ejecutoria de 8 de enero de 1973 (*Rev. Jur. Per.* Nº 350, de marzo de 1973, p. 337), ha resuelto que cuando se trata de revisar libros de contabilidad, la prueba que cabe ordenarse es la exhibición y no una inspección ocular, que tiene otros fines y otras reglas; y en Ejecutoria de 13 de enero de 1927 (*Rev. del F.*, p. 65), ha resuelto que es inconducente la presentación de libros de contabilidad exigida en calidad de prueba por el demandante a la parte demandada, si dicha prueba no se concreta al asunto que se litiga y a los hechos aducidos en el juicio, y porque, conforme al art. 47º del C. de C., la exhibición y reconocimiento de los libros de los comerciantes deben contraerse exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventila.

82. VALOR PROBATORIO DE LOS LIBROS

La fuerza probatoria de los libros de contabilidad depende de la forma en que han sido llevados.

Hay una primera regla (inc. 1º del art. 48º del C. de C.), en el sentido de que los libros prueban contra el comerciante que los lleva, sin admitirles prueba en contrario. Se reputa en este caso que ellos implican una confesión extrajudicial, o un reconocimiento. Pero, la prueba en este caso es indivisible, o sea, que el adversario no podrá aceptar los asientos que le sean favorables y desechar los que le perjudiquen, sino que, habiendo aceptado este medio de prueba, queda sujeto al resultado que arrojen en su conjunto, tomando en consideración todos los asientos relativos a la cuestión litigiosa.

Si se trata de hacer valer los libros del dueño de ellos, hay que considerar diversas razones. Los comerciantes deben registrar en su contabilidad las operaciones que realizan; por tanto debe haber concordancia entre las anotaciones de dos o más comerciantes, lo que refleja la veracidad de las anotaciones, aparte de que ellas son una prueba en contra del titular. Puede ocurrir que una de las partes nada registró, o que las anotaciones de ambos comerciantes fueran contradictorias. En ambos casos la prueba sería ineficaz. Cuando existe omisión en los libros de una de las partes, los de la otra, llevados en la forma de ley, adquieren fuerza legal.

En todo caso, conforme se desprende de lo dispuesto en el art. 48º del Código, el juez tiene la facultad de apreciar esos elementos de prueba "calificándolos según las reglas generales del derecho". Más, si los libros no son llevados en castellano, no tienen valor de juicio (art. 2º de la Ley Nº 5006).

Es conveniente, finalmente, mencionar que la prueba de los libros del comerciante puede ser ofrecida no sólo en asuntos mercantiles, sino también en los de otra índole y sea o no comerciante la parte contraria.

La Ejecutoria de 28 de agosto de 1936 (*Rev. del F, p.* 739), ha resuelto que no procede el reconocimiento judicial, solicitado por una de las partes, de los libros de contabilidad llevados por su contrario, pues los libros no constituyen documento otorgado o suscrito que importen la obligación de reconocer judicialmente, en todo o en parte, un documento privado, que impone el art. 413º del C. de P.C. [art. 246º del CPC]; asimismo, la Corte Suprema en Ejecutoria de 12 de enero de 1975 estableció que a tenor del art. 48º del C. de C., no se puede conferir valor probatorio pleno a los libros de la parte demandante en relación con las fechas en que el Directorio adoptó determinados acuerdos. Igualmente, en Ejecutoria de 5 de julio de 1977 resolvió que las actas de Juntas Generales que no hayan sido debidamente firmadas, no acreditan la celebración de dichas Juntas; y la Ejecutoria de 24 de octubre de 1977 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, Nº 406, correspondiente a noviembre de 1977, p. 1638), ha resuelto que la fotocopia legalizada de los libros de los comerciantes y las constancias notariales certificadas no prueban contra ellos, si fueron impugnadas por tratarse de exhibiciones actuadas sin observar las formalidades establecidas en el CPC.

83. CONSERVACIÓN DE LOS LIBROS

El mismo interés personal del comerciante y el de los terceros, que justifican el deber de llevar libros de contabilidad, impone la obligación de conservarlos durante el tiempo que dure su actividad comercial y hasta cinco años después de la liquidación de sus negocios. El plazo señalado tiene su explicación en que ese término es el máximo de la prescripción mercantil; por lo tanto, ningún interés habría en conservar la contabilidad por un tiempo mayor.

No obstante que la conservación de libros por todo el lapso que dure la actividad mercantil puede originar dificultades, sobre todo a las empresas con largo tiempo de actividad y gran volumen de negocios, no habría cómo eximirlas de tal obligación, no tanto para el caso de determinados actos o el cumplimiento de ciertas obligaciones, sino para el caso de liquidación o quiebra.

Tratándose de sociedades anónimas, la ley impone al directorio (art. 177º, LGS) y a los administradores la obligación de velar por la existencia y regularidad de los libros que ordena la ley. Asimismo, impone al gerente (inc. 1 del art. 190º, LGS) la misma obligación, pero, además, lo responsabiliza en cuanto a la veracidad de los libros.

Los liquidadores de las sociedades mercantiles también deben llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad (inc. 3 del art. 416º, LGS) y les corresponde conservar en el domicilio de algunos de ellos, que se indicará expresamente, o en el lugar que especialmente señalen, los libros y documentos de la sociedad extinguida (art. 421º, tercer párrafo, de la LGS).

La misma explicación, basada en el término prescriptorio, vale para permitir que se inutilicen o destruyan los documentos que conciernan a actos o negociaciones determinadas, cuyo término de vigencia se hubiera extinguido, salvo que hubieran pendientes cuestiones que se refieran a ellos, directa o indirectamente (art. 49º del C. de C.).

SECCIÓN II

SOCIEDADES

CAPÍTULO XII
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS SOCIEDADES

84. Concepto legal de sociedad.- **85.** Definición de sociedad.- **86.** Naturaleza jurídica de la sociedad. a) La teoría clásica contractual. b) Las teorías del acto social constitutivo y del acto complejo. c) La teoría institucionalista. d) La teoría del contrato plurilateral. e) La posición de la Ley General de Sociedades.- **87.** Sociedad y comunidad de bienes.- **88.** Elementos de la sociedad. a) La capacidad. b) El consentimiento. c) La *affectio societatis*. d) La pluralidad de personas. e) La organización. f) El ejercicio en común de actividades económicas. g) La participación en los beneficios y en las pérdidas.- **89.** Los aportes. a) Forma del aporte y bienes aportables. b) A título de qué se aporta. c) Aportes dinerarios. d) Aportación de bienes muebles o inmuebles. e) Aporte de títulos valores o documentos de crédito. f) Aporte de servicios. g) Valuación de aportes no dinerarios. h) Saneamiento de los aportes. i) Riesgo de los bienes aportados. j) Pérdida del aporte antes de su entrega. k) Mora en los aportes comprometidos.- **90.** Denominación o razón social. a) La denominación social. b) La razón social. c) Protección y limitaciones en la elección de la denominación o razón social. d) Reserva de preferencia registral.- **91.** Domicilio de la sociedad.- **92.** Duración de la sociedad.- **93.** Objeto de la sociedad: a) Actos que exceden el objeto social: La doctrina de los actos *ultra vires*. b) Prohibición de tener por objeto social determinadas actividades. c) El derecho de separación.- **94.** Clasificación de las sociedades por la responsabilidad.- **95.** Sociedades de personas y sociedades de capitales.- **96.** Clases de sociedades.- **97.** Constitución de la sociedad.- **98.** Contenido de la escritura pública de constitución. a) El pacto social. b) El estatuto.- **99.** Inscripción y publicidad del pacto social. a) Derecho a solicitar el otorgamiento de la escritura pública. b) Efectos jurídicos de la inscripción. c) Responsabilidad de los otorgantes o administradores por la no inscripción. d) Actos anteriores a la inscripción.- **100.** Gastos necesarios para la constitución.- **101.** Personalidad jurídica de la sociedad.- **102.** Nacionalidad de la sociedad.- **103.** Administración y representación de la sociedad. a) Designación de administradores y representan-

tes de la sociedad. b) Inscripción de la designación y cesación. c) Alcances de la representación. d) Actos que no obligan a la sociedad.- **104.** Contratos preparatorios en sociedades.- **105.** Correspondencia de la sociedad.- **106.** Publicaciones. a) Actos societarios que deben ser publicados. b) Consecuencias de su omisión.- **107.** Plazos y caducidad.- **108.** Copias certificadas.- **109.** Emisión de títulos y documentos.- **110.** Arbitraje y conciliación.

84. CONCEPTO LEGAL DE SOCIEDAD

El art. 1º de las Reglas Básicas de la Ley General de Sociedades dispone que quienes "constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas", dando base a la concepción legal de la sociedad como un convenio o pacto, a diferencia del artículo 1º del Título Preliminar de la Ley anterior, que definía a la sociedad como un contrato en virtud del cual quienes la constituyen convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica, en cualquiera de las formas reguladas en la ley.

La sociedad se constituye para un fin lícito y en beneficio común de los socios. Las utilidades netas, si las hubiese, se distribuyen entre todos los socios. La fórmula de la Ley General de Sociedades es semejante a la de la derogada Ley Nº 16123 (Ley de Sociedades Mercantiles de 1966) y a la del CC. de 1936 (art. 1687º), que no es de extrañar si se tiene en cuenta que la Ley General de Sociedades regula tanto las sociedades comerciales como las civiles. Al referirse a estas últimas el art. 297º de la Ley anterior especificaba que ellas se constituían para la realización de un fin común "preponderantemente económico que no constituya especulación mercantil", acentuando, así una nota caracterizadora *contrario sensu* respecto a las sociedades mercantiles. El art. 295º de la LGS define a la sociedad civil como aquella que se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios.

85. DEFINICIÓN DE SOCIEDAD

A diferencia de la norma anterior, la nueva Ley no formula ni proporciona una caracterización completa de lo que es la sociedad. El art. 1º –y otros de la LGS– se limita a mencionar implícitamente los elementos más importantes para su existencia.

Intentaremos, por ello, esbozar algunos planteamientos que se han dado en la moderna doctrina societaria para aproximarnos a uno que se acerque a la naturaleza de esta institución en la actual ley.

Para algunos autores como Garrigues, "la sociedad es el instrumento jurídico de conjunción de medios económicos que exceden la del hombre aislado". Según

Uría, la sociedad es una "asociación voluntaria de personas que crean un fondo común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan". En opinión de Messineo, se trata de un acuerdo colectivo (negocio jurídico unilateral) caracterizado por estar formado por varias personas que poseyendo un mismo interés actúan como una sola parte, a diferencia de la dualidad de partes que integra todo contrato.

De las definiciones transcritas, salta a la vista que en ninguna de ellas se habla concretamente de "contrato", pero podemos afirmar que en todas ellas se haya implícita la figura de un contrato. La Ley tampoco habla de *contrato*, es más, se ha omitido ex-profesamente de todo el texto de la Ley la cita o mención a este término. Pero sí habla de *pacto social*.

Sin embargo, es evidente que en la formación de voluntades que se requieran para configurar la sociedad se dan las condiciones que tienden a caracterizar al contrato. Sobre esta aproximación del concepto de sociedad con el contrato vamos a ocuparnos cuando analicemos la naturaleza jurídica de la primera (*infra* Nº 86).

Por lo pronto definiremos a la sociedad como *la manifestación jurídica del esfuerzo organizado de una pluralidad de personas para realizar determinadas actividades económicas*. Para cumplir con esos propósitos el derecho le atribuye a esta sociedad una serie de elementos que hacen de esta institución la formulación jurídica más propicia para realizar estas actividades.

86. NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

Cuando usamos el vocablo *sociedad* se puede entender esta palabra bajo un triple significado: 1) como un determinado acto contractual; 2) la relación jurídica duradera fundada entre los interesados en virtud del pacto social; y, 3) la persona jurídica que engendra el contrato.

De esta triple concepción la doctrina recoge solamente el primero y el tercero, al efecto de hacerlos objeto de tratamiento separado. Prescinde del segundo porque en él se mezclan los otros dos: en el *aspecto interno*, porque las obligaciones de los socios son obligaciones derivadas del pacto social; en el *aspecto externo*, porque en el tráfico de los negocios, a las personas individuales de los socios se antepone y sobrepone la personalidad de la sociedad.

a) La teoría clásica contractual

Los textos legales han extendido la idea de que la sociedad es un contrato. En realidad, se le concibe como un contrato *sui generis*, puesto que genera una persona jurídica o, al menos, una organización, la cual ya no depende del contrato que la engendró, sino que está normada por su propio estatuto, que se modifica cuantas veces lo deseen los accionistas mediante la Junta General. Estas características, que son obvias en las sociedades de capitales (las cuales, como es conocido por

todos, constituyen hoy en día la inmensa mayoría de las sociedades mercantiles), han hecho dudar a la doctrina, tanto antigua como moderna, si existe en el caso de la sociedad un verdadero contrato.

Pero las teorías que rechazan el concepto de contrato, y las sustituyen por otras expresiones (acto constitutivo, acto complejo, acto colectivo, etc.), ceden ante el carácter contractual aceptado por el derecho positivo.

Las sociedades mercantiles y civiles nacen en nuestro derecho del *pacto social* (art. 5º, LGS), esto es, de un acto jurídico en el que se dan los elementos esenciales del contrato. Lo que por cierto es muy evidente, y en ningún caso se podría negar, es que el pacto social constituiría un tipo *sui generis* respecto a los demás contratos de cambio o bilaterales que han sido señalados en la doctrina.

Mientras que en el contrato bilateral el contenido de la prestación (bienes, servicios, derechos de propiedad, disfrute, etc.) es lo que caracteriza cada clase de contrato, la clase y contenido de la prestación es indiferente en el pacto social.

En el pacto social que da lugar a la sociedad no existen contraprestaciones como en los contratos bilaterales, toda vez que el acreedor de la prestación no es consocio, sino la sociedad, y la ganancia es producto del negocio y no un equivalente a la prestación.

Por la misma razón, las prestaciones no ingresan en el patrimonio de los otros contratantes (socios) sino que pasan a formar el fondo social (capital).

Las prestaciones no necesitan ser equivalentes, puesto que no están motivadas por una contraprestación, sino por la consecución del fin común. En los contratos bilaterales se presenta en general una oposición; el pacto social representaría una comunidad o solidaridad de intereses. Mientras el comprador busca el medio de obtener las mayores ventajas a costa del menor precio, el socio persigue junto con el propio, el beneficio ajeno.

Se ha querido contraponer el pacto social como un contrato de organización económica a los demás contratos como contratos de lucha económica. En la sociedad, el socio está impulsado por intereses egoístas, por el vivo deseo de alcanzar mayores ventajas a cambio de una aportación lo más reducida posible, y los fines comunes que persiguen los socios no siempre coinciden enteramente con sus intereses. Y es que fin e interés no son la misma cosa.

b) Las teorías del acto social constitutivo y del acto complejo

Afirmaba Gierke que el contrato, como simple acuerdo de voluntades para crear situaciones jurídicas subjetivas, no es capaz de crear una personalidad jurídica, un sujeto de derechos. Las personas morales son realidades orgánicas que no pueden surgir de un contrato. El acto creador de la sociedad es un acto constitutivo social unilateral en el que las declaraciones de voluntad no se contraponen sino que corren paralelas coadyuvantes a un mismo fin; la creación de un nuevo

organismo social como sujeto jurídico distinto de los socios. Según este autor "la sociedad no tiene carácter contractual, sino el de un acto unilateral constituido por la expresión de las voluntades de los socios dirigidas a la creación de una persona distinta de ellos".

Kuntze, Witte y Winscheid explicaban la naturaleza jurídica de la sociedad como un "acto complejo" (*gesamtakt*), el cual, a diferencia del contrato, que sólo produce efectos entre los contratantes, puede influir igualmente en el ámbito jurídico de terceros. Mientras que en el contrato son opuestos las manifestaciones de voluntad y los intereses de los contratantes, en el acto complejo las manifestaciones de voluntad son paralelas y los intereses son coincidentes.

c) La teoría institucionalista

Esta teoría ha sido concebida por Maurice Hauriou y Georges Renard. El primero define a la sociedad como una idea de obra o de empresa que constituye una realización independiente de la voluntad subjetiva de individuos determinados y que se caracteriza por su duración en el medio social. Para Renard la institución es un organismo dotado de propósito de vida y de medios de acción superiores en poder y en duración a aquellos de los individuos que lo componen.

En materia de sociedades anónimas, esta teoría exige la tutela del bien común y defiende el principio de autoridad pero, al mismo tiempo, respetando la individualidad de los accionistas, sin sacrificarlos y reconociendo la significativa importancia de ellos.

d) La teoría del contrato plurilateral

Es una doctrina de origen italiano. La legislación de este país admite al par del contrato bilateral los "contratos plurilaterales", que contienen obligaciones recíprocas de más de dos partes. El contrato plurilateral requiere una pluralidad de participantes, pero no rechaza el contrato de dos partes. Según Ascarelli, la sociedad constituye el ejemplo característico y tradicional del contrato plurilateral, ya que participan en él varias partes que adquieren como consecuencia del mismo, obligaciones y derechos de la misma e idéntica naturaleza jurídica. Dentro de la sociedad ningún socio se encuentra frente a otro socio, sino frente a todos los demás y, por ello, se puede hablar propiamente de pluralidad, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de permuta.

Esta teoría tiene una serie de limitaciones, entre ellas que a lo sumo puede resultar una explicación satisfactoria para el acto constitutivo de las sociedades personales o de interés; pero no explica la naturaleza del acto constitutivo en las sociedades de capital ni tampoco el funcionamiento de la sociedad ya constituida.

e) La posición de la Ley General de Sociedades

La Ley anterior se adscribía a una tesis intermedia entre las posturas "contractualista" e "institucionalista" de la sociedad, que se entendió en llamar

posición "mixta o ecléctica". Habían artículos (1º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10º, 16º, 17º y 22º de la Ley anterior) que expresamente hablaban de "contrato" de sociedad y, por otro lado, otros (arts. 3º, 14º, 19º y 21º de la derogada Ley) que mencionaban o aludían, respectivamente, al nacimiento y creación de un ente o persona jurídica.

La vigente Ley no ha podido abandonar esta postura, pese a que la intención original era apartarse de todas estas posiciones. De este modo, se retiró de todo el texto de la Ley la cita o mención a la palabra "contrato" (*vid.*, p. e., el art. 1º, LGS). Sin embargo, podemos encontrar en numerosas dispositivos de esta norma su evidente raíz contractual (p. e., los arts. 1º ["Quienes constituyen la Sociedad *convienen* ..."], 5º, 7º, 8º, 17º, 33º, 34º, 35º, 36º, 37º, 38º, LGS), así como de la esencia institucional de la sociedad (p. e., arts. 6º, 13º, 31º, 32º, LGS). El hecho que en la Ley no se precise la naturaleza jurídica de la sociedad, no está negando su carácter contractualista; se ha optado más bien de no calificarla normativamente. Conlleva a una revisión del concepto contractual de la sociedad y a la sociedad que confluyen a las teorías del acto complejo, voluntad unitaria e institucionalista.

87. SOCIEDAD Y COMUNIDAD DE BIENES

El art. 2º de la Ley General de Sociedades remite a las disposiciones del CC. la figura de la comunidad de bienes, que se diferencia de la sociedad por las siguientes razones:

a) En razón del origen, pues la sociedad nace siempre de un pacto o convenio, es decir, de un acuerdo de voluntades; en tanto que la comunidad puede no nacer de dicho modo, sino de un acto ajeno a la voluntad de las partes, como en el caso en que varias personas heredan un bien o un conjunto de bienes.

b) La sociedad es una persona jurídica, distinta a los socios que la forman y es ella la que resulta dueña de los bienes que los socios aportan. Efectuado el aporte, los socios no son dueños de los bienes aportados, sino de una acción o derecho respecto a la sociedad. En cambio, en la comunidad todos y cada uno de los condominios son dueños de todas y cada una de las cosas que componen la comunidad, en la proporción que les corresponde en forma indivisa, pues la comunidad carece de personalidad jurídica.

De lo expuesto resulta que el derecho del socio se transforma en razón del contrato de sociedad. Si era dueño de inmuebles que aportó a la sociedad, el derecho que tenía carácter de inmobiliario pasa a ser un derecho mobiliario (art. 886º inc. 8 del CC.).

c) La sociedad se rige por el principio de las mayorías que obligan a las minorías, mientras que en la comunidad no hay ese sometimiento.

88. ELEMENTOS DE LA SOCIEDAD

En cuanto a los requisitos generales y esenciales de la sociedad, la Ley no alude expresamente a ellos. Supone que deben cumplirse, como en todo pacto.

Esos requisitos son la capacidad de las partes, el consentimiento, la *affectio societatis*, la pluralidad de personas, la organización, el ejercicio en común de actividades económicas y la participación en los beneficios y las pérdidas.

a) La capacidad se refiere a la aptitud para actuar según el CC.; pero además para celebrar el pacto social hay que tener disposición de los bienes porque los aportes de los socios importan una enajenación en favor de la sociedad. Es por eso que ni los menores ni los incapaces pueden celebrar este pacto. El CC. establece al respecto (art. 448º, inc. 5), que los padres necesitan autorización judicial para celebrar, en nombre del menor, contrato de sociedad o continuar la establecida. Además, el juez debe oír al menor si éste tuviera más de dieciséis años cumplidos (art. 449º). La autorización se concede conforme a los trámites establecidos en el CPC para enajenar u obligar bienes de menores (art. 786º). A la misma autorización están sometidos los tutores (art. 532º, inc. 1, CC.), y los curadores de incapaces (art. 568º, CC.).

Respecto a la mujer casada, ella, al igual que el marido, para disponer de los bienes de la sociedad conyugal dentro del régimen de sociedad de gananciales requiere de la intervención de ambos. Si se trata de bienes propios, cada cónyuge puede disponer de ellos (art. 303º, CC.); por lo tanto, podrá formar sociedad.

Otro aspecto que hay que considerar respecto a los esposos es si entre ellos pueden formar sociedad. A primera vista parecería que dada la comunidad de intereses que entre estos existe no habría inconveniente para que celebrasen el contrato; empero el art. 312º del CC. les prohíbe celebrar contratos entre sí respecto de los bienes sociales si el régimen matrimonial es de sociedad de gananciales.

Hay casos considerados en el C. de C. de incompatibilidad para el ejercicio de comercio referidos a quienes desempeñan ciertos cargos o funciones públicas o desarrollan determinadas actividades. Así ocurre con las autoridades políticas, judiciales, militares, en los lugares en los que desempeñan sus funciones; los agentes de cambio y corredores de comercio, y aquellos que por leyes y disposiciones especiales no pueden comerciar en determinado territorio (*supra* Nº 58).

El art. 14º del C. de C. expresa que dichas personas no pueden tener cargo ni intervención directa, administrativa o económica en sociedades mercantiles o industriales.

En cuanto a los corredores de comercio, la prohibición tiende a impedir que a través de la sociedad puedan ejercer el comercio que les está prohibido en forma directa.

b) El consentimiento es, como en todo acto jurídico, un requisito esencial para la existencia del pacto social. Pero, en este caso, el consentimiento debe ser expresado, libre de los vicios que lo invalidan, y otorgarse por escrito, directamente o mediante apoderado con facultades expresas en tal sentido. No bastaría un poder general, porque el formar la sociedad supone ejercer actos de disposición de bienes.

c) La affectio societatis o *animus contrahende societatis* era en el derecho romano la voluntad de los contrayentes de unirse con el propósito o intención de constituir sociedad y de dispensarse recíprocamente el trato de socios. Si esa voluntad faltaba, había simplemente comunidad de bienes o indivisión, pero no sociedad. Era también consecuencia del carácter de contrato *intuitu personae* de la sociedad.

La doctrina moderna ha reformulado este concepto y la define como la voluntad o propósito de cooperación en los negocios sociales aceptando deliberadamente la participación en las utilidades y en las pérdidas. Es la voluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes, a las necesidades de la sociedad para que ella pueda cumplir su objeto y, a través de ella, que se mantenga durante la vida de la sociedad una situación de igualdad y equivalencia entre los socios, de modo que cada uno de ellos, y todos en conjunto, observen una conducta que tienda a que prevalezca el interés común (cfr. el art. 1º, LGS: "Quienes constituyen la Sociedad *convienen*...").

d) La pluralidad de personas es un elemento esencial para que nazca la sociedad y para que ella subsista. De modo que se requiere la participación de dos o más personas (naturales o jurídicas) en el acto constitutivo y durante la vida de la sociedad, ya que al desaparecer tal situación se produce una causal de disolución (arts. 4º y 407º inc. 6 LGS).

La Ley anterior exigía un mínimo de tres personas para la constitución de una sociedad anónima. Se aducía que la intervención de sólo dos socios podría impedir la adopción de acuerdos o la sujeción de uno de los contratantes a las decisiones del otro. Sin embargo, esta disposición no impidió que las personas, cuando eran dos, se siguieran juntando para llevar a cabo actividades económicas en forma común, creando la ficción del tercer socio que tenía una sola acción. Lo único que ha hecho la vigente ley, por ello, es sancionar algo que la práctica ya había corroborado: que sólo bastan dos socios para establecer la requerida pluralidad mínima en cualquier tipo de sociedad.

En aplicación del "principio de conservación de la sociedad", si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios se prevé un plazo de seis meses (arts. 4º y 407º inc. 6 LGS) para que ella se reconstituya y de ese modo se evita la disolución, pero ello debe interpretarse como una excepción al requisito de la subsistencia de la pluralidad de socios como condición de vida de la sociedad.

Otra excepción a esta exigencia de pluralidad se produce cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por ley. Un ejemplo de omisión de esta exigencia de pluralidad la tenemos en las subsidiarias de las empresas del sistema financiero y de seguros (art. 36º inc. 3, LSFySS).

e) La organización. Todo pacto social tiende a crear, y en efecto crea, una organización, que será *simple* si la sociedad es personalista, o será *compleja* si es de tipo capitalista. No obstante esta situación, en todas ellas es necesaria una

cierta organización que haga posible su marcha durante la secuela de su vida social y por ende la consecución del fin social. La administración se establece mediante el pacto social y el estatuto (arts. 5º, 14º LGS) que regularán el funcionamiento de los diversos órganos (arts. 152º al 197º LGS); los derechos y obligaciones de los socios; la contabilidad; la formación del capital social (arts. 22º al 30º LGS); la forma de distribuir los beneficios y de soportar las pérdidas (arts. 31º, 39º, 40º, LGS). De modo especial, se establecerá la denominación de la sociedad (art. 9º, LGS), su domicilio (art. 20º, LGS), su duración (art. 19º, LGS) y el objeto social (art. 11º, LGS).

Los administradores de los órganos de la sociedad pueden ser o no los mismos socios, como ocurre en la sociedad colectiva (art. 265º y ss., LGS) o personas ajenas a la sociedad, como permite la ley para las sociedades anónimas (art. 160º, LGS). Pero en todas ellas –las sociedades– son necesarios dichos órganos para representar a la sociedad en sus relaciones externas y para la dirección interna de la gestión de los asuntos sociales.

Ahora bien, la existencia de esta dualidad de organización (interna y externa) es una exigencia de la propia actividad de las sociedades (mercantiles o civiles) orientadas hacia el público consumidor. A esta exigencia de una doble organización, responde el derecho con la consecución de la personalidad jurídica, que en nuestra legislación es atribución común de toda clase de sociedades sea mercantil o civil (art. 6º, LGS).

f) El ejercicio en común de actividades económicas es lo que en la doctrina se conoce como "causa" o "fin común" de los socios de la sociedad. Brunetti señala que la causa está contenida "en el ejercicio en común de una actividad económica para dividir las utilidades", en la comunión de fin calificada. Por su parte, Halperin expresa que "el fin común es un rasgo esencial de la sociedad que distingue a este contrato de los demás, y que debe tener, normalmente, un sustrato económico".

En nuestra Ley ese fin común surge de la expresión *"para el ejercicio en común de actividades económicas"* (art. 1º, LGS). Es indiscutible que en la sociedad los intervinientes asocian sus aportaciones o prestaciones, por lo que cada uno encuentra la correspondencia, no en la prestación de los demás, sino en la participación en las utilidades resultantes.

Sin embargo, es preciso no confundir la comunidad de fin con la comunidad de intereses. En otras formas contractuales cada parte tiene interés en conseguir la finalidad propuesta, empero persiguiendo, además, un fin especial, de tal suerte que su interés no coincide con el interés de la contraparte, aun en los casos en que ambos sean concurrentes. Todo lo contrario ocurre en la sociedad; en el pacto social se trata de una finalidad unitaria en cuya consecución todos los socios tiene un interés común. La comunidad de fin se descubre por el propósito común de los socios de obtener como fin un lucro. Pero el divorcio de los intereses entre los socios comienza en cuanto se trata de dividir ese lucro o utilidad obtenidos. El "interés común se

vincula así al concepto de interés social", como un interés propio y particular de la sociedad, distinto al interés de los socios, como algo propio de la empresa común, diferente a la finalidad o intención egoísta de las partes contratantes.

g) La participación en los beneficios y en las pérdidas es este otro elemento esencial en la formación de una sociedad, consecuencia del ejercicio en común arriba mencionado, y cuya ausencia le priva de existencia. Exhibe el riesgo propio de la empresa comercial y pone en evidencia el "ánimo de lucro" que lleva a las partes contratantes.

La *participación en la distribución de los beneficios*, utilidades, ganancias o superávit es probablemente la razón más importante que lleva a los socios a participar en los riesgos propios de una sociedad comercial. Estos beneficios, comprenden toda ventaja patrimonial de origen social que aumenta la fortuna particular de los socios o les disminuye las cargas. La distribución de los beneficios se aplica no sólo a utilidad con el alcance de una ganancia traducida en un incremento patrimonial, sino cualquier ventaja apreciable económicamente, como la reducción de gastos por investigación en común, por disminución de costos en el proceso de comercialización, etc.

La Ley consagra el principio de la proporcionalidad en la distribución de los beneficios en función a los aportes al capital social, dejando a salvo que por el pacto social o por el estatuto se fijen otras porciones o formas distintas de distribución.

De este modo, el art. 39º, LGS establece que la distribución de beneficios se debe realizar en proporción a los aportes que cada socio hace al capital. El pacto social puede, sin embargo, fijar otras proporciones o formas distintas de distribución de los beneficios. Al respecto se ha establecido, como regla general que las utilidades tocan por igual a todas las acciones, estén pagadas o no (art. 230º inc. 2, LGS). Sólo la pierde el socio moroso, aquél que está en atraso en sus pagos, en sus aportes, es el único que pierde el derecho a las utilidades (art. 79º LGS, tercer párrafo y 80º LGS). En tanto el accionista esté cumpliendo con su aporte tiene el derecho a percibir las utilidades de las empresas; esta norma admite pacto en contrario.

La expresión *beneficios* que utiliza la ley es más amplia que el de *utilidades*, un término quizás más común. Una sociedad puede no sólo tener utilidades, sino además arrojar pérdidas y sin embargo, los socios pueden percibir beneficios, como en el caso de la emisión de nuevas emisiones o participaciones con motivo de la revaluación o reexpresión de los estados financieros.

En cuanto a la *realización del reparto de utilidades*, el art. 40º LGS estipula en su primer párrafo que 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. Los *estados financieros* a que alude la Ley son los *balances general anual* o *parcial*, según sea el caso. La exigencia de estos balances generales permite conocer la disposición de estas utilidades. De este modo, si las sumas a repartirse excedieran del monto de las utilida-

des obtenidas, se estaría distribuyendo el capital social en forma irregular, pues conociéndose el monto de los beneficios se está entregando a los socios cantidades que no pueden provenir sino del capital. Por eso la Ley lo prohíbe expresamente.

Asimismo, si se pierde una parte del capital no puede distribuirse utilidades hasta que el capital sea reintegrado o se haga la reducción en la cantidad correspondiente (art. 40º LGS, segundo párrafo). La Ley quiere en esta forma que, si existen pérdidas, antes de distribuir utilidades se complete el capital hasta su cifra originaria modificada, si esto se hubiere efectuado con las formalidades de ley. De no ser así se perjudicaría el derecho de los acreedores puesto que el patrimonio indisponible que es el capital, estaría de hecho mermado en razón de las pérdidas sufridas.

Tanto la sociedad como sus acreedores pueden repetir por cualquier distribución de utilidades hecha en contravención de lo dispuesto en el art. 40º LGS, contra los socios que las hayan recibido, o exigir su reembolso a los administradores que las hubiesen pagado. Estos últimos son solidariamente responsables.

Sin embargo, los socios que hubiesen actuado de buena fe estarán obligados sólo a compensar las utilidades recibidas con las que les correspondan en los ejercicios siguientes, o con la cuota de liquidación que pueda tocarles.

Finalmente, está prohibido que el pacto social excluya a determinados socios de la repartición de utilidades (art. 39º LGS último párrafo).

La *"asunción, contribución o soportación" en las pérdidas*, es el otro aspecto de este elemento esencial de la sociedad. La ausencia de este riesgo desnaturalizaría completamente a la sociedad y estaría indicando que estamos en presencia de otro negocio jurídico.

En el segundo párrafo del art. 39º LGS se establece que todos los socios tienen la obligación de asumir la proporción de las pérdidas de la sociedad que se fijen en el pacto social o el estatuto. Tan sólo están exceptuados de esta obligación aquellos que hayan aportado únicamente servicios.

Si no se hubiese pactado expresamente, las pérdidas serán asumidas en la misma proporción que los beneficios.

La Ley establece la nulidad de los *pactos leoninos*, como aquellos que prescriban que alguno o algunos de los socios están excluidos de las utilidades, o que sean liberados de toda responsabilidad por las pérdidas, salvo el caso de los que aporten servicios si el pacto social o el estatuto así lo establecen.

89. LOS APORTES

Son aportes todas las prestaciones prometidas por el socio en vista de la futura consecución del fin social previsto en el momento del contrato. En la práctica, son objetos patrimoniales que salen del patrimonio del socio y pasan a integrar el fondo social.

El aporte es, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, una obligación de dar o hacer, sin otra contraprestación que el reconocimiento, por la sociedad, de que el titular tiene una parte de interés en ella. Es un requisito esencial en nuestra legislación mercantil (arts. 1º LGS: "Quienes constituyen la Sociedad convienen en *aportar* bienes y servicios"; y 22º LGS: "Cada socio está obligado frente a la sociedad por lo que se haya comprometido a *aportar* al capital..."; etc.). De tal forma que no hay sociedad sin aportaciones de bienes, de derechos o servicios.

La esencia de la aportación es consiste en ser medio para conseguir el fin común ("para el ejercicio en común de actividades económicas", dice el art. 1º LGS). De aquí se deduce que ha de referirse la aportación a un resultado futuro (no son aportaciones las prestaciones realizadas por los socios para compensar pérdidas).

a) Forma del aporte y bienes aportables

Los aportes pueden consistir en obligaciones de *dar* y en obligaciones de *hacer*. Las obligaciones de dar son aquellas que tienen por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella algún derecho real, o de transferir solamente el uso o la tenencia o de restituirla a su dueño, comprende las obligaciones de dar cosas ciertas, perfectamente determinadas; inciertas, a determinar; de dar cantidades de cosas, determinadas por su número, peso o medida; y de dar sumas de dinero (arts. 1132º al 1147º CC.).

Las obligaciones de hacer son aquellas que consisten en la prestación de algún servicio (arts. 1148º al 1157º CC.).

En las sociedades personales (colectivas y civiles) el aporte puede consistir en obligaciones de dar o hacer. En las sociedades de capital (anónima, comandita, etc.) los aportes deben consistir en obligaciones de dar, con exclusión de las de hacer (servicios). La Ley expresamente lo establece: "No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima" (art. 51º LGS).

Entre las obligaciones de dar, las aportaciones típicas son las de dinero que, aplicados a la adquisición de bienes o de servicios, se transforman inmediatamente en capital de explotación (art. 23º LGS). Pero es posible la aportación de bienes distintos del dinero, los bienes muebles e inmuebles (art. 25º LGS), títulos valores o documentos de créditos (art. 26º LGS), etc. Entre las obligaciones de hacer, el más común es la prestación de servicios (arts. 1º, 303º inc. 5 LGS).

b) A título de qué se aporta

Aportación a título de dominio. En ella el objeto de la aportación se transfiere en propiedad a la sociedad. La Ley establece que por regla general el aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado (art. 22º, segundo párrafo, LGS).

Aportación a título distinto al de dominio. La Ley prevé esta situación al disponer que cuando la aportación se realice a título distinto al de dominio, la sociedad

adquiere sólo el derecho transferido a su favor por el socio aportante (art. 22º, segundo párrafo, LGS). El más común es el aporte a título de uso; en ella el objeto de la aportación se transfiere temporalmente a la sociedad, bien por un plazo determinado, bien por toda la duración de la sociedad.

c) Aportes dinerarios

Es la aportación que puede denominarse normal en las sociedades. Los socios que están obligados a aportar sumas de dinero lo desembolsan en la oportunidad y condiciones estipuladas en el pacto social. La Ley establece que el aporte que figura pagado al constituirse la sociedad o al aumentarse el capital debe estar depositado, a nombre de la sociedad, en una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional al momento de otorgarse la escritura pública correspondiente (art. 23º LGS).

Otorgada la escritura pública de constitución y aun cuando no hubiese culminado el proceso de inscripción de la sociedad en el Registro, este dinero depositado puede ser utilizado por los administradores, bajo su responsabilidad personal, para atender gastos necesarios de la sociedad (*supra* Nº 100).

La Resolución Nº 200-2001/SUNARP, que aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades, al regular la efectividad del aporte de bienes dinerarios, señala (art. 35º), que, si el aporte es en dinero, deberá insertarse en la escritura pública el documento expedido por una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional, donde conste su abono en una cuenta a nombre de la sociedad.

d) Aportación de bienes muebles o inmuebles

La entrega de bienes inmuebles aportados a la sociedad se reputa efectuada al otorgarse la escritura pública en la que conste el aporte (arts. 22º, parte final, y 25º inc. 1 LGS).

La entrega de bienes muebles aportados a la sociedad debe quedar completada a más tardar al otorgarse la escritura pública de constitución o de aumento de capital, según sea el caso (arts. 22º, parte final, y 25º inc. 2 LGS).

Es posible aportar bienes muebles o inmuebles tanto en la constitución social como al acordarse un aumento social (cfr. art. 213º LGS).

El reglamento del Registro de Sociedades (Res. SUNARP Nº 200-2001), desarrolla los requisitos de inscripción de los bienes inmuebles y muebles registrados, señalando que, si el aporte es de bienes registrados, se deberá inscribir la transferencia a favor de la sociedad en el registro respectivo. El artículo 35º de este reglamento dispone que, si el aporte es de bienes inmuebles *no registrados*, bastará la indicación contenida en la escritura pública que son transferidos a la sociedad; y en este caso, deberá indicarse la información suficiente que permita su individualización. Tratándose de bienes muebles no registrados o cesión de

derechos, se requerirá la certificación del gerente general o del representante debidamente autorizado de haberlos recibido, y deberá indicarse la información suficiente que permita la individualización de los bienes.

Cuando se trate del aporte de una empresa, de un establecimiento comercial o industrial o de servicios, de un fondo empresarial o de un bloque patrimonial, será necesario adjuntar la declaración del gerente general, del administrador o de la persona autorizada de haberlos recibido, a efecto de proceder a la inscripción de esta modalidad de aporte. 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.

e) Aporte de títulos valores o documentos de crédito

Los títulos valores o documentos de crédito son aportables: letras de cambio, pagarés o vales a la orden, cheques, acciones, certificados de depósito a plazo fijo, warrants, y otros títulos públicos. Sin embargo, su aportación está subordinada a la aprobación por los demás socios.

La Ley dispone que si el pacto social admite que el socio aportante entregue como aporte títulos valores o documentos de crédito a su cargo, el aporte no se considera efectuado hasta que el respectivo título o documento sea íntegramente pagado (art. 26º, primer párrafo, LGS).

Por su parte, el art. 1233º CC. dispone que la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago sólo extinguen la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso. Se aprecia una diferencia con el tratamiento que hace la Ley; en el caso de las sociedades lo que se busca es que el importe representado en el documento ingrese realmente en el patrimonio de la sociedad.

La segunda hipótesis que prevé la Ley es que el pacto social puede contemplar que cuando el obligado principal (del aporte representado por títulos valores o documentos de crédito) no es el socio aportante, el aporte se entenderá cumplido con la transferencia de los respectivos títulos o documentos, con el endoso de los respectivos títulos valores o documentos y sin perjuicio de la responsabilidad solidaria prevista en la Ley (art. 26º, segundo párrafo, LGS).

La forma de acreditar el aporte ante el registro de sociedades será mediante el abono de los fondos en la cuenta de la sociedad, cuando el aporte consista en títulos valores o documentos de crédito a cargo del socio aportante. Cuando el obligado principal no es el socio aportante, el aporte de títulos valores o documentos de crédito se acreditará con la constancia expedida por el gerente, el administrador o la persona autorizada de haberlos recibido debidamente transferidos o endosados a favor de la sociedad.

f) Aporte de servicios

Entre los aportes no dinerarios más peculiares tenemos la aportación de trabajo o de servicios, muy usuales en las sociedades de tipo personal, como son las sociedades colectivas y civiles (cfr. art. 303º inc. 5 LGS). La Ley expresamente lo permite (art. 1º LGS).

Sin embargo, en las sociedades de capitales están textualmente prohibidos: "No se admite el aporte de *servicios* en la sociedad anónima" (art. 51º LGS).

Una particular ventaja tienen los que aportan únicamente servicios. El art. 39º LGS señala que todos los socios deben asumir la proporción de las pérdidas de la sociedad que se fije en el pacto social o el estatuto, exceptuándose de esta obligación a los socios que aportan únicamente servicios.

g) 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 sus respectivos valores (art. 27º LGS).

La Ley generaliza esta exigencia a todas las sociedades con el propósito de conferir un nivel mínimo de seriedad al valor que se le asigne a los aportes no dinerarios, con un informe de valorización respaldado necesariamente con la firma de un especialista responsable.

Sin embargo, en el caso de las sociedades anónimas, la Ley (art. 76º LGS) proporciona el mecanismo de revisión obligatoria de la valorización de estos aportes, el cual está a cargo del directorio. Asimismo, permite que cualquier accionista pueda solicitar que se compruebe judicialmente, por el proceso abreviado, la valorización mediante operación pericial (art. 76º, segundo párrafo, LGS).

El informe de valorización debe contener la información suficiente que permita la individualización de los bienes o derechos aportados. El informe debe estar suscrito por quien lo efectuó y contendrá su nombre, el número de su documento de identidad y domicilio (art. 36º, Res. SUNARP Nº 200-2001).

h) Saneamiento de los aportes

El CC. regula la obligación de saneamiento en los arts. 1484º a 1528º. El contenido de la obligación de saneamiento se expresa en el art. 1485º, cuando expresa que en virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por sus hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido a la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor. Son también de importancia sobre el particular, los arts. 1491º (saneamiento por evicción), 1501º (saneamiento por vicios ocultos), 1506º (vicio oculto en transferencia conjunta de bienes) y 1516º (perjuicio de la pérdida del bien asumido por el transferente) del CC.

Según el art. 28º LGS, el aportante asume ante la sociedad la obligación de saneamiento del bien aportado.

Si el aporte consiste en un conjunto de bienes que se transfiere a la sociedad como un solo bloque patrimonial, unidad económica o fondo empresarial, el aportante está obligado al saneamiento del conjunto y de cada uno de los bienes que lo integran.

Si el aporte consiste en la cesión de un derecho, la responsabilidad del aportante se limita al valor atribuido al derecho cedido pero está obligado a garantizar su existencia, exigibilidad y la solvencia del deudor en la oportunidad en que se realizó el aporte.

i) Riesgo de los bienes aportados

En materia de transmisión de riesgos no se aplican las normas del CC. sobre compraventa, sino las de la misma ley de sociedades y supletoriamente las disposiciones generales que sobre el riesgo y la evicción en las obligaciones de dar y de hacer contiene el CC.

En el art. 29º LGS se establece el criterio que rige toda esta materia, cuando se señala que el riesgo del bien aportado en propiedad es de cargo de la sociedad desde que se verifica su entrega.

El riesgo del bien aportado en uso o usufructo recae sobre el socio que realiza el aporte, perdiendo la sociedad el derecho a exigir la sustitución del bien. En este caso rige las disposiciones que sobre locación-conducción contiene el CC. (arts. 1666º y ss.), lo que significa que el aportante debe mantener a la sociedad en el uso y goce de la cosa durante el tiempo de duración del uso o usufructo; debe defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella; y debe igualmente hacer en la cosa los reparos necesarios que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del usuario.

j) Pérdida del aporte antes de su entrega

Conforme lo establece el art. 30º LGS, la pérdida del aporte ocurrida antes de su entrega a la sociedad produce los siguientes efectos:

1. Si se trata de un bien cierto o individualizado, la obligación del socio aportante se resuelve y la sociedad queda liberada de la contraprestación. El socio aportante queda obligado a indemnizar a la sociedad en el caso que la pérdida del bien le fuese imputable;
2. Si se trata de un bien incierto, el aportante no queda liberado de su obligación; y,
3. Si se trata de un bien a ser aportado en uso o usufructo, el aportante puede optar por sustituirlo con otro que preste a la sociedad el mismo beneficio.

La sociedad queda obligada a aceptar el bien sustituto salvo que el bien perdido fuese el objeto que se había propuesto explotar. En este último caso, el socio aportante queda obligado a indemnizar a la sociedad si la pérdida del bien le fuese imputable.

k) Mora en los aportes comprometidos

Los socios deben cumplir con los aportes comprometidos en los plazos acordados en el pacto social. La mora en su cumplimiento hace responsable al socio del pago de daños e intereses.

Contra el socio moroso, señala el segundo párrafo del art. 22º LGS, la sociedad puede exigir el cumplimiento de la obligación mediante el proceso ejecutivo (arts. 693º y ss. CPC) o excluir a dicho socio por el proceso sumarísimo (arts. 546º y ss. CPC).

En la sociedad anónima el pacto social 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 (art. 80º LGS).

Otra perjudicial consecuencia es la pérdida de las utilidades por el retraso en los aportes (cfr. art. 40º LGS). El socio moroso, aquel que está en atraso en sus pagos, en sus aportes, es el único que pierde el derecho a las utilidades. Esto en razón a que el socio a quien se la ha dado plazo para pagar su aporte está cumpliendo cabalmente con su compromiso con la empresa, y el pago es parte del acuerdo que se ha hecho con la sociedad. En tanto el accionista está cumpliendo tiene el derecho a percibir las utilidades de la empresa. Esta disposición, sin embargo, admite pacto en contrario, no es una norma imperativa.

El socio moroso pierde también su derecho a voto en la junta general de accionistas, en el caso de las sociedades anónimas. El socio que está al día en el pago de sus aportaciones no tiene porque sufrir ninguna consecuencia negativa. Él es un cumplidor de sus obligaciones para con la sociedad, en consecuencia, debe tener expedito su derecho a voto.

90. DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL

Toda sociedad necesita identificarse como persona jurídica titular de derechos, obligaciones y responsabilidades. La sociedad tendrá, según corresponda

a su forma societaria, una denominación o una razón social, que le sirve para diferenciarla.

a) La ***denominación social*** se aplica a las sociedades de capitales, e implica la utilización de un nombre de fantasía, que puede incluir el nombre de alguna persona física, socia o no socia. En este caso, además de las siglas e iniciales, también se puede utilizar un nombre abreviado. No es inscribible la sociedad que adopte una denominación abreviada que no esté compuesta por palabras, primeras letras o sílabas de la denominación completa. No es exigible la inclusión de siglas de la forma societaria en la denominación abreviada, salvo mandato legal en contrario (art. 15º Res SUNARP 200-2001)

b) La ***razón social*** es el nombre social que se forma incorporando el nombre de uno o más socios y exhibe la existencia de una responsabilidad subsidiaria, solidaria, e ilimitada, por ello es propia de las sociedades personales. En la razón social no cabe sigla, iniciales ni abreviatura (cosa distinta es la sigla que le corresponde a una sociedad de acuerdo al tipo que adopte: S.C. –Sociedad Colectiva– o S. Civil –Sociedad Civil–, etc.), puesto que, lo que interesa es identificar al socio que está detrás de la sociedad, quien precisamente no se esconde en el anonimato. Cuando en la razón social aparezca el nombre de una persona que no es socia, ésta o sus sucesores deberán comparecer en la correspondiente escritura pública brindando su consentimiento al uso de su nombre.

c) ***Protección y limitaciones en la elección de la denominación o razón social*** La nueva Ley ha ampliado la protección del nombre, tanto de la denominación social como de la razón social. Veamos enumerativamente aquellos mecanismos que son contemplados:

1. *Prohibición de coincidencia con otras denominaciones preexistentes.* El segundo párrafo del art. 9º LGS establece la prohibición de adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello. Esto implica que sea ilícita la adopción de nombres que por su semejanza con las de otras sociedades, puedan inducir al público a confusión. Con esto, la Ley ha ampliado el espectro de protección al nombre de las sociedades ya que anteriormente era más restringida, pues tan sólo se impedía la inscripción de nombres idénticos.

La creación de la denominación social es libre y podrá adoptarse cualquiera, siempre que no sea igual a la de otra sociedad preexistente. El vocablo "igual" ha de interpretarse conforme a la intención del legislador, esto es, no crear confusión respecto a terceros, por lo tanto no se limita a establecer una relación de identidad de nombres sino también de aproximación o analogía (Res. Nº 436-96-ORLC/TR, en *Gaceta Jurídica* [*Número especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades*], Lima, 1998, T. 53, p. 76).

No procede adoptar una denominación igual a la de otra sociedad preexistente, más aún siendo un nombre comercial notoriamente conocido. En todo caso, se debe acreditar la

existencia de un vínculo con ella, a fin de poder utilizar su nombre sin incurrir en usurpación (Res. Nº 242-96-ORLC/TR, en *Gaceta Jurídica* [*Número especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades*], Lima, 1998, T. 53, p. 77).

El Registro de Personas Jurídicas está impedido de inscribir a la sociedad incursa en esta prohibición.

Esta prohibición no tiene en cuenta la forma social.

De conformidad a lo preceptuado por el art. 16º del Reglamento del Registro de Sociedades se entiende que existe igualdad cuando hay total coincidencia entre una denominación o una razón social con otra preexistente en el índice de sociedades, cualquiera sea la forma societaria adoptada. También existe igualdad, en las variaciones de matices de escasa significación tales como el uso de las mismas palabras con la adición o supresión de artículos, espacios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones o signos de puntuación; el uso de las mismas palabras en diferente orden, así como del singular y plural.

2. *Prohibición de uso de nombres de organismos o instituciones públicas o protegidos por los derechos de propiedad industrial y de autor.* El cuarto párrafo del art. 9º LGS prohíbe la adopción de una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga nombres de organismos o instituciones que pertenezcan al Estado.

   Es ilícito también el uso de signos distintivos protegidos por las normas de propiedad industrial (cfrs. arts. 128º y ss., 162º de la LPI) o elementos protegidos por los derechos de autor (cfrs. arts. 1º, 3º al 9º de la LDA), salvo que se demuestre estar legitimado para ello.

   Los afectados tienen derecho a la modificación de la denominación o razón social por el proceso sumarísimo (arts. 546º y ss. CPC) ante el juez del domicilio de la sociedad que haya infringido la prohibición.

3. *Prohibición de adoptar una razón social o denominación protegida por la reserva de preferencia registral.* El último párrafo del art. 10º LGS establece que 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.

4. *Conservación del nombre del socio separado o fallecido.* La Ley ha introducido, en la primera parte del párrafo final del art. 9º LGS, una novedosa disposición al establecer que la razón social de una sociedad *intuitu personae* (civil o colectiva) 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.

5. *Inclusión del nombre de una persona ajena a la sociedad.* La parte final del último párrafo del art. 9º LGS establece que aquellos que no perteneciendo a la sociedad consiente la inclusión de su nombre en la razón social quedarán sujetos a la responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

d) Reserva de preferencia registral En el art. 10º LGS se ha mantenido una innovación que la Ley Nº 26364 había introducido en el art. 4º de la Ley anterior, la reserva de preferencia registral, que consiste en un derecho que tiene por finalidad salvaguardar el nombre, denominación (completa o abreviada) o razón social que ha sido elegido por los socios accionistas o titulares, durante el proceso de constitución o modificación del estatuto de una persona jurídica, en concordancia con el art. 1º del D. S. Nº 002-96-JUS de 11 de junio de 1996.

Es un trámite registral mediante el cual se impide que terceros obtengan la inscripción del nombre o los nombres que se han escogido para incorporarlos como *denominación* o *razón social* de una sociedad, operando este derecho tanto para las sociedades que recién se constituyan como para las que opten por cambiar o modificar su pacto social o estatuto, alcanzando esta protección a la denominación completa o abreviada de la sociedad.

El mencionado D. S. Nº 002-96-JUS ha creado el "Índice Nacional de Reserva de Preferencia Registral del Nombre, Denominación o Razón Social", reglamentando el procedimiento y estableciendo en su art. 6º que la vigencia de la reserva es de 30 días hábiles contados a partir del día siguiente al de su fecha de presentación, vencido el cual caduca de pleno derecho. Este plazo ha sido confirmado en este art. 10º de la LGS.

De conformidad con el art. 18º del Reglamento del Registro de Sociedades, la reserva de preferencia registral salvaguarda una denominación completa y, en caso de ser solicitada, su denominación abreviada, o una razón social, durante el proceso de constitución de una sociedad o de modificación del pacto social. Esta solicitud puede ser presentada por uno o varios socios, el abogado o el Notario interviniente en la constitución de una sociedad o en la modificación del pacto social, o por la persona autorizada por la propia sociedad, si ésta estuviera constituida. El plazo de vigencia de la Reserva es de treinta días naturales, contados a partir del día siguiente al de su concesión. Vencido el plazo la Reserva caduca de pleno derecho. La caducidad se produce, antes de este plazo, a solicitud de quien la pidió o por haberse extendido la inscripción de la constitución o modificación del pacto social materia de la Reserva. Cuando se trata de la reserva de la denominación de una sociedad cuya modalidad constitutiva es la de oferta a terceros, el reglamento del Registro de Sociedades, señala que la reserva de nombre se mantendrá vigente hasta que se inscriba la constitución de la sociedad o hasta que el Registro reciba el aviso de extinción del proceso de constitución (art. 23º del RRS).

91. DOMICILIO DE LA SOCIEDAD

El domicilio de la sociedad es el lugar, señalado en el estatuto, donde se desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración (art. 20º LGS, primer párrafo). La designación del domicilio social trae como consecuencia, entre otras, la de decidir respecto a la competencia jurisdiccional a la que estará sometida la sociedad; dónde puede exigírsele el cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído; cuál es el espacio geográfico donde normalmente deben tener lugar las reuniones de los órganos de expresión de la voluntad social, de gestión y de representación, etc.

Si la sociedad hubiese fijado un domicilio distinto al que aparece en el registro se puede considerar como tal, en caso de discordancia, cualquiera de ellos (art. 20º LGS, segundo párrafo). Esto, de acuerdo a lo establecido en el art. 35º del CC. ("A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos").

El tercer párrafo del art. 20º LGS no está estableciendo ninguna disposición sobre la nacionalidad de las sociedades. No es propio de una norma de este tipo legislar sobre este tema ya que es una materia propia del Derecho Internacional Privado. Se limita solamente a estipular que toda sociedad constituida en el Perú debe tener su domicilio en territorio peruano, salvo que su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país.

En caso que el domicilio de la sociedad se trasladase al extranjero, tienen los socios, según el inc. 2 del art. 200º LGS, el derecho a separarse de la sociedad.

En el asiento de inscripción del pacto social, del establecimiento de sucursal, o de sus modificaciones, deberá consignarse como domicilio una ciudad ubicada en territorio peruano, precisándose la provincia y departamento a que dicha ciudad corresponde.

92. DURACIÓN DE LA SOCIEDAD

La organización de una sociedad presupone una cierta estabilidad, una subsistencia en el tiempo. La sociedad requiere por ello que se establezca una duración determinada de tiempo. La Ley no fija ni mínimo ni máximo, sino que se determine ella. De esa forma se crea algo perdurable, algo que tendrá continuidad y su predeterminación confiere seguridad a los contratantes y a los terceros que contraten con la sociedad.

La duración de la sociedad está sujeta a la voluntad de los socios. Las sociedades pueden constituirse, según el art. 19º LGS, por un plazo de duración concreto o determinado o por tiempo indefinido (este último es el más frecuente). Cuando la sociedad se constituye por un término fijo (las sociedades colectivas tienen obligatoriamente plazo fijo de duración: art. 267º LGS), y salvo que sea prorrogado con anterioridad, el vencimiento del mismo la disuelve de pleno derecho, que-

dando incursa la sociedad en la causal de disolución prevista en el art. 407º inc. 1 LGS. El acuerdo de prórroga debe adoptarse antes del vencimiento del plazo de duración y además inscribirse este acuerdo en el Registro.

Por lo general las sociedades signan como fecha de comienzo de las operaciones sociales la fecha del otorgamiento de la escritura respectiva. El Reglamento del Registro de Sociedades establece la obligación de indicar si el plazo es determinado o indeterminado y la fecha de inicio de sus actividades. Cuando el plazo de duración de la sociedad o sucursal sea determinado, se indicará la fecha de vencimiento, si éste hubiese sido señalado (art. 27º RRS). Vencido el plazo determinado de duración de la sociedad o de la sucursal, el Registrador no inscribirá ningún acto, salvo aquellos referidos a la disolución, liquidación, extinción o cancelación o los necesarios para dichos actos.

93. OBJETO DE LA SOCIEDAD

El objeto social está constituido por los actos o categorías de actos que en virtud del pacto social de constitución podrá realizar la sociedad, para lograr el fin común al que aspiran los socios. La descripción de las actividades en que consiste el objeto social es un elemento necesario del contrato de sociedad ya que serán estas actividades las destinatarias de las aportaciones de los socios.

El art. 11º LGS establece que los negocios u operaciones lícitos que constituyen el objeto social deben ser descritos *detalladamente*, entendiéndose que los actos relacionados con tales negocios y operaciones que coadyuvan a la realización de sus fines, también se consideran incluidos, aunque no estuviesen expresamente indicados en el pacto social o estatuto.

Esta es una disposición orientada a garantizar los derechos de terceros y de los socios minoritarios. Cualquier acto o contrato que se aparte del objeto social implica desviar la sociedad de sus fines propios y adoptar un camino por el cual no hubo *animus societatis*, por lo que devienen en actos de responsabilidad de los representantes que realizan el acto.

El objeto social debe ser además *posible* y *lícito*:

El objeto fijado en el pacto social debe ser de cumplimiento o realización *posible* (art. 140º inc. 2 CC.). En caso contrario, es decir si en el acto constitutivo se fijara como objeto algo imposible de realizar, la sociedad será nula. Pero si la imposibilidad de lograr el objeto social es sobreviniente, posterior al contrato, entonces la sociedad se disuelve (art. 407º inc. 2 LGS).

La *ilicitud* del objeto social produce la nulidad del pacto social. El art. 33º LGS señala que el pacto social será declarado nulo cuando el objeto de la sociedad recaiga en una actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (cfr. art. V del T.P. del CC.). Es más, el art. 410º LGS autoriza al poder ejecutivo a disolver aquellas sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

a) Actos que exceden el objeto social: La doctrina de los actos ultra vires. Se denominan actos *ultra vires* aquellos que realizan los apoderados de una sociedad mercantil y que no están contemplados expresamente en el objeto. Son acuerdos que exceden las fuerzas o capacidad del órgano para adoptarlo, superan el límite mayor de capacidad de todo órgano social. En atención a esta doctrina los actos realizados en exceso del objeto social son nulos, incluso irratificables por la sociedad, aun cuando conste el consentimiento de todos los accionistas.

La actual Ley ha confirmado la posición doctrinaria de nuestro ordenamiento jurídico respecto de los acuerdos *ultra vires*, prohibiendo de manera terminante cualquier exceso de los administradores sobre la finalidad dispuesta por el estatuto: éstos no pueden tomar decisiones simplemente contrarias o ajenas al objeto social porque serían *ultra vires*. El segundo párrafo del art. 38º LGS establece que serán nulos aquellos 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.

No obstante ello, el art. 12º LGS, en su primer párrafo, plasma la protección que otorga la ley al tercero de buena fe que contrata con la sociedad. Si los representantes de una sociedad celebran determinados actos o contratos dentro de los límites de las facultades que le han sido conferidas, pero comprometiéndola en negocios u operaciones no comprendidas en su objeto social, aquellos deben ser cumplidos por la sociedad. De esta manera, si el directorio o la junta general de una sociedad anónima faculta a su gerente o apoderados a celebrar actos que exceden de su objeto social, éstos obligarán definitivamente a la sociedad. La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social (art. 12º, último párrafo LGS), es decir, en tal caso no podemos referirnos a actos nulos, sino más bien ineficaces.

El art. 172º LGS recoge también esta posición al establecer que el directorio tiene las facultades de gestión y representación social necesarias para la administración de la sociedad *dentro de su objeto*, con excepción de los asuntos que la Ley o el estatuto atribuyan a la junta general (concordante con los arts. 12º, 171º y 177º LGS).

De otro lado, el segundo párrafo del art. 12º LGS dispone que los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que *extralimitan su objeto social* y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese comprenderles.

b) Prohibición de tener por objeto social determinadas actividades. El segundo párrafo del art. 11º LGS estipula que la sociedad no puede tener por

objeto social desarrollar actividades que la Ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas. Hay que tener en cuenta que numerosas actividades económicas tienen una regulación especial, como es el caso del sistema financiero o del mercado bursátil; en esos casos la Ley exige determinadas formalidades para desenvolverse en la particular actividad que realizan.

c) El derecho de separación. La exigencia de que los negocios u operaciones lícitos que constituyen el objeto social deben ser descritos *detalladamente*, se justifica por la necesidad, como ya se ha afirmado, que tienen los demás socios y posibles terceros acreedores, de conocer en qué se invertirá el patrimonio social.

Es debido a la importancia que tiene la determinación del objeto social, que la LGS concede expresamente al socio, en determinados supuestos, la posibilidad de ejercitar el *derecho individual de separación*; el cambio en el objeto social es uno de estos supuestos que la Ley considera como causal de separación (art. 200º inc. 1 LGS).

Sólo podrán ejercitar este 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.

94. CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR LA RESPONSABILIDAD

Atendiendo a la responsabilidad, las sociedades se clasifican en sociedades de responsabilidad limitada y sociedades de responsabilidad ilimitada. La referencia a la responsabilidad alude a la que corresponde a los socios, no a la sociedad. Esta responde con todos sus bienes por las resultas de su actividad. Pero en relación a los socios, se trata de sociedades de responsabilidad limitada, la responsabilidad se limita únicamente al monto de lo que aportaron o de lo que se comprometieron a aportar. En cambio, en las sociedades de responsabilidad ilimitada, la responsabilidad de los socios se extiende a todos los bienes del socio, aun a los no aportados. La responsabilidad ilimitada es, además, solidaria. El socio responde en forma solidaria con la sociedad por las deudas de ésta.

Caso típico de sociedad de responsabilidad ilimitada es la sociedad colectiva. Sociedades de responsabilidad limitada, son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada propiamente dicha.

Hay responsabilidad mixta en las sociedades en las que unos socios son ilimitadamente responsables y otros lo son sólo limitadamente, como ocurre en las sociedades comanditarias. Los socios colectivos responden con todos sus bienes por las resultas de los negocios sociales, mientras que los comanditarios responden sólo hasta el monto de sus aportes.

95. SOCIEDADES DE PERSONAS Y SOCIEDADES DE CAPITALES

Esta es otra explicación que se hace de las sociedades y que no resulta del todo exacta porque en toda sociedad tienen que coexistir ambos elementos, el elemento personal, o sea, los socios que la forman, y el elemento capital, o sea el elemento material, constituido por el aporte de los socios. De este modo, cuando se aplica el criterio de diferenciación entre una y otra clase de sociedades, se atiende al elemento predominante en unas y otras.

En las sociedades de personas predomina la consideración al elemento personal. No es indiferente que sea socio de una sociedad una persona u otra. Si se trata de persona de solvencia económica o moral, este hecho influye en la vida de la sociedad. Tal ocurre en las sociedades colectivas, en vista de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por las deudas sociales. La persona de los socios es tomada en cuenta por los acreedores para el otorgamiento de los créditos, puesto que aquellos son responsables en caso de insolvencia de la sociedad. En cambio, en las sociedades de capitales, la consideración a la persona de los socios no tiene esa importancia, pues la influencia del socio en la vida de la sociedad se mide por los aportes que hubiese efectuado. A los acreedores les resulta indiferente el patrimonio de los socios, las calidades personales de éstos, puesto que en último término lo que responderá por el importe de sus créditos es únicamente el patrimonio de la sociedad.

96. CLASES DE SOCIEDADES

El principal criterio que clasifica las sociedades, se basa en la distinta responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

Las sociedades pueden estar organizadas, en función de ese criterio, o con una base personal o por interés (*intuitu personae*) o con una base capitalista (*intuitu pecuniae*). Dentro de las primeras, en esta Ley se regulan las sociedades colectivas (art. 265º y ss. LGS) y civiles (art. 295º y ss. LGS); dentro de las segundas, las sociedades anónimas (art. 50º y ss. LGS) y las de responsabilidad limitada (art. 283º y ss. LGS); constituyen formas mixtas, las comanditarias (art. 278º y ss. LGS). Ahora bien la clasificación puede ampliarse, en cuanto a matices: por ejemplo, la sociedad anónima cerrada (art. 234º y ss. LGS) y la sociedad de responsabilidad limitada (art. 283º y ss. LGS) son sociedades de capitales, pero híbridas; tienen componentes de sociedades de personas. E igual, las comanditarias por acciones (art. 282º y ss. LGS), son sociedades de personas pero impregnadas con ingredientes de sociedades de capitales.

La elección de este criterio se fundamenta en razones de seguridad jurídica al otorgar mayor transparencia a la organización societaria, posibilitar un mejor conocimiento a los terceros que contraten con la sociedad y facilitar un mejor desenvolvimiento de la actividad comercial en general.

Nuestra Ley contempla las siguientes clases de sociedades:

1) Sociedad anónima. Que a su vez puede adoptar la modalidad de:
   a) Sociedad anónima cerrada.
   b) Sociedad anónima abierta.
2) Sociedad colectiva.
3) Sociedad en comandita. Que a su vez pueden ser:
   a) Sociedad en comandita simple.
   b) Sociedad en comandita por acciones.
4) Sociedad comercial de responsabilidad limitada.
5) Sociedad civil.

Existen además otras sociedades comerciales que están sujetas a una legislación especial, como ocurre en el caso de los bancos y compañías de seguros, cuyas actividades están sujetas a la vigilancia de Superintendencia de Banca y Seguros, o las sociedades titulizadoras y sociedades agentes de bolsa que se encuentran bajo la supervisión de la CONASEV.

Otras formas societarias, como son las cooperativas y las mutuales, no son sociedades mercantiles en la ley peruana. En algunos países las cooperativas están consideradas como sociedades mercantiles.

97. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

La Ley distingue dos sistemas de constitución, ya recogidos en la doctrina y en la legislación comparada: la constitución llamada *simultánea*, en la cual la sociedad se constituye en un solo acto por convenio entre los socios fundadores, y la constitución llamada *sucesiva* o *por oferta a terceros*, en la cual la sociedad no se constituye hasta que se cumple la última fase de un complicado proceso, uno de cuyos momentos es el de la íntegra suscripción del capital. Hay que advertir que la sociedad anónima es la única que puede constituirse mediante las dos modalidades.

La *constitución simultánea*, denominada también constitución *unitaria*, porque el pacto social y el compromiso de aportación del capital se realizan en un solo acto. Es el sistema predominante en la práctica comercial. En esta modalidad, los socios fundadores, al momento de otorgarse la escritura pública que contiene el pacto social y el estatuto correspondiente, se identifican con los primeros accionistas; adquieren personalmente la obligación de aportar, íntegramente, el capital social (cfr. también arts. 53º y ss. LGS).

La constitución simultánea requiere únicamente cumplir con los trámites del otorgamiento de la escritura pública y su inscripción en el Registro. Este procedimiento asegura, desde el momento de la escritura, el nacimiento de la sociedad.

La sociedad colectiva, las sociedades comanditas, la sociedad comercial de responsabilidad limitada y las sociedades civiles se deberán constituir en un solo acto.

La *constitución sucesiva o por oferta a terceros* se caracteriza por el hecho de que la constitución atraviesa una serie de etapas en las cuales los socios fundadores despliegan su actividad específica hasta dejar constituida la sociedad y en funciones (art. 56º y ss. LGS). En este caso, los promotores de la sociedad (fundadores) preparan un programa suscrito por ellos, al que se le da publicidad y que debe contener un resumen del objeto que ha de tener la sociedad y de las estipulaciones del contrato (arts. 57º y ss. LGS).

Suele recurrirse a esta forma de constitución cuando es necesario poner en movimiento grandes capitales para hacer realidad algún proyecto empresarial, haciendo partícipes a un gran número de socios para que aporten los capitales de los que carecen los fundadores.

La oferta a terceros a que se alude aquí, no necesariamente es equivalente a la llamada oferta pública. Cuando la oferta a terceros tenga la condición legal de oferta pública le es aplicable la legislación especial que regula la materia, que no es otra que la Ley del Mercado de Valores y sus normas reglamentarias y complementarias.

La sociedad surge con el pacto social y nace como persona jurídica a la vía de relación por la inscripción en el Registro Mercantil. Entre ambos momentos se desarrollan las fases de la constitución entre las que puede distinguirse el *acto jurídico de fundación* –que asume apariencias contractuales– del *acto de la inscripción* en el registro, que dota de personalidad jurídica a la sociedad nacida del pacto social.

Según el art. 5º LGS, la sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social y el estatuto; para cualquier modificación de éstos, se requiere la misma formalidad, debiéndose nombrar en la escritura de constitución a los primeros administradores de acuerdo con las características de cada forma societaria. Los actos señalados serán materia de inscripción en el Registro de Personas Jurídicas.

Ahora bien, ambas exigencias de la ley (escritura pública e inscripción), son igualmente exigibles para cualquier ulterior modificación del contrato originario (art. 198º LGS). La inscripción se hará en el registro correspondiente al lugar del domicilio de la sociedad.

98. CONTENIDO DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE CONSTITUCIÓN

Ordinariamente, la escritura pública es la forma solemne de un contrato y en este caso lo es del pacto social que da origen a la sociedad.

La exigencia formal de la escritura pública implica una excepción al principio general de libertad de la forma contractual, excepción que se explica por la impor-

tancia misma de la sociedad, de su pacto social y estatutos, por la complejidad habitual de sus cláusulas y por las consecuencias que trae la constitución de la sociedad en orden al nacimiento de un ente jurídico nuevo.

a) El pacto social

El art. 5º LGS nos indica que la escritura de constitución deberá incluir "el pacto social, que incluye el estatuto". El hecho de que ambas cosas –pacto social y estatuto– surjan al mismo tiempo y bajo la misma forma solemne, no debe inducirnos a confundirlas.

El pacto social o es el documento que da forma a la sociedad cualesquiera fuera su clase, y los estatutos son las normas que en lo sucesivo regularán la vida institucional de la sociedad. Es por esta razón que es fácil distinguir el pacto de los estatutos.

El contenido del pacto social en la escritura de constitución se agota en las menciones que se hagan respecto a la clase de sociedad que se constituye. De manera descriptiva podemos decir que el pacto social es el documento originario que mínimamente debe incluir lo siguiente:

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 fundadores de constituir una sociedad;
3) el monto del capital suscrito y la forma de su pago;
4) el nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores; y
5) El estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad.

La Ley establece que si el pacto social no se hubiera elevado a escritura pública, cualquier socio, puede demandar su otorgamiento por la vía del proceso sumarísimo (art. 5º LGS).

b) El estatuto

El estatuto constituye el conjunto de normas que rige el funcionamiento de la sociedad; contiene las reglas que debe respetar la sociedad y establece los derechos de los socios y de terceros respecto de la sociedad. Su contenido es complejo y debe regular en forma detallada cada uno de los aspectos de la vida de la sociedad.

El art. 5º LGS, al establecer que "el pacto social incluye el estatuto", está extendiendo la aplicación de este último a todas las formas societarias. La Ley anterior

estipulaba que el estatuto era un documento particular y privativo de la sociedad anónima. En la nueva Ley se dispone que *toda sociedad tiene que tener un estatuto*.

En el estatuto se deberá consignar los requisitos que para cada tipo de sociedad exige la Ley, siendo entre otros los que siguen:

1) la denominación o razón social de la sociedad;
2) el domicilio de la sociedad;
3) el plazo de duración de la sociedad, con la fecha de la iniciación de sus operaciones;
4) el objeto social;
5) la descripción e integración del capital;
6) el monto de los aportes;
7) el régimen de los órganos de la sociedad;
8) requisitos para la modificación de sus estatutos;
9) balance general anual y distribución de las utilidades;
10) el régimen de disolución, liquidación y extinción de la sociedad;
11) los convenios entre socios o entre éstos y terceros; y,
12) los demás pactos que se acuerden dentro de los alcances de la Ley.

99. INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD DEL PACTO SOCIAL

No sólo se exige la escritura pública sino la inscripción del pacto social en el Registro. Es preocupación de la Ley que el proceso de la creación de la sociedad culmine en el acto inscriptorio. Por ello faculta a cualquier socio para demandar en primer lugar el otorgamiento de la escritura correspondiente, estableciendo que el trámite a seguir es del proceso sumarísimo para lograr en esta forma una pronta decisión judicial.

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 (art. 16º LGS). De conformidad con el inciso a) del artículo 3º del Reglamento del Registro de Sociedades, el pacto social que incluye el estatuto y sus modificaciones, constituyen actos inscribibles. Cuando se trate de la inscripción de sociedades, sucursales y acuerdos societarios que requieran la previa autorización, permiso o licencia de un organismo, dependencia o entidad pública sólo procederá si en la escritura pública respectiva se *inserta* el documento que la contenga, y en los casos en que la Ley no requiera tal inserción, acompañando copia certificada de la autorización, permiso o licencia.

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.

a) Derecho a solicitar el otorgamiento de la escritura pública. Como ya se ha dicho, el nacimiento de la sociedad como persona jurídica está ligado a determinadas formalidades (otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro). El art. 5º LGS impone a las sociedades la obligación de hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública que se presentarán para su inscripción en el Registro Mercantil, a las mismas modalidades y formalidades quedan sujetas las escrituras adicionales que modifiquen el contrato primitivo.

En el último párrafo del art. 5º LGS se consagra el derecho de cualquier a demandar el otorgamiento de la escritura pública de constitución cuando el pacto social no se hubiese elevado a dicha condición, lo cual se podrá lograr a través del proceso sumarísimo (arts. 546º y ss. del CPC).

Asimismo, el art. 15º LGS dispone que cualquier socio o tercero con legítimo interés puede demandar judicialmente, por el proceso anteriormente mencionado, 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 treinta días, como lo señala el art. 16º LGS.

b) Efectos jurídicos de la inscripción. El principal efecto jurídico de la inscripción de una sociedad es que adquiere personalidad jurídica que la mantendrá hasta que se inscriba su extinción (art. 6º LGS.). Sin inscripción la sociedad sólo existe entre las partes contratantes, es una sociedad *irregular* (arts. 423º y ss. LGS).

Según el art. 77º CC., la existencia de la persona jurídica como es la sociedad comienza el día de su inscripción en el registro respectivo.

c) Responsabilidad de los otorgantes o administradores por la no inscripción. El art. 18º LGS establece que 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 16º LGS (pacto social y estatuto).

De este modo la Ley permite que los titulares de la acción de responsabilidad puedan dirigirse contra cualquiera de los otorgantes o administradores (a su elección) por los daños y perjuicios producto de la tardanza o atraso, reclamando del demandado la indemnización correspondiente.

Conforme aparece de lo establecido en el artículo 16º de la LGS, 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. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12º del reglamento del registro de Sociedades no se requiere mandato judicial para efectuar inscripciones después de vencidos los plazos previstos en la Ley, artículo que mantiene concordancia con lo señalado en el artículo 162º del RRS para el caso de la regularización voluntaria.

d) Actos anteriores a la inscripción Toda vez que el contrato como el proceso fundacional de la sociedad por lo general es siempre más o menos largo, durante el período de constitución los fundadores o promotores suelen concluir actos y contratos a nombre y por cuenta de la persona jurídica naciente. El art. 7º LGS aborda directamente el difícil problema que producen estos actos celebrados a nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil ya que, como hemos visto anteriormente después, ésta adquiere personalidad jurídica desde el momento de su inscripción (art. 6º LGS).

El objeto fundamental de esta disposición consiste en determinar en qué condiciones obligan a la sociedad, una vez inscrita en registro, los actos concluidos en su nombre antes de la inscripción.

Tres hipótesis se presentan en este caso:

1) En principio los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro sólo son válidos de un modo condicional. La doble condición consiste en: 1º que la sociedad se inscriba; 2º que la sociedad ratifique dichos actos dentro de los tres meses siguientes. Si la sociedad no llega a inscribirse o si después de inscrita no las ratifica, los actos celebrados a nombre de ella no tiene validez alguna y, por tanto, no surten efecto (cfr. art. 77º CC., segundo párrafo).

2) Si la sociedad no llega a inscribirse o si transcurridos tres meses después de la inscripción los actos no son ratificados por aquélla, el tercer contratante no podrá dirigirse contra la sociedad reclamando el cumplimiento del contrato por la sencilla razón de que el contrato no es válido. Mas como no sería justo privarla de todo derecho después de haber contratado fundándose en la confianza que le inspiraban los otorgantes o administradores de la sociedad y en las promesas que éstos probablemente le hicieron en el sentido de que la sociedad habría de constituirse legalmente y habría de asumir los mencionados actos, la Ley les concede a estos terceros acción contra aquellos en la última parte del art. 7º LGS: "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 aquellos con quienes hayan contratado y frente a terceros".

3) El art. 71º LGS establece una excepción en el caso de las sociedades anónimas. Aquí, si la sociedad no se pronunciara en el plazo de tres meses al que alude el art. 7º LGS, se presumirá que los actos y contratos, celebrados con anterioridad a la inscripción de la sociedad, por los fundadores han sido ratificados. Anteriormente, los fundadores o representantes se quedaban expuestos a la volu ntad y decisión de la junta o del directorio, con respecto a la ratificación de sus actos celebrados en el período previo a la inscripción. Se espera ahora que la junta o el directorio tengan la diligencia necesaria para ratificar en el plazo de ley tales actos y contratos.

Los supuestos anteriormente expuestos no se aplican a los gastos que necesariamente han de realizarse para la constitución de la sociedad.

100. GASTOS NECESARIOS PARA LA CONSTITUCIÓN

Los gastos necesarios para la constitución de la sociedad son siempre de cuenta de la sociedad, sin que se requiera ninguna declaración de ella en el sentido de aprobarlos: aunque no los apruebe, tendrá que pagarlos. La sola condición es que sean necesarios.

El art. 24º LGS autoriza expresamente a los administradores a utilizar, aun cuando no hubiese culminado el proceso de inscripción de la sociedad en el Registro, el dinero depositado por concepto de aportes al capital (art. 23º LGS), para satisfacer los gastos que el proceso de constitución origine. Esta autorización para efectuar estos gastos procede solamente después de otorgada la escritura pública de constitución.

Hay que entender por *necesarios*, los gastos del abogado, los notariales y registrales y los pagos por tributos o tasas que pudieran afectar al acto constitutivo o al capital.

En el caso de la sociedad anónima debe entenderse como administradores al directorio y a la gerencia (arts. 152º, 153º y 185º LGS); en el caso de la de responsabilidad limitada, a la gerencia (art. 287º LGS). En las demás formas societarias (colectivas, comanditarias y civiles), sus respectivas administraciones.

101. PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

El principal efecto jurídico de la inscripción de la sociedad es que con este acto adquiere una personalidad jurídica, que la mantendrá hasta que inscriba su extinción. De este modo, la sociedad tiene un nombre (que puede ser una razón social o una denominación), un patrimonio, un domicilio, capacidad para obligarse, mediante sus personeros, no faltando quienes le atribuyen nacionalidad.

La sociedad, como toda persona jurídica, necesita valerse de personas físicas para expresar su voluntad, tanto en lo referente los actos de administra-

ción como de representación en relación con terceros. El representante obliga a la sociedad en la medida de las facultades que se le confiere o de las que la Ley le atribuye.

La personalidad jurídica genera consecuencias muy importantes para la sociedad:

1) le confiere la condición de sujeto de derecho (ente dotado de derechos y obligaciones) con capacidad jurídica plena, tanto para adquirir y obligarse en el tráfico, como para ser titular frente a los socios de derechos y obligaciones propias (arts. 11º, 12º, 13º, 104º y otros de la LGS) sin que el objeto social constituya por sí una limitación a esa capacidad;

2) le atribuye también autonomía patrimonial; la sociedad es titular de un patrimonio propio (conjunto de bienes, derechos y obligaciones, art. 21º LGS) distinto de los socios, aunque inicialmente esté formado por las aportaciones de éstos (la distinción entre patrimonio social y bienes particulares de los socios está presente en determinados preceptos de la Ley: art. 22º LGS);

3) entraña la separación de responsabilidades entre la sociedad y los socios (arts. 51º y 283º LGS); una y otros responden del cumplimiento de sus propias obligaciones con sus respectivos patrimonios. Sin embargo, en las sociedades colectivas (arts. 265º y ss. LGS) y comanditarias (art. 278º LGS) los socios colectivos responden solidariamente de las deudas sociales);

4) la sociedad tiene un nombre propio y exclusivo, un domicilio y una nacionalidad (arts. 9º y 20º LGS); y,

5) por último, la persona jurídica social necesita valerse de personas físicas, que desarrollando la actividad propia de la empresa que constituya su objeto le permitan la consecución de la sociedad; esas personas físicas a las que la Ley faculta para decidir sobre los asuntos sociales manifestando la voluntad de la sociedad, y para obligar a ésta con sus actos, tienen la denominación de órganos sociales. La sociedad interna y externamente actúa mediante estos órganos sociales según el tipo de sociedad (arts. 12º, 21º y 14º LGS).

La personalidad jurídica de la sociedad termina con la inscripción de su extinción (parte final del art. 6º LGS). La Ley, en la sección cuarta del Libro IV, en forma sistemática, regula la extinción de las sociedades como la fase final del proceso de disolución y liquidación de las sociedades.

El art. 36º LGS establece que la sociedad puede *mantener su personalidad jurídica*, sólo para los fines de la liquidación, aun cuando exista sentencia firme que declare la nulidad del pacto social y se haya ordenado su inscripción en el Registro y se declare de pleno derecho la sociedad.

La declaración de nulidad de la sociedad no puede acarrear la de todos los actos realizados durante su existencia, puesto que ha vivido con una irregularidad aparente hasta el día en que se ha pronunciado la resolución judicial de nulidad.

102. NACIONALIDAD DE LA SOCIEDAD

El C. de C. en la parte final del art. 21º alude a las "sociedades extranjeras", para el efecto de establecer la obligación de inscribirlas en el Registro Mercantil, debiendo acreditarse, mediante la certificación que expide el Cónsul peruano, que ellas están organizadas en el país respectivo y autorizadas para ejercer el comercio en él.

De este modo, la sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país. La sociedad constituida y con domicilio en el extranjero que desarrolle habitualmente actividades en el Perú puede establecer sucursal u oficinas en el país y fijar domicilio en territorio peruano para los actos que practique en el país. De no hacerlo, se le presume domiciliada en Lima.

En doctrina se han formulado muchos criterios respecto a la nacionalidad de las sociedades. Para unos, la nacionalidad de la sociedad es la de los socios que la forman; para otros, es la sede social o domicilio de explotación; para otros es la nacionalidad de quienes la dirigen.

En todo caso, para los que acepten la tesis de la nacionalidad de las sociedades, no se les reconoce este atributo con las mismas características que a las personas físicas.

103. ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD

Hay que distinguir entre *administración* y *representación* de una sociedad. La *administración* hace referencia a la esfera "interna" de la sociedad y a las relaciones de los socios entre sí; en cambio la *representación* se refiere a la actuación "externa" de la sociedad, en sus relaciones con los terceros.

Normalmente la representación está unida a la función administradora y la Ley presume que todo administrador es también representante de la sociedad, salvo disposición expresa en contrario.

a) Designación de administradores y representantes sociales. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria (art. 5º LGS). Los administradores declaran y ejecutan la "voluntad" de la sociedad, no son sus mandatarios, sino la sociedad misma. En el asiento de inscripción, se consignará el nombre completo del administrador, liquidador o representante y el número de su documento de identidad.

El art. 14º LGS establece que el nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por ésta surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes.

b) Inscripción de la designación y cesación. Los actos o cualquier revocación, renuncia, modificación o sustitución de los administradores, liquidadores o cualquier representante de la sociedad o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso (art. 14º, segundo párrafo, LGS).

Las inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente. No se requiere inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar (art. 14º, tercer párrafo, LGS). El nombramiento de gerentes, administradores, liquidadores y demás representantes de sociedades y sucursales, su revocación, renuncia, modificación o sustitución, la declaración de vacancia o de suspensión en el cargo; sus poderes y facultades, la ampliación o revocatoria de los mismos, la sustitución delegación y reasunción de éstos, se inscribirán en mérito del parte notarial de la escritura pública o de la copia certificada notarial de la parte pertinente del acta que contenga el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente. No se requiere acreditar la aceptación del cargo o del poder.

En lo que se refiere a la extinción del nombramiento por vencimiento del plazo para el cual fueron elegidos ni la LGS ni el Reglamento del Registro de Sociedades (RRS) contemplan esta situación; este último señala en su artículo 3º que son inscribibles el nombramiento, la revocación, la renuncia, la remoción, la modificación o sustitución de los nombrados, los poderes, su modificación, su aceptación, la revocación de sus facultades, la sustitución, la delegación y la reasunción de las mismas.

Igualmente el CC. en su artículo 2025º, en lo que se refiere a los actos inscribibles en los libros de asociaciones, fundaciones y comité, no hace referencia tampoco a la inscripción de la extinción del nombramiento del plazo para el cual fueron elegidos.

En este sentido, la Resolución del Tribunal Registral Nº 031-2002-ORCL/TR, de 22 de enero de 2002, ha establecido como criterio de observancia obligatoria que no constituye acto inscribible la extinción del mandato del órgano directivo de una persona jurídica, en virtud a solicitud sustentada en el vencimiento del período por el cual fue elegido.

c) Alcances de la representación. El pacto social determina el marco de actuación de los representantes y administradores sociales y es el que condiciona la imputación de un acto a la sociedad.

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de

los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social (art. 12º, primer párrafo, LGS).

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles (art. 12º, segundo párrafo, LGS).

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social (art. 12º, tercer párrafo, LGS).

El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto (art. 14º, último párrafo, LGS).

d) 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 (art. 13º LGS).

104. CONTRATOS PREPARATORIOS EN SOCIEDADES

La Ley establece (art. 41º LGS) que los contratos preparatorios que celebren las sociedades reguladas por esta Ley o los contratos que tengan por objeto las acciones (art. 82º LGS), participaciones o cualquier otro título emitidos por ellas son válidos *cualquiera sea su plazo*, salvo cuando esta Ley señale un plazo determinado. A esta disposición se sujetan todos los compromisos de contratar, las opciones de compra y venta o la promesa de celebrar cualquier clase o modalidad de contrato, de títulos como los derechos especiales de los fundadores (art. 72º LGS), el derecho de suscripción preferente (art. 103º LGS), los títulos de participación (art. 104º inc. 2 LGS) y las obligaciones (art. 304º LGS).

En este sentido no alcanza a las sociedades, los plazos previstos en los arts. 1416º y 1423º del Código Civil. El art. 41º LGS ha flexibilizado el plazo máximo de seis meses que estableció el art. 1423º CC. al disponer que toda opción estaba sujeta a un plazo máximo de seis meses y que cualquier exceso debía reducirse a este límite. Este era un plazo evidentemente corto en las actividades societarias.

Los contratos preparatorios más utilizados son los denominados contratos de opción, que el art. 1419º CC. define como aquel en donde una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

105. CORRESPONDENCIA DE LA SOCIEDAD

La Ley exige que en la correspondencia de la sociedad se indique, cuando menos, su denominación, completa o abreviada, o su razón social y los datos relativos a su inscripción en el Registro (art. 42º LGS).

Toda sociedad necesita identificarse como persona jurídica titular de derechos, obligaciones y responsabilidades. La sociedad tiene, pues, según corresponda a su forma societaria, una denominación o una razón social que le sirve para diferenciarla (art. 9º LGS).

Asimismo, quien no anuncia los datos de su inscripción registral pone en evidencia la informalidad de su situación: se trataría de una sociedad de hecho o irregular.

106. PUBLICACIONES

Las publicaciones sobre convocatorias, acuerdos y otros actos societarios regulados en la LGS serán hechas en el periódico del lugar del domicilio de la sociedad encargado de la inserción de los avisos judiciales (art. 43º, primer párrafo, LGS).

Las sociedades con domicilio en las provincias de Lima y Callao harán las publicaciones cuando menos en el Diario Oficial *El Peruano* y en uno de los diarios de mayor circulación de Lima o del Callao, según sea el caso (art. 43º, segundo párrafo, LGS).

a) Actos societarios que deben ser publicados. Los siguientes actos societarios son objeto de publicación de acuerdo a la ley:

1) El aviso de convocatoria de la junta general obligatoria anual y de las demás juntas previstas en el estatuto: con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración. En los demás casos, salvo aquellos en que la ley o el estatuto fijen plazos mayores, la anticipación de la publicación será no menor de tres días (art. 116º LGS);
2) el aviso de convocatoria a junta general a solicitud notarial de accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto: dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva, la que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar (art. 117º LGS);
3) el aviso de segunda convocatoria a la junta general: dentro de los días siguientes a la fecha de la junta no celebrada y, por lo menos, con tres días de antelación a su celebración (art. 118º LGS);
4) el aviso de convocatoria judicial de la junta general: con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración (arts. 119º y 116º LGS);

5) los acuerdos que den lugar al derecho de separación: 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 (art. 200º LGS);

6) el acuerdo de reducción del capital: por tres veces con intervalos de cinco días (art. 217º LGS);

7) el aviso de convocatoria a las juntas generales de la sociedad anónima abierta: con una anticipación de veinticinco días. En un solo aviso se puede hacer constar más de una convocatoria. En este caso entre una y otra convocatoria no debe mediar menos de tres ni más de diez días (art. 258º LGS);

8) el acuerdo de prórroga de la duración de la sociedad colectiva: por tres veces (art. 275º LGS);

9) el acuerdo de transformación: por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso (art. 337º LGS);

10) el aviso de convocatoria a junta general o asamblea de las sociedades a cuya consideración ha de someterse el proyecto de fusión: con una anticipación no menor de diez días a la fecha de la celebración de la junta o asamblea (art. 349º LGS);

11) el acuerdo de fusión: por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso. Los avisos podrán publicarse en forma independiente o conjunta por las sociedades participantes (art. 355º LGS);

12) el aviso de convocatoria a las juntas generales o asambleas de las sociedades a cuya consideración ha de someterse el proyecto de escisión: se realiza por cada sociedad participante con un mínimo de diez días de anticipación a la fecha de la celebración de la junta o asamblea (art. 374º LGS);

13) los acuerdos de escisión: por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso. Los avisos podrán publicarse en forma independiente o conjunta por las sociedades participantes (art. 380º LGS);

14) el acuerdo de disolución: dentro de los diez días de adoptado, por tres veces consecutivas (art. 412º LGS); y,

15) el balance final de liquidación: por una sola vez, una vez aprobado expresa o tácitamente (art. 419º LGS).

b) Consecuencias de su omisión. La falta de la publicación, dentro del plazo exigido por la ley, de los avisos sobre determinados acuerdos societarios en protección de los derechos de los socios o de terceros, prorroga los plazos que la Ley confiere a éstos para el ejercicio de sus derechos, hasta que se cumpla con realizar la publicación (art. 43º, último párrafo, LGS).

107. PLAZOS Y CADUCIDAD

El plazo es una modalidad por la cual se fija una fecha para que el acto jurídico produzca sus efectos o para que ellos cesen.

El art. 45º LGS dispone que salvo expresa disposición en contrario, los plazos contenidos en la Ley se computarán con arreglo a las disposiciones que contiene el Código Civil.

Todos los plazos de la Ley se han convertido en plazos de caducidad. Se han eliminado los plazos de prescripción que anteriormente existían en la derogada Ley de Sociedades. 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 anula el derecho y la situación queda determinada de manera clara y definitiva.

Los actos societarios que son objeto de plazos de caducidad, y que están contemplados en la Ley, son las siguientes:

1) el plazo de protección de la *reserva de preferencia registral* de la denominación o razón social de una sociedad: a los treinta días (art. 10º LGS);
2) la demanda de *nulidad del pacto social o estatuto:* a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro (art. 35º LGS);
3) la demanda de *nulidad de acuerdos societarios:* a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro, salvo que la Ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad (art. 38º LGS);
4) 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: a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión (art. 49º LGS). *Esta es la norma genérica;*
5) la *responsabilidad de los fundadores:* 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 (art. 73º LGS);
6) la *responsabilidad del cesionario* por la acción no pagada íntegramente: a los tres años, contados desde la fecha de la respectiva transferencia (art. 81º LGS);
7) la demanda de acción de nulidad para *impugnar los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley*, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad: a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres me-

ses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción (arts. 139º y 142º LGS);

8) la demanda de acción de nulidad para *impugnar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas* o que incurran en causales de nulidad previstas en la Ley o en el Código Civil: al año de la adopción del acuerdo respectivo (art. 150º LGS);

9) la *responsabilidad de los directores:* 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 (art. 184º LGS);

10) la *responsabilidad civil del gerente:* a los dos años del acto realizado u omitido por éste, sin perjuicio de la responsabilidad penal (art. 197º LGS);

11) el ejercicio del derecho de *oposición a la reducción del capital:* a los treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos (art. 219º LGS);

12) el *derecho a cobrar los dividendos:* a los tres años, a partir de la fecha en que su pago era exigible conforme al acuerdo de declaración del dividendo. Los dividendos cuyas cobranzas hayan caducado incrementan la reserva legal (art. 232º LGS);

13) la *responsabilidad civil del gerente en la S.R.L.:* 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 (art. 289º LGS);

14) la demanda de *acción de nulidad contra una transformación:* a los seis meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de transformación (art. 343º LGS);

15) la demanda de *acción de nulidad contra una fusión:* a los seis meses, contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de fusión (art. 365º LGS);

16) la demanda de *acción de nulidad contra una escisión:* a los seis meses, contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de escisión (arts. 390º y 365º LGS);

17) la *responsabilidad de los liquidadores:* 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 (art. 415º LGS);

18) la *pretensión de los acreedores impagos:* a los dos años de la inscripción de la extinción de la sociedad en cuestión (art. 422º LGS).

108. COPIAS CERTIFICADAS

Las copias certificadas a que hace referencia la 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, a no ser que se trate de copias certificadas que vayan a ser inscritas en los Registros Públicos, caso en el cual sólo podrán ser certificadas por notario (art. 46º LGS).

El art. 190º inc. 7 LGS establece que es responsabilidad del gerente, la veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad, ya que éste, a tenor del art. 188º inc. 6 LGS, tiene como función actuar como secretario de las juntas generales de accionistas y del directorio. En concordancia con esta disposición, el reglamento del Registro de Sociedades ha radicado en el Gerente esta responsabilidad de aquellos actos societarios que se encuentran dentro de su ámbito, así, tenemos el inciso b) y e) del art. 35º referido a la veracidad de la recepción de los títulos valores y del aporte de bienes muebles no registrables; así como la referida a la participación del gerente en los artículos 55º, 58º, 70º, 76º, 77º, 115º, 119º, y 124º del Reglamento del Registro de Sociedades.

109. EMISIÓN DE TÍTULOS Y DOCUMENTOS

Para la emisión de los títulos y documentos a que se hace referencia en la Ley, se puede utilizar, en lugar de firmas autógrafas, medios mecánicos o electrónicos de seguridad (art. 47º LGS).

110. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

Según lo dispuesto por el art. 48º LGS, 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 disposición 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.

Constituyen convenio arbitral válido, a criterio del art. 12º de la Ley General de Arbitraje, las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social.

El estatuto también puede contemplar el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial con arreglo a la ley de la materia (art. 48º, último párrafo, LGS). La conciliación extrajudicial es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se les asista en la

búsqueda de una solución consensual al conflicto (art. 5º de la Ley Nº 26872, Ley de Conciliación).

Celebrado el Convenio Concursal, el deudor entregará al Administrador Especial la posesión sobre los bienes que forman parte de la masa concursal, constituyéndolo en depositario de los mismos y, asimismo, se le encarga la administración y representación legal de la masa concursal para todos los efectos de la liquidación.

El art. 80º.1 de la Ley General del Sistema Concursal señala que el deudor, bajo apercibimiento de multa contra sus directivos, administradores y representantes legales, y sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiera caber, deberá entregar al Liquidador los libros, documentos y bienes de su propiedad. El Liquidador adoptará las medidas de seguridad necesarias para su conservación si corren peligro y levantará un inventario con intervención de Notario Público, si el deudor, su representante legal, el Liquidador anterior o el administrador se negaran a suscribir el inventario.

Capítulo XIII
SOCIEDAD ANÓNIMA

111. Concepto.- **112.** Denominación.- **113.** Capital inicial.- **114.** Publicidad.- **115.** Carácter supletorio de la ley.- **116.** Fundación simultánea de la sociedad.- **117.** Fundación por oferta a terceros: a) El programa de fundación, b) La suscripción de las acciones, c) La asamblea de suscriptores.- **118.** Contenido del pacto de constitución social y del estatuto.- **119.** Otorgamiento e inscripción de la escritura constitutiva.- **120.** Caducidad del proceso fundacional.- **121.** Fundadores.- **122.** Los aportes.

La LGS, en su Libro Segundo, Sección Séptima se refiere a las formas especiales de sociedades, considerando como tales a la: Sociedad Anónima Cerrada y a la Sociedad Anónima Abierta, aspecto no considerado en la Ley anterior Nº 16123.

En cuanto a la constitución de la Sociedad Anónima Cerrada, ésta es de carácter potestativo, encontrándose entre sus requisitos que no tenga más de veinte accionistas, y no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores (Ley del Mercado de Valores, Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo Nº 093-2002-EF de 15 de junio de 2002), que regula el derecho de los accionistas que representen cuando menos el veinticinco por ciento (25%) del capita social del emisor a solicitar la inscripción de sus acciones, supuesto en el cual, la inscripción se limita a las acciones pertenece a los peticionarios.

Por su parte en lo que concierne a la Sociedad Anónima Abierta, su constitución es de carácter mandatorio cuando se presenten las condiciones que la ley señala (*infra* Nº 194).

Se presenta entonces la situación de una Sociedad con un número menor a veinte accionistas y que no desea constituirse como Sociedad Anónima Abierta, o con un número mayor a veinte accionistas y menor a 750 accionistas, sin darse las

otras condiciones para que en forma obligatoria se constituya como Sociedad Anónima Abierta. La constitución de esta forma societaria anónima es facultativa, si así lo deciden los socios, aun cuando no alcancen los requisitos mandatorios de la Ley; u obligatoria cuando la sociedad reúne los requisitos establecidos en la Ley.

Es conveniente tener presente que la Sociedad Anónima Cerrada y la Sociedad Anónima Abierta, a las que se les identifica con las siglas SAC y SAA, respectivamente, son formas especiales de la Sociedad Anónima a la que se denomina general u ordinaria, aunque para esta última no hay una mención específica en la LGS, sin embargo, el artículo 81º del Reglamento del Registro de Sociedades (Resolución Nº 200-2001-SUNARP/SN) al referirse a la adaptación de la sociedad anónima, menciona las siguientes: cerrada, ordinaria o abierta; dándose inicio así a la denominación de sociedad anónima ordinaria a aquella que no se adapta a la forma de la sociedad anónima cerrada, ni a la de sociedad anónima abierta.

En este sentido hay la opción, para quien no estando obligado a hacerlo –y no desee adoptar la forma de ninguna de estas dos clases de sociedades–, pueda constituirse simplemente como sociedad anónima, identificada con las siglas S.A. En consecuencia, se estará frente a la sociedad anónima genérica u ordinaria, aplicándose las normas que señala la LGS para las sociedades anónimas, excluyéndose como es natural las normas particulares, propias de las Sociedades Anónimas Cerradas o Abierta.

111. CONCEPTO

Los conceptos definitorios de esta clase de sociedad, según la ley son: que el capital de propiedad de la compañía no tiene conexión directa o indirecta con el de los socios, se divide en acciones y la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es limitada. Según la Ley los accionistas de las sociedades anónimas no responden personalmente de las deudas sociales (art. 51º).

El capital social está representado por acciones nominativas y resulta formado en virtud del aporte de los socios. La aportación puede consistir en dinero o en especies, conforme a las reglas para toda clase de sociedades (arts. 22º, 23º, 25º y 26º), con la salvedad de que el aporte no puede consistir en servicios. Tampoco puede considerarse socio a quien no efectúa aporte alguno.

La existencia del capital es requisito esencial para el nacimiento de la sociedad anónima. Es el único modo de darle contenido patrimonial, pues los socios permanecen ajenos, desde el punto de vista de las obligaciones que pudieran corresponderles, a las vicisitudes de la sociedad.

112. DENOMINACIÓN

La Ley se preocupa de que el tercero y el público en general conozcan de modo inmediato el tipo de sociedad de que se trata, lo que resulta de interés para el

efecto de conocer el límite de la responsabilidad que correspond e a los socios y que puede ser determinante para el otorgamiento de los créditos. Por ello obliga a que se incluya en la denominación las palabras "Sociedad Anónima", o las iniciales "S.A.". Si la actividad que realiza una sociedad, sólo puede efectuarse, de acuerdo con la Ley, por sociedades anónimas, el uso de la indicación o de las siglas es facultativo.

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada, igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello. Tampoco se puede adoptar una denominación completa o abreviada que contenga, nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor, salvo que se demuestre estar legitimado para ello. El Registro no inscribe a la sociedad que adopta una denominación completa o abreviada igual a la de otra sociedad preexistente. 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.

Es distinto el caso de las denominaciones semejantes que pueden originar confusión en el público y a las que se recurre no sin frecuencia en forma deliberada para realizar actos de competencia desleal. En estos supuestos, la apreciación de los hechos requiere de un esclarecimiento más amplio, que será materia de los funcionarios del Indecopi.

Igualmente, 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, 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 permite adoptar una denominación, completa o abreviada, igual o semejante a aquella que esté gozando del derecho de reserva de preferencia registral.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Resolución de Superintendencia Nº 077-98/SUNAT) ha concedido a las sociedades que modifiquen su denominación o razón social dentro del marco de la LGS, la opción de seguir utilizando los libros y registros contables con la denominación o razón social anterior hasta que se terminen, o abrir nuevos libros y registros contables, en cuyo caso deberá acreditarse haber cerrado los libros y registros de contabilidad no utilizados y que fueron legalizados con la anterior denominación o razón social. Asimismo, reitera la obligación que tienen las empresas de comunicar a la SUNAT el cambio de denominación o razón social para efectos del Registro Único de Contribuyentes (RUC).

113. CAPITAL INICIAL

La Ley trata de dar a la sociedad el sustento patrimonial necesario desde el inicio de su existencia; por eso exige, para su constitución, el pago de por lo menos la cuarta parte de capital y su suscripción total. Igual regla rige para los aumentos de capital.

En referencia al monto del capital se deja en libertad a las partes para fijarlo, pues no se exige cantidad mínima.

La suscripción del capital es un elemento esencial para dar nacimiento a la sociedad y ella importa la declaración o promesa de conferirle el valor correspondiente, en dinero o en especie. La Ley anterior no dejaba posibilidad para que se creen acciones destinadas a mantenerse en cartera hasta el momento de su emisión y suscripción.

En las sociedades de accionariado difundido reguladas por el ya derogado Decreto Legislativo Nº 672 se permitía mantener acciones en cartera por un monto equivalente al 1% del capital social suscrito. Las acciones en cartera no tienen aún un titular, por lo que no tienen efectuado desembolso alguno de su valor. Frecuentemente se trata de títulos que los fundadores o los administradores se han reservado para ofrecerlos en suscripción en un futuro más o menos próximo, y algunas veces, del sobrante de emisiones no absorbidas del todo. Las acciones en cartera representan un capital virtual, reflejado en contabilidad como una partida del activo, que en el pasivo tiene por contrapartida el valor nominal de las mismas acciones.

La Ley actual sí contempla la posibilidad de que la sociedad cree acciones en cartera hasta por un monto no mayor al 20% del número total de acciones emitidas (art. 98º).

114. PUBLICIDAD

Tratándose de las sociedades anónimas, la Ley dispone que dentro de los quince primeros días de cada mes la SUNARP publicará en el Diario Oficial *El Peruano* una relación de las sociedades cuya constitución, disolución o extinción haya sido inscrita durante el mes anterior, con indicación de su denominación y los datos de su inscripción. En la misma oportunidad la SUNARP publicará, en el referido Diario Oficial, una relación de las modificaciones de estatuto o pacto social inscritas durante el mes anterior, con indicación de la denominación, una sumilla de la modificación y los datos de inscripción de la misma.

Estas publicaciones permiten a los terceros o a quien pueda tener relaciones con ella, conocer el nacimiento de la sociedad, su denominación, el monto del capital suscrito y pagado, así como los demás datos referentes a la inscripción en el Registro.

115. CARÁCTER SUPLETORIO DE LA LEY

La legislación especial de las sociedades constituidas por personas de derecho público interno y la que rige a determinada clase de sociedades anónimas, como Bancos y Compañías de Seguros, se aplica prioritariamente y, supletoriamente, las disposiciones de la Ley General de Sociedades. La legisla-

ción bancaria y de seguros establece que las entidades que se dediquen a esta clase de negocios tienen que constituirse como sociedades anónimas; se les señala un límite mínimo de capital y se les somete a la supervigilancia de la Superintendencia de Bancas y Seguros, a la que también están sometidas las sociedades financieras. Otras sociedades, como las de inversión, de capital variable, sólo pueden dedicarse a determinada clase de negocios como vender, comprar, ser propietarias de acciones, cédulas o bonos emitidos por personas jurídicas. El monto de su capital y el número de sus accionistas está señalado en cuanto a su límite mínimo.

La legislación bancaria es muy profusa y ella constituye la base de un derecho especial, independizado del derecho mercantil. Otras sociedades, como las de televisión, de aviación, marítimas, están sujetas a determinadas normas específicas, y a ellas también se aplican supletoriamente las disposiciones de la ley societaria.

116. FUNDACIÓN SIMULTÁNEA DE LA SOCIEDAD

La fundación de la sociedad puede efectuarse en dos formas: simultánea y sucesiva.

La fundación simultánea significa que la constitución y la suscripción de las acciones se realizan en un solo acto. Los fundadores son los primeros accionistas y los únicos que se obligan a aportar íntegramente el capital social. Esta forma de fundación no requiere que se cumplan otros trámites que el otorgamiento de la escritura pública e inscripción en el Registro.

El pacto social y el estatuto deben estar contenidos en la escritura de constitución de la sociedad. El pacto social contiene los datos de identificación de los fundadores; la manifestación expresa de la voluntad de los accionistas de constituir una sociedad anónima; el monto del capital y las acciones en que se divide; 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; el nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores; y, el estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad.

Se aprecia que el aporte de los bienes no dinerarios debe contar con un informe de valorización, el mismo que será materia de nueva evaluación por los directores una vez constituida la sociedad y determinará, en su oportunidad, la conformidad del aporte no dinerario y consecuentemente la entrega de las acciones correspondientes a dicho aporte. 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. La revisión de estos aportes por el directorio, se realiza dentro del plazo de los sesenta días contado desde la constitución de la sociedad o del pago del aumento de capital. Vencido el plazo anterior

y dentro de los treinta días 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. De acuerdo al valor que resulte se hace el ajuste en el capital de la sociedad y se exige, en su caso, la diferencia al socio aportante, o la reducción de su participación en el capital, si ello resulta de la revisión del aporte.

En cuanto al desembolso del capital, se exige, como se ha dicho, que se pague por los socios la cuarta parte a fin de conseguir que la sociedad cuente con recursos propios desde que nace.

El número de fundadores se ha reducido a dos, de modo similar al número exigido para las otras formas societarias, pudiendo tratarse de personas individuales o jurídicas. Sin embargo, no es exigible esta pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o cuando lo señale expresamente la Ley. En este último caso se contempla el caso de las subsidiarias de las instituciones bancarias y financieras a las que se les ha liberado del requisito de la pluralidad de socios cuando se trata de crear subsidiarias de los mismos bancos (art. 36º LSFySS).

La Ley hace una distinción entre el pacto social y el estatuto, mencionando los datos que deben contener uno y otro.

117. FUNDACIÓN POR OFERTA A TERCEROS

La fundación por oferta a terceros se utiliza en los casos en que es necesario poner en movimiento ingentes capitales para poder llevar adelante grandes empresas. Se precisa acudir a sectores numerosos de inversionistas, porque quienes proyectan la formación de la sociedad no están en condiciones de cubrir el capital necesario para llevarlo a cabo.

La Ley vigente ha establecido con suma claridad el régimen para la constitución de una sociedad por oferta a terceros, diferenciándola de aquella otra que se denomina por oferta pública, precisando en este segundo caso que cuando la oferta a terceros reúna la característica de oferta pública debe regirse por la ley de la materia, es decir, por la Ley del Mercado de Valores (cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo Nº 093-2002-EF de 15 de junio de 2002) y reunir los requisitos que señale dicha ley para su oferta al público. La Resolución de Conasev Nº 141-98-EF/94.10.0, que aprueba el Reglamento de Oferta Pública Primaria de Valores Mobiliarios es la norma aplicable. El artículo 6º de este dispositivo regula el alcance del término "oferta pública". Por otro lado, no se considera oferta pública de valores mobiliarios los actos relacionados con la constitución simultánea de las sociedades anónimas, la oferta de acciones que emitan por concepto de aumento de capital efectuado por sociedades cuando la invitación de realiza por mandato legal o cuando se realiza para que los accionistas ejerzan su

derecho de preferencia. Asimismo, no constituye oferta pública primaria, la emisión de acciones de trabajo y su distribución entre los trabajadores de la sociedad, ni la distribución resultante de la capitalización de las utilidades, de reservas, de excedentes de revaluación y de obligaciones u otros casos que no impliquen aporte de capital por el público.

Por otro lado, el artículo 4º de la Ley del Mercado de Valores define como oferta pública de valores mobiliarios la invitación, adecuadamente difundida, que una o más personas naturales o jurídicas dirigen al público en general, o a determinados segmentos de éste, para realizar cualquier acto jurídico referido a la colocación, adquisición o disposición de valores mobiliarios.

En lo que se refiere a la concepción de oferta privada la misma Ley del Mercado de Valores, en su artículo 5º, precisa que es privada la oferta de valores mobiliarios no comprendida en el supuesto indicado en el artículo 4º de la Ley. Sin perjuicio de ello y siempre que no se utilice medios masivos de difusión, considera oferta privada:

1) La oferta dirigida exclusivamente a inversionistas institucionales. Los valores mobiliarios adquiridos por estos inversionistas no podrán ser transferidos a terceros durante un plazo de doce meses desde su adquisición, salvo que lo hagan a otro inversionista institucional o se inscriba el valor previamente en el Registro Público del Mercado de Valores; y,

2) La oferta de valores mobiliarios cuyo valor nominal o valor de colocación unitario más bajo, sea igual o superior a doscientos cincuenta mil Nuevos Soles (S/. 250,000). En este caso, los valores no podrán ser transferidos por el adquirente original a terceros, con valores nominales o precios de colocación inferiores.

El reglamento indicado obliga a las personas que se propongan constituir una sociedad por oferta pública primaria de acciones comunicar a la CONASEV dicha determinación, solicitando la inscripción de las referidas acciones en el Registro Público de Valores e Intermediarios, para lo cual deberán cumplir con presentar la documentación requerida.

En tanto nos encontremos frente a una constitución de sociedad por oferta a terceros, que no reúna las características de oferta pública, se aplican en su integridad las normas de la ley societaria.

En la constitución por oferta a terceros de una sociedad anónima, los fundadores asumen una serie de compromisos hasta llegar a constituir la sociedad. Es una forma de constitución que no deriva de un acto simultáneo, sino que se deben ir cubriendo etapas, que comienzan con las iniciativas y proyectos y culminan con la fundación de la sociedad. A los fundadores corresponde la redacción del programa de constitución, que debe contener cuando menos los datos que permitan orientarse a los inversionistas. Continúa con la suscripción de acciones y su desembol-

so del veinticinco por ciento por los menos; la convocatoria y celebración de la asamblea de suscriptores, que decidirá respecto al acto fundacional; y finalmente, el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad e inscripción en el Registro.

a) El programa de fundación es la base en que ha de reposar la escritura de fundación y la suscripción pública. No interesa si en la redacción material han intervenido elementos técnicos, pues lo que importa es que el fundador asuma la responsabilidad mediante la firma del programa.

El programa debe contener los datos tendientes a configurar la sociedad que se proyecta, como son: datos de identificación de los fundadores; el proyecto de pacto y estatutos sociales; el plazo y las condiciones para la suscripción de las acciones, la facultad de los fundadores para prorrogar el plazo y, en su caso, la empresa o empresas bancarias o financieras donde los suscriptores deben depositar la suma de dinero que estén obligados a entregar al suscribirles y el término máximo de esta prórroga; en caso de aportes no dinerarios, 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; la indicación del Registro en el se efectúa el depósito del programa; los criterios para reducir las suscripciones de acciones cuando excedan el capital máximo previsto en el programa; el plazo dentro del cual deberá otorgarse la escritura de constitución; la descripción e información sobre las actividades que desarrollará la sociedad; los derechos especiales que se concedan a los fundadores, accionistas o terceros; y las demás informaciones que los fundadores estimen convenientes para la organización de la sociedad y la colocación de las acciones.

En cuanto al plazo, debe considerase el que respecta a la suscripción y el que se refiere al otorgamiento de la escritura fundacional. El primero precisa hasta qué momento queda abierta la oferta a la suscripción; el segundo, hasta cuándo debe otorgarse la escritura, o sea, hasta cuándo queda vinculado el suscriptor. Si llegado el vencimiento del plazo no se ha otorgado la escritura, la suscripción debe considerarse caducada, debiendo devolverse el importe empozado por tal concepto.

Los plazos no pueden quedar librados a la decisión de los fundadores. La Ley fija dieciocho meses, contados a partir de la fecha del depósito del programa en el Registro Mercantil, para que tenga lugar la asamblea de suscriptores y treinta días de celebrada ésta para otorgarse la escritura pública.

En cuanto al desembolso, el programa de constitución debe fijarse la proporción en que el mismo ha de efectuarse.

El programa debe ser suscrito por todos los fundadores, cuyas firmas se legalizarán notarialmente, debiendo depositarse en el Registro, conjuntamente con cualquier otra información que a juicio de los fundadores se requiera para la colocación de las acciones.

Sólo se podrá comunicar a terceros el programa una vez que se encuentre depositado en el Registro.

b) La suscripción de las acciones está sujeta a determinadas condiciones, según se ha indicado. Se debe remarcar únicamente que ella debe efectuarse en el plazo que el programa haya fijado, lo que no significa que si se presentaran suscripciones fuera del plazo, las mismas deberán rechazarse si su aceptación es conveniente. En consecuencia, los fundadores deben quedar en libertad para aceptarlas. En todo caso debe constar en un certificado por duplicado con la firma del representante de la empresa bancaria o financiera receptora de la suscripción, en el que se exprese cuando menos: la denominación de la sociedad; la identificación y el domicilio del suscriptor; el número de acciones que suscribe y la clase de ellas, en su caso; el monto pagado por el suscriptor conforme establezca el programa de constitución; y la fecha y la firma del suscriptor o su representación. Un ejemplar del certificado se entregará al suscriptor.

Durante el período fundacional pueden invocarse causales de nulidad basadas en vicios del consentimiento. Pero, si, pese a los mismos, la sociedad se funda y se inscribe, tales vicios no producirán la nulidad del acto constitutivo porque ello importaría la disminución del capital, lo que perjudicaría a terceros, ajenos a esa nulidad.

c) La asamblea de suscriptores es la reunión de éstos, pero con sujeción a determinadas reglas. En primer término, debe realizarse en el lugar y fecha señalados en el programa o en la convocatoria que hagan los fundadores. Los fundadores efectúan la convocatoria con una anticipación no menor de quince días, contados a partir de la fecha del aviso de convocatoria. La determinación de la fecha no depende en forma absoluta de la decisión de los fundadores, pues debe efectuarse dentro de un plazo que no puede exceder de los dieciocho meses contados a partir de la fecha del depósito del programa en el Registro Mercantil.

Como actos previos a la instalación y funcionamiento de la asamblea, debe presentarse una relación completa de los suscriptores y formarse la lista de concurrentes, para el efecto de identificarlos, conocer su domicilio, número de acciones suscritas, su clase, de ser el caso, y su valor nominal. Dicha lista estará a disposición de cualquier interesado con una anticipación no menor de cuarenta y ocho horas a la celebración de la asamblea. Si los suscriptores se hicieran representar por apoderado, debe indicarse el nombre y domicilio de éste y los alcance del poder. De acuerdo a la lista se establecerá el quórum y la mayoría que se necesita para adoptar resolución. Todos estos datos deben constar en el acta que se redactará al efecto. La importancia de los datos mencionados radica en que mediante ellos podrá apreciarse las condiciones en que efectuó la asamblea y decidirse en consecuencias sobre la validez de su celebración.

Para que la asamblea pueda ser instalada y funcionar válidamente, debe cumplirse el requisito del quórum en proporción de por lo menos la mayoría absoluta

de acciones suscritas. Las decisiones se adoptarán por mayoría de votos, correspondiendo un voto a cada acción suscrita.

Los aportantes de bienes *in natura* no pueden participar en ninguna de las votaciones relativas a la aprobación de sus aportaciones, ni de su valor. Se trata de evitar que con el voto de los que aportan bienes de esa clase, se imponga su aceptación por la sociedad, pese a que ésos bienes puedan resultar inconvenientes o innecesarios y beneficiar sólo a sus dueños; o que se imponga una valoración exagerada, alterando el equilibrio de las prestaciones de los aportantes en numerario. Asimismo, se prohíbe a los fundadores votar en las cuestiones relacionadas con las ventajas que les otorgue el estatuto, así como respecto a los gastos de fundación. La prohibición trata de evitar que los fundadores exageren la importancia de sus gestiones para la formación de la sociedad y decidan con su voto el otorgamiento de ventajas excesivas o la aprobación de gastos desorbitados en perjuicio de la sociedad.

La asamblea tiene objetivos concretos y limitados por la Ley, que conciernen a cuatro aspectos: a) constitución legal de la sociedad; b) actividad de los fundadores para su formación; c) futura administración; d) organización.

La constitución legal de la sociedad, exige que se compruebe si se cumplen las condiciones requeridas para su existencia y que se formule el estatuto que ha de regir su vida futura. Esto supone la redacción de un proyecto, que se someterá a la aprobación de la asamblea. Necesariamente el estatuto debe considerar los puntos enunciados en el programa de fundación.

La actividad de los fundadores para la formación de la sociedad supone la realización de una serie de actos de gestión, que pueden ser de las más variadas índoles, incluyendo la celebración de contratos condicionados a la existencia de la sociedad y su aprobación por parte de ésta, lo que importa, en su caso, la exoneración de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido en la etapa fundacional.

La futura administración de la sociedad obliga que se atribuya a la asamblea el nombramiento de las personas encargadas para tal objeto. De este modo queda cubierto el lapso que media entre la constitución de la sociedad y la primera junta general.

La organización de la sociedad, requiere que la asamblea apruebe los valores que se haya dado a los aportes no dinerarios, si los hubiera, así como las ventajas especiales reservadas a los fundadores, en su caso.

En cuanto a las ventajas concedidas a los fundadores, éstos tienen el derecho de reservarse derechos especiales de diverso contenido económico, los que deben constar en el estatuto. Cuando se trate de participación en las utilidades o de cualquier derecho sobre éstas, los beneficios no pueden exceder, en conjunto, de la décima parte de la utilidad distribuible anual que aparezca de los estados financieros de los primeros cinco años, en un período máximo de diez años contados a partir del

ejercicio siguiente a la constitución de la sociedad. La anterior ley de sociedades disponía que este derecho sólo podrá incorporarse en títulos nominativos que no sean acciones. De hecho la actual ley no hace mención alguna a la posibilidad de emitir dichos títulos, sin embargo, no lo prohíbe, por lo que en caso se acuerde su creación, éstos pueden tener la calidad que contemplaba la ley anterior.

Finalmente, la *reunión de la asamblea debe hacerse constar en acta*, en la que se registrarán los acuerdos adoptados y las observaciones que se hubiesen formulado. Las actas, certificadas por notario, serán suscritas por el presidente y el secretario y, en su caso, servirán de base para la redacción del contrato y del estatuto. Los suscriptores que así lo deseen pueden firmar el acta.

Los suscriptores disidentes y los no asistentes que estén en desacuerdo con la modificación del programa pueden hacer uso del derecho de separación, dentro del plazo de diez días de celebrada la asamblea. Dichos suscriptores recuperan los aportes que hubiesen hecho, más los intereses que correspondan, quedando sin efecto la suscripción de acciones que hayan efectuado.

La no aprobación de la valoración de las aportaciones en especie confiere derecho a quienes las hubiera aportado al separarse de la sociedad dentro del plazo de diez días de celebrada la asamblea. El aportante recuperará sus aportes, quedando sin efecto la suscripción de acciones que hubiese realizado.

118. CONTENIDO DEL PACTO DE CONSTITUCIÓN SOCIAL Y DEL ESTATUTO

El *contenido del pacto social* hace relación a los socios y a sus obligaciones. El estatuto contiene las normas relativas al funcionamiento de la sociedad como persona, al capital con que ella va a funcionar, a su actividad como entidad y a su estructura orgánica. En la escritura de constitución social deben figurar el nombre, nacionalidad, estado civil, ocupación y domicilio de los otorgantes, si éstos fueran personas naturales, o la denominación o razón social, si fueran personas jurídicas, así como el nombre de quién o quiénes las representan, la forma como se da cumplimiento a la suscripción total del capital y para asegurar que se cumpla lo dispuesto en orden a conseguir la íntegra suscripción del capital, exigencia que se relaciona con la norma que establece que el importe de la suscripción debe depositarse en una institución de crédito.

La indicación de la parte de capital que hubiese suscrito cada socio, así como el pago efectuado de por lo menos el veinticinco por ciento, sirve para determinar el número de acciones que debe recibir cada accionista.

El *estatuto* debe integrarse con determinado contenido mínimo, orientado en primer término a identificar a la sociedad mediante su denominación social. Nada impide que en la denominación se empleen los nombres de personas físicas, si éstas lo consienten, sin que ello signifique que se acepta por ese hecho la responsabilidad solidaria e ilimitada, pues la expresión "Sociedad Anónima", o "S.A."

indica la naturaleza de esta clase de sociedades y, en consecuencia, la responsabilidad limitada de los socios.

El término de la duración debe figurar en la escritura, debiendo tener en cuenta que en estas sociedades se permite la duración indeterminada, lo que no ocurre con otras sociedades. Además, debe indicarse la fecha de iniciación de las operaciones sociales.

La cifra del capital social, de suma importancia en la sociedad anónima, debe figurar en la escritura de constitución social y en el estatuto. El capital constituye el patrimonio inicial de la sociedad y sirve como medida, durante la existencia de ella, para regular los derechos de accionistas y terceros. Por ser un dato constitutivo, su modificación importa un cambio sustancial en la existencia de la sociedad. Por eso, sólo puede realizarse por los procedimientos y con los requisitos exigidos por la Ley. De conformidad con lo previsto en el artículo 39º del Reglamento del Registro de Sociedades, el capital social y el valor nominal de las acciones deben estar expresados en moneda nacional. Las fracciones de moneda se podrán expresar sólo hasta en céntimos de la unidad monetaria. Excepcionalmente, el capital social puede estar expresado en moneda extranjera, cuando se cuente con autorización expedida por la autoridad competente o cuando un régimen legal específico permita llevar la contabilidad en moneda extranjera. La autorización debe insertarse en la escritura pública de constitución o en la que modifique el capital social, si ella fuera emitida con posterioridad.

Debe figurar, además, el número de acciones en que el capital está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita.

Se prevé la posibilidad de que existen diversas clases de acciones, lo que debe hacerse constar, así como el contenido de los derechos que corresponden a cada clase. Esos derechos no pueden ser otros que los de carácter económico, no el derecho a voto, pues la Ley prohíbe la creación de acciones de voto múltiple. Todas las acciones tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto. Al respecto cabe advertir que con este dispositivo se proscribe a las acciones de diferente valor nominal y a las acciones de voto plural con excepción de la elección del directorio (art. 164º), en cuyo caso cada acción tiene tantos votos como directores a elegir.

Es de advertir que las acciones deben ser nominativas, estando prohibidas las acciones al portador.

El valor de los bienes en especie y de los créditos aportados, con indicación del título por el que se aporta, es otra indicación que obligatoriamente debe contener el estatuto, pues pueden ser objeto de aportación toda clase de bienes económicos, pero la naturaleza de la sociedad impone que estos bienes sean numerarios o bienes transformables en dinero, ya que sólo así pueden representar una garantía para los acreedores. Los bienes en especie o créditos aportados excluyen que la aportación de servicios pueda estimarse como parte del capital y ser retribuida con acciones de capital.

La indicación del título con que se aporta se refiere a si se efectúa por derecho propio, o en representación de determinada persona física o jurídica.

En cuanto a la mención sobre la naturaleza y datos identificatorios de las cosas ciertas y determinadas que la sociedad debe adquirir, tiene como finalidad impedir que, por favorecer a determinadas personas o a algunos de los fundadores, se adquieran de ellos bienes que la sociedad no necesita de momento o que se abone por esas adquisiciones precios excesivos, debilitándose indebidamente el capital social.

La referencia al valor de los bienes en especie debe armonizar necesariamente con el número de acciones que reciba el aportante de ellos.

En relación a las utilidades, debe expresarse las normas para su distribución, así como las ventajas especiales que se establezcan en favor de cualquier accionista, de los fundadores o de terceros, con indicación del nombre del titular, sin sobrepasar los límites señalados en la Ley. Esta regla se relaciona con la que establece imperativamente que los beneficios en favor de los fundadores no pueden exceder en conjunto de la décima parte de la utilidad distribuible anual que aparezca en los estados financieros y por un período máximo de cinco años contados.

El estatuto debe disponer el régimen de constitución y funcionamiento de la junta general para que puedan adoptarse acuerdo válidos, así como el régimen del directorio y de la gerencia. El cargo de director es remunerado, siendo de competencia de la junta general fijar la remuneración.

Asimismo, establecerá el régimen de la gerencia, órgano de ejecución inmediata de la voluntad social. Como el directorio no puede ejercer sus funciones en forma constante, sobre todo en las compañías de cierta importancia económica, la acción continua de las funciones de gestión y representación recae en la gerencia.

La oportunidad de la presentación del balance de ejercicio a la junta general para su aprobación debe ser señalada en el estatuto. Si bien la Ley no señala como plazo máximo para la presentación del balance por el Directorio, debe presentarse dentro de los tres meses de cerrado el ejercicio económico.

Los requisitos para el aumento, disminución del capital social, o para cualquier modificación estatutaria que debe contener el estatuto, no pueden ser menores que los señalados en la Ley a este efecto, y, puede exigir el estatuto mayorías más severas para adoptar el acuerdo de modificación, o condicionarla a determinadas exigencias. Algo semejante debe establecerse en relación con el régimen para la disolución y liquidación de la sociedad.

Finalmente, podrían incluirse las cláusulas que se tenga a bien agregar.

119. OTORGAMIENTO E INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA CONSTITUTIVA

El otorgamiento de la escritura de constitución social y su inscripción en el Registro Mercantil constituyen la última etapa del proceso fundacional. La Ley

señala que las personas designadas en la asamblea deben otorgar la escritura en el plazo de treinta días, con sujeción a los acuerdos adoptados.

La inscripción se realiza presentando la documentación respectiva al Registro del domicilio de la sociedad, el que, previo examen de las formalidades extrínsecas de los documentos (capacidad, validez de las obligaciones contraídas, etc.), aprobará o rechazará la inscripción. Deberá examinar, también, que se cumpla con el conjunto de requisitos que dan estructura a la futura persona jurídica.

Empero, antes de la inscripción y durante el período fundacional, pueden celebrarse contratos cuya validez queda sujeta a la aceptación de la sociedad para cuando se haga la inscripción. Realizada ésta, dichos actos y los gastos respectivos afectan a la sociedad. Antes de la inscripción cualquier vínculo que se contraiga con terceros es de responsabilidad de los fundadores.

Inscrita la sociedad, deben considerarse supuestos referente a la forma cómo ella asume los derechos y obligaciones contraídos durante el período fundacional como son: a) las relaciones jurídicas no necesarias para la fundación de la sociedad, en cuyo caso a ésta corresponde decidir con entera libertad si sucede o no en ellas a los contratantes; b) las obligaciones de carácter necesario contraídas para fundación, en cuyo caso la sociedad queda obligada sin necesidad de acuerdo de ningún género y sin que sea libre de adoptar uno en contrario.

Los otorgantes de la escritura tienen las facultades necesarias para efectuar u otorgar el pago de los impuestos y gastos respectivos, con cargo a los fondos depositados como aportaciones de capital.

120. CADUCIDAD DEL PROCESO FUNDACIONAL

El proceso fundacional puede frustrarse por diversos motivos: a) por falta de capital suficiente; b) porque no se ha logrado el mínimo de suscripciones; c) porque no se ha completado la parte del capital por aportaciones dinerarias previstas en el programa; d) por acuerdo de la asamblea; y, e) por el transcurso del plazo de dieciocho meses sin que ella se haya realizado.

Como consecuencia de la caducidad se origina la obligación de los fundadores de dar aviso, dentro del plazo de quince días, a los suscriptores, a las instituciones de crédito que hubiesen recibido depósitos para que los devuelvan a las personas con las que se hubiese contratado bajo condición de constituirse la sociedad y ser aprobados los contratos por ella; y, finalmente, al Registro.

121. FUNDADORES

Se considera fundadores, si se trata de *fundación simultánea* a quienes otorgan la escritura constitutiva y suscriben todas las acciones, a los firmantes del programa de fundación, tratándose de constitución por suscripción pública; y, en cualquier clase de fundación, a las personas por cuya cuenta hubiesen actuado los fundadores.

Sobre los fundadores gravita la *responsabilidad solidaria* respecto a la sociedad y a terceros de cuidar se aporte la proporción correspondiente del capital suscrito, o sea la cuarta parte; que se cumpla con las aportaciones no dinerarias y se haga la valoración correspondiente; que se inviertan los fondos destinados al pago de los gastos de constitución; y, en general, que se hagan efectivas todas las declaraciones formuladas en la escritura de fundación.

También son responsables de la realidad de la suscripción que han de presentar a la asamblea de suscriptores; de los desembolsos iniciales exigidos en el programa fundacional; de la veracidad de las declaraciones contenidas en el programa; de la realidad de las aportaciones no dinerarias, de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad; y, frente a la sociedad, de la inversión de los fondos destinados a gastos de constitución. La realidad de las aportaciones no dinerarias representa no solamente su existencia real y física, sino también la inscripción, en su caso, en el Registro de Propiedad o administrativo para que los terceros, acreedores hipotecarios, etc., conozcan la transmisión a título de aporte.

La responsabilidad de los fundadores, que comprende la de resarcir por daños y perjuicios, es la que corresponde a los otorgantes de la escritura fundacional en caso de fundación sucesiva, por el retraso en el otorgamiento de la escritura, de su presentación para inscribiría en el Registro o morosidad en las gestiones necesarias para la inscripción.

Los fundadores quedan también incursos en responsabilidad solidaria por las relaciones jurídicas contraídas antes de la inscripción de la sociedad. Pero una vez constituida, ésta debe relevarlos de las obligaciones asumidas y reembolsables los gastos soportados, siempre que hayan sido necesarios para la constitución de la sociedad, o hayan sido aprobados por la asamblea. Si, por cualquier razón, la sociedad no se constituye, los fundadores no pueden dirigirse contra los suscriptores de las acciones.

Puede otorgarse en favor de los fundadores *beneficios* que consistan en una compensación por el trabajo fundacional, pero tales beneficios no pueden confundirse con los que derivan de la condición jurídica de accionistas. Las ventajas a los accionistas pueden consistir en participación privilegiada en los beneficios o en la cuota de liquidación; preferencia en la suscripción de acciones; particulares derechos para designar administradores o participar en la administración, etc. También pueden consistir en otros privilegios, no dentro de la sociedad, sino como terceros, como serían concesiones de venta o suministro.

El plazo de *caducidad* para hacer efectiva la responsabilidad de los fundadores es de dos años, que se cuentan a partir de la inscripción de la sociedad en el Registro, si la sociedad llega a inscribirse, o de la fecha de la denegatoria definitiva de dicha inscripción, o de la fecha del aviso a los suscriptores y a las instituciones de crédito que hubiesen recibido las suscripciones, según el caso.

122. LOS APORTES

Rigen para los aportes en la sociedad anónima las reglas generales aplicables a toda clase de sociedades, con la excepción de que sólo numerarios o bienes en especie pueden ser aportados a aquélla. En consecuencia, no sería admisible la aportación de servicios profesionales o técnicos o de cualquier otra índole; tampoco el crédito personal.

La forma de cumplir con la obligación de aportar depende del objeto que constituya el aporte y de las exigencias formales que en cada caso se requieran. Tratándose de aportaciones no dinerarias, debe comprobarse la realidad de ellas y garantizarse su avalúo mediante la correspondencia que debe existir entre capital y patrimonio. Determinadas aportaciones evaluadas con exageración dan lugar a entidades que nacen debilitadas económicamente.

Respecto a la fundación por oferta a terceros, la Ley impone medidas cautelares, como son: la mención en el programa fundacional de la clase, naturaleza, valor y estado de la aportación; el criterio de valoración; la indicación del nombre de quién efectúa el aporte; el lugar en que se justifique la memoria descriptiva de los fundadores y el informe que justifique el valor asignado.

La infracción de las exigencias para una valoración correcta determinará, según los casos, la disolución de la sociedad en razón de los vicios de error o dolo invocados por los suscriptores. La valorización debe ser revisada por la asamblea de suscriptores con exclusión del derecho a voto de los aportes de los bienes *in natura*, según se ha expresado.

De otro lado, los fundadores son solidariamente responsables por la existencia de las aportaciones en especie. Como medida adicional de garantía se hace obligatoria su revisión, que debe ser solicitada por el directorio dentro de un plazo que no puede ser mayor de sesenta días. En determinados casos, la operación revisora se hará por peritos designados por el juez, quien debe resolver cuál de las valoraciones es la justa. Mientras la revisión no esté sancionada, no se puede extender los títulos definitivos de las acciones que corresponden a estas aportaciones.

Si hubiera diferencias de valor entre el asignado inicialmente y el que resulte de la revisión, el aportante de bienes *in natura* deberá optar por completar la diferencia en metálico, reducir los títulos en exceso, o separase de la sociedad. En estas dos últimas hipótesis, debe reducirse el capital en forma proporcional.

Para impedir que a través de adquisiciones hechas a accionistas se burlen las medidas cautelares a que deben sujetarse las aportaciones en especie, se fija el plazo de seis meses desde la fundación de la sociedad para hacer dichas adquisiciones cuyo importe no debe exceder del diez por ciento en relación con el capital. Por cualquier exceso dentro del plazo indicado deberá recalarse la aprobación de la junta general, previo informe escrito de los directores. Entre tanto, el contrato queda en suspenso. La Ley faculta, pues, una autorización futura del directorio,

siempre que se cumplan los requisitos mencionados. Se exceptúan los casos de bienes que constituyen el objeto del comercio de la sociedad, y las adquisiciones que se realicen en rueda de bolsa, para los que no rigen las restricciones.

Las medidas para asegurar el pago total de lo suscrito por el accionista varían según la naturaleza de los bienes, es decir, si se trata de numerario o de bienes *in natura*. En todo caso, si el accionista no cumple su obligación de aportar hay que enajenar sus acciones, no siendo preciso que para este efecto la sociedad tenga los títulos en su poder, pues los títulos accionarios pueden estar en poder de suscriptores o de terceros y, sin embargo, pueden ser enajenados otorgándose al adquirente un duplicado y anulándose los originales. El procedimiento debe estar revestido de la más amplia publicidad para evitar perturbaciones en el tráfico de los títulos, por lo que se exige su verificación por medio de sociedad agente de bolsa.

Si la venta no se efectúa, debe anularse la acción, con la consiguiente reducción del capital. Si se produce la venta, el precio servirá para pagar no sólo la parte no desembolsada sino también los gastos y los daños sufridos por la sociedad. El remanente, en caso de existir quedara en su beneficio, sin perjuicio del resarcimiento por los mayores daños que se le hubiesen causado. Si no se cubre el total de lo adecuado, el accionista quedará obligado por la diferencia. El adquirente de la acción adquiere la calidad de accionista.

En caso que todas las acciones no se hubieran liberado en la misma proporción, la restitución debe hacerse, en primer lugar, a los accionistas que hubiesen desembolsado mayores cantidades, a quienes se les devolverá el exceso sobre la aportación del que hubiere desembolsado menos y el resto se distribuirá entre los accionistas en proporción al valor nominal de sus acciones.

El accionista moroso está impedido de ejercer el derecho de voto respecto de las acciones cuyo dividendo pasivo no haya cancelado en la forma y plazo que establece la Ley. 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 el 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 al pago de los dividendos pasivos.

No se puede obligar al socio a prestación mayor o diversa de aquella que asumió con la suscripción de la acción para la formación del capital social.

Hay otras prestaciones de parte de los socios, denominadas accesorias, no consistentes en dinero y que no pueden integrar el capital social, confiándose al

acto constitutivo enunciar los datos esenciales referente a ellas. Estas prestaciones tienen carácter personal: deben ser cumplidas por el socio y no por persona diversa. Por acuerdo de la junta general pueden crearse también dichas prestaciones accesorias, con el consentimiento del accionista o de los accionistas que deben prestarlas. Las modificaciones de las prestaciones accesorias y de los derechos que éstas otorguen sólo podrán acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa.

La Ley contempla la posibilidad de convenir en el pacto social o en el estatuto que el socio aportante entregue como aporte títulos valores o documentos de crédito a su cargo; el aporte no se considera efectuado hasta que el respectivo título o documento sea íntegramente pagado. Sin embargo si el pacto social contempla que el aporte esté representado por títulos valores o documentos de crédito en los que el obligado principal no es el socio aportante, el aporte se entenderá cumplido con la transferencia de los respectivos títulos o documentos, con el endoso de los respectivos títulos valores o documentos y sin perjuicio de la responsabilidad solidaria prevista en la Ley (art. 26º).

CAPÍTULO XIV
LAS ACCIONES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

123. Concepto de acción.- 124. Certificados provisionales.- 125. Control indirecto de acciones.- 126. Acciones ordinarias y acciones preferenciales.- 127. Acciones nominativas y acciones al portador.- 128. Derechos del accionista: a) Acciones con derecho a voto. b) Acciones sin derecho a voto.- 129. Certificado de suscripción preferente.- 130. Usufructo de acciones.- 131. Prenda de acciones.- 132. Medidas cautelares sobre acciones.- 133. Transferencia de acciones.- 134. Adquisición por la sociedad de sus acciones.- 135. Préstamos y anticipos con garantía de acciones.

123. CONCEPTO DE ACCIÓN

Se considera la acción como el concepto central de la sociedad anónima. Comprende tres aspectos fundamentales: como partes alícuotas del capital social, en la que está dividido; como conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a esas partes, y como título o documento representativo de la posición de socio.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 22 de marzo de 1973 *(Bol. Jud.* Nº 8-10, p. 344) ha resuelto que los derechos de los accionistas de una sociedad anónima están representados por las acciones con las que participan, pero no por los bienes que constituyen aquel patrimonio, que resulta diferente al personal de cada socio; por lo que los acreedores de los socios no pueden embargar los bienes de la sociedad.

Por ser la acción la unidad en que se divide el capital social, no admite fraccionamiento. Pero, como puede ocurrir que una pluralidad de personas sea dueña de una o varias acciones en una relación de condominio, hay que distinguir entre la

titularidad de la acción que pertenece a varios propietarios y la legitimación para el ejercicio de los derechos de socio frente a la sociedad, a cuyo efecto los condóminos deben designar a una persona que lo represente, lo que no significa que se excluya de las obligaciones que derivan de la calidad de accionistas a todos los copropietarios. Ellos responden hasta el límite de lo que la acción representa y no sólo aquel que fue designado representante.

Asimismo, hay que considerar diversas situaciones relacionada con la acción, como el usufructo y la prenda; las cláusulas limitativas de su transmisibilidad; la creación de acciones privilegiadas; los procedimientos para el grado de los dividendos pasivos y la adquisición por la sociedad de sus acciones.

Las acciones tendrán el mismo *valor nominal*, su fijación queda al arbitrio de los socios y a fin de dar mayor publicidad a este hecho, la Ley exige que conste en la escritura fundacional y en el estatuto, así como en los títulos accionarios y en los certificados provisionales.

Por ser las acciones partes alícuotas del capital social y porque la nota capitalista de la sociedad anónima exige una exacta correlación entre la aportación de cada socio y el número de acciones que recibe, las acciones deben tener el mismo valor nominal, aun cuando hubiese acciones de distintas clases.

La mayor aportación de unos accionistas en relación con otros estará representada por un mayor número de acciones, lo que otorgará mayores derechos y mayor influencia en la vida social a quienes efectúan mayor aportación.

No acepta la Ley emisión de acciones sin valor nominal, ni que se emitan acciones a cambio de aportaciones de industria y servicios, pues se alude a una efectiva aportación al capital de la sociedad. Pero, se pueden crear *acciones*, sujetas a una carga derivadas de las prestaciones accesorias.

En resguardo de la integración efectiva del capital social y a fin de que pueda establecerse la consiguiente responsabilidad frente a terceros, la Ley prohíbe la emisión de acciones que no hayan sido *suscritas*. Esas acciones no representan valor alguno, pues no está determinada la persona que se responsabilice por la aportación a que ellas se refieren. De otro lado, se tiende a impedir que, considerando en el activo del balance, el importe de las acciones no suscritas como valores en cartera, se les haga figurar en el pasivo en la cuenta capital, presentando, así, una idea abultada de la potencialidad económica de la sociedad.

Se ha visto que, al formarse la sociedad, las acciones deben estar totalmente suscritas, y pagadas en el veinticinco por ciento de sus valores por lo menos, y si bien la ley no suprime la práctica del capital autorizado dentro de ciertas condiciones, no acepta que se emitan acciones que no hayan sido suscritas.

De acuerdo con el principio de que antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil no existe persona jurídica y, por lo tanto, no puede reputarse accionistas a quienes han efectuado los aportes, no se reconoce la validez de la

emisión y de la enajenación de las acciones antes de la *inscripción registral*. Sin embargo, por excepción, siempre que se haya cumplido con pagar la cuarta parte de la acción suscrita *y el estatuto lo permita*, puede emitirse certificados provisionales de acciones con la expresa indicación de que se encuentra pendiente la inscripción de la sociedad y que en caso de transferencia, el cesionario responde solidariamente con todos los cedentes que lo preceden por las obligaciones que pudiera tener, en su calidad de accionista y conforme a ley, el titular original de los certificados frente a la sociedad, otros accionistas o terceros.

Se ha mantenido la prohibición de emitir acciones por una cifra inferior a su valor nominal. Esta necesidad de mantener en el acto constitutivo el equilibrio entre el patrimonio y el capital, impide *emitir acciones por debajo de la par*. La emisión de obligaciones a tipo inferior al nominal es frecuente tratándose de obligaciones, pues un estímulo en esta clase de títulos es la prima por la colocación de la obligación. Tratándose de acciones, la aportación del suscriptor nunca puede ser menor que el nominal, pues se dice que si la acción es una parte alícuota del capital social, emitida la acción por debajo de la par, significaría que el capital no ha sido integrado por completo.

Si el valor de colocación de la acción es inferior a su valor nominal, la diferencia se refleja como pérdida de colocación. Las acciones colocadas por monto inferior a su valor nominal se consideran para todo efecto íntegramente pagadas a su valor nominal cuando se cancela su valor de colocación. Ya que el valor nominal de la acción siempre será el mismo, lo que se reconoce es que la colocación del título pueda realizarse en suma inferior al valor nominal de la acción, es decir, cabe la posibilidad que la sociedad encargue la colocación de las acciones creadas, y que el colocador de la acción obtenga como resultado una suma que deducida su comisión sea menor al valor nominal de la acción, y en consecuencia la sociedad experimenta un ingreso menor a dicho valor. En tal caso, la Ley permite reconocer que la colocación que haya originado un menor ingreso al nominal pueda ser registrada y para tal efecto deberá imputarse la diferencia de valor como pérdida de colocación. Como resultado la sociedad registrará en la cuenta patrimonial una pérdida por colocación, que se espera sea reabsorbida por los resultados de los ejercicios venideros, de forma tal que producido ello, la huella dejada no tiene por qué ser tratada como una emisión por debajo de valor nominal, sino como lo que es: una pérdida por colocación que se espera recuperar con cargo a resultados posteriores (art. 85º).

En cuanto a las *acciones con prima*, se les suele conceptuar como *el desembolso suplementario que en algunos casos se exige* para participar en la suscripción de cada acción que emite la sociedad, con un monto adicional al aporte de capital representado en el valor nominal de las acciones.

También puede responder el pago de la prima, al hecho que el patrimonio neto sea superior al capital social. Persigue esta exigencia evitar que el valor patrimonial de las acciones ya emitidas se vea disminuido al emitirse las nuevas acciones, en razón del derecho de éstas a participar en las reservas anteriores. Tal

resultado se alcanza incrementando las reservas, mediante la prima de emisión, en la misma proporción en que se aumenta el capital.

El artículo 85º nos refiere no sólo el caso de la colocación de las acciones por suma inferior a su valor nominal, sino también la posibilidad de emitir acciones con prima, y señala que la suma que se obtenga en la colocación de acciones sobre su valor nominal es una prima de capital. Los términos y condiciones del pago de la prima y la aplicación de la misma están sujetos a lo que establezca la Ley, la escritura pública de constitución o el acuerdo de la junta general.

La *prima de emisión* es un desembolso que se exige al suscribir acciones por un *quantum* que rebasa su valor a la par. Podríamos afirmar en principio que es la figura inversa a la colocación de la acción con pérdida. En el caso de la emisión de acciones con prima procuramos recibir una suma mayor al valor nominal de la acción. Señala Bérgamo, que muchas veces la sociedad, en base al resultado favorable de anteriores ejercicios, contabiliza excedentes que se llevan al fondo de reserva. Si las acciones representativas del aumento de capital se suscribieran a la par, gozarían de un trato privilegiado respecto de las circulantes, puesto que vendrían a participar sin esfuerzo alguno de aquella reserva. Y para mantener la proporcionalidad entre el capital antiguo y el nuevo, se establece la suscripción con prima, que representa la alícuota del importe de las reservas y de la plusvalía con que se ha incrementado el activo. Se cuestiona la aplicación de la prima cuando la suscripción se reserva íntegramente a favor de los antiguos accionistas; se dice que si la prima tiene por objeto mantener incólumes los derechos adquiridos por los titulares de las viejas acciones, no hay por qué exigir un desembolso suplementario cuando los destinatarios de aquella protección son los mismos accionistas. Distinto es el caso del nuevo accionista que con su ingreso a la sociedad se va a beneficiar de las ganancias de la sociedad.

Es importante en este tema tomar conciencia, no solo de la posibilidad de la emisión de acciones por encima de la par, cosa que estaba permitida por la Ley anterior, sino también del derecho a la distribución del beneficio que varía sustancialmente con la Ley vigente. En efecto, de acuerdo al artículo 230º, 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. El enunciado del artículo 259º de la Ley anterior, establecía que la distribución de dividendos se hacía en función del monto integrado al capital y del tiempo en que se ha realizado, es decir, si el aporte fue recibido por la sociedad en los meses finales del año, se aplicará no sólo la proporción respecto al monto del aporte del aporte, sino al tiempo en que dicho aporte se integra al capital social. Bajo las pautas de la Ley anterior existía prácticamente una autoregulación para efectos de determinar el derecho al dividendo. En la Ley actual, el dividendo se reparte en función del monto y ya no interfiere el tiempo. Es aquí donde toma sustento la prima de acciones, pues ahora es importante poder

establecer el monto de la prima para mantener el equilibrio entre aquellos antiguos accionistas y los otros que ingresan a la sociedad.

La Ley en su artículo 233º se aleja del criterio que señala que la prima debe beneficiar al antiguo accionista, y recoge la tendencia que justifica el beneficio no sólo del accionista antiguo, sino que constituye un beneficio económico de la sociedad, razón por la que no sólo debería tratarse la acción con prima para los nuevos accionistas, sino también para los antiguos. El artículo 233º de la Ley señala: "Las primas de capital sólo pueden ser distribuidas cuando la reserva legal haya alcanzado su límite máximo. Pueden capitalizarse en cualquier momento. Si se completa el límite máximo de la reserva legal con parte de las primas de capital, puede distribuirse el saldo de éstas". Como se aprecia, se busca en primer lugar la consolidación de la situación patrimonial de la sociedad, antes que darle a la prima de capital un destino de beneficio directo para el accionista.

La prima es siempre determinable *a priori*. Los órganos sociales competentes pueden con perfecto conocimiento de causa decidir acerca de su exigencia, de su cuantía y de su destino. Es interesante verificar cuál es el órgano que tiene a su cargo la tarea de fijar la prima de emisión. En efecto, la junta general deberá adoptar el acuerdo para emitir acciones y delegar en otro órgano de la sociedad la función de fijar la prima. Con frecuencia se puede establecer que las Junta de accionistas después de establecer la cuantía y demás condiciones generales del aumento de capital, confían a los administradores el señalamiento de la prima. Ello responde a que entre el acuerdo de la junta que decide el aumento de capital y la ejecución del mismo, puede transcurrir un tiempo durante el cual puede operarse un imprevisible cambio que aconseje variar el tipo de prima inicialmente fijado. Se deja así un margen de libertad en el accionar que podría pecar de rígido si se fijan criterios inamovibles que perjudiquen la colocación de la acción con prima. El artículo 85º de la Ley señala con precisión que los términos y condiciones del pago de la prima y la aplicación de la misma están sujetos a lo que establezca la Ley, la escritura pública de constitución o el acuerdo de la junta general.

Otro tema que reviste importancia es precisar si la prima de capital debe considerarse como parte de la suscripción de la acción para cumplir con el requisito de la suscripción mínima del veinticinco por ciento de cada acción. Al respecto habría que considerar que el monto de la prima no integra la cuota capital de la sociedad y por tanto no puede tratársele como una parte alícuota del mismo, y menos aún como una porción del pago de la acción representativa del capital de la sociedad.

En lo que se refiere a las *acciones en cartera*, éstas pueden crearse en el acto constitutivo o por acto posterior. Las acciones en cartera carecen de titular, por tanto no existe persona alguna que haya efectuado el desembolso a cuenta de su valor. La acción en cartera suele ser el título que los fundadores o los administradores se reservan para ofrecerlos en suscripción en un futuro más o menos próximo, y algunas veces, del sobrante de emisiones no absorbidas del todo. Las accio-

nes en cartera representan un capital virtual. En el Código de Comercio de España se obligaba a reflejarlo en la contabilidad como una partida del activo, y que en el pasivo tenía por contrapartida el valor nominal de las mismas acciones. Ello motivó una serie de críticas que no hicieron muy propicias esta modalidad práctica de obtención de recursos, tan es así que en la ley española de 1951 y en la actual de 1989 se ha optado por no contemplar la creación de dichas acciones, sustituyendo dicha facilidad por la delegación de aumento de capital al directorio.

Las acciones en cartera tienen un correlato directo con la creación de acciones que nuestra Ley distingue en el artículo 83º. Sólo podemos referirnos a las acciones en cartera en la medida que la fase de creación sea contemplada en la Ley, o en aquellos otros casos que la Ley permite a la sociedad adquirir sus acciones para luego volverlas a colocar en el mercado.

La ley española no optó por la creación de acciones, el Real Decreto 1564/1989 de 22 diciembre de 1989, en su artículo 47º precisa que es "nula la creación de acciones que no responda a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad". Como se puede apreciar, no se distingue en dicha norma las fases de creación de la acción y la emisión de la misma, prácticamente se trata como un solo acto, cuestión que ha sido distinguida en nuestra ley en sus artículos 83º y 84º. Se distingue propiamente el proceso de creación de las acciones del proceso de emisión de las mismas. La emisión de las acciones es la que genera los derechos inherentes a las mismas; por tal razón, éstos sólo aparecen cuando la acción ha sido totalmente suscrita y pagada en por lo menos un veinticinco por ciento. El acuerdo de creación de acciones no genera derecho alguno, tan sólo es el inicio de un proceso que se pone en práctica por el directorio o administrador y que concluye con la suscripción de las acciones y emisión de las mismas.

Existe analogía de la acción en cartera con la situación que se presenta en el capital autorizado contemplado en el artículo 206º de la Ley, que permite que la junta general pueda delegar en el directorio la facultad de señalar la oportunidad en que se debe realizar un aumento de capital acordado por la junta general; el acuerdo debe establecer los términos y condiciones del aumento que pueden ser determinados por el directorio. La delegación no puede figurar en forma alguna en el balance mientras el directorio no acuerde el aumento de capital y éste se realice.

Las acciones en cartera contemplan la existencia de títulos sin titular, dado que no han sido suscritos y no acreditan una aportación efectiva al capital social. En caso de existir acuerdo que contemple la creación de acciones será posible a las sociedades anónimas funcionar sin tener suscritas todas sus acciones. El artículo 98º de la Ley establece un límite para la creación de las acciones en cartera: no podrán representar más del veinte por ciento del número total de las acciones emitidas.

Las ventajas de la creación de acciones en cartera permitirán que los administradores, sin necesidad de trámite, podrán aprovechar las coyunturas del mer-

cado de valores para colocar acciones en el momento propicio. La creación de las acciones en cartera constituye una herramienta de manejo empresarial, al igual que la delegación para el aumento del capital por el directorio. En ambos casos no se otorga una facultad irrestricta, sino que existe límite impuestos por el estatuto de la sociedad y en caso extremo por la Ley. En el caso de la creación de acciones en cartera, la Ley no permite que superen el veinte por ciento del número total de las acciones emitidas; y en el caso del aumento de capital social por delegación, la autorización no podrá exceder del monto del capital social pagado vigente en la oportunidad en que se haya acordado la delegación (art. 206º). Tanto el aumento de capital por delegación autorizada, como la colocación de las acciones en cartera por la administración de la sociedad deben respetar el derecho preferente que tienen los accionistas para cubrir el aporte que por derecho le corresponde.

La crítica recibida a las acciones en cartera es que se prestan a la confusión de su expresión en el balance, aspecto que no cabe en esta oportunidad en nuestra realidad, por cuanto, de conformidad con el artículo 98º, las acciones en cartera, en tanto no sean emitidas, no pueden llevarse a la cuenta capital del balance. Las acciones en cartera no representan un crédito puesto que falta un titular que responda por su pago. La sociedad sólo cuenta con la expectativa de colocar las acciones.

Uno de los antecedentes de las acciones en cartera lo constituye el régimen de estos títulos en el Decreto Legislativo Nº 672, Ley de Sociedades Anónimas de Accionariado Difundido, hoy derogado. Según su art. 9º, las sociedades de accionariado difundido podían readquirir y mantener en cartera para su negociación en bolsa acciones de propia emisión hasta un máximo de uno por ciento de su capital suscrito. La renegociación debía hacerse en un plazo máximo de cuatro meses. La disposición contenida en dicho artículo, tenía su correlato en el artículo 117º de la Ley de Sociedades anterior, que permitía a las sociedades adquirir sus propias acciones únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción de capital social. Esta adquisición se hacía únicamente con los beneficios y las reservas libres de la sociedad. Sólo para evitar un daño grave a la sociedad, ésta podía adquirir sus propias acciones sin necesidad de amortizarlas, y siempre previo acuerdo de la junta general de accionistas. Las acciones que adquiría la sociedad debían estar totalmente pagadas, y si decidía no amortizarlas, debía proceder a venderlas en el más breve plazo. En tanto la sociedad conservara estas acciones en propiedad, quedaban en suspenso los derechos correspondientes a las mismas, y no tendrían efecto para el cómputo de concurrencias y mayorías. Este mismo supuesto es analizado posteriormente en el acápite relativo a la adquisición de las propias acciones por la sociedad (*infra* Nº 134).

El acuerdo que aprueba la creación de acciones es un acto preparatorio del aumento de capital, por tanto debemos considerar que el quórum y las mayorías establecidas para adoptar el acuerdo deben ser las mayorías calificadas a las cuales debe someterse la junta general de accionistas. Ahora bien, es también importante considerar que si se trata de una sociedad anónima abierta el quórum y

mayorías para adoptar una decisión de esta naturaleza varía sustancialmente de aquel otro caso contemplado para una sociedad anónima ordinaria o una sociedad anónima cerrada. Aún más, esta discriminación nos lleva a reflexionar que las acciones en cartera pueden crearse no sólo por sociedades anónimas abiertas, o por aquellas que negocien sus acciones en rueda de bolsa, tal como lo refiere el artículo 84º de la Ley del Mercado de Valores, sino que será posible se creen acciones en cartera por sociedades anónimas que no negocien sus acciones en rueda de bolsa, como es el caso de las sociedades anónimas ordinarias o las cerradas.

Es pertinente aclarar que la Ley del Mercado de Valores (TUO, D. S. Nº 093-2002-EF) señala en su artículo 84º que: "El total de las acciones de propia emisión mantenidas en cartera no podrá exceder del diez por ciento (10%) del capital social", porcentaje que se ha modificado en virtud del artículo 98º de la ley societaria actual que establece un límite para la creación de las acciones en cartera no mayor al 20% del número total de las acciones emitidas.

124. CERTIFICADOS PROVISIONALES

Hasta que se entreguen los títulos definitivos de la acción, los accionistas deben recibir certificados provisionales como constancia de la aportación efectuada. Debe pactarse en el estatuto la posibilidad de emitir certificados provisionales, y de ser así, éstos deben indicar la responsabilidad de los suscriptores. La Ley señala que puede emitirse certificados provisionales de acciones con la expresa indicación de que se encuentra pendiente la inscripción de la sociedad y que en caso de transferencia, el cesionario responde solidariamente con todos los cedentes que lo preceden por las obligaciones que pudiera tener, en su calidad de accionista y conforme a ley, el titular original de los certificados frente a la sociedad, otros accionistas o terceros (art. 87º).

Los certificados en referencia deben contener las mismas menciones que los títulos definitivos, o sea todos los datos que los identifiquen en relación con la sociedad emisora y que precisen la condición en que se encuentran respecto a ella.

125. CONTROL INDIRECTO DE ACCIONES

El control indirecto de las acciones tiene relación con el tema de los grupos económicos que se da por la concertación de la voluntad de personas naturales, personas jurídicas, que ejercen influencia y control, sobre alguna otra, o respecto de una de ellas. Se ejerce este control cuando las personas actúan como unidad para adoptar las decisiones.

Para que exista control debemos encontrarnos ante una influencia estable y de importancia que tenga relación sobre las decisiones de los órganos de administración de la sociedad. El control se puede dar de diferentes formas, entre éstas tenemos el control del voto en los órganos de decisión en más de la mitad del voto en la Junta General, ya sea por medio de la propiedad directa o indirecta de los

derechos de socio, o por medio de otros recursos que permiten ceder el derecho de voto como los contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación o similares.

Otra forma de ejercer control es a través de la facultad que se reservan ciertos socios por su calidad de acciones preferenciales para designar o remover a la mayoría de los miembros del Directorio u órgano de administración, de forma tal que le permita ejercer el control de la sociedad, ya no por la mayoría de votos con que cuente en una junta de socios, sino por su condición especialmente privilegiada, que le permite controlar o ejercer la mayoría de los votos en los órganos de dirección.

En este sentido, la Ley, a fin de evitar esta concertación, suprime el derecho de voto de las accione de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones; tampoco se computan para formar quórum. Se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones (art. 105º).

126. ACCIONES ORDINARIAS Y ACCIONES PREFERENCIALES

El régimen de las acciones reposa en el principio de la igualdad, lo que no obsta que, por determinados motivos de conveniencia para la sociedad y para los propios accionistas, puedan crearse acciones que gocen de destinados privilegios o preferencias, lo que origina la distinción entre acciones ordinarias y privilegiadas. Unas y otras se diferencian desde el punto de vista formal porque pertenecen a clases distintas, que ostentan sus diferencias en el propio documento, mediante las indicaciones respectivas.

Aparte del impedimento para que los privilegios puedan consistir en la concesión del voto plural o múltiple, pueden otorgarse las ventajas reconocidas en la práctica mercantil. Puede, así, concederse un dividendo preferente, con cargo a beneficios y participación o no en el reparto de los beneficios más elevados que a las acciones ordinarias; reservárseles con carácter exclusivo una parte de los beneficios; retirar preferentemente, cuando corresponda, el valor de las acciones antes que las ordinarias, etc.

127. ACCIONES NOMINATIVAS Y ACCIONES AL PORTADOR

La anterior Ley, en su texto original, admitía la clasificación de las acciones en nominativas y al portador, pero el Decreto Supremo 287-68-HC, de 9 de agosto de 1968, suprimió las acciones al portador, lo que fue confirmado por el art. 107º del Decreto Legislativo Nº 200, Ley de Impuesto a la Renta y hoy por la Ley General de Sociedades.

La Ley General de Sociedades (art. 51º) señala que en la sociedad anónima el capital está representado sólo por acciones nominativas.

La acción nominativa expresa el nombre de la persona cierta indeterminada que es el titular de ella, indicación que no tiene por qué aparecer en la acción al portador.

Para legitimar al propietario de la acción, habrá que tener en cuenta lo que figura en la matrícula de acciones o en el registro de las anotaciones en cuenta, en el que debe constar la anotación correspondiente. En el caso de litigio sobre la propiedad de las acciones, se estaría a la decisión judicial.

128. DERECHOS DEL ACCIONISTA

El accionista goza de determinados derechos que en ningún caso pueden ser desconocidos por los estatutos ni por acuerdo de la junta general. Son los llamados derechos "fundamentales" del accionista. Así, el derecho de participar en las utilidades, que es el móvil determinante de su ingreso a la sociedad; el derecho a la cuota de liquidación, que es complementario del anterior porque el remanente de bienes al extinguirse la sociedad está constituido por reservas, es decir, utilidades no repartidas o por la integridad del capital o parte de él, todo lo cual debe ser entregado a los accionistas al efectuarse la liquidación de la sociedad; el derecho de intervenir y votar en las juntas generales, que no puede negarse a ningún accionista porque es el medio de defenderse sus otros derechos, y que le franquea la posibilidad de participar en la gestión de la sociedad y fiscalizar la actuación de los directores.

El voto, tradicionalmente ha sido un derecho inherente a la acción. Es el derecho político que corresponde a cada acción. Está dentro de los derechos mínimos del accionista el derecho a votar. Derecho que sólo le es suspendido en casos especiales, como es el supuesto de la mora en el pago de los dividendos pasivos. Por lo demás es un derecho político incuestionable.

a) Acciones con derecho a voto

Dentro de este esquema se ha venido desarrollando la emisión de las acciones con derecho a voto.

El artículo 96º de la Ley regula los derechos mínimos que contienen las acciones con derecho a voto. Entre ellos, la acción confiere a su titular, al igual que la acción sin derecho a voto, la calidad de accionista. Será accionista aquel que acredite su condición de tal, ya sea con la matrícula de acciones a que hace referencia el artículo 92º o con la anotación en cuenta. Aquel que demuestre estar registrado como tal en el registro puede exigir los derechos inherentes al accionista.

El accionista con derecho a voto tiene en forma inherente a su acción el derecho de voto en las juntas generales o especiales de accionistas; participar en el reparto de las utilidades y en el patrimonio neto resultante de la liquidación; fiscalizar la gestión de los negocios; y ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en esta Ley, para la suscripción de acciones en caso de aumento del

capital social y en los demás casos de colocación de acciones, y en la suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones. También tiene el derecho de separarse de la sociedad en los casos previstos en la Ley y en el Estatuto.

El derecho de voto, tiene por regla general el carácter intransferible. Sólo excepcionalmente en los casos de usufructo y de prenda de acciones, es posible cederlo. Asimismo, hay casos de pérdida del derecho de voto, como ocurre tratándose de las acciones reembolsadas.

Derecho de control de la gestión, está contenido en muchos preceptos de la Ley, en especial los relativos a la competencia de las juntas generales, donde se reconoce a los socios el derecho de dirigir, en última instancia la marcha de la sociedad.

Derecho de información, se orienta en el mismo sentido que el anterior, así como el derecho de pedir el aplazamiento de la celebración de la junta general (art. 131º) y el derecho a obtener copia certificada de las actas de las juntas generales (art. 137º); el de examinar el proyecto de balance, la cuenta de ganancias y pérdidas, la propuesta de distribución de utilidades y la memoria anual, para lo cual los directores deben poner a su disposición dichos documentos en el domicilio social diez días antes de la celebración de la junta obligatoria anual (art. 130º); el derecho de solicitar la revisión del balance o investigaciones especiales, si lo piden accionistas con determinada proporción de acciones (arts. 226º y 227º); el de pedir la designación de representantes que vigilen las operaciones de liquidación (art. 414º).

Derecho preferente de suscripción de nuevas acciones que le garantiza la prioridad frente a terceros. Puede ocurrir que el accionista no posea el número de acciones necesarias para obtener una nueva acción, en cuyo caso podrá ejercer su derecho agrupándose con otro u otros accionistas. Si se trata de acciones de distinto valor nominal, la proporción tendrá que tomar en cuenta este valor, y no el número de acciones, para llegar al resultado que la Ley persigue.

El derecho de separación está reconocido en la Ley, y en especial para los casos derivados de la modificación del estatuto, traslado de sede al extranjero, cambio de objeto, limitación de la transmisibilidad de las acciones, transformación o fusión. Pese a que está admitida la facultad de la junta general para modificar el estatuto siempre que se cumplan los requisitos de fondo y forma, el cambio de una de las bases del contrato, que pudo tener importancia decisiva para el ingreso del accionista a la sociedad, da lugar al derecho de separarse, cualquiera que fuera los motivos de la modificación. No hay colisión entre este derecho con el de la junta general de introducir esos cambios, pues la Ley (art. 114º) al referirse al objeto de la junta, señala de un modo general el resolver los asuntos propios de la sociedad. Está fuera de su competencia obligar al socio a permanecer en la sociedad cuando se han adoptado determinados acuerdos modificatorios que aquél no acepta.

Ni el estatuto ni la junta pueden negar los medios, los procedimientos o las acciones que la Ley concede al accionista para asegurar los derechos "fundamentales".

- El socio es libre de ejercitar o no el derecho de separación, pero no puede renunciar a él. El desconocimiento de este derecho estaría afectado de nulidad, que alcanzaría tanto al estatuto y al acto constitutivo, si en él se hubiese establecido, conoce el acuerdo de junta general, o al celebrado entre el socio y la sociedad.

b) Acciones sin derecho a voto

La expansión de las empresas, su crecimiento y la participación de accionistas que son atraídos a invertir en la adquisición de acciones en las sociedades anónimas, llevados por el rendimiento de la inversión más que por la posibilidad de su participación en la gestión, puso en tela de juicio la necesidad de mantener como un derecho inalienable el derecho de voto. Es decir, el accionista que invierte en una sociedad de un accionariado difundido o en una sociedad anónima abierta, es consciente que su participación en el capital social es insignificante, razón por la que le es irrelevante exigir contar con su derecho a votar, lo más probable es que no se interese por la marcha de la sociedad y tan sólo estará pendiente del rendimiento de la acción. A este grupo de personas está dirigida la alternativa de ofrecerles un producto que carece de voto, pero que a cambio se le ofrece un rendimiento fijo y preferencial para el reparto de las utilidades y un lugar preferente para el reparto del haber social, siempre que se haya satisfecho las deudas de la sociedad.

Se puede decir que bajo la influencia del mercado de valores y de la negociabilidad de los productos es que la Ley General de Sociedades permite la creación y la emisión de acciones con o sin derecho de voto. El artículo 94º precisa que puede crearse una o más clases de acciones sin derecho a voto. Es decir, la clasificación de la acción está en función de los derechos que ella contiene, y siendo el caso que los derechos que se otorguen a las acciones sin derecho a voto no son uniformes, sino que queda a discreción del acto del cual emergen, el determinar los derechos que corresponden a las acciones sin derecho a voto, la única limitante básica es que dicha acciones por propia definición no pueden tener el derecho a voto. A cambio reciben otros derechos que la sociedad le otorga. Las acciones sin derecho a voto no se computan para determinar el quórum de las juntas generales.

El artículo 96º establece los derechos mínimos que debe contener la acción sin derecho a voto, entre ellos tenemos el de participar en el reparto de utilidades, en tal caso las acciones sin derecho a voto dan a sus titulares el derecho a percibir el dividendo preferencial que establezca el estatuto, y existiendo utilidades distribuibles, la sociedad está obligada al reparto del dividendo preferencial ofrecido para la clase de emisión de acciones con derecho a voto. Cuando se emiten las acciones sin derecho a voto deberá precisarse en el acto que origine la emisión y en la misma acción el derecho con que cuenta dicha acción sin derecho a voto,

condición que será respetada por la sociedad. El accionista sin derecho a voto a quien se le haya otorgado un dividendo anual podrá exigir que se pague dicho dividendo y no está sujeto a las reglas del artículo 231º de la Ley que regula el reparto mínimo de dividendos, bajo reglas que no pueden correlacionarse con el derecho que tiene el accionista de una acción sin voto.

Otro de los derechos mínimos de la acción sin derecho a voto consagrado por el artículo 96º de la Ley es que debe participar en el patrimonio neto resultante de la liquidación con la preferencia de obtener el reembolso del valor nominal de sus acciones, descontando los correspondientes dividendos pasivos, antes de que se pague el valor nominal de las demás acciones. Es pues un derecho a ser pagado antes que aquellos accionistas que no tienen un derecho sobre el reparto del haber social. Distinto es el caso por supuesto del derecho que tienen los acreedores de la sociedad, a quienes debe cubrirse en primer lugar el importe de su acreencia antes de repartir el haber social entre los socios. Recordemos que el aporte que se hace al capital de una sociedad es siempre un capital de riesgo, por lo tanto sujeto al resultado del negocio, y si el resultado se da con la liquidación de la sociedad, habrá que estar a las resultas del haber social, para que el accionista sin derecho a voto pueda exigir la preferencia en el reembolso de su acción, antes que cualquier otro accionista no preferido.

También es un derecho mínimo del accionista sin derecho a voto, el ser informado cuando menos semestralmente de las actividades y gestión de la sociedad; impugnar los acuerdos que lesionen sus derechos y separarse de la sociedad en los casos previstos en la Ley y en el Estatuto.

Uno de los derechos fundamentales del accionista es el derecho a la información. Lógicamente la información no se puede brindar a diario, ello perjudicaría la marcha de la empresa, por ello es que la información se brinda al accionista en una forma regulada. Así tenemos que el accionista tiene todo el derecho a ser informado con la anticipación debida a la junta de accionistas que se celebre. Este derecho no se recorta al accionista sin derecho a voto, tiene derecho a tomar conocimiento de la situación de la sociedad, no podrá interferir con la marcha, pero si podrá ejercer su derecho a impugnar acuerdos que lesionen los derechos que se les ha conferido.

Con especial prolijidad, la Ley precisa el derecho del accionista sin derecho a voto a participar en los aumentos de capital de la sociedad. En estos casos, tiene cuando menos los siguientes derechos:

1) A suscribir acciones con derecho a voto a prorrata de su participación en el capital, en el caso de que la junta general acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones con derecho a voto.
2) A suscribir acciones con derecho a voto de manera proporcional y en el número necesario para mantener su participación en el capital, en el caso que la junta acuerde que el aumento incluye la creación de acciones

sin derecho a voto, pero en un número insuficiente para que los titulares de estas acciones conserven su participación en el capital.

3) A suscribir acciones sin derecho a voto a prorrata de su participación en el capital en los casos de aumento de capital en los que el acuerdo de la junta general no se limite a la creación de acciones con derecho a voto o en los casos en que se acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones sin derecho a voto.

4) A suscribir obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones, aplicándose las reglas de los literales anteriores según corresponda a la respectiva emisión de las obligaciones o títulos convertibles.

En la anterior Ley, los artículos 108º y 109º, tal como quedaron modificados por la Ley Nº 26356, contemplaba la posibilidad de que los accionistas sin derecho a voto pudieran votar en los casos de reducción de capital, transformación liquidación, escisión, traslado de sede, modificación del objeto social, etc. En la nueva Ley, los accionistas sin derecho a voto no recuperan el derecho de voto, pues la pérdida del derecho voto a cambio de un derecho económico fue condición de la emisión de dicha acción. Cabe precisar que la Quinta Disposición Transitoria de la ley vigente, las acciones sin derecho a voto emitidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, se continúan rigiendo por las normas legales y estatutarias anteriores.

129. CERTIFICADO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

El derecho conferido al accionista para que suscriba acciones puede ser materializado en un título, dando lugar al certificado de suscripción preferente que es negociable.

En el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen. Este derecho es transferible. No pueden ejercer este derecho los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos.

El ejercicio del derecho de suscripción preferente se realiza por lo menos en dos ruedas y conforme lo establece el art. 208º de la Ley.

De acuerdo a lo señalado en el art. 209º de la Ley el derecho de suscripción preferente se incorpora en un título denominado certificado de suscripción preferente o mediante anotación en cuenta, ambos libremente transferibles, total o parcialmente, que confiere a su titular el derecho preferente a la suscripción de las nuevas acciones en las oportunidades, el monto, condiciones y procedimiento establecidos por la junta general o, en su caso, por el directorio.

El certificado debe contener información sobre la denominación de la sociedad, los datos relativos a su inscripción en el Registro y el monto de su capital; la

fecha de la junta general o del directorio, en su caso, que acordó el aumento de capital y el monto del mismo; el nombre del titular; el número de acciones que confieren el derecho de suscripción preferente y el número de acciones que da derecho a suscribir en primera rueda; el plazo para el ejercicio del derecho, el día y hora de inicio y de vencimiento del mismo, así como el lugar y el modo en que puede ejercitarse; la forma en que puede transferirse el certificado; la fecha de emisión; y, la firma del representante de la sociedad autorizado al efecto.

El certificado de suscripción preferente, o en su caso las anotaciones en cuenta, deben estar disponibles para sus titulares dentro de los quince días útiles siguientes a la fecha en que se adoptó el acuerdo de aumento de capital. En el aviso previo al ejercicio del derecho de preferencia se indicará la fecha en que están a disposición de los accionistas.

No obstante el reconocimiento expreso que da la ley a la emisión de certificados de suscripción preferente, este derecho no será aplicable cuando por acuerdo adoptado por la totalidad de los accionistas de la sociedad, por disposición estatutaria o por convenio entre accionistas debidamente registrado en la sociedad, se restrinja la libre transferencia del derecho de suscripción preferente.

130. USUFRUCTO DE ACCIONES

Las acciones pueden ser entregadas en usufructo. En estos casos, corresponden al propietario los derechos de accionista y al usufructuario el derecho a los dividendos en dinero o en especie acordados por la sociedad durante el plazo del usufructo. Puede pactarse que también correspondan al usufructuario los dividendos pagados en acciones de propia emisión que toquen al propietario durante el plazo del usufructo.

Respecto al patrimonio resultante de la liquidación, si la disolución de la sociedad se produce durante la vigencia del usufructo, debe resolverse si el remanente que queda se reputa utilidad o es capital que acrecienta el activo social. Desde luego, no se trata del importe de la acción que tiene que admitirse en todo caso de pertenencia del propietario porque representa el importe de su aporte, sino de las sumas que queden en exceso. Lo que se reparte como remanente al liquidarse la sociedad no son utilidades, sino específicamente cuota de liquidación. No son las ganancias atribuidas a las acciones que menciona la Ley.

Pero, si el usufructo tiene duración mayor que la sociedad, el usufructuario extiende su derecho a la cuota de liquidación por todo el tiempo que haya de durar el usufructo porque son aumentos del usufructo que, unidos al resto de la cuota de liquidación, dan el valor de las cosas usufructuosas al tiempo de extinguirse la sociedad.

En el usufructo de acciones no pagadas totalmente el propietario es el obligado al pago de los dividendos pasivos, salvo pacto en contrario. Si el propietario no hubiere cumplido con su obligación dentro del plazo fijado para realizar el pago,

el usufructuario podrá hacerlo dentro de los cinco días siguientes sin perjuicio de repetir contra el propietario.

131. PRENDA DE ACCIONES

Tratándose de la prenda de acciones, el ejercicio de los derechos corresponde al propietario, salvo pacto en contrario. Para tal efecto el acreedor prendario está obligado a facilitar la presentación de las acciones cuando este requisito sea necesario, o a acreditar por algún otro medio la propiedad del accionista. Se trata de evitar así el obstáculo que significa el tener que legitimarse como accionista careciendo de la tenencia material del título, que, en razón del contrato de prenda, debe encontrarse en poder del acreedor o de un tercero.

El acreedor prendario está facultado a efectuar el pago de los dividendos pasivos, si el propietario no cumple con esta obligación, pudiendo repetir contra éste o realizar la prenda, reconociéndose la preferencia que para el cobro de los dividendos pasivos tiene la sociedad. Todo esto salvo pacto en contrario.

132. MEDIDAS CAUTELARES SOBRE ACCIONES

Como las medidas cautelares, incluyendo el embargo, son sólo una carga impuesta por el juez sobre la propiedad de la acción, el titular de ésta conserva el ejercicio de sus derechos de accionista. Pero, al no tener la posesión material del título, que está en manos del retenedor o del depositario, la Ley impone a éstos, según el caso, presentar las acciones a la sociedad para el ejercicio de los derechos que corresponden al accionista.

La medida cautelar sobre acciones no apareja la retención de los dividendos, salvo orden judicial. Si se considera que la acción es un título valor en sí, esto es, una cosa, la medida cautelar que se decreta sobre ella sólo afecta la cosa en sí, no sus frutos, a no ser que se decrete la medida también sobre éstos, es decir, sobre las utilidades.

En la ejecución de acciones sujetas a medida cautelar en las que proceda la enajenación forzosa de la acción, se debe notificar previamente a la sociedad de la respectiva resolución judicial o solicitud de enajenación. La sociedad, dentro de los diez días útiles de efectuada la venta forzosa, tiene derecho a subrogarse al adjudicatario de las acciones, por el mismo precio que se haya pagado por ellas (arts. 110º y 239º LGS).

133. TRANSFERENCIA DE ACCIONES

El principio de la libre transmisibilidad rige respecto de la acción. Sólo se aceptan limitaciones si están impuestas por el pacto social o por el estatuto, o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de ac-

ciones y en el respectivo certificado, pero en ningún caso las limitaciones pueden significar la prohibición de transmitirlas. El artículo 101º permite validar la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar acciones. La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso sólo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la Ley o del Estatuto para la modificación del estatuto.

El pacto social, estatuto o el acuerdo puede disponer en qué consisten las limitaciones, pero deben entenderse que éstas deben obedecer a motivos justificados.

No descarta la Ley que las acciones pueden ser transferidas por endoso, pero para que surta efectos frente a la sociedad, se requiere la comunicación por escrito a ésta y la anotación en la matrícula de acciones.

El art. 93º de la Ley precisa que 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.

Como el título accionario reproduce, en cierta medida, el contenido del acto constitutivo, el tercero que adquiera la acción a título derivativo puede informarse de los datos relativos al contrato social, pudiendo completar su información con lo que aparezca del libro de transferencia de acciones o de otros elementos. Otros datos sirven para garantizar las indicaciones contenidas en la acción, como es lo referente a la firma de los directores.

En cuanto a la limitación de la transmisibilidad, se orienta a otorgar un derecho de preferencia en la adquisición de las acciones en favor de los accionistas que forman parte de la sociedad. El estatuto debe fijar el sistema para establecer el precio del tanteo, las personas que pueden ejercitar el derecho y el plazo dentro del cual debe ejercitarse. Si el accionista no ha votado en favor del acuerdo sobre limitaciones los plazos y forma señalados en el art. 200º.

Los sucesivos adquirientes de la acción no enteramente liberada responden solidariamente con el suscriptor por el pago de los dividendos pasivos hasta el

plazo de caducidad de tres años contados desde la fecha de la respectiva transmisión, lo que significa que el plazo de caducidad juega en referencia a cada cedente.

Las transacciones que se efectúen en los mecanismos centralizados regulados por la Ley del Mercado de Valores (art. 113º de la LMV), presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del enajenante, en los casos en que fuese requerido, por no existir un régimen de separación de patrimonios.

En cuanto a las acciones laborales (Ley de la Comunidad Industrial, Decreto Ley Nº 21789, Decreto Ley Nº 22229, Decreto Legislativo Nº 677), se regulan por su propio régimen. La Quinta Disposición Final de la LGS precisa que, para efectos de la presente Ley en ningún caso el término acciones incluye a las acciones de trabajo ni el término accionistas a los titulares de éstas, con lo cual se desvirtúa la posibilidad de asimilar las acciones laborales a los derechos que se otorgan a las acciones sin derecho a voto.

134. ADQUISICIÓN POR LA SOCIEDAD DE SUS ACCIONES

Por regla general la sociedad no puede adquirir sus propias acciones. Pero excepcionalmente puede hacerlo en ciertos casos y para determinados efectos. Por ejemplo, cuando se trata de amortizarlas, debe adoptarse, previamente, el respectivo acuerdo con las exigencias que la Ley establece para la modificación del estatuto, ya que la amortización importa reducir el capital.

Si las acciones se adquieren sólo para ser amortizadas, se elimina el peligro de que puedan ser objeto de especulación; y si se dejan en suspenso los derechos incorporados en ellas, se impide que se puedan utilizar los votos que a esas acciones corresponden.

Las condiciones para la adquisición de las acciones por la sociedad tienen el carácter de *conditiones juri*, porque ni la junta general podría autorizar la adquisición en casos no permitidos por la ley.

La sociedad puede adquirir sus propias acciones con cargo al capital únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción del capital adoptado conforme a ley. Cuando la adquisición de las acciones se realice por monto mayor al valor nominal, la diferencia sólo podrá ser pagada con cargo a beneficios y reservas libres de la sociedad.

También la sociedad puede adquirir sus propias acciones para amortizarlas, pero sin reducir el capital y sin reembolso del valor nominal al accionista, entregándole a cambio títulos de participación que otorgan derecho de percibir, por el plazo que se establezca, un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad. Estos títulos son nominativos y transferibles.

El art. 104º de la ley permite a la sociedad adquirir sus propias acciones con cargo a beneficios y reservas libres en los casos siguientes:

a) para amortizarlas sin reducir el capital, en cuyo caso se requiere acuerdo previo de junta general para incrementar proporcionalmente el valor nominal de las demás acciones a fin de que el capital social quede dividido entre ellas en alícuotas de igual valor;

b) para amortizarlas sin reducir el capital pero entregando a cambio títulos de participación que otorgan el derecho de recibir por tiempo determinado un porcentaje de las utilidades distribuibles de la sociedad; en este caso la sociedad amortiza las acciones adquiridas con cargo a sus beneficios y reservas libres, sin reducir el capital; en este supuesto se requiere el acuerdo previo de la junta general para incrementar el valor nominal de las acciones no adquiridas por la sociedad;

c) sin necesidad de amortizarlas, cuando la adquisición se haga para evitar un daño grave, en cuyo caso deberán venderse en un plazo no mayor de dos años; y,

d) sin necesidad de amortizarlas, previo acuerdo de la junta general para mantenerlas en cartera por un período máximo de dos años y en un monto no mayor al diez por ciento del capital suscrito.

La sociedad puede adquirir sus propias acciones a título gratuito en cuyo caso podrá o no amortizarlas. La adquisición de las acciones de la sociedad a título gratuito, significa un incremento patrimonial para la sociedad, por lo que no hay perjuicio, ni peligro para los acreedores ni para los propios accionistas. Por lo tanto, las acciones no tienen por qué ser amortizadas.

Las acciones que adquiera la sociedad a título oneroso deben estar totalmente pagadas, salvo que la adquisición sea para evitar un daño grave.

La adquisición se hará a prorrata entre los accionistas salvo que:

a) se adquieran para evitar un daño grave;

b) se adquieran a título gratuito;

c) la adquisición se haga en rueda de bolsa;

d) se acuerde por unanimidad en junta general otra forma de adquisición;

e) se trate de los casos previstos en los artículos 238º y 239º relativos a la adquisición de las participaciones por la sociedad comercial de responsabilidad limitada y de su consentimiento para su transmisión.

Los derechos que corresponden a las acciones adquiridas y por la sociedad quedan en suspenso, lo que se extiende a todos sus efectos incluyendo los de ser computadas a efectos de la concurrencia a las juntas generales, pues, siendo las acciones de propiedad de la sociedad, no podrían ser utilizadas por los directores con ningún fin frente a aquélla.

Como se requiere la autorización de la junta general para la adquisición de las acciones, esa misma autorización es necesaria para los sucesivos actos de disposición.

La infracción de las anteriores reglas constituiría una responsabilidad a los directores por los daños y perjuicios que pudieran derivar para la sociedad. La acción judicial puede ser ejercitada por la sociedad, por los accionistas y por los acreedores.

135. PRÉSTAMOS Y ANTICIPOS CON GARANTÍA DE ACCIONES

La sociedad no puede otorgar préstamos o dar anticipos con garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas, bajo responsabilidad del directorio. Se trata de evitar que la sociedad se confíe en un título cuyo valor podría desaparecer por pérdida en los negocios. Si tuviera que utilizar las garantías que se han procurado, en el fondo se estaría devolviendo el capital. En tal caso ninguna garantía ofrecería a la sociedad un título desprovisto de contenido patrimonial, sin descartar el peligro de que a través de este procedimiento la sociedad adquiera sus acciones, burlando las disposiciones que regulan este negocio jurídico.

CAPÍTULO XV
JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

136. Concepto.- **137.** Clases de juntas.- **138.** Atribuciones de la junta.- **139.** Convocatoria.- **140.** Concurrencia a las juntas.- **141.** Derecho de información.- **142.** Quórum.- **143.** Intervención de los socios en las juntas.- **144.** Presidencia de la junta.- **145.** Suspensión del derecho de voto.- **146.** Constancia de la celebración de las juntas.- **147.** Impugnación de acuerdos.- **148.** Suspensión de acuerdos.

136. CONCEPTO

La junta general es la reunión de accionistas debidamente convocados para tratar de los asuntos que son de competencia de aquélla. Es el órgano supremo de la sociedad debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece la Ley, en atención al número de acciones en que está dividido el capital social, los asuntos propios de su competencia. Empero, se reconocen derecho a los accionistas minoritarios, a los ausentes y a los disidentes respecto a los acuerdos adoptados. Según lo señalado en el art. 43º del Reglamento del Registro de Sociedades, para la inscripción de actos que sean consecuencia de un acuerdo de junta general, deberá cumplirse con las normas legales, del estatuto y de los convenios de accionistas inscritos en el Registro sobre convocatoria, quórum y mayorías, siendo obligación del Registrador comprobar el cumplimiento de las normas aludidas.

En cuanto a su competencia, la junta general está limitada por la existencia de otros órganos con funciones específicas, como el directorio, que administra la sociedad y la representa, aunque, en último término, está supeditado a la junta, pues ésta puede nombrar y remover a los directores (arts. 114º, 115º y 153º), censurar su gestión (art. 114º, inc. 1), intervenir en determinados actos que exce-

den las facultades normales (art. 77º), decidir cuando se trata de adquisición de acciones propias de la sociedad (art. 104º), resolver sobre emisión de obligaciones (art. 115º). Fuera de estos casos, las funciones administrativas corresponden al directorio, salvo lo que disponga el estatuto.

137. CLASES DE JUNTAS

Hay tres clases de juntas: la obligatoria anual, las especiales y las universales. La primera, como su nombre lo dice, se *reúne obligatoriamente* cuando menos una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico anual, con el principal objeto de examinar las cuentas y balances correspondientes al ejercicio vencido.

Las *juntas especiales* son aquellas en que se reúne determinado grupo de accionistas que gozan de derechos particulares frente a las acciones comunes y que concurren para tratar los asuntos que específicamente les concierne. Así ocurre con los accionistas de determinadas clases para quienes resultaría injusto reunirlos con los accionistas tenedores de acciones ordinarias, pues el mayor número de éstas podría anular, disminuir o afectar en alguna forma los derechos que privativamente corresponden a los accionistas privilegiados. En resguardo de tales derechos se reconoce a los accionistas preferenciales una serie de medidas para el supuesto de modificación del estatuto, si con ello se afecta directa o indirectamente el derecho de tales accionistas. En esta hipótesis será preciso el acuerdo de la mayoría de acciones preferenciales, adoptando en una reunión de la junta general de ellas. Lo mismo ocurre en caso de amortización de acciones cuando la amortización no afecta a todas las acciones por igual.

El estatuto puede señalar también la obligación que la junta de accionistas se reúna en otras oportunidades. Las demás juntas pueden realizarse, a solicitud de los accionistas, en cualquier tiempo, sin que se haya previsto en el estatuto la oportunidad de su celebración.

Por último, la junta universal es aquella que se entiende convocada y válidamente constituida para tratar sobre cualquier asunto y tomar los acuerdos correspondientes, siempre que se encuentren presentes accionistas que representan la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se proponga tratar.

138. ATRIBUCIONES DE LA JUNTA

En cuanto a las atribuciones de la junta, debe considerarse que puede ocuparse de toda clase de asuntos, pero con la diferencia que en las obligatorias anuales hay un contenido mínimo con una orden del día ineludible, como ha sido indicado anteriormente.

La junta general obligatoria anual tiene como atribuciones:

a) pronunciarse sobre la gestión social y, los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior;

b) resolver sobre la aplicación de las utilidades, si las hubiere, pero esta atribución no es sólo de la junta obligatoria anual, sino que en cualquier otra oportunidad puede acordarse beneficios suplementarios o concederse anticipos a cuenta de dividendos futuros en vista de un balance;

c) elegir cuando corresponda a los miembros del directorio y fijar su retribución;

d) designar o delegar en el directorio la designación de los auditores externos, cuando corresponda. Esta atribución ya no es únicamente de la Junta General, sino que puede ser delegada en el Directorio; y,

e) resolver sobre los demás asuntos que le sean propios conforme al estatuto y sobre cualquier otro consignado en la convocatoria.

Asimismo, la junta general tiene competencia para remover a los miembros del directorio y elegir a los que deben reemplazarlos; modificar el estatuto; aumentar o disminuir el capital social; acordar la emisión de obligaciones; aprobar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad; disponer investigaciones y auditorías especiales; transformar la sociedad y fusionarla, aprobar su escisión, reorganización, disolución y liquidación; y resolver en los demás casos en que la Ley o el estatuto disponga su intervención y en general cuando lo requiera el interés de la sociedad.

139. CONVOCATORIA

Corresponde al directorio, o en su caso la administración de la sociedad, decidir la oportunidad de la reunión de la junta de accionistas cuando considere que es conveniente a los intereses de la sociedad, cuando lo ordena la ley, lo establece el estatuto, o lo solicite un número de accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto. Empero, no es necesaria la convocatoria, si encontrándose reunidos todos los accionistas, acuerdan y celebran la junta. Según el artículo 45º del RRS, los acuerdos adoptados por junta universal celebrada en lugar distinto al del domicilio social son inscribibles en el Registro.

> La ejecutoria de la Corte suprema de 7 de agosto de 1978 resolvió que las normas que regulan la convocatoria a junta general de accionistas son una gran garantía en favor de todos los socios en el sentido de que aseguran la validez de los acuerdos adoptados, por lo que deben cumplirse estrictamente; y que tratándose de juntas generales universales, debe figurar en el acta correspondiente la firma del interesado, no siendo suficiente la firma de los demás socios, ni tampoco la inclusión del nombre de aquél como asistentes a dicha Junta.

El directorio debe publicar el aviso de convocatoria de la junta general obligatoria anual y de las demás juntas previstas en el estatuto con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración. En los demás casos, a excepción de aquellos en que la ley o el estatuto fijen plazos mayores, la anticipación de la publicación será no menor de tres días.

El tiempo que debe mediar entre la convocatoria y la reunión de la junta tiene por objeto que los accionistas puedan contar con la debida información sobre los asuntos a tratar.

El aviso de convocatoria especifica el lugar, día y hora de celebración de la junta general, así como los asuntos a tratar. Puede constar asimismo en el aviso el lugar, día y hora en que, si así procediera, se reunirá la junta general en segunda convocatoria. Dicha segunda reunión debe celebrarse no menos de tres ni más de diez días después de la primera. La junta general no puede tratar asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria, salvo en los casos permitidos por la Ley.

> La Ejecutoria de la Corte Suprema de 5 de julio de 1977 resolvió que para establecer la imposibilidad de reunir la mayoría exigida para la constitución de la Junta General, es necesario solicitar al Juez que efectúe la convocatoria en caso de renuncia del director o de no haber directores hábiles, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 125º de la Ley Nº 16123 (art. 117º último párrafo LGS).
>
> Para que una convocatoria a junta general sea válida, se requiere que las publicaciones contengan la indicación del lugar donde se ha de celebrar la reunión, requisito imprescindible para respetar los derechos del accionista a intervenir y votar en las juntas generales. Además, el aviso debe publicarse con una anticipación no menor de diez días a la fecha en que ha de celebrarse la junta (Res. Nº 405-96-ORLC/TR, en *Gaceta Jurídica* [*Número especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades*], Lima, 1998, T. 53, p. 83).

De otro lado, si la junta no es convocada cuando lo dispone la ley, los accionistas pueden solicitar su convocatoria (art. 117º), al juez (arts. 117º y 119º) o la CONASEV en el caso de las Sociedades Anónimas Abiertas (art. 255º LGS) les compete realizar la convocatoria. Si la sociedad se hubiese atrasado más de ocho días en el pago de los intereses vencidos respecto de las obligaciones emitidas o en la amortización del principal, el Representante de los Obligacionistas está facultado para hacer la convocatoria (art. 325º inciso 7).

En el primer caso se requiere que uno o más accionistas, que representan no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, soliciten notarialmente la celebración de la junta.

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 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. Se salva en la forma indicada la obstrucción que puede oponerse a la celebración de la junta por inasistencia de quien por ley debe presidirla, por ocultamiento de los libros de actas en que deben constar los acuerdos y para conseguir que éstos estén autenticados.

El juez puede también realizar la convocatoria, a pedido del titular de una sola acción suscrita con derecho a voto, cuando la junta obligatoria anual o cualquier otra ordenada por el estatuto no se convocan dentro del plazo y para sus fines, o en ellas no se tratan los asuntos que corresponde. El trámite se realiza ante el juez del domicilio social, por el proceso no contencioso. Esta convocatoria judicial debe reunir los requisitos mencionados en el párrafo anterior (art. 119º).

En caso de que la junta no se celebre en primera convocatoria ni se hubiese previsto en los avisos la fecha de la segunda, hay que hacer nueva convocatoria dentro de los diez siguientes, a la fecha de la junta no celebrada y, por lo menos, con tres días de antelación a la fecha de la segunda reunión. No se podrá inscribir acuerdos sobre asuntos distintos a los señalados en el aviso de convocatoria o que no se deriven directamente de éstos, salvo en los casos expresamente previstos en la Ley (art. 43º RSS).

140. CONCURRENCIA A LAS JUNTAS

El derecho de asistencia a la junta corresponde a los socios que son titulares de las acciones con derecho a voto que figuren inscritas a su nombre en la matrícula de acciones, con una anticipación no menor de dos días al de la celebración de la junta general; tratándose de sociedades anónimas abiertas, la anticipación es de diez días.

El derecho se concede a todos los accionistas, aun a los que adeudan dividendos pasivos, ya que la regla de suspensión del voto no puede extenderse a la suspensión del derecho de asistencia, que tiene el carácter de derecho mínimo, pues en la junta el socio puede ejercitar el derecho de información, pedir certificación de acuerdos, emitir opinión, etc.

La suspensión del derecho se produce cuando el accionista incurra en mora en el pago del dividendo pasivo. Si se trata de una deuda no exigible por razón del tiempo, lugar y modo, no lo perjudica en sus derechos de socio. En el caso que el accionista incurra en mora en el pago del dividendo pasivo, se le castiga con una serie de normas relativas a su derecho de voto, a ser preferido en los aumentos de

capital, suscripción de obligaciones convertibles en acciones, etc., pero no se niegan otros derechos como el de información, fizcalización, etc.

Los directores, gerentes y el representante de los obligacionistas pueden concurrir, con voz pero sin voto, a las juntas generales. La Ley deja en libertad al estatuto para que permita la concurrencia de funcionarios profesionales y técnicos al servicio de la sociedad y a todas personas que tengan interés en la buena marcha de ella para que asista con voz, pero sin voto. De este modo puede contarse con todas las opiniones que se consideren útiles o necesarias para una mejor decisión.

El socio puede participar directamente o por medio de su representante escogido voluntariamente, o mediante representante legal. El Registrador no denegará la inscripción de acuerdos de junta universal adoptados con la intervención de representantes de accionistas. La representación puede recaer en un socio, o en persona física o jurídica, que puede representar a varios accionistas que puede ser ajena a la sociedad, salvo que el estatuto imponga la calidad de socio para ejercerla la representación. El artículo 90º LGS precisa que todas las acciones pertenecientes a un accionista deben ser representadas por una sola persona, salvo disposición distinta del estatuto o cuando se trata de acciones que pertenecen individualmente a diversas personas pero aparecen registradas en la sociedad a nombre de un custodio o depositario. La norma genérica es que las acciones pertenecientes a un socio se representen por una sola persona, pues se entiende que el titular, sea persona natural o jurídica tiene una voluntad unitaria que la imparte a todas sus acciones. Sin embargo, la Ley contempla la posibilidad que el estatuto incluya la alternativa de que las acciones puedan ser representadas por varias personas, es decir, unas representaran a un grupo de acciones del mismo titular, y otra persona a otro grupo de acciones del mismo titular. En este caso, para evitar que se produzca una inconsistencia en el ejercicio del derecho de voto, cuando las acciones pertenecientes a un mismo accionista son representadas por más de una persona porque así lo permite el estatuto, los derechos de impugnación y de separación sólo se pueden ejercer cuando todos los representantes del accionista reúnen las condiciones previstas en los artículos 140º y 200º LGS, es decir, que el sentido del voto sea uniforme y se den los presupuestos para el ejercicio del derecho de impugnación o el de separación, según el caso.

El artículo 122º de la LGS otorga al accionista con derecho a participar en las juntas generales a hacerse representar por otra persona. El estatuto puede limitar esta facultad, reservando la representación a favor de otro accionista, o de un director o gerente.

En el caso de la sociedad anónima cerrada, la ley es limitativa; el socio sólo podrá hacerse representar en las reuniones de junta general por medio de otro accionista, su cónyuge o ascendiente o descendiente en primer grado. El estatuto puede extender la representación a otras personas.

La representación debe constar por escrito y con carácter especial para cada junta general, salvo que se trate de poderes otorgados por escritura pública. Los

poderes deben ser registrados ante la sociedad con una anticipación no menor de veinticuatro horas a la hora fijada para la celebración de la junta general.

La representación ante la junta general es revocable. La asistencia personal del representado a la junta general producirá la revocación del poder conferido tratándose del poder especial y dejará en suspenso, para esa ocasión, el otorgado por escritura pública. La revocación no surte efectos en el caso que el poder haya sido otorgado con el carácter de irrevocable, pactos expresos u otros casos permitidos por la Ley.

Puede presentarse el caso de accionistas que necesitan agruparse para poder tener voto. En tal supuesto la representación puede recaer en cualquiera de ellos.

Los casos de representación legal se rigen por lo que el CC. y las leyes respectivas disponen. Así, en los casos de menores, incapaces, representantes de entidades dueñas de acciones, colectividades públicas, etc.

141. DERECHO DE INFORMACIÓN

Los socios deben disponer de los medios indispensables para obtener información respecto a los asuntos que van a ser tratados en la junta, a través de los documentos mencionados y proyectos que deben facilitarles en las oficinas de la sociedad desde el día de la publicación de la convocatoria. Asimismo, debe proporcionárseles, antes de la junta o en ella, los informes que soliciten.

Desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad.

El directorio está obligado a proporcionar la información que soliciten los accionistas antes y durante la junta de socios, salvo en los casos en que juzgue que la difusión de los datos solicitados perjudique el interés social. Esta excepción no procede cuando la solicitud sea formulada por accionistas presentes en la junta que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

Igualmente en el caso de las sociedades anónimas abiertas, éstas deben proporcionar la información que le soliciten, fuera de junta, accionistas que representen no menos del cinco por ciento del capital pagado, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad. En el caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información la resuelve la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

La falta de información puede originar el derecho del socio de pedir el aplazamiento de la junta. En tal caso a solicitud de accionistas que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto la junta general se aplazará por una sola vez, por no menos de tres ni más de cinco

días y sin necesidad de nueva convocatoria, para deliberar y votar los asuntos sobre los que no se consideren suficientemente informados.

Cualquiera que sea el número de reuniones en que eventualmente se divida una junta, se la considera como una sola, y se levantará un acta única. En estos casos el quórum se computa al inicio de la sesión.

El accionista que ha suscrito una acción sin derecho de voto tiene el derecho a ser informado cuando menos semestralmente de las actividades y gestión de la sociedad.

La amplitud de este derecho se encuentra limitada por la índole de los asuntos que se deben tratar en la respectiva sesión y por la facultad que se concede al directorio de negar las informaciones si considera que la publicidad de los datos solicitados perjudica los intereses sociales. Sin embargo, esta limitación tiene sus propias reglas ya sea que se trate de sociedades anónimas o sociedades anónimas abiertas.

142. QUÓRUM

Es pertinente resaltar que el quórum se computa al inicio de la sesión. Cuando la lista de asistentes no forme parte del acta, aquella se insertará en la escritura pública o se presentará en copia certificada notarialmente. En las juntas generales convocadas para tratar asuntos que, conforme a ley o al estatuto, requieren concurrencias distintas, cuando un accionista así lo señale expresamente y deje constancia al momento de formularse la lista de asistentes, sus acciones no serán computadas para establecer el quórum requerido para tratar alguno o algunos de los asuntos a que se refiere el artículo 126º, es decir, modificar el estatuto, aumentar o reducir el capital social, emitir obligaciones, acordar la enajenación, en un sólo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad; y acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación. Lo que indica que el accionista con derecho a voto al momento de asistir a la sesión puede determinar desde el inicio si sus acciones serán computadas para ciertos puntos de la agenda y para otros no. Las acciones de los accionistas que ingresan a la junta después de instalada, no se computan para establecer el quórum pero respecto de ellas se puede ejercer el derecho de voto.

La Ley impone el *quórum calificado*, es decir, un número mínimo de socios, que deben encontrarse presentes al inicio de la sesión para poder tratar asuntos de competencia de la junta. Así, cuando se trata de asuntos que el legislador ha calificado como trascendentales para la sociedad se exige un quórum calificado. Estos casos son: modificar el estatuto; aumentar o reducir el capital social; emitir obligaciones; acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad; y acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación. Para estos asuntos se requiere en primera convocato-

ria, cuando menos, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria basta la concurrencia de al menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto.

Para otros asuntos la ley requiere la concurrencia más simplificada. Es así que se dispone que la junta general queda válidamente constituida en primera convocatoria cuando se encuentre representado, cuando menos, el cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria, será suficiente la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto.

La Ley hace la precisión, aunque innecesaria, que podrá llevarse a cabo la junta, aun cuando las acciones representadas en ella pertenezcan a un solo titular.

Los acuerdos se adoptan con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta. Cuando se trata de los asuntos que requieren de quórum calificado, se requiere que el acuerdo se adopte por un número de acciones que represente, cuando menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto. El estatuto puede establecer quórum y mayorías superiores a las señaladas, pero nunca inferiores; salvo el caso de las sociedades anónimas abiertas en las que el estatuto no puede exigir quórum ni mayoría más altas.

Tanto para determinar el quórum como para la mayoría en la adopción del acuerdo, la Ley se ha separado por completo de los conceptos relativos al capital pagado o al capital suscrito. La medida para la validez de los acuerdos está en función de las acciones con derecho a voto, en el entendido que son éstas las únicas que pueden expresar la voluntad de la sociedad, ya sea porque la omisión del voto es una condición de la emisión del título o una sanción impuesta a la acción que nace con derecho a voto. La sociedad siempre continúa rigiéndose por el principio de las mayorías.

Especial mención merece el caso de los acuerdos adoptados en las sociedades anónimas abiertas. En éstas, cuando se trata de asuntos materia de quórum calificado, en primera convocatoria, se requiere del cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria basta la concurrencia de al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto. Incluso, se llega al extremo de convocar a una tercera reunión en la que basta la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto. Los acuerdos se adoptan, en cualquier caso, por la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta.

143. INTERVENCIÓN DE LOS SOCIOS EN LAS JUNTAS

Los socios tienen el derecho de intervenir en las discusiones que se promueven en la junta general, a efecto de contribuir a la formación de la voluntad colectiva. Como todo derecho, no se acepta su ejercicio irrestricto, al punto de

perturbar la marcha de la sociedad o frustrar la adopción de acuerdos. Por ello, el estatuto puede señalar las pautas para el uso de la palabra o encomendar al presidente de la junta limitar el tiempo que se debe conceder a cada accionista para sus intervenciones. En el estatuto puede establecerse el régimen de la junta general y las condiciones para el ejercicio del voto.

El ejercicio de derecho de voto plantea muchos problemas, entre ellos el de suspensión del voto, que puede ser considerado de distinta manera. Así, en la junta constituyente se suspende el voto del aportante de bienes *in natura*, respecto de los acuerdos sobre la valoración de éstos; tampoco pueden ejercer ese derecho las acciones propias de la sociedad cuando son adquiridas por ésta o las acciones en mora de dividendos pasivos. En esta forma se trata de evitar conflicto de intereses entre el socio y la sociedad.

El derecho de voto se atribuye para que sea usado en consonancia con el interés general de la sociedad y no en interés egoísta y contrario a ella.

La sumisión a los acuerdos de la junta general supone que se deben respetar la Ley, el estatuto, el interés de la sociedad y el de los propios accionistas, en cuya protección se conceden las acciones de impugnación, nulidad o anulabilidad.

Para la adopción de acuerdos se requiere la mayoría absoluta de las acciones concurrentes; pero si se trata de asuntos de excepcional importancia para la sociedad, se requiere cuando menos la mayoría absoluta de las acciones con derecho a voto.

144. PRESIDENCIA DE LA JUNTA

La junta debe ser presidida de ordinario por el presidente del directorio y debe actuar como secretario el gerente general. A falta de esas personas intervendrán sus respectivos sustitutos y a falta de ellos, quienes designe la junta entre los accionistas concurrentes. Pero esto no constituye norma imperativa, porque el estatuto puede establecerse quién debe presidir la junta.

A la presidencia corresponde admitir a los accionistas, examinar los poderes de los representantes, dirigir los debates, conceder la palabra, mantener el orden, levantar el acta de la sesión y certificar acerca de los acuerdos adoptados en ella.

La facultad concedida a los accionistas concurrentes para designar al presidente y al secretario en caso de inconcurrencia de los llamados por la ley a los estatutos, tiende a impedir que su inasistencia frustre la celebración de la Junta. La Ley prevé la posibilidad de que el día de la citación no puedan ser tratados los asuntos para que fueron convocados los accionistas debido a no considerarse éstos debidamente informados, concediendo al efecto un derecho de aplazamiento, para el que se exigen varios requisitos:

a) que lo soliciten los accionistas, lo que descarta que pueda ser a petición del Presidente de la junta;

b) que se reúna en favor de la petición accionistas que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, lo que configura una forma de protección a la minoría; y,

c) que se aduzca insuficiencia de información.

Compete a la presidencia formar la lista de los asistentes para comprobar el quórum exigido por la Ley o por el estatuto, y poder, asimismo, determinar quiénes fueron los accionistas que no concurrieron y que, por lo tanto, pueden hacer uso del derecho de impugnación de los acuerdos, o de separación de la sociedad.

La formación de la lista de concurrentes tiene como finalidad, asimismo, determinar el carácter o representación de cada uno de los asistentes al final el número de acciones presentadas y su porcentaje respecto del total de las mismas con indicación del porcentaje de cada una de sus clases, si las hubiere. De este modo, podrá determinarse, quiénes concurren como socios, o como usufructuarios o como acreedores prendarios.

145. SUSPENSIÓN DEL DERECHO DE VOTO

Si se presenta conflicto de intereses con el accionista, éste debe abstenerse de emitir su voto en la deliberación en la que se suscita el conflicto. El interés de que se trata puede ser propio del socio o de un tercero. La Ley no expresa en este caso cuál puede ser la relación entre el socio y el tercero.

La severidad de la norma se revela al permitirse impugnar el acuerdo cuando sea capaz de causar daño a la sociedad y resulte que sin el voto de los socios que debían haberse abstenido de la votación no se habría alcanzado la mayoría necesaria. Los accionistas que votaron no obstante dicha prohibición responden solidariamente por los daños y perjuicios cuando no se hubiera logrado la mayoría sin su voto.

Las acciones respecto de los cuales no puede ejercitarse el derecho de voto son computables para formar el quórum, pero no para establecer las mayorías en las votaciones.

Existen otros supuestos en los cuales la Ley dispone la suspensión del derecho de voto. Es el caso de lo establecido en el artículo 68º y 72º de la Ley del Mercado de Valores, que castiga con la suspensión del derecho de voto de las acciones adquiridas sin el requisito de la oferta pública de adquisición.

146. CONSTANCIA DE LA CELEBRACIÓN DE LAS JUNTAS

La obligación de hacer constar en un libro especialmente abierto a dicho efecto, en hojas sueltas o en cualquier otra forma que permita la ley, las sesiones de junta general y los acuerdos adoptados en ella, presupone la redacción de un acta que recoja y materialice los acuerdos tomados en las juntas generales. Cuando las actas sean asentadas en libros o documentos, deben ser legalizados confor-

me a ley. Los datos que deben estar contenidos en el acta sirven para revelar la voluntad colectiva y el cumplimiento de los requisitos de forma impuestos por ley.

De este modo, podrá apreciarse la validez o invalidez de los acuerdos y hacerse valer, en su caso, el derecho de impugnación. Si no puede asentarse el acta en el documento respectivo en caso de fuerza mayor, o por retención indebida de éste por algún director o el gerente, a quien puede convenir no facilitar la reunión, el acta se extenderá y firmará por todos los accionistas concurrentes en un documento especial, el que se adherirá o transcribirá al libro o a las hojas sueltas no bien éstos se encuentren disponibles, o en cualquier otra forma que permita la Ley. El documento especial deberá ser entregado al gerente general quien será responsable de cumplir con lo antes prescrito en el más breve plazo.

La aprobación del acta puede hacerse en la junta o posteriormente. Si no se aprueba en la misma junta, ésta designará especialmente a dos accionistas para que conjuntamente con el presidente y el secretario la revisen y aprueben. Además de las personas que deben suscribirla, se faculta a cualquier accionista concurrente para que pueda hacerlo. El acta tiene valor desde su aprobación, o sea, que es un instrumento probatorio que hace fe respecto a los acuerdos y demás menciones que en ella se contengan mientras no se pruebe su inexactitud o falsedad, pero los accionistas o directores que hubiesen aprobado el acta no podrán impugnar el contenido.

Determinados acuerdos de la junta general deben ser inscritos en el Registro. Así ocurre con los de emisión de obligaciones, de transformación, fusión, escisión, de modificación de estatutos, etc. En estos casos, la inscripción debe hacerse en el plazo de treinta días, bajo responsabilidad del directorio. La inscripción puede realizarse mediante copia certificada notarial del acta, salvo que los acuerdos sociales se refieren a actos que deban constar de escritura pública.

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.

Los socios tienen derecho a solicitar presencia de un notario en la junta de accionistas. En efecto, por acuerdo del directorio o a solicitud presentada no menos de cuarenta y ocho horas antes de celebrarse la junta general, por accionistas que representen cuando menos el veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, la junta se llevará a cabo en presencia de notario, quien certificará la autenticidad de los acuerdos adoptados por la junta. Corresponde al gerente

general la designación del notario y en caso de que la solicitud sea formulada por los accionistas éstos correrán con los gastos respectivos.

147. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS

La acción impugnatoria de los acuerdos de las juntas generales tiene como finalidad invalidar aquellos que son contrarios a la ley, al estatuto, o los que lesionen en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, o que estén afectados por las causales de anulabilidad de los actos jurídicos conforme al CC.

Resulta de suma importancia recalcar que la impugnación de los acuerdos está sujeta a plazo de caducidad, como una forma de brindar seguridad jurídica en materia societaria, no sólo en lo que se refiere a las acciones de impugnación meramente comerciales como son las que ejercen los socios por su condición de accionistas dentro del plazo señalado en la ley, sino también la caducidad aplicada a las pretensiones que se amparan en las causales de nulidad del CC.

Es así como el plazo de caducidad para ejercer el derecho de impugnación es de 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. La impugnación destinada a 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, caduca al año de la adopción del acuerdo.

> El socio tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos de junta general siempre que hiciera constar su oposición, estuviera ausente o fuera ilegítimamente privado de emitir su voto, dentro de un plazo de caducidad que fija la Ley (Res. Nº 1204-95-ORLC/TR, en *Gaceta Jurídica [Número especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades]*, Lima, 1998, T. 53, p. 86).

> La acción de impugnación interpuesta el último día del plazo de caducidad se encuentra dentro del término legal, pues el plazo se computa excluyendo el día inicial e incluyendo el último día. La fecha que se toma en cuenta para dichos efectos es la del admisorio y no la de notificación con la resolución (Ejecutoria de 19 de agosto de 1994, Exp. Nº 48-94, en *Gaceta Jurídica [Número especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades]*, Lima, 1998, T. 53, p. 87).

Las impugnaciones amparadas en las normas del Código Civil se sustanciarán en el proceso de conocimiento; en tanto que las impugnaciones societarias se tramitan en el proceso abreviado. Las que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum se sustanciarán 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.

Si el acuerdo de la junta general se adoptó con el concurso de votos nulos que fueron decisivos para adoptarlos, la nulidad provendrá de haber faltado la ma-

yoría que la ley exige en forma inexcusable, pero indirectamente descansará en la nulidad de aquellos votos.

Entre los acuerdos nulos por infracción de la Ley estarían los que se refieren al incumplimiento de los requisitos formales para la constitución y regular funcionamiento de la junta general, como la falta de convocatoria o inobservancia de requisitos al hacerla en la junta prevista por la ley (arts. 111º, 116º y ss., 198º inc. 1 LGS); si la junta no se constituyó con la concurrencia mínima de accionistas (arts. 125º y 126º LGS); si se celebró sin convocatoria y sin que estuvieran presentes la totalidad de accionistas que representen la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la celebración de la junta y los asuntos que en ella se proponga tratar (art. 120º); si se reunió fuera de la sede social y el estatuto no autorizaba un lugar diferente (art. 112º); si no se formó la lista de asistentes (art. 123º); si se privó a algún accionista de concurrir a la junta o de su derecho al voto (arts. 121º y 133º).

En cuanto a la formación de la voluntad colectiva, la nulidad podría derivar de no haberse formado válidamente esa voluntad por no haberse tomado el acuerdo con la mayoría de votos de las acciones concurrentes (arts. 111º y 127º); o si se hubiese obtenido la mayoría en virtud de votos que adolezcan de algún vicio que los invalide y sin los cuales no se habría alcanzado la mayoría.

En cuanto al contenido de los acuerdos, la nulidad puede provenir de la infracción de un mandato legal, de la violación de los derechos concedidos a los accionistas con derecho mínimos (art. 95º), o de un acuerdo contrario a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. En términos más específicos, la nulidad puede provenir de las siguiente clases de acuerdos: emisión de acciones no pagadas en por lo menos el veinticinco por ciento de su valor (arts. 52º, 55º, inc. 5, 57º inc. 3, 82º y 83º); emisión de acciones bajo la par (art. 103º); emisión de nuevas series sin estar pagadas las anteriores y no haber requerido al accionista moroso el pago (art. 204º); creación de acciones de voto plural (art. 97º); reparto de dividendos ficticios (art. 230º); aprobación de la propuesta de distribución de beneficios sin detraer el mínimo correspondiente a la reserva legal (art. 229º); conversión de obligaciones en acciones sin haberse previsto la conversión al emitirse las obligaciones o sin el acuerdo de los obligacionistas; admitir en prenda acciones de la propia sociedad (art. 106º).

Con referencia a los acuerdos que pueden ser anulados por contravenir las normas estatutarias o por lesionar en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad, habría que considerar que si así fuese, estaría comprendido en los casos enunciados. Como los estatutos pueden contener gran número de normas, no podría intentarse una enumeración de todos los casos de posible nulidad.

Con referencia a los acuerdos que pueden ser anulados por contravenir las normas estatutarias o por lesionar en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad, habría que considerar que si así fuese estaría comprendido en

los casos enunciados. Como los estatutos pueden contener gran número de normas, no podría intentarse una enumeración de todos los casos de posible nulidad.

Los acuerdos que perjudiquen a la sociedad, o a algunos accionistas en beneficio de otros, son los que, sin haber infringido aparentemente la ley o el estatuto, lesionan el legítimo interés de tales accionistas. Son éstos los casos en que se configura el abuso de poder de la mayoría, que, desviándose del interés social, sólo atienden al interés del grupo mayoritario.

Respecto a la nulidad que considera el derecho civil, habrá que recurrir a las reglas del Código que regulan la materia y conforme a las cuales los actos radicalmente nulos deben considerarse como inexistentes. Estos acuerdos no pueden subsanarse por la confirmación. Sin embargo el plazo de caducidad los convalida.

En cuanto a los actos anulables, los efectos de la nulidad sólo se producen desde que ésta es declarada. La Ley provee de un procedimiento especial de impugnación en el que ha de ventilarse la validez del acuerdo.

A diferencia de los acuerdos nulos, los anulables pueden ser convalidados o confirmados por un nuevo acuerdo válido, o por el transcurso del tiempo. Si no se hace valer la acción respectiva, el acuerdo queda firme.

En protección de terceros se establece que los efectos de la sentencia declaratoria de nulidad sólo afectarán a los socios, pero no a los terceros, siempre que éstos ignoren que el acuerdo adolece de vicios que lo invalidan.

Los convenios celebrados con los terceros de buena fe no pueden ser invalidados por la sentencia que declara la nulidad del acuerdo, pues el tercero ha contratado con el personero de la sociedad sobre la base de una decisión tomada por el órgano competente.

Con relación a los efectos de la nulidad frente a los accionistas, la sentencia que la declare tiene efectos respecto a todos.

La acción de impugnación puede ser interpuesta por los concurrentes que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los ausentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto. En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación sólo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones. El accionista debe acreditar su condición de tal para tener legitimación activa para obrar. La impugnación se tramita por el proceso abreviado. Las que se sustenten en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo.

El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones. La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación. El juez, a pedido de accionistas que representen más del veinte por ciento del capital suscrito, podrá dictar medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado.

No obstante que la demanda debe dirigirse contra la sociedad, se permite a los socios que hayan votado a favor del acuerdo, que intervengan a su costa en el proceso, defendiendo su validez, no sólo en protección de su propio interés sino también en el de la sociedad en cuanto pueden en esa forma controlar el curso del juicio (art. 141º).

La Corte Suprema, en ejecutoria de 11 de diciembre de 1970 (*Rev. Jur. Per.*, Nº 326 de marzo de 1971), ha resuelto que la demanda de impugnación de los acuerdos de junta general debe dirigirse contra la sociedad y no contra los accionistas a título personal; y que la acción debe recaudarse con copia del acta de la sesión impugnada y de los respectivos avisos de convocatoria.

La ejecutoria de 28 de agosto de 1972 (*Rev. Jur. Per. Nº 344*, de setiembre de 1972, p. 1161), resolvió que la demanda de impugnación de los acuerdos en referencia debe entenderse con los representantes legales de la sociedad y no con los liquidadores.

La ejecutoria de 3 junio de 1975 (*Rev. Jur. Per.*, Nº 382, de noviembre de 1975, p. 1218), ha resuelto que es juez competente para conocer de las demandas de impugnación de tales acuerdos, el del domicilio de la sociedad, sin que la existencia de oficinas en un lugar distinto al domicilio social y el haber seguido juicios en el mismo importen el cambio de sede; y que la excepción de incompetencia en un juicio sumario –como el que corresponde a esta clase de demandas– debe plantearse en el acto del comparendo.

La ejecutoria de la Corte Suprema de 24 de abril de 1978 resolvió que las acciones de impugnación de los acuerdos de Junta General a que se contrae el art. 143º (art. 139º LGS) de la Ley de Sociedades Mercantiles, sólo pueden ser deducidas por las personas a quienes se refiere el art. 144º (art. 140º LGS) de la misma; y que el plazo para interponer tales acciones es de sesenta días, contados a partir de la fecha de acuerdo, y si éste fuese inscrito en el Registro, el plazo es de un mes a partir de la fecha de inscripción.

La ejecutoria de 20 de mayo de 1983 ha resuelto que la exigencia contenida en el art. 145º (art. 144º LGS) de la Ley de Sociedades Mercantiles tiene por objeto que el actor acredite su calidad de socio y, por tanto, su legitimidad para accionar respecto a las acciones de impugnación a que se contrae el art. 143º (art. 139º LGS) de la ley, cuanto para las de nulidad previstas en el numeral 152º (art. 150º LGS) de la acotada (Diario Oficial *El Peruano*, 18 de julio de 1983).

En ejecutoria de 21 de setiembre de 1982 (Diario Oficial *El Peruano*, 11 de octubre de 1982, p. 812), la Corte Suprema ha resuelto que interpuesta la demanda de impugnación dentro del término prescrito en la última parte del art. 144º (art. 142º LGS) de la Ley Nº 16123 e inscritos, tanto el acuerdo de aumento de capital como el de cancelación a que se refieren las respectivas escrituras públicas en el Registro Mercantil, están sujetas a lo que disponen los arts. 400º y siguientes del C. de P.C. (art. 235º CPC), concordantes con el art. 26º del C. de C.

A fin de procurar la mayor celeridad en la tramitación del proceso de impugnación, se prohíbe que se trámite conjuntamente con la acción de impugnación la de resarcimiento de daños y perjuicios o de cualquier otra que debe seguirse como proceso de conocimiento, pues esto crearía una implicancia de orden procesal. Del mismo modo, si se diese al juicio de impugnación la tramitación del proceso

de conocimiento, se estaría permitiendo la frustración del propósito de franquear un procedimiento rápido para la solución de la acción impugnatoria.

Todas las acciones de impugnación que se interpongan deben acumularse para que sean resueltas en un mismo proceso, con lo que se evita la posibilidad de decisiones contradictorias. La acumulación se hará a petición de cualquiera de las partes o de oficio y tendrá lugar ante el juez que conoció de la primera acción, imponiéndose al representante legal de la sociedad la obligación de dar a conocer al juez en cada juicio la existencia de otras demandas. En esta forma el juez está en condiciones de ordenar la acumulación, si las partes no la solicitan.

Si se trata de ejercitar la acción de nulidad por la vía del proceso de conocimiento, están legitimados para interponerla todos los accionistas, los directores aunque no sean accionistas, y aun las personas extrañas a la sociedad, siempre que tengan un interés económico o moral (art. VI Título Preliminar del CC.).

148. SUSPENSIÓN DE ACUERDOS

Como protección contra la ejecución de acuerdos presumiblemente inválidos, se autoriza al juez a ordenar la suspensión del acuerdo impugnado y en casos de necesidad, aun a suspender el cumplimiento del que estuviese en ejecución, a fin de que la acción de impugnación resulte eficaz. Pero, esta facultad no puede ejercitarse indiscriminadamente, sino que está vinculada a determinada proporción del capital en poder del impugnante, que debe ser por lo menos el veinte por ciento del capital social. Es importante hacer notar que en el presente caso, la ley no utiliza como patrón de medida las acciones con derecho a voto para computar el mínimo para ejercer este derecho, sino el capital suscrito, ello por cuanto la impugnación puede ejercerla el titular de acciones sin derecho a voto, y estas acciones como las que tienen derecho a voto forman parte del capital de la sociedad.

Para evitar que la solicitud de suspensión pueda convertirse en instrumento de peligro para la buena marcha de la sociedad, el Juez puede exigir al impugnante contracautela que preste garantía para resarcir los daños y perjuicios que puedan resultar de la suspensión del acuerdo.

Dada la naturaleza de la medida, la tramitación de la solicitud de suspensión está sujeta a lo que establece el CPC para las medidas cautelares. A solicitud de parte, el juez puede disponer la anotación de esta demanda en el Registro.

El directorio, bajo responsabilidad, debe dar cumplimiento a la sentencia recaída en el juicio de impugnación, con lo que se asegura la debida ejecución del fallo.

Al impugnante que hubiese procedido con notoria mala fe o con falta de fundamento, no sólo se le impone la sanción procesal de pago de las costas del juicio, sino una de carácter pecuniario, de acuerdo a la importancia del asunto, y, además, una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

CAPÍTULO XVI
DIRECTORIO

149. Concepto.- 150. Elección y remoción del directorio.- 151. Requisitos para ser director.- 152. Directores por minoría.- 153. Directores delegados.- 154. Remuneración del directorio.- 155. Duración del cargo.- 156. Vacancia.- 157. Competencia.- 158. Sesiones.- 159. Obligaciones del directorio.- 160. Responsabilidad de los directores.

149. CONCEPTO

El directorio es un cuerpo colegiado en el que se advierte la desvinculación entre el capital y la gestión, siguiendo el principio de que no se necesita ser socio para desempeñar la función de director, salvo que el estatuto lo exija. La constitución de una sociedad anónima sólo se inscribirá en el registro si en el pacto social están designados los miembros del directorio y el gerente general, salvo el caso de la sociedad anónima cerrada que se constituya sin Directorio.

Teniendo en cuenta el interés de la empresa se concede al directorio cierta libertad en su actuación, como es la de permitirle que nombre comisiones ejecutivas o delegue algunas de sus atribuciones; que sus miembros se mantenga en el ejercicio del cargo indefinidamente mediante la reelección. Pero al mismo tiempo se compensan esas atribuciones con las responsabilidades a que se le sujeta.

La función principal del directorio es la gestión social con carácter permanente. En cuanto a su competencia interna, hay que deslindarla de la que corresponde a la junta general de accionistas, pero debe aceptarse como principio general que está autorizado para adoptar las decisiones sobre todos los asuntos que no estén atribuidos o reservados a la junta general o a otros órganos sociales.

La existencia del directorio debe constar en la escritura de constitución social, así como los datos más importantes en referencia a este órgano de la sociedad.

150. ELECCIÓN Y REMOCIÓN DEL DIRECTORIO

La designación del directorio corresponde a la junta general. Su número no debe ser menor de tres. Ni los estatutos ni la junta general pueden confiar la elección a ningún otro órgano social. Para la elección debe, además, observarse, en su caso, lo dispuesto en la ley en cuanto a la representación de las minorías.

La remoción del directorio corresponde también a la junta general, aunque la designación de sus miembros hubiese sido una de las condiciones del pacto social, pues la elección se basa en la confianza en la persona, lo que impide continúe en el cargo quien por cualquier motivo ya no goza de la confianza que en él se depositó.

La separación puede ser acordada en cualquier momento por la junta general, aunque no hubiese sido convocada con ese objeto. Se trata de evitar en esta forma que no se haga la convocatoria por el directorio, o que no se incluya en la agenda el punto relativo a la remoción solicitada por algunos accionistas.

Hay, sin embargo, en referencia a la forma de adopción del acuerdo, una observación que deriva del origen de la elección, es decir, si ella procede de acuerdo unánime o si proviene de elección por grupos, en vista de que se reconoce a la minoría el derecho de designar directores mediante el sistema del voto acumulativo, pues si la junta general por mayoría acuerda la remoción de todo el directorio, podría hacer ilusorio el derecho concedido a la minoría de decidir respecto al director que la representa.

En cuanto a la publicidad de la designación de directores y de su separación, se obliga la inscripción en el Registro, así como la de quienes en alguna forma ejercen la representación de la sociedad, en el 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 cargo debe ser aceptado, pudiendo manifestarse la aceptación solicitando la inscripción del acuerdo de la junta general en el Registro Mercantil. El tercero tiene derecho a considerar como director a la persona cuyo nombre aparece en dicho registro. En todas las inscripciones que sean consecuencia de un acuerdo de directorio, el Registrador comprobará que se han cumplido las normas legales, del estatuto y de los convenios de accionistas inscritos en el Registro sobre convocatoria, quórum y mayorías, salvo las excepciones previstas en este Reglamento.

De otro lado, 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.

En Ejecutoria de 23 de julio de 1982, la Corte Suprema ha resuelto que el poder otorgado por el Directorio a favor de tercero para que lo represente en juicio, también es válido para actos de procuración, sin que sea necesaria su inscripción en los Registros Públicos (Diario Oficial *El Peruano,* 29 de noviembre de 1982, p. 875). Sobre el particular el artículo 14º dispone que el gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema nos indica que:

I.- El poder otorgado por el Directorio a favor de un tercero para que lo represente en juicio, también es válido para actos de procuración, sin que sea necesario su inscripción en los Registros Públicos (Ejecutoria Suprema de 23 de julio de 1982).

II.- El poder que otorga las sociedades mercantiles por acta de directorio no se halla sujeto a inscripción obligatoria cuando se trata de ejercer la mera representación judicial (Ejecutoria Suprema de 1º de junio de 1971) Exp. Nº 1891-71. Ica. *RJP.* Nº 331, p. 1013).

El número de directores puede ser fijado en el estatuto. Si no lo fijase, o si solamente se señalase el máximo y el mínimo, corresponde a la junta general resolver sobre este punto antes de la elección.

El estatuto de la sociedad estableció un mínimo de tres miembros para el directorio. Habiéndose aceptado la renuncia de uno de ellos y omitiendo nombrar al nuevo miembro, perdió a partir de ese momento su calidad de órgano colegiado deviniendo en incapaz para la toma de acuerdos como directorio de una sociedad (Resolución Nº 440-96-ORLC/TR., en *Gaceta Jurídica [Número Especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades]*, Lima, 1998, Tomo 53, p. 90).

En principio, el cargo es indelegable, pero se acepta que el estatuto autorice la delegación, para dejar abierta la posibilidad de que el director que representa a determinado grupo de accionista pueda delegarlo en favor de otra persona sin esperar la reunión de la junta general; o para evitar que el propio directorio complete su número designando a persona ajena al grupo de accionistas en virtud de cuya designación ocupaba el cargo el director saliente.

151. REQUISITOS PARA SER DIRECTOR

No se requiere ser accionista para ser Director; sin embargo,

el estatuto puede imponer esta condición. En tal caso, se acreditará tal circunstancia con la certificación que expida el gerente general o el representante debidamente autorizado, salvo que del acta se desprenda que los directores son accionistas (art. 54º, RRS) Pueden ser designados directores todas aquellas personas naturales a quienes no les afecta incapacidad o incompatibilidad, pero no pueden continuar desempeñando el cargo si les sobreviene alguna de la causales de impedimento señaladas en la ley. El cargo de director, sea titular, suplente o

alterno, es personal, salvo que el estatuto autorice la representación. La incapacidad para desempeñar el cargo es la del derecho civil, o sea, el caso de menores de edad e interdictos, además de los quebrados. Están en situación de incompatibilidad los que en virtud de sus funciones no pueden ejercer el comercio por razón del cargo, como 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.

Otros casos se refieren a situaciones de intereses opuestos a la sociedad o a situaciones en que hay que asegurar la independencia necesaria en el desempeño del cargo.

En referencia a las prohibiciones señaladas, hay que considerar tres situaciones: a) no aceptación del cargo; b) renuncia inmediata, si sobreviniese la causal de impedimento; c) remoción por la junta general. Se deja a la iniciativa del propio director la no aceptación del cargo, pues él, mejor que nadie, está en condiciones de apreciar la causal que lo afecta. Lo mismo ocurre si la causal se presenta con posterioridad a la designación. De no renunciar, responde por los daños y perjuicios que sobrevinieran a la sociedad, sin perjuicio de la remoción a pedido de cualquier director, o de cualquier accionista. La cesación en el cargo tiene carácter inmediato sin necesidad de que lo decida la junta general, pues hasta que se produzca la sesión respectiva, el propio directorio puede suspender al director afectado por la prohibición. La renuncia por los menores, incapaces o quebrados debe ser presentada por quienes los representan legalmente.

Si se trata de directores cuya situación se encuentra en conflicto con la sociedad, será necesario apreciar la circunstancia por la junta general y decidir si los intereses de la sociedad pueden verse afectados por la permanencia del director. La Ley impide ser directores a 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

152. DIRECTORES POR MINORÍA

La minoría tiene representación en el directorio mediante el sistema del voto acumulativo, a fin de impedir los abusos de poder por parte de las mayorías. Si dos o más personas obtienen igual número de votos, decidirá la suerte.

Si los directores son elegidos por unanimidad no será necesario aplicar el sistema del voto acumulativo, pues no habrá minoría a la cual representen.

Los accionistas poseedores de acciones con derecho a elegir un número determinado de directores votarán separadamente, a fin de impedir que el mayor número de las acciones ordinarias frustre el derecho de las acciones que gozan del

privilegio de elegir determinado número de directores. Dentro de cada grupo se aplicará el principio de la representación minoritaria.

El estatuto puede establecer que se elijan directores suplentes fijando el número de éstos o bien que se elija para cada director titular uno o más alternos. Salvo que el estatuto disponga de manera diferente, los suplentes o alternos sustituyen al director titular que corresponda, de manera definitiva en caso de vacancia o en forma transitoria en caso de ausencia o impedimento.

A solicitud de los accionistas que elijan directores titulares por minoría o por clases de acciones, los suplentes o alternos serán elegidos en igual forma que los titulares.

153. DIRECTORES DELEGADOS

No es infrecuente que en las grandes sociedades, en las que son numerosas y variadas las operaciones que realizan, se designen comisiones compuestas por algunos de los miembros del directorio, lo que, de otro lado, se explica porque cuando éste está formado por muchas personas se dificulta su reunión con la frecuencia que requiere la marcha de la sociedad.

En tales supuestos se efectúa una delegación de funciones en favor, en unos casos, de los llamados "directores de turno"; y, en otros, de comisiones que actúan en forma permanente.

Estos directores actúan, pues, en razón de una delegación que les confiere el órgano directivo. Los alcances de sus facultades no pueden exceder de los límites fijados al serles otorgados y, en todo caso, deben responder frente a la sociedad por los actos que realicen.

Por tratase de un acto realizado *intuitus personae*, los directores delegados no pueden transferir a otros el encargo recibido.

La delegación puede hacerse por decisión del directorio o por acuerdo de la junta general que la autorice para resolver o ejecutar determinados actos. La delegación puede hacerse para que actúen individualmente o, si son dos o más, también para que actúen como comité. *La delegación permanente* de alguna facultad del directorio y la designación de los directores que hayan de ejercerla, requiere del voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del directorio y de su inscripción en el Registro. Para la inscripción basta copia certificada de la parte pertinente del acta. La LGS no establece el requisito de mayoría para revocar el acuerdo, sin embargo el reglamento del Registro de Sociedades, precisa que para la revocación se requiere de mayoría absoluta de los directores participantes, y no de una calificada como fue para el otorgamiento de dicha facultad (art. 59º RS). La delegación, a diferencia de la representación, conlleva la exclusividad de la facultad, no pudiendo el Directorio abocarse a tomar acuerdos relativos a las facultades delegadas, pues desde que tomó el acuerdo ya no cuenta con ellas; en cambio en la

representación, el representado mantiene las facultades. En tal sentido se pronuncia el Reglamento del Registro de Sociedades cuando en su artículo 59º precisa que "No procede la inscripción de los acuerdos del directorio adoptados en ejercicio de facultades cuya delegación permanente en uno o más directores corra inscrita en el Registro, salvo que previamente la haya revocado".

En ningún caso podrá ser objeto de delegación la rendición de cuentas y la presentación de estados financieros a la junta general, ni las facultades que ésta conceda al directorio, salvo que ello sea expresamente autorizado por la junta general.

154. REMUNERACIÓN DEL DIRECTORIO

En la práctica los directores de las sociedades son retribuidos en distintas formas: mediante sumas mensuales o periódicas; por asistencia a sesiones; o con un porcentaje sobre las utilidades. Teniendo en cuenta que los directores pueden no ser accionistas, rige el principio de la retribución a los directores.

Si la retribución no está prevista en el estatuto, corresponde fijarla a la junta general y si consiste en una participación de las utilidades sólo puede ser detraída de las utilidades líquidas, o sea, después de cubiertas la reserva legal y la estatutaria, en su caso. Las utilidades que han de tomarse en consideración para fijar la participación de los directores son las obtenidas en el ejercicio social y no las acumuladas en otros años, respecto a las cuales pudo no haber el director desempeñado el cargo.

155. DURACIÓN DEL CARGO

El período de duración del cargo de director es de tres años como máximo y uno como mínimo. El estatuto puede, dentro de esos límites, fijar el período que corresponda. En el silencio del estatuto debe entenderse que el plazo es de un año. Se señala como excepción las designaciones para completar períodos.

La fijación del plazo no tiene mayor importancia como derecho que puedan invocar los miembros del directorio, puesto que ellos pueden ser removidos por la junta general en cualquier momento. El plazo no obliga a la junta general a respetarlo y sólo tienen por objeto que el director cese en el cargo al cumplir el término, salvo que sea reelegido, lo que está permitido si el estatuto no contiene disposición en contrario.

El señalar la duración del cargo sirve para determinar la cesación de los directores y la posibilidad del cambio de personas sin la necesidad de que la junta general haga uso del derecho de separación que se le reconoce.

Con referencia a la forma de computar el término que debe servir para determinar el plazo de tres años, el punto de referencia es la junta general que resuelve sobre los estados financieros del último ejercicio y en la que se elige directorio, pues el nuevo personal elegido debe aceptar el cargo para que se produzca la cesación de los que han concluido su período.

Los inconvenientes de la renovación total del directorio por la posibilidad de la acefalía en que puede quedar la sociedad, quedan salvados al establecerse la continuidad en el cargo hasta que se constituya el nuevo directorio.

156. VACANCIA

Los casos de vacancia del cargo de director son: muerte, renuncia, remoción o por incurrir el director en alguna de las causales de impedimento señaladas por la Ley o el estatuto. El directorio tiene la facultad de cooptación, que lo autoriza a completar su número hasta que se realice nueva elección, salvo cuando existen directores suplentes.

Como se permite a la minoría tener representante en el directorio, la cooptación podría eliminar esa representación, eligiéndose libremente para llenar la vacante producida. De allí que se le reconozca el derecho de designar directores suplentes, que se encargarían de cubrir la vacante producida.

En caso de que falte el número de directores para que el organismo directivo pueda funcionar válidamente, los directores hábiles asumirán provisionalmente la administración y convocarán de inmediato a las juntas de accionistas que correspondan para que elijan nuevo directorio y en caso de no producirse la citación, corresponderá al gerente general realizar de inmediato dicha convocatoria. Si en caso no fuese así, dentro de los diez días siguientes, cualquier accionista puede solicitar al juez que la ordene por el proceso sumarísimo.

157. COMPETENCIA

La competencia del directorio se desdobla en dos aspectos: externo e interno. El primero concierne a las facultades de representación, el segundo, a los deberes de gestión dentro de las limitaciones legales que resultan del objeto social, exceptuándose aquellos asuntos que la Ley o el estatuto atribuyen a la junta general.

La facultad de representación legal no podría ser atribuida por el estatuto a la junta general. Pero, en cambio, el estatuto puede conceder al directorio en cuanto a la representación, facultades más amplias que aquellas que constituyen el objeto social. Las facultades de gestión pueden ser determinadas por el estatuto con mayor o menor amplitud.

La Ley hace referencia al directorio como cuerpo colegiado, por lo que debe entenderse que es el directorio como tal, y no los directores aisladamente, quien ostenta la representación de la sociedad. Se trata, en consecuencia, de una representación colectiva.

Como en la práctica pueden presentarse dificultades derivadas del número de directores, se autoriza a delegar en favor de algunos de ellos la ejecución de los acuerdos adoptados.

Dada la forma corporativa del directorio, se requiere de un presidente, de una actividad constante que debe ser reglamentada y de un sistema de funcionamiento que le permita actuar en forma continua.

Corresponde al estatuto determinar las facultades del directorio. Si no contuviese disposición al respecto, podrá elegir a su presidente y vicepresidente; reglamentar su propio funcionamiento; aceptar la dimisión de sus miembros; proveer las vacantes que se produzcan: encomendar determinados asuntos a uno o más directores, sin perjuicio de los poderes que pueda conferir a cualquier persona; nombrar al gerente y demás funcionarios, determinando sus obligaciones y remuneraciones y ejercer las demás atribuciones señaladas en la Ley.

Hay un límite infranqueable a las facultades de delegación en cuanto se refiere a la rendición de cuentas, la presentación de estados financieros y las facultades que *le confiere la junta general, salvo que ésta autorice la delegación.* Sólo se permite encomendar "determinados asuntos" y no todos, o sea, que no puede haber delegación total.

La rendición de cuentas y la presentación de estados financieros no es sólo una facultad del directorio. Es una obligación que es intransferible y que, por tanto, implica responsabilidad. Como no se trata de encargo proveniente de la junta general, sino de mandato de la ley, la junta no podrá trasladarlo a otro órgano o persona. En cambio, si se trata de atribuciones conferidas por la propia junta, ésta puede autorizar al directorio a delegarlas.

Para la validez de la delegación permanente de algunas facultades del directorio y para la designación de los directores que hayan de cumplir con el encargo, se exige el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del directorio. La delegación no producirá efecto hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 1º de junio de 1971, publicada en la *Revista de Jurisprudencia Peruana* Nº 331, de agosto de 1971, p. 1013, ha resuelto que el poder que otorgan las sociedades mercantiles por acta de directorio no se halla sujeto a inscripción obligatoria cuando se trata de ejercer la mera representación judicial.

Cada director tiene el derecho a ser informado por la gerencia de todo lo relacionado con la marcha de la sociedad. Este derecho debe ser ejercido en el seno del directorio y de manera de no afectar la gestión social. Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes y su actuación no puede limitarse a defender los intereses de quienes los eligieron.

158. SESIONES

Dada su condición de órgano de acción continua, el directorio debe reunirse necesariamente en determinadas oportunidades: a) cuando lo indique el estatuto;

b) cuando sea necesario a los intereses de la sociedad, a juicio del presidente o de quien haga sus veces; c) cuando lo solicite cualquier director o el gerente general.

Se asegura la reunión del directorio señalando las distintas personas, unas en defecto de otras, que pueden hacer la convocatoria. En primer lugar el presidente o quien haga sus veces, y luego cualquier director.

En cuanto a la *citación* para la reunión, se estará a lo que disponga el estatuto. En su defecto, la citación se hará mediante esquelas, con cargo de recepción y con anticipación no menor de tres días de la fecha de la sesión. La convocatoria debe expresar claramente el lugar, día y hora de la reunión y los asuntos a tratar, lo que no obsta para que cualquier director pueda someter a deliberación los asuntos que considere de interés para la sociedad.

Salvo que se encuentren todos los directores reunidos, el presidente del directorio, quien haga sus veces o el gerente general, dejará constancia en el acta o mediante certificación en documento aparte que la convocatoria fue cursada en la forma y con la anticipación prevista en la Ley, el estatuto y los convenios de accionistas inscritos en el Registro. Se puede prescindir de la convocatoria cuando se reúnen todos los directores y acuerdan por unanimidad sesionar y los asuntos a tratar. Las resoluciones adoptadas de este modo tienen plena validez legal, siempre que se confirmen por escrito.

En cuanto al *quórum* de asistencia, deben concurrir la mitad más uno de sus miembros. Si el número de directores es impar, forman mayoría el número entero inmediato superior al de la mitad del número de directores. El estatuto puede exigir mayorías más altas, pero no inferiores. Para inscribir acuerdos del directorio, el quórum se computará teniendo en cuenta el número total de directores fijado por el estatuto o la junta general, aun cuando aquel se encuentre incompleto por cualquier causa de vacancia (art. 56º RRS)

La exigencia de que concurra cierto número de directores es más imperiosa que tratándose de la junta general, porque el directorio es un órgano de acción permanente y continua y es lógico que el mayor número de sus miembros deba estar al tanto de los asuntos sociales para que los acuerdos puedan ser adoptados con conocimiento de causa. De otro lado, carece de validez la cláusula del estatuto que exija la concurrencia de todos los directores. Esto se explica porque sería poner en manos de un solo director la facultad de impedir la reunión del directorio y perturbar en esta forma la marcha de la compañía.

Respecto a las *decisiones*, el voto es por cabezas, correspondiendo un voto a cada director. La mayoría exigida para la adopción de los acuerdos debe ser la mitad más uno de los directores concurrentes cuando menos, pero en este caso se permite que el estatuto exija mayorías más altas. Si el estatuto no establece la forma de resolver los empates, el que preside la sesión tendrá voto dirimente.

La ley permite los acuerdos y las *sesiones no presenciales*. Para tal efecto el estatuto puede prever la realización de sesiones no presenciales, a través de me-

dios escritos, electrónicos, o de otra naturaleza que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad del acuerdo. Cualquier director puede oponerse a que se utilice este procedimiento y exigir la realización de una sesión presencial. Para inscribir los acuerdos adoptados en sesiones no presenciales de directorio, el acta debe ser suscrita por el presidente del directorio, quien haga sus veces o el gerente general, quien dejará constancia que la convocatoria se ha efectuado en la forma prevista en la Ley, el estatuto y los convenios de accionistas inscritos; la fecha en que se realizó la sesión; el medio utilizado para ello; la lista de los directores participantes, los acuerdos inscribibles adoptados y los votos emitidos (art. 58º RSS).

En cuanto a las *deliberaciones* que preceden al voto, todos los directores tienen el derecho de solicitar informes y examinar los documentos pertinentes para el mejor esclarecimiento de los puntos en debate. Los directores pueden hacer constar sus opiniones en acta o mediante carta notarial.

Los acuerdos deben constar en forma fehaciente, como ocurre tratándose de las juntas generales, debiendo registrarse en un libro, en hojas sueltas o en otra forma que permita la Ley, y excepcionalmente en un documento especial firmado por todos los accionistas concurrentes (art. 136º LGS).

Los datos que deben contener las *actas* son: la fecha, hora y lugar de la reunión, y el nombre de los concurrentes; de no haber habido sesión: la forma y circunstancias en que se adoptaron el o los acuerdos; y en todo caso, los asuntos tratados, las resoluciones adoptadas y el número de votos emitidos, así como las constancias que quieran dejar los directores.

Las actas deben ser firmadas por quienes actuaron como presidente y secretario de la sesión o por quienes fueron expresamente designados para tal efecto, si el estatuto no dispone otra cosa. El acta tendrá validez legal y los acuerdos a que ella se refiere se podrán llevar a efecto desde el momento en que fue firmada, bajo responsabilidad de quienes la hubiesen suscrito. Las actas deberán estar firmadas en un plazo máximo de diez días útiles siguientes a la fecha de la sesión o del acuerdo, según corresponda. Cualquier director puede firmar el acta si así lo desea y lo manifiesta en la sesión.

El director que estimare que un acta adolece de inexactitudes u omisiones tiene el derecho de exigir que se consignen sus observaciones como parte del acta y de firmar la adición correspondiente. El director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio debe pedir que conste en el acta su oposición. Si ella no se consigna en el acta, solicitará que se adicione al acta, según lo antes indicado.

El plazo para pedir que se consignen las observaciones o que se incluya la oposición vence a los veinte días útiles de realizada la sesión.

El segundo párrafo del artículo 169º de la LGS permite adoptar *resoluciones fuera de sesión de directorio*, siempre que sea por unanimidad de sus miembros, y

tienen la misma validez que si hubieran sido adoptadas en sesión siempre que se confirmen por escrito. En tal caso, el Reglamento del Registro de Sociedades ha reglamentado dicho artículo señalando que dichas resoluciones constarán en acta suscrita por el gerente general quien certificará que ellas han sido adoptadas fuera de sesión de directorio y que se encuentran en su poder las confirmaciones escritas del voto favorable de todos los directores.

159. OBLIGACIONES DEL DIRECTORIO

El directorio está obligado a informar a los otros órganos de la sociedad respecto de la marcha de los asuntos sociales, y sobre los casos especialmente previstos en la ley, que pueden comprometer la marcha de la sociedad y de los que debe tener conocimiento la junta general. Así ocurre si, al formularse los estados financieros correspondientes al ejercicio o a un período menor, se apreciase la pérdida de la mitad o más del capital, o si la pérdida debiera presumirse.

Asimismo, si el activo de la sociedad no fuese suficiente para satisfacer los pasivos, o si tal insuficiencia debiera presumirse, el directorio debe convocar a la junta general para informarla y dentro de los quince días siguientes a la fecha de convocatoria a la junta, llamar a los acreedores y, en su caso, solicitar la declaratoria de insolvencia de la compañía.

En caso de conflicto ocasional y no permanente de intereses entre cualquiera de los directores y la sociedad, o sea en determinados asuntos que pueden afectar la decisión de aquellos, no tiene porque producirse la cesación en el cargo. Bastará que el afectado haga conocer la situación al directorio y se abstenga de participar en la deliberación y resolución concernientes a dicho asunto. Si no lo hiciese, será responsable, de los daños y perjuicios que deriven para la sociedad, sin perjuicio de su separación del cargo.

La oposición de intereses puede encontrarse en una relación mediata o inmediata con la operación misma. Será inmediata cuando se trata de un negocio por el cual el director es el contratante directo con la sociedad y mediata cuando quien contrata con la sociedad está vinculado al director, como sería una empresa en la cual éste tuviese interés.

No podría enumerarse todos los casos en que es posible se presente la oposición de intereses porque, a este respecto, la casuística es virtualmente ilimitada. El principio central es que el director debe cumplir su deber de fidelidad para con la sociedad.

Otros casos de posible oposición de intereses pueden originar que se posponga los intereses sociales al interés de los directores, como sería a través del contrato de préstamo, lo que ha originado que en muchas legislaciones se prohíba expresamente la celebración de este contrato entre los directores y la sociedad. El director sólo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aque-

llas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concierten en las condiciones del mercado. La sociedad sólo puede conceder crédito o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros. Los contratos, créditos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos indicados podrán ser celebrados u otorgados con el acuerdo previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de empresas vinculadas y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de empresas vinculadas.

160. RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES

Los directores son responsables ante la sociedad y los terceros acreedores por los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados en contravención de lo que acaba de expresarse, así como por los acuerdos y actos contrarios a la ley o al estatuto, según su participación en los acuerdos. La ley señala a quién corresponde el ejercicio de la pretensión, los requisitos para entablarla y las condiciones en que puede ser ejercitada.

El fundamento de esta responsabilidad, que es la civil y no la penal, se basa en el concepto de la diligencia de un "ordenado comerciante y un representante leal".

La obligación de responder no es sólo por acción sino también por omisión. De aquí que resulta responsable el que conociendo las irregularidades cometidas por otros miembros del directorio no las denuncia por escrito a la junta general.

La obligación es por el daño causado, es decir, cuando se ha ocasionado una efectiva disminución patrimonial a la sociedad, así como por la ganancia dejada de obtener, o sea el lucro cesante, apreciado de una manera razonable. Además tiene que haber un nexo entre el daño inferido al patrimonio de la sociedad y el hecho imputable al director.

En cuanto a la intención, la Ley menciona el dolo y la negligencia grave, conceptos que son conocidos, agregándose el abuso de facultades.

Finalmente, siendo el directorio el órgano ejecutor de las decisiones de la junta general, le corresponde hacer cumplir sus acuerdos, siempre que sean legítimos.

La responsabilidad de los directores es frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores.

El primer supuesto es el de daño causado a la sociedad, no los ocasionados al patrimonio particular de los socios o de terceros. Por ello corresponde a la sociedad en primer término la titularidad de la acción indemnizatoria.

Pero, como el daño a la sociedad repercute en el patrimonio de los socios a través de las utilidades, que pueden disminuir o desaparecer, y de los acreedores, si afectan el capital, los socios y los terceros tienen un interés digno de protección.

La responsabilidad es de los directores, o sea, responsabilidad individual de cada una de las personas que componen el directorio. Se exime de ella a quienes hubiesen salvado su voto en los acuerdos que causaron el daño, lo que debe constar en la propia acta o mediante carta notarial.

En el caso de ejercicio de la pretensión por la sociedad, corresponde a la junta general decidir al respecto, y este derecho puede hacerse valer aun cuando la sociedad se encuentre en liquidación. No se requiere de mayorías especiales, ni que el asunto haya sido mencionado en la convocatoria, para evitar que los directores traten de frustrar la celebración de la junta o la adopción del acuerdo. Si éste se adopta, se impone la remoción de los directores y su sustitución por otros, quienes resultan los encargados de hacer valer la acción de responsabilidad.

El ejercicio de la pretensión por los accionistas da lugar a dos supuestos: **a)** como derecho de grupo; y, **b)** como derecho de cualquier accionista aislado.

El *primer caso* exige que se cumplan determinados requisitos: 1) que haya accionistas que representen, por lo menos, un tercio del capital social; 2) que la demanda comprenda las responsabilidades a favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los demandantes; y, 3) que los accionistas no hayan aprobado la resolución de la junta general que declaró no haber lugar a proceder contra los directores.

El primer requisito se justifica porque se trata de proteger un interés de determinada importancia.

El segundo requisito, o sea que la demanda comprenda las responsabilidades a favor de la sociedad, tiene como fundamento que no se trata de defender el interés aislado de un grupo de accionistas, sino de toda la sociedad, o sea; que la minoría representa en este caso el interés social.

El tercer requisito, consiste en que los accionistas no hayan aprobado la resolución de la junta general que declaró no haber lugar a la pretensión social de responsabilidad de los directores, se explica porque si la hubiesen aprobado no tendrían por qué reclamar.

En cuanto al caso b), o sea *el ejercicio de la pretensión por cualquier accionista*, se trata de una acción subsidiaria para el supuesto de que, habiéndose resuelto por la junta general la iniciación de la demanda de responsabilidad contra los directores, no se hubiera interpuesto en el plazo de tres meses. Pero deben cumplirse en este caso también los requisitos de que se comprenda el monto de la reparación en favor de la sociedad y que el actor no hubiese aprobado la resolución de la junta general de no haber lugar a responsabilidad de parte de los directores.

No se excluye la pretensión individual del accionista, aunque éste representante una proporción mínima del capital, porque en este caso el accionista se está

convirtiendo no sólo en un defensor de sus propios intereses sino del interés social, en un instrumento para hacer cumplir los acuerdo de la junta general, abandonados por el órgano encargado de su ejecución.

El breve plazo de caducidad de la pretensión, de tres meses, se explica si se tiene en cuenta que el asunto fue tratado en junta general.

Para que puedan ejercer la pretensión social de responsabilidad, tanto el grupo de accionista como el accionista aislado, deben acreditar su condición de socios, tanto al iniciar el proceso como durante toda su tramitación para justificar su interés de los resultados del litigio. Los socios que ejercitar la acción de indemnización tienen derecho a exigir el reembolso de los gastos del proceso, lo cual resulta de obvia justificación.

El ejercicio de la pretensión por los acreedores contra los directores, procede dentro de determinados supuestos. En primer lugar, debe destacarse que se trate de una pretensión que sólo pude hacerse valer si es que no ha sido planteada por la sociedad o los accionistas. En cuanto a su finalidad, debe perseguirse la reconstitución del patrimonio neto de la sociedad, en base a que éste es la garantía con que cuentan los acreedores para la satisfacción de sus créditos. No se trata del ejercicio de una pretensión que de modo directo o inmediato pueda devengar beneficios en su favor.

Se trata del ejercicio de una pretensión conservatoria en beneficio de la sociedad.

Finalmente, debe referirse a un acuerdo que amenace gravemente la garantía de los créditos. Se trata, pues, de un derecho limitado cuyo uso abusivo no puede permitirse, pero que no puede tampoco desconocerse, en vista de la responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales. Queda al prudente arbitrio de los jueces la apreciación de la gravedad de la amenaza, para evitar el abuso de la acción.

En los supuestos en que el directorio infrinja los derechos que correspondan a los accionistas individualmente considerados, como sería negarles acceso a las juntas generales, privándoles del derecho al voto; negarles el pago de dividendos acordados, etc., si bien el directorio ha actuado dentro de la esfera de su competencia, no ha cumplido con sus deberes. Sólo quedaría libre de responsabilidad si probase que obró en virtud de órdenes recibidas de la junta general.

Frente a los terceros, habrá lugar a la responsabilidad si, actuando el directorio como órgano, hubiese inferido daño al patrimonio de aquellos. Para que pueda configurarse la pretensión social de responsabilidad se requiere que el acto del director origine una lesión directa al interés del accionista o del tercero. No se considera lesión directa la que se refiere a daños causados a la sociedad, aunque ello entrañe como consecuencia daño al accionista.

En cuanto al elemento subjetivo, debe tratarse de acto culposo, con las características de culpa grave, tal como ocurre respecto de la sociedad. Con mayor razón estarían comprendidos el dolo y el abuso de facultades.

Vencido el plazo de caducidad de la pretensión social de responsabilidad, que es de dos años, no habrá lugar a formalidades reclamo alguno, 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.

CAPÍTULO XVII
GERENCIA

161. Concepto.- **162.** Designación y revocación del gerente.- **163.** Atribuciones.- **164.** Responsabilidad del gerente.

161. CONCEPTO

Se acepta la existencia de uno o varios gerentes, según lo determinen los estatutos o lo acuerde la junta general. Si fuesen varios los gerentes, no precisa que formen un cuerpo colegiado que deba actuar conjuntamente. Lo que corresponda resultará de lo que disponga el estatuto o la junta general, en su caso.

162. DESIGNACIÓN Y REVOCACIÓN DEL GERENTE

La designación del gerente recae en el directorio, salvo que el estatuto reserve esta facultad a la junta general. Cuando se designe un solo gerente éste será el gerente general y cuando se designe más de un gerente, debe indicarse en cuál o cuáles de ellos recae el título de gerente general. A falta de tal indicación se considera gerente general al designado en primer lugar. La sociedad puede contar con uno o más gerentes generales, y en tal caso, el Reglamento del Registro de sociedades (art. 60º inc. a) en concordancia con lo señalado en el artículo 185º, segundo párrafo, señala que la sociedad puede tener más de un gerente general.

El cargo de gerente está basado en la confianza y es esencialmente revocable en cualquier momento por el director o por la junta general, cualquiera que sea el organismo del que haya emanado el nombramiento, sancionándose con la nulidad cualquier disposición estatutaria o de la junta general o del directorio que

establezca la irresponsabilidad del gerente, o que imponga para su remoción una mayoría superior a la mayoría absoluta.

Sin embargo, no puede escaparse al criterio establecido en los pactos societarios que podrán establecer como condición la designación del gerente por un grupo de socios sindicados.

Los gerentes pueden ser nombrados por tiempo indefinido y se supone esta modalidad si en el estatuto o al hacerse el nombramiento no se hubiese señalado plazo determinado.

Si el gerente ha sido designado por tiempo determinado, transcurrido éste se origina la terminación de su función, sin que le sea aplicable lo dispuesto para los directores en cuanto se establece que deben continuar hasta que se produzca nueva elección y el reemplazante acepte el cargo.

La revocación del cargo del gerente que tuviera plazo determinado procede si se ha perdido la confianza en la persona que lo desempeña.

163. ATRIBUCIONES

Los gerentes tienen las atribuciones que les confiere el estatuto, al ser nombrados o por acto posterior. El cargo les permite autonomía en sus decisiones, sin necesidad de consentimiento o de ratificación de otro órgano social. Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general está autorizado a celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; representar a la sociedad, con sus facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil; asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario; expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema nos señala que:

I.- El Gerente General tiene las facultades de representación legal y sin restricciones las facultades para la representación judicial (Sentencia de Vista de la 2a. Sala de la Corte Superior de Lima, de 2 de mayo de 1995. Exp. Nº 157-95. Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Cultural Cuzco, Lima, 1996. T. 2, p. 185).

II.- Los poderes generales y especiales otorgados conforme al CPC abrogado, no han quedado revocados por el nuevo CPC, dado que el mandato es un acto jurídico que corresponde al derecho privado y sólo por voluntad del mandante o del mandatario pueden ser extinguidos (Sentencia de Vista de la 2a. Sala de la Corte Superior de Lima, de 23 de junio de 1995. Exp. Nº 701-95. Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Cultural Cuzco, Lima, 1996. T. 2, p. 184).

III.- La promulgación del CPC, no determina, no podía hacerlo, de que todas las sociedades mercantiles cambien de estatutos, y por tanto los poderes de sus gerentes; si la propia Ley anterior en su art. 179º, indica que las facultades de representación judi-

cial no pueden ser limitativas (Sentencia de Vista de la 2a. Sala de la Corte Superior de Lima, de 4 de julio de 1995. Exp. Nº 803-95 Ledesma Narváez, Marianella, *Ejecutorias*, Cultural Cuzco, Lima, 1996, T. 2, p. 187).

El cargo de gerente es personal, no admitiéndose delegación, salvo que el estatuto lo autorice. Rige el principio del *intuito personae*, al igual que en el caso de los directores.

También en relación con los impedimentos, prohibiciones y vacancia del cargo se aplican las disposiciones referentes al directorio.

164. RESPONSABILIDAD DEL GERENTE

En cuanto a responsabilidad del gerente, hay que considerar dos aspectos: **a)** uno de carácter general, que se refiere al incumplimiento de sus obligaciones, al dolo, abuso de facultades, negligencia grave, incumplimiento de la ley, del estatuto y de los acuerdos de la junta general y del directorio; y **b)** otro de carácter concreto y específico.

La responsabilidad deriva del hecho de ser el gerente la persona que está en contacto permanente con las actividades de la sociedad y por ello en condiciones de conocer y proporcionar los informes necesarios para su buena marcha. Un deber de lealtad impone que las informaciones que rinda deban ceñirse a la verdad para no inducir a una errónea apreciación de los hechos. El cuidado de los bienes y el deber de diligencia al servicio de la sociedad le obligan a comprobar la existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la Ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante.

Asimismo, el gerente es responsable del establecimiento y mantenimiento de una estructura de control interno diseñada para proveer una seguridad razonable de que los activos de la sociedad estén protegidos contra uso no autorizado y que todas las operaciones son efectuadas de acuerdo con autorizaciones establecidas y son registradas apropiadamente.

Si el gerente participa con los miembros del directorio en actos que originan responsabilidad de éstos o, si conociendo la realización de tales actos, no los denuncia al directorio, o a la junta general, asume responsabilidad solidaria con quienes los hubiesen ejecutado.

Puede designarse gerente de una sociedad anónima a una persona jurídica. En este caso la persona jurídica está obligada a nombrar de inmediato una persona natural que la represente.

El gerente no puede ser absuelto de responsabilidad en forma antelada. Sería nulo el acuerdo de junta general o de directorio que así lo estableciera, pues de otro modo significaría autorizarlo a que infrinja obligaciones impuestas por la Ley.

Del acuerdo para iniciar la pretensión de responsabilidad contra el gerente deriva como resultado inmediato su remoción automática, lo cual se explica porque se supone que se han constatado las infracciones a los deberes del cargo que desempeña, con los consiguientes perjuicios para la sociedad. Por esta misma razón se admite que no puede volver a ser nombrado gerente, ni desempeñar cualquier función en la sociedad, salvo que se declare infundada la demanda de responsabilidad o que la sociedad se desista de la pretensión entablada.

Es aplicable a la responsabilidad del gerente lo expresado respecto al director en referencia a los casos de la acción por parte de la sociedad, por un grupo de socios, por un solo accionista y por terceros por actos que lesionen directamente sus intereses.

El plazo de caducidad de la pretensión social de responsabilidad contra el gerente es de dos años, independientemente de la acción penal, si procediera.

La Ejecutoria de la Corte suprema de 9 de mayo de 1977 resolvió que la responsabilidad del Gerente de una sociedad anónima frente a terceros está limitada a la indemnización de daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave. Desde luego, esto no excluye la responsabilidad penal, si el Gerente de una sociedad anónima incurriese en delito, lo que se desprende del art. 181º de la Ley de Sociedades Mercantiles (art. 190º LGS); asimismo, se ha establecido que las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo de un delito, ya que esta calidad sólo la puede tener la persona física pues sólo ella es capaz de ejercitar acciones o incurrir en omisiones que caigan en el ámbito del Derecho Penal (Ejecutoria Suprema de 3 de febrero de 1972. Exp. Nº 1759-71. Cuzco. *RJP*. Nº 338, p. 357).

CAPÍTULO XVIII
MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL

165. Requisitos para la modificación.- 166. Protección del accionista.- 167. Derecho de separación.- 168. Publicidad de la modificación.- 169. Aumento del capital: a) El aumento por nuevos aportes; b) El aumento por capitalización de reservas, de utilidades, beneficios y primas de capital; c) El aumento por revaloración del activo o por capitalización del excedente de revaluación; d) El aumento por conversión de obligaciones en acciones; e) El aumento por capitalización de créditos contra la sociedad.- 170. Autorización de aumento de capital.- 171. Certificado de suscripción preferente.- 172. Reducción del capital.- 173. Derecho de oposición de los acreedores.- 174. Reducción por pérdidas.

165. REQUISITOS PARA LA MODIFICACIÓN

La modificación del estatuto responde a la necesidad de que las normas originarias previstas para la sociedad se adapten a las cambiantes condiciones que las afectan durante el curso de su existencia. La modificación es competencia de la junta general de accionistas, pero sujeta a determinadas garantías de índole formal y material.

Las disposiciones de forma se refieren a la constitución del órgano, siendo de aplicación las reglas generales sobre la junta general. Salvo las reglas especiales que requiere la trascendencia de la materia a tratar, debiendo adoptarse los acuerdo con las mayorías señaladas en la ley, a no ser que el estatuto las establezca más altas.

Por modificación del estatuto debe entenderse toda alteración que lo afecte en cuanto a su contenido y a su forma. La ley señala los requisitos de convocatoria

y de quórum para la constitución válida de la junta y para la adopción del respectivo acuerdo (art. 198º).

El primer requisito para que proceda la reforma es que ella debe ser aprobada en junta general de accionistas, siempre que se cumplan los requisitos de quórum de asistencia y de anuncio en la convocatoria que la junta se reunirá con ese objeto (arts. 126º, 127º y 198º). Empero, la junta universal puede sin convocatoria adoptar los acuerdos si hay aceptación de todos los interesados según los casos. Con los mismos requisitos la junta general puede acordar delegar en el directorio o la gerencia la facultad de modificar determinados artículos en términos y circunstancias expresamente señaladas.

De otro lado, debe tenerse en consideración el derecho de los accionistas de impugnar los acuerdos que afecten indebidamente sus derechos. Se trata de impedir en esta forma la violación sistemática de los derechos individuales del accionista a través de las modificaciones estatutarias.

Otro de los requisitos formales es el referente al contenido de la convocatoria, en cuanto debe expresar con claridad los asuntos cuya modificación se someterá a la junta (arts. 116º y 198º). Para adoptar resoluciones se exige (inc. 2, art. 198º) un quórum especial, que es el mínimo (arts. 126º, 127º y 120º) pues el estatuto puede exigir uno más alto; salvo en el caso de las sociedades anónimas abiertas en que el quórum se rige por las propias normas establecidas para dichas sociedades (art. 257º).

Debe recordarse que todo acuerdo modificatorio del estatuto debe ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil dentro de un plazo determinado (art. 16º), bajo responsabilidad de los otorgantes o administradores de la sociedad (art. 18º). Además, es obligatoria la publicidad por periódicos de acuerdos que den lugar al derecho de separación (art. 200º y 217º).

El RRS dispone en su artículo 61º que para la inscripción de la modificación del estatuto el acta de la junta general debe contener el acuerdo de modificación, con la indicación de los artículos que se modifican, derogan o sustituyen y el texto de los artículos sustitutorios o adicionales. Si la modificación la acuerda el directorio, por delegación de la junta general, debe acreditarse dicho acto con el acta de la sesión de directorio que contenga las modificaciones de los artículos del estatuto, y además el acta de la junta de accionistas que delega en el directorio dicha facultad. Si la modificación del estatuto es una decisión adoptada por el gerente general, por delegación de la junta, tal decisión debe expresarse en la escritura pública. En ésta se insertará el acta en la que consta la delegación para modificar, derogar, sustituir o agregar determinados artículos del estatuto. En este caso nos encontramos ante el supuesto del último párrafo del artículo 198º de la LGS.

Los requisitos exigidos son normas imperativas, cuya inobservancia determina el derecho de pedir la impugnación del acuerdo por no haberse respetado lo dispuesto por la Ley o por el estatuto si fuera el caso.

Mediante acta de sesión de directorio se especifica las atribuciones de los directores y director gerente, ampliándolas fuera de lo establecido en el estatuto; este hecho implica una modificación del mismo, por lo cual deberá formalizarse como tal (Resolución Nº 408-96-ORLC/TR, en *Gaceta Jurídica. Número especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades*, Lima, 1998, T. 53, p. 88).

166. PROTECCIÓN DEL ACCIONISTA

Diversos casos de modificación del estatuto pueden afectar derechos de los accionistas; por lo que la ley provee las medidas para protegerlos según el derecho afectado. Así, si a través de la modificación del estatuto se les exigen nuevas obligaciones de carácter económico, el acuerdo no rige para quienes no prestaron su aprobación. Ningún accionista puede ser compelido a efectuar mayores aportes.

Otros derechos protegidos son: el de transmisibilidad de la acción; que se mantenga la sede social en el país; el derecho a que no se varíe el objeto para el que fue creada la sociedad. Se trata, en estos casos, de los llamados derechos individuales del accionista, a diferencia de los derechos especiales, que conciernen a determinada clase de accionistas y que pueden ser modificados por la junta general cumpliéndose determinados requisitos. Así ocurre con la creación de acciones preferenciales o la transformación de acciones ordinarias en preferenciales, casos en los cuales pueden modificarse los derechos del accionista, si se cumplen determinados requisitos de convocatoria y quórum (arts. 198º y 126º y 127º). Pero, en estos supuestos de afectación de sus derechos especiales, los accionistas no quedan sin defensa. Será preciso que la mayoría de estos accionistas adopten acuerdo en su propia junta especial ajustándose a los mismos requisitos señalados para la junta general de los accionistas comunes. Esta exigencia tiende a evitar que los derechos de las acciones especiales queden a merced de la mayoría de las acciones ordinarias con el consiguiente riesgo de ser suprimidas las ventajas de las acciones privilegiadas a través de la reforma del estatuto.

167. DERECHO DE SEPARACIÓN

El derecho de separación del accionista está considerado en relación con otros supuestos de modificación estatutaria, que facultan al accionista disidente a separarse de la sociedad. Así ocurre en el caso del traslado de sede al extranjero. Es éste un acto de singular trascendencia en la vida de la sociedad, que puede originar en algunos casos la atribución de una nacionalidad determinada. Si la sociedad traslada su sede a un país en el que rige la ley del domicilio para determinar la nacionalidad, la sociedad resultará adquiriendo la nacionalidad del domicilio. Se alude en estos casos de desnacionalización a la pérdida de la nacionalidad originaria y a la adquisición de una nueva quedando la sociedad sometida a las leyes del país y a la jurisdicción de los tribunales en que se ha instalado. Desde el punto de vista del accionista, significa en muchos casos privarlo prácticamente o dificultar el derecho de información, de asistencia a las juntas generales, de control de la marcha de la sociedad.

No obstante que la ley determina los casos en que procede ejercer el derecho de separación, es oportuno señalar que el artículo 200º de la Ley permite que en el pacto social o en el estatuto se añadan causales que den origen a los socios para separarse de la sociedad.

El accionista disidente tiene, pues, el derecho de separarse de la sociedad. Es este un medio eficaz para defender a la minoría de los abusos de la mayoría, pero sujetándolo a limitaciones, pues el apartamiento de un considerable número de socios puede hacer peligrar la estabilidad de la sociedad.

El titular del derecho de separación es el accionista que hubiese dejado constancia de 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. Esto no comprendería a quienes concurriendo se abstuvieron de votar, como sería el supuesto de la Ley anterior, y comprende dentro del derecho a los que no concurrieron a la junta pero dejan constancia de su desacuerdo por carta ejerciendo el derecho de separación. 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.

Para hacer uso del derecho, el accionista debe comunicarlo a la sociedad por carta notarial dentro del plazo de diez días siguientes a la fecha de publicación del aviso que publicita el acuerdo. El tercero párrafo del artículo 200º de la LGS dispone que 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 artículo 62º del reglamento del Registro de Sociedades no exige la presentación de este aviso para la inscripción del acuerdo que motiva el derecho de separación.

El derecho de separación tiene carácter irrenunciable. El socio puede ejercitar o no el derecho, pero no puede renunciar a él. Tampoco puede hacerse el ejercicio del derecho más gravoso que lo establecido en la Ley.

Las acciones de quienes hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad; nada impide que en el estatuto o en el pacto social se fije una modalidad para valorizar las acciones del socio que ejerza su derecho de separación. De no mediar acuerdo, el derecho al reembolso de las acciones en beneficio del socio que se separa distingue, para el efecto de la liquidación de su participación, si las acciones son o no cotizadas en bolsa. En el primer caso, el disidente tiene el derecho de obtener el reembolso según cotización media del último semestre. En el segundo, 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 la valuación que corresponde según lo indicado en el párrafo anterior.

La Ley ordena que 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, debiendo incluirse el pago de 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.

El ejercicio del derecho por parte de los socios disconformes puede originar para la sociedad dificultades si carece de liquidez suficiente para pagar a los accionistas que decidan separarse de ella. Es por ello que si el reembolso al accionista 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.

168. PUBLICIDAD DE LA MODIFICACIÓN

La publicidad de los acuerdos de modificación del estatuto, que den lugar al derecho de separación debe realizarse 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, como son los casos de cambio de denominación, de sede, de objeto, de régimen de acciones, o de otros casos contemplados en forma específica en la Ley. No se considera suficiente la publicidad registral, por reputarse que ésta alcanza a un reducido número de personas y que sólo se hace efectiva cuando con algún motivo concreto existe relación con la sociedad.

El art. 44º dispone que dentro de los quince primeros días de cada mes la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos publicará en el Diario Oficial *El Peruano* una relación de las sociedades cuya constitución, disolución o extinción haya sido inscrita durante el mes anterior, con indicación de su denominación o razón social y los datos de su inscripción. Así como una relación de las modificaciones de estatuto o pacto social inscritas durante el mes anterior, con indicación de la denominación o razón social, una sumilla de la modificación y los datos de inscripción de la misma.

169. AUMENTO DEL CAPITAL

Las formas de aumentar el capital social que reconoce la Ley son: a) mediante nuevos aportes; b) por capitalización de reservas, de utilidades, beneficios y primas de capital; c) por revalorización de activos o por capitalización del excedente de revaluación; d) por conversión de obligaciones en acciones; e) por capitalización de créditos; y por otros casos previstos en la ley.

El aumento del capital tiene trascendencia desde el punto de vista legal, en vista que el capital sea una medida del patrimonio de la sociedad.

Al efecto deben observarse las formas que constituyen garantía para los terceros y acreedores que no intervienen en el acto y para quienes el aumento tiene importancia porque el capital es la cifra de retención de los bienes que constituyen la única garantía de sus créditos, en virtud del principio de la responsabilidad limitada de los accionistas. De aquí la obligatoriedad de la inscripción en el Registro.

Para el aumento de capital por *nuevos aportes* o *por la capitalización de créditos* contra la sociedad es requisito previo que las acciones emitidas y suscritas anteriormente, estén totalmente pagadas; de modo que si la sociedad necesita aumentar su capital y tiene acciones no pagadas totalmente, lo primero que tiene que hacer es reclamar los dividendos pasivos. El requisito no se refiere al acuerdo de aumento de capital, el cual puede adoptarse, sino a su efectividad, que quedará subordinada al total desembolso de las acciones emitidas en series anteriores. La Ley considera la posibilidad de aumentar el capital no obstante no encontrarse pagada íntegramente el capital suscrito sólo en el caso que existan dividendos pasivos a cargo de accionistas morosos contra quienes esté en proceso la sociedad y en los otros casos que prevé la Ley. Para inscribir el aumento de capital, deberá constar expresamente en el acta que contenga el acuerdo, que la sociedad está en proceso contra los accionistas morosos (art. 68º del RRS).

a) El aumento por nuevos aportes obliga a que el acuerdo de emisión fije las condiciones en que ha de pagarse la parte del capital que no se desembolsa al suscribirlo. Es requisito previo que la totalidad de las acciones suscritas, cualquiera sea la clase a la que pertenezcan, estén totalmente pagadas. No será exigible este requisito cuando existan dividendos pasivos a cargo de accionistas morosos contra quienes esté en proceso la sociedad y en los otros casos que prevé la Ley. Debe indicarse, además si se trata de aportaciones no dinerarias, el nombre de los aportantes, el número de acciones que se habrían de entregar y las garantías adoptadas para la ejecución del compromiso, según la naturaleza de los bienes en que consiste la aportación; el valor nominal de las acciones, dato que está en función de la cifra prevista como aumento de capital. Si se trata de acciones preferenciales, los derechos que se les atribuye y, en su caso, las condiciones en que habrá de realizarse la parte de capital que no se desembolse al suscribir las acciones, tal como ocurre al constituirse la sociedad. Asimismo, para el aumento de capital tampoco pueden emitirse acciones por debajo de su valor nominal, pero es válida la emisión de acciones que se coloquen por debajo del valor nominal, en cuyo caso la diferencia se considerará como pérdida de colocación, situación prevista en el art. 85º cuando señala que "las acciones colocadas por monto inferior a su valor nominal se consideran para todo efecto íntegramente pagadas a su valor nominal cuando se cancela su valor de colocación". Es una situación que facilita la intermediación en la colocación de los valores. Es válida también la emisión de acciones con prima.

El *desembolso* debe ser por lo menos del veinticinco por ciento del valor nominal de las acciones suscritas. El precepto en este punto no es sino la aplicación de lo que rige para la fundación de la sociedad.

El aumento de capital o el pago de capital suscrito que se integre por l conversión de créditos o de obligaciones, capitalización de utilidades, reservas beneficios, primas de capital, excedentes de revaluación u otra forma que signifi que el incremento de la cuenta capital, se acreditará con copia del asiento contabl donde conste la transferencia de los montos capitalizados a la cuenta capital, re frendada por contador público colegiado.

Al aumentarse el capital, las aportaciones no dinerarias pueden estar consti tuidas, al igual que al formase la sociedad, por aportaciones *in natura* o por trans ferencia de créditos, siendo de aplicación las reglas pertinentes (arts. 25º a 30º 213º y 214º).

Para evitar los peligros de *sobrevaloración* de las aportaciones no dinerarias se obliga a efectuar la revisión de las valoraciones que se hubiesen hechos ante riormente (art. 76º).

Dos supuestos se consideran en referencia a esta clase de aumento de capi tal: 1) que se efectúe sin necesidad de recurrir a la oferta a terceros, y 2) que l sociedad tenga que recurrir a ella.

En el primer caso, el acuerdo se adoptará con conocimiento de la memoria e informe correspondientes, debiendo constar el nombre del aportante, el número de acciones que han de entregarse, las garantías adoptadas para la ejecución del compromiso, según la naturaleza de los bienes en que consiste la aportación. Es decir, el acuerdo debe adoptarse con pleno conocimiento de causa.

Cuando se ofrecen acciones por el proceso de *oferta a terceros* y se proyectan aportaciones en parte no dinerarias, se exige la confección de un programa destinado a dar a los suscritores todos los datos referentes a las aportaciones en especie. Este requisito no es necesario si los accionistas de la sociedad suscriben toda la emisión, porque se supone que ellos conocen las condiciones en que ha de efectuarse la misma. En este caso habrá que tener igualmente en cuenta si se trata de una oferta a terceros que conlleva la condición de oferta pública, en cuyo caso deberá aplicarse las normas contenidas en la Resolución Conasev Nº 141-98-EF-94.10 que reglamenta la oferta pública primaria de valores mobiliarios.

En cuanto al *contenido del programa*, y los datos que debe contener son, *mutatis mutandis* los que se exigen para la fundación de la sociedad cuando también hay que acudir a la oferta a terceros, pero con las necesarias variaciones derivadas de que en el aumento de capital hay una sociedad existente, lo que no ocurre al crearla. Esto explica las exigencias de mencionar las clases de acciones existentes y de proporcionar otros elementos de información para que el eventual suscritor pueda apreciar la conveniencia de formar parte de la sociedad.

La Ley ha introducido supuestos que permiten renunciar al derecho preferente para suscribir las acciones que se creen en el aumento de capital por nuevos aportes y en casos extremos como es el contemplado en el caso de las sociedades

anónimas abiertas, la mayoría puede negar el derecho de suscripción preferente a los socios en beneficio de terceros o de algún grupo de socios (art. 259º).

Con el fin de mantener el equilibrio existente dentro de la sociedad en relación a los accionistas, se reconoce que el derecho de preferencia corresponde a todos en proporción al número de acciones que posean, con derecho a prorrateo.

El plazo y el procedimiento para hacer uso del derecho deben ser establecidos por el estatuto y en defecto de éste por la junta general.

b) El aumento por capitalización de reservas, de utilidades, beneficios y primas de capital concierne a los casos en que la sociedad dispone de reservas procedentes de beneficios obtenidos en lapsos más o menos prolongados y que han estado acumulando.

Dado el carácter de las reservas, si son de libre disposición no existe inconveniente para que con cargo a ellas se aumente el capital sin exigir desembolso alguno a los accionistas, entregando a éstos nuevas acciones o aumentando proporcionalmente el valor de las existentes. Se trata de una simple transferencia de la cuenta de reservas a la cuenta capital o sea que los fondos asignados cambian de destino no pudiéndose desde entonces disponer de ello para salvar situaciones precarias de la sociedad. Se convierten en fondo disponible en favor de los acreedores, cuya garantía se ve aumentada en esta forma.

Las reservas deben ser las disponibles, es decir, las voluntarias creadas por disposición de los estatutos o por acuerdo de la junta general; no las impuestas por la Ley o las destinadas a beneficios sociales.

Tratándose de esta clase de aumentos, en lugar de expedir títulos nuevos puede adaptarse el procedimiento de resellar las acciones antiguas para dejar constancia de su nuevo valor.

El art. 229º de la Ley dispone que la sociedad puede capitalizar la reserva legal, quedando obligada a reponerla. En tanto que el art. 233º señala que las primas de capital sólo pueden ser distribuidas cuando la reserva legal haya alcanzado su límite máximo. Pueden capitalizarse en cualquier momento.

La *prima de capital* es la suma que se obtenga en la colocación de acciones sobre su valor nominal. Los términos y condiciones del pago de la prima y la aplicación de la misma están sujetos a lo que establezca la Ley, la escritura pública de constitución o el acuerdo de la junta general. Si el valor de colocación de la acción es inferior a su valor nominal, la diferencia se refleja como pérdida de colocación. Las acciones colocadas por monto inferior a su valor nominal se consideran para todo efecto íntegramente pagadas a su valor nominal cuando se cancela su valor de colocación.

Las primas de capital sólo pueden ser distribuidas cuando la reserva legal haya alcanzado su límite máximo. Pueden capitalizarse en cualquier momento. Si

se completa el límite máximo de la reserva legal con parte de las primas de capital, puede distribuirse el saldo de éstas.

c) El aumento por revaloración del activo o por capitalización del excedente de revaluación, supone que el activo se valorizó por debajo de su valor real o que se fijaron tasas de amortización muy altas, o que en razón de determinadas circunstancias se produjo un aumento real del valor de los bienes. El aumento se acreditará con copia del asiento contable donde conste la transferencia de los montos capitalizados a la cuenta capital, refrendada por contador público colegiado.

Sobre la base de los mayores valores puede realizar el aumento de capital, emitiendo nuevas acciones que se entregarán a los accionistas. El procedimiento no puede reputarse como perjudicial para los acreedores porque la inclusión de esos valores tácitos en la cuenta capital aumenta las garantías en su favor.

Por excepción, cuando por mandato de la Ley deba modificarse la cifra del capital, ésta y el valor nominal de las acciones quedarán modificados de pleno derecho con la aprobación por la junta general de los estados financieros que reflejen tal modificación de la cifra del capital sin alterar la participación de cada accionista. La junta general puede resolver que, en lugar de modificar el valor nominal de las acciones, se emitan o cancelen acciones a prorrata por el monto que represente la modificación de la cifra del capital. Para la inscripción de la modificación basta la copia certificada del acta correspondiente (art. 205º); dispositivo que tiene su antecedente en el derogado Decreto Ley Nº 21694.

d) El aumento por conversión de obligaciones en acciones, comporta dos supuestos: si la conversión fue prevista al hacerse la emisión de las obligaciones, o si no se hizo esta previsión. Por otro lado también supone la conversión del crédito del acreedor en acciones de la sociedad, es decir, los supuestos involucran aquellos casos que provenga de un derecho de crédito materializado en un título llamado obligación o bono o simplemente un crédito reconocido por la sociedad a un tercero o accionista.

El aumento de capital para esta vía supone que la sociedad afronta dificultades económicas que le impiden hacer el servicio de los intereses de las obligaciones y que no existen inversionistas dispuestos a proveerla de recursos. En esta forma de aumento, si bien no se obtienen nuevos aportes, se alivia la situación de apremio en que se encuentra la sociedad. Si el valor de las obligaciones objeto del canje sobrepasa el valor en conjunto de las acciones, la diferencia será abonada por los obligacionistas o cubierta por las reservas libres, o con las utilidades de la sociedad.

Finalmente, se considera el caso de la sociedad que, encontrándose en dificultades económicas, necesita aumentar su capital. Esto supone que las obligaciones no responden a su valor nominal, sino al que pueda corresponderles de hacerse efectivas. Esta sería la suma que habría que reembolsar a los obligacionistas, los que en esta forma tendrían que condonar el saldo que no puede ser satisfecho.

Por otra parte, si la sociedad ha sufrido pérdidas que afectan al capital, las acciones tienen que ser valorizadas por debajo de su valor nominal. Se hace necesario, entonces, reducir en primer lugar el capital para establecer el equilibrio con el patrimonio.

En estos casos, y si la conversión de obligaciones en acciones ha sido prevista, se aplican los términos de la emisión de las obligaciones. Si la conversión no ha sido prevista el aumento de capital se efectúa en los términos y condiciones convenidos con los obligacionistas.

e) El aumento* por *capitalización de créditos contra la sociedad exige contar con un informe del directorio que sustente la conveniencia de recibir tales aportes. El acuerdo de aumento de capital debe reconocer el derecho de realizar aportes dinerarios por un monto que permita a todos los accionistas ejercer su derecho de suscripción preferente para mantener la proporción que tienen en el capital.

Otro requisito previo es que la totalidad de las acciones suscritas, cualquiera sea la clase a la que pertenezcan, estén totalmente pagadas. No será exigible este requisito cuando existan dividendos pasivos a cargo de accionistas morosos contra quienes esté en proceso la sociedad y en los otros casos que prevé la Ley.

El artículo 65º del RRS establece que, si el aumento se realiza por la conversión de créditos o de obligaciones, el consentimiento del acreedor debe constar en el acta de la junta general, la que será firmada por éste con indicación de su documento de identidad. Alternativamente, puede constar en documento escrito, con firma legalizada por Notario, el mismo que se insertará en la escritura pública, salvo que el acreedor comparezca en ésta para prestar su consentimiento. En el acta se señalará que tal acuerdo se ha tomado contando con el informe del directorio exigido por el artículo 214º de la Ley o, en caso de sociedades que no tengan directorio, con el informe del gerente general.

El acta que contenga el acuerdo de aumento de capital deberá indicar: a) El importe y la modalidad del aumento; b) El número de nuevas acciones creadas, o en su caso emitidas, su clase y, cuando corresponda, el nuevo mayor valor nominal de las existentes, con la indicación de si están parcial o totalmente pagadas; y, c) El nuevo texto del artículo o artículos pertinentes al capital social.

170. AUTORIZACIÓN DE AUMENTO DE CAPITAL

La autorización de aumento del capital implica algunas cuestiones concernientes a la abolición de que el capital de la sociedad sea suscrito totalmente y pagado cuando menos en una parte; de modo que no pueden emitirse acciones que no corresponden a una aportación efectiva. Esta regla no sólo se aplica al momento fundacional, sino también cuando se trata de aumentar el capital social. Toda acción suscrita es una acción emitida y debe pagarse en una cuarta parte. Nada impide que la sociedad cree acciones, que por definición no se suscriben, ni se emiten, ni se pagan, sino que quedan a disposición de la sociedad para que en el

momento oportuno se ofrezcan para su suscripción y emisión. Estas acciones tienen un límite para su creación, no pueden exceder el veinte por ciento del capital de la sociedad. Son acciones que no se llevan al balance, pues no reflejan ni un crédito ni obligación alguna (art. 98º).

El sistema de la autorización para el aumento ofrece la ventaja de dar mayor flexibilidad a la operación, pues quedará librado al criterio del directorio escoger el momento propicio para decidir la entrada en circulación de esas acciones, no deben originar oscuridad en los balances, pues no se llevan al balance hasta el momento en que se emiten. Sobre el particular el art. 206º señala que la delegación materia de este artículo no puede figurar en forma alguna en el balance mientras el directorio no acuerde el aumento de capital y este se realice.

La Ley ha querido salvar los inconvenientes del procedimiento y aprovechar sus ventajas, autorizando la delegación al directorio para que pueda proceder al aumento del capital hasta determinada suma en las oportunidades que decida, sin previa consulta con la junta general. La autorización puede concederse en el estatuto o por la junta general con los requisitos que para la modificación establece la Ley. Pero la delegación no puede ser ilimitada. Está subordinada a condiciones en cuanto al modo del capital, al plazo en que puede efectuarse y a la naturaleza de las acciones. Respecto a lo primero, no puede exceder del monto del capital social pagado vigente en la oportunidad en que se haya acordado la delegación. En cuanto al plazo, debe realizarse en un lapso máximo de cinco años. Y en cuanto a la naturaleza de las acciones, no se impone condición en cuanto a que las acciones que se emitan deban ser sólo las ordinarias, como lo indicaba la ley derogada. Ante el silencio pueden emitirse acciones privilegiadas, si así se ha efectuado la delegación; el directorio está obligado a respetar el derecho de preferencia de los accionistas par la suscripción de dichas acciones a partir del momento en que dicho órgano las ponga para su suscripción.

El Consejo Normativo de Contabilidad (CNC), ha establecido las normas contables sobre valorización adicional de los bienes del activo fijo mediante la Resolución Nº 012-98-EF/93.01 de 18 de abril de 1998. Las normas dictadas por el CNC son de carácter técnico y tiene efecto en la presentación de los estados financieros de las empresas, y no puede ir en contra de lo que disponga una norma de mayor jerarquía.

171. CERTIFICADO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

En el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen. Este derecho es transferible en la forma establecida en la Ley.

El derecho de suscripción preferente alcanza a los titulares de acciones sin derecho a voto, para lo cual habrá que tener presente las reglas establecidas en el artículo 96º que señala que en caso de aumento de capital, los titulares de estas

acciones tienen derecho a suscribir acciones con derecho a voto a prorrata de su participación en el capital, en el caso de que la junta general acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones con derecho a voto; asimismo, a suscribir acciones con derecho a voto de manera proporcional y en el número necesario para mantener su participación en el capital, en el caso que la junta acuerde que el aumento incluye la creación de acciones sin derecho a voto, pero en un número insuficiente para que los titulares de estas acciones conserven su participación en el capital; a suscribir acciones sin derecho a voto a prorrata de su participación en el capital en los casos de aumento de capital en los que el acuerdo de la junta general no se limite a la creación de acciones con derecho a voto o en los casos en que se acuerde aumentar el capital únicamente mediante la creación de acciones sin derecho a voto; y, por último, a suscribir obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones, aplicándose las reglas de los casos anteriores según corresponda a la respectiva emisión de las obligaciones o títulos convertibles.

No pueden ejercer este derecho los accionistas que se encuentren en mora en el pago de los dividendos pasivos, y sus acciones no se computarán para establecer la prorrata de participación en el derecho de preferencia. Tampoco tiene este derecho cuando se trata de aumentar el capital por conversión de obligaciones en acciones, ni en los casos de reorganización de sociedades, como es en los supuestos de fusión, escisión u otra forma de reorganizar las sociedades.

El derecho de preferencia se ejerce en por lo menos dos ruedas. En la primera, el accionista tiene derecho a suscribir las nuevas acciones, a prorrata de sus tenencias a la fecha que se establezca en el acuerdo. Si quedan acciones sin suscribir, quienes han intervenido en la primera rueda pueden suscribir, en segunda rueda, las acciones restantes a prorrata de su participación accionaria, considerando en ella las acciones que hubieran suscrito en la primera rueda. La junta general o, en su caso, el directorio, establecen el procedimiento que debe seguirse para el caso que queden acciones sin suscribir luego de terminada la segunda rueda.

El plazo para el ejercicio del derecho, en primera rueda, no será inferior a diez días, contado a partir de la fecha del aviso que deberá publicarse al efecto o de una fecha posterior que al efecto se consigne en dicho aviso. El plazo para la segunda rueda, y las siguientes si las hubiere, se establece por la junta general no pudiendo, en ningún caso, cada rueda ser menor a tres días. Salvo acuerdo unánime adoptado por la totalidad de los accionistas de la sociedad, el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia podrá ser modificado.

El acuerdo que puede modificar el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia debe ser unánime, y adoptado por todas las acciones con derecho a voto. En éste caso habrá que poner en conocimiento oportuno de los accionistas sin derecho a voto el acuerdo que modifica los plazos preestablecidos por la Ley.

El derecho de suscripción preferente se incorpora en un título denominado "certificado de suscripción preferente", o en anotación en cuenta, títulos que son libremente transferibles, total o parcialmente, y que confiere a su titular el derecho preferente a la suscripción de las nuevas acciones en las oportunidades, el monto, condiciones y procedimiento establecidos por la junta general o, en su caso, por el directorio. La alusión al directorio responde por cuanto este órgano puede contar con autorización delegada para aumentar el capital, y en tal caso, al momento de ejecutar el acuerdo, deberá respetar también el derecho de preferencia de los accionistas.

Esta libertad de transmisión del derecho de suscripción preferente puede ser recortada cuando por acuerdo adoptado por la totalidad de los accionistas de la sociedad, por disposición estatutaria o por convenio entre accionistas debidamente registrado en la sociedad, se restrinja la libre transferencia del derecho de suscripción preferente.

El certificado de suscripción preferente, o en su caso las anotaciones en cuenta, deben estar disponibles para sus titulares dentro de los quince días útiles siguientes a la fecha en que se adoptó el acuerdo de aumento de capital. En el aviso que se menciona en el artículo anterior se indicará la fecha en que están a disposición de los accionistas.

Los tenedores de certificados de suscripción preferente que participaron en la primera rueda tendrán derecho a hacerlo en la segunda y en las posteriores si las hubiere, considerándose en cada una de ellas el monto de las acciones que han suscrito en ejercicio del derecho de suscripción preferente que han adquirido, así como las que corresponderían a la tenencia del accionista que les transfirió el derecho.

El reglamento del RRS, establece en su art. 67º que, para inscribir el aumento de capital en el que existe el derecho de suscripción preferente, se presentarán las publicaciones del aviso a que se refiere el artículo 211º de la Ley, en el cual la junta general *o, en su caso, el directorio*, establece las oportunidades, monto, condiciones y procedimiento para el aumento, salvo cuando el aumento ha sido acordado en junta universal y la sociedad no tenga emitidas acciones suscritas sin derecho a voto.

Se adjuntará una certificación del gerente general o del representante debidamente autorizado, en el sentido de que el derecho de suscripción preferente de las acciones se ha ejercido en las oportunidades, monto, condiciones y procedimiento que se señalan en el aviso, y en caso de no requerirse la publicación del aviso, que se ha realizado en el modo acordado por la junta general o el directorio.

172. REDUCCIÓN DEL CAPITAL

La reducción del capital significa la disminución de la cifra mencionada para la modificación de la sociedad.

Todo acuerdo de reducción debe ser adoptado con los requisitos para la modificación del estatuto, y debe expresar el procedimiento mediante el cual la sociedad ha de llevar a efecto la reducción.

Las *causas* que pueden determinar la reducción son las pérdidas sufridas por la sociedad que reducen el patrimonio a un valor inferior al monto de su capital, o que el capital conferido por los socios a la sociedad resulte excesivo para el ejercicio de las actividades sociales. En el primer supuesto, comprobada la pérdida, puede ser conveniente o necesario reducir la cifra del capital para que corresponda al valor del patrimonio disminuido. En el segundo caso, no hay objeto en retener una parte del aporte de los socios que puede serles devuelta, estableciendo al mismo tiempo la correspondencia entre el patrimonio reducido por efecto de la restitución y el importe nominal del capital. Las dos hipótesis son sustancialmente diversas, aunque ambas se resuelven mediante la modificación del acto constitutivo. En tanto que la primera forma de reducción tiene su base en un hecho independiente de la voluntad de los socios, pues se trata de una pérdida sufrida por la sociedad, la segunda depende de la apreciación que ellos hagan del patrimonio social. Por esto la ley considera separadamente y de modo diferente ambas situaciones.

Los *efectos* de la reducción del capital deben considerarse desde el punto de vista de los socios y de los acreedores. En cuanto a los primeros, la reducción significa un beneficio porque, experimentada la pérdida y rebajada la cifra capital para conseguir el equilibrio numérico, todo nuevo ingreso será para ellos ganancia que permitirá constituir reservas disponibles o repartirlas como utilidad. De otro lado, la reducción puede originar consecuencias para los socios, si ella se realiza mediante agrupación de acciones. El accionista que no posea el número previsto como mínimo para realizar la agrupación, tendrá que comprar estos títulos o desprenderse de los que posee en beneficio de otros accionistas.

Para los acreedores, la reducción significa siempre un perjuicio porque queda disminuida la garantía con que contaban en respaldo de su crédito. Este perjuicio se hace patente cuando la sociedad devuelve a los accionistas sus aportaciones o renuncia a los dividendos pasivos con el fin de reducir el capital social. En estos casos, se reduce en la misma medida, el patrimonio que sirve de garantía a los acreedores, lo que explica por qué se exige la publicación del acuerdo (por tres veces con intervalos de cinco días) y se reconoce a los terceros el derecho de oposición (arts. 217º y 219º).

Los *procedimientos de reducción* son variados. Puede tratarse de: la entrega a sus titulares del valor nominal amortizado; la entrega a sus titulares del importe correspondiente a su participación en el patrimonio neto de la sociedad; la condonación de dividendos pasivos; el reestablecimiento del equilibrio entre el capital social y el patrimonio neto disminuidos por consecuencia de pérdidas; u, otros medios específicamente establecidos al acordar la reducción del capital.

A diferencia de lo que ocurre con el aumento de capital, la reducción es de competencia de la junta general, sin responsabilidad de delegarla en el directorio; y como

ella importa modificación estatutaria debe cumplirse con los requisitos legales al respecto (art. 198º), constando en escritura pública e inscribiéndose en el Registro.

La obligación de señalar el procedimiento a seguir para la reducción se justifica porque interesa no sólo a los accionistas sino también a los acreedores, cuyo derecho hay que proteger (art. 217º). La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario o por sorteo que se debe aplicar por igual a todos los accionistas. Cuando se acuerde una afectación distinta, ella debe ser decidida por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto.

Debe proceder a la reducción del capital si se devuelven a los accionistas sus aportes, o se les exonera de pagar lo que adeuden por ese concepto, o en el caso de amortización de acciones.

Cuando el capital resulta exorbitante en relación con el objeto perseguido por la sociedad, lo que puede ocurrir por haberse calculado mal al constituirse, o porque se acuerde una reducción de sus actividades o de sus objetivos, el exceso resulta improductivo en manos de la sociedad pudiendo ser productivo en manos de los accionistas. De otro lado, un capital innecesariamente alto puede impedir la distribución de dividendos. Si los accionistas no han efectuado el desembolso de la suma correspondiente a las acciones que suscribieron y el capital resulta excesivo, carece, asimismo, de objeto que dichos accionistas queden vinculados a la obligación de cubrir el importe total de las acciones suscritas.

La *reducción del capital* puede incidir en las acciones de dos maneras: a) rebajando su valor nominal para restituir al accionista la diferencia entre el valor mencionado en la acción y el valor actual; b) amortizando acciones, es decir, anulando el número necesario de ellas con la consiguiente devolución de la integridad de su importe hasta conseguir que la cifra del capital quede reducida a la prevista.

De modo general, debe respetarse la *paridad* entre los accionistas, es decir, si se trata de acciones de la misma clase, sin que algunos tengan como privilegio el ser reembolsados con prioridad. En otros casos, no puede objetar el derecho del accionista privilegiado para ser reembolsado en forma preferente si el supuesto es que el privilegio consiste, precisamente, en el reembolso del capital.

Es de considerar, igualmente, para el caso de reembolso, si todas las acciones están totalmente pagadas. De no ser así, habría que reembolsar, en primer lugar, a los tenedores de estas acciones, una cantidad igual al exceso que hayan pagado respecto a las acciones parcialmente desembolsadas. Sólo después, el reembolso se efectuará al igual sobre todas las acciones.

173. DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

Los acreedores, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tienen derecho a oponerse a la reducción del capital, en tanto no se les haya pagado o garantizado sus créditos.

El ejercicio del derecho de oposición caduca en el plazo de treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos reducción de capital. 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 garantía debe ser bastante a juicio del acreedor o, en su caso, del juez. No podrá aceptarse que la sociedad sea quien decida si las garantías son suficientes, puesto que ella es la deudora. Tampoco puede quedar librada en forma absoluta al acreedor, que, reclamando garantías excesivas, puede frustrar el acuerdo de reducción arbitrariamente. De aquí la intervención del juez para salvar las discrepancias. 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.

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.

En la escritura pública deberá insertarse, o acompañarse a la misma, las publicaciones del aviso de reducción y la certificación del gerente general de que la sociedad no ha sido emplazada judicialmente por los acreedores, oponiéndose a la reducción.

En caso de haberse producido oposición, la reducción podrá inscribirse si se presentan los partes con la resolución judicial que declare que la sociedad ha pagado, garantizado a satisfacción del Juez, o se ha notificado al acreedor que se ha constituido la fianza prevista en la parte final del artículo 219º de la Ley o la aceptación del desistimiento del acreedor.

174. REDUCCIÓN POR PÉRDIDAS

Los casos de reducción por pérdida deben considerarse bajo dos aspectos: reducción voluntaria y reducción obligatoria.

Desde un punto de vista general, la reducción por pérdidas se produce cuando la sociedad ha sufrido desmedros importantes que no se espera puedan ser absorbidos o cuando el activo ha experimentado una fuerte depreciación que tiene carácter de cierta estabilidad, que alcanza determinada proporción y que no ha podido ser enjugada por las reservas. En estos casos, como la cifra capital indicada en el balance es sólo aparente, conviene darle base real que ofrezca, a quienes contraten con la sociedad, cierta firmeza. Se tiende entonces a conseguir que el capital nominal guarde correspondencia con el conjunto de bienes que constituyen el activo del patrimonio.

En garantía del derecho de los acreedores se exige que la reducción no exceda la suma necesaria para establecer el equilibrio entre las dos cuentas, capital

y patrimonio, porque si así fuera, la cifra capital resultaría más alta que la de los bienes, con la consiguiente posibilidad de permitir entre los accionistas lo proveniente de una reducción excesiva del capital, burlándose el derecho de los acreedores a la garantía consistente en el patrimonio de la sociedad. En este supuesto de reducción del capital para equilibrarlo con el patrimonio, no se obliga a las garantías a favor de los acreedores.

La *reducción es obligatoria* si la cuantía de las pérdidas rebasa el cincuenta por ciento del capital y ha transcurrido un ejercicio social sin haber sido recuperado. Esta última exigencia tiende a dar elasticidad a las normas, en sentido de otorgar oportunidad para la recuperación y evitar la reducción, que siempre importa un acto grave para la sociedad. Comprobada la pérdida en las condiciones anotadas, el directorio debe convocar a la junta general para que éste acuerde la reducción obligatoriamente, bajo sanción de ser impugnable el acuerdo. No es obligatoria la reducción si se cuenta con reservas legales o de libre disposición o se realizan nuevos aportes en cuantía que compense el desmedro.

Conforme se ha visto al tratar de la amortización de acciones (*supra* Nº 172), ella puede hacerse con cargo a los beneficios y reservas libres, produciéndose una reducción del capital. En este caso, la reducción es una consecuencia de amortización. Si bien es la sociedad la que libremente decide la amortización, no es libre para dejar de reducir el capital por el importe de la cifra del valor nominal de las acciones amortizadas.

Puede ocurrir que al reducirse el capital y canalizarse las acciones, sea necesario agruparlas para que haya equivalencia entre las nuevas que se deben entregar y la antiguas, a efecto de que la suma de los valores nominales de todos los nuevos títulos iguale la cifra a la que debe quedar reducido el capital. El canje puede ser sustituido mediante un sello en las acciones que indique su nuevo valor.

De modo general, se reconoce al accionista un derecho de *opción para canjear* los títulos por otros nuevos, comprando o vendiendo títulos en caso necesario, o mediante el reembolso de los títulos antiguos al precio corriente, si no quisiera o no logra acudir al canje. Si no se presentan acciones antiguas en número suficiente para su canje por las nuevas, la agrupación sólo puede llevarse acabo anulando las acciones que no se presentan al canje, y emitiendo las nuevas por cuenta de los titulares de los títulos anulados. Para este efecto se hará la publicación correspondiente dentro del plazo que se debe señalar. De no hacerse la presentación, se procederá a anular los títulos.

De otro lado, como la declaratoria de nulidad no puede significar la confiscación en perjuicio del propietario de las acciones, el importe que se obtenga de la venta de los nuevos títulos emitidos se depositará a disposición de los interesados en una institución de crédito. En garantía de la seriedad de la operación, el estatuto o el acuerdo de reducción deberán prever estas situaciones para obrar conforme a lo acordado.

Finalmente, si la reducción del capital que importa el canje o sellado de las acciones no requiere de agrupamiento de éstas, lo apropiado, que deberá en todo caso preverse en el acuerdo social, es que la sociedad deposite en una institución de crédito el importe de la reducción correspondiente a las acciones no presentadas.

La amortización supone, en todo caso, la extinción del título y de los derechos que de él emergen. De aquí que, si se trata de reembolsar a los accionistas, éstos pierden su calidad de tales en la medida de las acciones amortizadas.

Para la amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas a efecto de reducir el capital, será preciso el acuerdo de los accionistas interesados, adoptado con las formalidades de ley.

La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario o por sorteo que se debe aplicar por igual a todos los accionistas. Cuando se acuerde una afectación distinta, ella debe ser decidida por unanimidad de las acciones suscritas con derecho a voto. El RRS, en su artículo 74º ha aclarado que la unanimidad que exige la parte final del segundo párrafo del Artículo 217º de la Ley, es de la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto, emitidas por la sociedad.

Es evidente que si los obligacionistas convienen en la reducción sin que se respete el límite del reembolso indicado, no habrá inconveniente en llevar adelante la reducción porque no se trata de disposición de orden público.

CAPÍTULO XIX
ESTADOS FINANCIEROS Y APLICACIÓN DE UTILIDADES

175. Concepto de balance.- 176. Activo.- 177. Pasivo.- 178. Memoria.- 179. Estado de ganancias y pérdidas.- 180. Control de los estados financieros.- 181. Reserva legal.- 182. Reparto de utilidades.

175. CONCEPTO DE BALANCE

Dado el carácter mercantil que ostenta, la sociedad anónima está sujeta al régimen general sobre obligación de contabilidad que rige para los comerciantes. El balance o estados financieros, la memoria y la propuesta de aplicación de las utilidades, en caso de haberlas, tienen una especial importancia, pues indican con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio vencido.

El balance, que debe descansar, necesariamente, en el inventario y en las cuentas saldadas y regularizadas del mayor, sólo da una visión inmovilizada y descriptiva de la situación del patrimonio en el instante de su confección, lo que no permite ir más allá de los datos que en él se contienen. De aquí, que sea necesario complementarlo con el estado de pérdidas y ganancias para establecer los posibles beneficios y el origen de los mismos; y para tener una idea cabal y orgánica de la empresa, se requiere de la memoria, en la que se contienen informes de la gestión social. Es conveniente precisar la disposición y contenido de los documentos referidos, a fin de que se satisfaga la finalidad de ofrecer una información representativa del estado del negocio. De otro lado, en el balance se formula la

discriminación de los beneficios obtenidos en el ejercicio, lo que origina una serie de problemas.

Desde el punto de vista jurídico, lo que interesa del balance es la función informativa, que reposa en los principios de claridad, veracidad, unidad, continuidad y previsión o prudencia, que permiten establecer si existen beneficios repartibles. Para los acreedores sociales, el público en general y para el Estado, es de interés conocer la situación de la sociedad, dado que ella sólo responde con sus bienes y no con los de los socios para satisfacer a sus acreedores y porque la sociedad puede ser un medio de atraer capitales para fomentar el desarrollo del país, así como por su influencia en el campo de las actividades económicas.

La obligación de presentar el balance impuesta por la ley al directorio no puede ser delegada por éste a ningún otro órgano o persona. La responsabilidad al respecto recae sobre todos sus miembros si no se acreditase la falta de responsabilidad que personalmente pudiese favorecer a alguno de ellos, o su discrepancia con las indicaciones contenidas en los documentos presentados a la aprobación de la junta general.

Finalizado el ejercicio económico, el directorio debe formular los estados financieros, la memoria y la propuesta de aplicación de las utilidades.

La ley anterior señalaba que el directorio estaba obligado a formular en el *plazo máximo de ochenta días*, contado a partir del cierre del ejercicio social, el balance con la cuenta de ganancias y pérdidas, la propuesta de distribución de utilidades y la memoria. La ley actual, en su artículo 116º, obliga a publicar el aviso de convocatoria de la junta general obligatoria anual con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración. Quiere decir entonces que la fecha máxima para la celebración de la junta, puede ser el último día del tercer mes de terminado el ejercicio económico, pero es indudable que desde la fecha de la convocatoria, es decir, diez días antes, la información debe estar a disposición de los accionistas, y lo estará en la medida que el directorio se haya pronunciado sobre la situación de la sociedad en su respectiva sesión. Se puede deducir entonces que si bien no se ha indicado en la LGS que el directorio tiene 80 días, como se hizo en la ley anterior para aprobar los estados financieros y el balance, en esta oportunidad el plazo máximo es deducible de las fechas de convocatoria para la junta de accionistas y del cómputo de la fecha en que los informes deben estar a disposición de los accionistas. Recordemos que el artículo 130º señala que desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad.

Compete igualmente al directorio, además de formular la memoria, los estados financieros y el estado de pérdidas y ganancias, presentar la propuesta para la distribución de utilidades si la hubiera.

Los *estados financieros* se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país.

El balance debe contener relación detallada de las partidas dentro de una nomenclatura precisa, guardando la debida relación entre las cuentas del activo y del pasivo para el efecto de su claridad y precisión.

La índole de los negocios puede determinar que no tengan porqué constar determinadas partidas.

El Consejo Normativo de Contabilidad ha precisado en la Resolución Nº 013-98-EF/93.01 que los "principios de contabilidad generalmente aceptados" a que se refiere el artículo 223º de la Ley General de Sociedades, comprende las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs) oficializadas mediante resoluciones del CNC, y las normas establecidas por organismos de supervisión y control siempre que se encuentren dentro del marco teórico en que se apoyan las NICs.

Las Normas Internacionales de Contabilidad recogen los principios básicos o generalmente aceptados, tienen como objetivo la elaboración y presentación de los estados financieros, los mismos que al ser sometidos a una Auditoría Externa, se espera que cuenten con una opinión que concluya en que los Estados Financieros reflejan la situación real de la empresa y que muestran "razonablemente la situación financiera de la empresa".

Los principios de contabilidad son distintos a los principios tributarios. Así, los principios tributarios están orientados a la recaudación de los recursos financieros que permitan a los gobiernos cubrir anualmente sus gastos corrientes y sus inversiones materia de un Presupuesto General.

Los principios contables deben respetarse para precisar la situación de la empresa, pero desde un punto de vista tributario, puede suceder, como de hecho sucede, que esa situación contable difiera de la realidad cuando aplicamos los principios o normas tributarias. Esto obliga a que las diferencias temporales o permanentes establecidas por la aplicación de los principios contables y tributarios se superarán con las declaraciones juradas anuales que los contribuyentes del Impuesto a la Renta están obligados a presentar.

176. ACTIVO

El balance, como equilibrio de valores, exige la contraposición de los asientos del pasivo a los del activo. Por ello, para equilibrar ambas cuentas, debe agregarse al pasivo el exceso del activo sobre él o sea, el resultado neto. De este modo, la utilidad viene a situarse al mismo lado del pasivo, sin que pueda reputársele como tal.

Las partidas incluidas en el activo deben tener un título. Entre los bienes registrados en el activo se incluye bienes que por estar destinados a la explotación

de la empresa según su índole, no es su destino ser vendidos. Entre estos bienes se encuentran las máquinas, los inmuebles, las instalaciones industriales, el mobiliario, los títulos valores y las participaciones en otras empresas, propiedad industrial e intelectual y los demás elementos del patrimonio de la sociedad.

Consideración especial merece lo referente a los créditos por acciones suscritas y no pagadas, que representan un elemento del activo y con la contrapartida necesariamente parcial de la cifra del capital escriturado, que debe figurar en el pasivo.

Debe considerarse que tienen el carácter de bienes inmovilizados los que están afectos a la reserva legal porque hay un mandato que impide la libre disponibilidad de esos bienes.

Respecto a otro grupo de partidas quedan comprendidas dentro de lo que se denomina el capital circulante, o sea el dinero efectivo en caja y bancos; los títulos cotizados en bolsa y aquellos sin cotización oficial que no pertenecen al activo fijo; las acciones propias de la sociedad adquiridas de acuerdo a Ley; los documentos de crédito y otros títulos valores; las materias primas y mercaderías.

En referencia al dinero en caja o bancos, se toma en cuenta la disponibilidad de que pueda gozar la sociedad. Los títulos cotizados o no en bolsa, no podría considerárseles integrantes del capital circulante si no están destinados a servir de una manera permanente a la explotación del negocio, como serían, por ejemplo, las adquisiciones con fines de inversión de capital.

Las acciones propias de la sociedad integran el capital circulante cuando no deben ser amortizadas, pues en este caso ya tienen su destino específico, que es su extinción. Si se han adquirido a título oneroso o con cargo a reservas libres, las acciones deben ser vendidas en el más breve plazo. Pero, si mientras la venta se realiza es necesario formular el balance, deben llevarse el activo, aunque se trate de un activo transitorio.

177. PASIVO

La primera partida de esta cuenta es la referente al capital. La cantidad que debe figurar por este concepto es la que aparece en la escritura de constitución social o de modificación, en su caso. Si hubiera varias clases de acciones, deben mencionarse en el balance.

En cuanto a la *reserva legal,* su anotación sirve para la retención de valores en el activo y, por ello, funciona como asiento complementario del capital. La reserva legal que están obligados a formar las sociedades anónimas tiene como finalidad lograr su estabilidad económica.

También deben figurar las demás reservas, con excepción de las estatutarias y de las facultativas, o sea, las ordenadas en los estatutos o por la junta general, que son de disponibilidad de la compañía a través de los acuerdos adoptados con

las mayorías que se requieren para modificar los estatutos o para modificar los acuerdos de la junta general, según el caso. Se trata, en el fondo, de un capital propio de la sociedad, que no está, por lo tanto, inmovilizado en garantía de los acreedores.

Otras reservas a mencionar son las de depreciación, amortización o castigo del activo, si los bienes patrimoniales figuran en él por su valor de adquisición. El procedimiento de amortización puede efectuarse en dos formas: o reduciendo progresivamente las valoraciones de activo en proporción al desgaste o consumo de ciertos bienes, o incluyendo en el pasivo un fondo de amortización de tales bienes. La amortización persigue, principalmente, evitar el reparto, a título de utilidades, de sumas que son necesarias para establecer en su justo valor determinados asientos del activo.

Bajo el concepto del *pasivo real o exigible* se consideran las deudas con garantía real y las quirografarias. La separación en dos cuentas es para que se pueda apreciar claramente la parte del patrimonio de la sociedad que está afectada específicamente en favor de determinados acreedores y por otro lado, la parte que no cuenta con esas garantías y que no está incorporada a los títulos llamados "obligaciones", aunque estas últimas no estén garantizadas.

Debe precisarse, igualmente, cuáles son las deudas vencidas y las que están por vencer, para que el balance refleje en la forma más clara que sea posible la verdadera situación financiera de la empresa. Este mismo criterio impone mencionar las fianzas, garantías y otras obligaciones subsidiarias, distinguiendo la insolvencia del deudor principal, pues en este supuesto la obligación eventual del garante se convierte en obligación actual si el deudor principal resulta manifiestamente insolvente.

Las obligaciones emitidas por la sociedad y que estén en circulación también deben inscribirse en el pasivo, así como las reservas de depreciación, amortización o castigos del activo, si los bienes patrimoniales figuran en él por su valor de adquisición.

Aunque en cierto modo las reservas sociales pueden considerarse comprendidas dentro de las reservas legales, deben distinguirse de las reservas impuestas por otros conceptos.

Las partidas mencionadas, que son señaladas en la Ley, pueden ser ampliadas si se quiere otorgar a través del balance una información más detallada de la marcha del negocio.

Están prohibidas las compensaciones de partidas porque se atenta contra el principio de claridad con que debe ser redactado el balance y porque se rompería la estructura que la Ley ha cuidado de conferirle.

Obviamente, para equilibrar el balance deberá figurar en el activo, o en el pasivo, según si ha habido utilidad o pérdidas, la cuenta respectiva. Por consi-

guiente, si el ejercicio social arroja pérdidas, la cuenta de ganancias y pérdidas figurará como último asiento de la cuenta del activo con el significado de una cifra de compensación de la pérdida sufrida, mientras que si figura como último asiento en el pasivo expresa la ganancia obtenida.

Como la función del saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias es, en el fondo, nivelar el activo con el pasivo, debe figurar en la columna de valores que resulte inferior al finalizar el ejercicio social.

La *valoración de los elementos del activo*, es sólo una apreciación prudencial, sujeta siempre a factores subjetivos y a las contingencias de los negocios. No debe olvidarse que el balance de ejercicio no tiene el carácter de una liquidación, en la que los elementos en ella contenidos deben ser objeto de realización inmediata por haber cesado la actividad de la empresa. No refleja, pues, una situación estática; sino una apreciación de la empresa en actividad, en la que los elementos contenidos en el documento actúan en función de la dinámica de la empresa y, por lo mismo, se trata de apreciar principalmente el valor de uso.

De otro lado, se presenta la dificultad relacionada con la distinta naturaleza de los bienes que forman el patrimonio de la sociedad. Si bien puede calcularse el precio de realización de los bienes destinados a la venta, como son, por ejemplo, las mercaderías, no ocurre lo mismo respecto a los bienes que forman el capital inmovilizado.

Los criterios de valoración según el precio de compra, de posible enajenación o de uso, suscitan opiniones divergentes, pero en todo caso son insuficientes para obtener una valoración matemáticamente exacta de los bienes.

Como en la sociedad anónima hay que considerar el derecho de los terceros, cuya única garantía es el patrimonio social, el criterio que se adopta es el "menor valor", a efecto de que los acreedores puedan obtener una mayor retención de valores en el patrimonio de la sociedad. En orden a este propósito se orientan las disposiciones de la Ley. Por eso, para los elementos del activo inmovilizado que están destinados de modo permanente a la explotación de la empresa, bien sean de utilización duradera o de renovación periódica, en vista de las dificultades de determinar el valor en uso, se adopta el criterio del precio de costo, pues esos bienes no están destinados a la enajenación, a excepción de los títulos cotizables, que tienen un valor oficial.

Si se trata de elementos destinado a la enajenación, se adopta el criterio del precio del mercado si es inferior al de adquisición. Respecto a los créditos, rige el de valor probable de realización.

El valor del activo inmovilizado debe ser amortizado anualmente en proporción al tiempo que hayan de utilizarse los bienes en él incluidos, y a la disminución que sufran por su uso y disfrute, dejándose al criterio de la sociedad lo referente al procedimiento y cuotas de amortización.

La amortización se justifica porque los bienes destinados a la explotación de la empresa disminuyen su valor en el transcurso del tiempo, tanto por su uso como porque, si se trata de maquinaria o implementos industriales, los adelantos técnicos obligan a la sustitución de ellos.

Los títulos valores deben estar, como se ha expresado, diferenciados, según si se cotizan o no en bolsa. Respecto a los primeros se toma el tipo medio de cotización del último trimestre. En todo caso, hay un límite, que es el precio de adquisición o de costo, encima del cual no pueden ser valorados; y para impedir que el directorio se aparte de esas normas, se autoriza a constituir reservas con las que puedan atenderse las fluctuaciones de esos valores comerciales. En cuanto a los títulos que no se coticen en bolsa, no queda otro camino que apelar al prudente arbitrio de los directores, pero con el límite del valor de adquisición.

En cuanto a la revaloración de los bienes del activo fijo, los inmuebles, muebles, instalaciones y demás bienes del activo de la sociedad se contabilizan por su valor de adquisición o de costo ajustado por inflación cuando sea aplicable de acuerdo a principios de contabilidad generalmente aceptados en el país. Son amortizados o depreciados anualmente en proporción al tiempo de su vida útil y a la disminución de valor que sufran por su uso o disfrute. Tales bienes pueden ser objeto de revaluación, previa comprobación pericial (art. 228º).

En relación con el avalúo de los créditos, se recurre al presumible valor de realización.

El avalúo de las materias primas y de las mercaderías debe hacerse con un criterio en el que predomine la prudencia, orientada por la consideración de que sólo pueden ser repartidos dividendos por utilidades realmente obtenidas. De allí que debe tomarse en cuenta, en todo caso, el precio de adquisición o de costo; y la cotización en el mercado, si éste fuese inferior a aquellos. Aunque las mercaderías estén destinadas a la venta, la ley estima que el beneficio sólo se obtiene en el momento de la enajenación, de modo que mientras aquéllas permanezcan en poder de la sociedad, sólo existe una posibilidad de beneficio, que puede no producirse.

Los gastos de constitución y establecimiento de la sociedad, deben figurar por su valor íntegro y deben ser amortizados en un plazo, a fin de que estos gastos no figuren indefinidamente en el balance. La amortización constituye en este caso el medio indicado para repartir en varios ejercicios una carga que no debe recaer únicamente en el primero, lo que podría originar el sacrificio de los accionistas iniciales en beneficio de los posteriores.

Las participaciones de capital que no consisten en acciones de otras sociedades deben someterse también a un criterio de valoración prudencial. El límite sería el que resulte del último balance de la empresa a que se refieren.

Puede haber regímenes especiales referentes a determinadas clases de sociedades, en cuanto al avalúo de los elementos del activo y ellos quedan sujetos a

su legislación especial, sin descuidar del régimen general de la ley de sociedades en lo aplicable.

178. MEMORIA

En la memoria el directorio da cuenta a la junta general de la marcha y estado de los negocios, los proyectos desarrollados y los principales acontecimientos ocurridos durante el ejercicio, así como de la situación de la sociedad y los resultados obtenidos. La memoria debe contener cuando menos:

1) La indicación de las inversiones de importancia realizadas durante el ejercicio;
2) La existencia de contingencias significativas;
3) Los hechos de importancia ocurridos luego del cierre del ejercicio;
4) Cualquier otra información relevante que la junta general deba conocer; y,
5) Los demás informes y requisitos que la Ley señale.

La aprobación por la junta general de la memoria no importa el descargo de las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido los directores o gerentes de la sociedad.

179. ESTADO DE GANANCIAS Y PÉRDIDAS

El estado de ganancias y pérdidas complementa el balance y junto con éste se formulan los estados financieros. Tiene como finalidad informar a los accionistas los resultados del negocio al final de un lapso determinado. Es una cuenta de resultados y, por ende, muy diferente del balance, que sólo refleja la situación del patrimonio. Sirve para nivelar el balance, incrementando la columna del activo cuando éste queda por debajo del pasivo y viceversa. En esta forma la cuenta capital no sufre variación, respetándose así el principio de la invariabilidad, que es propio de la sociedad anónima y que permite apreciar si el patrimonio correspondiente a ese capital se ha perdido en todo o en parte.

La cuenta de ganancias y pérdidas contendrá una información mínima que se menciona en la Ley. Debe constar de dos partes: la relativa a los ingresos y la relativa a los egresos.

La *cuenta de ingresos* debe contener en forma diferenciada los ingresos normales y los originados por circunstancias extraordinarias, o por la enajenación o liquidación de bienes patrimoniales que han constituido reservas tácitas. Como se trata de asientos de resultados, no hay porqué anotar el ingreso bruto, sino hacer la deducción del costo del producto o de la mercancía.

Para determinar cuáles son los ingresos obtenidos por la actividad normal de la empresa es necesario tener presente el objeto de la sociedad, señalado en el estatuto. Lo que no está dentro de esa esfera debe reputarse como operaciones

extraordinarias. Tendrán, en consecuencia, este carácter las ganancias provenientes de la enajenación del activo inmovilizado y, en general, todo lo que constituye las reservas tácitas.

Las reservas voluntarias deben aplicarse a los fines para los que fueron creadas; por lo que debe expresarse cuál es el destino dado a esos fondos, que deben figurar como ingreso especial.

Tales reservas originan las llamadas *reservas ocultas*, que también pueden resultar sin la voluntad de la sociedad. Así ocurre cuando el activo se valora debajo de su valor real, o si se valoran exageradamente en el pasivo las deudas de la sociedad, o si las amortizaciones que se realizan en los balances son excesivas.

La Ley no rechaza la formación de esta clase de reservas, que, desde el punto de vista económico, fortalecen el sustento patrimonial de la empresa, pero pueden verse afectados los accionistas, que aspiran a recibir mayores dividendos, y el fisco, que ve disminuir la materia imponible.

Tratándose de las compensaciones, debe entenderse que sólo pueden efectuarse entre partidas de la misma cuenta; de ninguna manera entre asientos que la ley ordena anotar por separado e independientemente.

La *cuenta de egresos* debe mencionar lo pagado por razón de sueldos y salarios, excluyendo lo percibido por los directores, a excepción de las participaciones a título de beneficio, pues la ley establece que cuando la remuneración consista en una participación en las utilidades, esto sólo podrá ser detraída de las utilidades líquidas y después de cubrirse la reserva legal y la estatutaria, en su caso. De modo que si la participación de los directores está comprendida entre los elementos que han de formar parte del saldo de la cuenta, no podrá calcularse sobre la utilidad líquida.

Los *castigos o depreciaciones*, son las amortizaciones que deben fijarse cada año como cuota obligatoria porque el deterioro de los elementos del activo impone considerar las provisiones necesarias para compensar el valor decreciente de ellos.

También deben figurar las cuotas por seguros sociales y los impuestos que afecten las utilidades de la sociedad, así como las pérdidas o gastos para cuya compensación se hayan aplicado las reservas.

Los demás gastos corrientes en el negocio de la sociedad, que no han sido mencionados anteriormente, deben considerarse en forma general porque no es posible detallar todos los que son propios de la explotación a que se dedica aquélla.

Finalmente, figurarán los gastos y quebrantos extraordinarios, o sea aquellos que excedan de los ordinarios y que resultan imprevisibles dentro de las actividades de la empresa. Podrían ser los ocasionados por robos, naufragios, conmociones de la naturaleza o civiles, etc., siempre que estos gastos no hayan sido considerados en otras partidas.

180. CONTROL DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

La Ley provee de varias medidas que aseguran a los accionistas la debid información del balance y la supervisión del mismo mediante el derecho de inspeccionar la contabilidad de la sociedad y de pedir información sobre el curso de las operaciones sociales, pero siempre conciliándolo con el derecho de la sociedad, a fin de impedir que los secretos del negocio queden al alcance de cualquier accionista que represente una porción mínima del capital social.

El art. 221º señala que los estados financieros deben ser puestos a disposición de los accionistas con la antelación necesaria para ser sometidos, conforme a Ley, a consideración de la junta obligatoria anual.

A partir del día siguiente de la publicación de la convocatoria a la junta general, cualquier accionista puede obtener en las oficinas de la sociedad, en forma gratuita, copias de los documentos a que se refieren los artículos anteriores.

El derecho de información se completa con el de solicitar, con anterioridad a la celebración de la junta general o en ella, los informes y explicaciones que los accionistas juzguen necesarios (art. 130º).

Una de las formas de ejercer el control sobre la gestión de los administradores es a través de las auditorías. Según el artículo 114º, la Junta Obligatoria Anual tiene por objeto designar o delegar en el directorio la designación de los auditores externos, cuando corresponda. El art. 226º de la Ley precisa los casos en que se exige la auditoría. Es conveniente señalar que el pacto social, o el estatuto pueden fijar la obligatoriedad de contar con auditorías anuales. De no indicarse nos atenemos a los arts. 226º y 227º para el caso de las sociedades anónimas en general y a los artículos 242º y 260º cuando se trate de sociedades anónimas cerradas o abiertas respectivamente. Según lo indicado en el artículo 226º deberá auditarse anualmente el balance cuando lo disponga la Ley, el estatuto, el pacto social o el acuerdo de Junta General, en este último caso el acuerdo debe ser favorable por la auditoría externa anual y además contar con el diez por ciento de las acciones con derecho a voto.

Compete a la Junta General (art. 115º) disponer investigaciones y auditorías especiales.

Por otro lado, cuando se trata de oferta a terceros para el aumento de capital (art. 212º), el programa debe contener "los estados financieros de los dos últimos ejercicios anuales con el informe de auditores externos independientes, salvo que la sociedad se hubiera constituido dentro de dicho período".

En lo que se refiere a la *auditoría externa*, el art. 226º precisa que el pacto social, el estatuto o el acuerdo de junta general, adoptado por el diez por ciento de las acciones suscritas con derecho de voto, pueden disponer que la sociedad anónima tenga auditoría externa anual. Las sociedades que conforme a Ley o a lo

indicado en el párrafo anterior están sometidas a auditoría externa anual, nombrarán a sus auditores externos anualmente.

El informe de los auditores se presentará a la junta general conjuntamente con los estados financieros.

Este artículo trata el supuesto que la sociedad no tenga auditoría permanente, ya sea porque la Ley no lo exige, o no se incluyó esta exigencia en el estatuto, o en el pacto social. En tal caso el acuerdo será válido si se adopta con el diez por ciento de los accionistas con derecho a voto. Este es un derecho del accionista con derecho a voto.

Las *auditorías especiales* constituyen un supuesto distinto al anterior. El art. 227º señala que en sociedades que *no cuentan con auditoría externa permanente*, los estados financieros son revisados por auditores externos, por cuenta de la sociedad, si así lo solicitan accionistas que representen no menos del diez por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto. La solicitud se presenta antes o durante la junta o a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la misma. Este derecho lo pueden ejercer también los accionistas titulares de acciones sin derecho a voto, cumpliendo con el plazo y los requisitos señalados en este artículo, mediante comunicación escrita a la sociedad.

El tercer supuesto que incluye la Ley para ejercer el control de la gestión administrativa es el de las *revisiones e investigaciones especiales*. Las revisiones e investigaciones especiales se realizan sobre aspectos concretos de la gestión o de las cuentas de la sociedad que señalen los solicitantes y con relación a materias relativas a los últimos estados financieros. Este derecho puede ser ejercido, inclusive, en aquellas sociedades que cuenten con auditoría externa permanente y también por los titulares de las acciones sin derecho a voto. Los gastos que originen estas revisiones son de cargo de los solicitantes, salvo que éstos representen más de un tercio del capital pagado de la sociedad, caso en el cual los gastos serán de cargo de esta última. Para ejercer el pedido basta la solicitud de accionistas con o sin derecho a voto que representen diez por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto. El pedido se presenta antes de la junta o en la misma junta.

Este derecho lo pueden ejercer también los accionistas sin derecho a voto, y en tal caso, deben presentar una solicitud a la sociedad, suscrita con accionistas sin derecho a voto que representen por lo menos el diez por ciento de las acciones y que dicha solicitud sea presentada por lo menos dentro de los treinta días siguientes a la sesión. La materia de la investigación es sobre aspectos concretos, y sobre materia relativa a los últimos estados financieros. Habrá que precisar cuál es el último estado financiero a que se refiere la Ley. Es decir, el indicado en el año inmediato o en los últimos cinco años.

La aprobación del balance es de competencia inderogable de la junta general de accionistas, sin que dicha aprobación, así como la referente a la cuenta de pér-

didas y ganancias importe el descargo de los órganos de dirección y vigilancia por irregularidades en la anotación de las respectivas partidas, datos falsos o erróneos. La responsabilidad derivada de tales irregularidades puede hacerse valer, tanto por los accionistas como por los terceros.

El accionista dispone de un medio por el cual puede seguir el curso de las operaciones contenidas en el balance y en la cuenta de ganancias y pérdidas. El empleo de la misma denominación de las partidas o de las cuentas, le permitirá apreciar sin dificultades el desenvolvimiento de las operaciones y hacer las comparaciones entre los diversos ejercicios.

En cierta medida el control seguirá siendo cubierto por la CONASEV como entidad reguladora y supervisora de aquellas sociedades anónimas registradas en el Registro Público del Mercado de Valores, o de aquellas que por su volumen de venta o activos están sujetos a la presentación de sus estados financieros (Res Conasev Nº 845-97-EF/94). Los accionistas, los acreedores el Estado y, en general, los terceros interesados en la situación económica de una empresa, cuentan, en lo que respecta a la veracidad y exactitud del balance general y demás estados financieros, con la garantía que surge de la obligación legal de presentarlos a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) según las normas de contabilidad y auditoría indicadas por esta entidad.

Asimismo, como se señaló anteriormente, las sociedades anónimas abiertas se encuentran obligadas a tener auditoría externa anual, según el artículo 260º de la Ley, a cargo de auditores externos escogidos que se encuentren hábiles e inscritos en el Registro Único de Sociedades de Auditoría.

La Resolución Conasev Nº 163-98-EF/94.10 de 17 de diciembre de 1998 ha dispuesto que las sociedades anónimas y las sucursales de empresas extranjeras que al cierre del ejercicio económico correspondiente al año 1998 hayan registrado ingresos brutos superiores a mil setecientas (1700) Unidades Impositivas Tributarias-UIT o activos totales superiores a mil novecientas (1900) UIT, están obligadas a presentar información financiera a la CONASEV de acuerdo a las Resoluciones Conasev Nºs. 168-98-EF/94.10; 103-99-EF/94.10; 110-99-EF/04.10 y 119-99-EF/94.10 que aprueban el Reglamento para la Información Financiera Auditada y para la Preparación de Información Financiera, según corresponda.

181. RESERVA LEGAL

Es obligatoria la formación de una reserva legal, que debe llegar necesariamente hasta el veinte por ciento del capital social sin perjuicio de lo que puedan disponer otras leyes sobre el particular, o lo que pueda señalar el estatuto en el sentido de obligar a reservas más altas para cubrir, en su caso, el saldo deficitario de la cuenta de pérdidas y ganancias y conseguir en esta forma el sustento económico de la compañía, con miras a proteger a los acreedores, cuya única garantía está constituida por el capital de la sociedad.

En cuanto al monto de la detracción para la mencionada reserva legal, debe ser como mínimo, el diez por ciento del beneficio, deducidos los impuestos. El límite máximo obligatorio que debe acumularse es, como ya hemos dicho, del veinte por ciento del capital pagado y si el fondo de reserva desciende de ese nivel por haber tenido que cubrir el saldo deudor de la cuenta de ganancias y pérdidas, debe ser repuesto.

Las pérdidas correspondientes a un ejercicio se compensan con las utilidades o reservas de libre disposición. En ausencia de éstas se compensan con la reserva legal. En este último caso, la reserva legal debe ser repuesta. La sociedad puede capitalizar la reserva legal, quedando obligada a reponerla. La reposición de la reserva legal se hace destinando utilidades de ejercicios posteriores en la forma establecida en el artículo 229º.

Si la sociedad emitiese acciones con prima, el importe de éstas no puede ser distribuido hasta que la reserva legal haya llegado al límite indicado del veinte por ciento del capital pagado. El sobreprecio, por no derivar en realidad de una operación de gestión, no constituye una reserva especial.

La reserva legal puede capitalizarse en cualquier momento. Si se completa el límite máximo de la reserva legal con parte de las primas de capital, puede distribuirse el saldo de éstas.

La reserva legal tiene como misión específica cubrir el déficit del balance. Si después de utilizada esa reserva legal subsiste el desequilibrio entre el valor del activo y el capital, la reserva voluntaria no puede ser repartida en forma de dividendo. Esto lleva a precisar el concepto de "valor del activo", que no significa la totalización de las partidas del activo contable, sino la diferencia entre el activo real y el pasivo exigible, es decir, el activo neto. Como se ha expresado, es en interés de los acreedores que se implantan estas normas, pues el interés de los accionistas podría estar en el reparto de utilidades.

182. REPARTO DE UTILIDADES

Para que proceda el reparto de utilidades se requiere fundamentalmente que ellas existan, o sea, que se trate de beneficios reales que resulten de haberse observado las reglas sobre confección del balance y valoración del activo. Partiendo de este supuesto, deben considerarse dos situaciones: 1) que las utilidades procedan del ejercicio anual; 2) que provengan de reservas en efectivo de libre disposición. Además, en el segundo de estos casos se requieren tres condiciones: a) que se trate de reservas expresas; b) que se trate de reservas libres; y, c) que el activo no sea inferior al capital.

Para que proceda el *reparto de la reserva libre*, el valor del activo no puede ser inferior al capital, lo que constituye un medio de defensa del capital social y de la estabilidad de la empresa. Si la cuenta capital ha sido afectada por pérdidas, debe buscarse el equilibrio entre el activo y el pasivo con los medios disponibles

de la sociedad, antes de procederse al reparto de beneficios. De no ser así, se estará repartiendo dividendos en estado de déficit, con inmediata repercusión sobre el capital social.

Puede ocurrir, sin embargo, que se reparta dividendos con fondos destinados a otorgarlos en los casos en que determinadas operaciones no los arrojen. Pero, en todo caso, debe mantenerse la integridad del capital. Y esto ocurrirá si el patrimonio neto (activo menos pasivo exigible) alcanza la cifra capital.

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. Las sumas que se repartan no pueden exceder del monto de las utilidades que se obtengan.

Si se ha perdido una parte del capital, no se distribuye utilidades hasta que el capital sea reintegrado o sea reducido en la cantidad correspondiente.

Tanto la sociedad como sus acreedores pueden repetir por cualquier distribución de utilidades hecha en contravención con este artículo, contra los socios que las hayan recibido, o exigir su reembolso a los administradores que las hubiesen pagado. Estos últimos son solidariamente responsables.

Sin embargo, los socios que hubiesen actuado de buena fe estarán obligados sólo a compensar las utilidades recibidas con las que les correspondan en los ejercicios siguientes, o con la cuota de liquidación que pueda tocarles. Para la distribución de dividendos se observarán las reglas siguientes: sólo pueden ser pagados dividendos en razón de utilidades obtenidas o de reservas de libre disposición y siempre que el patrimonio neto no sea inferior al capital pagado; 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.

El *reparto de beneficios ficticios* importa, en todos los casos, responsabilidad del directorio y del gerente, a quienes les será difícil demostrar que procedieron de buena fe al proponer una distribución contraria a la ley. La Ley contempla en el inciso 4 del artículo 230º, que el directorio o los administradores no asumen responsabilidad cuando el reparto de dividendos no cuenta con la aprobación del directorio, en este caso, responden los socios que votaron a favor del acuerdo de reparto de dividendos.

La Ley protege el derecho del accionista a la obtención de utilidades y tiende a impedir que se frustre esa expectativa mediante acuerdos de las juntas generales que aprueben la formación de reservas en forma ilimitada, dejando de repartir utilidades pese a que ellas existen. El reparto de beneficios ficticios importa, en todos los casos, responsabilidad del directorio y del gerente, a quienes les será difícil demostrar que procedieron de buena fe al proponer una distribución contraria a la Ley.

Es obligatoria la distribución de dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distribuible de cada ejercicio, luego de detraído el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan accionistas que representen cuando menos el veinte por ciento del total de las acciones suscritas con derecho a voto. Esta solicitud sólo puede referirse a las utilidades del ejercicio económico inmediato anterior.

El derecho de solicitar el referido reparto de dividendos no puede ser ejercido por los titulares de acciones que estén sujetas a régimen especial sobre dividendos.

Establecida la distribución de los dividendos, el accionista tiene derecho a reclamarlos como si fuera un crédito de tercero y, por lo mismo, exigible hasta un plazo de diez años a partir de la fecha y en la forma acordada por la junta general, cuando se trata de sociedades anónimas abiertas. Pasado ese término, se pierde el derecho y las utilidades pasan a incrementar la reserva legal. En el caso de las otras sociedades, el derecho a cobrar el dividendo caduca a los tres años, plazo que se computa a partir de la fecha en que su pago es exigible conforme al acuerdo de declaración del dividendo. Los dividendos cuya cobranza haya caducado incrementan la reserva legal. En este caso la Ley Nº 26985 modificó el artículo 232º de la Ley de General de Sociedades, y ha establecido una diferencia en el status del socio de una sociedad anónima abierta, frente a las otras modalidades de sociedades. Asimismo, cabe precisar que tratándose del plazo de caducidad vencido el término, se pierde el derecho y en consecuencia no es posible obtener el derecho con el asentimiento del deudor (la sociedad) pues la caducidad hace perder el derecho. Pagaría mal la sociedad que paga vencido el plazo de caducidad, a diferencia del efecto que produce la prescripción que, aun cuando no se tenga acción para reclamar el derecho, si éste es reconocido y pagado, la ejecución no puede ser materia de observación, pues se estaría pagando en función de la existencia del derecho.

Con relación a las empresas bancarias, financieras, de seguros y reaseguros, el artículo 72º de la Ley Nº 26702 dispone que en tanto la junta general de accionistas no haya aprobado el respectivo balance final y la correspondiente distribución de utilidades, las empresas están impedidas de repartir éstas con cargo a las ganancias netas de un ejercicio anual, así como de otorgar a sus directores participación en las utilidades.

CAPÍTULO XX
SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA

183: Definición.- 184. Denominación.- 185. Transferencia de acciones.- 186. Auditoría externa.- 187. Representación en la junta general.- 188. Derecho de separación.- 189. Convocatoria a junta de accionistas.- 190. Juntas no presenciales.- 191. Directorio facultativo.- 192. Exclusión de accionistas.- 193. Adaptación a la forma de sociedad anónima cerrada.

183. DEFINICIÓN

Las sociedades anónimas cerradas son aquellas que no se abren al público para financiarse a través de la emisión de acción. Son sociedades frecuentemente familiares y con muy escaso número de accionistas, en los que predomina el *intuitus personae* frente al *intuitus pecuniae*. Sus acciones no suelen ser libremente transmisibles.

La sociedad anónima cerrada se caracteriza porque limita la transmisión de las acciones, otorgándose los socios mutuamente, el derecho preferente para su adquisición en caso de transferencia; porque limita el ejercicio del cargo de director sólo para el accionista; porque no requiere la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Valores e Intermediarios.

En estas sociedades, la asociación de los accionistas responde al *intuitus personae*, a la no cotización de las acciones en Bolsa y la existencia frecuente de limitaciones estatutarias a la transmisibilidad de los títulos, permiten evitar la aparición de nuevos accionistas. Por tanto, al no encontrarse las acciones de la sociedad diseminadas entre el público, se observa la presencia de un número reducido de empresarios interesados, es decir, en todos los socios existe un ánimo empresarial,

en el sentido de que, participando o no personalmente en la administración, tienen una preocupación continuada y activa por las incidencias de la vida social.

La sociedad anónima puede sujetarse al régimen cerrado cuando tiene no más de veinte accionistas y no tiene acciones inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. No se puede solicitar la inscripción en dicho registro de las acciones de una sociedad anónima cerrada. En consecuencia en esta modalidad societaria no es de aplicación el art. 23º de la LMV que dispone que accionistas que representen cuando menos el 25% del capital social del emisor pueden solicitar la inscripción de sus acciones. La sociedad anónima cerrada se rige en forma supletoria por las normas de la sociedad anónima, en cuanto le sean aplicables.

184. DENOMINACIÓN

La denominación debe incluir la indicación "Sociedad Anónima Cerrada", o las siglas "S.A.C".

185. TRANSFERENCIA DE ACCIONES

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 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.

a) Consentimiento de la sociedad. 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.

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.

b) 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.

c) Transmisión de las acciones por sucesión. La adquisición de las acciones por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio. Sin embargo, el pacto social o el estatuto podrán 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.

d) Ineficacia de la transferencia. Es ineficaz frente a la sociedad la transferencia de acciones que no se sujete a lo establecido en este título.

186. AUDITORÍA EXTERNA

El pacto social, el estatuto o el acuerdo de junta general adoptado por el cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, puede disponer que la sociedad anónima cerrada tenga auditoría externa anual.

187. REPRESENTACIÓN EN LA JUNTA GENERAL

La representación del socio en las reuniones de la junta general se encuentra restringida a personas íntimamente ligadas a su persona, como pueden ser su

cónyuge o ascendiente o descendiente en primer grado. El estatuto puede extender la representación a otras personas. El reglamento del Registro de sociedades, el artículo 75º aclara que se requiere que el acta o la lista de asistentes indiquen la relación de parentesco que vincula al representante con el accionista representado. Cuando el estatuto extienda la representación a otras personas, se indicará que el representante cumple con lo establecido en el estatuto. En defecto de dicha aclaración, se presentará una constancia del gerente general indicando la circunstancia señalada, la que se acompañará a la escritura pública o acta, según corresponda.

188. DERECHO DE SEPARACIÓN

Sin perjuicio de los demás casos de separación que concede la ley, tiene derecho a 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.

189. CONVOCATORIA A JUNTA DE ACCIONISTAS

La junta de accionistas es convocada por el directorio o por el gerente general en caso de sociedad no cuenta con directorio, según sea el caso, mediante aviso que debe ser publicado con una anticipación no menor de diez días al de fecha fijada para su celebración, a través de esquelas con cargo de recepción, facsímile, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, dirigidas al domicilio o a la dirección designada por el accionista a este efecto, con una anticipación no menor de diez días al de la fecha fijada para su celebración, en los casos de la convocatoria a Junta General Obligatoria anual y para aquellas otras juntas expresamente fijadas en el estatuto; en los demás casos, salvo aquellos en que la Ley o el estatuto fijen plazos mayores, la anticipación de la publicación será no menor de tres días. No es requisito la publicación de avisos de convocatoria, lo cual indica pues la necesidad de precisar fehacientemente el domicilio de cada uno de los socios ante la sociedad a efecto de no incurrir en actos viciados en las citaciones. La publicación no es sustitutoria de la citación y convocatoria, de allí que, el artículo 76º del RRS dispone que el presidente del directorio, quien haga sus veces o el gerente general, dejará constancia en el acta o en documento aparte que la convocatoria se ha efectuado cumpliendo los requisitos del artículo 245º de la Ley y del estatuto y que el medio utilizado ha permitido obtener los cargos de recepción respectivos.

190. JUNTAS NO PRESENCIALES

La Ley permite la posibilidad de que existan juntas no presenciales, con tal que se acredite por cualquier medio sea escrito, electrónico o de otra naturaleza que permita la comunicación y garantice su autenticidad. Será obligatoria la sesión de la Junta de Accionistas cuando soliciten su realización accionistas que re-

presenten el veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto. Los acuerdos deberán constar en acta redactada y suscrita por quienes actuaron como presidente y secretario de la sesión, o por quienes fueran expresamente designados para tal efecto, y se dejará constancia del lugar, fecha y hora en que se realizó la junta no presencial; el o los medios utilizados para su realización; la lista de los accionistas participantes o de sus representantes; el número y clase de acciones de las que son titulares; los votos emitidos; los acuerdos adoptados y los demás requisitos establecidos en la Ley.

191. DIRECTORIO FACULTATIVO

En el pacto social o en el estatuto de la sociedad se podrá establecer que la sociedad no tiene directorio. Cuando se determine la no existencia del directorio todas las funciones establecidas en la Ley para este órgano societario serán ejercidas por el gerente general.

192. EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS

El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada pueden 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 126º y 127º de la Ley, relativos al quórum y la forma de adoptar acuerdos válidos.

El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas.

193. ADAPTACIÓN A LA FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA

Cuando una sociedad anónima reúna los requisitos para ser considerada una sociedad anónima cerrada se le podrá adaptar a esta forma societaria mediante la modificación, en lo que fuere necesario, del pacto social y del estatuto.

La sociedad anónima cerrada que deje de reunir los requisitos que establece la Ley para ser considerada como tal debe adaptarse a la forma de sociedad anónima que le corresponda. A tal efecto se procederá a la modificación pertinente de su pacto social y estatuto.

CAPÍTULO XXI
SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

194. Definición.- 195. Denominación.- 196. Control de la CONASEV. 19(A.- La protección al accionista minoritario en la sociedad anónima abierta.- 197. Estipulaciones no válidas.- 198. Convocatoria a solicitud de accionistas.- 199. Derecho de concurrencia a la junta.- 200. Quórum y mayoría.- 201 Publicación de la convocatoria.- 202. Derecho de información fuera de la junta.- 203. Aumento de capital en forma permanente.- 204. Auditoría externa anual.- 205. Derecho de separación.- 206. Adaptación a la forma de sociedad anónima abierta.

194. DEFINICIÓN

En términos generales se puede afirmar que la sociedad anónima abierta se identifica con la gran sociedad anónima que es promovida por unos pocos pero que necesita del capital de muchos y, por tanto, recurre al ahorro público. Este tipo de sociedad ha de apelar, para su financiación, al mercado de capitales y busca inscribir sus acciones en el Registro Público de Valores a fin de cotizar en bolsa las acciones, o en su defecto, mantener no inscribir sus acciones en bolsa, pero reguladas por su condición de tales por las normas que regulan el Mercado de Valores. Al querer concentrar un gran capital, encontramos que las acciones se encuentran difundidas entre miles de accionistas y que se transmite frecuentemente.

La característica de este tipo de sociedad es la de la heterogeneidad de la composición de su accionariado, que no puede dejar de influir en el funcionamiento de estas sociedades y que se deriva del hecho de recurrir a amplias masas de capital en mano de un gran público indefinido. Así encontramos un grupo o grupos de accionistas que controlan la sociedad frente a otro grupo que se desentiende de

la marcha de la misma, renunciando a ejercitar su derecho de voto. Cada grupo tiene intereses distintos.

La sociedad anónima es abierta, según el art. 249º, cuando se cumpla una a más de las siguientes condiciones:

1) ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones;
2) tiene más de setecientos cincuenta accionistas;
3) más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del cinco por ciento del capital;
4) se constituya como tal; o,
5) todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen.

La sociedad anónima abierta se rige en forma supletoria por las normas de la sociedad anónima, en cuanto le sean aplicables.

Las sociedades anónimas abiertas deben inscribir todas sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores, no siendo obligatoria la *inscripción de la clase o clases de acciones que estén sujetas a estipulaciones que limiten la libre transmisibilidad, restrinjan la negociación u otorguen derecho de preferencia para la adquisición de las mismas derivadas de acuerdo adoptados con anterioridad a la verificación de los supuestos previstos en los incisos 1), 2) y 3) del artículo 249º o suscritas íntegramente, directa o indirectamente, por el Estado. La excepción de inscripción será de aplicación en tanto se encuentren vigentes las referidas estipulaciones y siempre que ella no determine que la sociedad anónima abierta no pueda inscribir las demás clases de acciones en el Registro Público del Mercado de Valores (Ley Nº 27303).*

Las sociedades anónimas abiertas no pueden pactar limitaciones a la transferencia de sus acciones, como sería el caso de la sociedad anónima cerrada o el de la sociedad anónima ordinaria o genérica; en el caso de las sociedades anónimas abiertas dicha limitación no puede permitirse en tanto se trate de acciones que están cotizadas en Bolsa, sin embargo la Ley Nº 27303 precisó el contenido del artículo 253º de la LGS estableciendo que dicha limitación no es de aplicación *a las clases de acciones no inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores, que se encuentren en el supuesto del artículo 252º.*

195. DENOMINACIÓN

Sin perjuicio de aplicar las normas generales relativas a la denominación de la sociedad, la denominación debe incluir la indicación "Sociedad Anónima Abierta" o las siglas "S.A.A.".

196. CONTROL DE LA CONASEV

Las sociedades anónimas abiertas están sometidas al control y supervisión de la CONASEV. El incumplimiento de información a la CONASEV sobre los estados financieros de la sociedad, la falta de registro de las acciones en el Registro Público de Valores, además de ser sancionadas con las multas que prevé la Ley del Mercado de Valores, le impide a la sociedad realizar colocación de valores. La CONASEV está facultada para reglamentar las disposiciones relativas a las sociedades anónimas abiertas, cuya supervisión y control se encuentra a su cargo. En ese sentido En adición de estas atribuciones, la CONASEV goza de las siguientes facultades:

1) exigir la adaptación a sociedad anónima abierta, cuando corresponda;
2) exigir la adaptación de la sociedad anónima abierta a otra forma de sociedad anónima cuando sea el caso;
3) exigir la presentación de información financiera y, a requerimiento de accionistas que representen cuando menos el cinco por ciento del capital suscrito, otra información vinculada a la marcha societaria de que trata el artículo 261º de la Ley; y,
4) convocar a junta general o a junta especial cuando la sociedad no cumpla con hacerlo en las oportunidades establecidas por la ley o el estatuto.
5) Determinar las infracciones a las disposiciones referidas en la Ley de sociedades, así como a las normas que dicte CONASEV en su atribución que le otorga la ley societaria, que constituyan conductas sancionables, así como imponer las sanciones correspondientes (Ley Nº 27649).

La sociedad anónima abierta debe inscribir todas sus acciones en el Registro Público del Mercado de Valores.

196 A. LA PROTECCIÓN AL ACCIONISTA MINORITARIO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

En el Derecho Societario las decisiones se adoptan en función de lo que apruebe la mayoría de los accionistas. Resulta entonces importante saber si como accionistas tenemos una posición mayoritaria a efecto que el peso del voto del titular del mayor número de acciones es suficiente para imponer su voluntad a la sociedad. En principio el problema del accionista mayoritario, tentativamente se resuelve evaluando la cantidad de acciones que posea respecto del total del capital social. Pero aun así, la Ley de sociedades no le otorga al socio mayoritario poderes absolutos, él no puede utilizar la sociedad en su propio beneficio, es aquí donde entra en nuestro razonamiento el valor que debemos contemplar para tomar decisiones por la sociedad.

Si por un lado, ponemos en duda la preponderancia del socio mayoritario, respecto a las decisiones de la sociedad, no nos queda otra cosa que evaluar entonces hasta donde llega la valoración de los intereses del accionista minoritario frente a la sociedad.

La formación de la voluntad grupal ha transcurrido en el tiempo sujeta a una serie de concepciones, que no todas son las que hoy conocemos en nuestro derecho positivo. Así, en Grecia existía el concepto del voto mayoritario en las deliberaciones de los cuerpos colegiados, sin embargo su elaboración se desarrolla en la Edad Media. En el derecho germánico, la unanimidad era requisito indispensable para la toma de decisiones en los cuerpos corporativos, quedando la minoría ante la adversidad; si la minoría era fuerte y confiaba en la victoria había, en vez de una deliberación unánime, una división parcial de la colectividad, en relación con la cual decidían, en caso extremo, las armas. Posteriormente y con el peso de la experiencia, en la Liga Hanseática y en las ciudades de la Confederación Helvética, comenzó a aparecer el concepto del voto mayoritario como una equivalencia al voto unánime de los miembros de la corporación. En otras palabras el resultado de la votación mayoritaria tenía el significado de la unanimidad. Esta concepción se desarrolla y es reflejada en la jurisprudencia medieval enriquecida con el derecho canónico, y con el principio del voto mayoritario como elemento suficiente para la validez de los acuerdos, desarrollado a través de postulados del "*omnes ut universi eu omnes ut singuli*" que estableció el carácter de "universitas" de las corporaciones postulando que en ellas el voto mayoritario equivale al voto de todos. El desarrollo de esta teoría es el antecedente de la concepción de la *"universitas ipsa"* mediante la cual se argumentaba que las corporaciones "universitas" actuaban *per se*, doctrina que, a través del concepto del cuerpo colectivo y del instituto del derecho canónico, sirven de fundamento para la elaboración de la persona ficta, que luego es materia de investigación y conclusión por parte de Savigny en el siglo XIX.

Paralelamente a este movimiento, surgió la necesidad de proteger a los miembros individuales de las corporaciones contra la tiranía de la mayoría, y se comenzó a elaborar por la escuela *iusnaturalista*, la teoría de los derechos individuales de los socios.

La proliferación de los derechos individuales llevó a la doctrina moderna a tratar de precisarlos, a buscar un límite mayoritario, concebido propiamente sobre la base de aquellos derechos propios del individuo, frente a los cuales no puede prevalecer la voluntad de la mayoría, sea o no considerar ésta como exponente de un interés social autónomo.

La evolución de la idea del derecho individual y su manifestación corporativa como un derecho de minorías fue compartida con el interés social, precisamente con el objeto de limitar los poderes de la mayoría, no sólo a través de la barrera que pudiera enfrentarle el interés de cada accionista individualmente

considerado, sino a través de un tercer freno; el interés de la persona jurídica creada por ellos.

El interés común de los socios coordinándolo con el fin común en vista del cual la sociedad fue constituida, lleva a la conclusión que ninguno de los intereses particulares en juego puede prevalecer sobre los otros, ya que la posición jurídica de las partes en la relación social, a diferencia de lo que sucede en las relaciones de cambio, son cualitativamente iguales –el interés particular de cada uno de ellos y el de la sociedad–. Es así que en base a esta premisa, las posiciones de los intereses en contraste entre los socios deben resolverse a través de la reducción a la unidad de los varios intereses particulares, resolviéndose el proceso conciliatorio de los intereses particulares del votante con el interés común, mediante un proceso de autolimitación de los intereses particulares en favor del fin social.

Lo que se pretende defender es el interés individual del accionista, *per se*, sea este de condición mayoritaria dentro de la sociedad, o el interés del socio minoritario, que no siempre puede ser el interés individual del socio. En efecto, el interés individual del accionista es aquel que emana de su calidad de accionista, y en tal condición está quien posee una sola acción o casi todas las acciones emitidas por la sociedad. Su derecho no es de accionista minoritario, sino de accionista *per se*. Tan es así que no obstante tener la mayoría de las acciones puede que no tenga el derecho de votar por tratarse de un tema que tenga en conflicto con al sociedad. En este supuesto estamos ante un derecho protector de la sociedad, antes que un derecho de protección del derecho del accionista minoritario. El interés que prima es el de la sociedad, razón por la que al existir un interés en conflicto con el socio, sea mayoritario o minoritario, prima el interés de la persona jurídica societaria.

Existen dos grandes grupos de derechos relacionados con los accionistas: derechos de índole patrimonial y derechos de índole social, político o administrativo. Los derechos patrimoniales tiene por único fin hacer partícipe al socio de los resultados económicos de la gestión social, quedando tipificados los derechos a percibir una porción determinada y constante del patrimonio social, en cualquier forma y momento en que sea distribuida a los socios. Estos derechos se hacen efectivo en la participación en las utilidades, en la cuota de liquidación para los caso de disolución, en el ejercicio del derecho de opción para aumentar el capital social. Los derechos de gestión y organización, están dados en su participación en las decisiones societarias a través de sus órganos.

La protección al accionista minoritario en las sociedades anónimas es otorgada en forma especial por la Ley Nº 26985 que procura se respete sus derechos a la distribución de las utilidades, pago de dividendos y entrega de los certificados que los acreditan como accionistas de estas sociedades. Es así como la sociedad deberá publicar en un plazo que no excederá de los 60 (sesenta) días de realizada la Junta Obligatoria Anual, el número total de los títulos representativos de acciones no reclamados y el valor total de los mismos, según la cotización

vigente en el mercado de valores a la fecha que se remite el aviso a los medios de comunicación.

En lo que se refiera a los dividendos, la sociedad deberá publicar en el Diario Oficial *El Peruano* y en otro diario de circulación nacional, el monto total de los dividendos no cobrados y exigibles, e informar del lugar para el cobro de los mismos. La periodicidad de estas publicaciones es cada 30 días por 3 (tres) meses consecutivos, actualizando la información correspondiente. Una segunda publicación se produce una vez transcurridos treinta días contados a partir de la última publicación, en la que se publicará el listado de los accionistas que no hubieren reclamado sus títulos representativos de acciones y/o de aquellos que no hubieren cobrado sus dividendos.

Con la presentación de los documentos a que hubiere lugar, para acreditar ser titulares del derecho que reclama el accionista minoritario, la sociedad entregará los títulos representativos de acciones y/o los dividendos. Vencido el plazo de treinta días desde que se presentaron los documentos y sin que exista un pronunciamiento de la sociedad al respecto, se entenderá denegada la solicitud, quedando expedito el procedimiento administrativo de solución de controversias a que se refiere la Ley Nº 26985.

La CONASEV supervisa este procedimiento de protección al accionista minoritario y la Ley la faculta para imponer sanciones pecuniarias.

En caso de surgir controversias como resultado de un reclamo, éstas se resolverán de conformidad con un procedimiento especial contemplado en la misma Ley. Ante la denegatoria expresa o tácita el accionista minoritario puede reclamar ante la CONASEV. El reclamo se presenta ante la sociedad, en un plazo de 15 (quince) días hábiles contados a partir de la notificación de la denegatoria de la sociedad o de la denegatoria ficta. El expediente será elevado a la CONASEV, con los documentos necesarios. La CONASEV a través del Comité de Protección al accionista Minoritario, creado al amparo de la Resolución Conasev Nº 164-98-EF/94, es instancia administrativa única, para resolver sobre los reclamos interpuestos por los solicitantes a los cuales se les hubiera denegado la entrega de sus títulos representativos de acciones y dividendos de modo expreso o ficto por parte de las Sociedades Anónimas Abiertas; resolverá sin más trámite que el análisis de los documentos, pudiendo solicitar cualquier documento adicional al interesado. La Resolución del Comité CONASEV podrá ser objeto de acción contencioso administrativa.

Los gastos de difusión derivados del procedimiento de protección a los accionistas minoritarios, serán de cargo de la sociedad, y podrán deducirse de los dividendos no cobrados que hubieran dado origen al inicio de dicho procedimiento. La CONASEV ha quedado encargada de dictar las normas complementarias para la protección a los accionistas minoritarios dentro del marco de la Ley Nº 26985.

197. ESTIPULACIONES NO VÁLIDAS

En términos generales los socios de las sociedades anónimas pueden realizar pactos, el primer pacto que realizan es el de constitución de la sociedad, adicionalmente, deben establecer las condiciones estatutarias de la sociedad, es decir, las normas conforme a las cuales se desarrollará la vida societaria, y además tiene la facultad de celebrar pactos societarios, al amparo de lo establecido en el artículo 8º de la LGS; sin embargo, en la sociedad anónima abierta los pactos se encuentran restringidos en ciertos aspectos. El artículo 254º de la Ley señala que ni el pacto social ni el estatuto de una SAA pueden contener limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones; Cualquier forma de restricción a la negociación de las acciones; o, un derecho de preferencia a los accionistas o a la sociedad para adquirir acciones en caso de transferencia de éstas. Las acciones de las sociedades anónimas abiertas están destinadas a ser inscritas en el Registro Público del Mercado de valores, y en tanto sean materia de negociación pública, dichos títulos deben guardar los requisitos para una negociación pura, sin límites, tan es así que el mismo artículo 254º dispone que "la sociedad anónima abierta no reconoce los pactos de los accionistas que contengan las limitaciones, restricciones o preferencias antes referidas aun cuando se notifiquen e inscriban en la sociedad". Llegando a casos extremos, tenemos que de conformidad con lo señalado en el artículo 33º de la LGS, el pacto social que contenga estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omita consignar aquellas que la Ley exige, es nulo.

Se tiene entonces que las sociedades anónimas abiertas no pueden pactar limitaciones a la transferencia de sus acciones, sin embargo la Ley Nº 27303 precisó el contenido del artículo 253º de la LGS estableciendo que dicha limitación no es de aplicación *a las clases de acciones no inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores, que se encuentren en el supuesto del artículo 252º.*

198. CONVOCATORIA A SOLICITUD DE ACCIONISTAS

En la sociedad anónima abierta el número de acciones que se requiere de acuerdo al artículo 117º para solicitar la celebración de junta general es de cinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

Cuando la solicitud fuese denegada o transcurriese el plazo indicado en ese artículo sin efectuarse la convocatoria la hará la CONASEV. Esta convocatoria debe cubrir los requisitos de los artículos 43º y 258º de la Ley, es decir, las sociedades con domicilio en las provincias de Lima y Callao harán las publicaciones cuando menos en el Diario Oficial *El Peruano* y en uno de los diarios de mayor circulación de Lima o del Callao, según sea el caso; y, la anticipación de la publicación del aviso de convocatoria a las juntas generales de la sociedad anónima abierta será de veinticinco días.

Lo establecido aquí se aplica a los pedidos de convocatoria de las juntas especiales.

199. DERECHO DE CONCURRENCIA A LA JUNTA

Considerando el número de accionistas que por definición deben participar en esta modalidad societaria, tienen derecho a concurrir a las juntas aquellos accionistas que tengan inscritas sus acciones con una anticipación no menor de diez días (art. 256º) a diferencia del plazo fijado para las otras modalidades societarias que es de dos días (art. 121º).

200. QUÓRUM Y MAYORÍA

En lo que se refiere al quórum y mayorías para tomar acuerdos, se establece una variación respecto de las otras modalidades societarias anónimas, y se permite que se adopten válidamente acuerdos relacionados con la modificación del estatuto, el aumento o reducción del capital, la emisión de obligaciones, la enajenación en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad, la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación; para aprobar estos acuerdos es necesario cuando menos la concurrencia, en primera convocatoria, del cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria basta la concurrencia de al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto. En caso no se logre este quórum en segunda convocatoria, la junta general se realiza en tercera convocatoria, bastando la concurrencia de cualquier número de acciones suscritas con derecho a voto.

Salvo que se publique en un solo aviso dos o más convocatorias, la junta general en segunda convocatoria debe celebrarse dentro de los treinta días de la primera y la tercera convocatoria dentro de igual plazo de la segunda.

Los acuerdos se adoptan, en cualquier caso, por la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la junta.

Con el objeto de no paralizar la marcha de la sociedad, se prohíbe que el estatuto exija quórum y mayorías más altas.

201. PUBLICACIÓN DE LA CONVOCATORIA

En lo que se refiere a la convocatoria, la norma contemplada para la sociedad anónima abierta difiere respecto de las otras modalidades societarias anónimas; así, la anticipación de la publicación del aviso de convocatoria a las juntas generales de la sociedad anónima abierta es de veinticinco días. En un solo aviso se puede hacer constar más de una convocatoria. En este caso entre una y otra convocatoria no debe mediar menos de tres ni más de diez días.

202. DERECHO DE INFORMACIÓN FUERA DE LA JUNTA

La sociedad anónima abierta debe proporcionar la información que le soliciten, fuera de junta, accionistas que representen no menos del cinco por ciento del

capital pagado, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad.

En caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información resuelve la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

203. AUMENTO DE CAPITAL EN FORMA PREFERENTE

En el aumento de capital por nuevos aportes a la sociedad anónima abierta se podrá establecer que los accionistas no tienen derecho preferente para suscribir las acciones que se creen siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1) que el acuerdo haya sido adoptado en la forma y con el quórum que corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 257º y que además cuente con el voto de no menos del cuarenta por ciento de las acciones suscritas con derecho de voto; y,

2) que el aumento no esté destinado, directa o indirectamente, a mejorar la posición accionaria de alguno de los accionistas.

Excepcionalmente, se podrá adoptar el acuerdo con un número de votos menor al indicado en el apartado 1), siempre que las acciones a crearse vayan a ser objeto de oferta pública.

En el acta de la junta general que excluya el derecho de suscripción preferente debe dejarse constancia del cumplimiento de los requisitos establecidos por los incisos 1) y 2) y, en su caso, antes citados (art. 82º RRS).

204. AUDITORÍA EXTERNA ANUAL

La sociedad anónima abierta tiene auditoría anual a cargo de auditores externos escogidos que se encuentren hábiles e inscritos en el Registro Único de Sociedades de Auditoría, a diferencia de las otras modalidades societarias en que la auditoría dependerá del acuerdo que adopten los socios, o que se haya puesto como condición en el pacto social o en el estatuto.

205. DERECHO DE SEPARACIÓN

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 200º de la Ley. El derecho de separación debe ejercerse dentro de los diez días siguientes a la fecha de inscripción de la adaptación en el Registro.

206. ADAPTACIÓN A LA FORMA DE SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA

La adaptación a sociedad anónima abierta tendrá carácter obligatorio cuando al término de un ejercicio anual la sociedad alcance alguna de las condiciones previstas en los numerales 1, 2 ó 3 del artículo 249º (*supra* Nº 194). En este caso cualquier socio o tercero interesado puede solicitarla. La administración debe realizar las acciones necesarias y las juntas pertinentes se celebrarán y adoptarán los acuerdos sin los requisitos de quórum o mayorías.

La sociedad anónima abierta que deje de reunir los requisitos que establece la ley para ser considerada como tal debe adaptarse a la forma de sociedad anónima que le corresponda. A tal efecto se procederá a la modificación pertinente de su pacto social y estatuto.

CAPÍTULO XXII
SOCIEDAD COLECTIVA

207. Concepto.- **208.** Razón Social.- **209.** Modificación del pacto social.- **210.** Administración.- **211.** Limitaciones a las facultades de administración.- **212.** Obligaciones de los administradores.- **213.** Relaciones jurídicas internas: a) Derechos de los socios. b) Obligaciones de los socios. c) Acuerdos sociales.- **214.** Relaciones con terceros.- **215.** Separación, exclusión o muerte de los socios.

207. CONCEPTO

La sociedad colectiva es una sociedad de personas en las que, bajo una razón social, todos los socios son responsables ilimitada y solidariamente por las obligaciones de la sociedad. Se trata de la formación de la sociedad con un grupo de socios que aportan capital y otro grupo que aporta sus servicios. El RRS en su artículo 85º establece que deberá identificarse a los socios industriales y el voto que les corresponde, si el cómputo de la mayoría se hubiera establecido por capitales. Los pactos que celebren para modificar esa responsabilidad, limitándola a cada socio o alguno de ellos, carecen de eficacia frente a terceros. En las relaciones internas, los socios pueden modificar los alcances de esa responsabilidad.

Los socios responden de las deudas sociales con todos sus bienes actuales y no sólo con el capital aportado a la sociedad, en forma solidaria y sin beneficio de excusión entre ellos, con relación a los terceros.

Esta forma de responsabilidad y de gestión social confiere importancia al elemento personal, pues sólo se convendrá en participar en una sociedad de esta clase si se atribuye a los demás socios calidades personales merecedoras de confianza.

En relación con los alcances de la responsabilidad de los socios se suscitaban algunos planteamientos sobre si determinadas personas pueden intervenir como socios en estas sociedades. Así el caso del cónyuge que requiere el asentimiento expreso o tácito del otro, o por el juez (art. 293º CC.) para ejercer el comercio, profesión o industria, y formar parte de una sociedad colectiva. Asimismo, si los representantes legales de los incapaces pueden ser autorizados para formar sociedad de esta clase en representación del menor, o para continuar formando parte de ella, si el causante del menor o el mayor incapaz hubiesen sido socios en una compañía colectiva.

En cuanto al cónyuge, se aduce, al igual que la limitación del ejercicio del comercio por éste, que no debía entenderse que la autorización para ejercer el comercio, profesión o industria es suficiente para celebrar el contrato de sociedad colectiva, pues la autorización se otorga teniendo en cuenta las condiciones y aptitudes personales del cónyuge para el ejercicio de la actividad comercial. Tratándose de la sociedad colectiva, quien va a ejercer el comercio es la sociedad, sujetándose a un régimen en que no será la voluntad del cónyuge la que decidirá el rumbo de la sociedad, sino la voluntad de la mayoría de los socios. Como en esta clase de sociedades se asume responsabilidad solidaria e ilimitada, resulta, así que los bienes de la sociedad conyugal quedaban comprometidos por decisiones de terceros, y, si bien es cierto que dichos bienes pueden quedar afectados como derivación del ejercicio del comercio por el cónyuge autorizado, éste podía revocar en cualquier momento la autorización, mediante la negación de la autorización, lo que no podría ocurrir con relación al pacto de sociedad, por estar sujeto a un término de duración convenido con los demás socios.

Al respecto hay que tener en cuenta la variación en el régimen de la sociedad conyugal en cuanto al régimen patrimonial introducido por el CC. de 1984, en virtud del cual ambos cónyuges tienen la administración de los bienes comunes, requiriendo el consentimiento expreso o tácito del otro cónyuge para ejercer cualquier profesión o industria así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común. Del mismo modo, debe considerarse si el régimen de los bienes es el de la sociedad de gananciales o el de separación de bienes a todo lo que se ha hecho referencia (*supra* Nºs. 55, 56, 57).

Respecto a los menores e incapaces, hay que distinguir dos aspectos: a) el referente al aporte de los bienes, y b) el de la responsabilidad solidaria e ilimitada.

En relación con el primer punto, como el aporte supone una enajenación, habría que someterlo a los trámites del proceso no contencioso de autorización para disponer bienes de incapaces que señala el CPC. En cuanto al segundo, se les expondría a un grave riesgo.

La sociedad colectiva sólo puede constituirse simultáneamente en un solo acto, no es posible pues constituirla por oferta a terceros

En cuanto a su duración, estas sociedades deben tener un plazo determinado. El art. 267º de la LGS dispone que la sociedad colectiva tiene plazo fijo de duración. La prórroga requiere consentimiento unánime de los socios y se realiza luego de haberse cumplido con publicar por tres veces el acuerdo de prórroga, y sujeto al resultado de las oposiciones a que se hubieren planteado. La oposición a la prórroga 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.

Es importante señalar que el artículo 407º considera como una causal de disolución el vencimiento del plazo de duración, lo que opera de pleno derecho, salvo si previamente se aprueba e inscribe la prórroga en el Registro.

208. RAZÓN SOCIAL

Es uno de los elementos que debe constar en la escritura de constitución social. Ella no puede ser adoptada por los socios en forma arbitraria o caprichosa. La ley impone el modo de constituirla. Ha de contener el nombre de los socios y sólo de ellos; es decir, de todos los socios, de algunos de ellos o de uno solo de ellos, pero nunca de terceros ajenos a la compañía. Además, debe estar seguido de las palabras "Sociedad Colectiva" o de las siglas "S.C.".

Quien permitiera la inclusión de su nombre en la razón social de una compañía a la que no pertenece, quedará sujeto a responsabilidad solidaria, y responde como si fuera un socio más. Le alcanzará la responsabilidad penal si dicha actitud se califica como dolosa. El consentimiento de una persona que no es socia en una sociedad colectiva debe constar en escritura pública, para que su nombre aparezca en la razón social (art. 84º RSS).

La razón social debe poner de manifiesto, de modo inmediato, quiénes son las personas que forman parte de la sociedad. En esta forma, el tercero conoce desde el primer momento los alcances de la responsabilidad y contra quién pueda reclamarla.

Si uno o alguno de los socios cuyos nombres figuran en la razón social, se separa de la sociedad, o fallece, esto determina un cambio de la razón social, que obliga a una modificación de la escritura constitutiva.

La Ley prohíbe adoptar una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello.

La Ley (art. 9º LGS) no prohíbe que se conserve el nombre de los socios separados o fallecidos, en cuyo caso debe hacerse la indicación que revele el hecho de la sucesión. Los herederos del socio fallecido deben prestar su consentimiento, así como el socio separado, en su caso.

No habría inconveniente para que en la razón social se pueda agregar una denominación genérica o de fantasía como nombre comercial.

La necesaria relación entre la razón social y la persona de los socios determina el carácter intransferible de la razón social. Ella no puede ser vendida, cedida o enajenada en forma alguna, a diferencia de lo que ocurre con el nombre comercial.

209. MODIFICACIÓN DEL PACTO SOCIAL

Del carácter personalista de la sociedad colectiva, deriva que el pacto social no puede modificarse sino con el acuerdo unánime de los socios, salvo que las partes hubieran dispuesto en la escritura de constitución social la modificación por mayoría.

En cuanto al voto, el principio general es el aporte por persona. Si se pacta que la mayoría se computa por capitales, el pacto social debe establecer el voto que corresponde al o a los socios industriales. En todo caso en que un socio tenga más de la mitad de los votos, se necesitará además el voto de otro socio.

Sin embargo nada impide que en el pacto social se incluya reglas relativas al régimen de administración y establecer las limitaciones y formas de precisar la forma de adoptar acuerdos válidos.

La inscripción de la sociedad en el Registro y de todo acto que la modifique, rige para la sociedad colectiva, pero puede oponerse a terceros el acto modificatorio aun cuando no se hubiese inscrito, si se prueba que tenía conocimiento de la modificación.

210. ADMINISTRACIÓN

Las personas autorizadas a representar a la sociedad son las indicadas en la escritura de constitución social, o las que posteriormente sean designadas por la mayoría de los socios. De este modo, desde el primer momento, en mérito de la inscripción del contrato en el Registro Mercantil, los terceros están en condiciones de conocer quiénes son las personas que ejercen la representación social y las facultades con que están investidas. Si no se hubiese hecho designación expresa, la administración de la sociedad corresponde, separada e individualmente, a cada uno de los socios.

La designación de administradores no impide que se otorgue mandatos limitados a otras personas para determinados actos. El pacto social, debe incluir reglas relativas al régimen de administración y las obligaciones, facultades y limitaciones de representación y gestión que corresponden a los administradores, así como los controles que se atribuyen a los socios no administradores respecto de la administración y la forma y procedimientos como ejercen los socios el derecho de información respecto de la marcha social.

La remoción de los administradores será acordada por la mayoría de los votos de los socios. En caso de haberse pactado en la escritura social la inamovilidad del administrador designado en ella, o que el contrato se hubiera celebrado bajo la condición de que determinado socio fuese el administrador, sólo puede ser removido si hubiera incurrido en dolo o culpa o hubiese devenido inhábil para el ejercicio del cargo.

Al tratar de la figura de los administradores de las sociedades colectivas, conviene diferenciar sus facultades. De un lado, importan las de gestión, que se relacionan con los aspectos internos de la sociedad y tienden a establecer los límites de lo que el administrador puede realizar sin incurrir en responsabilidad frente a los demás socios; de otro lado, supone la representación, que se orienta hacia el exterior, en orden a las relaciones con terceros, a efecto de establecer frente a éstos las consecuencias jurídicas de los actos de administración social.

Por su contenido, la gestión es una facultad flexible, susceptible de limitaciones, mientras que la representación tiene su contenido mínimo invariable, con caracteres típicos. Tratándose de la administración, la Ley prevé que, salvo régimen distinto previsto en el pacto social, la administración de la sociedad corresponde, separada e individualmente a cada uno de los socios (art. 270º LGS). La Ley otorga libertad a los socios para fijar el régimen de la administración, pudiendo en tal caso adoptarse criterios como los señalados en la ley anterior que hacía referencia a la administración por todos los socios separadamente, o de algunos de ellos; o conjuntamente a todos o a algunos de ellos y determinar la forma de tomar sus decisiones. Las limitaciones a la gestión y representación del administrador deben fijarse en el estatuto o en el pacto social, tal como lo dispone el art. 277º de la LGS.

De modo general, la administración de la sociedad está unida a la condición de socio y debe realizarse personalmente, sin que pueda ser delegada a terceros.

Si el pacto social o el estatuto establecen la administración conjunta, deberá precisarse la forma de adoptar las decisiones de los administradores, sea que señale el consentimiento unánime de todos los administradores o la mayoría en función del número de administradores. El poder de administrar conjuntamente no puede confiarse sino en el pacto social. Empero, la administración conjunta puede efectuarse de acuerdo con decisiones adoptadas por mayoría, si se ha convenido que para determinados actos sea suficiente el consentimiento mayoritario.

No obstante estar confiada la administración a varios socios, uno solo puede tomar decisiones si se trata de evitar un daño inminente para la sociedad y resulta imposible para los demás administradores tomar parte en la decisión, ello en la medida que el régimen de administración sea por separado.

Para determinados actos o negocios jurídicos, el pacto social puede establecer que sean convocados todos los socios y que tomen acuerdos por unanimidad o por mayoría simple, o con determinada mayoría.

211. LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN

Las limitaciones a las facultades de administración se establecen en el pacto social y para ser opuestas a terceros deben haber sido objeto de inscripción en el Registro Mercantil.

Los administradores podrán realizar todos aquellos actos para los que estén expresamente autorizados. Si no hubieran limitado sus facultades, pueden realizar todos los actos propios de una administración normal, de acuerdo al objeto social. El art. 12º de la LGS dispone que la sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Si el administrador hubiera obrado excediéndose de las facultades conferidas que –los terceros están en condiciones de conocer por medio del Registro Mercantil– es evidente que la sociedad no asume obligación de responder, porque los terceros han contado con el medio idóneo de informarse respecto a la extensión de sus facultades.

Para tal efecto, 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.

Finalmente, los administradores son solidariamente responsables frente a la sociedad por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley y por el pacto social, quedando exentos de esta responsabilidad aquellos que demuestren que no han incurrido en culpa.

212. OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES

Los socios administradores están obligados a:

a) activar la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil;

b) exigir en su caso, al socio moroso la entrega de su aporte;

c) inscribir la representación en el Registro Mercantil;

d) ordenar se lleve los libros de contabilidad y los demás que sean obligatorios conforme a ley;

e) abstenerse de repartir utilidades entre los socios, salvo por beneficios realmente obtenidos;

f) disponer la publicación de avisos respecto a los acuerdos de reducción del capital;

g) presentar los balances y la memoria correspondiente a cada ejercicio anual;

h) ordenar lo conveniente para que en la correspondencia de la sociedad figuren la razón social, la sede y los datos relativos a la inscripción de la sociedad;

i) prestar su concurso a los liquidadores cuando se produce la liquidación de la sociedad;

j) facilitar los elementos necesarios para que los socios puedan examinar el estado de la administración, la contabilidad y los documentos de la sociedad; y,

k) las otras obligaciones que les imponga el estatuto social.

213. RELACIONES JURÍDICAS INTERNAS

En las relaciones internas de la sociedad cabe distinguir los aspectos referentes a los derechos y obligaciones de los socios, así como lo relacionado con los acuerdos sociales.

a) Derechos de los socios.- La Ley respeta el acuerdo de los socios para distribuirse las utilidades, pero debe tenerse presente la regla del art. 40º LGS, en el sentido que 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. Las sumas que se repartan no pueden exceder del monto de las utilidades que se obtengan.

De conformidad con el art. 277º de la LGS debe precisarse en el pacto social la forma cómo se reparten las utilidades o se soportan las pérdidas.

Si no se ha previsto en la escritura la parte de utilidades que a cada socio corresponde, ellas se distribuirán entre los socios capitalistas en proporción a sus aportes. Todos los socios deben asumir la proporción de las pérdidas de la sociedad que se fije en el pacto social o el estatuto. Sólo puede exceptuarse de esta obligación a los socios que aportan únicamente servicios. A falta de pacto expreso, las pérdidas son asumidas en la misma proporción que los beneficios.

En cuanto al socio industrial, como el aporte de su actividad no es objeto de valorización al constituirse la sociedad, la anterior ley adoptaba un criterio de equidad reconociéndosele la mitad de las utilidades, con la limitación de que si fuesen varios los socios industriales esa parte debe ser dividida entre todos. En la Ley vigente se ha dejado dicho beneficio a la negociación de los socios. La Ley no otorga ningún factor de presunción a favor del socio industrial.

El pacto social debe contener, asimismo, la determinación de las remuneraciones que les correspondan a los socios y las limitaciones para el ejercicio de actividades ajenas a las de la sociedad. El socio industrial, en la Ley anterior (art. 42º), tenía el derecho a percibir periódicamente una remuneración, que en caso de no estar fijada por los demás socios, era establecida por el juez con arreglo a trámites breves. La Ley consideró por equidad que si el socio industrial estaba obli-

gado a prestar su actividad personal al servicio de la compañía, sin que pueda dedicarse a negociar extraños a ella, debía considerarse sus necesidades de subsistencia hasta que se produzca el reparto de utilidades. Las cantidades así percibidas eran imputables a los beneficios que se obtenían, lo que también resultaba justificado en atención a que, precisamente, por su aporte de trabajo tenía la condición de socio y el derecho de participar en las utilidades. En cambio, como los socios capitalistas hacen aportes de capital, que es lo que les da derecho a obtener beneficios, si ejercían la administración, es decir, si prestaban servicios a la compañía, debían percibir la remuneración con cargo a gastos generales. La Ley vigente obliga a fijar en el pacto social el régimen de remuneraciones de los socios. Queda pues en la fase de la negociación del pacto social fijar las remuneraciones para los socios, sean éstos industriales o colectivos.

Los socios tienen derecho al resarcimiento de los gastos que realicen o de los daños y perjuicios que sufran con ocasión inmediata y directa de los negocios que la sociedad les hubiera encomendado. Pero, ésta no está obligada a indemnizar a aquellos por los daños que experimenten por su propia culpa, pues la culpa propia no puede ser fuente de derecho, como tampoco el caso fortuito, o cualquier otra causa independiente de los negocios, aun cuando se hayan originado mientras los socios los realizaban.

En las relaciones internas entre socios y de éstos con la sociedad, tiene que considerarse el derecho del socio que paga con sus bienes una deuda de aquélla. Si bien el socio responde frente a terceros en forma solidaria e ilimitada por las deudas sociales cuando el patrimonio de la sociedad no es suficiente, ninguno de los socios tiene por qué asumir él solo las deudas de la compañía. De aquí, que el socio que paga con sus bienes una deuda exigible a cargo de la sociedad, tiene el derecho de reclamar a ésta el reembolso total o exigirlo a los otros socios a prorrata de sus respectivas participaciones, salvo que el pacto social disponga de manera diversa.

Frente a terceros el socio requerido de pago de deudas sociales puede oponer, aun cuando la sociedad esté en liquidación, la *excusión* del patrimonio social, indicando los bienes con los cuales el acreedor puede lograr el pago.

Los socios pueden, en determinados casos, realizar negociaciones en nombre propio por su cuenta y riesgo. Tratándose de operaciones particulares concernientes a ellos, esas operaciones no tienen porqué aprovechar ni obligar a la sociedad. Quiere decir que el patrimonio de la sociedad queda al margen de las alteraciones que deriven de los negocios particulares de los socios, cuya realización les ha sido permitida. Todo esto, salvo que el pacto social disponga de modo distinto.

b) Obligaciones de los socios.- La obligación fundamental del socio es la de efectuar el aporte a que se obligó y que debe indicarse en la escritura de constitución social, en la forma señalada en la Ley.

El socio puede aportar capital o industria. Si se trata de hacer cumplir el aporte de industria, como no es posible obligar al socio a efectuar la prestación

personal si se niega a ello, no queda otro camino que rescindir el contrato respecto al socio industrial, excluyéndolo de la sociedad.

Otra obligación es la de pagar las deudas sociales, si el patrimonio de la sociedad resulta insuficiente, puesto que se trata de una sociedad de responsabilidad ilimitada.

Los socios no pueden transmitir el interés que tengan en la sociedad sin el consentimiento de los demás, dado el carácter personalista de esta clase de sociedades.

La defensa del capital social impone que ningún socio podrá separar o distraer del acervo común más cantidad que la señalada, bajo sanción de ser compelido a su reintegro, como si no hubiese completado la porción del capital que se obligó aportar a la sociedad.

El deber de lealtad impone al socio la abstención de todo acto que signifique hacer competencia a la sociedad. El socio hace competencia si ejerce, sin autorización de los demás y por su cuenta propia o ajena, una actividad que pueda en alguna forma alterar el resultado favorable de las actividades sociales. En tales casos la sociedad deberá incluir las normas relativas a la cesación de tal actividad, o la cesación en el cargo o de la participación del socio en las sociedades que hagan competencia a la sociedad colectiva de la que forma parte el socio infractor, la cual puede excluirlo, es decir, rescindir el contrato respecto de él, sin perjuicio del resarcimiento del daño causado. La acción contra el socio correspondería ejercitarla a la sociedad por medio de aquellos a quienes compete la representación de ésta.

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.

El pacto social podrá contener la prohibición de competencia de los socios, administradores o no; sea que hayan aportado bienes, o que simplemente sean socios industriales. Igualmente debe precisar la prohibición a los socios industriales de no ocuparse en negocios extraños a la sociedad, salvo que se les hubiera autorizado expresamente. Deberá pactarse igualmente si, en caso de efectuarlos sin autorización, los socios capitalistas pueden excluirlos de la sociedad con pérdida de los beneficios que les corresponde en ella, o aprovecharse de los que hubiesen obtenido contraviniendo esta disposición.

Los socios están obligados a indemnizar a la sociedad por los daños que le causen por dolo, abuso de facultades o culpa inexcusable, salvo que los actos originantes del daño hubieran sido aprobados, expresa o virtualmente.

Como consecuencia de la ilimitación de la responsabilidad en las sociedades de personas, resulta la repartición de todos los socios en las pérdidas que experimente la compañía. Si el capital de la sociedad no es suficiente para hacer frente a

las pérdidas, es decir, si el aporte de los socios capitalistas se ha perdido, todos los socios deben soportar la pérdida en su condición de deudores ilimitadamente responsables. El socio o socios industriales quedan sujetos a las mismas responsabilidades de los socios capitalistas. Como en el caso de la distribución de utilidades, la Ley respeta la libertad de las partes para fijarlas en el pacto social, pero con la limitación de que algunos no queden liberados de ella y las asuman sólo uno o algunos. Sin embargo, podrá pactarse el beneficio del socio industrial de no soportar las pérdidas al amparo del artículo 39º LGS, que sólo exceptúa a los socios que aportan únicamente servicios. A falta de pacto expreso, las pérdidas son asumidas en la misma proporción que los beneficios.

c) Acuerdos sociales.- Las decisiones deben adoptarse por mayoría de votos en razón de la persona, es decir, por cabeza, y no en consideración al monto de los aportes. Empero, puede pactarse que la mayoría se compute en razón de los aportes con la taxativa encaminada a impedir el dominio de la sociedad por un solo socio, lo que ocurriría, si uno de ellos representase más de la mitad del capital. En este supuesto la ley establece que para adoptar decisión se necesitará además el voto de otro socio. En todo caso, si se pacta que la mayoría se computa por capitales, el pacto social debe establecer el voto que corresponde al o a los socios industriales.

214. RELACIONES CON TERCEROS

De la existencia de la sociedad como persona jurídica y del hecho de contar con un patrimonio separado, deriva el carácter especial de la responsabilidad solidaria, que vincula a los socios con la sociedad y frente a terceros. Los acreedores de un socio no tienen respecto de la sociedad, ni aun en el caso de 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. La responsabilidad es solidaria, pero el socio requerido puede oponer la previa excusión del patrimonio de la sociedad, aun cuando ésta se encuentre en liquidación, indicando los bienes con los que el acreedor puede obtener el pago.

Por ser el patrimonio de la sociedad un patrimonio separado del de los socios, los acreedores particulares de éstos no pueden pedir la liquidación de la cuota del socio mientras dure la sociedad.

Como en la sociedad colectiva el derecho del acreedor particular de socio puede hacerse valer únicamente sobre las utilidades y sobre la cuota de liquidación, la prórroga de la duración de la sociedad afecta el derecho del acreedor, por lo que se le faculta a oponerse a la prórroga, respecto del socio deudor, si su crédito está vencido. Se hace patente el perjuicio que significa la prórroga, para la realización del crédito, si éste no puede satisfacerse con otros bienes del socio.

A efecto de que los acreedores puedan tener conocimiento de la prórroga, se impone la obligación de publicarla por tres veces en el periódico encargado de

la inserción de avisos judiciales. La oposición se formula dentro de los treinta días del último aviso o de la inscripción en el Registro Mercantil.

La justificación de la oposición resultará del juicio, que deberá tramitarse por el proceso abreviado, y, de ser favorable el resultado al acreedor, debe liquidarse la participación del socio deudor.

La separación del socio, su exclusión de la sociedad, o su fallecimiento, no ponen término a su responsabilidad frente a terceros por las obligaciones sociales contraídas hasta el día que se produzca la disolución de la relación social. En el caso de fallecimiento, la sociedad puede continuar con los herederos del socio fallecido.

215. SEPARACIÓN, EXCLUSIÓN O MUERTE DE LOS SOCIOS

La disolución del vínculo social puede ser respecto a algunos de los socios, pero manteniéndose entre los demás, o sea, subsistiendo la sociedad. En este caso, la causa de la disolución afecta únicamente a alguno de los socios, pero la sociedad continuará entre los otros. Como consecuencia de la disolución se procederá a la liquidación de la cuota del socio separado, subsistiendo la sociedad para los otros.

Además de los casos de receso de la sociedad por voluntad del socio, puede ocurrir la separación por la voluntad de los demás, si media causa justificada para ello, como serían los casos de grave incumplimiento de las obligaciones que nacen del pacto social. Así ocurre si, constituido en mora, el socio no realiza la aportación convenida; si el socio administrador utiliza el capital social para fines propios, o comete fraude en la administración o en la contabilidad; si el socio se ausenta y, requerido en forma legal para que regrese, no lo hace ni justifica los motivos de la ausencia; si el socio asume funciones de administrador que no le correspondan; si el socio emplea el dinero y los bienes de la sociedad para sus propios fines; si realiza actos de competencia a la sociedad sin el consentimiento de los demás.

La exclusión del socio que se inhabilite para ejercer el comercio, o que es declarado en quiebra, se explica porque no podrá prestar la colaboración efectiva en la actividad social y porque la declaratoria de quiebra revela en forma manifiesta que ha comprometido su propio crédito. Con referencia al socio industrial, sería causa de exclusión si le sobreviene incapacidad para realizar el trabajo prometido.

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 y en consecuencia la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y

ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho a término de ese plazo.

En cuanto al momento de la disolución, habría que reputar como tal aquél desde la cual la sentencia adquiere firmeza. Así lo ha resuelto la Corte Suprema en Ejecutoria de 25 de enero de 1983 (Diario Oficial *El Peruano,* 28 de febrero de 1983, p. 984).

Los efectos de la exclusión deben considerarse en relación a terceros y en sus aspectos internos. En el primer caso, la publicación mediante la inscripción en el Registro fija el momento en que ha de surtir efectos la separación. Frente a la sociedad, se hacen retrotraer al día de la exclusión, cesando la calidad de socio con el pago de la cuota correspondiente. De esta manera, la responsabilidad del socio excluido o separado por las obligaciones sociales continuaría hasta el día en que queda disuelta la relación social e individual. Ello se explica por la necesidad de determinar el contenido patrimonial de la cuota, ya que sobre ella gravita la responsabilidad frente a terceros.

El pago de la cuota del socio por causa de separación se hará conforme al procedimiento que se fije en el pacto social. La anterior ley de sociedades consideraba que el pago debía realizarse dentro del plazo de seis meses contados desde el día en que se verificó la disolución, fórmula que respondió a la necesidad de evitar los inconvenientes prácticos que podrían producirse para la sociedad si tuviera que pagar de inmediato, pues podía encontrarse en condiciones de no hacerlo por carecer de liquidez. En la Ley vigente dicha situación debe contemplarse en el pacto social.

En cuanto al fallecimiento del socio, se ha establecido que sus herederos responden por las obligaciones sociales contraídas por éste hasta el día de su fallecimiento. Dicha responsabilidad está limitada a la masa hereditaria del causante.

CAPÍTULO XXIII
SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

216. Concepto.- **217.** Razón social.- **218.** Aportes.- **219.** Administración de la sociedad.- **220.** Derechos y obligaciones de los socios.

216. CONCEPTO

En la sociedad en comandita simple hay dos categorías de socios: unos, los *colectivos*, que, como los socios en las sociedades colectivas, son ilimitada y solidariamente responsables con la sociedad; y otros, los *comanditarios*, cuya responsabilidad está limitada sólo hasta la parte del capital que se hayan comprometido a aportar.

Estas sociedades son personalistas, al igual que las colectivas. La consideración a la persona del socio tiene capital importancia. Para los socios colectivos, porque la gestión de los socios que tienen a su cargo la dirección de los negocios puede originar una pérdida ilimitada, que deberán asumir; y para los comanditarios, porque están expuestos a la pérdida de su aporte, que puede ser considerable. En cambio, no resultan decisivas las cualidades de los socios comanditarios, puesto que a ellos la ley no les confiere la administración de la sociedad.

217. RAZÓN SOCIAL

En esta clase de sociedades es obligatorio, como en las colectivas, que la sociedad tenga una razón social formada por el nombre de todos los socios colectivos, o por el de alguno o algunos de ellos, debiendo agregarse, en todos los casos, la indicación "Sociedad en Comandita" o "S. en C.". El socio comanditario que consienta que su nombre figure en la razón social, responde frente a terceros por las obligaciones sociales como si fuera socio colectivo.

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.

Por otra parte, sin las palabras "sociedad en comandita", parecería que todos los socios son ilimitadamente responsables, de modo que los comanditarios no podrían invocar frente a tercero su condición especial de socios con responsabilidad limitada.

Las sociedades en comandita están sujetas a las reglas generales que rigen para toda clase de sociedades, y, *mutatis mutandis*, a las que regulan las sociedades colectivas, debiendo ser su duración por plazo determinado.

218. APORTES

Además de las reglas generales referentes a toda clase de sociedades, existen reglas especiales para las comanditarias.

El aporte de los socios comanditarios debe consistir, necesariamente, en dinero o en bienes en especie, o sea que estos socios no pueden aportar su propia actividad, su industria.

Como la aportación es una responsabilidad del socio comanditario, ningún pacto que pudieran celebrar los socios entre sí será válido frente a los acreedores, quienes conservan intacto su derecho a que el comanditario contribuya a la responsabilidad de la sociedad con la suma ofrecida en el contrato, porque tales pactos invadirían el ámbito de las relaciones externas de la sociedad, dominadas por normas de derecho coactivo.

El aporte de los socios en estas sociedades no puede estar representado por acciones ni por cualquier otro título negociable.

Se admite la posibilidad de la cesión del aporte, pero conforme a las reglas de la cesión de créditos del CC., sujetándose a determinadas pautas. En esta clase de sociedades, no obstante estar organizadas sobre base personal, la *intuitu personae* no influye, respecto al socio comanditario, con igual intensidad que respecto al colectivo.

Así, para la cesión de la participación del socio colectivo se requiere acuerdo unánime de los socios colectivos y mayoría absoluta de los comanditarios computada por capitales. En el caso del comanditario es necesario el acuerdo de la mayoría absoluta computada por persona de los socios colectivos y de la mayoría absoluta de los comanditarios computada por capitales.

219. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD

La administración de las sociedades comanditarias simples corresponde a los socios colectivos, es decir, a los socios ilimitadamente responsables. Si éstos son varios la administración corresponde a todos ellos si la escritura no dispone otra cosa. Bien corresponda la administración a todos los socios, en forma conjunta o separada, rigen las reglas de la sociedad colectiva.

Los socios comanditarios no participan en la administración, salvo pacto en contrario; en el caso de ser designados y practicaran actos de administración sin estar autorizados pueden ser excluidos de la sociedad respondiendo frente a terceros y a la sociedad por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la gestión realizada.

El pacto constitutivo puede indicar nominativamente quiénes son los administradores. El nombramiento hecho posteriormente al acto constitutivo, requiere el consentimiento de los socios en la forma que hayan establecido en el pacto social. La anterior Ley de sociedades exigía que el nombramiento del administrador requería el consentimiento de los socios colectivos y el de la mayoría de los comanditarios, computándose esta última mayoría con el número de socios y el capital aportado.

Para la remoción del administrador deberá pactarse la causal y el procedimiento interno a seguir.

Al igual que en la sociedad colectiva, en la comanditaria simple la extensión de los poderes de los socios administradores resulta del acto constitutivo. En lo no previsto será necesario que la decisión sea adoptada por mayoría de los comanditarios, computada esta última con el número de socios y el monto del capital aportado.

De una manera general y en ausencia de disposiciones estatutarias sobre el particular, debe entenderse que las facultades de los administradores sólo lo autorizan a realizar los actos propios de una administración normal. La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes su representante ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de éste, dentro de los límites de las facultades que le haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

El pacto social debe contener las reglas particulares de esta forma de sociedad en comandita y además puede incluir los mecanismos procedimientos y reglas, así como otros pactos lícitos, que a juicio de los contratantes sean necesarios o convenientes para la organización y funcionamiento de la sociedad, siempre que no colisionen con los aspectos sustantivos de la sociedad en comandita simple.

Nada impide que si así lo establece el pacto social, los socios comanditarios pueden prestar su colaboración bajo la dirección de los administradores y, si el acto constitutivo lo permite, pueden ser autorizados para efectuar determinadas operaciones y para cumplir actos de inspección y vigilancia. Esto no significaría, en conse-

cuencia, ingerencia indebida en la administración de la sociedad, pues no se afecta con estos actos el ejercicio de los derechos concedidos a los socios colectivos.

220. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

Además de los derechos que de un modo general se reconocen a los socios de toda clase de sociedades, entre los que figura el derecho a percibir las utilidades, se reconocen en forma especial determinados derechos referidos especialmente a los socios colectivos y a los comanditarios.

Los socios colectivos que ejerzan la representación de la sociedad deberán cuidar de acordar previamente su remuneración, pues a diferencia de la ley anterior, éstas están supeditadas a su determinación en el pacto social. Se advierte un presupuesto distinto al caso de los administradores en la sociedad en comandita por acciones, pues en este caso sí son remunerados.

El acto constitutivo puede ampliar la facultad de control atribuida por la ley al socio comanditario.

El socio comanditario que de buena fe ha recibido utilidades, según el balance regularmente aprobado, no está obligado a restituirlas.

La distribución de los beneficios se hace con arreglo a los mismos criterios que establezca el pacto social.

En cuanto a las pérdidas, hay diferencia en relación a los socios comanditarios, los cuales sólo pueden perder el importe de la aportación realizada o prometida.

Tratándose de los beneficios, éstos tienen que resultar del balance y de la cuenta de ganancias y pérdidas, que están obligadas a presentar los socios, a quienes normalmente corresponde la administración.

Las obligaciones de los socios son *mutatis mutandis* las mismas que en las sociedades colectivas, cuyas reglas se aplican supletoriamente a este tipo de sociedades.

CAPÍTULO XXIV
SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

221. Concepto.- 222. Razón social o denominación.- 223. Constitución.- 224. Administración.- 225. Modificación del pacto social.

221. CONCEPTO

La sociedad en comandita por acciones es un tipo mixto de sociedad anónima y de sociedad comanditaria simple. Es una modificación de la sociedad comanditaria porque los aportes de los socios están representados por acciones. A diferencia de la Ley anterior no existe limitación a la tenencia de acciones de los socios colectivos, que se limitaba a un tercio del capital social, pues las dos terceras partes debían corresponder a los comanditarios. Al igual que en la sociedad en comandita simple, ha de haber por lo menos un socio colectivo que responda ilimitadamente. Los socios comanditarios responden sólo hasta la parte del capital que se hayan comprometido a aportar.

En las sociedades en comandita por acciones coexisten, como en las simples, dos clases de socios, los colectivos y los comanditarios, y se aplican normas de distintas naturaleza para regular sus relaciones entre ellos, con la sociedad y con los terceros.

222. RAZÓN SOCIAL O DENOMINACIÓN

La razón social se integra con el nombre de todos los socios colectivos, o de algunos o alguno de ellos, agregándose, la expresión "Sociedad en Comandita por

Acciones", o su sigla "S. en C. por A.". El socio comanditario que consienta que su nombre figure en la razón social responde frente a terceros por las obligaciones sociales como si fuera colectivo, sin perjuicio de la responsabilidad penal si a ello hubiere lugar. Con estas indicaciones se revela al público que, además de la responsabilidad ilimitada del socio o de los socios colectivos, los acreedores sociales deben contar únicamente con el capital social. 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.

La sociedad en comandita por acciones debe constituirse y modificarse ciñéndose a las normas exigidas para las demás clases de sociedades. En la escritura pública de constitución debe incluirse el estatuto de la sociedad, requisito que no era necesario con la Ley anterior.

Las acciones pertenecientes a los socios colectivos no podrán cederse sin el consentimiento de la totalidad de los colectivos y el de la mayoría absoluta, computada por capitales, de los comanditarios; las acciones de éstos son de libre transmisibilidad, salvo las limitaciones que en cuanto a su transferencia establezca el pacto social.

223. CONSTITUCIÓN

La constitución se rige por las reglas de la comandita simple en cuanto al otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro Mercantil; y, en lo relativo al capital, por las de la sociedad anónima.

El capital puede ser suscrito íntegramente en el acto fundacional por los comanditarios, o las acciones pueden ser ofrecidas a la suscripción pública, en todo o en parte. El capital social resulta así aportado por los socios colectivos, lo que es de escasa importancia para los acreedores, que saben que cuentan siempre con la garantía ilimitada del patrimonio particular de estos socios y la parte aportada por los comanditarios, que tiene particular significación en las relaciones externas e internas de la sociedad, ya que para los acreedores la responsabilidad de los comanditarios está limitada a la cuantía de su participación en ese capital y porque los comanditarios ejercen la administración social, quedando sujetos a las obligaciones y responsabilidades de los directores de las sociedades anónimas. El acto constitutivo debe indicar quiénes son los socios colectivos y quiénes los comanditarios.

224. ADMINISTRACIÓN

Los socios colectivos ejercen la administración social y están sujetos a las obligaciones y responsabilidades de los directores de las sociedades anónimas. Los socios comanditarios que asumen la administración adquieren la calidad de socios colectivos desde la aceptación del nombramiento.

CAPÍTULO XXV
SOCIEDAD COMERCIAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

226. Concepto.- 227. Denominación.- 228. Capital social.- 229. Gerencia.- 230. Junta General.- 231. Modificación de la escritura. Aumento y reducción del capital.- 232. Régimen de las participaciones sociales.- 233. Balance y distribución de utilidades.- 234. Separación y exclusión de socios.

226. CONCEPTO

En estas sociedades los socios sólo asumen responsabilidad por el monto de sus aportes. Esta es una nota común con las sociedades anónimas. Pero, se diferencian de ellas en razón de otras características. El número máximo de socios es de veinte; la condición de socio no es transmisible con la misma facilidad que en las anónimas, en las que, por esencia, la acción es un título negociable. Se trata de un tipo societario adaptable a empresas de mediano o pequeño capital, por lo que no hay para qué recurrir a la sociedad anónima, siendo suficiente, por lo mismo, una organización más sencilla, con una administración que le permita actuar con mayor agilidad.

La sociedad comercial de responsabilidad limitada sólo puede constituirse simultáneamente en un solo acto, descalificándose así la posibilidad de constituirse por oferta a terceros. Sin embargo, en cuanto se refiere a la captación de recursos del público, al igual que la sociedad anónima puede emitir obligaciones.

A diferencia de las sociedades de personas, determinados hechos que afectan a los socios (muerte, quiebra, interdicción, etc.) no producen la disolución de

la sociedad. Tampoco el retiro o admisión de socios funciona con la misma severidad que para los socios de las sociedades colectivas.

Respecto a la validez de los contratos concluidos a nombre de la sociedad antes de la inscripción en el Registro Mercantil, 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 aquellos con quienes hayan contratado y frente a terceros.

227. DENOMINACIÓN

La sociedad comercial de responsabilidad limitada debe tener una denominación, pudiendo utilizar además un nombre abreviado, al que en todo caso debe añadir la indicación "Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada" o su abreviatura "S.R.L.", estando prohibido adoptar un nombre igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo que se demuestre legitimidad para ello. Tampoco puede adoptarse una denominación completa o abreviada que contenga, nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derechos de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor, salvo que se demuestre estar legitimado para ello.

Se ha obviado en la Ley actual la obligación que existía para que las sociedades comerciales de responsabilidad limitada constituidas al amparo de la anterior Ley debían adoptar una denominación objetiva. La denominación objetiva estaba referida al tipo de actividad al que se dedicaba la sociedad, así si fuera agrícola, comercial, industrial, etc., dicha actividad objetiva debía aparecer en la denominación de la sociedad. La Ley dispone que la esta forma societaria debe contar con una denominación, dejando de lado igualmente la exigencia de identificarla con una razón social en la que aparezca el nombre o los nombres de los socios.

228. CAPITAL SOCIAL

No obstante la limitación de la responsabilidad de los socios, en resguardo de los terceros se defiende la integración del capital social, imponiéndose que el mismo debe estar pagado desde el origen de la sociedad en un veinticinco por ciento por lo menos y depositado en una entidad bancaria o financiera del sistema financiero nacional a nombre de la sociedad, lo que debe figurar en la escritura constitutiva.

En cuanto a las aportaciones de los socios que en conjunto forman el capital, deben ser iguales y no pueden estar representadas por acciones, ni pueden ser transmitidas sino con determinados requisitos y por la vía de la cesión de crédito.

Las características especiales que reviste el capital en estas sociedades y la vinculación personal de los socios con el ente colectivo determinan que se concedan ciertos derechos preferenciales en favor de los socios que forman la sociedad. Así ocurre en los casos de aumento de capital, en los que cada socio tendrá dere-

cho a asumir una parte proporcional a su participación, salvo lo que se disponga en la escritura constitutiva. En tal sentido, el inciso 5 del artículo 294º de la Ley permite a los socios pactar sobre el derecho de preferencia en el aumento de capital, así como fijar las normas para que en el caso que uno de los socios no ejerza el derecho de preferencia en el aumento de capital, esta cuota pueda ser ofrecida a personas extrañas a la sociedad.

Las participaciones son individuales y sirven de medida del derecho de los socios, o sea, que en este aspecto ostentan el mismo carácter que las acciones de la sociedad anónima y, en consecuencia, quedan sujetas a los mismos principios. Si existe condominio de una participación los copropietarios deben designar un representante común. Del mismo modo, si se constituye usufructo, los derechos del propietario y el usufructuario tendrán que regirse por las normas respectivas sobre las acciones de las sociedades anónimas.

En referencia a las aportaciones en especie, deben valorarse en interés de la sociedad y de los acreedores, aplicándose los mismos principios que sobre los aportes contienen las disposiciones generales de la Ley.

La fundación de la sociedad se rige por las disposiciones generales aplicables a toda clase de sociedades, respecto a los aportes y sus riesgos; al contenido obligatorio de la escritura de constitución social; al capital social, así como los bienes que cada socio aporte; el valor que se atribuye a las aportaciones no dinerarias y las participaciones sociales que a los socios se les asigne y en que se divide el capital.

Las prestaciones accesorias, distintas de las aportaciones de capital, a que puedan obligarse algunos o todos los socios al constituir la sociedad, deben expresar la modalidad y la retribución que, con cargo a los beneficios, deban recibir los socios que las realicen. En el pacto social deberá indicarse la referencia a la posibilidad que estas cuotas sean transferibles con el solo consentimiento de los administradores. Por regla general se trata de servicios que, en defensa del capital social, se impide que integren el capital porque no constituyen garantía suficiente para los acreedores. Por la misma razón, las retribuciones no pueden detraerse del fondo capital sino únicamente de los beneficios. Y para que los socios que formaron la sociedad, o los que ingresaron a ella posteriormente así como los terceros, conozcan los alcances y la justificación de esas aportaciones, deben figurar necesariamente en la escritura de constitución social o en el pacto social o en uno que celebre la sociedad y lo registre. Recordemos que la ley permite el pacto entre socios y entre éstos y la sociedad, nada impide que la prestación accesoria forme parte de un pacto social regulado por la Ley.

229. GERENCIA

El órgano administrativo se regula de acuerdo a las normas referentes a la sociedad por acciones, pero adaptándolas a este nuevo tipo de sociedad. La admi-

nistración puede estar confiada a una o varias personas ajenas a la compañía. En todo caso, se trata de un órgano de permanente actividad y de necesaria existencia porque es el medio de manifestarse la voluntad de la persona jurídica.

Las facultades de gestión y representación se vinculan, considerando a los gerentes como representantes de la sociedad en todos los asuntos relativos a su giro. Pero si bien la Ley precisa la esfera de competencia de las facultades representativas y los efectos de éstas, guarda silencio respecto a las facultades de gestión, que supone inherentes al cargo de administrador, dejando así a los estatutos amplia libertad para determinar estas facultades. La junta general, dada su jerarquía, puede acordar la extensión de los poderes.

Los gerentes o administradores de la sociedad gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal por el solo mérito de su nombramiento (art. 287º LGS).

Como el ámbito legal de los poderes de los gerentes coincide con la esfera de las operaciones a que se dedique la sociedad, quienes, de buena fe y de acuerdo a los usos mercantiles, contraten con los representantes de determinada sociedad, deben tener la seguridad de que contratan válidamente si el negocio pertenece al giro o tráfico de aquellas; de modo que no tendrá validez contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los gerentes, sin perjuicio de los poderes que se pueden conferir a cualquier persona, cuyas facultades se determinarán por lo que conste en el instrumento respectivo.

El nombramiento del gerente sólo surtirá efectos desde su aceptación, debiendo ser presentado para su inscripción en el Registro Mercantil dentro de los plazos señalados en el artículo 9º de la Ley.

El plazo para el ejercicio del cargo, puede fijarse en el acto de constituirse la sociedad o en el momento de la designación. Para su separación hay que tener en cuenta el origen del nombramiento: si fue materia de la escritura fundacional, sólo podrá ser removido judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad para ejercer el cargo; si lo fue por acto separado, la remoción se hará con el voto favorable de los socios que representen la mayoría del capital, caso en el que no será necesario invocar causa alguna.

Las prohibiciones al gerente son, fundamentalmente, entrar en competencia con la sociedad. No podrá, en consecuencia, dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de comercio que constituye el objeto de la sociedad, bajo pena de separación.

El control de la administración corresponde a todos los socios, sea mediante el conocimiento de los libros, papeles y balances, sea interviniendo en las juntas generales y decidiendo con su voto en las cuestiones que afectan a la sociedad.

Los derechos de terceros, están protegidos por la publicidad que deben tener los estatutos sociales y, en general, los actos que realice la sociedad en el curso de

su existencia, así como por la responsabilidad que puedan hacer efectiva, sea contra la sociedad o contra los administradores, llegado el caso.

La responsabilidad del gerente es por dolo, abuso de facultades, o negligencia grave, quedando librado al arbitrio judicial apreciar la gravedad.

Los *titulares de la acción de responsabilidad* son la sociedad, los socios y los acreedores sociales. En el primer caso, se trata de un perjuicio indirecto a los socios como consecuencia del perjuicio general causado a la sociedad. Como la acción incumbe a la sociedad, se exige el previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social, correspondiendo a cada socio un número de votos igual al número de cuotas que le pertenecen.

En cuanto a la acción a interponerse por los socios por mala administración o violación de la Ley o de la escritura, la Ley señala (art. 288º) que la acción por responsabilidad contra los gerentes exige el previo acuerdo de los socios que representen la mayoría del capital social.

La acción concedida a los acreedores sociales puede hacerla valer cualquiera de ellos que resulte perjudicado. No se trata en este caso de acciones sociales sino individuales, civiles o criminales, que pueden plantearse en cualquier momento y acerca de las cuales, al igual que en el caso de las acciones de los socios no cabe someterlas a la decisión mayoritaria.

El plazo caducidad de la acción de responsabilidad civil es de dos años, contados desde la comisión del acto que la origina.

230. JUNTA GENERAL

La junta general es el órgano supremo que expresa internamente la voluntad social. Está formada por la reunión de los socios convocados con arreglo a la forma prevista por la Ley o por el acto constitutivo y sus decisiones tienen eficacia si han sido adoptadas por el voto de la mayoría. No es indispensable la reunión en junta, el estatuto podrá determinar la forma y manera como se expresa la voluntad de los socios, pudiendo establecerse cualquier medio que garantice su autenticidad, con lo cual se permite la adopción de acuerdos por sesiones no presenciales, a condición que se garantice la autenticidad del mismo. No obstante ello será obligatoria la junta de socios cuando soliciten su realización socios que representen por lo menos la quinta parte del capital social.

En cuanto a la convocatoria y celebración de la junta, rigen las reglas sobre sociedades anónimas. Sin embargo, el pacto social debe incluir la forma y oportunidad de la convocatoria que deberá efectuar el gerente mediante esquelas bajo cargo, facsímile, correo electrónico u otro medio de comunicación que permita obtener constancia de recepción, dirigida al domicilio designado o a la dirección designada por el socio a este efecto.

La competencia de la junta comprende los actos que rigen la vida de la sociedad, con las limitaciones necesarias impuestas por la Ley, las bases constituti-

vas, la escritura propia de esta clase de sociedad, los derechos de terceros y los derechos individuales de los socios. La junta de socios es una sola, debiendo reunirse en forma obligatoria una vez al año para la aprobación del balance y la distribución de beneficios.

231. MODIFICACIÓN DE LA ESCRITURA. AUMENTO Y REDUCCIÓN DEL CAPITAL

Para la modificación de la escritura social el único órgano competente es la junta de socios, ya que ellos fueron quienes dieron origen a la escritura, formularon los estatutos, o tácitamente los aceptaron al mantener su vigencia durante determinado lapso. El acuerdo de modificación debe adoptarse del mismo modo que tratándose de la sociedad anónima. El estatuto podrá imponer mayorías más rigurosas, pero no inferiores. Además, en todos los casos debe hacerse la inscripción en el Registro Público.

El aumento de capital puede efectuarse por varias vías: emisión de nuevas cuotas; por pase de reservas a capital; como consecuencia de valoración patrimonial; por incorporación con otra sociedad. Con referencia a la primera forma, debe entenderse que se trata de cuotas de participación, concepto diferente al de cuota de aportación. La cuota de participación es una unidad compuesta de tantos múltiplos de esa unidad como corresponde al total. La cuota de aportación es un cuociente respecto del cual el dividendo es el indicado valor total y el divisor es la unidad adoptada al constituir la sociedad. De este modo, como se trata de participación, la oferta para la suscripción del aumento de capital debe ser hecha a todos los socios, quienes tendrán el derecho de ver aumentado el valor de su cuota de participación en la medida correspondiente a su valor total. La parte del capital no cubierta por los socios puede ser ofrecida a terceros. Las otras formas de aumento se someten, en términos generales, a las reglas de las sociedades anónimas.

En el aumento del capital social se reconoce a los socios un derecho de preferencias para asumir una parte proporcional a su participación social. Sólo si los socios no la asumen, podrán hacerlo los terceros. Para el aumento se exige el pago del veinticinco por ciento al menos de la participación asumida, bien por los socios o por terceros, en su caso.

> Para el aumento de capital de la sociedad de responsabilidad limitada cuyas participaciones no se encuentren totalmente pagadas, resulta procedente la aplicación analógica de las normas de la sociedad anónima, pues su aplicación no desvirtúa su naturaleza ni contraviene norma específica alguna (Res. Nº 412-96-ORLC/TR, en *Gaceta Jurídica [Número especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades]*, Lima, 1998, T. 53, p. 94).

La *reducción del capital* no puede hacerse sino en las formas previstas por la Ley en protección de los acreedores, puesto que el capital social es la única garantía de sus créditos. Por ello es obligatorio hacerles conocer la proyectada reduc-

ción, concediéndoles un plazo de treinta días para oponerse a la ejecución del acuerdo si sus créditos no son pagados o si la sociedad no presta las debidas garantías. Si los acreedores tienen protegidos sus créditos con garantías específicas, o si la reducción se hace para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio disminuido por consecuencia de pérdidas, o cuando la reducción se realice por vía de amortización de participaciones sociales con cargo a los beneficios o a las reservas libres, no serán necesarias las formalidades que impone la Ley, tal como ocurre en las sociedades anónimas.

Al igual que en las sociedades anónimas, se sanciona con la nulidad la reducción que importe restitución a los socios antes que transcurran los treinta días de plazo que se concede a los acreedores para oponerse y si se efectúa a pesar de la oposición deducida debidamente en tiempo y forma por cualquier acreedor.

Es obligatoria la devolución del capital a prorrata de las respectivas participaciones sociales, dejándose a salvo el derecho de los socios para establecer otro sistema por acuerdo unánime de ellos.

El pacto social, debe incluir reglas relativas a las solemnidades que deben cumplirse para el aumento y reducción del capital social, señalando el derecho de preferencia que pueden tener los socios y cuando el capital no asumido por ellos puede ser ofrecidos a personas extrañas a la sociedad. A su turno, la devolución del capital podrá hacerse a prorrata de las respectivas participaciones sociales, salvo que, con la aprobación de todos los socios se acuerde otro sistema.

De conformidad con el artículo 100º del RRS, en el asiento de inscripción del aumento o reducción de capital, deberá constar la nueva distribución de las participaciones.

232. RÉGIMEN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

El derecho a las utilidades se rige por el principio de la proporcionalidad en relación con las participaciones sociales. Las utilidades sólo pueden repartirse si no afectan el capital social, ya que éste constituye la única garantía de los acreedores.

La *cuota del socio* puede ser transferida, sin que el pacto social pueda prohibirlo. La transferencia origina la sustitución de la persona. El modo de efectuar la transferencia es el de la cesión de derechos, pues las cuotas no están representadas por acciones. La formalidad de la transferencia se da por la escritura pública y por su inscripción en el Registro. La inscripción de la transferencia de participaciones por acto intervivos se hará en mérito de escritura pública, con intervención del transferente y del adquirente (RRS. art. 97º).

Las limitaciones a la libre transmisión de las cuotas de participación son una defensa para impedir el ingreso a la sociedad de elementos extraños, que pueden originar desavenencias en entidades que afectan generalmente a pocas personas, muchas veces miembros de una misma familia y, en todo caso, empresas de mo-

destas dimensiones en las que se mantiene viva, la *affectio societatis*. Por eso, cuando se pretende efectuar la transmisión a persona extraña se proveen medidas que tienden a impedir que la participación salga del círculo de socios existentes.

Al efecto, se reconoce a los socios el derecho a ser preferidos por el *tanto*, es decir, se reconoce al accionista el derecho de adquirir preferentemente por la misma cantidad que ofrezca un tercero. Esta figura se contempla con la misma claridad en los artículos 110º y 239º de la LGS. Con este fin se obliga al socio que pretende efectuar la transferencia a comunicarlo previamente por escrito a la sociedad. En caso de discrepancia respecto al precio de la venta para el ejercicio del derecho de tanteo, será fijado por peritos designados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, y, si éste no se logra, por el juez, mediante demanda en proceso sumarísimo.

Si los socios no hacen uso del *derecho de tanteo* que se les concede, la sociedad puede, supletoriamente, adquirir las participaciones para amortizarlas con la consiguiente reducción del capital. Pero, si la amortización se efectuara con cargo a reservas voluntarias, de las que se puede disponer libremente, carecen de justificación las garantías en favor de terceros.

Tratándose de *sucesión hereditaria*, el heredero o legatario adquiere la participación social y con ella la condición de socio. Pero, se franquea la oportunidad de defender a la sociedad contra el ingreso de personas extrañas a los socios que inicialmente la constituyeron, permitiéndose que en la escritura constitutiva se pacte el derecho de los sobrevivientes para adquirir dentro del plazo que ella determine las participaciones sociales del socio fallecido, apreciadas en su valor y si fueran varios los que quisieran adquirir esas participaciones, se distribuirán entre todos a prorrata de sus respectivas participaciones.

La escritura habrá de determinar el plazo dentro del cual los socios pueden hacer valer su *derecho de preferencia*. Además, en todos los casos la sociedad debe ser notificada respecto a quiénes son los nuevos socios, su estado civil y domicilio. Sin cumplir estos requisitos, el socio no podrá pretender el ejercicio de los derechos que le corresponde. De este modo, la transferencia sólo opera sus efectos con referencia a la sociedad desde que ésta toma conocimiento oficial de ella, sin perjuicio de objetarla si no se hubiesen observado las formalidades respectivas. El artículo 97º del RRS dispone que, de no haberse vencido el plazo para el ejercicio del derecho de adquisición preferente, establecido en la Ley o en el estatuto, en la escritura se insertarán los documentos que acrediten que los socios y, en su caso, la sociedad, han renunciado a tal derecho, salvo que intervengan en la escritura renunciando expresamente. En tanto que de haberse vencido el plazo para el ejercicio del derecho, en la escritura pública se insertará la certificación del gerente indicando que se ha cumplido con el procedimiento previsto en la Ley o en el estatuto.

Cuando la sociedad tenga el derecho de adquirir las participaciones, en la escritura pública se insertará el acta de la junta de socios que contiene la decisión de adquirirlas y la consecuente reducción de capital y modificación del estatuto.

Si la participación pertenece a varias personas, el condominio se regirá por las normas pertinentes de la sociedad anónima, o sea que los condóminos deben designar la persona encargada de ejercitar los derechos que les corresponde en dicha participación. Los condóminos son solidariamente responsables por las obligaciones inherentes a la cuota. La solidaridad rige, desde luego, respecto a los herederos del socio.

Los *derechos de usufructo y de prenda* pueden constituirse sobre las participaciones en las sociedades de responsabilidad limitada. La posición del usufructuario es igual a la del usufructuario de la acción. Empero, tiene que considerarse la distinta naturaleza del título porque el derecho del usufructuario de la acción tiene que anotarse en el título documental destinado a la circulación, posibilidad que no cabe respecto de las cuotas, que no están incorporadas en títulos valores.

En cuanto a la prenda de las participaciones sociales, es el propietario y no el acreedor prendario quien puede ejercitar los derechos de socio.

Es obligatorio el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil del usufructo o de la prenda que se hubiese constituido (art. 292º).

La cuota del socio puede ser objeto de ejecución por parte de su acreedor, pudiendo ser materia de medida cautelar. El único requisito es que se notifique a la sociedad la resolución judicial que ordena la venta, a fin de que los socios puedan hacer uso del derecho de preferencia frente al subastador para adquirir la cuota por el mismo precio del remate. Esta situación difiere de las sociedades colectivas y en comandita simple, en cuanto las participaciones en estas últimas no pueden ser objeto de ejecución por parte de los acreedores particulares del socio.

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 de remate, y adquirir la participación por el precio base que se hubiese señalado para dicho acto.

El procedimiento no ofrece dificultad, si, conforme a la regla general, las cuotas son libremente alienables, pero no ocurre lo mismo si, de acuerdo por el pacto constitutivo, la cuota no es libremente transferible. Por ello se ha conciliado el interés del acreedor particular del socio en la venta en pública subasta con el de la sociedad, pues al disponerse en el acto constitutivo que no es libre la alienabilidad de las cuotas, se ha demostrado no querer acoger en su seno a personas que no cuentan con la aquiescencia de todos los socios. De aquí la fórmula de la Ley, que comprende los dos casos: de libre alienabilidad y de alienabilidad restringida, permitiendo la sustitución del subastador.

En cuanto a la forma de ejecución, habida cuenta que el CC. considera en el art. 886º inc. 8 las participaciones en las sociedades como bienes muebles, habrá que observarse los trámites que en estos casos se señalan en el CPC.

Como la cuota del socio no está incorporada en un título valor, debe reputarse como un crédito contra la sociedad, por lo que la ejecución tendrá las características que la Ley dispone para estos casos.

El derecho de sustitución de la sociedad no es sino un medio indirecto e inmediato para defender el *derecho de tanteo* que se reconoce a los socios. Si ningún socio se interesa en adquirir la cuota rescatada, debe considerarse amortizada, procediéndose a la reducción del capital social.

233. BALANCE Y DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

Dentro del principio general que impone a las sociedades la formulación y aprobación de los estados financieros, éste resulta necesario para la propia empresa a fin conocer su situación, así como para los terceros a efecto de proteger sus intereses.

Esta obligación, tratándose de las sociedades de responsabilidad limitada, se hace imperativa, como en las anónimas, en atención a que el capital social es la única garantía con que cuentan los acreedores para la satisfacción de sus créditos. Por ello es obligatorio formular las cuentas anuales, con el contenido y bajo los principios en que debe basarse la redacción de dichas cuentas.

El contenido del documento debe reflejar la situación patrimonial de la sociedad y las utilidades o pérdidas resultantes del ejercicio, de modo veraz y claro para que de su simple lectura pueda obtenerse una representación exacta de la situación económica de la empresa y del curso de los negocios.

Como los socios tienen el derecho de información, pueden hacer uso de sus facultades de aprobar el balance o desaprobarlo en el seno de la junta general, que es el órgano competente para este efecto. Para la aprobación se imponen ciertas limitaciones en cuanto a la forma de lograr la mayoría en forma semejante a las sociedades anónimas.

Las utilidades resultantes serán asignadas a los socios en proporción a sus participaciones sociales, salvo que en el acto constitutivo se adopte otro criterio, pero respetándose la prohibición de que un solo socio obtenga la totalidad de las ganancias. Los socios pueden convenir en un régimen de reparto de utilidades que no guarde proporción con las participaciones sociales. Esto lleva a admitir la posibilidad de la creación de las cuotas privilegiadas, a la que se asignen utilidades mayores que las que les corresponderían si se observara el sistema de la proporcionalidad.

234. SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS

La exclusión de los socios, o sea la resolución parcial, es un problema común a toda clase de sociedades. La separación es, más bien, propia de las sociedades de personas. No obstante, el derecho de separación está reconocido en algunos casos en referencia a las sociedades anónimas.

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 de 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 exclusión, la sociedad se disuelve de pleno derecho (art. 4º).

Todo socio puede separarse de la sociedad en los casos previstos en la Ley y en el estatuto.

CAPÍTULO XXVI
SOCIEDADES CIVILES

235. Concepto.- 236. Clases.- 237. Razón social.- 238. Capital social, participaciones y transferencias.- 239. Administración.- 240. Junta de socios.- 241. Libros y registros.- 242. Utilidades y pérdidas.- 243. Estipulaciones por convenir en el pacto social.- 244.- Disolución y liquidación.

235. CONCEPTO

La sociedad civil se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios. Se denota pues la distinción del modo societario en que en esta forma societaria será posible recibir aportes de socios mediante su actividad, condición que no es posible en otras formas societarias como la anónima.

La persona jurídica que origina el pacto social de sociedad civil nace con la inscripción en el Registro. Para tal efecto debe otorgarse la respectiva escritura pública. De este modo, si la sociedad no se celebra en la forma indicada o si, cumpliéndola, no se inscribe, estaríamos frente a una sociedad irregular, sin personalidad jurídica, pero sujeta a las normas establecidas respecto a los socios en el pacto social y en las disposiciones de la Ley. Sin embargo, la Ley permite subsanar la irregularidad, dando efecto retroactivo al pacto social y, desde luego, inscribiéndolo en el Registro.

Las sociedades civiles no pueden constituirse por oferta a terceros, la única modalidad de constitución es la simultánea. En la constitución de la sociedad debe determinarse la duración de la sociedad, indicando si ha sido formada para un objeto específico, plazo determinado o si es de plazo indeterminado.

236. CLASES

En cuanto a las clases de sociedades civiles, la Ley las clasifica en ordinaria o de responsabilidad limitada.

La *sociedad civil ordinaria* no tiene fijado por Ley un número máximo de socios, éstos responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales, es decir, tienen el derecho de pedir que previamente a la exigencia del pago de una obligación societaria con cargo a los bienes del socio, el acreedor agote todos los medios para exigir el pago de la obligación a la sociedad. El pago que deba realizar el socio por cuenta de la sociedad se realizará en proporción a sus aportes, salvo pacto distinto.

En la *sociedad civil de responsabilidad limitada* los socios no pueden exceder de treinta, y no responden personalmente por las deudas sociales, y limitan su responsabilidad al aporte de sus bienes a la sociedad.

237. RAZÓN SOCIAL

En cuanto a la razón social, deben dar a conocer desde un inicio el nombre del socio o socios que forman la sociedad. La razón social se integra con el nombre de uno o más socios y con la indicación "Sociedad Civil" o su expresión abreviada "S. Civil"; o, "Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada" o su expresión abreviada "S. Civil de R. L.".

238. CAPITAL SOCIAL, PARTICIPACIONES Y TRANSFERENCIAS

En lo que se refiere al *capital social* de la sociedad civil, éste debe encontrarse íntegramente suscrito y pagado al momento de la celebración del pacto social; no es posible aplicar las normas de las otras sociedades que permiten suscribir el íntegro y pagar la cuota en una cuarta parte. Los aportes de los socios que aportan bienes se reflejan en el capital social, que debe pagarse íntegramente. Los socios pueden aportar sólo sus servicios en cuyo caso, no ven reflejado su aporte en el capital de la sociedad, y su condición de socio nace del pacto, en el cual se pondrán las retribuciones que como socio aportante de servicios le corresponda.

El derecho del socio en las sociedades civiles no se representan en acciones ni en títulos valores, tampoco será posible emitir títulos que representen un derecho contra la prestación de un servicio.

En cuanto a la limitación a *la transmisión del derecho de socio* en una sociedad civil, se tiene que ningún socio puede transmitir a otra persona, sin el consentimiento de los demás, la participación que tenga en la sociedad. Se trata pues de una sociedad de personas donde la calidad personal del sujeto es determinante para la sociedad, es por ello que la transmisión del derecho de socio no puede ser transmitido sin el consentimiento de los demás socios. La decisión es unánime,

no se trata de establecer el criterio mayoritario de los demás socios para prestar el consentimiento para la transmisión del derecho del socio. La Ley impone la unanimidad para prestar el consentimiento.

La transmisión de las participaciones tiene que formalizarse en escritura pública que será inscrita en el Registro. Destaca, en esta forma el carácter personalista de esta clase de sociedades, en las que no existe título representativo de las participaciones que pueda transmitirse autónomamente. La transferencia de participaciones de una sociedad civil se inscribirá en virtud de escritura pública en la que intervendrán el transferente y el adquirente. Los demás socios manifestarán su consentimiento mediante escritura pública o documento con sus firmas notarialmente legalizadas. No se requiere la inscripción simultánea del acuerdo de modificación del pacto social, para establecer la nueva distribución de las participaciones en que se divide el capital social.

Con igual criterio, se requiere la unanimidad de los socios cuando se trata de sustituir a un socio en el desempeño de la profesión, oficio o, en general, los servicios que le corresponda realizar personalmente de acuerdo al objeto social. Como hemos señalado los socios de la sociedad civil pueden aportar bienes o sus servicios, estos últimos si bien no se reflejan en el capital social, están retribuidos con porcentaje sobre utilidades y en otros casos con remuneraciones. Estos servicios que constituyen el aporte de una clase de socios, no pueden ser sustituidos sin el consentimiento unánime de los demás socios, pues siendo una sociedad de carácter personal interesa a los socios contar con la calidad de los servicios de aquel socio que se comprometió a realizar una labor para la sociedad, labor que en calidad puede ser diferente a la de cualquier otra persona. Según el art. 108º del RRS, la sustitución del socio que deba prestar sus servicios personales a la sociedad, se inscribirá en mérito de escritura pública que contenga el acuerdo de todos los socios, o en la que se inserten los documentos que acrediten el consentimiento de éstos.

239. ADMINISTRACIÓN

La administración de la sociedad puede encargarse a uno a varios socios, lo cual puede ser condición del pacto social, y en este caso sólo por causa justificada podrá removerse al administrador o administradores. De no constituir condición del pacto social la designación de uno o más administradores, éstos pueden ser removidos por decisión de los socios adoptada por mayoría de votos.

El socio administrador debe ceñirse a los términos en que le ha sido conferida la administración. Se entiende que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad obligaciones distintas o ajenas a las conducentes al objeto social. Debe rendir cuenta de su administración en los períodos señalados, y a falta de estipulación, trimestralmente.

En la constitución de la sociedad debe determinarse la forma de administrar la sociedad, permitiéndose para tal efecto, pactos entre los socios. Deberá precisarse la representación legal de la sociedad y los casos en que el socio administrador requiere poder especial. En la primera inscripción de las sociedades civiles deberán constar, además de las circunstancias generales, la indicación de los socios que prestarán sus servicios personales a la sociedad y el nombre de la persona o personas a quienes se encargue la administración de la sociedad (art. 103º del RRS) Para inscribir la revocación de la designación de los administradores nombrados como condición del pacto social, en el acta respectiva debe indicar la causa justificada que motivó la revocación.

En el desempeño del cargo, el socio administrador debe respetar los términos en que se le ha conferido la administración. Esta es la primera regla al respecto. La extensión de sus facultades está predeterminada en el instrumento estatutario o posteriormente y esto concierne tanto al administrador que sea socio o a un extraño a la sociedad. Del instrumento resultan los límites dentro de los cuales el administrador puede obligar a la sociedad. Si nada se dice, sólo puede contraer obligaciones que estén comprendidas en el giro ordinario del negocio, lo que, necesariamente, debe figurar en la escritura constitutiva. Sus funciones como administrador deben entenderse, de una manera general, como todas aquellas que sean necesarias para que las operaciones sociales logren la finalidad propuesta. Comprende los actos de administración en cuanto a la organización y dirección internas, como los de gestión y representación externa. El art. 12º de la Ley determina el alcance de la representación, variando sustancialmente el concepto tradicional cuando establece que la sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social. Se aprecia que aun en el caso que se celebren actos fuera del objeto social, los actos son válidos si es que están celebrados por los representantes con las facultades que le otorga el poder.

El socio tiene derecho a oponerse a determinadas operaciones antes de que hayan sido concluidas. Si la oposición es injustificada y causa perjuicio a la sociedad deberá asumir su responsabilidad. Una vez concluido el negocio por el socio administrador no cabe oposición alguna.

240. JUNTA DE SOCIOS

La junta de socios es el órgano supremo de la sociedad y ejerce como tal los derechos y las facultades de decisión y disposición que legalmente le corresponden, salvo aquellos que, en virtud del pacto social, hayan sido encargados a los administradores. Sin embargo, nada impide que la junta de socios pueda en casos extremos adoptar acuerdos relacionados con las facultades que delegó en la administración de la sociedad.

Los acuerdos se adoptan por mayoría de votos computada conforme al pacto social y, a falta de estipulación, por capitales y no por personas; al socio que sólo pone su profesión u oficio su voto tiene un peso igual al promedio de los aportes de los socios capitalistas.

Toda modificación del pacto social requiere acuerdo unánime de los socios. La modificación del pacto social se inscribirá en mérito de escritura pública que contenga el acuerdo de junta de socios en la que hayan votado conforme todos los socios asistentes.

La exclusión de uno o varios socios se inscribirá en mérito a escritura pública que contenga el acuerdo respectivo. Esta inscripción no está sujeta a que se inscriba, previa o conjuntamente, el acuerdo de reducción de capital ni la correspondiente modificación del pacto social con la nueva distribución de las participaciones (RRS, art. 110º).

241. LIBROS Y REGISTROS

Los libros de acuerdos sociales y los demás que correspondan, según la Ley, que deben llevar las sociedades civiles obedecen a razones de orden interno para conocer la marcha de la sociedad, para que los terceros puedan conocer fehacientemente lo que sea de interés para ellos, y pueda servir como elementos probatorios en su caso.

242. UTILIDADES Y PÉRDIDAS

Las utilidades o las pérdidas se dividen entre los socios de acuerdo con lo establecido en el pacto social; y a falta de estipulación en proporción a sus aportes. En este último caso, y salvo estipulación diferente, corresponde al socio que sólo pone su profesión u oficio un porcentaje igual al valor promedio de los aportes de los socios capitalistas.

243. ESTIPULACIONES POR CONVENIR EN EL PACTO SOCIAL

En el pacto social deberá determinarse la extensión de la obligación del socio que aporta sus servicios de dar a la sociedad las utilidades que haya obtenido en el ejercicio de esas actividades, ello bajo el criterio que el socio que aporta sus servicios debe dedicarse a prestar sus servicios a la sociedad, y todo ingreso o utilidad que perciba en forma extrasocietaria debe revertirlo a la sociedad. Es por ello que la Ley desea que se fije los parámetros en el pacto social, a fin de determinar la extensión del aporte por los servicios que presta el socio. En el mismo sentido, la Ley faculta a pactar sobre la responsabilidad del socio que sólo pone su profesión u oficio en caso de pérdidas cuando éstas son mayores al patrimonio social o si cuenta con exoneración total. Como sabemos, el art. 39º señala que la distribución de beneficios a los socios se realiza en proporción a sus aportes al capital. Sin embargo, el pacto social o el estatuto pueden fijar otras proporciones o

formas distintas de distribución de los beneficios. Todos los socios deben asumir la proporción de las pérdidas de la sociedad que se fije en el pacto social o el estatuto. Sólo puede exceptuarse de esta obligación a los socios que aportan únicamente servicios. A falta de pacto expreso, las pérdidas son asumidas en la misma proporción que los beneficios.

Asimismo, en el pacto social deberá contemplarse las causales particulares de disolución, así como los casos de separación y aquellos en que procede su exclusión. Es decir, por un lado, deberá preverse las causales que dan lugar a la resolución parcial de la sociedad, aquellos casos en que los acuerdos adoptados por la sociedad otorgan derecho al socio a pedir su separación de la sociedad y pedir el reintegro de su aporte; y, los supuestos que generan la decisión de la sociedad para excluir a un socio de la sociedad. Dichas causales deben estar determinadas en el estatuto.

Las causales consignadas para determinar la sanción o el efecto deben estar pactadas, y en tal caso operarán bajo criterios razonables, así por ejemplo, en el caso del socio que desempeña funciones administrativas que no le corresponde, desde luego, se trata del caso en que se hubiera designado administrador, bien en el pacto social o por acto posterior, o sea por acuerdo de los socios, lo que se ha efectuado en atención a las calidades personales atribuidas al designado en quien se ha depositado la confianza de los demás. No se justifica, en este supuesto, que un socio no designado se avoque funciones que no le corresponden, incurriendo en una usurpación de funciones. Hay que advertir que no sería el caso en que, no habiéndose regulado la administración en el pacto social, cada socio es administrador y obra a nombre la sociedad.

Cometer delito en agravio de la sociedad, es una causal obviamente justificada, bien se trate de un socio administrador o de cualquier socio. No sólo se ha infringido un deber de lealtad impuesto por la *affectio societatis*, sino que se ha incurrido en una acción dolosa que agravia a la sociedad, que resulta víctima del acto antijurídico. En tales condiciones no puede admitirse que el autor del hecho continúe formando parte de la sociedad.

Otra causal puede estar dada si el socio se ocupa de negocios ajenos a la sociedad estando obligado a prestar sus servicios personales exclusivamente a ella. En este supuesto, el socio está posponiendo el interés de la sociedad al suyo propio, deliberadamente. La consideración a tales servicios a la sociedad fue estimada como necesaria a la sociedad y ésta resultaría defraudada por el incumplimiento de infractor.

Si el socio, que está obligado a prestar servicios personales a la sociedad, se ausenta injustificadamente y, requerido para regresar, no lo hace, o manifiesta que está impedido de volver, puede considerarse causal de disolución parcial. Aquí también se evidenciaría la voluntad de incumplir el contrato por parte del socio requerido. Hay que resaltar que se trata de ausencia "injustificada", lo que, a su

vez, explica porqué no basta que simplemente manifieste que está "impedido de volver". Quiere decir que si hay causal justificatoria de la ausencia o del impedimento no habrá motivo de resolución.

Otra causal puede estar dada con suma justificación cuando el socio no cumple con efectuar el aporte prometido, proceden contra él las acciones para obligarlo a cumplir con su aporte. Se trata de los socios capitalistas, pues contra el socio industrial no cabría la acción ejecutiva para que cumpla con prestar sus servicios personales.

En el pacto social debe precisarse también la forma y periodicidad con que los administradores deben rendir cuenta a los socios sobre la marcha social. La obligación de rendir cuentas que se impone al administrador debe cumplirla en los períodos señalados, es una consecuencia del principio de que todo aquél que maneja intereses de otro debe cumplir tal obligación. La Ley impone, la obligación de rendir cuentas en los períodos pactados y, en caso de ausencia de pacto, trimestralmente (art. 299º).

El derecho de información de los socios respecto a la administración comprende el examen del estado de la administración, de formular las reclamaciones convenientes al interés común y de conocer los libros y papeles de la sociedad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental del socio. Es un derecho irrestricto, que tiende a cautelar el derecho de los socios no administradores. La Ley no lo sujeta a limitaciones en cuanto a la oportunidad de su ejercicio. Puede hacerlo en cualquier momento, sin esperar la presentación del balance que, también como protección del socio, debe efectuarse, por lo menos, trimestralmente, sin esperar el término del ejercicio anual. El derecho de información es complementario al derecho a percibir las utilidades, que es el que impulsa a la formación del contrato social. De aquí que es necesario que pueda tener la eficacia consiguiente, para lo cual los socios no administradores pueden valerse de personal técnico. Por su parte, el administrador debe dar las facilidades conducentes a la más amplia información y examen de la documentación requerida.

244. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

La disolución de la sociedad se produce en virtud de alguna de las causales que le impiden seguir funcionando en orden a la obtención del objeto para el que fue creada. Empero, el ente social no cesa súbitamente en todas sus actividades. Quedan pendientes operaciones derivadas del período de su funcionamiento: contratos en curso, obligaciones por cumplir, créditos por exigir, es decir, una trama de relaciones más o menos complejas hasta la liquidación total del patrimonio de la sociedad extinguida; todo lo que se realiza en el período liquidatorio. Durante esta etapa actúan en representación del ente extinguido los liquidadores, pues la representación hasta entonces existente encargada a los administradores cesa con el fenecimiento de la persona jurídica, que sólo subsiste para los efectos de la liquidación.

La liquidación comprende la realización del activo de la sociedad, la solución del pasivo y la división del haber social neto resultante, entre los socios o sus herederos.

Durante el transcurso de la liquidación la junta de socios asume las atribuciones que correspondían durante la vigencia de la sociedad a la mayoría de los socios.

En cuanto a las causales de disolución, se aplican las establecidas para las sociedades en general (art. 407º) y las que fije el estatuto o el pacto social (art. 303º, inciso 11).

En primer término podemos considerar como una causal de disolución el acuerdo de la junta de socios, lo que es obvio, ya que si en virtud del acuerdo inicial de constitución se formó la sociedad, ese mismo acuerdo es capaz de extinguir la sociedad; expiración del plazo de duración, salvo prórroga expresa o tácita.

El plazo debe estar determinado en el pacto social, en este sentido el inciso 1 y 2 del art. 303º de la ley señala que deberá indicarse en la constitución de la sociedad si ésta se formó para un objeto específico, plazo determinado o si es de plazo indeterminado; agregando que en las sociedades de duración indeterminada, las reglas para el ejercicio del derecho de separación de los socios mediante aviso anticipado.

El plazo de duración puede ser definido o indefinido, y ello deberá concebirse en la constitución de la sociedad. Si no se ha señalado plazo debemos presumir que es indefinido. Si la sociedad se ha fijado un plazo de duración éste puede ser determinado, y para la extinción requiere prórroga expresa con todas las formalidades de ley. Pero, si el plazo estuviera vinculado a un objeto susceptible de extenderse sin cambiar el objeto para el que fue constituida la sociedad, ésta puede ser eventualmente prorrogada. La interdicción o quiebra de un socio o cualquiera otra causa que lo prive de la administración de sus bienes no constituye una causal general de disolución, por lo que deberá precisarse en el pacto social; en igual sentido se encuentra la causal de fallecimiento de un socio, en tal caso deberá preverse en el estatuto si ello constituye una causal de disolución, y en caso de no aceptarla como tal el derecho de preferencia y la forma de continuar con los herederos. En el supuesto del socio difunto, los herederos deben manifestar su voluntad de formar parte de la sociedad. Si alguno de ellos es incapaz, se requiere autorización judicial y si no desean pertenecer a la sociedad tienen derecho sólo a la parte que correspondería a su causante al tiempo de su muerte, pero no participan en los resultados posteriores sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de las operaciones practicadas antes de la muerte del socio a quien heredan.

Los casos a que se ha hecho referencia se justifican porque las partes que celebraron el contrato pueden considerar la conveniencia de la subsistencia de la sociedad en los eventos reseñados, ya que la disolución puede ocasionar perjuicios a una sociedad que está desarrollando su actividad exitosamente y cuya disolución puede perjudicar a los demás socios.

La liquidación de la sociedad es la etapa postrera a la actividad social. Una vez disuelta debemos atender los efectos de la disolución que nos conlleva a la liquidación y posterior extinción de la sociedad; y, para ello es necesario que continúe, pues de otro modo quedaría un patrimonio resultante de la actividad social sin titular y sin destino definido. Tiene que establecerse lo que debe hacerse con el activo, el pasivo y el remanente. Todas estas operaciones tienen que estar a cargo de alguien que ya no pueden ser los administradores que la representaban cuando la sociedad existía sino de personas designadas para los efectos consiguientes. Tiene que preverse hasta dónde llegan las atribuciones de estos nuevos personeros y la manera cómo deben actuar. De este modo, se mantiene la personalidad jurídica de la sociedad hasta el término de la liquidación para los fines de éstas.

El liquidador, sustituye a los personeros de la sociedad que se desempeñaban durante la existencia de ella. Se le confieren amplias facultades, pero dentro de las finalidades expresadas. No cabe que se emprenden nuevos negocios, que se contraigan nuevas obligaciones o se celebren nuevos contratos sobre lo que fue el objeto actual, que es la liquidación. De otro lado, ésta resultaría interminable, pues se estaría permitiendo que se renovase indefinidamente la actividad para la que fue constituida la sociedad.

El pacto social puede señalar algunas pautas en orden a facilitar la liquidación, como es la de autorizar al liquidador la venta global del activo, lo que puede resultar más conveniente.

La división del haber social neto debe hacerse entre los socios, en proporción a los aportes pagados, según los valores que les fueron atribuidos en el pacto social, salvo disposición diferente de éste. Esto es así porque de un lado unos socios pueden haber efectuado mayor aporte que otros; y, de otro, porque tratándose de bienes que no sean numerarios ha tenido que atribuírseles determinado valor en el pacto social, de donde también puede resultar el monto del aporte, que determinará la proporción a pagar a los aportes en dinero.

La competencia de la junta de socios en cuanto a los liquidadores comprende: a) su designación, salvo que en el pacto se hubiera hecho la designación: revocarles los poderes, reemplazarlos en caso de impedimento renuncia o muerte, designado nuevos liquidadores, b) autorizarlos para la ejecución de actos para los que no tuvieran poderes suficientes; y definir los alcances de sus atribuciones en caso de duda.

En términos generales rigen las normas de los títulos I y II de la Sección Cuarta del Libro IV para la disolución y liquidación de las sociedades.

CAPÍTULO XXVII
EMISIÓN DE OBLIGACIONES

245. Concepto de obligación.- **246.** Escritura de emisión.- **247.** Requisitos de los títulos.- **248.** Sindicato de obligacionistas.- **249** Asamblea de obligacionistas.- **250.** El representante de los obligacionistas.- **251.** Acciones a ejercitar por los obligacionistas.- **252.** Prelación de las obligaciones.- **253.** Reembolso, rescate y cancelación de garantías.

245. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

El nuevo tratamiento que le ha dado la ley a la emisión de obligaciones ha permitido que ésta sea aplicable a todas las formas societarias, es decir, todas las sociedades pueden emitir obligaciones. Antes sólo lo podían realizar las sociedades anónimas.

La emisión de obligaciones involucra la oferta de un contrato de préstamo que el futuro prestamista (obligacionista) acepta mediante la firma del boletín de suscripción.

Lo característico de la operación no es el contenido del contrato (préstamo mutuo) sino la forma de su documentación: el crédito del prestamista a la devolución del préstamo se incorpora en un título (la obligación) que es transmisible sin necesidad del consentimiento del deudor.

De allí que la obligación puede considerarse como parte de un crédito concedido a la sociedad o como título valor. En materia societaria, la obligación es todo título emitido en serie impresa y numerada que reconozca o cree una deuda a favor de sus titulares.

El concepto de obligación, está configurado por tres notas: que se trate de títulos que reconozcan o creen una deuda; que se incorporen a una forma instrumental de título valor; y, que se trate de emisiones independientes y con igualdad de títulos dentro de ellas.

La Ley considera todos lo intereses en juego: los de los obligacionistas, con el propósito de alentar esta forma de inversión a través de la sociedad anónima; los de la sociedad, que puede encontrar en esta forma un medio de financiación; y finalmente, los de los accionistas. Por ello, al lado de las disposiciones de carácter necesario, existen otras que permiten a la sociedad la suficiente libertad de movimiento para facilitar esta clase de operaciones financieras.

En lo que se refiere a su denominación, la ley general de sociedades optó por la de "obligaciones", descartando aquellas otras como *debentures* y bonos. El término "obligaciones" es un término genérico, que permite distinguirlo del título en el cual está contenido este derecho, que puede ser el bono. Sin embargo, el legislador de la Ley de Títulos Valores, al hacer referencia a los títulos Valores representativos de esta deuda, los clasifica en títulos de corto o mediano plazo, y en función de ello, tomando el criterio de la legislación francesa denomina a las obligaciones contenidas en Bono como aquellas cuyo reembolso se produce a un plazo mayor del año, y denomina Papeles Comerciales, cuando el reembolso se produce dentro del plazo del año; con la atingencia, que los Papeles Comerciales no pueden renovarse por plazos mayores al año.

El crédito en favor de la sociedad también se considera una obligación pero, a diferencia de aquélla difiere en su origen.

Las "obligaciones" nacen producto de un acuerdo y un sometimiento a las reglas de la emisión, los créditos son el producto de las relaciones de la empresa en sus diferentes condiciones y de acuerdo a cada circunstancia en particular.

La Ley ha optado por el término genérico de obligaciones para referirse a los títulos y al derecho que contiene su colocación en el mercado.

En cuanto a las clases de obligaciones, ellas pueden ser nominativas o al portador; ordinarias o comunes; con garantías específicas o sin ellas, y con interés fijo o interés variable.

Los límites cuantitativos a la emisión de obligaciones sin garantías específicas consisten en que su monto no puede ser superior al patrimonio neto de la sociedad, con las siguientes excepciones: a) que se haya otorgado garantía específica; b) que la operación se realice para solventar el precio de bienes cuya adquisición o construcción hubiese contratado de antemano la sociedad; o c) en los casos especiales que la ley lo permita. Se entiende por patrimonio neto el total de las reservas legales, estatutarias y otras de libre disposición.

La emisión de obligaciones tiene el límite natural del patrimonio de la sociedad, sin embargo la emisión puede contar con garantías específicas. En tal

caso, se pueden constituir como garantías derechos reales y fianzas de compañías del sistema financiero nacional, compañías de seguros nacionales o extranjeros o bancos extranjeros.

Las obligaciones garantizadas no sólo cuentan con el respaldo de los bienes específicamente asignados, sino también con todo el patrimonio de la sociedad, en el que concurren con los demás acreedores.

Respecto a los derechos reales de garantía, rigen las disposiciones del CC., o sea, que se impone el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

En el caso de la hipoteca ofrecida por la sociedad emisora de las obligaciones requiere la intervención del acreedor, que en el caso de los obligacionistas es una colectividad que puede ser muy numerosa y que sólo cuando estén colocados los títulos queda configurada su condición, se faculta al Representante de los Obligacionistas a intervenir en el otorgamiento de la escritura en representación de los futuros obligacionistas. Si se trata de otros bienes muebles, puede otorgarse prenda con desplazamiento o sin él. En todo caso, se hará constar por escrito, que debe ser objeto de inscripción si corresponde.

Si fuera prenda sin desplazamiento, la sociedad conservará en su poder las cosas prendadas, asumiendo la condición de depositaria, sin perjuicio del derecho de los obligacionistas de ejercer su facultad de vigilancia, directamente por medio del Representante de los Obligacionistas.

En cuanto al Estado, a las personas jurídicas de derecho público interno o a las entidades paraestatales, pueden otorgar garantías cuando les sea permitido.

La emisión de obligaciones con garantías específicas no está sujeta a limitaciones relacionadas con el monto del capital social porque, mientras que las obligaciones sin garantía determinada sólo tienen como respaldo el capital y los recursos sociales en forma indeterminada, las garantías específicas tienen respaldo concreto.

Para la emisión de las obligaciones se debe, en primer término, cumplir la ley, luego lo que disponga el estatuto y finalmente, lo que decida la junta de accionistas o de socios, según el caso.

246. ESCRITURA DE EMISIÓN

El otorgamiento de la escritura pública de emisión es obligatorio, a fin de dar solemnidad al contrato, dada la importancia que él reviste en cuanto origina la puesta en circulación de numerosos títulos, aptos para difundirse en amplios sectores de inversionistas y que pueden tener importantes repercusiones económicas.

La escritura debe contener las condiciones de cada emisión, así como la capacidad de la sociedad para formalizarlas (art. 308º). Son condiciones necesarias la constitución de un sindicato de obligacionistas y la designación por la sociedad

de una empresa bancaria, financiera o sociedad agente de bolsa que, con el nombre de representante de los obligacionistas, concurra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas.

La escritura pública en la que consta la emisión de obligaciones, debe hacerse con intervención del representante de los obligacionistas. En la escritura se expresará: los datos de identificación de la sociedad emisora; las condiciones de la emisión; el valor nominal de las obligaciones, sus intereses, vencimientos, descuentos o primas si las hubiere y el modo y lugar de pago; el importe total de la emisión; las garantías de la emisión, en su caso; el régimen del sindicato de obligacionistas, así como las reglas fundamentales sobre sus relaciones con la sociedad; y, cualquier otro pacto o convenio propio de la emisión. Si la emisión se asegura con alguna garantía inscribible, ésta se inscribirá en el registro respectivo antes de la inscripción de la emisión en la partida de la sociedad.

El RRS dispone en su artículo 114º que toda reducción o cancelación, total o parcial, de la emisión de obligaciones que no ha sido íntegramente colocada debe constar en escritura pública otorgada por la sociedad emisora; en dicha escritura pública, intervendrá el representante de los obligacionistas. En caso que no se haya inscrito el nombramiento de este representante, bastará insertar a la escritura pública, o acompañar al parte de inscripción la constancia expedida por el gerente general, indicando que la totalidad o la parte de la emisión que se cancela no ha sido colocada.

La colocación de las obligaciones puede iniciarse a partir de la fecha de la escritura pública de emisión, lo cual permite una facilidad para iniciar el inicio de la colocación de estos valores en el mercado. Si existen garantías inscribibles sólo puede iniciarse después de la inscripción de éstas.

La falta de publicidad origina la responsabilidad del directorio en forma solidaria frente a los obligacionistas, quienes podrán ejercitar individualmente y, desde luego, también colectivamente, en virtud de la acumulación procesal, la acción contra el directorio.

La Tercera Disposición Modificatoria de la Ley de Títulos Valores (Ley Nº 27287), modificó el artículo 309º de la Ley General de Sociedades, y en atención a dicha modificación se varió la situación preferente para el pago de las obligaciones, estableciéndose finalmente que, "la fecha de cada emisión y series de obligaciones de un mismo emisor, determinará la prelación entre ellas, salvo que ella sea expresamente pactada en favor de alguna emisión o serie en particular, en cuyo caso será necesario que las asambleas de obligacionistas de las emisiones o series precedentes presten su consentimiento", lo cual no afecta el derecho preferente de que goza cada emisión o cada serie con relación a sus propias garantías específicas.

No hay prelación entre las distintas emisiones, en razón de la fecha de emisión de las obligaciones o colocación, salvo que esta prelación sea pactada expre-

samente en favor de alguna emisión. Habrá prelación en la medida que exista garantía específica.

La norma derogada propiciaba que ante la falta de pacto sobre la prelación para el pago de las obligaciones, los derechos de los obligacionistas competían con los demás acreedores sociales. En ese caso se estaba al derecho que otorgue la medida cautelar, o si se trataba de una empresa en situación de reestructuración empresarial, se regía por la ley de la materia.

La Ley que permite la posibilidad de realizar emisiones para ser colocadas en el extranjero (art. 311º). En este caso la sociedad podrá acordar en la escritura pública de emisión un régimen diferente al previsto en esta ley, prescindiendo inclusive del representante de los obligacionistas, del sindicato de obligacionistas y de cualquier otro requisito exigible para las emisiones a colocarse en el país. Las emisiones sujetas a este régimen liberal son aquellas que van a ser colocadas en su integridad en el extranjero.

247. REQUISITOS DE LOS TÍTULOS

Los títulos deben contener determinados requisitos, algunos de los cuales resultan de la escritura de emisión. En primer término, los correspondientes a cada emisión deben ser iguales, debiendo hacerse referencia al valor nominal, a los derechos que ellos confieren y a las obligaciones que imponen. La igualdad que exige la Ley en relación a los títulos se refiere a la que debe existir en los de cada emisión, ya que puede haber emisiones desiguales, unas respecto de otras.

Dentro de la modificación incorporada por la Ley de Títulos y Valores (Ley Nº 27287), tenemos que las obligaciones pueden emitirse a través de Bonos, cuando su plazo de reembolso es mayor a un año, o mediante Papeles Comerciales, cuando su plazo es no mayor de un año.

Los *requisitos formales* deben estar contenidos necesariamente en el título, sin perjuicio de que puedan figurar otros. En primer lugar, el documento debe contener la denominación que le corresponde, a fin e evitar toda posible confusión con otros títulos. La mención de los datos referentes a la sociedad emisora, identifica al deudor, relacionándolo con el objeto de su actividad, su domicilio y el capital pagado que le pertenece, dato éste último que permite apreciar su capacidad económica, que es de evidente interés para los acreedores.

La *indicación del monto* de la emisión permitirá conocer, por la simple lectura del título, cuál es el derecho que representa dentro de la totalidad de los títulos emitidos. De ahí resultará si se observa el límite por el que puede hacerse la emisión. El valor nominal de cada obligación que representa ha sufrido una variable en aplicación de la Ley de Títulos Valores pues el inciso d) del artículo 265º contempla la posibilidad de incluir en la determinación del valor nominal la indicación de estar o no sujeto a reajuste o a actualización del título, lo cual, en concor-

dancia con lo señalado en el artículo 263º de la misma Ley, nos permite emitir obligaciones que incorporen partes alícuotas o alicuantas de un crédito colectivo concedido en favor del emisor, quien mediante su emisión y colocación reconoce deudas en favor de sus tenedores; y por otro lado, permite la aplicación del artículo 263º.3 cuando señala que las Obligaciones podrán ser emitidas en moneda nacional o extranjera, sujetas o no a reajustes o a índices de actualización constante u otros índices o reajustes permitidos por la ley; y, que la rentabilidad que generen, podrá consistir en intereses u otra clase de beneficios para el tenedor, como ganancias de capital, índices, reajustes, referencias a rentabilidad estructurada o combinaciones de éstos, según se señale en el contrato de emisión o texto del documento; los que se asimilarán para todos los fines de ley a los intereses.

El *número, serie, valor nominal, vencimiento, primas*, si las hubiese, y el modo y lugar de pago, sirve para individualizar el título dentro de la serie a que pertenece y las distintas series, lo que resulta de utilidad para el obligacionista en casos de pérdida o sustracción del título y para el efecto de su amortización. La indicación del valor nominal tiene importancia por tratarse de títulos que reconocen una deuda en dinero. La mención de los créditos es de interés para el obligacionista originario o para quien se proponga adquirir el título, pues influye en su cotización y colocación. Igual ocurre tratándose de la fecha de vencimiento de la obligación principal, de la forma como ha de pagarse los intereses, del lugar en que el pago debe efectuarse y de la indicación de las garantías de la emisión, si se trata de obligaciones garantizadas.

El *requisito de la firma* por las personas autorizadas y por el representante de los obligacionistas resulta imprescindible para los efectos de la autenticidad y certeza respecto a los datos contenidos en el documento.

El artículo 314º contiene los requisitos a ser cubiertos por los títulos materia de la emisión de obligaciones y obliga a precisar si son convertibles en acciones. Además permite presentar en forma resumida ciertos requisitos si éstos aparecen en forma amplia en el prospecto que se deposita en el Registro y en la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores antes de poner el título o certificado en circulación.

La ley señala que los *programas de fundación* o de aumento de capital por oferta a terceros que se depositen con el Registro, dan lugar a la apertura preventiva de una partida, la que se convierte en definitiva cuando se constituya la sociedad, y que el depósito de prospecto de emisión de obligaciones se anotan en la partida de la sociedad emisora (art. 434º).

La Ley de Títulos Valores (Ley Nº 27287) ha incorporado la obligación de las sociedades emisoras de llevar una partida por cada emisión y serie, en la que se anotará la emisión y serie a la que corresponden, la clase de la Obligación, las transferencias, los canjes y desdoblamientos de títulos representativos de las Obligaciones y, en general, la constitución de derechos y gravámenes sobre los

mismos. El representante de los obligacionistas puede llevar copia de dicha matrícula. La Matrícula de Obligaciones se llevará en un libro especialmente abierto a dicho efecto o en hojas sueltas, debidamente legalizados, o mediante registro electrónico o en cualquier otra forma que permita la Ley. Se exceptúa de esta obligación a los emisores de Obligaciones con representación mediante anotación en cuenta. Estos deberán hacer las anotaciones en el registro de la respectiva Institución de Compensación y Liquidación de Valores.

248. SINDICATO DE OBLIGACIONISTAS

Como condición necesaria, se impone la constitución de una asociación de defensa, o sindicato de obligacionistas, y la designación, por la sociedad, de una empresa bancaria, financiera o sociedad agente de bolsa que, con el nombre de representante de los obligacionistas, concurra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas.

La constitución del sindicato tiende a conseguir la protección de los obligacionistas. El hecho de que las obligaciones constituyan títulos en serie o en masa, que pueden encontrarse en poder de numerosas personas, dificulta la acción de los poseedores para la reclamación de sus derechos, originando el ausentismo en la adquisición de esta clase de títulos.

Dada la frecuente disposición de los títulos, la obligatoriedad de la constitución del sindicato salva la dificultad de formar una obligación voluntaria, pues la sindicalización obligatoria le facilita a la sociedad las relaciones con sus obligacionistas, permitiendo adoptar convenios de interés recíproco.

El sindicato de obligacionistas se constituye por el otorgamiento de la escritura pública de emisión. Los adquirentes de las obligaciones se incorporan al sindicato por la suscripción de las mismas (art. 318º). En la ley anterior, la constitución del sindicato se daba al momento de inscribir en el Registro la escritura de emisión.

A medida que vayan adquiriendo los títulos los suscriptores se van integrando al sindicato. Apenas quede suscrito el cincuenta por ciento de la emisión debe convocarse a la asamblea de obligacionistas, la que aprobará o desaprobará la gestión del representante de los obligacionistas.

La suscripción de la obligación importa para el obligacionista la expresión de su voluntad ratificando plenamente el contrato de emisión y su derecho a ser incorporado al sindicato de obligacionistas.

En cuanto a las reglas que han de regir el funcionamiento del sindicato no quedan libradas únicamente a lo que decida la sociedad, sino que deben establecerse de acuerdo con el Representante de los Obligacionistas, que es el llamado a participar en el otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas. En relación con el número de sindicatos, debe admitirse que exis-

tirán tantos como sean las emisiones que se hubiesen efectuado. El sindicato debe constituirse y funcionar de acuerdo a lo establecido en la Ley, no pudiendo ser modificado por la escritura. Pero pueden completarse las prescripciones legales con las normas reglamentarias que acuerde la asamblea de obligacionistas. Asimismo, la Ley determina cómo deben desenvolverse las relaciones entre el sindicato y los obligacionistas, lo que impide que las normas pertinentes se completen sin ser desvirtuadas.

La sociedad emisora está obligada a atender los gastos normales de sostenimiento del sindicato hasta un límite de dos por ciento de los intereses anuales devengados por las obligaciones emitidas, salvo pacto en contrario, lo que se justifica porque si fuesen los obligacionistas los que tuvieran que fijar esos gastos, éstos incidirán en los intereses a percibir, los que se verían así, disminuidos; y de otro lado, la limitación en cuanto al monto impide que los obligacionistas incurran en dispendios que graven indebidamente a la sociedad. Los gastos no pueden ser otros que los que demanda el funcionamiento regular del sindicato, como serían los de convocatoria a asamblea, reunión de obligacionistas, gastos de oficina, libros de cuentas, etc.

249. ASAMBLEA DE OBLIGACIONISTAS

La organización del sindicato incluye la asamblea de obligacionistas y el Representante de los Obligacionistas. Corresponde a la asamblea el rol deliberante y al representante la función ejecutiva de gestión y representación. La asamblea es la reunión de obligacionistas debidamente convocada para decidir respecto a los asuntos de su competencia. A diferencia de lo que ocurre con la junta general, que debe reunirse en la sede social, la asamblea puede reunirse donde lo determine el estatuto, la escritura de emisión de obligaciones o el reglamento del sindicato.

Las facultades de la asamblea provienen de la Ley, aunque no se establezcan en el estatuto o en la escritura de emisión. De una manera general, conciernen a la defensa de los intereses de los obligacionistas. Le compete la remoción del representante de los obligacionistas y el nombramiento del sustituto, dada la naturaleza del cargo, esencialmente removible. El representante de los obligacionistas ejerce facultades de representación por naturaleza y, por lo mismo, sujeto a la decisión de éstos en cuanto a su permanencia en el cargo. La facultad de remoción y nombramiento está también considerada en cuanto se establece que, tan pronto como se suscriba el sesenta por ciento de las obligaciones puestas en circulación, el representante convocará la asamblea de obligacionistas, la que aprobará o desaprobará su gestión, confirmándolo en el cargo o sustituyéndolo (art. 320º).

La modificación de las garantías establecidas respecto de las obligaciones, así como de las condiciones de la emisión, es otra facultad que compete a la asam-

blea y para lo cual se requiere el acuerdo con la sociedad. Asimismo, le corresponde disponer la iniciación de los procesos judiciales o administrativos a que haya lugar y la facultad de aprobar los gastos ocasionados por la defensa de los intereses comunes. Para modificar las condiciones de la emisión o la modificación de la garantía se requiere una mayoría calificada de acuerdo con el art. 323º.

De un modo general, las funciones y facultades de la asamblea se rigen por lo dispuesto para la junta general de accionistas.

La *convocatoria a la asamblea* puede hacerla el directorio de la sociedad emisora, cuando éste no exista por el administrador de la sociedad, o por el representante de los obligacionistas, quedando al respectivo arbitrio decidir respecto a las oportunidades en que debe tener lugar la reunión.

La *citación* es obligatoria en los siguientes casos: a) tan pronto quede suscrita el cincuenta por ciento del total de las obligaciones puestas en circulación; b) cuando lo soliciten obligacionistas que represente, por lo menos, el veinte por ciento de las obligaciones en circulación; c) cuando lo establezca el reglamento interno del sindicato.

La proporción de obligaciones que puede pedir la convocatoria puede ser rebajada en el reglamento, pero de ninguna manera elevada porque ser recortaría un derecho de defensa que la ley les concede.

Se puede prescindir de la convocatoria si se encuentra reunida la totalidad de los obligacionistas y éstos acuerdan celebrar la asamblea, como ocurre tratándose de la junta universal de accionistas.

En lo que se refiere a las normas sobre la *asistencia y adopción de acuerdos,* la ley considera en primera convocatoria la concurrencia de obligacionistas que representen por lo menos la mayoría absoluta del total de las obligaciones en circulación; y para tomar acuerdo válido deberá contarse con igual mayoría. Esta proporción no puede ser disminuida ni en el estatuto de la sociedad, ni en la escritura de emisión, ni en el reglamento interno del sindicato, pero sí puede ser aumentada.

En la segunda convocatoria, los acuerdos pueden adoptarse con cualquier concurrencia y con la mayoría absoluta de los asistentes, salvo que se trate de modificar, de acuerdo con la sociedad, las garantías establecidas y las condiciones de la emisión caso en el que se requiere mayoría absoluta de las obligaciones en circulación. En cuanto a la oportunidad de la citación a segunda convocatoria el término es de diez días.

En lo que se refiere a la *mayoría calificada,* se exige que para modificar las garantías de la emisión el acuerdo deberá ser adoptado con la mayoría absoluta de las obligaciones puestas en circulación. Mayoría que es exigida igualmente para remover al representante de los obligacionistas y nombrar su sustituto.

Son aplicables a la asamblea de obligacionistas, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones previstas para la junta general de accionistas.

El derecho de asistencia se rige por las normas referentes a las juntas generales. En principio, todos los obligacionistas tienen el derecho de concurrir a las asambleas. Además, podrán asistir los administradores de la sociedad emisora aunque no hubiesen sido convocados. Este derecho es correlativo al de representante de los obligacionistas, que aun no siendo obligacionista, puede concurrir a las juntas generales de accionistas (art. 325º inc. 3). En esta forma se propone mantener la relación entre el sindicato y la sociedad. El representante de los obligacionistas, aunque no sea obligacionista, necesariamente concurre a las reuniones de la asamblea, puesto que le corresponde la presidencia de ella (art. 325º, inc. 1). Además podrán concurrir las personas a quienes el reglamento interno del sindicato confiera ese derecho.

Los derechos de voz y voto no pueden ser negados a los obligacionistas, aunque pueden reglamentarse en cuanto a la forma de ser usado. Para la adopción de acuerdos regirá el principio de la mayoría.

La primera reunión de la asamblea tendrá por objeto decidir sobre la gestión del representante de los obligacionistas, aprobándola o desaprobándola, y debe ser necesariamente convocada por éste tan pronto se haya inscrito la escritura de emisión. Si no la convocase, podrá hacerlo el administrador de la sociedad emisora o, en su defecto, por el representante de los obligacionistas. En segundo lugar, debe tratarse sobre la confirmación del representante de los obligacionistas, o de su sustitución. Como el primer representante es nombrado en el mismo acto en que se emiten las obligaciones, pues sólo así puede concurrir al otorgamiento de la escritura de emisión, corresponde a los obligacionistas, una vez que éstos representen un número significativo de éstas, es decir, el cincuenta por ciento de las obligaciones puestas en circulación, su reunión para decidir respecto a quien debe desempeñar el cargo, lo que puede significar la separación y reemplazo del representante que se hubiese designado y no sólo del primero.

Finalmente, la primera asamblea debe aprobar el reglamento interno del sindicato, sin otro límite que la escritura de emisión y, desde luego las disposiciones de la ley. El reglamento comprenderá las normas necesarias para el mejor funcionamiento de ese órgano, como puede ser señalar el lugar de la reunión, las formas de convocatoria, los requisitos para la asistencia a las asambleas, la forma de acreditar la representación, el modo de deliberar, de tomar acuerdo y registrarlos, etc.

Los acuerdos de la asamblea se imponen a los obligacionistas asistentes, a los no asistentes y a los disidentes, dejando a salvo el derecho de impugnación de estos dos últimos grupos en los casos y formas establecidas para los accionistas.

250. EL REPRESENTANTE DE LOS OBLIGACIONISTAS

El régimen societario vigente ha reemplazado al *fideicomisario* de la ley anterior por el *representante de los obligacionistas*. Este es el representante legal del sindicato de obligacionistas y en tal condición sus actos obligan a éste si los realiza dentro de la esfera de su competencia. Es también órgano de relación entre la sociedad y el sindicato, lo que lo faculta a tomar conocimiento de los asuntos que interesan a una y a otro. De un modo general le concierne cautelar los derechos de los obligacionistas, con atribuciones lo suficientemente amplias para abarcar todas las posibles hipótesis de su actuación, que son tan numerosas que impiden hacer una enumeración completa de todas ellas.

La designación del representante de los obligacionistas puede recaer en personas físicas o jurídicas que no sean poseedoras de estos títulos.

Las primeras funciones del representante conciernen a la suscripción de la escritura de emisión, lo que significa que está asumiendo una representación de los obligacionistas antes de que éstos se la confieran. En esta condición presidirá la primera asamblea y le corresponderá la del sindicato hasta que sea removido. Las facultades de que gozará serán las contenidas en el contrato de emisión y las que le atribuya la asamblea. En todo caso, tiene la representación legal del sindicato y podrá ejercer las acciones que corresponden a éste.

Entre sus facultades está la de informar a la junta general y solicitar informaciones de ésta con toda amplitud, las que a su juicio o al de la asamblea de obligacionistas sean necesarias; la de intervenir en los sorteos que hubieran de celebrarse en relación con los títulos, lo que significa que debe estar presente en ese acto, sin que pueda delegar la representación en otra persona; y la de intervención en el pago de los interese y del capital, en su caso.

Tratándose de las emisiones sin garantías, el representante de los obligacionistas debe proteger el derecho de los obligacionistas; vigilar respeto a la forma como se manejan los negocios de sociedad, pudiendo examinar, por sí o por medio de otra persona que designe, la contabilidad y asistir, con voz pero sin voto, a las reuniones del directorio.

En caso de atraso por más de ocho días en el pago de los intereses vencidos o en la amortización del principal, el representante de los obligacionistas podrá convocar a la junta general de accionista porque la anormalidad en los pagos afecta el derecho fundamental de los accionistas.

Si se trata de emisiones garantizadas, debe verificar que éstas hayan sido debidamente constituidas, comprobando la existencia y el valor de los bienes afectados. Asimismo debe cuidar que los bienes dados en garantía se encuentren, de acuerdo a su naturaleza, debidamente asegurados a favor del representante de los obligacionistas, en representación de los obligacionistas, al menos por un monto equivalente al importe garantizado.

Para realizar los bienes que constituyen la garantía de las obligaciones, el representante de los obligacionistas requiere acuerdo de la asamblea de obligacionistas, en vista de la gravedad de la medida y como ejecutor de la decisión de ese órgano.

Por otra parte, está encargado de iniciar y proseguir las pretensiones judiciales y extrajudiciales, en especial las que tengan por objeto procurar el pago de los intereses y el capital adeudados, la ejecución de las garantías, la conversión de las obligaciones y la práctica de actos conservatorios.

El procedimiento a seguir para obtener el cobro será el de ejecución y como resultado de la acción el representante de los obligacionistas hará la distribución entre los obligacionistas. Con los bienes que constituyen las garantías se pagará el principal, intereses y demás obligaciones derivadas de los títulos.

En adición a las facultades, derechos y responsabilidades antes indicados, la escritura de emisión o la asamblea de obligacionistas podrán conferirle o atribuirle las que se estimen convenientes o necesarias.

251. ACCIONES A EJERCITAR POR LOS OBLIGACIONISTAS

Los obligacionistas tiene la facultad de ejercitar individual o conjuntamente las acciones que le corresponden, si se cumplen dos requisitos: a) que no contravengan los acuerdos del sindicato dentro de la competencia de éste; y b) que sean compatibles con las facultades conferidas al propio sindicato.

La conveniencia de otorgar al obligacionista acciones individuales que sean compatibles con las que compete al sindicato se revela en el supuesto de que la desidia de éste haga peligrar el derecho de los obligacionistas. Pero si el representante de los obligacionistas ejerce la acción a nombre del sindicato, el obligacionista no podrá actuar paralelamente ejerciendo un derecho individual porque aquél es el representante legal de los obligacionistas y quien debe comparecer en juicio en representación de ellos.

Si existe acuerdo válido del sindicato dentro de la esfera de su competencia, la acción aislada del obligacionista que no contradiga ese acuerdo sólo podrá tener por objeto coadyuvar en el ejercicio de la acción.

Si se trata de acuerdo del sindicato tomado fuera de la esfera de su competencia, o si el acuerdo tiene algún vicio que lo invalida, los obligacionistas podrían ejercitar la acción aisladamente.

Finalmente, las 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 esta enumeración, 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.

Si se ha producido la demora en el pago de los intereses o del principal por parte de la sociedad emisora, cualquier obligacionista puede pedir al representante de los obligacionistas la correspondiente interposición de la demanda en proceso ejecutivo. Si el representante de los obligacionistas no interpone la demanda dentro del plazo de treinta días, cualquier obligacionista puede ejecutar individualmente las garantías, en beneficio de todos los obligacionistas impagos.

252. PRELACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones que gozan de garantías específicas excluyen, en cuanto a éstas, a las demás, las que serán pagadas si quedase remanente.

Cada serie de obligaciones goza de un derecho preferente en relación a sus respectivas garantías (*supra* Nº 246).

253. REEMBOLSO, RESCATE Y CANCELACIÓN DE GARANTÍAS

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. En los casos de cancelación parcial de la emisión o reembolso parcial de las obligaciones, deberá indicarse en el asiento de inscripción la identificación de los valores cancelados o redimidos (art. 115º, RSS).

Además del caso de vencimiento del plazo por el que fueron emitidas y del pago en tal oportunidad, la sociedad puede retirar de la circulación, mediante amortizaciones, las obligaciones, de acuerdo con la escritura de emisión o sea por re-

embolso con arreglo a un plan preestablecido. La amortización puede hacerse respecto de todas las obligaciones en forma parcial, o sobre una parte de ellas en forma total. Este último es el medio que generalmente se utiliza. Debe estar, desde luego, indicado en la escritura de emisión, en los propios títulos y en los avisos en que se haga la convocatoria a los futuros obligacionistas. En todo caso, todas las obligaciones deben quedar completamente amortizadas en el plazo señalado en la escritura de emisión. En virtud de la amortización los obligacionistas dejan de ser acreedores de la sociedad, quedando, por tanto, excluidos del sindicato. Si se trata de pago anticipado, debe estarse a lo dispuesto en la escritura de emisión.

También puede retirarse obligaciones por convenio celebrado por la sociedad con el sindicato de obligacionistas. Se trata, en este caso, de una forma general de modificar las condiciones iniciales de la emisión.

El rescate de títulos se realiza mediante la conversión de las obligaciones en acciones. En este supuesto el pago a los obligacionistas no se efectúa en dinero sino mediante entrega de acciones. Como se trata de disminuir el pasivo aumentando la cuenta capital, es uno de los medios de proceder al aumento de éste, según se ha visto. También puede hacerse el rescate de las obligaciones mediante su adquisición en Bolsa, al efecto de amortizarlas. Se trata de un medio que permite rebajar en forma fácil la deuda constituida por las obligaciones y, en muchos casos, con ventajas si las obligaciones se cotizan por debajo de su valor nominal.

La adquisición de las obligaciones para amortizarlas constituye un procedimiento de rescate con un fin específico, que excluye la posibilidad de utilizarlas para otros efectos como podría ser participar en las asambleas de obligacionistas y decidir, si se cuenta con número suficiente, respecto a las condiciones de la emisión.

El obligacionista que de buena fe cobra los intereses de los títulos amortizados, no está obligado a devolver lo recibido.

La sociedad está obligada a pagar la deuda en el plazo convenido con todas las demás obligaciones accesorias que se hubiesen pactado, y en el lugar designado. Las primas y ventajas que se hubiesen fijado en la escritura de emisión, deben sumarse al valor nominal del título para hacer el pago. No podrá compelerse al obligacionista a recibir pago parcial, salvo que la escritura lo autorice (art. 1221º del CC.). El pago será controlado por el representante de los obligacionistas, quien podrá convocar a la junta general si la sociedad se atrasa más de ocho días en el pago de los intereses vencidos o en la amortización del principal.

Para el efecto de amortización de las obligaciones, deben efectuarse periódicamente sorteos en la forma prevista en la escritura pública de emisión. En el sorteo intervendrá, además del representante de los obligacionistas, un notario, a fin de dar al acto garantías de publicidad y autenticidad. La falta de cumplimiento no consiste sólo en el hecho de no efectuar el sorteo, sino de no hacerlo en las condiciones establecidas en la escritura de emisión y en la Ley.

Para cancelar las garantías de emisión, debe exigirse la presentación y e resello de los títulos, o su inutilización y sustitución por otros nuevos, si subsist el crédito sin la garantía, pues como el crédito está incorporado al título, éste deb revelar las obligaciones accesorias que lo acompañan y que resultan de importar cia en relación con él.

Si la cancelación de las obligaciones está pactada en la escritura de emisió o convenida entre la sociedad y el sindicato, no habrá ninguna dificultad al respec to, pero si hubiesen obligacionistas disidentes no podrán, evidentemente, presen tarse todos los títulos para el resellado.

Debe recordarse que la asamblea no puede imponer la cancelación de la garantías, sino modificar, de acuerdo con la sociedad, las garantías establecidas.

CAPÍTULO XXVIII
TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES

254. La reorganización de las sociedades.- 255. Concepto.- 256. Acuerdo de transformación.- 257. Derecho de separación.- 258. Responsabilidad de los socios.- 259. Formalidades de la transformación.

254. LA REORGANIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES

No puede escapar a nuestra apreciación de la realidad que el desarrollo de la actividad económica ha obligado a las empresas y a las sociedades en particular a adaptarse a las condiciones del mercado para mantenerse en un estado de franca competencia. Dentro de este esquema la ley brinda las normas que permite a estas personas jurídicas a replantear no sólo su forma jurídica, como sería en el caso de la transformación, sino agrupar o desagrupar los patrimonios para asignarlos a otras sociedades, extinguiéndose las otorgantes o manteniéndose en una dimensión reducida merced a la transmisión de sus patrimonios, operando en estos casos la fusión o la escisión.

En principio la ley de sociedades brinda un marco legal amplio, pues al tratar de las transformaciones, fusiones y escisiones, no las limita a las sociedades simplemente, sino que las hace extensiva a todo tipo de persona jurídica, debiendo extenderse esta extensión hasta el límite que permita la naturaleza de las personas jurídicas.

255. CONCEPTO

La transformación es el acto por el cual se cambia la estructura jurídica de una sociedad evitando un proceso dilatado y costoso que puede afectar el crédito de la compañía, como es el de disolver la sociedad existente y crear otra nueva.

La transformación no implica, pues, disolución de la sociedad transformada con su consiguiente liquidación y sucesiva constitución de una sociedad nueva de otro tipo, sino que es una continuación del organismo social modificado en la forma, aunque con el anterior sustrato personal y patrimonial.

La Ley considera en sus variados aspectos la transformación de cualquier clase de sociedades en otra de tipo diferente, ampliando la gama de posibilidades a todo tipo de persona jurídica. Cuando la Ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por la Ley.

La transformación no hace desaparecer la personalidad jurídica de la sociedad. Es el mismo sujeto titular de los derechos y obligaciones nacidos bajo la forma que se abandona, que asume las relaciones jurídicas futuras, aunque aparezca revestido externamente de una forma social distinta.

El acuerdo de transformación no puede perjudicar a unos socios en beneficios de otros, alterando la proporción en que cada uno participa en el capital social sin su consentimiento expreso, salvo los cambios que se produzcan como consecuencia del ejercicio del derecho de separación. La proporción que se reconozca en la nueva sociedad no será referida únicamente al valor nominal de las acciones, cuotas o participaciones, sino que habrá que tenerse en cuenta la proporcionalidad de los derechos de los socios para evitar que a través de la transformación se concedan privilegios a unos socios en desmedro de otros, salvo acuerdo de éstos

En cuanto a los derechos de terceros, o de beneficios, tampoco podrán sufrir reducción, a no ser que los titulares de esos derechos le consientan expresamente.

En referencia a los socios, cuya situación resulta vinculada a los derechos de los terceros, hay que destacar que en el caso de transformación de una sociedad de responsabilidad ilimitada en otra de responsabilidad limitada, los socios no pueden excusar su responsabilidad por las deudas anteriores a la transformación, o sea que no pueden modificar los derechos actuales o expectaticios de terceros. Los socios, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la transformación, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor la acepte expresamente.

256. ACUERDO DE TRANSFORMACIÓN

El acuerdo de transformación debe sujetarse a las mismas exigencias establecidas para la modificación del pacto social o de los estatutos, según el caso, lo que impone, además, el cumplimiento de determinados requisitos. En primer lugar, debe mencionarse los *datos* que se exigen para el tipo de sociedad que se trata de adoptar y hacerse constar en escritura pública; luego debe darse la publicidad necesaria mediante avisos e inscribirse en el Registro Mercantil. El acuerdo de transformación se publica por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada

aviso. El plazo para el ejercicio del derecho de separación empieza a contarse a partir del último aviso.

El RRS establece (art. 117º) que la escritura pública de transformación deberá contener todos los requisitos exigidos para la nueva forma societaria adoptada. Para efectos registrales, en caso que el acuerdo de transformación se adopte en junta universal, el Registrador no exigirá que la escritura pública contenga la constancia de la publicación de haberse publicado el acuerdo de transformación, pues en el caso de la junta universal, todos los socios tienen conocimiento del acuerdo, y por tanto pueden ejercer en la misma sesión su derecho de separación, dejando la constancia de oposición al acuerdo en la misma acta, y ejercer en dicho momento su derecho de separación o dentro del plazo que indica la ley, resulta ocioso, entonces que en el caso de la junta universal tenga que acompañarse para la inscripción del acuerdo de transformación los avisos de publicación. Dicha publicación no se ha anulado mediante el RRS, sino que solo se ha limitado para los efectos registrales. Cabe precisar en todo caso que dicha normatividad resulta pertinente toda vez que los acreedores no tienen derecho de oposición al acuerdo de transformación, como era en la ley societaria ya derogada.

La *omisión de los datos* mencionados determinará, respecto a los socios no asistentes, que no podrá tenérseles como separados en el plazo que se establezca, sino a partir del momento en que la publicación se realice por última vez, debiendo entenderse que en los casos que se haga una comunicación individual, debe reputarse válidamente hecha. Y en cuanto la infracción ocasione perjuicios, debe dar lugar a acciones de responsabilidad contra los directores.

El acuerdo no puede revestir carácter de generalidad, sino que debe ser comprensivo de la nueva forma que se propone adoptar la sociedad y de las modificaciones que hayan de hacerse en la escritura para realizar el cambio; de modo que los socios o accionistas deben tener a su alcance todos los elementos de juicio para decidir si continúan en la sociedad o se separan de ella en la forma que la ley establece. Resulta, pues, de interés conocer la situación de la sociedad que va a ser objeto de la transformación.

La *omisión de los requisitos* señalados por la ley origina la nulidad el negocio jurídico. El requisito de formular un balance de transformación al día anterior a la fecha de la escritura pública correspondiente, se justifica porque esto permitirá conocer la situación de la sociedad y apreciar el valor de su patrimonio, lo que es de interés para los socios y para los terceros. No se requiere insertar el balance de transformación en la escritura pública, pero la sociedad debe ponerlo a disposición de los socios y de los terceros interesados, en el domicilio social, en un plazo no mayor de treinta días contados a partir de la fecha de la referida escritura pública. Los anuncios por el periódico sirven, además, para contar el plazo dentro del cual los socios pueden hacer uso del derecho de separación. Cabe advertir que en el caso de la transformación de sociedades se ha suprimido el derecho del tercero de

oponerse al acuerdo, pues la nueva ley no otorga este derecho al tercero porque considera que es la misma persona jurídica la que sigue respondiendo por sus obligaciones; no se produce un traslado de patrimonios como en el caso de la fusión y escisión.

257. DERECHO DE SEPARACIÓN

El acuerdo de transformación da lugar al ejercicio del derecho de separación regulado por el artículo 200º.

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.

El derecho de separación por la transformación de la sociedad sólo alcanza a los socios que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, a los ausentes, a los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto.

Para hacer uso del derecho de separación hay un plazo que corre a partir de la fecha de la publicación del acuerdo de transformación. Los 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.

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.

Si se trata de transformación de una sociedad de otro tipo en sociedad anónima o comanditaria por acciones, al hacerse la división del capital social la asignación de las acciones debe efectuarse de modo que se mantenga la proporción entre la cuota de los socios.

Verificada la separación de aquellos socios que ejerciten su derecho o transcurrido el plazo prescrito sin que hagan uso de ese derecho, la transformación se formaliza por escritura pública que contendrá la constancia de la publicación de los avisos. Entra en vigencia al día siguiente de la fecha de la escritura pública respectiva. La eficacia de esta disposición está supeditada a la inscripción de la transformación en el registro.

La Ley Nº 27028 ha otorgado a los titulares de acciones de inversión (antes acciones del trabajo), derechos adicionales, y entre ellos los siguientes: a) el dere-

cho a incrementar la Cuenta Acciones de Inversión por capitalización de cuentas patrimoniales en proporción a sus participaciones en dicha cuenta; **b)** derecho a redimir sus acciones en los supuestos de transformación, fusión, escisión, reorganización, cambio de objeto social y traslado del domicilio de la sociedad al extranjero; y **c)** participar en la distribución del saldo del patrimonio en caso de liquidación de la sociedad. En tal sentido, si bien los titulares de dichas acciones no tienen un derecho de separación, por cuanto no son socios de la sociedad, sí tienen un derecho a pedir que se rediman sus acciones de inversión cuando la sociedad pretenda transformarse.

258. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

En cuanto a la subsistencia de la responsabilidad del socio separado por las obligaciones sociales que le correspondan hasta la fecha de la transformación, si se trata de *socio responsable limitadamente* no tiene otra responsabilidad que la de satisfacer los aportes a que se hubiera comprometido. Si se trata de *socios con responsabilidad ilimitada*, que van a ser socios de responsabilidad limitada en virtud de la transformación de la sociedad, no quedan liberados de las obligaciones anteriores que les correspondían como socios colectivos, salvo que los acreedores consientan por escrito en que respondan como socios de responsabilidad limitada. Igual ocurre respecto al socio con responsabilidad ilimitada que se separa de la sociedad: responde por las obligaciones sociales hasta la fecha de su separación. Los socios que, habiendo sido limitadamente responsables, asumen responsabilidad ilimitada, responden en esta forma por las deudas anteriores a la transformación.

De acuerdo con la anterior Ley, los acreedores de la sociedad tenían derecho a oponerse a la transformación si ésta entrañaba limitación de responsabilidad de los socios en la nueva forma social adoptada, lo que se justificaba porque dichos acreedores que contrataron con la sociedad contando con la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios colectivos, no debían ser privados de esta garantía por la voluntad unilateral de la sociedad y de los socios, es decir, de su deudor directo y de sus deudores eventuales. Quedaban comprendidos en esta situación solidaria los socios colectivos que permanecían en la sociedad bajo la nueva forma adoptada. En la actual Ley General de Sociedades se ha suprimido el derecho de los acreedores. A éstos no se les otorga el derecho que nace del derecho de sociedades para oponerse al acuerdo, en todo caso les queda las normas del derecho común si ven que su derecho puede ser disminuido.

259. FORMALIDADES DE LA TRANSFORMACIÓN

La exigencia del otorgamiento de escritura pública y de la inscripción en el Registro Mercantil completa los requisitos indispensables para la validez de la transformación. Entra en vigencia al día siguiente de la fecha de la escritura pública respectiva. La eficacia de esta disposición está supeditada a la inscripción de la transformación en el Registro.

En la escritura deben hacerse las indicaciones que la ley obliga, según la clase de sociedad que va a resultar de la transformación. Ya no es necesario que la escritura contenga el balance general, la sociedad debe ponerlo a disposición de los socios y de los terceros interesados, en el domicilio social, en un plazo no mayor de treinta días contados a partir de la fecha de la referida escritura pública, todo ello con el objeto de permitir conocer la situación económica de la sociedad al adoptarse el acuerdo de transformación. Asimismo, la relación de los accionistas o socios que se hubieran separado y el capital que representan, lo cual tiene importancia en referencia al futuro capital social y a la responsabilidad de aquellos en la medida en que ésta sea modificada. Finalmente, debe figurar el balance cerrado al día anterior al de otorgamiento de la escritura de transformación, lo que permitirá conocer la situación de la sociedad después de las variaciones que la transformación haya podido originar sobre el patrimonio social o sea aquello que por razón de oportunidad no puede aparecer en el balance que sirve de base a la transformación.

La inscripción en el Registro Mercantil pone término al proceso de transformación. El acto reviste doble importancia. De un lado, la inscripción supone la revisión de todo el proceso de transformación por el Registrador Mercantil, a efecto de comprobar si se ha cumplido con todos los requisitos exigidos por la Ley. De otro lado, es el medio idóneo para hacer valer frente a terceros un acto que modifica sustancialmente la vida de la sociedad.

Por otro lado, 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. La ley ha establecido que 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 (art. 38º).

Si la liquidación no es consecuencia de la declaración de nulidad del pacto social o del estatuto, o del vencimiento de su plazo de duración, la sociedad en liquidación puede transformarse revocando previamente el acuerdo de disolución y siempre que no se haya iniciado el reparto del haber social entre sus socios.

CAPÍTULO XXIX
FUSIÓN DE SOCIEDADES

260. Concepto.- **261.** Clases de fusión.- **262.** Efectos de la fusión.- **263.** Requisitos y proceso de fusión. a) Proyecto de fusión. b) El balance. c) Publicación.- **264.** Derecho de separación.- **265.** Derecho de los acreedores.- **266.** Escritura de fusión.- **267.** Efecto de la fusión en las sucursales.

260. CONCEPTO

La fusión de sociedades es un acto en virtud del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, unen sus patrimonios, agrupando a sus respectivos socios en una sola sociedad.

La fusión puede efectuarse entre sociedades de cualquier clase dando origen a una nueva sociedad que será, según los casos, de responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, o de responsabilidad limitada, o mixta.

El acuerdo de fusión implica en todos los casos una modificación del acto constitutivo para todas las sociedades que se fusionan, así como para aquella que incorpora a otra, conservando la incorporante su propia individualidad. La modificación actúa especialmente sobre el vínculo social en cuanto los socios de la sociedad incorporada entran en formar parte de una nueva sociedad.

La fusión se acuerda con los requisitos establecidos por la ley y el estatuto de las sociedades participantes para la modificación de su pacto social y estatuto. No se requiere acordar la disolución y no se liquida la sociedad o sociedades que se extinguen por la fusión.

Los posibles pactos preparatorios de la fusión se ven reflejados en el llamado proyecto de fusión, que contiene puntos fijos y compromiso de no variar

los términos aprobados por el órgano administrativo de cada sociedad, precisamente para facilitar la consecución de la fusión. La aprobación del proyecto de fusión por el directorio o los administradores de las sociedades implica la obligación de abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la fusión. Estos acuerdos no le dan el carácter contractual a la fusión; la doctrina alemana se ha encargado de defender la naturaleza de la fusión como un acto de derecho corporativo, que en sí explica la esencia misma de la fusión, es decir, la disolución de algunas de las sociedades fusionadas, la confusión de los patrimonios sociales y la agrupación de los socios de cada una de aquellas en una sola entidad social.

Desde el momento en que se trasmite el patrimonio de una sociedad a otra, se disuelve la primera y sus socios entran a formar parte de la otra sociedad incorporante o de la absorbente. Los socios de una o de todas las sociedades que se funden permiten por un acto corporativo que la sociedad a que pertenecen se disuelva y aporte su patrimonio a otra sociedad; se despojan así de su condición de socios en la entidad que se disuelve; y, a cambio de esto, la sociedad adquiriente del patrimonio les otorga, igualmente, por un acto corporativo, la condición de socios, otorgándoles los derechos de socio en la sociedad incorporante.

Se reconoce a la fusión como una modalidad de la reorganización de las sociedades. A diferencia de otras formas de reorganización donde las sociedades pueden llegar a perder totalmente su independencia económica, en la fusión conservan en grado mayor o menor la autonomía jurídico-patrimonial; en la fusión de sociedades la confusión de los patrimonios es absoluta y real. La transmisión del patrimonio se produce a título universal (*in universum ius*) de la sociedad nueva o de la absorbente en el activo y el pasivo de los de la sociedad o sociedades disueltas; a esta situación se refiere la ley cuando expresa que el patrimonio se transmite en bloque y a título universal. La sociedad que continúa no es la representante de las sociedades disueltas, sino más bien su sucesora.

El principio de la sucesión universal ayuda eficazmente al traspaso patrimonial de una a otra sociedad el permitir que los distintos bienes, derechos y obligaciones integrantes del patrimonio de la sociedad disuelta se trasmita en un solo acto. Si no se aceptase este principio, habría que adoptar el lento procedimiento de descomponer la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos idóneos para la transmisión de los distintos elementos integrantes del patrimonio de la sociedad, y con ello la practicidad de la fusión se vería anulada. La transmisión del patrimonio en bloque produce la transferencia de todos los créditos que lo componen con sus garantías; y, la sociedad absorbente podrá exigir de los terceros la observancia de los contratos pendientes. Igualmente sucede con los pasivos.

261. CLASES DE FUSIÓN

La fusión puede adoptar alguna de las siguientes formas: a) mediante la constitución de una nueva sociedad que absorbe dos o más sociedades que se disuelven sin liquidarse, y origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; y b) mediante la incorporación de una o más sociedades en otra existente, disolviéndose aquéllas sin liquidarse y asumiendo la sociedad incorporante la totalidad del patrimonio de las otras sociedades. En este caso se origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades incorporadas o absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades 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.

Es condición indispensable para la fusión que el patrimonio de las sociedades pase, en su integridad, a la nueva o a la incorporante, pues de otro modo habría que efectuar la liquidación de alguna de las sociedades o de todas, según el caso. Se suele conceptuar a la fusión como el acto por el cual las sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad. Se produce una transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad

262. EFECTOS DE LA FUSIÓN

Cualquiera que sea la forma que se escoja, la fusión supone la disolución de alguna o de todas las sociedades fusionadas, y la transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas a la nueva sociedad extinguida por la fusión o a la incorporante. En todos los casos, las sociedades que se extinguen por fusión harán constar el acuerdo de disolución. Si se trata de fusión por absorción, la única sociedad que no se disolverá será la incorporante.

En cuanto a la ausencia de liquidación de las sociedades fusionadas, resulta del hecho de la transmisión global del patrimonio de las sociedades que se fusionan. No hay proceso liquidatorio, porque la sociedad incorporante o la nueva asume los derechos y obligaciones de la extinguida.

La posición de los socios al pasar de las sociedades extinguidas a la nueva o la absorbente queda afectada por la presencia de otros socios, que van a tener intervención en la vida social y que van a recibir acciones o van a ser partícipes, según el caso, de la sociedad resultante de la fusión.

Los socios que en virtud de la nueva forma societaria adoptada asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la fusión. La fusión a una sociedad en que la respon-

sabilidad de los socios es limitada, no afecta la responsabilidad ilimitada que corresponde a éstos por las deudas sociales contraídas antes de la fusión, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor la acepte expresamente.

263. REQUISITOS Y PROCESO DE FUSIÓN

La fusión, como expresión de voluntad de las sociedades interesadas, supone que el acto debe ser acordado por cada una de dichas sociedades. Los acuerdos son actos internos de cada una de las que participan en la fusión.

En cuanto a la forma de adoptar el acuerdo, el artículo 345º de la ley señala que la fusión se acuerda con los requisitos establecidos por la ley y el estatuto de las sociedades participantes para la modificación de su pacto social y estatuto.

Si no se comprendiera la totalidad de las acciones de la sociedad fusionante, o si no se aportara la totalidad del patrimonio de la que haya de fusionarse, pueden suscitarse problemas originados por la desequivalencia de las prestaciones. Si esto ocurre tratándose de sociedades anónimas, se efectuará una compensación adicional respecto de la entrega de acciones que debe hacerse a los socios y no a la sociedad, porque si se le entregase a ésta resultaría adquiriendo nuevo patrimonio, que impediría su extinción.

a) Proyecto de fusión

El proceso de fusión se inicia con el acuerdo que adopta el directorio aprobando el *proyecto de fusión*. Se puede afirmar que el proyecto de fusión que aprueba cada una de las sociedades constituye el acto preparatorio para la fusión. Una forma de facilitar los acuerdos definitivos de fusión por parte de las sociedades es comprometerse a respetar puntos fijos que no sufran variación, de modo tal que permitan a las juntas generales de accionistas de cada una de las sociedades, tomar el acuerdo de fusión.

El directorio de cada una de las sociedades que participan en la fusión aprueba, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, el texto del proyecto de fusión. En el caso de sociedades que no tengan directorio el proyecto de fusión se aprueba por la mayoría absoluta de las personas encargadas de la administración de la sociedad.

El proyecto de fusión debe contener: la denominación, domicilio, capital y los datos de inscripción en el Registro de las sociedades participantes; la forma de la fusión; la explicación del proyecto de fusión, sus principales aspectos jurídicos y económicos y los criterios de valorización empleados para la determinación de la relación de canje entre las respectivas acciones o participaciones de las sociedades participantes en la fusión; el número y clase de las acciones o participaciones que la sociedad incorporante o absorbente debe emitir o entregar y, en su caso, la variación del monto del capital de esta última; las compensaciones complementa-

rias, si fuera necesario; el procedimiento para el canje de títulos, si fuera el caso; la fecha prevista para su entrada en vigencia; los derechos de los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones o participaciones; los informes legales, económicos o contables contratados por las sociedades participantes, si los hubiere; las modalidades a las que la fusión queda sujeta, si fuera el caso; y, cualquier otra información o referencia que los directores o administradores consideren pertinente consignar.

Cuando se aprueba el proyecto de fusión cada sociedad ha determinado su patrimonio o por lo menos fijado las pautas exactas para fijarlo, de forma tal que será posible determinar la relación de canje de las acciones de las sociedades. Esta relación de canje se fija en función de los patrimonios que se transmiten y guarda una relación con las acciones que se recibirán de la sociedad a la cual se integra el patrimonio. Es por ello que el artículo 348º, con el objeto de mantener la situación de las sociedades lo menos variable posible determina que una vez aprobado el proyecto de fusión los administradores autolimitan sus funciones, obligándose a abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la fusión.

La Ley establece la obligatoriedad de convocar a una junta o asamblea en la que someta a consideración de los accionistas o socios, el proyecto de fusión (art. 349º). Podemos afirmar que se trata de una junta general de fusión, en la cual la convocatoria por publicación es obligatoria, aun en el caso que todos los socios se encuentren presentes, pues el artículo 350º obliga a que desde la fecha de la publicación del aviso de convocatoria cada sociedad participante debe poner a disposición de sus socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social, los documentos relacionados con la fusión. Lo principal es resaltar que la convocatoria es necesaria porque se trata de comunicar no sólo a los accionistas, sino a los obligacionistas si hubiere, y a los acreedores por cualquier título, que la sociedad está por fusionarse, y estos terceros tienen el derecho de ejercer su derecho de oposición hasta que se les pague o se les garantice el pago, en tanto esto no suceda la sociedad no podrá fusionarse.

Este derecho de información al cual acceden no sólo los socios desde la fecha de publicación del aviso, sino también los acreedores, comprende el acceso a los siguientes documentos:

a) El proyecto de fusión;

b) Los estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes. Aquellas que se hubiesen constituido en el mismo ejercicio en que se acuerda la fusión presentan un balance auditado cerrado al último día del mes previo al de la aprobación del proyecto de fusión;

c) El proyecto del pacto social y estatuto de la sociedad incorporante o de las modificaciones a los de la sociedad absorbente; y,

d) La relación de los principales accionistas, directores y administradores de las sociedades participantes.

En el proyecto de fusión deberá incluirse el plazo de vigencia de estas condiciones para la fusión, pues la sociedad no puede quedar eternamente ligada a un proyecto que puede en el mejor de los casos ser aprobado por una de las sociedades, pero la otra guardar silencio respecto a la aprobación del proyecto de fusión, por ello deberá precisarse al aprobarse éste por los administradores, o por la junta general el plazo para que entre en vigencia la fusión. Dentro de este esquema, el art. 352º señala que el proceso de fusión se extingue si no es aprobado por las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes dentro de los plazos previstos en el proyecto de fusión y en todo caso a los tres meses de la fecha del proyecto.

El acuerdo de fusión se adopta previa información por los administradores sobre cualquier variación significativa experimentada en el patrimonio de las sociedades participantes, desde la fecha en que se estableció la relación de canje. Con conocimiento de esta situación, cada una de las sociedades aprueba el proyecto de acuerdo de fusión, con las modificaciones que expresamente se acuerde y le fija una fecha común de entrada en vigencia de la fusión. Resulta importante que la junta general o la asamblea, según el caso, precise la fecha de entrada de vigencia de la fusión, no obstante que sus efectos quedan sujetos a la inscripción formal en el Registro. La fusión entra en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión. En esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante. Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, en la partida correspondiente a las sociedades participantes. La inscripción de la fusión produce la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas, según sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en los respectivos registros, cuando corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los patrimonios transferidos. De no prosperar la inscripción de la fusión en forma definitiva, no se producen los efectos de la fusión, y por más que se haya determinado fecha de entrada de vigencia de la fusión, ésta no prospera por la falta del requisito de la inscripción.

b) El balance

En cuanto al balance que sirve de piedra fundamental para precisar el patrimonio que se transmite, la ley dispone que cada una de las sociedades que se extinguen por la fusión formula un balance al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la fusión. La sociedad absorbente o incorporante, en su caso, formula un balance de apertura al día de entrada en vigencia de la fusión. Dichos balances

deben quedar formulados dentro de un plazo máximo treinta días, contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la fusión. A diferencia de la ley anterior, no se requiere la inserción de los balances en la escritura pública de fusión. Los balances deben ser aprobados por el respectivo directorio y, cuando éste no exista, por el gerente, y estar a disposición de los accionistas, obligacionistas o acreedores, en el domicilio social de la sociedad absorbente o incorporante por no menos de sesenta días luego del plazo máximo para su preparación. Como en el caso de transformación, el balance debe ser como de liquidación y no de ejercicio. Pues, si bien la fusión disuelve las sociedades sin liquidarlas, la fijación de la parte correspondiente a los socios separados entraña una liquidación parcial.

c) Publicación

Cada uno de los acuerdos de fusión se publica por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso. Los avisos podrán publicarse en forma independiente o conjunta por las sociedades participantes. La escritura pública de fusión se otorga una vez vencido el plazo de treinta días, contado a partir de la fecha de la publicación del último aviso, si no hubiera oposición. Si la oposición hubiese sido notificada dentro del citado plazo, la escritura pública se otorga una vez levantada la suspensión o concluido el proceso que declara infundada la oposición.

264. DERECHO DE SEPARACIÓN

El derecho de separación es concedido al socio que en la junta hubiese hecho constar en acta su oposición al acuerdo, alcanzando este derecho a los ausentes, y a los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto. Como se aprecia no alcanza el derecho a los presentes que se abstuvieron de votar.

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 que publicita el acuerdo de fusión.

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.

Una de las condiciones para el ejercicio del derecho de separación está relacionada con la uniformidad de criterio en el ejercicio del derecho de voto del socio o accionista. En este último caso, el art. 90º señala que todas las acciones pertenecientes a un accionista deben ser representadas por una sola persona, salvo disposición distinta del estatuto. Cuando las acciones pertenecientes a un mismo accionista son representadas por más de una persona porque así lo permite el estatuto, los derechos a que se refieren los artículos 140º y 200º sólo se pueden ejercer cuando todos los representantes del accionista reúnen las condiciones previstas

en dichas disposiciones. Es decir, para ejercer el derecho de impugnación y de separación, todos los representantes del accionista deben haber manifestado su desacuerdo en la junta de fusión; no existe entonces el derecho parcial de separación, ni para el caso de fusión ni para cualquier otro supuesto. En caso que el estatuto permita que el titular de varias acciones se haga representar por varias personas, para que los representantes puedan hacer valer su derecho de separación, todos los representantes deben haberse opuesto al acuerdo y dejar sentado su voto en ese sentido.

Las acciones de los socios que hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad, respetándose lo señalado en el art. 200º de la Ley.

En el caso de los titulares de las acciones de inversión, cuyo régimen se encuentra regulado por la Ley Nº 27028, ellos tienen el derecho a redimir sus acciones en el supuesto de acordarse la fusión de la sociedad.

265. DERECHO DE LOS ACREEDORES

Los acreedores tienen derecho a oponerse a la fusión, porque ésta puede significar para ellos peligros evidentes, pues la absorción del pasivo de las sociedades que se extinguen puede debilitar la seguridad de sus créditos.

Los acreedores que pueden oponerse no sólo son los de la sociedad fusionada sino también los de la fusionante, pues los acreedores de ésta, al producirse la sucesión universal por la fusión, soportarían cargas provenientes de las sociedades fusionadas.

Los acreedores que tengan derechos especialmente garantizados no gozan del derecho de oposición (art. 219º).

El derecho del acreedor a oponerse caduca por el transcurso del plazo de treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos y se extingue por el pago y el aseguramiento del crédito.

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 oposición se hubiese promovido con mala fe o con notoria falta de fundamento, el juez impondrá al demandante y en beneficio de la sociedad afectada por la oposición una penalidad de acuerdo con la gravedad del asunto, así como la indemnización por daños y perjuicios que corresponda. Constituye éste un caso de excepción a la normatividad procesal, en la cual el juez, sin que se haya planteado una pretensión de indemnización, ordena el pago de la misma como un resarcimiento por la conducta incorrecta del opositor. Desde el punto de vista procesal es un artículo que puede merecer cierta crítica, sin embargo, se ha optado por una alternativa de protección inmediata a la sociedad.

266. ESCRITURA DE FUSIÓN

La escritura pública debe contener: los acuerdos de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes; el pacto social y estatuto de la nueva sociedad o las modificaciones del pacto social y del estatuto de la sociedad absorbente; la fecha de entrada en vigencia de la fusión; la constancia de la publicación de los avisos que dan cuenta del acuerdo de fusión y los demás pactos que las sociedades participantes estimen pertinente.

El *plazo* a partir del cual puede extenderse la escritura de fusión es transcurrido treinta días computado a partir de la fecha de publicación del último aviso del acuerdo de fusión y en la medida que no exista oposición al mismo. Si la oposición hubiese sido notificada dentro del citado plazo, la escritura pública se otorga una vez levantada la suspensión o concluido el proceso que declara infundada la oposición.

El *balance general* cerrado al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la sociedad ya no requiere ser insertado en la escritura, sin embargo deberá estar a disposición de los socios y acreedores; servirá para establecer la parte que corresponda, en el patrimonio social, a los socios que hagan uso del derecho de separación.

La liquidación a los accionistas o a los acreedores disconformes que hubieran hecho uso del derecho de oposición se hará, precisamente, sobre la base del balance y tratándose de los acreedores, según el monto de sus créditos.

El balance final cerrado al día anterior de la fecha de entrada en vigencia del acuerdo de fusión tiene la finalidad de dar a conocer la situación patrimonial de la sociedad como consecuencia inmediata del acuerdo de fusión.

Si se trata de la *fusión por absorción*, la escritura debe contener, además, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la sociedad incorporante, si lo hubiere, y el número o clase de acciones que deben ser entregadas a los accionistas, o el monto de las cuotas o participaciones sociales correspondientes a los socios, según si la sociedad incorporante es una anónima o de otra clase.

Las *modificaciones estatutarias* son parte del contenido necesario de la escritura porque en relación con la sociedad absorbente se trata de una escritura de modificación de la incorporante, que, en razón de la fusión, se ve obligada, salvo raras excepciones, a aumentar su capital, aparte de otras modificaciones variables, según los casos, que suelen acompañar a la fusión por absorción.

La *participación* que corresponde a los socios, bien en forma de acciones, bien como cuota o participaciones, debe ser, igualmente, establecida en base a la relación de canje, pues en esta forma se determina la proporción entre lo que les corresponde en la sociedad absorbente y lo que les correspondía en las sociedades incorporadas.

Además, la escritura contendrá todos los datos necesarios para el funcionamiento de la sociedad resultante de la fusión, debiendo inscribirse en el Registro, con lo que se opera la sucesión de las sociedades extinguidas por la que nace de la fusión.

Cuando se sigue el procedimiento de crear una *sociedad nueva*, se presenta un caso de fundación de sociedad, por lo que la escritura debe contener los datos que la ley exige de un modo general. Puede contener, además, los pactos o condiciones lícitas que acuerden las sociedades al fusionarse.

El RRS dispone para la inscripción de la fusión, que la escritura pública debe contener, además de lo prescrito por el Artículo 358º referidos en el primer párrafo de este rubro, lo siguiente:

a) *Las publicaciones del aviso* de los acuerdos de fusión así como la constancia expedida por el gerente general o por la persona autorizada de cada una de las sociedades participantes en la fusión, de que la sociedad no ha sido emplazada judicialmente por los acreedores oponiéndose a la fusión. Si se hubiere producido oposición y esta ha sido notificada dentro del plazo de los treinta días de haberse publicado el aviso de fusión, la fusión podrá inscribirse si en la escritura pública se inserta, o se acompaña, la resolución judicial que declare que la sociedad ha pagado, garantizado a satisfacción del Juez o se ha notificado al acreedor que se ha constituido la fianza derivada de su oposición prevista en la parte final del Artículo 219º de la Ley o la aceptación del desistimiento del acreedor.

b) En la escritura pública debe contener la *relación y contenido de los derechos especiales existentes* en la sociedad o sociedades que se extinguen por la fusión y que figuren inscritos en el Registro, que no sean modificados o no sean materia de compensación. Los titulares de derechos especiales, modificados o compensados que no hayan concurrido a la Junta de la sociedad extinguida, podrán consentir a tal modificación o compensación participando en la escritura pública, o mediante documento con su firma notarialmente legalizada. Cuando tal aceptación proviene de acuerdo adoptado por la Junta que reúne a los titulares de esos derechos (Juntas especiales), se insertará la parte pertinente del acta. En ambos casos, la escritura incluirá la relación y el nuevo contenido de los derechos especiales;

c) *En caso que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial* que se transfiere, deberá dejarse constancia en la escritura pública el monto en el que se aumenta el capital de la absorbente. Tratándose de fusión por constitución de una nueva sociedad, deberá indicarse 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 en la escritura pública de su monto, con lo cual queda justificado que la sociedad absorbente no aumente su capital ni emita nuevas acciones. Tratándose de fusión por constitución, deberá dejarse 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.

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.

267. EFECTO DE LA FUSIÓN EN LAS SUCURSALES

Cuando alguna sociedad participante en una fusión tiene establecida una sucursal, la sociedad absorbente o incorporante en la fusión asume las sucursales de las sociedades que se extinguen, salvo indicación en contrario. Asimismo, para la inscripción en el registro del cambio de sociedad titular de la sucursal se requiere presentar la certificación expedida por el registro de haber quedado inscrita la fusión en las partidas correspondientes a las sociedades principales participantes.

Para la inscripción en el país del cambio de sociedad titular de la sucursal originada en la fusión de su principal constituida en el extranjero, el Registro exigirá la presentación de la documentación que acredite que la fusión ha entrado en vigencia en el lugar de la sociedad principal; el nombre, lugar de constitución y domicilio de la sociedad principal absorbente o incorporante y que ella puede tener sucursales en otro país.

CAPÍTULO XXX
ESCISIÓN DE SOCIEDADES

268. Concepto.- 269. Clases de escisión.- 270. Efectos de la escisión.- 271. Requisitos y proceso de escisión: a) El proyecto de escisión; b) El balance; c) Publicación.- 272. Derecho de separación.- 273. Derecho de los acreedores.- 274. Escritura de escisión.

268. CONCEPTO

La escisión es otra forma de reorganizar las sociedades. La actual Ley General de Sociedades incluye las normas que regulan por primera vez la escisión en el Título III de la Sección Segunda, tratándola como una forma de reorganizar las empresas o las sociedades. La escisión implica un fraccionamiento patrimonial de la sociedad que se escinde.

Existe una clara relación entre la fusión y la escisión, ambas son una respuesta del derecho a los problemas de reestructuración y reorganización de empresas. La sociedad que no se adecua a las condiciones del mercado tiende a fracasar, es así que la respuesta del derecho a esa situación es brindar la herramienta que permita reorganizar la empresa mediante la transmisión de sus activos a través de un procedimiento simple, evitando una serie de actos singulares y complejos que dilatan y hacen infructuosa la decisión de transmitir pasivos en bloque.

Si bien la fusión tiende a la concentración empresarial, la escisión necesariamente no tiene por única finalidad la divergencia de los patrimonios, sino que puede conllevar a la concentración de la empresa. Con la escisión se puede solucionar el problema de sobredimensionamiento de la empresa; se puede resolver la crisis de las empresas escindiendo, separando el patrimonio deficitario para su

reactivación; resolver las diferencias internas entre grupos de socios, escindiendo entre los grupos discordantes el patrimonio social; y, lograr la concentración empresarial mediante la escisión de parte del patrimonio y su fusión por otras sociedades preexistentes. Es importante precisar la diferencia de la escisión con las otras formas de reorganización empresarial, de lo cual resulta la distinción entre lo que debemos entender por la escisión propiamente dicha, diferenciándolas de aquellas otras figuras que no son propiamente escisión sino formas de reorganizar las sociedades. Esta distinción tiene su respaldo legal en el Título IV de la Sección Segunda de la Ley General de Sociedades que precisa las otras formas de reorganización, que no las clasifica como fusión ni como escisión.

La Ley nos brinda el siguiente concepto de escisión: por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos (art. 367º).

Las nuevas acciones o participaciones que se emitan como consecuencia de la escisión pertenecen a los socios o accionistas de la sociedad escindida, quienes las reciben en la misma proporción en que participan en el capital de ésta, siendo pues relevante la relación de canje que se establezca para determinar las acciones que reciben los accionistas de la sociedad escindida en la nueva sociedad. La Ley permite celebrar pactos para regular el derecho de los socios a recibir las acciones, llegando al extremo de permitir el pacto por el cual uno o más socios no reciban acciones o participaciones de alguna o algunas de las sociedades beneficiarias.

269. CLASES DE ESCISIÓN

La *escisión pura y simple*, o *propia*, ocurre cuando una sociedad divide todo su patrimonio en dos o más fracciones, transfiere a nuevas sociedades especialmente constituidas cada una de las fracciones del patrimonio y procede a su propia disolución. Para ello los socios de la sociedad escindida reciben acciones o participaciones de las sociedades a las cuales se ha transferido el patrimonio.

En la *escisión impropia*, la sociedad escindida no se extingue, sino que conserva una de las partes de los bloques patrimoniales; los demás bloques se incorporan a otras sociedades preexistentes o constituidas, las cuales emiten acciones representativas del valor del bloque patrimonial incorporado, a favor de los socios de la sociedad que ha trasmitido el patrimonio.

La Ley ampara ambas clases de escisión cuando señala que la escisión puede adoptar alguna de las formas siguientes:

1) La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o
2) La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son

absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente. En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso (art. 367º).

El *bloque patrimonial* comprende el activo o el conjunto de activos de la sociedad escindida (art. 369º); es decir, puede estar constituido solamente por activos que se escinden y pasan a formar parte de las sociedades escisionarias. También se comprende al bloque patrimonial como el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida, con lo cual se da la posibilidad de transmitir no sólo activos, sino también pasivos. Es frecuente que en la reorganización de las empresas se busque transmitir parte del activo con su correspondiente pasivo a fin de guardar equilibrio, sin embargo, ello no es una condición determinante, pues tal como lo hemos apreciado anteriormente, la Ley permite transmitir solamente activos, en este caso habrá que cuidar que los otros activos que quedan en la sociedad escindente sean suficientes para hacer frente a los pasivos de esa misma sociedad. La Ley también contempla la posibilidad de transmitir el fondo empresarial, es decir, todos los bienes de la sociedad que en su conjunto representan a la empresa en actividad, en movimiento.

270. EFECTOS DE LA ESCISIÓN

La escisión conlleva la extinción de la sociedad escindida, cuando estamos ante la escisión de la sociedad y transmisión del patrimonio a otras sociedades, con la consecuente extinción de la sociedad que segrega su patrimonio. La Ley contempla la extinción de la sociedad con los efectos del Título II de la Sección Cuarta de la Ley que regula propiamente la extinción de las sociedades.

Sin embargo, la escisión no conlleva necesariamente los efectos de la extinción de la sociedad escindente, pues el art. 367º contempla la modalidad de la escisión por la cual la sociedad no se extingue, así se señala que es posible segregar los bloques patrimoniales de una sociedad sin que se extinga, trasmitiéndolos a una o más sociedades nuevas, o que sean absorbidos por sociedades existentes. En este caso la sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

En cuanto a la ausencia de liquidación de las sociedades escindidas, resulta del hecho de la transmisión global del patrimonio de las sociedades que se escinden. No hay proceso liquidatorio, porque la sociedad escisionaria asume los derechos y obligaciones de la extinguida.

La posición de los socios al pasar de las sociedades extinguidas a la nueva o a la receptora del patrimonio queda afectada por la presencia de otros socios, que van a tener intervención en la vida social y que van a recibir acciones o van a ser partícipes, según el caso, de la sociedad resultante de la escisión.

Los socios que en virtud de la nueva forma societaria adoptada asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la fusión. La escisión a una sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada, no afecta la responsabilidad ilimitada que corresponde a éstos por las deudas sociales contraídas antes de la escisión, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor la acepte expresamente.

La inscripción de la escisión produce la extinción de la sociedad escindida, cuando éste sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en sus respectivos Registros, cuando corresponda, el traspaso de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los bloques patrimoniales transferidos. Se evita de esta forma la transferencia de cada operación en particular de no existir la figura de la escisión.

271. REQUISITOS Y PROCESO DE ESCISIÓN

La escisión fluye de la voluntad de las sociedades. Esta voluntad se expresa en junta general de socios, y supone que el acto debe ser acordado por la sociedad escindente. Si estamos ante una escisión múltiple, entonces cada junta de socios debe adoptar el acuerdo en forma separada e internamente. Si estamos ante el caso de una escisión en la cual se encuentra comprometida en el proceso una sociedad escisionaria, a recibir el bloque patrimonial, dicha sociedad también deberá adoptar el acuerdo en forma separada, para lo cual, y con el propósito de facilitar el proceso, la ley contempla la aprobación del proyecto de escisión por parte de cada una de las sociedades comprometidas en el proceso de escisión.

El acuerdo de cada una de las sociedades involucradas en el proceso de escisión se adopta con los requisitos establecidos por la Ley y el estatuto de las sociedades participantes para la modificación de su pacto social y estatuto. No se requiere acordar la disolución de la sociedad o sociedades que se extinguen por la escisión.

a) El proyecto de escisión

El *proceso de escisión* se inicia con el acuerdo que adopta el directorio aprobando el *proyecto de escisión*. Se puede afirmar que el proyecto que aprueba cada una de las sociedades constituye el acto preparatorio para la escisión. Una forma de facilitar los acuerdos definitivos de escisión por parte de las sociedades es comprometerse a respetar puntos fijos que no sufran variación, de modo tal que permitan a las juntas generales de accionistas de cada una de las sociedades tomar el acuerdo de escisión.

El directorio de cada una de las sociedades que participan en la escisión, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, el texto del proyecto de escisión. En el caso de sociedades que no tengan directorio el proyecto se aprueba por la mayoría absoluta de las personas encargadas de la administración de la sociedad.

El proyecto de escisión debe contener: la denominación, domicilio, capital y los datos de inscripción en el Registro de las sociedades participantes; la forma de la escisión; la explicación del proyecto de escisión, sus principales aspectos jurídicos y económicos y los criterios de valorización empleados para la determinación de la relación de canje entre las respectivas acciones o participaciones de las sociedades participantes en la escisión; la relación de los elementos del activo y del pasivo, en su caso, que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión; la relación del reparto, entre los accionistas o socios de la sociedad escindida, de las acciones o participaciones a ser emitidas por las sociedades beneficiarias; las compensaciones complementarias, si las hubiese; el capital social y las acciones o participaciones por emitirse por las nuevas sociedades, en su caso, o la variación del monto del capital de la sociedad o sociedades beneficiarias, si lo hubiere; el procedimiento para el canje de títulos; la fecha prevista para su entrada en vigencia; los derechos de los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones o participaciones; los informes legales, económicos o contables contratados por las sociedades participantes, si los hubiere; las modalidades a las que la escisión queda sujeta, si fuera el caso; y, cualquier otra información o referencia que los directores o administradores consideren pertinente consignar.

Cuando se aprueba el proyecto de escisión cada sociedad ha determinado su patrimonio o por lo menos fijado las pautas exactas para fijarlo, de forma tal que será posible determinar la relación de canje de las acciones de las sociedades. Esta relación de canje se fija en función de los patrimonios que se transmiten y guarda una relación con las acciones que se recibirán de la sociedad a la cual se integra el patrimonio. Es por ello que el artículo 373º, con el objeto de mantener la situación de las sociedades lo menos variable posible determina que una vez aprobado el proyecto de escisión los administradores autolimitan sus funciones, obligándose a abstenerse de realizar o ejecutar cualquier acto o contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje de las acciones o participaciones, hasta la fecha de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes convocadas para pronunciarse sobre la fusión.

La ley establece la obligatoriedad de convocar a una junta o asamblea en la que someta a consideración de los accionistas o socios, el proyecto de escisión (art. 374º). Podemos afirmar que se trata de una junta general de Escisión, en la cual la convocatoria por publicación es obligatoria, aun en el caso que todos los socios se encuentren presentes, pues el artículo 375º obliga a que desde la fecha de la publicación del aviso de convocatoria cada sociedad participante debe poner a disposición de sus socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social los documentos relacionados con la escisión. Lo principal es resaltar que la convocatoria es necesaria porque se trata de comunicar no sólo los accionistas, sino a los obligacionistas si

hubiere, y a los acreedores por cualquier título, que la sociedad está por escindirse, y estos terceros tienen el derecho de ejercer su derecho de oposición hasta que se les pague o se les garantice el pago, en tanto esto no suceda la sociedad no podrá escindirse.

Este *derecho de información* al cual acceden no sólo los socios desde la fecha de publicación del aviso, sino también los acreedores, comprende el acceso a los siguientes documentos:

a) El proyecto de escisión;

b) Los estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes. Aquellas que se hubiesen constituido en el mismo ejercicio en que se acuerda la escisión presentan un balance auditado cerrado al último día del mes previo al de la aprobación del proyecto de escisión;

c) El proyecto del pacto social y estatuto de la sociedad incorporante o de las modificaciones a los de la sociedad absorbente;

d) La relación de los principales accionistas, directores y administradores de las sociedades participantes. En el proyecto de escisión deberá incluirse el plazo de vigencia de estas condiciones para la escisión, pues la sociedad no puede quedar eternamente ligada a un proyecto que puede en el mejor de los casos ser aprobado por una de las sociedades, pero la otra guarda silencio respecto a la aprobación del proyecto de escisión, por ello deberá precisarse al aprobarse éste por los administradores, o por la junta general el plazo para que entre en vigencia la escisión. Dentro de este esquema, el art. 377º señala que el proceso de escisión se extingue si no es aprobado por las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes dentro de los plazos previstos en el proyecto de escisión y en todo caso a los tres meses de la fecha del proyecto. Nada impide que el acuerdo prevea un plazo mayor a los tres meses.

El acuerdo de escisión se adopta previa información por los administradores sobre cualquier variación significativa experimentada en el patrimonio de las sociedades participantes, desde la fecha en que se estableció la relación de canje. Con conocimiento de esta situación, cada una de las sociedades aprueba el proyecto de acuerdo de escisión, con las modificaciones que expresamente se acuerde y fija la fecha común de entrada en vigencia de la escisión. Resulta importante que la junta general o la asamblea, según el caso, precise la fecha de entrada de vigencia de la escisión, no obstante que sus efectos queden sujetos a la inscripción formal en el Registro.

La escisión entra en *vigencia* en la fecha fijada en los acuerdos de escisión. En esa fecha las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades

escindidas, ya sea que se extingan o no. Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la escisión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro y en las partidas correspondientes a todas las sociedades participantes.

La *inscripción de la escisión* produce la extinción de la sociedad escindida, cuando éste sea el caso, es decir, cuando la escisión contemple la extinción de la sociedad escindente, pues como sabemos puede darse el caso que la sociedad escindente no llegue a extinguirse, sino que tan sólo transmite una parte de su patrimonio. Por el solo mérito de la escisión se inscriben en los respectivos Registros, cuando ello corresponda, el traspaso de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los bloques patrimoniales transferidos.

De no prosperar la inscripción de la escisión en forma definitiva, no se produce los efectos de la escisión, y por más que se haya determinado fecha de entrada de vigencia de la escisión, ésta no prospera por la falta del requisito de la inscripción.

b) El balance

En cuanto al balance, la ley dispone que cada una de las sociedades que se extinguen por la escisión formula un balance al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la escisión, con excepción de las nuevas sociedades que se constituyen por razón de la escisión las que deben formular un balance de apertura al día fijado para la vigencia de la escisión.

Los balances de escisión deben formularse dentro de un plazo máximo de treinta días, contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la escisión. No se requiere la inserción de los balances de escisión en la escritura pública correspondiente, pero deben ser aprobados por el respectivo directorio, y cuando éste no exista por el gerente, y las sociedades participantes deben ponerlos a disposición de los socios de las sociedades involucradas, de los obligacionistas si fuere el caso, y de los acreedores.

c) Publicación

La publicidad debe cumplirse a fin de dar a conocer a los socios y a los acreedores la reorganización de la sociedad, de forma tal que puedan ellos ejercer su derecho de oposición. La ley establece que los acuerdos de escisión se publican por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso (art. 380º). Los avisos podrán publicarse en forma independiente o conjunta por las sociedades participantes; y que el plazo para el ejercicio del derecho de separación empieza a contarse a partir del último aviso.

La escritura pública de escisión se otorga una vez vencido el plazo de treinta días contado desde la fecha de publicación del último aviso a que se refiere el artículo anterior, si no hubiera oposición. Si la oposición hubiera sido notificada dentro del citado plazo, la escritura se otorga una vez levantada la suspensión o concluido el procedimiento declarando infundada la oposición.

272. DERECHO DE SEPARACIÓN

El derecho de separación es concedido al socio que en la junta hubiese hecho constar en acta su oposición al acuerdo, alcanzando este derecho a los ausentes, y a los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto. Como se aprecia no alcanza el derecho a los presentes que se abstuvieron de votar.

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 que publicita el acuerdo de escisión.

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.

Una de las condiciones para el ejercicio del derecho de separación está relacionada con la uniformidad de criterio en el ejercicio del derecho de voto del socio o accionista, a que se hizo referencia al comentar la fusión de las sociedades (*supra* Nº 264).

Las acciones de los socios que hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad, respetándose lo señalado en el art. 200º de la Ley.

En el caso de los titulares de las acciones de inversión, cuyo régimen se encuentra regulado por la Ley Nº 27028, ellos tienen el derecho a redimir sus acciones en el supuesto de acordarse la escisión de la sociedad.

273. DERECHO DE LOS ACREEDORES

Al igual que en caso de la fusión, los acreedores tienen derecho a oponerse a la escisión, porque ésta puede significar para ellos peligros evidentes, pues el traspaso del patrimonio en bloque puede perjudicarlos para el pago de las obligaciones contraídas por la sociedad escindente.

Los acreedores que pueden oponerse no sólo son los de la sociedad escindente sino también los de la escisionaria, pues los acreedores de ésta, al producirse la sucesión universal por la escisión, soportarían cargas provenientes de las sociedades escindidas, o de ser el caso, las obligaciones de la escisionaria se podrían ver recargadas y poner en peligro el cumplimiento de las obligaciones de los acreedores de esa sociedad. Los acreedores que tengan derechos especialmente garantizados no gozan del derecho de oposición.

El derecho del acreedor a oponerse caduca por el transcurso del plazo de treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos y se extingue por el pago y el aseguramiento del crédito.

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 oposición se hubiese promovido con mala fe o con notoria falta de fundamento, el juez impondrá al demandante y en beneficio de la sociedad afectada por la oposición una penalidad de acuerdo con la gravedad del asunto, así como la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

274. ESCRITURA DE ESCISIÓN

La escritura pública debe contener: los acuerdos de las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes; el pacto social y estatuto de la nueva sociedad o las modificaciones del pacto social y del estatuto de la sociedad escisionaria; la fecha de entrada en vigencia de la escisión; la constancia de la publicación de los avisos que dan cuenta del acuerdo de escisión y los demás pactos que las sociedades participantes estimen pertinente. La Ley no exige que el balance de las sociedades escindidas y escisionarias se inserte en la escritura pública.

El plazo a partir del cual puede extenderse la escritura de escisión es transcurrido treinta días computado a partir de la fecha de publicación del último aviso del acuerdo de escisión, y, en la medida que no exista oposición al mismo.

Si bien el balance general cerrado al día anterior de la fecha de entrada en vigencia de la sociedad, no requiere ser insertado en la escritura, sin embargo deberá estar a disposición de los socios y acreedores; servirá para establecer la parte que corresponda, en el patrimonio social, a los socios que hagan uso del derecho de separación.

La liquidación a los accionistas o a los acreedores disconformes que hubieran hecho uso del derecho de oposición se hará, precisamente, sobre la base del balance y tratándose de los acreedores, según el monto de sus créditos.

El balance final cerrado al día anterior de la fecha de entrada en vigencia del acuerdo de escisión tiene la finalidad de dar a conocer la situación patrimonial de la sociedad como consecuencia inmediata del acuerdo de escisión.

Si se trata de la escisión simple en la cual la sociedad escisionaria recibe los bloques patrimoniales, la escritura debe contener, además, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la sociedad escisionaria, si la hubiere, o la modificación del estatuto; y el número o clase de acciones que deben ser entregadas a los accionistas, o el monto de las cuotas o participaciones sociales correspondientes a los socios, según si la sociedad incorporante es una anónima o de otra clase.

Las modificaciones estatutarias son parte del contenido necesario de la escritura porque en relación con la sociedad escisionaria puede tratarse de una es-

critura de modificación que, en razón de la escisión, se ve obligada, salvo raras excepciones, a aumentar su capital, aparte de otras modificaciones variables.

La participación que corresponde a los socios, bien en forma de acciones, bien como cuota o participaciones, debe ser, igualmente, establecida en base a la relación de canje, pues en esta forma se determina la proporción entre lo que les corresponde en la sociedad escisionaria o en la escindente que se mantenga.

Además, la escritura contendrá todos los datos necesarios para el funcionamiento de la sociedad resultante de la escisión, debiendo inscribirse en el Registro, con lo que se opera la sucesión de las sociedades extinguidas.

Cuando se sigue el procedimiento de crear una sociedad nueva, se presenta un caso de fundación de sociedad, por lo que la escritura debe contener los datos que la ley exige de un modo general. Puede contener, además, los pactos o condiciones lícitas que acuerden las sociedades al escindirse.

El RRS dispone para la inscripción de la escisión, que la escritura pública debe contener, además de lo prescrito por el Artículo 382º referidos en el primer párrafo de este rubro, lo siguiente:

a) Las publicaciones del aviso de los acuerdos de escisión así como la constancia expedida por el gerente general o por la persona autorizada de cada una de las sociedades participantes en la escisión, de que la sociedad no ha sido emplazada judicialmente por los acreedores oponiéndose a la escisión. Si se hubiere producido oposición notificada dentro del plazo de los treinta días de haberse publicado el aviso de escisión, ésta podrá inscribirse si en la escritura pública se inserta, o se acompaña, la resolución judicial que declare que la sociedad ha pagado, garantizado a satisfacción del Juez o se ha notificado al acreedor que se ha constituido la fianza prevista en la parte final del Artículo 219º de la Ley o la aceptación del desistimiento del acreedor.

b) En la escritura pública debe contener la relación detallada y valorizada de los elementos del activo y del pasivo, en su caso, que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión, así como la relación y contenido de los derechos especiales existentes en la sociedad que se escinde o en la que se extingue por la escisión, que figuren inscritos en el Registro, que no sean modificados o no sean materia de compensación.

Los titulares de derechos especiales modificados o compensados que no hayan concurrido a la Junta de la sociedad que se escinde o que se extingue por escisión, podrán consentir a tal modificación o compensación, participando en la escritura pública o mediante documento con su firma legalizada notarialmente. Cuando tal aceptación proviene de acuerdo adoptado por la Junta que reúne a los titulares de esos derechos, se insertará la parte pertinente del acta. En ambos casos, la escritura incluirá la relación y el nuevo contenido de los derechos especiales

c) En caso que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, deberá dejarse constancia en la escritura pública del monto en el que se aumenta el capital de la sociedad receptora. Tratándose de sociedad que se constituye por la escisión, el porcentaje de participación y el número de acciones o participaciones sociales que la nueva sociedad entregará a los socios de la sociedad que se escinde, total o parcialmente.

d) En caso que sea negativo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, se dejará constancia en la escritura pública de su monto con lo cual queda justificado que la sociedad receptora no aumente su capital ni emita nuevas acciones. Tratándose de escisión 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 la escisión.

En mérito a la inscripción de la escisión, puede solicitarse la inscripción de la transferencia de los bienes y derechos que integran los patrimonios transferidos, aunque aquellos no consten expresamente en la escritura pública de escisión.

CAPÍTULO XXXI
OTRAS FORMAS DE REORGANIZACIÓN

275. Reorganización simple.- 276. Otras formas de reorganización.- 277. Reorganización de sociedades constituidas en el extranjero.

275. REORGANIZACIÓN SIMPLE

Además de la transformación, fusión y escisión, la ley contempla otras formas reorganizativas que no calzan precisamente en las figuras que se han detallado anteriormente.

Una de esas variantes es la *reorganización simple*, que consiste en el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

A diferencia de la fusión y de la escisión tenemos que en este caso las acciones derivadas del aumento del capital por el hecho de aportar bloques patrimoniales a otra sociedad no se entregan a los socios, como sería en el caso de las mencionadas formas reorganizativas en donde juega un papel importantísimo la relación de canje de las acciones, sino que las recibe la misma sociedad que transmitió los bloques.

Esta reorganización se realiza en una misma operación, sin perjuicio de que cada una de las sociedades participantes cumpla con los requisitos legales prescritos por la Ley para cada uno de los diferentes actos que la conforman y de que de cada uno de ellos se deriven las consecuencias que les son pertinentes.

276. OTRAS FORMAS DE REORGANIZACIÓN

Son también formas de reorganización societaria:

1) *Las escisiones múltiples*, en las que intervienen dos o más sociedades escindidas;
2) *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;
3) *Las escisiones combinadas con fusiones*, entre las mismas sociedades participantes;
4) *Las escisiones y fusiones combinadas entre múltiples sociedades*; y,
5) Cualquier otra operación en que se combinen transformaciones, fusiones o escisiones.

Las reorganizaciones referidas también se realizan en una misma operación, sin perjuicio de que cada una de las sociedades participantes cumpla con los requisitos legales prescritos por la ley para cada uno de los diferentes actos que las conforman y de que de cada uno de ellos se deriven las consecuencias que les son pertinentes.

De conformidad con el Reglamento del Registro de Sociedades, la escritura pública de reorganización simple debe contener:

a) Los avisos de convocatoria a Junta de accionistas, que deben constar en publicaciones en hoja original pertinente del periódico respectivo, o, alternativamente, se insertará en la escritura pública o se adjuntará una certificación notarial que contenga el texto del aviso, la fecha de la publicación y el diario en que se ha publicado. Dicha publicación debe realizarse con una anticipación no menor de tres días, salvo que se trate de juntas universales o que exista un plazo mayor establecido en el estatuto de la sociedad. Cabe señalar que la reorganización puede realizarse en cualquier modalidad societaria, en tal caso, debe tenerse presente que rigen las reglas de convocatoria para cada tipo societario, así por ejemplo, en el caso de reorganización de sociedad anónima cerrada, no existe la exigencia de realizar publicaciones de convocatoria a junta de accionista, sino que la ley obliga a convocar bajo esquelas o medios que dejen constancia de recepción.
b) Los acuerdos de las juntas generales de las sociedades participantes que aprueben e identifiquen la reorganización simple de manera expresa;
c) Fecha de su entrada en vigencia. La LGS no ha sido lo suficientemente clara para regular la reorganización societaria, y es por ello que el RRS, para efectos registrales ha incorporado ciertas normas que cubren la

regulación de derechos frente a terceros por los actos que realice la sociedad; es esta la razón de haber señalado con precisión la entrada en vigencia de la sociedad reorganizada.

d) La declaración del gerente general, del administrador o de la persona autorizada de haber recibido el bloque patrimonial aportado, incluyendo los bienes, derechos, obligaciones y garantías que lo integran;

e) El Informe de Valorización a que se refiere el artículo 27º de la LGS, dado que nos podemos encontrar ante el aporte de bienes no dinerarios, incluyendo el valor total de los activos, de los pasivos y el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere. Si el bloque patrimonial está integrado por pasivos y garantías, el informe tendrá igual contenido;

f) En caso que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial que se aporta, debe dejarse constancia en la escritura pública del monto en que se aumenta el capital social de la sociedad que recibe el aporte y el número de las acciones o participaciones que emitirá. En caso que dicho valor sea negativo se dejará constancia del mismo y esa circunstancia producirá que no se aumente el capital de la sociedad receptora del bloque patrimonial aportado;

g) El acta de la sociedad receptora del bloque patrimonial debe contener el reconocimiento y las disposiciones para el ejercicio del derecho de suscripción preferente del socio que pretenda para mantener la proporción que tienen en el capital, salvo que la sociedad aportante de dicho bloque no sea accionista o socia de la primera;

h) En su caso, el pacto social y el estatuto de la nueva sociedad constituida por la reorganización simple.

Para la inscripción de la reorganización simple no se exige la constancia de no haberse formulado oposición por los acreedores, pues en el caso de la reorganización simple el acto consiste en que una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes, con lo cual el acreedor siempre tiene ante sí a su deudor.

277. REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Cualquier sociedad constituida y con domicilio en el extranjero, siempre que la ley no lo prohíba, puede radicarse en el Perú, conservando su personalidad jurídica y transformándose y adecuando su pacto social y estatuto a la forma societaria que decida asumir en el Perú. Para ello, debe cancelar su inscripción en el extranjero y formalizar su inscripción en el Registro.

De esta forma se permite que la sociedad constituida en el extranjero pueda mantener su nombre y su experiencia luego de reorganización, pues su personería

jurídica en ningún momento se ha extinguido, y como recordamos, la fusión no constituye ni genera una disolución societaria.

Asimismo, la sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero puede reorganizarse; así como ser transformada para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por la ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro.

La Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nº 200-2001, que aprobó el Reglamento del Registro de Sociedades, ha derogado en su parte pertinente el reglamento de inscripción de reorganización de sociedades constituida en el extranjero que decida fijar su domicilio en el Perú. En efecto, los artículos 135º al 138º regulan los actos para la inscripción de la reorganización de la sociedad constituida en el extranjero, y que pretenda fijar su domicilio en el Perú. En este caso, la sociedad extranjera, en la medida que pretenda su reorganización societaria y pueda por aplicación de su propia ley radicar en territorio extranjero, podrá acogerse al sistema y cambiar su domicilio social sin que se vea perjudicada con la pérdida de su personalidad jurídica. Requerirá entonces transformarse y adecuar su pacto social y estatuto a la una forma societaria permitida por nuestra LGS.

La empresa extranjera deberá cancelar su inscripción en el extranjero y formalizar su inscripción en los registros públicos del Perú. La oficina registral peruana abrirá de manera preventiva una partida registral para la sociedad extranjera a nacionalizarse que se convertirá en definitiva una vez que se acredite la cancelación de la inscripción de la compañía en el registro del país de origen mediante la presentación de la constancia oficial correspondiente, dentro del plazo improrrogable de seis meses.

Es requisito para la apertura preventiva de la Partida registral la presentación, ante el Registro de Personas Jurídicas, de los partes de la escritura pública extendida ante notario o cónsul peruano que contenga como insertos: a) el documento que acredita la vigencia de la sociedad en el extranjero, conocido como certificado de existencia y vigencia; b) el nuevo estatuto social de acuerdo a nuestra LGS; y c) la resolución adoptada por el órgano social competente que contenga la decisión de radicar en el Perú indicando la forma societaria elegida según la LGS del Perú. Luego se solicitará al registro del país de origen la cancelación de inscripción de la sociedad, después que el registro peruano efectúe la anotación preventiva de la reorganización y la designación de representante de la sociedad que formalizará dicha reorganización.

Si se presentara oportunamente el documento el documento que acredita la cancelación de su inscripción en el Registro del país de origen o institución análoga al Registro, indicando la fecha de cancelación, la partida preventiva de inscripción se convertirá en definitiva, dejándose constancia en ella de lo siguiente: a) la

fecha en que se ha cancelado la inscripción en el registro o entidad análoga en el país de origen; y, b) el nombre de la entidad que otorga la constancia de cancelación y la fecha de expedición de ésta. Los efectos de la inscripción de la sociedad se retrotraen a la fecha de la cancelación de su inscripción en el registro o institución análoga en el país de origen.

CAPÍTULO XXXII
SUCURSALES

278. Creación de sucursales.- 279. Inscripción.- 280. Sucursales de sociedade extranjeras.- 281. Disolución y liquidación de las sucursales.

278. CREACIÓN DE SUCURSALES

Se considera como sucursal todo establecimiento secundario a través de cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas activ dades comprendidas dentro de su objeto social.

La apertura de una sucursal implica la creación de un domicilio secundari de la sociedad en determinado ámbito espacial para realizar total o parcialment las actividades que constituyen el objeto de la sociedad. A esta característica s suma la existencia del representante de la sociedad, con facultades suficiente para comprometer con sus actos a la sociedad. El concepto de sucursal supon dependencia económica y jurídica de la principal. Existe titularidad de una mism persona jurídica con un tratamiento legal unitario. La sucursal ostenta el mism nombre, mantiene la misma unidad de empresa, no tiene capital propio ni respor sabilidad separada, aunque en su capacidad de gestión tiene una independenci administrativa. Si bien cierto que la Sucursal debe tener asignado un capital, dich exigencia no está referida al capital social, sino a la cantidad patrimonial para rea lizar actividades, por lo que no es necesario acreditar al Registro el capital asigna do a la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero.

La ley no otorga personería jurídica a la sucursal (art. 396º). Es la mism personería jurídica de la principal con la que actúa, y a quien representa. Est dotada de representación legal permanente y goza de autonomía de gestión en e

ámbito de las actividades que la principal le asigna, conforme a los poderes que otorga a sus representantes. La sociedad principal responde por las obligaciones de la sucursal, la ley no permite pactar en contrario (art. 347º).

La sociedad constituida en el Perú, cualquiera fuese el lugar de su domicilio, puede establecer sucursales u oficinas en otros lugares del país o en el extranjero. El acuerdo de establecer una sucursal por una sociedad constituida en el Perú, se inscribirá en la partida de la sociedad y en el Registro del lugar de su funcionamiento; en este último caso para su inscripción debe presentarse copia literal del asiento de inscripción del acuerdo en la partida de la sociedad.

La sociedad constituida y con domicilio en el extranjero que desarrolle habitualmente actividades en el Perú puede establecer sucursal u oficinas en el país y fijar domicilio en territorio peruano para los actos que practique en el país. De no hacerlo, se le presume domiciliada en Lima. De esta manera para todos los efectos la sucursal de la sociedad tendrá un lugar donde se le notifique para el cumplimiento de sus obligaciones. La ley considera que en caso que la sociedad fije por estatuto el domicilio en algún otro lugar que no sea Lima deberá respetarse lo indicado en el pacto social.

Las sucursales pueden crearse al constituirse la sociedad, o por acto posterior. La instalación de una sucursal no exige una inscripción separada en el Registro de la sede social, sino que ha de anotarse en la hoja abierta a la sociedad en el Registro donde está inscrita. También debe inscribirse en los lugares de funcionamiento de la sucursal. En este último caso, la inscripción contendrá, además de los datos correspondientes a la sucursal, los referentes a la inscripción de la sociedad en su sede y, en su caso, las modificaciones que fueran objeto de inscripción en ella.

279. INSCRIPCIÓN

El directorio de la sociedad decide el establecimiento de su sucursal. Para la inscripción de la sucursal creada por acto posterior a la constitución de la sociedad será suficiente la copia certificada notarial del respectivo acuerdo; las copias certificadas serán autenticadas por notario para los actos que requieran inscripción (art. 46º) y para anotar los datos de inscripción de la sociedad en su sede o inscribir las modificaciones, bastará el certificado expedido por el Registro Mercantil de la sede social. En esta forma se hace menos oneroso y simplifica el procedimiento de inscripción. El acuerdo de establecimiento de la sucursal debe contener el nombramiento del representante legal permanente, quien tiene atribuciones de carácter imperativo, que, por lo mismo, no admiten limitación o reserva de ningún género y que son: a) estar premunido de facultades suficientes para obligar a la sociedad por las operaciones que realice la sucursal y de las generales de representación procesal que exigen las disposiciones legales correspondientes; y b) las demás facultades del representante legal permanente constan en el poder que se

le otorgue. Para su ejercicio, basta la presentación de copia certificada de su nombramiento inscrito en el Registro.

En cuanto a la representación, la ley otorga al representante de la sucursal las mismas facultades que la del gerente general de la sociedad, es decir, goza de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento (art. 14º).

Al término de su representación por cualquier causa y salvo que la sociedad principal tenga nombrado un sustituto, debe designar de inmediato un representante legal permanente. Le alcanza así al representante de la sucursal lo señalado en el artículo 15º de la ley en tanto que como persona que tiene nombramiento 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.

La sociedad está obligada a mantener a un representante permanente en el domicilio donde viene operando, si transcurren noventa días de vacancia del cargo sin que la sociedad principal haya acreditado representante legal permanente; el registro, a petición de parte con legítimo interés económico, cancela la inscripción de la sucursal. La cancelación de la inscripción de la sucursal no afecta a la responsabilidad de la sociedad principal por las obligaciones de aquella, inclusive por los daños y perjuicios que haya ocasionado la falta de nombramiento de representante legal permanente.

La sucursal se cancela por acuerdo del directorio o de la junta general según lo establecido en el pacto social o el estatuto de la sociedad. Para la inscripción de este acto será suficiente copia certificada por notario del acuerdo y acompañando un balance de cierre de operaciones de la sucursal que consigne las obligaciones pendientes a su cargo que son de responsabilidad de la sociedad.

280. SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS

Como toda la materia de la constitución de la sociedad en el exterior está sometida a la ley extranjera, será preciso conocer si esta constitución es normal, de conformidad con la ley de que se trate.

Para este efecto, la existencia y vigencia de la sociedad constituida en el extranjero que pretende establecer sucursales en el Perú, debe ser acreditada mediante certificado de vigencia de la sociedad principal en su país de origen con la constancia de que su pacto social ni su estatuto le impiden establecer sucursales en el extranjero.

Con la misma finalidad de que se hagan efectivas las responsabilidades de las sucursales por los actos que realicen, se les obliga a tener representante legal permanente en el Perú con poderes suficientes para resolver cualquier cuestión relacionada con las actividades de la sucursal; para comprometer la responsabili-

dad de la sociedad en las operaciones que realice; para comparecer en juicio y contestar demandas con la amplitud equivalente a la señalada para el gerente general de la sociedad.

Existen con referencia a las sucursales de sociedades constituidas en el extranjero mayores razones, para las exigencias en igual sentido a las sociedades constituidas en el Perú, pues son mayores las dificultades para obtener el cumplimiento de las obligaciones o interponer demandas fuera del país en referencia a actos realizados en éste, mediante dichas sucursales.

La ley ha regulado los requisitos para el establecimiento de una sucursal constituida y con domicilio en el extranjero, señalando para estos efectos la inscripción de la escritura pública que debe contener ciertos requisitos mínimos:

1) El certificado de vigencia de la sociedad principal en su país de origen con la constancia de que su pacto social ni su estatuto le impiden establecer sucursales en el extranjero;

2) Copia del pacto social y del estatuto o de los instrumentos equivalentes en el país de origen; y,

3) El acuerdo de establecer la sucursal en el Perú, adoptado por el órgano social competente de la sociedad, que indique: el capital que se le asigna para el giro de sus actividades en el país; la declaración de que tales actividades están comprendidas dentro de su objeto social; el lugar del domicilio de la sucursal; la designación de por lo menos un representante legal permanente en el país; los poderes que le confiere; y su sometimiento a las leyes del Perú para responder por las obligaciones que contraiga la sucursal en el país.

El artículo 395 de la Ley General de Sociedades regula la posibilidad de que una sucursal establecida en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero pueda reorganizarse; así como transformarse para constituirse en el Perú adoptando alguna de las formas societarias reguladas por la ley, cumpliendo los requisitos legales exigidos para ello y formalizando su inscripción en el Registro.

Estamos pues ante el supuesto societario que permite que el brazo empresarial de una sociedad constituida en el extranjero y con domicilio en el extranjero, pueda crear la persona jurídica necesaria para operar como tal en base a la sucursal que tiene su lugar de operaciones en el Perú, nos parece estar ante la metamorfosis en la cual una parte del cuerpo se autogenera en una persona completa. En tal caso, el Reglamento de registro de Sociedades ha regulado la inscripción y creación de esta nueva persona jurídica en base a su reorganización, que se puede generar de las siguientes formas: **a)** Transformación de la sucursal; **b)** Reorganización simple; **c)** Fusión por absorción en la cual la sucursal absorbe a una o más sociedades; **d)** Escisión del patrimonio de la sucursal, ya sea mediante la transferencia de uno o más bloques patrimoniales a una o más sociedades existen-

tes o que se constituyan para al efecto o la transferencia de bl oques patrimoniale: a favor de otra sucursal; e) Cualquier otra operación en que se combinen transfor maciones, fusiones o escisiones.

La inscripción de la transformación de la sucursal requiere la presentació de la escritura pública de constitución de sociedad por la transformación de l sucursal, otorgada ante Notario o Cónsul peruanos, que debe rá contener el text de la resolución o acta emitido por el órgano competente con los siguientes acuer dos: a) La decisión de transformar a la sucursal en el Perú; y, b) La adopción de l forma societaria escogida, con inclusión del pacto social y del estatuto. Se acom pañará a la escritura pública, en forma de inserto o anexo, el documento que acre dite la vigencia de la sociedad en el extranjero. En la escritura pública deberár intervenir además de la sociedad principal, el o los nuevos socios, comprobándo se, cuando corresponda, la efectividad de los aportes.

La inscripción de la reorganización simple de una sucursal en el Perú cuy principal es una sociedad constituida en el extranjero, requiere la presentación de la escritura pública en la que se inserte el texto de la resolución o acta emiti da por el órgano competente que contenga las condiciones de la reorganización simple, y se inserte o acompañe el documento que acredite la vigencia de dich sociedad.

La inscripción de la fusión, mediante la cual la sucursal establecida en el Perú absorbe a una o más sociedades, requiere la presentación de la escritura pública de fusión en la que se inserte el texto de la resolución o acta emitido por el órgano competente que contenga las condiciones de la fusión, y se inserte o acom pañe el documento que acredite la vigencia de la principal en el extranjero.

La inscripción de la escisión del bloque patrimonial de una sucursal en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero, requiere la presentación de la escritura pública de escisión, en la que se inserte el texto de la resolución o acta emitida por el órgano competente que contenga las condiciones de la escisión, y se inserte o acompañe el documento que acredite la vigencia de la sociedad prin cipal en el extranjero.

281. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SUCURSALES

La sucursal en el Perú de una sociedad constituida en el extranjero se di suelve mediante escritura pública inscrita en el Registro que consigne el acuerdo adoptado por el órgano social competente de la sociedad principal, y que nombre a sus liquidadores. Quien solicita la cancelación de la sucursal deberá presentar de claración jurada con firma legalizada notarialmente, precisando el legítimo interés económico que invoca.

La liquidación de la sucursal hasta su extinción se realiza de conformidad con las normas contenidas en la propia Ley General de Sociedades. Los

liquidadores deben tener facultades suficientes para poder disponer de los bienes de la sociedad.

En el caso de las fusiones y escisiones de sociedades principales que tengan sucursales, se estará a lo dispuesto en los artículos 405º y 406º de la Ley.

CAPÍTULO XXXIII
DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN DE SOCIEDADES

282. Concepto.- 283. Causales de disolución.- 284. Causales especiales de disolución.- 285. Proceso de liquidación.- 286. Operaciones de liquidación.- 287. Liquidadores.- 288. Terminación del cargo.- 289. Balance de liquidación.- 290. Cuota de liquidación.- 291. Fin de la liquidación.- 292. Posición de los acreedores.- 293. Extinción de la sociedad.- 294. Responsabilidad frente a acreedores impagos.

282. CONCEPTO

La disolución de la sociedad produce la cesación del pacto social y al propio tiempo la extinción de la relación social, en el sentido que los socios no están ya obligados a perseguir el fin común con medios comunes, sino que están autorizados para pretender la restitución en dinero o en especie de sus respectivas aportaciones.

Pero, como se trata de una serie de actos complejos, los efectos de la disolución no pueden cumplirse en el mismo momento en que se presenta la causa de disolución. La vida de la sociedad no se paraliza de golpe. Existen negocios en curso, créditos por hacer efectivos, deudas por pagar, cargas por satisfacer, procedimientos judiciales en trámite, etc. Sólo cuando todo esté concluido y el activo se haya transformado en dinero, o esté en condiciones de repartirse, se llegará a la fase de extinción total del ente jurídico.

El proceso de liquidación se inicia tomando como punto de partida la existencia de la causa de disolución y en su desenvolvimiento se distinguen claramen-

te los dos aspectos que se presentan en orden a la extinción de la sociedad: la disolución, la liquidación y la extinción propiamente dicha. Por esta última se culmina el proceso con la inscripción de la extinción de la sociedad.

283. CAUSALES DE DISOLUCIÓN

Las causales de disolución son, en primer lugar, las que inciden en toda clase de sociedades y, luego, las referentes a las distintas clases de éstas. Además, es causal de disolución una de carácter extraordinario que puede ser motivada en las actividades de la sociedad, o que puede derivar del hecho de que los fines que ella persigue resultan contrarios al orden o a las buenas costumbres.

Es de hacer notar que, además de las causales de disolución señaladas en la ley, pueden los socios añadir otras en el pacto social. De esta manera, pueden considerarse dos grupos de causales. Al primer grupo pertenecen el cumplimiento del término prefijado en el pacto social y en el estatuto, la conclusión de la empresa que constituye el objeto, el acuerdo de los socios y la fusión de la sociedad. Al segundo grupo, la pérdida entera del capital social, la quiebra de la sociedad.

El *término de duración* funciona *ipso jure*. Vencido el plazo determinado de duración de la sociedad, la disolución opera de pleno derecho y se inscribe a solicitud de cualquier interesado. Cumplido el plazo la sociedad no tiene otra alternativa que disolverse y liquidarse, no es posible retrotraer esta situación a un momento anterior. En caso de vencimiento del término no se requiere inscripción de la disolución en el Registro Mercantil. Ella surge de inmediato de la inscripción registral originaria, que señala hasta cuándo tiene vigencia la sociedad. Las demás no surten efecto en perjuicio de tercero hasta su inscripción en el Registro Mercantil.

En el aspecto interno también aparecen diferencias, pues mientras el cumplimiento del término importa el tránsito a la liquidación de la sociedad, las demás causas no producen ese efecto mientras no son reconocidas por los socios o, en su defecto, por resolución judicial.

No hay disolución al vencimiento del término de duración si se hubiese acordado la prórroga y ésta se inscribiese en el Registro Mercantil. No puede haber, pues, prórroga tácita de la sociedad. Tampoco la voluntad expresa de los socios puede originar la continuación de la existencia de la sociedad, si esta prórroga se convino después de vencido el término. En este supuesto, si los socios deciden continuar formando la sociedad celebrarán un nuevo contrato, sujeto a todas las formalidades prescritas para su constitución. El RRS establece que la excepción al vencimiento del término de duración *ipso jure* tiene lugar si dentro del plazo de duración se aprueba el acuerdo de prorroga, y la escritura pública en la que conste se inscribe, siendo la condición en todo caso, que la presentación del título se haya realizado antes del plazo de vencimiento del plazo de duración de la sociedad.

En cuanto a la prórroga del contrato antes del vencimiento, ella debe estar sujeta al cumplimiento de las formalidades que se señalan para modificar el estatuto o el acto constitutivo.

Si la sociedad continua desarrollando la actividad pese a haber vencido el término de duración, sería una sociedad irregular, de irregularidad sobrevenida, con los efectos que ello conlleva.

La *conclusión del objeto, no realización de su objeto durante un período prolongado o imposibilidad manifiesta de realizarlo* determinan que la sociedad no tenga razón de existir. La imposibilidad puede ser de hecho o de derecho. Toca a los socios reconocer la conclusión de la empresa y la carencia de objeto de la sociedad.

La *continuada inactividad de la junta general* es una causal que estaba prevista anteriormente tan sólo para la sociedad anónima; hoy se ha hecho extensiva para todos los modelos societarios.

La *pérdida del patrimonio*, si se reduce a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, origina la disolución, salvo que éste sea resarcido o se aumente o reduzca en cuantía suficiente. Pese a la distinta función del capital en las sociedades de responsabilidad limitada e ilimitada, la ley las ha igualado en relación con esta causa de disolución. Es fundamental, tratándose de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada porque ellas sólo pueden nacer y subsistir con el respaldo del capital, pues en las sociedades colectivas y comanditarias existe el respaldo de la responsabilidad de los socios. En relación con las sociedades anónimas, se hace obligatoria la reducción del capital cuando las pérdidas han disminuido el capital social en más del cincuenta por ciento y ha transcurrido un ejercicio social sin haber sido reintegrado, salvo cuando existan reservas legales o de libre disposición, o se hagan nuevos aportes en cuantía que compense el desmedro.

El *acuerdo de la junta de acreedores*, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o la quiebra origina la disolución en cuanto extingue la sociedad. El proceso liquidatorio motivado por estos acuerdos de los acreedores conlleva a un proceso de liquidación bajo el control de los acreedores, quienes ante la falta de viabilidad económica de la sociedad deciden disolver y nombrar los liquidadores para la realización de los activos y pagar los pasivos de la sociedad.

La revocación del acuerdo de disolución voluntaria se inscribe por el mérito de copia certificada del acta de la junta general donde conste el acuerdo y la declaración del liquidador o liquidadores de que no se ha iniciado el reparto del haber social entre los socios; de haber reparto del haber social no será posible revocar el acuerdo voluntario de disolución.

Distinto es el caso de la disolución decretada a instancia de los acreedores de la sociedad. Actualmente, en caso de encontrarnos con una sociedad que ha sido declarada insolvente, dentro del proceso concursal, una de las alternativas será la liquidación de la sociedad con arreglo a las normas del derecho concursal, y de llegar a constatarse la imposibilidad de pago de las deudas, procederá la de-

claración de quiebra, que viene a ser la constatación de un hecho consumado, como es la imposibilidad de pago por falta de bienes, y consecuentemente la inscripción de este acto en el Registro Mercantil.

Por *Resolución de la Corte Suprema*, puede producirse la disolución si los fines perseguidos por la sociedad o las actividades que desarrolla son contrarios al orden público o a las buenas costumbres. En estos casos se impone la intervención del poder público para poner término a la vida de la sociedad. No es aceptable que una sociedad funcione para fines contrarios al interés social. Si el fin se presenta como ilegal o ilícito, o si las actividades de la sociedad atentan contra los principios en que se basa la convivencia legítima, está justificada la intervención del Estado para la disolución del ente jurídico.

Si bien el Poder Ejecutivo es quien está facultado para pedir a la Corte Suprema la disolución de la sociedad, cualquier interesado puede hacer la denuncia ante dicho Poder y éste, apreciando el hecho denunciado, podrá solicitar la disolución. 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 terçero puede solicitar al juez de la sede social que designe a los liquidadores y dé inicio al proceso de liquidación, por el proceso sumarísimo.

La *falta de pluralidad de socios* es otra causa de disolución prevista en la ley, salvo que en el plazo de seis meses se reconstituya la pluralidad de personas. El problema de las sociedades en las que desaparece el número plural de socios puede apreciarse de manera diferente, según se trate de sociedades anónimas o de otras formas societarias.

En primer lugar, debe destacarse que de lo que se trata es de establecer si la sociedad subsiste, lo que presupone que ella ha estado formada por dos o más socios, ya que la pluralidad de personas es consustancial al nacimiento de la sociedad. Pero la pluralidad puede desaparecer porque los socios fueron separados de la sociedad, o vendieron sus acciones y todas se reunieron en una sola mano.

Otras causas de disolución legal o convencional, son las que la ley impone o las que se hubiesen previsto en el contrato o en el estatuto, al que deben sujetarse las partes en virtud de acuerdos adoptados por los socios.

La disolución anticipada importa una modificación del acto constitutivo, por lo que serán de aplicación las reglas pertinentes a las sociedades de personas que

exigen el acuerdo unánime de los socios, si se trata de sociedades de esta clase, y el acuerdo tomado con las formalidades y con la mayoría de accionistas y de votos para las sociedades anónimas, que también rigen para las sociedades de responsabilidad limitada.

284. CAUSALES ESPECIALES DE DISOLUCIÓN

Además de las causas de disolución aplicables a toda clase de sociedades, hay que considerar las especiales referentes a cada una de ellas.

En las *sociedades colectivas*, *el fallecimiento o incapacidad sobrevenida* de uno de los socios extingue la relación societaria, salvo pacto expreso de continuar el contrato con los herederos del socio difunto, o de subsistir ésta entre los socios sobrevivientes. Se plantean al respecto tres posibilidades: a) la sociedad se disuelve; b) la sociedad continuará con los herederos; c) la sociedad continúa únicamente entre los socios sobrevinientes, con exclusión de los herederos del socio fallecido.

La *incapacidad* origina dos situaciones: o se disuelve totalmente o continúa entre los demás socios. No se admite la posibilidad de que los representantes del incapaz puedan continuar en representación de éste formando parte de la sociedad.

Disuelta la sociedad será necesario efectuar una liquidación para establecer el valor de la participación del socio fallecido o incapacitado, tomando como punto de partida el día del fallecimiento o de la incapacidad. El importe de la participación se entregará a los herederos o a los representantes legales del incapaz.

En las *sociedades en comandita* pueden presentarse las mismas causales examinadas, pero deben considerarse, además otros supuestos, atendiendo a la distinta naturaleza de la *comandita simple*. Como en esta clase de sociedades hay dos clases de socios, la desaparición de todos los socios, de cualquier clase que sean éstos, rompe la estructura personal de la sociedad, salvo que en el plazo de seis meses se restablezca el elemento personal que contribuye a configurarla en su doble aspecto de socios con responsabilidad limitada e ilimitada.

Si llegan a faltar todos los socios colectivos, la sociedad, además de perder su substrato personal, queda en acefalía, pues es a los socios colectivos a quienes corresponde la dirección de la sociedad. Para evitar esta situación, que afecta los aspectos internos de gestión como los de representación, se faculta el nombramiento de un administrador provisional por el período de seis meses, que asume la calidad de socio colectivo.

A la *sociedad en comandita por acciones* se aplican las reglas de las colectivas y de las comanditarias simples, debiendo agregarse que, si los administradores designados no aceptan el cargo o no se provee su sustitución en el plazo de seis meses, se produce la disolución.

En la sociedad anónima, la disolución debe ser considerada en forma especial teniendo en cuenta las características que le son propias. Como en todas las demás sociedades, los conceptos de disolución y liquidación quedan comprendidos dentro de los más amplios de extinción de la sociedad. Se distinguen, además, los casos de disolución voluntaria y de disolución legal, según provenga de la voluntad válidamente expresada por la junta general, o si resulta impuesta, por la ley; o si proviene de la voluntad de los acreedores dentro del sistema concursal.

Como *causas especiales de disolución de la sociedad anónima* se consideran la imposibilidad de funcionamiento de la sociedad o la continuada inactividad de la junta general, que puede originarse en la situación de oposición interna que haga imposible la formación de la mayoría en las juntas generales.

La *imposibilidad de funcionamiento o inactividad de la junta general* debe ser declarada por acuerdo de asamblea. Para obtener la declaración de esta causal de disolución, cualquier socio puede requerir en primer término a los directores para que se haga la convocatoria. Si no pudiera lograrse la mayoría exigida por la ley o el estatuto, la declaración de disolución y el nombramiento de liquidador se hará por el juez del lugar donde tiene su sede la sociedad a solicitud de los socios, o de cualquier miembro del directorio, tramitándose por el proceso sumarísimo. El acuerdo puede ser impugnado, así como el que se oponga a la disolución, no obstante existir causa legal para que ella se produzca, o si se acordase sin las mayorías exigidas en la ley o el estatuto, si éste requiere determinada mayoría.

> La Ejecutoria de la Corte Suprema de 5 de julio de 1977, resolvió que el Gerente carece de facultad para allanarse a la demanda para ello se requiere el acto social prescrito por el art. 316º de la Ley Nº 16123. Asimismo, dicha ejecutoria resolvió que no es causal para pedir la disolución de una sociedad anónima la pésima administración de ella por su gerente.

La amortización y reintegro de todas las acciones es también causa de disolución, pues en este supuesto la sociedad quedaría reducida a un simple esquema formal sin contenido patrimonial intrínseco.

Sólo tratándose de las sociedades anónimas, puede el Poder Ejecutivo ordenar su continuación forzosa, pese al acuerdo de disolución adoptado por la junta general, si considera la actividad de la empresa de necesidad y utilidad para la economía nacional, o el interés social. Pero, como no puede obligarse a los accionistas a continuar formando parte de una sociedad que ellos consideran perjudicial, deben ser compensados. En todo caso, los accionistas tienen el derecho de acordar continuar con las actividades de la sociedad, siempre que así lo resuelvan dentro de los diez días siguientes, contados desde la publicación de la resolución.

285. PROCESO DE LIQUIDACIÓN

Disuelta la sociedad se inicia el proceso de liquidación. La sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dura el proceso de liquidación y hasta

que se inscriba la extinción en el Registro. En resguardo de la posición de los terceros, debe efectuarse la inscripción en el Registro y la publicación para los efectos de iniciación de la liquidación. Es obligación del órgano directivo hacer la inscripción del acuerdo, siendo responsable frente a la sociedad por el incumplimiento.

La sociedad debe añadir las palabras "en liquidación" a su denominación en todos los actos que realice así como en su correspondencia. Esto no significa, sin embargo, que cesa durante el estado de liquidación la personalidad jurídica de la sociedad. Esta cambia su objeto, que es, a partir de entonces, liquidar su patrimonio. Paralelamente a este cambio de la actividad social, se produce un cambio en la finalidad del patrimonio social. Ya no es fuente de utilidades sino objeto de responsabilidad frente a los acreedores.

Desde el acuerdo de disolución cesa la representación de los directores, administradores, gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores las funciones que les corresponden conforme a ley, al estatuto, al pacto social, a los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y a los acuerdos de la junta general.

Sin embargo, si fueran requeridas para ello por los liquidadores, las referidas personas están obligadas a proporcionar las informaciones y documentación que sean necesarias para facilitar las operaciones de liquidación.

Durante la liquidación se aplican las disposiciones relativas a las juntas generales, pudiendo los socios o accionistas adoptar los acuerdos que estimen convenientes.

286. OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

El proceso liquidatorio comprende una serie de actos, como son: a) la formulación del inventario, estados financieros y demás cuentas al día en que se inicia la liquidación; b) el llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad y velar por la integridad de su patrimonio; c) realizar las operaciones comerciales; d) enajenar los bienes sociales, debiendo venderse los inmuebles en pública subasta; e) percibir los créditos y dividendos pasivos acordados al tiempo de iniciarse la liquidación; f) exigir el pago de los dividendos pasivos hasta completar el importe nominal de las acciones en la cuantía necesaria para satisfacer a los acreedores; g) concertarse transacciones y compromisos cuando así convenga a los intereses sociales o de los socios; h) pagar a los acreedores y a los socios, ateniéndose a determinadas normas; i) ejercer la representación de la sociedad para el cumplimiento de los indicados fines; y, j) convocar a juntas generales en las oportunidades señaladas en la ley o el estatuto, o que fueran convenidas al acordarse la disolución.

Con relación a la venta de los bienes de la sociedad, se establecen determinadas restricciones en cumplimiento de lo preceptuado en el estatuto, si éste ha dispuesto la adjudicación o transferencia de los bienes a los socios o a terceros. Es

facultativa la intervención de notarios para garantizar el derecho de los socios y de los terceros.

Si durante la liquidación se extingue el patrimonio de la sociedad y quedan acreedores pendientes de ser pagados, los liquidadores deben convocar a la junta general para informarla de la situación sin perjuicio de solicitar la declaración judicial de quiebra, con arreglo a la ley de la materia. Se protege en esta forma el interés de los acreedores, evitándose eludir los efectos propios de la quiebra mediante la disolución de la sociedad antes que aquellos soliciten la declaratoria de falencia.

287. LIQUIDADORES

Los liquidadores son la figura central en el proceso de liquidación. Son los representantes legales de la sociedad encargados de realizar las operaciones propias de la liquidación. Por el solo hecho de su nombramiento ejercen la representación procesal de la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas por las normas procesales pertinentes. Para el ejercicio de la representación procesal, basta la presentación de copia certificada del documento donde conste el nombramiento.

> La Corte suprema, en Ejecutoria de 7 julio de 1971 (*Rev. Jur. Per.* Nº 344, de setiembre de 1972, p. 1259), ha resuelto que la representación en juicio de una sociedad no corresponde al Gerente si como consecuencia de la misma ha cesado en sus funciones. Y tratándose de impugnación de los acuerdos de la Junta General de Accionistas, ha resuelto, en ejecutoria de 28 de agosto de 1972 (Ver *Rev. Jur. Per.* 1973, p. 1161) que la respectiva demanda debe entenderse con los representantes legales de la Sociedad y no con los liquidadores.
>
> Para inscribir el acuerdo de disolución se requiere el nombramiento de los liquidadores. Toda vez que con el acuerdo de disolución cesa la representación de los directores, administradores, gerentes y representantes en general, asumiendo los liquidadores la representación de la sociedad (Res. Nº 345-96-ORLC/TR, en *Gaceta Jurídica* [*Número especial: Estudio sobre la nueva Ley General de Sociedades*], Lima, 1998, T. 53, p. 96).

Los liquidadores deben dar publicidad a la liquidación, inscribiéndola en el Registro.

El número de liquidadores debe ser siempre impar para lograr en forma directa la decisión que corresponda, pudiendo ser designadas las personas jurídicas.

Si los liquidadores deciden actuar conjuntamente debe suponerse que constituyen un órgano colegiado a semejanza del directorio.

La junta general, los socios o, en su caso, el juez designa a los liquidadores y, en su caso, a sus respectivos suplentes al declarar la disolución, salvo que el estatuto, el pacto social o los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad hubiesen hecho la designación o que la ley disponga otra cosa.

La fiscalización de la gestión de los liquidadores se ve protegida con el derecho que tienen los socios que representen la décima parte del capital social para designar un representante que vigile las operaciones de liquidación; así como el derecho de los obligacionistas para designar un representante con la misma atribución.

Los liquidadores no pueden distribuir entre los socios el haber social sin que se hayan satisfecho las obligaciones con los acreedores o consignado el importe de sus créditos. Asumen su responsabilidad frente a estos por el incumplimiento de sus obligaciones al igual que el Gerente o los directores de la sociedad. Si bien esta responsabilidad no está precisamente delimitada como lo hizo la ley anterior, la responsabilidad del liquidador queda sujeta a las responsabilidades que se establecen en la ley para el gerente de la sociedad anónima, sin perjuicio de la que corresponda a los administradores de la entidad liquidadora.

Dentro de las atribuciones y facultades del liquidador se encuentra el pagar a los acreedores y a los socios, a los primeros antes que a los segundos. En tal sentido el acreedor insatisfecho por su crédito podrá imputar la responsabilidad del liquidador en la medida que se dé el presupuesto del artículo 190º y el incumplimiento de las obligaciones del liquidador y entonces, no sólo se facultaría a exigirles la satisfacción de los créditos, sino también el pago de los perjuicios que se les hubiese ocasionado por no haber sido pagados. Se exime de responsabilidad al liquidador que hubiese salvado su voto en los acuerdos que causaron el perjuicio. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que deben asumir cuando los acreedores hagan 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 disposiciones sobre las juntas generales mantienen su vigencia en cuanto sean compatibles con el proceso liquidatorio, pudiendo los accionistas adoptar los acuerdos que convengan al interés común.

En cuanto a la relación de los órganos sociales con los liquidadores, la junta general mantiene su jerarquía, pero su competencia queda limitada por la finalidad de la liquidación. Los acuerdos sólo se podrán tomar dentro de los márgenes de esa operación. Los liquidadores quedan subordinados, a su vez, en forma semejante a como lo estaba el órgano administrativo.

Los liquidadores deben presentar a la junta general los estados financieros y demás cuentas de los ejercicios que venzan durante la liquidación, procediendo a convocarla en la forma que señala la ley. Igual obligación deben cumplir respecto de balances por otros períodos cuya formulación contemple la ley, el estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas o socios inscritos ante la sociedad o los acuerdos de la junta general.

Los socios que representen la décima parte del capital social tienen derecho a designar un representante que vigile las operaciones de liquidación, e igualmen-

te el sindicato de obligacionistas puede designar un representante para que ejerza igual función, de forma tal que socios y los acreedores que han adquirido un título obligacional de la sociedad puedan controlar el proceso de liquidación y de esta manera ser informados del estado de la liquidación. Debe tenerse presente que en el caso que la sociedad en liquidación no cumpla con el pago de sus obligaciones por falta de recursos, puede ser declarada insolvente y a pedido de sus acreedores modificar su régimen privado de liquidación para ingresar a un régimen público como es el contemplado en la Ley General del Sistema Concursal.

La prolongación del estado liquidatorio por un plazo superior al establecido para la elaboración del balance anual, tratándose de sociedades anónimas y en atención a la necesidad de que las operaciones de la liquidación se presenten con la claridad necesaria, justifica que se obligue a los liquidadores a informar periódicamente sobre el estado de la liquidación. En ningún caso podría ser ese período mayor de un año, en razón de ser el término del ejercicio social.

El estado de cuentas que deben presentar los liquidadores no debe confundirse con el balance de ejercicio. Se trata de elaborar un documento que permita apreciar con exactitud la situación de la sociedad y la marcha de la liquidación.

Como rige el principio de la libre revocabilidad del directorio tratándose de las sociedades anónimas, debe entenderse que los liquidadores removidos no pueden reclamar a la sociedad acción indemnizatoria alguna por la remoción, aunque la causa de la separación se estime injusta.

En orden a las relaciones con terceros, la revocación de los poderes sólo surtirá efectos desde el momento de la inscripción en el Registro.

Para mantener la continuidad de la función liquidadora, la revocación debe ser seguida de inmediato por la designación de nuevos liquidadores, a fin de evitar que se prolongue indebidamente un estado de indefinición respecto a la sociedad, contrario a la naturaleza de esa etapa de su vida, que es el tránsito obligado hacia la cesación de toda la actividad social.

La división del haber social debe tener en cuenta la situación de los acreedores y de los socios, conforme a lo establecido en el pacto social o en el estatuto, según la clase de sociedades de que se trate. Pero, la libertad de estas convenciones está limitada por disposiciones de derecho necesario, como son que antes de repartirse entre los socios el patrimonio social deben ser pagados los acreedores o debe consignarse el importe de sus créditos. Si se trata de créditos no vencidos, debe asegurarse previamente el pago.

La segunda limitación con referencia al reparto entre los socios es que, a falta de previsión estatutaria, debe hacerse en proporción al importe nominal de las acciones, pero debe considerarse, para proceder en forma justa y equitativa, si todas las acciones han sido pagadas en la misma proporción. Puede haber algunas que adeuden dividendos pasivos en mayor medida que otras. En tal caso deben

reembolsarse en primer término las mayores cantidades pagadas por los accionistas que abonaron mayores sumas, en relación con los demás.

288. TERMINACIÓN DEL CARGO

La conclusión de la liquidación pone término al cargo del liquidador. Pero, debe entenderse que la terminación no está referida solamente a los actos de cancelación de deudas, cobro de créditos, entrega a los socios del remanente, prosecución de juicios, sino también a la realización de todos aquellos actos que revelan la extinción de la sociedad en forma pública, comprendiendo la inscripción registral y la entrega de los libros de comercio a quien corresponda.

Se da por terminada la función de los liquidadores cuando se ha concluido la liquidación; cuando se les ha removido por la junta general o por renuncia, debiendo en tal caso nombrarse a los sustitutos para que tal remoción surta sus efectos; 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 revocación de los poderes también origina el cese de los liquidadores, para lo cual tiene que tomarse en cuenta el origen del nombramiento, es decir, si fueron designados en el acto constitutivo, o posteriormente, por la junta general, si se trata de sociedades de otra clase, en todo caso ello implica una remoción que está sujeta a lo señalado en el párrafo anterior. Habría que aplicar, en todo caso las reglas generales propias de los administradores o directores, en cuanto fueran pertinentes.

289. BALANCE DE LIQUIDACIÓN

Los liquidadores están obligados a presentar 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 hubiese decidido la junta general o con lo que disponga la ley. El balance reflejará el estado patrimonial de la sociedad, después de realizados los actos conducentes al término de las operaciones pendientes, el pago a los acreedores, el cobro de los créditos, la reducción del patrimonio a numerario, el destino de los bienes *in natura*. El balance resulta así la fase previa para efectuar el reparto a los socios de la parte que les corresponda.

La obligación de inspeccionar o auditar el balance, según se hubiese acordado, es para cautelar el derecho de los socios y de los acreedores de la sociedad.

El balance debe someterse a la aprobación de los socios y, debe publicarse por una vez, de modo que todos los socios e interesados tengan la debida información. La aprobación no exime de responsabilidad a los liquidadores que resulten responsables en el ejercicio de sus funciones. En caso que la junta no se realice en

primera ni en segunda convocatoria, los documentos presentados para el balance se consideran aprobados por ella.

Al órgano de mayor jerarquía en la sociedad corresponde la aprobación del balance. La decisión mayoritaria no significa el sacrificio de los socios o acreedores disidentes, a quienes la ley reconoce el derecho de impugnación por parte de quienes se consideran perjudicados, que pueden ser los socios, los acreedores y en general quien pueda tener legítimo interés. Todos resultan beneficiados con la tramitación abreviada. Las normas aplicables para la impugnación de los acuerdos serán las contenidas en la Ley en la parte pertinente a la junta general de accionistas.

Es evidente que si el balance o la propuesta de división contravinieran lo establecido por la ley, puede hacerse uso de la acción de nulidad correspondiente.

290. CUOTA DE LIQUIDACIÓN

El reparto del remanente a los socios o accionistas, según el caso, es la fase final de las operaciones propias de la liquidación y sólo es procedente después de estar aprobadas la memoria de liquidación y la propuesta de distribución del patrimonio neto entre los socios, el balance final de liquidación y el estado de ganancias y pérdidas. Por lo demás, deben haber sido cancelados los acreedores o consignado el importe de los créditos. Pero, es necesario esperar el transcurso del plazo de la acción impugnatoria, o que quede firme la sentencia que hubiese resuelto las reclamaciones que se hubiesen formulado.

La distribución del haber social se practica con arreglo a las normas establecidas por la ley, el estatuto, el pacto social y los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad. En defecto de éstas, la distribución se realiza en proporción a la participación de cada socio en el capital social.

Si todas las acciones o participaciones sociales no se hubiesen integrado al capital social en la misma proporción, se paga en primer término y en orden descendente a los socios que hubiesen desembolsado mayor cantidad, hasta por el exceso sobre la aportación del que hubiese pagado menos. Se pretende de esta manera reintegrar al socio su haber social respetando el porcentaje que haya aportado, en mayor medida que el de los otros socios. Es decir, el socio que ha desembolsado el noventa por ciento de sus acciones, tiene derecho a percibir prioritariamente la cuota del haber social que le corresponde frente al otro que solamente cubrió el cuarenta por ciento de sus acciones. Se deberá tener en cuenta esta diferencia para que establecida la igualdad, continúe el reparto en forma proporcional. Las cuotas no reclamadas deben ser consignadas en una empresa bancaria o financiera del sistema financiero nacional.

La nueva ley permite que los liquidadores realicen adelantos a cuenta del haber social, bajo la responsabilidad solidaria de éstos.

En el caso de los titulares de las acciones de inversión, cuyo régimen se encuentra regulado por la Ley Nº 27028, ellos tienen el derecho participar en la distribución del saldo del patrimonio en caso de liquidación de la sociedad.

291. FIN DE LA LIQUIDACIÓN

La extinción del proceso liquidatorio se consuma con la inscripción en el Registro, cancelándose los asientos referentes a la sociedad. Desde este momento cesa definitivamente la personalidad jurídica que hasta entonces se había mantenido, aunque con efectos limitados a las operaciones propias de la liquidación. El procedimiento para la inscripción es simple. No es necesario el otorgamiento de escritura pública. Es suficiente la presentación de una solicitud, con firmas legalizadas notarialmente, del balance final, acompañada de la relación de los pagos de los derechos sociales, indicando la forma como se reparte el activo líquido a los accionistas y de las consignaciones que se hubiesen efectuado, acompañándose las publicaciones del aviso de liquidación. Se indicará, asimismo, el lugar donde se conservarán los libros y documentos de la sociedad. Si algún liquidador se niega a firmar el recurso, no obstante haber sido requerido, o se encuentra impedido de hacerlo, la solicitud se presenta por los demás liquidadores acompañando copia del requerimiento con la debida constancia de su recepción.

No señala la ley en forma específica el plazo dentro del cual los liquidadores deben hacer la presentación al Registro Mercantil para la correspondiente inscripción, pero existen las normas generales aplicables al caso (art. 16º).

Los documentos y libros de contabilidad de la sociedad deben conservarse hasta el vencimiento del plazo de cinco años (art. 49º C. de C.).

292. POSICIÓN DE LOS ACREEDORES

La posición de los acreedores en la liquidación varía según la distinta clase de sociedades.

Si se trata de sociedad colectiva, los acreedores que no han sido pagados pueden hacer valer su derecho frente a los socios como consecuencia de la responsabilidad solidaria asumida por éstos. Si se trata de acreedores de sociedades en la que hay socios con responsabilidad limitada, pueden hacer valer sus créditos frente a los socios o accionistas hasta el monto recibido por éstos, como consecuencia de la liquidación de la sociedad, siendo el límite de su exigencia las sumas que hubieran recibido como resultado de la liquidación, en virtud de la responsabilidad de los socios.

En cuanto al plazo para hacer valer el derecho por parte de los acreedores es hasta dos años contados desde la fecha de la inscripción de la extinción de la sociedad en el Registro, la ley califica a dicho plazo como de caducidad.

293. EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD

La disolución, liquidación y extinción de sociedades forman un proceso dividido en tres etapas. La extinción es, pues, la culminación del proceso que concluye con la personalidad jurídica de la sociedad.

La extinción se produce con la inscripción en el registro del acto que da cuenta de la terminación del proceso de liquidación. Para dicha inscripción los liquidadores deberán presentar una solicitud indicando la forma cómo se ha dividido el haber social, la distribución del remanente y las consignaciones efectuadas y se acompaña la constancia de haberse publicado el aviso a que se refiere el artículo 419º. La inscripción de la extinción determina el cierre de la partida registral, dándose de baja la denominación o razón social del índice de sociedades.

Al inscribir la extinción se debe indicar el nombre y domicilio de la persona encargada de la custodia de los libros y documentos de la sociedad.

Si algún liquidador se niega a firmar el recurso, no obstante haber sido requerido, o se encuentra impedido de hacerlo, la solicitud se presenta por los demás liquidadores acompañando copia del requerimiento con la debida constancia de su recepción.

294. RESPONSABILIDAD FRENTE A ACREEDORES IMPAGOS

Para el caso de la sociedad colectiva, los acreedores de ésta que no hayan sido pagados pueden hacer valer sus créditos frente a los socios, precisamente por el carácter de su responsabilidad ilimitada para con las deudas de la sociedad.

En el supuesto de haberse inscrito la extinción de la sociedad, 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. Se trata del derecho de reivindicación dirigido contra el socio que recibió su haber social, no obstante que existían deudas pendientes de la sociedad, como quiera de dichos socios tenían una responsabilidad limitada. Asimismo, solamente se les podrá exigir el pago hasta el límite de lo percibido como parte de su haber social.

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 artículo 422º caducan a los dos años de la inscripción de la extinción. Debemos entender que la fecha de inscripción está referida a aquélla que aparece en el asiento registral como definitiva.

CAPÍTULO XXXIV
SOCIEDADES IRREGULARES

295. Concepto.- 296. Administración de la sociedad irregular.- 297. Efectos de la irregularidad.- 298. Disolución y liquidación de las sociedades irregulares.- 298 A. Extinción de la sociedad por prolongada inactividad.

295. CONCEPTO

Las sociedades irregulares pueden serlo por su origen, o sea, aquellas cuya existencia consta de prueba escrita, pero que no se han constituido por escritura pública; o por irregularidad sobrevenida, o sea, las que continúan en actividad después de vencido el plazo de duración, o no obstante la pérdida de su capital en la proporción señalada en la Ley; o las que modifican su organización sin las formalidades legales, o las que, en general, debían haberse disuelto en virtud de causal prevista en la ley o en el pacto social.

En primer término, es sociedad irregular la que no se ha constituido e inscrito conforme a los preceptos legales. Pero, no obstante este hecho, las relaciones internas se rigen por el pacto social o por ley, según la clase de sociedad de que se trate. Los socios que forman la sociedad irregular de origen, así como los miembros de su organismo de gobierno, responden en forma personal, solidaria e ilimitada frente a terceros; de donde se desprende que los socios sólo podrían hacer valer entre ellos la responsabilidad respecto a quienes gozaran de este beneficio, pero la limitación no tendrá valor en relación con terceros. De esta manera, entre los socios, la sociedad será del tipo convenido por ellos.

La Corte Suprema, en Ejecutoria de 4 de setiembre de 1973 *(Boletín Jud.* Nºs. 13, 14 y 15, p. 511), resolvió que la inobservancia de las formas prescritas para la constitución de una sociedad o para su modificación se sancionará con su conversión a sociedad irregular; que vencido el término de duración de una sociedad sin haber sido prorrogado, la sociedad queda convertida en irregular; y que los actos y contratos celebrados por los personeros de una sociedad irregular son válidos, pues sólo así se explica la responsabilidad solidaria e ilimitada que les corresponde.

No puede aceptarse, desde un vista práctico, que la inexistencia de la sociedad por inobservancia de la forma determine la nulidad de todos los contratos celebrados por ella, originando perjuicios a terceros, que no tienen responsabilidad por las omisiones formales en que se hubiera incurrido.

La Corte Suprema en Ejecutoria de 4 de setiembre de 1973 *(Rev. Jur. Per.* Nº 357, de octubre de 1973, p. 1248) ha resuelto que el socio nombrado Gerente durante la vigencia regular de la sociedad, ejerce su representación legal, a pesar de haber devenido en irregular.

La ley procura por diversos medios la regularización de las sociedades irregulares, privándolas en muchos casos de las garantías que se conceden a las sociedades regularmente constituidas. Cualquier socio puede pedir la formalización de la constitución del pacto social o, en su caso, la inscripción. Hay otras medidas indirectas que conducen a la regularización, según se verá más adelante.

El nacimiento, actividad y disolución de la sociedad producen una serie de relaciones jurídicas que el derecho regula en forma sistemática para dar eficacia y asegurar tanto a la institución como a quienes se pongan en relación con ella. Es por estas razones que se ha creído conveniente rodear la constitución de la sociedad de todas las garantías que su importancia aconseja, estableciendo condiciones y requisitos que deben cumplirse para que adquiera todos los atributos que la ley le otorga para el normal desenvolvimiento de su actividad.

Según el artículo 423º de la Ley, es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a la ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. En cualquier caso, una sociedad adquiere la condición de irregular:

1) Transcurridos sesenta días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución;
2) Transcurridos treinta días desde que la asamblea designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública sin que éstos hayan solicitado su otorgamiento;
3) Transcurridos más de treinta días desde que se otorgó la escritura pública de constitución, sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro;

4) Transcurridos treinta días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro;

5) Cuando se ha transformado sin observar las disposiciones de esta ley; o

6) Cuando continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la Ley, el pacto social o el estatuto.

Se tiene, de esta manera, que hacer la distinción de lo que se entiende por una sociedad irregular, y aquel otro concepto relacionado con una sociedad en formación; en esta última puede suceder que no se haya cumplido con constituir la sociedad e inscribirla en el Registro, sin embargo sé ha cumplido con realizar los actos necesarios dentro de los plazos establecidos en la Ley, por lo que no podemos calificarla como una sociedad irregular, sino como sociedad en formación. Así por ejemplo, calificaremos a una sociedad como irregular, cuando han transcurrido treinta días de suscrita la escritura pública de constitución de la sociedad, y no se ha cumplido con solicitar su inscripción en el Registro. Caso distinto al que supone haber suscrito la escritura pública, haber solicitado la inscripción en el Registro y haber transcurrido los treinta días. En este caso estamos ante una sociedad en formación, pues se ha cumplido con solicitar la inscripción de la sociedad en el Registro y ya no depende de la voluntad de los socios la inscripción de dicho acto.

Los socios, los acreedores de éstos o de la sociedad o los administradores de una sociedad irregular están en su derecho de pedir la regularización o la disolución de la sociedad (art. 426º de la LGS), recurriendo al juez del domicilio social, por el proceso no contencioso, si lo que se busca es la regularización y de tratarse de la petición de disolución se recurre al Juez para que convoque a junta, por el proceso sumarísimo. La inscripción de la regularización de una *sociedad inscrita* que ha incurrido en causal de irregularidad, se realizará en mérito del acuerdo del órgano social competente adoptado con las formalidades y requisitos de Ley y de este Reglamento.

De acuerdo al art. 163º del RRS, cuando se trata de inscribir a sociedades irregulares que no se encuentren inscritas, se requiere la presentación del parte de la resolución judicial consentida o ejecutoriada que ordene la regularización de sociedad irregular no inscritas, así como el instrumento público notarial que cumpla con los que corresponda a la forma societaria que se pretenda inscribir. Por excepción, son inscribibles la disolución, liquidación y extinción de la sociedad irregular no inscrita, siempre que su denominación o razón social no sea igual a la de una inscrita o a una que cuente con reserva de preferencia registral. Para estos efectos, serán de aplicación las disposiciones de la Ley sobre dichas materias, y se abrirá partida especial para inscribir estos actos (art. 163º, RRS).

296. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

Respecto a la administración de las sociedades irregulares, debe considerarse sus aspectos internos y externos, o sea, de gestión y de representación; el

hecho de si la representación es atribuida a alguno o algunos de los socios y si ella debe ejercitarse conjunta o separadamente.

Desde el punto de vista externo, es decir, en relación a los terceros con quienes los administradores contratan a nombre de la sociedad, estos terceros pueden considerar válidamente como representante a cualquiera de los administradores sin que pueda oponérseles las limitaciones de la representación, salvo, desde luego, que se acredite que los terceros tenían conocimiento de los pactos limitativos. La norma protege, pues, la buena fe, es decir, la ignorancia de tales convenios. Si el tercero conoce la verdadera situación de la administración, no hay nada que proteger.

En ausencia de pacto particular, se reputa que la administración corresponde a los socios en forma separada. Esta es la regla general y en tal hipótesis se reconoce a cada socio administrador el derecho de oponerse a la operación que otro pretende llevar a cabo antes de que se haya realizado. La oposición se resolverá por el voto mayoritario de los socios, computándose la mayoría según la parte atribuida a cada socio en las utilidades.

Si se trata de administración conjunta, se requiere la unanimidad de los socios administradores para llevar adelante las operaciones sociales; y si se hubiese convenido que para la administración o para determinados actos es necesario el consentimiento de la mayoría, éste debe computarse de acuerdo a lo establecido en el pacto social. En este caso de administración conjunta, ningún administrador puede realizar aisladamente acto alguno, salvo que se pretenda evitar un daño inminente a la sociedad. En este sentido se presume que los socios y administradores de la sociedad irregular, actuando individualmente, están facultados para realizar actos de carácter urgente y a solicitar medidas judiciales cautelares.

En cuanto a la revocación de los administradores, debe considerarse dos situaciones: a) la del administrador nombrado en el pacto social; b) la del administrador nombrado por acto posterior, y decidir si en el primer caso se requiere justa causa y si la revocación puede ser solicitada judicialmente por cualquiera de los socios; y en el segundo si puede revocarse *ad libitum* al administrador y si para cada revocatoria debe requerirse acuerdo mayoritario. Así debe ser, puesto que en una sociedad, como en cualquier agrupación societaria, debe imperar la voluntad de la mayoría.

297. EFECTOS DE LA IRREGULARIDAD

En las relaciones entre los socios, el pacto social mantiene su eficacia vinculante, originando un primer derecho de los socios a pedir la regularización del contrato, que no es sino una consecuencia del derecho más general de pedir la formalización de los actos informales. En segundo lugar, los socios pueden pedir su separación de la sociedad y liquidación de la cuota que les corresponde.

Asimismo, del pacto resultan obligaciones que los socios deben satisfacer. La principal es efectuar los aportes a que se hubiesen obligado, los cuales se deberán hacer en partes iguales si no se hubiese hecho determinación en otro sentido. Los socios están obligados a efectuar los aportes y las prestaciones a que se hubieran comprometido en el pacto social o en acto posterior, en todo lo que sea necesario para cumplir el objeto social o, en caso de liquidación de la sociedad irregular, para cumplir con las obligaciones contraídas con terceros (art. 425º). Si no hubiera estipulación al respecto se considera que todos los socios deben aportar en partes iguales.

Además, los socios pueden pedir la disolución de la sociedad (art. 426º), o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución de la sociedad. El derecho de pedir la disolución alcanza igualmente a los acreedores.

Los socios podrán separarse de la sociedad si la junta general no accediera a la solicitud de regularización o de disolución.

> La Corte Suprema, en Ejecutoria de 19 de junio de 1969 (*Rev. Jur. Per.*, Nº 307, agosto de 1969, p. 980) ha resuelto que la existencia de una sociedad de hecho no justifica el que el socio denunciado cometa una apropiación ilícita consistente en tomar para sí una suma de dinero que le fue entregada para invertirla en el negocio pactado, y no haberla devuelto.
>
> Y, en Ejecutoria de 17 de noviembre de 1981 (Diario Oficial *El Peruano*, 1º de marzo de 1982, p. 479), la Corte Suprema ha resuelto que las relaciones internas en las sociedades irregulares se rigen por lo establecido en el contrato del que hubiesen derivado y, en su defecto, por las disposiciones supletorias de la ley de sociedades mercantiles, según la clase de sociedad de que se trate. En el mismo sentido resolvió la Ejecutoria de 20 de junio de 1983, descartando que la rendición de cuentas, en su caso, no debe hacerse conforme a las normas del CPC, sino con arreglo a los artículos pertinentes de la Ley de Sociedades Mercantiles (Diario Oficial *El Peruano*, 20 de junio de 1983).

Frente a terceros la situación es diversa. 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 responsabilidad.

> La Ejecutoria de 9 de abril de 1984 (Diario Oficial *El Peruano*, 13 de agosto de 1984), resolvió que son válidos los contratos que la sociedad irregular celebre con terceros y que responden frente a éstos solidaria e ilimitadamente quienes los hubiesen celebrado como representante de dicha sociedad, en caso de incumplimiento.

En la relación de la sociedad con terceros, el artículo 428º señala que el pacto social, el estatuto, los convenios entre socios y sus modificaciones, así como las consecuencias que de ellos se deriven, son válidos entre los socios. Ellos no

perjudican a terceros quienes pueden utilizarlos en todo lo que los favorezca, sin que les pueda ser opuesto el acuerdo o contrato o sus modificaciones que tienda a limitar o excluir la responsabilidad de los socios o de los administradores por la situación irregular. Sin embargo, la ley considera válidos los contratos que la sociedad celebre con terceros; no puede invocarse la irregularidad de la sociedad para eludir los compromisos y obligaciones asumidos por la sociedad irregular.

298. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES

La disolución de estas sociedades debe considerar la situación de los socios, de manera especial la de los terceros, pues en muchos casos éstos quedarían perjudicados si se aceptan todos los casos de rescisión parcial o total que se consideran para la disolución de la sociedad regularmente constituida. Debe tenerse en cuenta que los pactos celebrados por los terceros con la sociedad irregular importan un vínculo para todos los socios singulares, de modo que si éstos se separan de la sociedad no quedan liberados de responsabilidad frente a aquellos. Puede ocurrir, así, que sociedades irregulares disueltas internamente sigan existiendo para terceros hasta que sus créditos sean satisfechos.

Como consecuencia del reconocimiento de la existencia de las sociedades irregulares es obligatoria la inscripción de su disolución en el Registro Mercantil, a fin de prevenir a los terceros que una sociedad que ha estado funcionando como tal ha dejado de existir.

Tratándose de los socios, que se supone están debidamente informados del contenido del pacto y de las vicisitudes de la sociedad, la disolución surte sus efectos cualquiera que sea la forma en que tomen conocimiento de ella, sin que sea necesario observar formalidades de ningún género.

La liquidación de las sociedades irregulares debe sujetarse a lo previsto en el pacto social y, en su defecto, a las reglas generales contenida en la Ley.

> Tratándose de las sociedades anónimas, la Corte Suprema, en Ejecutoria de 1º de junio de 1972 (*Rev. Jur. Per.* Nº 341, de junio de 1972, p. 741), ha resuelto que los accionistas y demás personas que enumera el art. 339º de la Ley de Sociedades Mercantiles, pueden solicitar la disolución de la sociedad irregular, sujetándose al procedimiento establecido en el art. 126º o en la última parte del art. 316º de la precitada ley; y asimismo, que habiéndose alegado la inactividad social, resulta de aplicación el citado art. 316º de la Ley de Sociedades y que por lo tanto, se ha debido pedir previamente la convocatoria a Junta General de Accionistas y, en su caso, recurrirse a la intervención judicial para tramitar la solicitud en la forma prevista en la última parte del artículo citado. La Ejecutoria de la Corte Suprema de 11 de enero de 1978, estableció que para solicitar la devolución de las sumas aportadas a una sociedad irregular de responsabilidad limitada, debe previamente declararse su disolución e inscribirse el respectivo acuerdo en el Registro Mercantil.

En el aspecto externo deben observarse las disposiciones legales en cautela de los derechos de terceros, pues la falta de publicidad de la escritura de sociedad

y de sus estatutos coloca a aquellos en situación desventajosa, lo que no ocurre respecto a las disposiciones legales cuyo conocimiento se presume.

Empero, si las disposiciones del pacto social establecen un régimen más favorable a los terceros, como sería una liquidación más rápida y viable que la establecida en la ley, deben adoptarse tales disposiciones.

Aun cuando no se acepte que las sociedades irregulares tengan personalidad jurídica, su existencia de hecho y su actividad justifica que se tienda a proteger a quienes contrataron de buena fe con la sociedad, reputándola normalmente constituida.

En cuanto a la insolvencia y sus efectos, éstos deben alcanzar a todos los socios. Empero, tratándose de los socios que de buena fe limitaron su responsabilidad, se plantea el problema de si puede admitirse esa limitación. Al respecto, debe tomarse en cuenta no sólo si el pacto social establece esa forma de responsabilidad sino también la existencia de datos reales, objetivos, que de manera suficiente puedan llevar a los terceros al convencimiento que la responsabilidad del socio era limitada.

298-A. EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD POR PROLONGADA INACTIVIDAD

La Primera Disposición Transitoria de la Ley Nº 26682 (LGS) otorgaba un plazo de 270 días como máximo, computado a partir del primero de enero de 1998 –fecha en que entró en vigencia la nueva ley–, para que las sociedades tomen los acuerdos necesarios y adapten su pacto social y su estatuto a las disposiciones de la nueva ley; o en el momento que se realice la primera reforma del estatuto o del pacto societario, lo que ocurra primero. Este plazo ha sido prorrogado por las leyes 26977, 27219 y 27388. El último de los dispositivos anotados precisó que el plazo de adecuación a la nueva ley vencía por última vez el 31 de diciembre de 2001. disponiendo a su vez la Modificación de la Octava Disposición Transitoria en la parte que deja en suspenso, por una última vez, hasta el 31 de diciembre del año 2001, los efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 176º, en el artículo 220º y en el inciso 4) del artículo 407º de esta Ley, es decir, la obligatoriedad que impone la ley de: convocar a Junta cuando prevea causal de insolvencia derivada de la insuficiencia de activos para pagar los pasivos de la sociedad; la reducción obligatoria del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado; y la causal de disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado. La Ley Nº 27219 introdujo en su oportunidad un nuevo elemento respecto al momento a partir del cual se entiende cumplida la adecuación señalando que la adecuación *"se tendrá por cumplido con la suscripción de la escritura pública, sin embargo su eficacia se encontrará sujeta a la inscripción en el Registro Público".*

Finalmente la Ley Nº 27673 dispuso que las sociedades que adecuen su pacto social y estatuto a las disposiciones de la Ley Nº 26887, Ley General de Sociedades, después de vencido el plazo establecido anteriormente, no requerirán de convocatoria judicial y no serán consideraras irregulares y sus socios o administradores, que no cumplan con ejecutar los actos que les competan necesarios para adoptar los acuerdos requeridos para adecuar oportunamente el pacto social o el estatuto de la sociedad, no responden personal, solidaria e ilimitadamente frente a terceros y a la propia sociedad del perjuicio que causare su incumplimiento de adaptación.

En cuanto a la presunción de extinción por prolongada inactividad a que se refiere la Décima Disposición Transitoria de la LGS la extinción se produce cuando la sociedad mercantil o civil no ha inscrito acto societario alguno en los diez años precedentes a la publicación de la ley. Para tal efecto la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos publicará la relación de estas sociedades. De no haber posición o petición en contrario a la extinción, el Registro cancelará la inscripción. La ley permite que cualquier socio, administrador o acreedor de la sociedad pueda solicitar que no se aplique la presunción, para lo cual, dentro de los treinta días de publicada la relación por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos deberá publicar un aviso que indique tal petición. La extinción producida en virtud de lo establecido no afecta en forma alguna los derechos de los socios para con la sociedad extinguida ni los de los terceros acreedores con ella o con sus socios. Igualmente, no afecta los derechos y obligaciones de carácter tributario de la sociedad extinguida.

La Ley Nº 27673 ha dispuesto que la presunción de extinción no se aplica a las sociedades antes indicadas, lo que no deja de calificarlas como irregulares, pero con un régimen de responsabilidad distinto a la irregularidad sobrevenida a que se refiere la propia LGS. La diferencia consiste en que en el caso de la irregularidad sobrevenida por cualquier causal contenida en la propia ley, los administradores son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad, cuando actúen a nombre de la sociedad irregular. En el caso de la irregularidad sobrevenida por causa de no adaptación de la sociedad a la nueva Ley General de Sociedades, la Ley Nº 27673 los ha liberado de dicha responsabilidad, no obstante encontrarse en situación irregular.

CAPÍTULO XXXV
REGISTRO MERCANTIL

299. Concepto.- 300. Organización del Registro.- 301. Inscripción del comerciante individual.- 302. Actos inscribibles referentes al comerciante.- 303. Inscripción de sociedades.- 304. Efectos de la inscripción.- 305. Oportunidad de la inscripción.

299. CONCEPTO

El Registro Mercantil, como todos los Registros Públicos, está destinado a hacer conocer el contenido de determinados actos y establecer sus efectos frente a terceros. Es, pues, un medio de información abierto al público, el que puede consultarlo sin otros requisitos que los señalados en el reglamento respectivo.

El origen remoto del Registro Mercantil se encuentra en la matrícula de los gremios y corporaciones de la Edad Media, que se inició con fines internos de agrupamiento y control de las actividades de sus miembros y que más tarde habría de utilizarse con fines externos para conocimiento de terceros.

Mediante la matriculación de los comerciantes se evita la inseguridad de los terceros que contratan con ellos, derivada del uso por aquellos de nombres comerciales distintos de sus nombres civiles o del hecho de la insuficiencia de información respecto a la razón social de las compañías que constituían. La matrícula definía la condición del comerciante y determinaba la jurisdicción a que quedaba sometido.

La terminación del régimen corporativo originó el desuso de los Registros en la mayor parte de los países de Europa, no así en Alemania y Suiza, que los adoptaron, principalmente, por el uso de firmas artificiales, o sea diferentes al nombre civil del comerciante.

En la evolución histórica del Registro Mercantil, se fue ampliando su ámbito de aplicación a una serie de actos, distintos a la inscripción del comerciante, pero que se refieren a las consecuencias jurídicas que se confieren al pacto inscriptorio, llegándose a considerar al Registro no sólo como medio de información con efectos simplemente declarativos, sino otorgándole efectos constitutivos.

Hay determinados actos que para tener eficacia externa requieren de inscripción. Si ésta no se efectúa el acto no afecta a terceros, salvo que se pruebe que estaban informados de su existencia. Es éste el caso de la publicidad declarativa. En cambio, en la constitutiva el acto no produce ningún efecto si no se ha efectuado la inscripción.

Se han distinguido en la institución registral mercantil dos finalidades: una inmediata, que sería dar certidumbre a las relaciones que originan responsabilidad, y otra mediata, que sería la protección del comerciante y del tercero.

300. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO

El art. 16º del C. de C. ordena que en todas las capitales de departamento y provincias litorales exista un Registro Mercantil compuesto de dos libros independientes, en los que se inscribirán: 1) los comerciantes particulares y 2) las sociedades. El mismo artículo ordena la apertura, en determinadas circunscripciones, del Libro de Buques, formando parte del Registro Mercantil. Empero, el CC. de 1936 introdujo una modificación al respecto, independizando el Registro de Buques (inc. 7 del art. 1036º); posteriormente la Ley Nº 26366 incorpora este registro al Registro de la Propiedad Inmueble

El Registro Mercantil está regido por lo dispuesto en el CC., en el C. de C. y por sus respectivos Reglamentos, y dentro de estos por el nuevo Reglamento del Registro de Sociedades (RRS) aprobado por Resolución SUNARP Nº 200-2001-SUNARP/SN, de 27 de julio de 2001, que sustituyó al aprobado por la Corte Suprema en acuerdo de 16 de mayo de 1968, y el del Registro Mercantil, aprobado el 15 de mayo de 1969.

La Ley Nº 26366 ha creado el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia de los Registros Públicos. El primero con la finalidad de mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran. Se encuentra integrado por: a) el Registro de Personas Naturales, que unifica los registros de Mandatos y Poderes, Registro de Testamentos, Registro de Declaratoria de Herederos, Registro Personal y el Registro de Comerciantes; b) el Registro de Personas Jurídicas, que unifica los siguientes registros: el Registro de Personas Jurídicas, el Registro Mercantil, el Registro de Sociedades Mineras, el Registro de Sociedades del Registro Público de Hidrocarburos, el Registro de Sociedades Pesqueras, el Registro de Sociedades Mercantiles, el Registro de Per-

sonas Jurídicas creadas por Ley y el Registro de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada; c) el Registro de Propiedad Inmueble, que unifica los siguientes registros: el Registro de Propiedad Inmueble, el Registro de Buques, el Registro de Embarcaciones Pesqueras, el Registro de Aeronaves, el Registro de Naves, el Registro de Derechos Mineros y el Registro de Concesiones para la explotación de los Servicios Públicos; d) el Registro de Bienes Muebles, que unifica los siguientes registros: el Registro de Bienes Muebles, el Registro de Propiedad Vehicular, el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, el Registro de Prenda Industrial, el Registro de Prenda Agrícola, el Registro de Prenda Pesquera, el Registro de Prenda Minera, el Registro de Prenda de Transportes; y, e) por los demás Registros de carácter jurídico creados o por crearse.

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos es un organismo descentralizado autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de Registros Públicos, con personería jurídica de Derecho Público, tiene por objeto dictar las políticas y normas técnico-administrativas de los Registros Públicos estando encargada de planificar, organizar, normar, dirigir, coordinar y supervisar la inscripción y publicidad de los actos y contratos en los Registros Públicos que integran el Sistema Nacional.

En virtud de la ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos se ordena la integración bajo la competencia de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos de todos los registros existentes en los diferentes sectores públicos referidos anteriormente.

Las Oficinas Registrales constituyen órganos públicos desconcentrados de la Superintendencia Nacional. Existen doce Oficinas Regionales, además de la Oficina Registral de Lima y Callao. Cada una de las oficinas registrales vienen a ser órganos encargados de ejecutar las labores de inscripción y de publicidad registral.

En cuanto a la organización de la Superintendencia, está conformada por los órganos de la Alta Dirección, las Gerencias Legal y de Informática y la Oficina de Control Interno, cuyas funciones se especifican en el Estatuto.

La Estructura Orgánica del Registro Público fue modificada por el art. 8º del Decreto Ley Nº 23095, reemplazándose a la Junta de Vigilancia por el Tribunal Registral y a la Dirección General por la Jefatura, eliminándose como órgano a la Comisión Facultativa. Posteriormente, a través del art. 6º del Decreto Legislativo Nº 119 se restableció a la Junta de Vigilancia y a la Comisión Facultativa como órganos de la Oficina Nacional de los Registros Públicos; órganos que se mantuvieron como tales en la nueva estructura orgánica del Ministerio de Justicia, del cual la Dirección Nacional de Registros Públicos y Civiles constituyó un órgano de línea, conforme a lo establecido en los arts. 22º, 23º y 24º del Decreto Ley Nº 25993. Finalmente, la Ley Nº 26366 que crea el Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos reemplaza en sus funciones al Jefe

por el Superintendente y a la Comisión Facultativa por el Directorio de la Superintendencia.

Además de los libros de comerciantes y de sociedades, se deberá llevar un Índice Nacional de Sociedades, que tendrá carácter informativo estadístico, sin que sus inscripciones produzcan fe pública registral (art. 108º del Reglamento).

301. INSCRIPCIÓN DEL COMERCIANTE INDIVIDUAL

Los actos que afectan al comerciante y que se inscriben en la hoja que le está destinada se refieren: 1) a la representación del comerciante (art. 21º inc. 6 del C. de C., art. 9º inc. d, del Reglamento); 2) a la capacidad mercantil de la mujer casada (incs. 7 y 8 del art. 21º del C. de C.; incs. a y b del art. 9º del Reglamento); 3) al patrimonio de la mujer del comerciante (inc. 9 del art. 21º del C. de C.; inc. c del art. 9º del Reglamento).

Los arts. 10º, 11º, 12º, 13º y 14º del Reglamento hacen referencia a los documentos pertinentes a la mujer casada. Es necesario evaluar constantemente las referencias a la mujer casada en función del artículo 293º del Código Civil, pues la autorización para ejercer la actividad comercial, ha sido trasladada en su regulación al Código Civil y está referida a la profesión o industria a la cual se dedique el cónyuge, entendiéndose como tal no sólo la mujer sino también el hombre, quien debe contar con autorización expresa o tácita del cónyuge para ejercer profesión o industria.

302. ACTOS INSCRIBIBLES REFERENTES AL COMERCIANTE

El inc. 10 del art. 21º del Código alude a la emisión de acciones, cédulas y obligaciones que pudieran hacer los comerciantes individuales, lo que resulta insólito y han sido advertidos por los comentaristas del Código español, que también contiene esas indicaciones. El comerciante individual no puede emitir acciones, lo que sólo estaba reservado a las sociedades anónimas; y en cuanto a las obligaciones o bonos, el Reglamento Mercantil aclara (art. 18º) que no pueden emitir estos títulos con garantía hipotecaria, lo que explica porque esto es privilegio de las entidades autorizadas por la ley. Los demás títulos sólo los puede emitir si los hace constar por escritura pública o por acta de la que aparezcan los requisitos y condiciones respectivas. Por otro lado la nueva Ley General de Sociedades, al regular la emisión de Obligaciones dentro del Libro IV dentro de las normas complementarias a todas las sociedades, dicha facultad ya no es solo una prerrogativa de la sociedad anónima, sino de cualquier otro modelo societario.

303. INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES

Las sociedades están obligadas a inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas, el cual, mediante Ley Nº 26366, de fecha 16 de octubre de 1994, subsume dentro del Registro de Personas Jurídicas al Registro Mercantil, entre otros, con

lo cual las sociedades adquieren personalidad jurídica. Así se desprende de lo expresado en el art. 6º de la Ley General de Sociedades y arts. 1º y 3º del Reglamento de Registro de Sociedades. El art. 423º de la ley mencionada reputa sociedades irregulares a las que no cumplen con la inscripción. En estos casos, las relaciones internas entre los socios se regirán por lo dispuesto en el pacto social y por las disposiciones de la ley en forma supletoria, pero no perjudican a los terceros, quienes estarán a lo favorable.

Asimismo, debe ser objeto de inscripción las escrituras modificatorias del pacto social y de los estatutos. Las rescisorias o las de disolución, a tenor de lo dispuesto en el arts. 5º de la Ley General de Sociedades e inciso a) del art. 3º del Reglamento de Registro de Sociedades.

Igualmente, debe ser objeto de inscripción las transformaciones, fusión y escisiones de las sociedades, a tenor de lo dispuesto en la Ley General de Sociedades.

En la hoja de inscripción correspondiente a cada sociedad se inscribirán: las resoluciones judiciales o arbitrales sobre la validez del pacto social inscrito, asimismo, las que se refieran a sus modificaciones o a los acuerdos o decisiones societarias inscribibles: el nombramiento de administradores, liquidadores o de cualquier representante de la sociedad, su revocación, renuncia, modificación y, en su caso, su aceptación expresa, la revocación de sus facultades, la sustitución, delegación y reasunción de las mismas; la delegación de facultades y atribuciones de los órganos sociales; la emisión de obligaciones, sus condiciones y sus modificaciones, así como los acuerdos de la asamblea de obligacionistas que sean relevantes con relación a la emisión, su ejecución, u otros aspectos de la misma; las resoluciones judiciales o arbitrales que se refieran a la emisión de obligaciones de una sociedad y los aspectos referidos tanto a ella como a los acuerdos inscritos de la asamblea de obligacionistas; las resoluciones judiciales o arbitrales que afecten a las participaciones sociales; la fusión, escisión, transformación y otras formas de reorganización de sociedades, la disolución, los acuerdos de los liquidadores que por su naturaleza sean inscribibles y la extinción de las sociedades (incs. b, c, d, e, f, g y h del art. 3º del Reglamento del Registro de Sociedades).

También prevé el Reglamento (incs. i, j, k y l del art. 3º) la posibilidad de inscribir los convenios societarios entre socios que los obliguen entre sí y para con la sociedad siempre que no versen sobre las acciones y no tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas; los convenios que versen sobre participaciones o derechos que correspondan a los socios de sociedades distintas a las anónimas; el establecimiento de sucursales y todo acto inscribible vinculados a estas; y, en general los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos registrales y cuya inscripción prevean las leyes o el reglamento anotado.

No todas las inscripciones requieren de escritura pública. Así ocurre tratándose de los actos que se inscriben por orden judicial, el nombramiento de administradores, directores, gerentes, liquidadores, y en general, mandatarios de las so-

ciedades anónimas y comanditarias por acciones, así como la delegación permanente de alguna facultad del directorio y la designación de los directores que han de ejercerla, siendo suficiente para la inscripción, en estos casos, copia certificada notarial de la parte pertinente del acta.

El reglamento anterior en su artículo 36º señalaba que la *inscripción de las sociedades colectivas* registrará en su primera anotación, necesariamente, la razón social, los nombres, nacionalidad, estado civil, ocupación y domicilio de los socios y la razón social o denominación si éstos fueran personas jurídicas, con la indicación del Registro en que estuviera inscritas, del capital, de la participación de cada socio en el mismo o si tiene la condición de socio industrial y la duración. El actual reglamento, en su artículo 83º establece que los actos de inscripción de las sociedades colectivas se sujetan a las normas de las otras sociedades en lo que sea pertinente, sin perjuicio que el registrador, al amparo del inciso c) del artículo 13º del Reglamento deberá consignar en el asiento de inscripción lo que sea relevante para el conocimiento de los terceros, según el acto inscribible, siempre que aparezca del título; lo cual significa que en función de la modalidad societaria deberá consignar aquellos datos relevantes en cada tipo societario.

Las *sociedades en comandita simple* de conformidad con el artículo 37º del anterior reglamento del Registro Mercantil deben ser inscritas anotándose los mismos datos de las colectivas, y además, los nombres, apellidos, nacionalidad y estado civil de los socios comanditarios si son personas jurídicas, indicándose en este último caso el dato de su inscripción con el correspondiente Registro. El actual reglamento incluye los requisitos de inscripción en el art. 92º del Reglamento del Registro de Sociedades, remitiéndonos a las disposiciones de las sociedades colectivas, en lo que sean pertinentes.

Las *sociedades anónimas*, si se constituyen por suscripción pública deben depositar en el Registro el programa de fundación que se hará constar en el Diario, debiendo inscribirse también el acta de la asamblea constitutiva de la sociedad. El artículo 434º señala que los programas de fundación o de aumento de capital por oferta a terceros que se depositen con el Registro, dan lugar a la apertura preventiva de una partida, la que se convierte en definitiva cuando se constituya la sociedad. El depósito de prospectos de emisión de obligaciones se anotan en la partida de la sociedad emisora. En la primera inscripción se harán constar los datos mencionados en la escritura de constitución y en el estatuto.

Las *sociedades comanditarias por acciones* deben ser inscritas por primera vez aplicándose las normas sobre sociedades anónimas en cuanto les sea pertinente (art. 92º del Reglamento)

Las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, registrarán como primera inscripción, además de los datos que identifiquen al otorgante y al estatuto de la sociedad, los datos relativos al capital social y las participaciones en que se divide, con sus respectivas asignaciones, así como los bienes que cada socio apor-

te, indicando el título con que lo haga, el valor que se atribuye a las aportaciones no dinerarias y las participaciones sociales que se les asigne.

304. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN

La inscripción en el Registro Mercantil cumple la función de hacer conocer el contenido de determinados actos, a los que se otorga eficacia *erga omnes*. El acto se presume *juris et de jure* notificado a los terceros, aun cuando éstos en realidad no lo conocieran. De aquí, el régimen de publicidad de los Registros y la obligación de expedir testimonios literales de toda o parte de la hoja de inscripción. Su principio publicitario contenido en el artículo II del Título Preliminar del Reglamento del Registro General de los Registros Públicos así lo reconoce cuando señala que la publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral

Esta forma de publicidad tiene otros efectos, entre ellos el de establecer, desde el momento de la inscripción o con efecto retroactivo, la eficacia jurídica del acto. Esto último ocurre en nuestra legislación en el caso de inscripción de las sociedades, en el que los contratos suscritos en nombre de ésta antes de ser inscrita en el Registro de Personas Jurídicas tienen validez si la inscripción se efectúa dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha de suscripción de los contratos y si la sociedad los acepta (art. 7º de la LGS).

De otro lado, la inscripción produce efectos declarativos o constitutivos. *Declarativos*, si se requiere para la eficacia del acto para el cual es exigido; de modo que, mientras no se efectúa la inscripción, el hecho carece de efectos frente a terceros, salvo que se pruebe que éstos conocían el evento. *Constitutivos*, porque sin la inscripción el acto no produce ningún efecto.

305. OPORTUNIDAD DE LA INSCRIPCIÓN

No en todos los casos señala la ley el plazo dentro del cual debe efectuarse la inscripción de los actos registrables. En primer lugar, tratándose del comerciante individual no hay que olvidar que la inscripción es potestativa, por lo que no cabría indicación sobre el plazo.

En otros casos, se deja librada la oportunidad de la inscripción a la voluntad de los interesados, quienes en vista de su interés y de los efectos de la no inscripción, decidirán según su conveniencia.

Finalmente, hay situaciones en que la ley señala plazos perentorios para la inscripción de determinados actos relacionados con las sociedades. Así ocurre con lo dispuesto en el art. 15º de la Ley General de Sociedades, que confiere una acción procesal de trámites muy breves, por la vía del proceso sumarísimo, para demandar la inscripción no efectuada por los llamados a solicitarla y a quienes

responsabiliza solidariamente por los daños y perjuicios cuando incurran en morosidad en el otorgamiento de la respectiva escritura pública o en las gestiones para realizar la inscripción de los actos enunciados en el mencionado numeral.

Se revela, así el propósito de la ley de lograr que el proceso de creación de la persona jurídica culmine con la inscripción, para evitar situaciones irregulares que originen confusiones que son fuente de conflictos.

CAPÍTULO XXXVI
CONTRATOS ASOCIATIVOS. ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

306. Contratos asociativos.- 307. Asociación en participación.- 308. Efectos del contrato.- 309. Administración.- 310. Participación de las partes.- 311. Terminación del contrato.

306. CONTRATOS ASOCIATIVOS

Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común en los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.

Las partes están obligadas a efectuar, las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato. Si no se hubiera indicado el monto de las contribuciones, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, en proporción a su participación en las utilidades.

La entrega de dinero, bienes o la prestación de servicios, se harán en la oportunidad, el lugar y la forma establecida en el contrato. A falta de estipulación, rigen las normas para los aportes establecidas en la ley, en cuanto le sean aplicables.

307. ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Es un contrato asociativo en virtud del cual una persona denominada asociante conveniente con otra llamada asociado en que ésta participe, en la proporción que

ambas acuerden, en las utilidades o en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios del asociante.

Como puede apreciarse, se trata de una forma asociativa que persigue una finalidad semejante a la de la sociedad, pero que no puede confundirse con ésta.

Las notas esenciales de la asociación en participación, que la configuran y la diferencian de las sociedades, son:

a) no se revela a los terceros, pues es un pacto oculto entre los asociados;

b) no está sujeta a formalidades de publicidad;

c) el asociado contrata con los terceros en nombre personal;

d) no origina una persona jurídica;

e) la colaboración económica o capitalista no da lugar a la formación de un fondo patrimonial común; y,

f) falta una razón comercial común, pues el negocio continúa perteneciendo al gestor.

La existencia del elemento efectivo y el carácter personal del contrato originan que el asociante no puede, sin el consentimiento del asociado, atribuir participación para la misma empresa o para el mismo negocio a otras personas.

Para la celebración del contrato se exige la forma escrita, pudiendo ser escritura pública o documento privado, pero no obliga la inscripción en el Registro Mercantil.

La exigencia de la forma escrita evita las dificultades de la prueba.

308. EFECTOS DEL CONTRATO

Del carácter oculto de la asociación en participación derivan varias consecuencias, a las que ya se ha hecho mención, siendo la principal que el asociante que contrata con los terceros lo hace siempre en su propio nombre, en forma personal, como si el negocio o la empresa fuera sólo de él, sin que los terceros tengan por qué conocer a los participantes. Por esto, los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente al asociado, ni éste respecto a aquellos.

Como la asociación en participación no es una persona jurídica distinta de la persona de los participantes, no tiene patrimonio propio, ni capital social, ni razón o denominación social, ni sede social atributiva de jurisdicción, ni puede ser declarada en quiebra, ni puede emitir títulos cesibles o negociables representativos de la participación de sus miembros.

Finalmente, como carece de personalidad jurídica, no podría transformarse ni fusionarse con otras sociedades.

309. ADMINISTRACIÓN

La asociación en participación es administrada por el asociante, es decir, por aquél que realiza la explotación y que es el único conocido por los terceros. Es ésta la única condición esencial del convenio.

En cuanto a la extensión de los poderes, ellos pueden ser fijados libremente en el contrato. El administrador está obligado a respetar lo convenido y actuar con el cuidado del comerciante leal, debiendo abstenerse de todo acto de concurrencia desleal respecto a su co-asociado

La representación que ejerce no sólo puede hacerla valer frente a terceros sino también frente al co-asociado, en representación de la asociación.

El co-asociado a quien no corresponde la administración no puede inmiscuirse en los negocios comunes; si lo hiciera, quedaría obligado personalmente frente a los terceros. Pero, tiene el derecho de ejercer una acción de control sobre los hechos administrativos internos de acuerdo con lo estipulado en el contrato y, además, el de exigir la rendición de cuentas del negocio realizado si la asociación se hubiese celebrado para un solo negocio, o la rendición anual de cuentas si la gestión se prolongara más de un año.

Asimismo, el administrador está obligado a liquidar la parte del asociado, según los resultados prósperos o adversos, en la proporción que se haya convenido.

310. PARTICIPACIÓN DE LAS PARTES

Si en el pacto no se hubiese señalado la proporción que corresponde a las partes, la participación en las pérdidas será en la misma medida en que se participa en las utilidades, pero en ningún caso las pérdidas que afectan al asociado podrán superar el valor de su aporte. La libertad para determinar en el pacto la participación que puede corresponder a las partes, no puede llegar al extremo de librar a alguna de ellas de todo riesgo, porque se estaría en presencia de un pacto leonino, que la ley repudia.

Además, de lo que resulta expresado en relación con la administración en cuanto afecta a los socios desde el aspecto interno, cabe señalar otras obligaciones que se generan entre ellos. La primera sería la de entregar por parte del asociado el capital convenido.

Como la asociación en participación carece de personalidad jurídica, es necesario determinar las consecuencias respecto a los bienes aportados y establecer si quedan de propiedad del que los aportó o si, respecto a terceros, se reputan del asociante.

Si se trata de aporte de cosas fungibles o de dinero, el participante no conserva sino un simple derecho de crédito contra el asociante en caso de quiebras de éste en la misma medida que cualquier acreedor quirografario.

Los bienes se reputan como de propiedad del asociante, en relación con terceros, a no ser que por la naturaleza de la aportación sea necesaria alguna formalidad o se estipule lo contrario en el contrato de asociación y se efectúe la inscripción en el Registro correspondiente. Si la estipulación no se hubiese registrado, pero se probara que el tercero la conocía o debía conocerla, surtirá efecto contra él. Esta solución guarda relación con el carácter oculto de la asociación en participación. Los terceros conocen únicamente al gestor, sin que tengan ninguna relación con el participante. Para ellos el asociante es el único titular del negocio o empresa con quien contratan; él actúa únicamente en nombre propio, por lo que no hay acreedores ni deudores de la asociación. Se protege, pues, la apariencia externa, la buena fe de los terceros que concedieron créditos o celebraron contratos sobre la base de una situación revelada al exterior como única. Pero, si el tercero conoció o debió conocer la verdadera relación entre los co-asociados, no hay nada que proteger.

311. TERMINACIÓN DEL CONTRATO

La asociación en participación termina en la fecha establecida en el contrato, o al terminarse la operación u operaciones que le dieron origen. Como todos los contratos, puede ser objeto de nulidad cuando se producen las causales previstas en la ley. También puede terminar por acuerdo unánime de las partes.

La liquidación y participación se resuelven mediante una simple rendición de cuentas en la forma estipulada en el contrato, no aceptándose, por lo general, que se apliquen las reglas establecidas para las sociedades.

Como la asociación en participación no es persona jurídica, se reputa que si se designa liquidador, éste sería un mandatario de los asociados, pero no de la asociación.

En cuanto a la participación, a falta de previsiones contractuales, se aplican las reglas del derecho común. Corresponde a los asociados reclamar del asociante la justificación de las operaciones.

A falta de pacto en contrario, las pérdidas deben repartirse en la misma proporción que los beneficios. En cuanto a la entrega de los bienes que corresponden a los partícipes, se hará de acuerdo a su naturaleza, procediéndose a la venta o a la participación *in natura*, según los casos.

CAPÍTULO XXXVII
CONTRATO DE CONSORCIO

312. Concepto.- 313. Función económica.- 314. La participación.- 315. La administración.- 316. Utilidades.

312. CONCEPTO

El contrato de consorcio es un contrato de naturaleza asociativa y por definición no constitutivo de una sociedad; la intención de las partes en este contrato es participar en un determinado negocio, obtener un beneficio por esa actividad en conjunta en la cual participan, asumiendo cada parte las actividades propias que se le encargan en el mismo contrato y responder por los compromisos asumidos contractualmente. En esta modalidad contractual las partes deben fijar los mecanismos de coordinación para el desarrollo del objeto que lleva a esta unión transitoria.

En el contrato de consorcio convergen las voluntades de dos o más partes que mediante su participación convienen en aportar bienes, servicios, y derechos, con el propósito de desarrollar una actividad en común y repartirse los beneficios en la forma convenida.

En este contrato las partes no se unen para establecer una relación jurídica permanente dentro de una forma organizativa societaria, sino que cada cual es independiente y conserva su autonomía.

En el contexto de los contratos asociativos regulados por la Ley General de Sociedades, el consorcio crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes; no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro. No generando persona jurídica, cae por su propio peso que no

tenga los atributos de la persona y en consecuencia tampoco tendrá un nombre o una denominación. En este sentido, la legislación argentina al tratar de las Uniones Transitorias de Empresas (UTE), las obliga a que cuenten con un nombre que las identifique a pesar que no generan una persona jurídica.

El comportamiento de la parte del consorcio está regulado en la ley, pero se deja un amplio margen de libertad para que ellas sean las que fijen las condiciones, y determinen sus derechos y obligaciones.

313. FUNCIÓN ECONÓMICA

El adelanto de la ciencia motivado por la necesidad de las satisfacciones de la necesidad de los hombres, requiere en muchas oportunidades el desarrollo de grandes proyectos, los cuales serán posibles en la medida que contemos con los elementos necesarios para desarrollarlos, y ello estará en función del recurso económico, material, humano y técnico. Por lo general hemos venido concibiendo como denominadores comunes para el desarrollo de todo proyecto la necesidad del dinero, el acceso a los recursos materiales, entendiendo éste en muchos casos como la materia prima, y el recurso humano, del cual no podemos prescindir, a pesar que en algunos países los robots han comenzado a disminuir su incidencia en la producción. Adicionalmente, el tecnicismo se ha hecho presente, precisamente para rebajar costos de producción o desarrollar actividades que sin el desarrollo de la técnica sería imposible. La tecnología ha dejado de ser algo sofisticado para convertirse en un elemento necesario en el desarrollo de los proyectos de gran envergadura. El conocimiento técnico tiene un valor muy importante, y se aplica a las fases de la extracción, producción y comercialización.

Retrospectivamente podríamos afirmar que así como la máquina permite la producción en masa de bienes a un menor costo para la satisfacción de las necesidades de la población, contratos como el *joint venture* y el consorcio, satisfacen a las empresas en general y a las corporaciones en particular, para lograr mediante la técnica, los recursos económicos y materiales la explotación de recursos naturales, siempre con el ánimo de satisfacer el interés de la colectividad.

El desarrollo del conocimiento y de la ciencia absorbido por consorcios empresariales hace que el celo en su difusión no sea irrestricto sino tan sólo en su aplicación final a través de los productos o de los servicios que se prestan. Esta situación anima a los empresarios a conservar fórmulas o claves, que sólo están dispuestos a aportar temporalmente para el desarrollo específico de un negocio en particular, valiéndose para el efecto de otro socio o contratante quien aportará bienes o actividades complementarias.

La función económica del consorcio la encontramos en la facilidad que ofrece este contrato para que los inversionistas puedan desarrollar actividades en campos donde se requiere de recursos y de tecnología avanzada. El consorcio constituye el molde más adecuado para desarrollar este tipo de actividades, sin embargo

nada impide que aceptado como es, pueda ser utilizado en actividades empresariales que requieren de la simple colaboración, y es en este sentido que la doctrina clasifica al contrato de consorcio como uno de *colaboración*.

314. LA PARTICIPACIÓN

La participación está dada a través de las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato. La participación vendría a constituir el aporte que cada uno de miembros de este contrato asociativo se compromete a realizar para la consecución del objeto del contrato. En este sentido habrá que tener presente que el objeto del contrato debe estar relacionado con el objeto de cada una de las empresas que integran el consorcio, y además, debe tenerse presente que las partes se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa. En buena medida el consorcio tiene un objeto determinado, sea por razón del negocio o por razón de la actividad emprendida. Sobre la participación en la actividad empresarial, habrá que adoptar un razonamiento extenso y uno limitativo. En el lato, será posible que el consorcio participe en la formación y constitución de una empresa cuyo objeto se encuentre relacionado con el objeto de cada uno de los partícipes del consorcio, pudiendo llegarse al caso de constituir sociedades merced al pacto o al contrato asociativo de consorcio, en cuyo caso nos encontraríamos en lo que la doctrina reconoce como *Joint Venture Corporation*; y en el caso que los acuerdos consorciales no generen una persona jurídica, o tengan por objeto desarrollar el acuerdo a través de ella, estaríamos ante los *Joint Venture Agreement*.

Las participaciones se materializan mediante el aporte de dinero, bienes o servicios; las partes consorciadas se obligan a realizar dichas contribuciones con el propósito de cumplir el objeto del contrato. Dicha obligación persigue a los socios hasta el extremo de que, en caso no se hubiese indicado el monto de la contribución, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio. Dado que el supuesto del art. 439º está referido a montos y cantidades, se obliga a que los mayores aportes se realicen en proporción a su participación en las utilidades.

La modalidad, oportunidad y lugar de las contribuciones estarán determinados en el respectivo contrato de consorcio, sin embargo, a falta de estipulación se aplicará las normas que rigen para los aportes para las sociedades, en cuanto sean aplicables. Es decir, se estará a lo señalado en las reglas básicas de la ley general de sociedades y en especial a las normas relativas a los aportes dinerarios, no dinerarios, a la oportunidad de la entrega y al riesgo del bien aportado.

Del tenor del artículo 439º, regla aplicable a los contratos asociativos, se tiene que los aportes o contribuciones consistentes en bienes dinerarios y no dinerarios, resultan transferidos a un fondo común, cuyos propietarios son los consorciados, pero dichos bienes se encuentran afectados a la realización del ne-

gocio o empresa, sea para su transferencia al tercero contratante o para el uso del servicio contratado.

La norma especial aplicable al consorcio señala que los bienes que los miembros del consorcio afecten al cumplimiento de la actividad a que se han comprometido, continúan siendo de propiedad exclusiva de éstos. Lo cual descarta la afectación de los bienes a un fondo común independiente o a un patrimonio autónomo, puesto que la ley sigue atribuyendo la propiedad de los bienes a cada uno de los consorciados, según su contribución, lo que sucede es que su uso se encuentra afectado al negocio o empresa del objeto del contrato de consorcio. El artículo 446º establece que la adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad.

315. LA ADMINISTRACIÓN

La administración de los negocios consorciados estará determinada en el contrato, debiendo en todo caso precisarse las facultades y responsabilidades que cada parte señale como propias o en conjunto, dejándose para tal efecto amplia libertad. A diferencia del contrato de asociación en participación, en el contrato de consorcio no existe el socio oculto, ambos asociados se dan a conocer frente al tercero, y es más asumen una responsabilidad por el cumplimiento del contrato.

El artículo 447º precisa que cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. En este sentido se debe prever que el contrato de consorcio contenga normas que permitan establecer la forma de fijar compromisos con terceros, y nada impide que las facultades se precisen y se inscriban en la partida de la sociedad en el Registro, a efecto que los terceros que contraten con las empresas consorciadas tengan la seguridad respecto a las facultades de los representantes.

Por un lado se tiene que cada parte del consorcio puede asumir obligaciones y responsabilidades en mérito al contrato, y se obliga frente al tercero por dichos compromisos, sin embargo, el mismo artículo 447º precisa que cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.

El problema de la responsabilidad debe ser cuidadosamente tratado en el contrato consorcial y en la relación con los terceros, pues la responsabilidad con el tercero será solidaria si así ha sido efectivamente pactada, o lo dispone la Ley. La Ley ha dejado en libertad a las partes para fijar la responsabilidad solidaria, de acuerdo a lo que éstas convengan (art. 447º). De no convenirse habrá que concluir que la responsabilidad no se puede presumir solidaria, y que cada parte responde por lo que se obligó frente al tercero. Correrá el tercero con la diligencia necesaria para precisar si el objeto del contrato es uno que implica una obligación indivisible a fin de tomar debido cuidado en señalar el tipo de responsabilidad. Si la obligación

es indivisible, lo más probable es que no se pueda exigir su cumplimiento a aquel consorciado que no reúne los requisitos de idoneidad o técnicos para cumplir con la parte que no le corresponde del contrato. En todo caso habrá que recurrir a la resolución del contrato y a la fijación de los daños para que se impute una responsabilidad de los consorciados, a pagarse en forma mancomunada, si es que no se ha pactado la solidaridad. Habrá que tener presente entonces, el pacto de la solidaridad para el cumplimiento de la obligación que nace del contrato frente al tercero, de forma tal que se cubra la responsabilidad por los daños y perjuicios al no cumplir con el objeto del contrato.

316. UTILIDADES

Cada consorciado tiene derecho al reparto de las utilidades del negocio o de la empresa. Es un contrato que conlleva un carácter lucrativo, por ello el artículo 448º hace alusión al régimen y sistemas de participación en los resultados del consorcio, presumiendo la Ley que en caso que este régimen no esté determinado en el contrato, la participación se hará en partes iguales.

Celebrado el Convenio Concursal, el insolvente entregará al Administrador Especial la posesión sobre los bienes que forman parte de la masa concursal, constituyéndolo en depositario de los mismos y, asimismo, se le encarga la administración y representación legal de la masa concursal para todos los efectos de la liquidación.

SECCIÓN III

REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL Y SISTEMA CONCURSAL

CAPÍTULO XXXVIII
REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL Y SISTEMA CONCURSAL

317. Antecedentes.- 318. El procedimiento de reestructuración patrimonial.- 319. La insolvencia: a) La declaratoria de insolvencia y la difusión del proceso.- 320. El procedimiento concursal ordinario.- 321. La protección del patrimonio.- 322. El reconocimiento de créditos y la orden de prelación para el pago de los créditos: a) El reconocimiento de créditos. b) Orden de prelación para el pago de los créditos.- 323. La inexigibilidad de las obligaciones.- 324. El destino de la empresa.- 325. La junta de acreedores.- 326. El plan de reestructuración.- 327. La disolución y liquidación de la empresa.- 328. Efectos de la aprobación del convenio de liquidación.- 329. Facultades y obligaciones del liquidador.- 330. La quiebra de la empresa.- 331. Procedimiento concursal preventivo.- 332. Impugnación de acuerdos de la junta de acreedores.- 333. La situación de concursado de las personas naturales.

317. ANTECEDENTES

En lo que se refiere a la legislación en materia concursal se puede distinguir varias etapas, considerando los diversos criterios aplicables desde el Código de Comercio de 1902 hasta la reciente Ley General del Sistema Concursal Nº 27809.

En una primera etapa se acepta fácilmente la mala situación de la empresa, se dictan normas que regulan los derechos de los acreedores, entre ellos la que corresponde a los trabajadores, protegiéndolos a fin de que puedan cobrar sus créditos contra la realización de los bienes de la empresa. Se contempla la posibilidad de convenios con los acreedores, no existiendo un esfuerzo del Estado para evitar el cierre del centro laboral.

El criterio predominante en el siglo XIX basado en que el incumplimiento de las obligaciones determinaba la quiebra de la actividad, correspondía a una visión del derecho de ese entonces en el que el individualismo era el centro, con un predomino patrimonialista.

A fines de ese siglo se distinguían diversos planteamientos relacionados con la quiebra, es así que, señala la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1902, para los jurisconsultos italianos, ésta consistía en la absoluta insolvencia del comerciante, esto es, cuando el pasivo excede al activo; y por lo mismo, la simple suspensión de pagos en ningún caso produce aquel estado. Para la legislación francesa de esa época y la antigua española, a la que seguía nuestro Código de Comercio de 1853, era todo lo contrario. La quiebra existía desde el momento en que el comerciante deja de pagar sus obligaciones temporal o definitivamente; en su virtud, la suspensión de pagos produce iguales efectos que la cesación o sobreseimiento en ellos. Para la legislación belga, debía reconocerse la existencia de un estado provisional y particular en el comerciante que suspende sus pagos, en beneficio de éste y de los mismos acreedores, cuyo estado, sin llegar a la quiebra, produce –se señalaba– muchos de sus buenos efectos.

El Código de Comercio de 1902 de estos tres sistemas adopta sustancialmente el último. Según el Código, el comerciante que no pudiendo satisfacer en el acto todas sus obligaciones corrientes, cuenta, sin embargo, con recursos o bienes suficientes para pagarlas íntegramente; goza del beneficio de suspender los pagos hasta que sus acreedores acepten o rechacen el convenio que debe proponerles. Reconoce un estado preliminar al de quiebra que corresponde a la situación en que se encuentra el comerciante que, sin gozar de toda la plenitud de su crédito tampoco se halla en la situación de cesar por completo en el pago de sus obligaciones corrientes.

El Código de Comercio de 1902 no se diferencia del que regía en España desde el año de 1886, sin embargo este último no se ocupaba del procedimiento judicial en materia de quiebras y suspensión de pagos, separaba la parte sustantiva de la parte adjetiva, por este motivo la ley española de procedimientos señalaba los trámites del juicio de quiebra.

En el Perú no se seguía el mismo sistema, el Código de Enjuiciamiento trataba sobre el juicio de concurso y no sobre el juicio de quiebra. Siendo la ley sustantiva la española, correspondía la aplicación de su ley adjetiva, sin embargo habiéndose planteado con insistencia su modificación y existiendo una ley para proceder a su reforma, se consideró que una ley que no es aceptable no podía ser una ley modelo, amoldándose el proyecto al sistema argentino.

La Ley Procesal de Quiebras Nº 7566, promulgada el 2 de agosto de 1932, derogó la parte pertinente del Código de Comercio, y reguló a partir de ese entonces el aspecto procesal y sustantivo de las quiebras y en general la materia del derecho concursal. Esta ley contemplaba aspectos relacionados con los Convenios Judiciales de acreedores o extrajudiciales.

En este sentido tomó singular importancia el Decreto Ley Nº 19857 que regulaba los convenios extrajudiciales de acreedores, posibilitando acuerdos de pago o de liquidación en forma extrajudicial sin necesidad de llegar al extremo de la quiebra.

La segunda etapa se caracteriza por la intervención del Estado, a efecto de permitir que empresas en quiebra continuasen funcionado.

En los años setenta se dieron una serie de leyes que incidían sobre la situación de las empresas declaradas en quiebra. El Decreto Ley Nº 19525 dispuso que a través de Resolución Suprema se podía disponer la continuación forzosa de la actividad industrial o comercial de una sociedad mercantil declarada en quiebra, para ello se le debía calificar como de necesidad y utilidad pública para la economía nacional o para el interés social.

Por otra parte, dispositivos como los Decretos Leyes Nºs. 20023, 20158, 21584 y 22972, permitieron que los trabajadores de empresas en quiebra pudieran solicitar la administración de la empresa. Dicho pedido procedía no sólo en el caso de quiebra, sino en el caso que los empresarios paralizaran las labores o abandonaran sus empresas, para lo cual debían constituir cooperativas de trabajo.

Esta etapa culmina con la dación de los decretos leyes de los años setenta, ya mencionados, con los cuales se procuraba proteger el centro de trabajo, pero con un exceso que significaba propiciar condiciones para apoderarse de los bienes de la empresa bajo una situación coyuntural.

La situación económica en la década de los ochenta del siglo pasado, determinó el cierre de numerosas empresas, así como su quiebra, empieza una tercera etapa, en la cual nuevamente el centro de la problemática es la empresa, y más concretamente, el cierre de la empresa. Las medidas se orientan a evitar que las empresas cierren o quiebren, y para ello comprometen a los acreedores, para que bajo el criterio y decisión de las mayorías aprueben la reestructuración de la empresa. El objetivo de los acreedores será mantener en actividad la empresa, en este sentido deberán pronunciarse sobre su viabilidad económica; sólo en el caso extremo será de aplicación la alternativa de pedir la liquidación, que de resultar infructuosa llevaría a la quiebra de la empresa.

Esta alternativa se va a plasmar en las disposiciones que se dictan sobre reestructuración empresarial y patrimonial, destinada a permitir la recuperación de empresas viables que atraviesan crisis económicas y financieras temporales y, con ello, a mantener y salvaguardar puestos de trabajo. Mientras la Ley Procesal de Quiebras (Nº 7566) privilegiaba la liquidación del patrimonio del deudor para pagar sus deudas hasta donde alcance el producto de la venta de sus bienes, bajo la Ley de Reestructuración Empresarial, Decreto Ley Nº 26116, se privilegió la posibilidad de reflotamiento de las empresas viables.

En cuanto al procedimiento concursal, el Decreto Ley Nº 26116, deroga la Ley Procesal de Quiebras modificando sustancialmente la forma de realizar el

proceso concursal, estableciendo un nuevo proceso de orden administrativo bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

La Ley se ocupa de la insolvencia considerándola como el estado económico-financiero en virtud del cual una persona natural o jurídica, independientemente de su actividad, ha sufrido la pérdida de más de las dos terceras partes de su patrimonio o se encuentra impedida de afrontar temporal o definitivamente el pago de sus obligaciones, dejando para un segundo término la quiebra. En este sentido establece los mecanismos para la reestructuración de las empresas viables, asimismo facilita la salida del mercado, y se faculta a las Juntas de Acreedores la decisión de los patrimonios en crisis.

Entre los aspectos relevantes de la Ley de Reestructuración Empresarial, se señalan los siguientes: (a) la "desjudicialización" de los procedimientos concursales implantados a través de la antigua Ley Procesal de Quiebras, (b) la decisión sobre el destino de la empresa en manos de la decisión mayoritaria de los acreedores, (c) el análisis consciente de la posibilidad de reestructurar económicamente a las empresas viables y, (d) en defecto de dicha viabilidad, la liquidación ordenada del patrimonio insolvente en un procedimiento extrajudicial.

Posteriormente el Decreto Legislativo Nº 845, denominado Ley de Reestructuración Patrimonial, de 21 de octubre de 1996, que sustituye al Decreto Ley Nº 26116, completa esta nueva fase. Este dispositivo no reguló la quiebra, sino la forma de liquidar una empresa, y se centró en la proyección de la empresa para que pueda restablecerse en el mercado y posesionarse en situaciones favorables. La intención es que la empresa acuerde con sus acreedores las facilidades para que pueda cumplir sus obligaciones, considerando la viabilidad de la empresa, basándose en la aprobación de un Plan de Reestructuración, dentro del denominado procedimiento de concurso preventivo, el mismo que está destinado a prevenir la problemática de la crisis patrimonial de un deudor. De no ser factible dicho Plan se contempla la liquidación o la quiebra de la empresa.

La aplicación de esta Ley dio lugar a los pocos años de nuevos dispositivos a fin de hacer más eficientes su funcionamiento considerando la experiencia desarrollada, así se flexibilizaron los mecanismos de reestructuración, en particular en lo que se refiere a la participación del Estado, en su condición de acreedor tributario. La Ley Nº 27295 de 26 de junio de 2000 modificó diversos aspectos de la Ley de Reestructuración Patrimonial, tales como los Artículos 30 y 50 concerniente a la información para la adopción de acuerdos, y a la Participación del Estado en los procesos de reestructuración; incorpora por otra parte normas reguladoras sobre Órganos de competencia exclusiva, y de los efectos de interposición de acciones de garantía en materia de reestructuración, disponiendo en este caso que no se admitirá a trámite acción judicial alguna que limite, restrinja o impida el acceso a los procedimientos regulados por la Ley de Reestructuración Patrimonial y sus normas complementarias.

La cuarta etapa corresponde a la reciente Ley General del Sistema Concursal Nº 27809, en que la protección del crédito constituye el aspecto sustancial del sistema concursal. Esta protección da lugar a un sistema de cobro, sustituyendo los esquemas de los años noventa, destinados a proteger la empresa, los puestos de trabajo, aliviar la crisis económica, etc. Se restringe el acceso al procedimiento concursal preventivo a aquellos deudores cuya crisis económica tiene una mayor magnitud. En este sentido, para esta Ley, el sistema concursal tiene por finalidad proteger el crédito, permitir que las empresas viables puedan recuperarse y seguir funcionando, y las que no, disolverse y liquidarse, ya que de otra manera sería prolongar una agonía que significa desperdicio de recursos y de tiempo, con la consiguiente repercusión en el encarecimiento del crédito, además de una falta de competitividad dentro de un mundo que marcha hacia la reducción de las barreras arancelarias.

Finalmente es conveniente tener presente la diferencia entre los términos iliquidez, insolvencia, y falencia, que se encuentran siempre ligados a la quiebra. *La iliquidez* es el estado en que se encuentran las empresas en el momento de la presentación de obligaciones vencidas a su cargo; no obstante tener el deudor activos no corrientes suficientes, carece de efectivo para hacer el pago. La *insolvencia* no es un simple y singular incumplimiento obligacional, no se trata de un atraso, o de suspensión de pagos, requiere que integralmente el deudor se encuentre incapacitado de pagar, no es una situación transitoria o coyuntural, es un estado crónico que compromete no una parte de su activo, el activo corriente en el caso de la insolvencia aguda, sino su totalidad, por cuanto lo más probable sea que el pasivo supere al activo, aun cuando esta relación no se manifieste claramente, pues para conocerla es necesario examinar el balance y los libros del insolvente.

Asimismo, entendamos que la *insolvencia* es un simple hecho que se presenta cuando el activo de un deudor es menor que su pasivo, en cambio la quiebra es un estado jurídico que sólo existe cuando el juez la declara, cuando se extingue el patrimonio del deudor quedando acreedores pendientes.

La *falencia*, por su parte, es propia del fallido, y como tal, es el comerciante quien suspende sus pagos por haber caído en la imposibilidad de pagar sus deudas a consecuencia de algún accidente que haya sufrido en sus negocios. En Argentina y Chile se emplea este término como sinónimo de insolvencia.

318. EL PROCEDIMIENTO DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL

El Decreto Legislativo Nº 845 no reguló la quiebra, sino la forma de liquidar una empresa, y se centró en la proyección de la empresa para que pueda restablecerse en el mercado y posesionarse en situaciones favorables. Desechado este objetivo, recién se puede contemplar la liquidación o la quiebra de la empresa. La actual Ley Nº 27809 (LGSC) se proyecta ya no como un manto de protección empresarial exclusivamente, sino como una modalidad propicia para recuperar los

créditos comprometidos en la empresa que se encuentra en situación concursal, siendo prueba de esta nueva tendencia la regulación del concursado a través de dos procedimientos, uno de ellos que se da en situación más crítica, como es el Procedimiento Ordinario, y otra en situación previsible y coyuntural que viene a estar regulado en el Proceso Preventivo, proceso este en el cual la sociedad no se encuentra en crisis, pero prevé su situación en el mediano plazo, razón por la que conscientemente se adelanta a los hechos planteando un proceso preventivo que le permitirá superar cualquier nefasta proyección.

De acuerdo al Decreto Legislativo Nº 845, la Comisión de Salida del Mercado, tenía la tarea de declarar la insolvencia de las empresas deudoras cuando observe que no tiene capacidad de pago, reconociendo la titularidad, legitimidad y cuantía de los créditos, y la declaración de la prelación de los créditos reconocidos de acuerdo al orden de preferencia establecido en el art. 24º de la Ley.

La Comisión de Salida del Mercado, luego de evaluar la situación de la empresa y comprobar su dificultad para el pago de las obligaciones, emitía una resolución declarándola insolvente. La resolución de declaración de insolvencia producía efectos relacionados con las deudas de la sociedad y con la exigibilidad de las obligaciones.

El proceso instaurado en el Decreto Legislativo Nº 845, que empezaba con la declaración de insolvencia del deudor, que a su vez marcaba el inicio de un concurso de acreedores, estaba destinado a procurar el pago de las obligaciones en forma ordenada, y principalmente la continuación del giro de la empresa en virtud de la viabilidad económica de la misma. Se pretendía dar la facilidad adecuada para que la empresa se ponga de acuerdo con sus acreedores a fin que éstos otorguen facilidades para el pago de las obligaciones, en plazos más prolongados, de forma tal de permitir que la empresa pueda proyectarse con una carga financiera más holgada y de forma tal que pueda dar resultados favorables que le permitan en el tiempo cancelar sus obligaciones. Jugaban un papel muy importante, en este esquema, los acreedores y la aprobación del Plan de Reestructuración, en virtud del cual se proyectan los ingresos de la empresa, así como el pago de las deudas.

Los antiguos esquemas legislativos, fueron creados para regular la quiebra de los comerciantes. La nueva alternativa concebida con los decretos de reestructuración empresarial y patrimonial surgen como alternativa concursal, destinada a permitir la recuperación de empresas viables que atraviesan crisis económicas y financieras temporales y, con ello, a mantener y salvaguardar puestos de trabajo. Mientras la Ley Procesal de Quiebras (Nº 7566) privilegiaba la liquidación del patrimonio del deudor para pagar sus deudas hasta donde alcance el producto de la venta de sus bienes, bajo la Ley de Reestructuración Patrimonial se privilegiaba la posibilidad de reflotamiento de las empresas viables. La diferencia obedecía a que, mientras la anterior legislación se tenía una visión individual de la empresa en crisis, la Ley la entendió como parte de un mecanis-

mo en el que se interrelacionan diversos intereses, como el de los empresarios que pueden salvar a su empresa de la crisis; los trabajadores que mantienen sus puestos de trabajo; los proveedores y entidades del sistema financiero cuyo cliente se mantendrá en el mercado; o el propio Estado que se beneficiaba con la recuperación económica de un contribuyente. Con la nueva Ley General del Sistema Concursal (Ley Nº 27809) se busca proteger el crédito, lograr la recuperación viable y oportuna de las empresas en marcha y adoptar la forma propicia una recuperación en la forma más inmediata.

Con excepción del procedimiento de quiebra, la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial se encargaba a la Comisión de Salida del Mercado del Indecopi, dicha Comisión era competente para conocer sobre la declaratoria de insolvencia de los deudores, el reconocimiento de la titularidad, legitimidad y cuantía de los créditos, la realización de las Juntas de Acreedores y todos los demás asuntos relacionados con dichos temas. Por su parte, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del mencionado organismo se encarga de revisar en última instancia administrativa los pronunciamientos de la Comisión. Para la mayor difusión de los procedimientos la ley faculta a la Comisión a delegar sus funciones en entidades de reconocido prestigio mediante convenios.

319. LA INSOLVENCIA

La determinación de la situación de la insolvencia era el punto inicial en el esquema de la reestructuración patrimonial regulada en el Decreto Ley Nº 26116 y Decreto Legislativo Nº 845, esquemas dentro de los cuales la autoridad administrativa declaraba la insolvencia de una persona en función de la definición que contemplaba la ley sobre la situación coincidente de dicha persona con el presupuesto de la ley. En efecto la ley definía la insolvencia como el estado económico-financiero en virtud del cual una persona natural o jurídica, independientemente de su actividad, ha sufrido la pérdida de más de las dos terceras partes de su patrimonio o se encuentra impedida de afrontar temporal o definitivamente el pago de sus obligaciones. Se tenía entonces que el primer acto administrativo que se producía, al amparo del sistema ya derogado era la declaración de insolvencia por la Comisión de Salida del Mercado.

El primer problema que nos generaba la definición del estado de insolvencia era la falta de uniformidad en su definición; el concepto se puede graficar con mayor facilidad que su definición.

Dicha expresión se suele mezclar o intercalar con la falta de pago de las obligaciones, sin embargo, la falta de pago no necesariamente significa la falta de solvencia, pues el deudor puede dejar de pagar una obligación siendo su condición de solvente, ya que podría darse el caso que el mal que sufra el deudor es la falta de liquidez, mas no de bienes, que por su situación coyuntural pueden ser de difícil realización.

La imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones del deudor es lo que calificaría la insolvencia. Sin embargo, como dicha situación debe manifestarse, para que se configure la insolvencia se requiere de una manifestación pública, que exteriorice la situación del deudor; éste sería el criterio que proclamó el sistema derogado.

La doctrina mercantil no tiene un criterio uniforme respecto del término insolvencia. Generalmente es aceptado como el vocablo que refiere un desequilibrio económico que resulta de la superioridad aritmética del pasivo sobre el activo; a criterio de otro sector de la doctrina, el término insolvencia equivale a la imposibilidad de hacer frente al cumplimiento de obligaciones exigidas por los acreedores. Para éstos, la insolvencia es sinónimo de cesación de pagos.

Se distingue la causa (insolvencia) y su efecto principal (la cesación de pagos). Insolvente es quien no puede pagar todas las deudas vencidas. La cesación de pagos es una forma de manifestación de la insolvencia. Precisamente se cesa en los pagos porque no se es solvente. La cesación de pagos conlleva a la quiebra.

La insolvencia se relaciona con el incumplimiento de pago de las obligaciones, sin embargo, para que pueda declararse la insolvencia debe encontrarse el sujeto en una situación constante y significativa para acreditar una inconducta en el pago de sus obligaciones. En términos reales, la insolvencia responde no sólo al incumplimiento sino al incumplimiento permanente en el pago de obligaciones. Una forma de medir el incumplimiento es por el número de veces que se incumple en el pago con sus diversos acreedores, o limitarlo a un monto significativo a fin de relacionar el volumen de la deuda con un incumplimiento grave mas no sostenido, que hace viable la declaración de insolvencia.

La insolvencia guarda relación con el incumplimiento simple en el pago de las obligaciones, precisamente es la falta de recursos líquidos que permitan pagar de inmediato o solventar las deudas. Los activos cuya realización sea difícil, por su precio, por su característica, nos puede llevar a pensar que la empresa cuenta con activos sólidos para el pago de sus obligaciones, pero no los puede realizar con facilidad, hacerlos líquidos para pagar sus obligaciones. Entra a la discordia pues, si la calificación de insolvencia se encuentra ligada a la liquidez de recursos de la sociedad, es decir, a esa facilidad con que debería contar la sociedad para traducir en dinero sus activos, o la solidez de la empresa, que por contar con activos de difícil realización, no puede hacer líquidos sus activos para pagar sus obligaciones.

Entre estos conceptos debemos centrar nuestra atención, y aceptar que la insolvencia no es el resultado de una condición por la falta de pago, sino de la dificultad de realizar los activos, lo que origina que la empresa reincida en el incumplimiento de sus obligaciones. Es importante reflexionar si el término reincidencia es correcto, o basta la determinación de una suma como el factor de la reincidencia.

La posición que adoptaba el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 845 al definir la insolvencia obligaba a comprobar el desbalance patrimonial para ver si se incurría en una declaratoria de insolvencia, o si no tenía los recursos necesarios para hacer frente a las obligaciones. La ley completaba este requisito cuando señalaba como monto mínimo para solicitar la declaratoria de insolvencia en forma directa ante la autoridad, de la existencia de créditos que superen en total el equivalente a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias.

En la Ley General del Sistema Concursal (Ley Nº 27809) no se han introducido conceptos relativos a la situación de insolvencia, ya que no es un estado crítico legalmente declarado, sino más una consecuencia económica a ser evaluada por los elementos personales que integran el sistema. En cierta medida la situación del estado de insolvente es sustituida por la del estado de concursado, es decir, del sujeto que es sometido a concurso por no poder hacer frente a sus obligaciones inmediatas. En tal caso la ley distingue la situación del deudor sometido a concurso a través del procedimiento ordinario establecido en la misma ley, y el caso del deudor no sometido a un concurso ordinario, sino que, por la característica de su situación patrimonial es sujeto de un proceso preventivo, en el cual sólo tendrán derecho a participar en la Junta del Procedimiento Concursal Preventivo los acreedores que presenten sus solicitudes de reconocimiento de créditos, y en donde no procede el reconocimiento de créditos que se presenten fuera de dicho plazo. Si fracasa la aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación y no se logra el objetivo del concurso preventivo, la Comisión de Procedimientos Concursales decretará el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de dicho deudor, siempre que más de 50% de sus acreedores, en la Junta donde se desaprobó el Acuerdo Global de Refinanciación, acordaran el ingreso a dicho procedimiento. El deudor tiene la posibilidad de acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo una vez cada doce (12) meses contados desde la conclusión del procedimiento anterior.

En el nuevo sistema concursal se da prioridad a la situación patrimonial del deudor, pues en la medida que su carga sea elevada, en función de los parámetros que establece la ley, se produce la situación de concursado; en tanto que, si la situación patrimonial es manejable a la lectura de los ratios financieros de la empresa, entonces estamos ante el caso del "concursado", que puede acogerse a un proceso preventivo, en el cual incluso no haya solicitado la suspensión de la exigibilidad de sus obligaciones. En el concurso preventivo las proyecciones de éxito deben ser superiores al del concurso ordinario, y ello sucederá en la medida que la empresa detecte oportunamente su situación y tenga la capacidad de convencimiento ante sus acreedores para hacerlos intervenir en un Acuerdo Global de refinanciación de obligaciones.

a) La declaratoria de insolvencia y la difusión del proceso

La nueva Ley (Nº 27809) ha variado algunos conceptos, entre ellos, la declaración de insolvencia, pues ya no se preocupa la ley emitir un pronunciamiento

respecto de la calificación del deudor, sino más bien en difundir públicamente la situación del concursado, a efecto que sus acreedores se presenten al proceso concursal, que ya no está a cargo de una Comisión de Salida del Mercado, sino de una Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi.

En doctrina la declaración de insolvencia formaliza una comunidad de intereses, y a su vez conlleva la clasificación de los acreedores en categorías distintas, según la posición jurídica de cada acreedor.

Se puede dividir en: a) acreedores en la masa o concursales, y b) acreedores de la masa.

Los *acreedores en la masa o concursales* son aquellos que quedan sometidos al procedimiento concursal por ser anteriores a la declaración de insolvencia.

Los *acreedores de la masa* obtienen su crédito con posterioridad, a ellos no les afecta la decisión de la junta de acreedores, ellos cobran el importe total de su acreencia.

Las *deudas de la masa* se originan por efecto de gastos y costas del procedimiento, de administración, y obligaciones válidamente asumidas por los liquidadores con posterioridad a la declaración de insolvencia.

En la Ley General del Sistema Concursal (Ley Nº 27809) se consideran estos criterios a través de los artículos 15º y 16º; así, serán créditos comprendidos en el concurso: a) Las obligaciones del deudor originadas hasta la fecha de la publicación del aviso de difusión del proceso, con la excepción de los créditos generados con posterioridad a dicha fecha cuando se trate de la disolución y liquidación de la empresa; b) las obligaciones asumidas por el deudor derivadas de contratos de arrendamiento financiero celebrados hasta la fecha de la publicación del aviso de difusión del proceso, siempre que el titular de los créditos manifieste expresamente su decisión de incorporar al concurso las cuotas originadas con posterioridad a la fecha mencionada, con la presentación de la solicitud de reconocimiento de créditos respectiva, sometiéndose al Plan, Convenio y demás acuerdos que adopte la Junta a partir de su incorporación; y c) en el caso de sucesiones indivisas en donde se considera como obligaciones, además de las deudas descritas en el Código Civil, las cargas de la masa hereditaria, contempladas en el artículo 869º de dicho cuerpo legal.

Se contempla también la situación de los acreedores concursales, concurrentes y tardíos. Son *acreedores concursales* todas las obligaciones del deudor originadas hasta la fecha de la publicación del aviso de difusión de proceso ordinario –punto de origen que sustituye a la anterior fecha de declaratoria de insolvencia–, y quedan sometidos a los efectos de dicho proceso. Se consideran *acreedores concurrentes*, aquellos que teniendo derecho a integrarse a la masa, solicitan y obtienen el reconocimiento de los créditos por la Comisión; y *acreedores tardíos* son los que no inscriben sus créditos, pero solicitan su inscripción después de la convocatoria de la Junta; *éstos carecerán de derecho a voz y voto en las Juntas.*

La ley vigente contempla que en caso de que al momento de cierre de la liquidación, el Liquidador tenga pendiente de cancelación créditos registrados en los libros de la empresa que no hubieren sido reconocidos por la Comisión, éstos deberán ser pagados después de todos los créditos reconocidos por la Comisión, de acuerdo al orden de preferencias establecido en la ley (art. 42º), consignándose en el Banco de la Nación los fondos correspondientes a disposición de sus legítimos titulares, cuando su domicilio no fuere conocido. Corresponde a la Comisión emitir las resoluciones de reconocimiento posteriores a la fecha de difusión del concurso, considerando para tal efecto la fecha de la reunión que acuerda la disolución y liquidación (art. 74º.4). Los créditos reconocidos por la Comisión después que el Liquidador ya hubiere cumplido con cancelar los créditos del orden de preferencia que se les hubiere atribuido, serán pagados inmediatamente, pero sin alterar los pagos ya efectuados.

El inicio del procedimiento concursal tiene efecto ante terceros con la difusión del proceso, que se produce una vez que se ha verificado el presupuesto establecido por la ley para acoger a la persona como concursado dentro de un procedimiento, sea ordinario o preventivo. Es por ello que se han diseñado los procedimientos concursales para crear un ambiente adecuado para la negociación con el objetivo de llegar a acuerdos que permitan la reestructuración o salida ordena del patrimonio en crisis. "En estos casos se encuentran un sinnúmero de agentes económicos y cada uno tiene intereses contrapuestos. En esta situación de crisis empresarial, los mecanismos comunes para enfrentarla, sobre la base de decisiones individuales, no son los mejores. Por ello, el procedimiento concursal establece normas transitorias y excepcionales que permiten llegar a una solución colectiva eficiente. Con este fin, el Estado se encarga de formular reglas de juego cuyo principal atractivo para los agentes privados es lo poco costoso que implica participar en el concurso versus los beneficios que pueden obtener de dicho procedimiento", según se expresa en la exposición de motivos publicada en la página web del Indecopi.

320. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL ORDINARIO

El Procedimiento Concursal Ordinario podrá ser iniciado por el propio deudor o por sus acreedores; declarada la situación de concurso, el deudor deberá presentar a la Comisión, la totalidad de la información y documentación señalada establecida en la ley. Consentida o firme la resolución que dispone la difusión del procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi dispondrá la publicación semanal en el Diario Oficial *El Peruano* de un listado de los deudores que, en la semana precedente, hayan quedado sometidos a los procedimientos concursales.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 26º.3 de la Ley General del Sistema Concursal, no procede promover el Procedimiento Concursal Ordinario respecto de deudores que se encuentren tramitando su disolución y liquidación, al amparo de las disposiciones de la Ley General de Sociedades.

El inicio del procedimiento puede tener lugar a petición del propio deudor o por sus acreedores:

Cuando se solicita el inicio del procedimiento ordinario a instancia del propio deudor, la ley establece que debe acreditar encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos:

a) Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un periodo mayor a treinta (30) días calendario.

b) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

Si el deudor solicita su acogimiento al Procedimiento Concursal Ordinario al amparo del literal a) del numeral precedente, pero tiene pérdidas acumuladas, deducidas reservas, superiores al total de su capital social, sólo podrá plantear su disolución y liquidación.

Si la solicitud del deudor tiene por objeto llevar a cabo una reestructuración patrimonial o la disolución y liquidación, el deudor deberá acreditar, mediante un informe suscrito por su representante legal y por contador público colegiado, que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan al total de su capital social pagado. El deudor también especificará los mecanismos y requerimientos necesarios para hacer viable su reflotamiento, y presentará una proyección preliminar de sus resultados y flujo de caja por un período de dos (2) años. Si el importe de sus pérdidas es mayor al capital social pagado deducidas las reservas sólo podrá solicitar su disolución y liquidación. En caso pretenda demostrar la viabilidad económica de sus actividades, presentará los medios idóneos para solventar las obligaciones adeudadas; debiendo incluir dentro de la documentación la información acerca de las fuentes de financiamiento a que ha accedido el deudor durante los dos últimos ejercicios, así como sobre la forma en que se ha acordado el retorno de dicho financiamiento y el tiempo que se ha destinado para ello; una relación detallada de sus obligaciones de toda naturaleza, precisando la identidad y domicilio de cada acreedor, la relación detallada de sus bienes muebles e inmuebles y de sus cargas y gravámenes, así como los titulares y montos de los mismos; la relación detallada de sus créditos por cobrar, indicando sus posibilidades de recuperación; y la declaración jurada de la existencia o inexistencia de vinculación con cada uno de sus acreedores.

Cuando se solicita el inicio del procedimiento a solicitud de acreedores, estarán legitimados para actuar, acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta (30) días siguientes a su vencimiento y que, en conjunto, superen el equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de presentación, podrán solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de su deudor. El desistimiento de alguno de los acreedores que presentó la solicitud, luego de emplazado el deudor, no impedirá la continuación del procedimiento (art. 26º.1). La solicitud deberá

indicar el nombre o razón, domicilio real y la actividad económica del deudor con una declaración jurada del acreedor sobre la existencia o inexistencia de vinculación con su deudor, y acompañará copia de la documentación sustentatoria de los respectivos créditos.

Verificada la existencia de los créditos invocados, la Comisión requerirá al emplazado para que dentro de los veinte (20) días de notificado, se apersone al procedimiento. El emplazado podrá apersonarse al Procedimiento Concursal Ordinario optando por alguna de las siguientes alternativas: **a)** Pagando el íntegro de los créditos objeto del emplazamiento. Si el acreedor se niega a recibir el pago, el deudor podrá consignar el íntegro del monto emplazado, conforme a las disposiciones del Código Civil y del Código Procesal Civil, en cuyo caso la obligación quedará extinguida; **b)** ofreciendo pagar el íntegro de los créditos objeto del emplazamiento. Se otorgará al acreedor el plazo de diez (10) días para dar su conformidad. El silencio constituirá una aceptación del ofrecimiento de pago; **c)** oponiéndose a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos objeto del emplazamiento. El ejercicio de esta opción no enerva el derecho del emplazado a plantear subordinadamente la alternativa anterior. La Comisión se pronunciará en el mismo acto administrativo sobre ambos, previo traslado al acreedor; y **d)** allanándose a la solicitud.

Se declarará la situación de concurso bajo los siguientes supuestos: **a)** cuando el acreedor solicitante rechace el ofrecimiento de pago formulado por el emplazado; **b)** cuando la oposición presentada por el deudor resulte infundada o improcedente; **c)** cuando el emplazado reconoce el monto de los créditos materia del emplazamiento y se allana a la solicitud presentada; y **d)** cuando el emplazado no se pronuncia sobre ninguna de las alternativas previstas en este artículo, dentro de los veinte (20) días de notificado de su emplazamiento como deudor.

En la publicación por la cual se difunde el procedimiento se requerirá a los acreedores para que soliciten el reconocimiento de sus créditos, informándoles sobre el plazo para el apersonamiento al procedimiento y se pondrá a disposición de los acreedores en las oficinas de la Secretaría Técnica la relación de obligaciones declaradas por el deudor.

Toda presentación de información o documentación por parte de las partes se hace con carácter de declaración jurada sujeta a las disposiciones contenidas en el Título XIX del Código Penal. Los requerimientos de información y documentación efectuados por la Comisión deberán ser atendidos bajo apercibimiento de iniciarse las acciones correspondientes por resistencia y desobediencia a la autoridad conforme al artículo 368º del Código Penal, sin perjuicio de aplicarse las sanciones administrativas contempladas en la Ley sobre facultades, normas y organización del Indecopi (Decreto Legislativo Nº 807).

La declaración de concursado obliga al deudor a presentar a la Comisión, la información y documentación relacionada con la situación patrimonial y legal de la

empresa. La Comisión pondrá, oportunamente, a disposición de los acreedores la documentación financiera y patrimonial presentada por el insolvente y elaborará un resumen de la información contenida en ella que deberá ser entregado a cada acreedor, adjunto a su resolución de reconocimiento de créditos. El art. 25º de la Ley General del Sistema Concursal obliga al deudor a presentar conjuntamente con su solicitud un Resumen Ejecutivo fundamentando el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario, la viabilidad económica de sus actividades, de ser el caso y los medios para solventar las obligaciones adeudadas; de esta forma se procura dar desde un inicio la información necesaria para los acreedores.

La propuesta fundamentada respecto de la decisión que sobre el destino de la empresa debe especificar los mecanismos y requerimientos básicos que considera necesarios para la viabilidad de su propuesta, así como una proyección preliminar de resultados.

A partir de la difusión del Procedimiento se producen una serie de efectos y empiezan a correr plazos para acreditar las acreencias y los derechos de los acreedores. Del mismo modo, consentida o firme la declaración de concursado, la Comisión, deberá disponer la convocatoria a Junta a los acreedores. Debe tenerse presente que la Comisión deberá calificar los créditos que le presenten los deudores, luego de lo cual expedirá el certificado de reconocimiento de créditos para que se presente a la Junta. Dentro de los diez (10) días posteriores al aviso de difusión del procedimiento, la Comisión dispondrá la convocatoria a Junta mediante aviso que se publicará por una sola vez en el Diario Oficial *El Peruano*. Entre la publicación del aviso y la fecha de la Junta en primera convocatoria deberá mediar no menos de tres (3) días. La citación a Junta deberá señalar el lugar, día y hora en que ésta se llevará a cabo en primera y segunda convocatoria. Entre cada convocatoria deberá mediar dos (2) días.

La complejidad o la cantidad de créditos que se presente pueden motivar el derecho de la Comisión de postergar la instalación de la Junta de Acreedores. Es así como el art. 50º.3 de la Ley dispone que, de oficio o a pedido del deudor o de acreedores que representen en conjunto más del diez por ciento del monto total de los créditos reconocidos, la Comisión podrá suspender la instalación de la Junta de Acreedores siempre que medie razón justificada.

Los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la fecha de publicación del aviso que informa sobre la situación de concurso, más el término de la distancia, y que hayan obtenido su reconocimiento, tienen derecho a participar con voz y voto en la reunión de instalación de Junta y en las posteriores.

También se reconoce como acreedores a aquel cuyo crédito dio lugar a la declaración de situación de concurso o al apercibimiento en aplicación del artículo 703º del Código Procesal Civil. En ambos casos los créditos correspondientes serán reconocidos de oficio por la Comisión (artículo 703º del Código Procesal

Civil Modificado por la Ley del Sistema Concursal: "Si al expedirse la sentencia de primera instancia el ejecutante desconoce la existencia de bienes de propiedades del deudor, solicitará se le requiera para que dentro de quinto día señale uno o más bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados cuyo saldo de cobertura posible resulte cuantitativamente suficiente para cuando menos igualar el valor de la obligación materia de la ejecución, bajo apercibimiento del juez de declararse su disolución y liquidación.

Consentida o firme la resolución, concluirá el proceso ejecutivo y el Juez remitirá copias certificadas de los actuados a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o a la Comisión Delegada que fuera competente, la que, conforme a la Ley de la materia, procederá a publicar dicho estado, debiendo continuar el trámite legal.

El apercibimiento contenido en el presente artículo también será de aplicación en la etapa procesal de ejecución forzada que se desarrolle luego del inicio de un procedimiento de ejecución de sentencia derivada de un procedimiento de conocimiento, abreviado o sumarísimo").

Los acreedores deberán presentar los títulos que acrediten la existencia, origen, titularidad y cuantía de los créditos devengados, se encuentren o no vencidos, debiendo identificar los créditos invocados por concepto de capital, intereses y gastos y señalar el orden de preferencia correspondiente.

La Sala de Defensa de la Competencia por Resolución Nº 224-97-TDC (Diario Oficial *El Peruano*, 31 de octubre de 1997), ha establecido un criterio de observancia obligatoria para la evaluación de las solicitudes de insolvencia presentadas en aplicación del art. 703º del Código Procesal Civil. En tal sentido, se exige que: "Tratándose de solicitudes declaración de insolvencia presentadas en aplicación del art. 703º del Código Procesal Civil, debe entenderse que el acto por el cual el juez remite a la autoridad concursal los actuados en un proceso ejecutivo sustituye a la etapa procesal de verificación de la antigüedad, exigibilidad y cuantía de los créditos. En estos casos, cumplidos los requisitos formales establecidos para admitir a trámite las solicitudes de declaración de insolvencia a pedido de acreedores, la autoridad concursal deberá emplazar al deudor para que acredite su capacidad de pago conforme a los artículos 10º y 11º de la Ley de Reestructuración Patrimonial".

321. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO

El *patrimonio comprendido en el concurso abarca* la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del deudor concursado, con excepción de sus bienes inembargables y aquellos expresamente excluidos por leyes especiales. El deudor cuyo patrimonio se encuentre sujeto al régimen de sociedad de gananciales deberá sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios, a fin de permitir la identificación exacta de los bienes que integraran su patrimonio comprendido en el procedimiento.

En caso fuera emplazado un deudor sujeto al régimen de sociedades gananciales y se declarara su sometimiento al régimen concursal, deberá proceder a satisfacer la exigencia prevista en el párrafo anterior de manera previa a la convocatoria a la junta de acreedores que disponga la Comisión. En las sucesiones indivisas formarán parte de la masa concursal los bienes materia de la herencia.

A partir de la fecha de la *publicación de la difusión del procedimiento*, la autoridad que conoce de los procedimientos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial seguidos contra el deudor, no ordenará, bajo responsabilidad, cualquier medida cautelar que afecte su patrimonio y si ya están ordenadas se abstendrá de trabarlas. Dicha abstención no alcanza a las medidas pasibles de registro ni a cualquier otra que no signifique la desposesión de bienes del deudor o las que por su naturaleza no afecten el funcionamiento del negocio, las cuales podrán ser ordenadas y trabadas pero no podrán ser materia de ejecución forzada. Si las medidas cautelares, distintas a las señaladas han sido trabadas, se ordenará su levantamiento y la devolución de los bienes involucrados en la medida cautelar a quien ejerza la administración del patrimonio del deudor. Sin embargo, no serán levantadas las medidas cautelares que no afecten la marcha del negocio, pero no podrán ser materia de ejecución forzada.

En ningún caso el patrimonio del deudor sometido a concurso podrá ser objeto de ejecución forzosa, en los términos previstos en la Ley, con la excepción de las obligaciones originadas por créditos de fecha posterior a la difusión del procedimiento. El marco de protección legal no alcanza a los bienes perecibles. En tal caso, el producto de la venta de dichos bienes será puesto a disposición del administrador o liquidador, según corresponda, para que proceda con el pago respectivo, observando las normas pertinentes.

Declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías, salvo que dichos bienes hubiesen sido afectados en garantía de obligaciones de terceros. La prohibición de ejecución de bienes no alcanza a las etapas destinadas a determinar la obligación emplazada al deudor. La autoridad competente continuará conociendo hasta emitir pronunciamiento final sobre dichos temas.

El deudor, solicitará la *inscripción* de la resolución que declara la situación de concurso o su disolución y liquidación en el Registro Personal, los Registros Públicos en los que se encuentren inscritos sus bienes, cualquier tipo de registros donde aparezcan bienes o garantías constituidas sobre bienes del deudor y, en su caso, en el Registro Mercantil o en el Registro de Personas Jurídicas correspondiente. Para la inscripción será suficiente copia de la resolución por la cual se inicia el procedimiento o la disolución y liquidación.

Se tiene entonces que uno de los efectos que produce la difusión del procedimiento concursal es la suspensión de todos los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial pendientes que se sigan contra el deudor y que

tengan como objeto la ejecución de garantías reales, embargos definitivos o cualquier otra medida definitiva ordenada sobre sus bienes. Continuarán sin perturbarse los procesos declarativos de derechos o aquellos otros en los cuales no tengan por objeto la ejecución de garantías, embargos, u otra medida que recaiga sobre los bienes del deudor. La suspensión no alcanza a la etapa de conocimiento de los procedimientos destinada a determinar la existencia, origen, titularidad, legitimidad o cuantía de créditos frente al insolvente.

La protección del patrimonio durante el *período de sospecha* está contemplado en el artículo 19º de la Ley Concursal. El período de sospecha, es una de las instituciones más antiguas del derecho concursal. La Ley Nº 27809 (LGSC) ha variado el presupuesto a diferencia de la regulación anterior, que lo trataba como "una nulidad de actos del insolvente", en la ley concursal se trata al acto como ineficaz, en razón que así se guarda coherencia conceptual con la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos, en razón que en la época en que se realizó el acto no existía causal de nulidad que lo afectará, por tanto es válido, pero es atacado por la ineficacia cuando se demuestra que la resaca del tiempo lo incluye dentro de los actos que no tienen eficacia por cuanto han sido celebrados en el período de un año anterior a la vigencia del estado del concursado. En efecto resultaba inexacto reputar como nulos a aquellos actos de disposición efectuados por el deudor durante el período de sospecha, toda vez que el problema no giraba en torno a un asunto de ineficacia estructural. El supuesto de nulidad se da cuando el negocio jurídico se forma contraviniendo normas imperativas, cosa que no ocurre con los actos celebrados por el deudor en tal período. La ineficacia aquí planteada es la del acto de disposición que realiza el deudor con un tercero, en detrimento o en fraude a sus acreedores.

Para que la *ineficacia concursal* opere y, en consecuencia, resulten inoponibles ciertos actos realizados por el concursado frente a sus acreedores deben configurarse ciertos requisitos: (a) que los actos señalados como sospechosos, hayan sido hechos a título gratuito u oneroso, no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor; (b) que perjudiquen su patrimonio; y (c) que hayan sido realizados o celebrados dentro de un período de tiempo determinado. Con relación a este último requisito se ha visto conveniente extender el período de seis meses a un (1) año, por cuanto se ha comprobado que muchas de las transacciones que afectan el patrimonio del deudor son realizadas por éste en el período que media entre los seis meses y el año previo a la presentación de la solicitud.

Así, el período de sospecha opera mediante la retroacción de los efectos del concurso, alcanzando a actos realizados por el deudor en un período anterior a la declaración, privándolos de efectos con relación a los acreedores. El supuesto de ineficacia concursal referido también opera frente a cualquier acto realizado por el deudor en virtud del cambio de su objeto social, celebrado en el mismo período, observando a tales efectos la naturaleza de la operación comercial. Esto, con la finalidad de evitar el fraude a los acreedores cuando el deudor modifique

su objeto social a efectos de ejecutar actos perjudiciales sin caer en el supuesto de hecho de la norma.

Pero el período de sospecha no solamente tiene aplicación retroactiva, sino que abarca una segunda fase que va desde la presentación de su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, la fecha en que fue notificado de la resolución de emplazamiento o se le notificó del inicio de la disolución y liquidación y hasta la fecha en que la Junta de Acreedores designe administrador o suscriba el respectivo Convenio de Liquidación.

Esto, por cuanto en dicho tramo (donde aún no opera el desapoderamiento del deudor y, por tanto, la Junta no se halla instalada), el concursado podría tener alternativas diversas de efectuar ciertos actos atentatorios al beneficio de la masa de acreedores.

La institución del período de sospecha e ineficacia concursal aquí desarrollada no enerva el principio de buena fe registral contenido en el artículo 2014º del Código Civil.

Estos actos están contemplados como ineficaces en el artículo 19º de la Ley y son los siguientes: a) los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación; b) los actos de disposición que se realicen en virtud a cualquier cambio o modificación del objeto social del deudor, efectuado en el período anterior, serán evaluados por el juez en función de la naturaleza de la respectiva operación comercial; c) los actos jurídicos celebrados entre la fecha de presentación de la solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, y notificado de la resolución de emplazamiento o notificado del inicio de la disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación, que contemplen el pago anticipado por obligaciones no vencidas, cualquiera sea la forma en que se realice; el pago por obligaciones vencidas que no se realice de acuerdo a la forma pactada o establecida en el contrato o en el título respectivo; los actos y contratos a título oneroso, realizados o celebrados por el insolvente que no se refieran al desarrollo normal de su actividad; las compensaciones efectuadas entre obligaciones recíprocas entre el deudor y sus acreedores; los gravámenes constituidos y las transferencias realizadas por el insolvente con cargo a bienes de su propiedad, sea a título oneroso o a título gratuito; las garantías constituidas sobre bienes del deudor, dentro del plazo referido, para asegurar el pago de obligaciones contraídas con fecha anterior a éste; las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de su patrimonio, desde la difusión del concurso; y las fusiones, absorciones o escisiones que impliquen un detrimento patrimonial.

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho del deudor que en el Registro pertinente aparece con facultades para otorgarlo, no resultará afectado con la ineficacia a que se refiere el presente artículo, una vez inscrito su derecho.

La Ley del Sistema Concursal (Ley Nº 27809) dispone que las acciones de garantía que se interpongan en el ámbito de cuestiones referidas a materias comprendidas en la Ley, serán conocidas en primera instancia por la Sala Superior Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia y en grado de apelación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Las solicitudes de medidas cautelares que tengan por objeto suspender o producir cualquier efecto análogo en los procedimientos regulado en la Ley, sólo podrán ser tramitadas y resueltas con ocasión del proceso contencioso administrativo que se promovió con arreglo a ley.

El efecto que produce la interposición de dichas medidas está regulado en la misma ley cuando señala que, la interposición de acciones de garantía que promuevan personas naturales o jurídicas, comprendidas a su propia solicitud en procedimientos regulados en la Ley, y que suspenda o produzca cualquier efecto análogo en el procedimiento, determina, automáticamente y de pleno derecho, el levantamiento de la suspensión de la exigibilidad de obligaciones y el levantamiento de las medidas de protección al patrimonio. La ley califica de improcedentes, bajo cualquier circunstancia, las solicitudes de medidas cautelares innovativas, genéricas u otras análogas cuyo objeto sea dejar sin efecto el levantamiento de la protección patrimonial y de la suspensión de pagos por inexigibilidad de las obligaciones.

322. EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS Y LA ORDEN DE PRELACIÓN PARA EL PAGO DE LOS CRÉDITOS

a) El reconocimiento de créditos

La Comisión o quien haga sus veces realizará el análisis de los créditos presentados para su reconocimiento, investigando su origen, legitimidad y cuantía por todos los medios, luego de lo cual expedirá las respectivas resoluciones que deberán ser notificadas al acreedor correspondiente y al concursado.

Culminada la fase de apersonamiento de los acreedores, la Secretaría Técnica notificará al deudor para que, en un plazo no mayor de diez (10) días exprese su posición sobre las solicitudes de reconocimiento de créditos presentadas. De existir coincidencia entre lo expuesto por el deudor y el acreedor, la Secretaría Técnica emitirá la resolución de reconocimiento de créditos respectiva, en un plazo no mayor de diez (10) días de la posición asumida por el deudor respecto del crédito. La falta de pronunciamiento del deudor no impide a la Secretaría Técnica, dentro del mismo plazo, emitir las resoluciones respectivas, de considerarlo pertinente,

debiendo publicar en su local un aviso detallando, de manera resumida, el contenido de sus resoluciones, precisando el nombre del acreedor, el monto de los créditos por concepto de capital, intereses y gastos y el orden de preferencia. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación cualquier acreedor podrá oponerse a dichas resoluciones, adjuntando la información y documentación a efectos de fundamentar su pedido.

En los casos de créditos invocados por *acreedores vinculados* al deudor y en aquellos en que surja alguna controversia o duda sobre la existencia de los mismos, el reconocimiento de dichos créditos solamente podrá ser efectuado por la Comisión, la que investigará su existencia, origen, legitimidad y cuantía por todos los medios, luego de lo cual expedirá la resolución respectiva.

En cuanto a la documentación sustentatoria de los créditos se tiene que: **a)** los créditos que se sustenten en declaraciones o autoliquidaciones presentadas ante entidades administradoras de tributos o de fondos previsionales, suscritas por el deudor, serán reconocidos por su solo mérito, al igual que los créditos que se sustenten en sentencias judiciales consentidas o ejecutoriadas o laudos arbitrales, siempre que su cuantía se desprenda del tenor de los mismos o que hayan sido liquidados en ejecución de sentencia; **b)** los créditos que se sustenten en títulos valores o documentos públicos serán reconocidos por la Comisión por el solo mérito de la presentación de dichos documentos, suscritos por el deudor siempre que su cuantía se desprenda del tenor de los mismos, salvo que considere que requiere mayor información; **c)** los créditos de origen laboral, y siempre que se haya acreditado el vínculo laboral de los trabajadores, la Comisión reconocerá los créditos invocados, en mérito a la autoliquidación presentada por el solicitante, salvo que el deudor acredite haberlos pagado o, de ser el caso, la inexistencia de los mismos. En caso haya vencido el plazo señalado obligatoriamente para la conservación de documentos, se invertirá la carga de la prueba a favor del deudor; **d)** los créditos controvertidos judicial, arbitral o administrativamente serán registrados por la Comisión como contingentes, al igual que los créditos derivados de cartas fianza no ejecutadas y de cartas de crédito, en tanto al momento de su presentación a la Comisión no haya vencido el plazo para su honramiento.

Cuando el crédito invocado está incorporado en una letra de cambio o cualquier otro título valor, resulta apropiado reconocer el crédito en mérito a la literalidad del título, en aplicación de los principios de simplicidad, celeridad y economía de los procedimientos administrativos.

Pero, al igual que el criterio general, si la autoridad administrativa presume la posible existencia de una vinculación entre las partes o tiene elementos de juicio que le haga suponer una simulación del crédito, debe necesariamente investigar la relación causal, es decir, el origen del crédito, para determinar su legitimidad.

En este caso, el reconocimiento de la obligación por parte de la empresa deudora no eximirá a la autoridad administrativa de su deber de verificación.

Tratándose de un acreedor endosatario, éste no requiere acreditar la existencia de un vínculo con el insolvente; lo que debe verificarse en este caso es que la operación que originó el título valor existió realmente y que el solicitante del reconocimiento recibió por endoso el título en forma legítima.

Las resoluciones de reconocimiento de créditos emitidas por la Secretaría Técnica y la Comisión deberán contener: la identificación del acreedor y del deudor; el monto de los créditos por concepto de capital, intereses y gastos; el orden de preferencia de los créditos; la existencia o inexistencia de vinculación entre acreedor y deudor.

Los créditos controvertidos judicialmente serán registrados por la Comisión como contingentes, consignando de ser el caso la cuantía reconocida por cada una de las partes. El titular de los créditos contingentes podrá acudir a la junta con derecho a voz pero sin voto.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha resuelto (Resolución Nº 060-97-TDC, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de diciembre de 1997) como criterio de obligatorio cumplimiento que en los procesos de ejecución en los que no hay controversia sobre la existencia, origen, legitimidad o cuantía de los créditos, la autoridad concursal no está impedida de pronunciarse sobre el reconocimiento solicitado. En tal sentido ha dispuesto que: "La autoridad concursal únicamente deberá inhibirse de reconocer créditos, cuando se pruebe en el procedimiento a su cargo que la controversia judicial está directamente referida a la existencia, origen, titularidad, legitimidad o cuantía de tales créditos. Adicionalmente, en este último caso, es decir, cuando exista controversia sobre la cuantía de los créditos, la inhibición sólo procederá respecto del monto controvertido y se deberá reconocer la parte no discutida de los créditos materia de la solicitud que hayan sido acreditados, puesto que no existe identidad entre la materia del procedimiento judicial (pago) y el reconocimiento de los créditos (reconocimiento de un derecho patrimonial)". Dicha resolución constituye norma de obligatorio cumplimiento en aplicación del art. 43º del Decreto Legislativo Nº 807.

b) Orden de prelación para el pago de los créditos

El orden de preferencia en el pago de los créditos está regulado en el artículo 42º de la Ley Nº 27809 (LGSC). Es importante mencionar que dicho orden deberá ser respetado en la fase de la liquidación de la sociedad, pues de prosperar el acuerdo para reestructurar la empresa, el pago de las obligaciones se hará de acuerdo a lo señalado en el plan de reestructuración. La ley establece un orden de prelación secuencial, y es el siguiente:

Primero: Las remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen expre-

samente los conceptos a que se refiere el artículo 30º del Decreto Ley Nº 25897, con excepción de aquellos establecidos en el literal c) de dicho artículo;

Segundo: Los créditos alimentarios, hasta la suma de una (1) Unidad Impositiva Tributaria mensual.

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación del aviso de difusión del procedimiento concursal ordinario. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos;

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud (Essalud), sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos; y

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes.

La preferencia de los créditos implica que unos excluyen a los otros según el orden establecido en este artículo 42º hasta donde alcancen los bienes del insolvente.

Cualquier pago efectuado por el concursado a alguno de sus acreedores, en ejecución del Plan de Reestructuración, el Acuerdo Global de Refinanciación, o el Convenio de Liquidación, será imputado, en primer lugar, a las deudas por concepto de capital. Una vez cancelado el capital, los pagos se imputarán a gastos e intereses, en ese orden.

323. LA INEXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Otro de los efectos del inicio del procedimiento concursal es la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones a cargo del deudor. A partir de la fecha de la publicación de la difusión del procedimiento se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, la tasa de interés que fuese pactada por la Junta de estimarlo pertinente. En este caso, no se devengará intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses. La suspensión durará hasta que se apruebe el Plan de Reestructuración, el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso, lo que será oponible a todos los acreedores comprendidos en el concurso.

La inexigibilidad de las obligaciones del deudor no afecta que los acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de los terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original.

Esta norma permite que los acreedores puedan exigir el pago de las obligaciones garantizadas por terceros, correspondiéndoles a los terceros sustituirse en el monto de lo pagado.

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, al amparo del artículo 43º del Decreto Legislativo Nº 807, atribuye a su Resolución Nº 113-96-TDC, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia (Diario Oficial *El Peruano*, 17 de diciembre de 1997), que los acuerdos contenidos en un Plan de Reestructuración sólo quedarán sin efecto en los supuestos previstos en la ley o establecidos en el propio plan. Para tal efecto ha dispuesto que dicha resolución constituya precedente de observación obligatoria para el reconocimiento de créditos sustentados en un plan de reestructuración aprobado en un procedimiento anterior. En este sentido, los acuerdos adoptados en el plan de reestructuración respecto a la cuantía del capital y a la tasa de interés, subsisten aun después de la finalización de la vigencia de dicho plan a causa del incumplimiento por parte del deudor, toda vez que la eventual reducción de la deuda y/o de la tasa de interés, importa una renuncia por parte del acreedor a dicha diferencia, salvo que al aprobarse el plan, o con posterioridad, la Junta establezca algo distinto.

Por otra parte la Sala de Defensa de la Competencia, por Resolución Nº 080-96-TDC (Diario Oficial *El Peruano*, 30 de noviembre de 1996) recoge como norma de obligatoria observancia un tema relacionado con la competencia para el reconocimiento de créditos, señalando que "los órganos administrativos encargados de la administración de los procedimientos derivados de la Reestructuración Empresarial, dejan de tener competencia para el reconocimiento de créditos frente a empresas insolventes luego de producida la declaración judicial de quiebra, asumiendo el órgano jurisdiccional, en forma única y exclusiva el conocimiento del proceso correspondiente".

En cuanto a los créditos laborales, la Sala de Defensa de la Competencia, por Resolución Nº 088-97 TDC (Diario Oficial *El Peruano*, 15 de mayo de 1997), fija criterios de observancia obligatoria en el sentido de establecer precedentes que regulan el proceso de investigación que debe desarrollar la Comisión de Salida del Mercado cuando trabajadores y ex-trabajadores de una empresa declarada insolvente soliciten el reconocimiento de los créditos de origen laboral que mantienen frente a ella.

La Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia Nº 079-97 TDC (Diario Oficial *El Peruano* 29 de marzo de 1997), ha fijado criterios de obligatoria observancia para establecer criterios aplicables para la verificación de créditos en los casos en que cuente con indicios sobre posible vinculación entre el acreedor solicitante y la empresa insolvente o sobre posibles irregularidades en el crédito. En este sentido la resolución señala que cuando a criterio de la autoridad competente la documentación presentada para sustentar créditos no resulte suficiente, o cuando existan elementos que le hagan presumir una posible simulación de obligaciones o cuando se detecte la posible existencia de vinculación entre la deudora y su acreedor, se debe verificar, necesariamente, el origen del crédito, investigando su existencia por todos los medios.

Tienen competencia exclusiva para resolver las impugnaciones de las resoluciones que se emitan en cualquier procedimiento concursal en materias reguladas por esta Ley, las Comisiones de Procedimientos Concursales y el Tribunal del Indecopi, en sede administrativa, y las Salas correspondientes, en sede judicial. Las resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales, sólo pueden ser impugnadas en la vía del proceso contencioso administrativo. Por consiguiente, no procede el uso de vías procesales distintas para impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la Ley y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos.

324. EL DESTINO DE LA EMPRESA

Los acreedores reunidos en junta decidirán el destino de la empresa.

Las alternativas son:

1) Que continúe la actividad de la empresa, entrando la empresa en un proceso de reestructuración patrimonial.
2) Acordar la disolución y liquidación de la empresa, en cuyo caso se deberá suscribir el acuerdo de liquidación con los acreedores para liquidar los activos de la empresa y pagar sus obligaciones. Se trata de un acuerdo extrajudicial. La quiebra será una consecuencia de la gestión infructuosa de la liquidación.

En los casos en que un acreedor cuyo porcentaje de crédito resulte determinante para la adopción de un acuerdo tuviese una posición contraria a la continuación de actividades del deudor o a la celebración de un Plan de Reestructuración o de un Acuerdo Global de Refinanciación, deberá sustentar, bajo sanción de nulidad del acuerdo, su posición ante la Junta, debiendo constar en actas cada uno de sus fundamentos. La abstención, el voto en contra o la adhesión a la posición de un tercer acreedor no serán suficientes para eximir al acreedor de la obligación aludida.

La Junta se instalará en primera convocatoria con la presencia de acreedores que representen más de 66,6% de los créditos reconocidos. En la segunda convocatoria, la Junta se instalará con la presencia de los acreedores reconocidos que hubieren asistido. Si luego de las dos fechas señaladas en el aviso de convocatoria, la Junta no se instalase, la Comisión podrá disponer, en un plazo máximo de diez (10) días, a pedido de parte, que el solicitante del inicio del Procedimiento Concursal Ordinario o cualquier otro interesado que sea parte del procedimiento disponga la publicación de un nuevo aviso de convocatoria, cuando los intereses de las partes o las circunstancias que impidieron su instalación así lo ameriten.

En caso la disolución y liquidación del deudor se haya iniciado en aplicación del artículo 703º del Código Procesal Civil, o de los supuestos previstos en el literal b) del artículo 24º.2 –relativo al supuesto en que el deudor sólo puede apli-

car a la disolución y liquidación–, y en el artículo 28º.4 (que las pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, superen todo su capital social pagado), la Junta se desarrollará en el lugar, día y hora señalados en única convocatoria. La Junta se podrá instalar con la sola asistencia de cualquier acreedor reconocido.

En el caso referido en el párrafo precedente, la Junta no se instala en la oportunidad prevista o dentro del término de treinta (30) días posteriores a la ocurrencia de dicho hecho no se implementa la liquidación mediante la adopción de los acuerdos necesarios para que ello ocurra, la Comisión designará, de oficio, un liquidador; situación que de por sí no es aplicable para el supuesto de la petición de reestructuración patrimonial, caso en el cual, sí debe buscarse la participación activa de los acreedores en la instalación de la Junta.

En la reunión de instalación de la Junta, ésta podrá pronunciarse sobre los siguientes temas: a) elección de sus autoridades; b) decisión sobre el destino del deudor; c) aprobación del régimen de administración o designación del Liquidador, de ser el caso; d) aprobación del Plan de Reestructuración o del Convenio de Liquidación, de ser el caso; e) nombramiento del Comité de Junta de Acreedores y delegación de facultades.

La Junta elegirá de su seno a los acreedores que ejercerán los cargos de Presidente y Vicepresidente. En caso de ausencia del Presidente y del Vicepresidente la Junta podrá elegir en cada sesión al acreedor que presidirá la reunión. El Presidente de la Junta representa a dicho órgano colegiado y es el encargado de convocar y dirigir las reuniones de la misma. Adicionalmente, se responsabiliza por la conservación de las actas de la Junta.

Únicamente podrán tratarse en las reuniones de la Junta, bajo sanción de nulidad, los temas consignados en la agenda publicada con la convocatoria. Quedan exceptuados los casos en que reunidos en Junta los titulares o representantes de 100% de los créditos reconocidos, éstos acordaran con el voto de acreedores que representen al 100% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión tratar temas no incluidos en la agenda.

La información y documentación necesaria deberá ponerse a disposición de los acreedores, por el deudor, en el local de la Comisión o, en otro lugar debidamente difundido, con una anticipación no menor a tres (3) días anteriores a la realización de la primera convocatoria a Junta.

La entrega de la referida documentación constituye una obligación exclusiva a cargo del deudor. El incumplimiento o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de esta obligación no impiden a la Junta sesionar válidamente y adoptar acuerdos.

Mayorías requeridas para la adopción de acuerdos

Los acuerdos de la Junta relativos al destino del deudor, es decir relacionados con la aprobación del Plan de Reestructuración, del Convenio de Liquidación

y del Acuerdo Global de Refinanciación, y sus modificaciones, así como aquellos para los que la Ley General de Sociedades exija mayorías calificadas, se adoptarán, en primera convocatoria, con el voto de acreedores que representen créditos por un importe superior al 66,6% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión. En segunda convocatoria los acuerdos se adoptarán con el voto favorable de acreedores representantes de un importe superior al 66,6% del total de los créditos asistentes.

Con excepción de las disposiciones especiales contenidas en la Ley, los demás acuerdos que se sometan a consideración de la Junta se adoptarán, en primera convocatoria, con el voto de los acreedores que representen créditos por un importe superior al 50% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión. En segunda convocatoria se requerirá el voto favorable de acreedores que representen un importe superior al 50% del total de los créditos asistentes.

Los acuerdos de Junta constarán en actas, las mismas que se registrarán en un libro con las formalidades de la Ley General de Sociedades. Las actas serán suscritas por el Presidente, el representante de la Comisión y un acreedor designado por la propia Junta. Las actas de Juntas, debidamente certificadas, constituyen títulos ejecutivos, únicamente respecto de la ejecución de acuerdos relacionados al nombramiento y asunción de funciones de administradores y/o liquidadores.

325. LA JUNTA DE ACREEDORES

Tienen derecho a participar en la Junta acreedores todas aquellas personas que presenten títulos a la Comisión donde consten sus créditos, y que hayan sido aprobados y reconocidos por la Comisión, lo que se hará conocer al deudor para que tenga conocimiento de su participación al momento de fijar el quórum y su peso en las decisiones.

Se computarán los créditos vencidos y los no vencidos.

Todo acuerdo de Junta debe constar en actas, las que deben ser aprobadas y suscritas por el Presidente de la Junta, el representante de la Comisión y un acreedor designado para este efecto en la misma Junta.

Los créditos que tengan como origen la falta de pago de remuneraciones y beneficios sociales serán considerados como uno solo y los acreedores serán representados por quien designe el Ministerio de Trabajo y Promoción Social conforme al procedimiento establecido para tal efecto. El representante designado contará con facultades suficientes para la adopción de cualquiera de los acuerdos previstos en la presente Ley.

Igualmente, la representación de los créditos del Estado será ejercida por un representante designado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

La información y documentación necesarias para la adopción de los acuerdos materia de la convocatoria deberá ponerse a disposición de los acreedores,

por el insolvente, en ejemplares suficientes, en el local de la Comisión o, en su defecto, en otro lugar debidamente publicitado, con una anticipación no menor a tres días hábiles anteriores a la realización de la Junta.

La Junta puede delegar sus funciones a un Comité, en cuyo caso éste estará integrado por cuatro miembros. La Presidencia corresponde al Presidente de la Junta, quien, en caso de ausencia, renuncia o impedimento, podrá ser reemplazado por el Vicepresidente. Los otros tres deberán representar obligatoriamente, entre ellos y con relación al Presidente, y siempre que resulte posible, créditos de diferente origen, si los hubiera presentes en la reunión, salvo negativa expresa de dichos acreedores a integrar el mismo. Para instalar una reunión de Comité y para la adopción de acuerdos, se requerirá la asistencia y el voto favorable de tres de sus miembros. En caso de empate, el Presidente tiene voto dirimente.

Con posterioridad a la sesión de instalación, toda reunión de Junta será convocada por su Presidente mediante aviso publicado una vez en el Diario Oficial *El Peruano*, con anticipación no menor de diez (10) días hábiles a la fecha de su realización en primera convocatoria. Los acreedores que representen cuando menos un 10% de los créditos reconocidos podrán requerir al Presidente, mediante documento de fecha cierta con la agenda sugerida, la convocatoria a sesión de la Junta. La Comisión podrá exonerar de la obligación de publicar la convocatoria. En este caso, se podrá convocar a través de comunicaciones de fecha cierta cursadas a cada acreedor que integra la Junta.

Cuando los acreedores identificados como vinculados representen más de 66,6% del total de créditos reconocidos y se ponga a consideración de la Junta la aprobación del destino del deudor, del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Acuerdo Global de Refinanciación, y sus modificaciones, se deberá realizar dos votaciones, por separado:

a) En primera convocatoria, para la aprobación de los temas señalados, se requerirá el voto favorable de más de 66,6% en la clase de acreedores reconocidos como vinculados, así como más de 66,6% en la clase de acreedores reconocidos como no vinculados.

b) En segunda convocatoria se requerirá el voto favorable de más de 66,6% de acreedores asistentes, en ambas clases.

El registrador público inscribirá los acuerdos adoptados en Junta, el Plan de Reestructuración, el Convenio de Liquidación, el Acuerdo Global de Refinanciación y el auto judicial que declara la quiebra. Para ello, será suficiente la presentación de copia del instrumento correspondiente, debidamente certificado por un representante de la Comisión. En tal caso será suficiente la copia del acta, en la que conste dicho acuerdo. La copia del acta en la que conste el acuerdo, el Plan de Reestructuración, o el Convenio de Liquidación, deberán estar autenticadas por un representante de la Comisión. La ley no requiere la intervención del notario para la autenticación de estos documentos.

Los acuerdos de la Junta, el Plan de Reestructuración, y el Convenio de Liquidación y el auto judicial que declara la quiebra, surten sus efectos frente al insolvente y sus acreedores desde el momento en que son adoptados, suscritos o quedan consentidos, según corresponda.

La Comisión será competente para el reconocimiento de los créditos que formen parte del proceso.

La impugnación de acuerdos deberá tramitarse si ella es sustentada por el deudor o por acreedores que representen por lo menos el 10% del total de los créditos. Si la impugnación fuese presentada por acreedores que estuvieron presentes en la sesión correspondiente, éstos deberán haber dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo. La impugnación deberá plantearse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que el respectivo acuerdo fue adoptado, sea por incumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley o por cuestiones de derecho sustantivo. Tratándose de acreedores o del deudor que no hubiesen asistido a la Junta, el plazo se computará desde la fecha en que tomaron conocimiento del acuerdo adoptado, siempre que acrediten haber estado imposibilitados de conocer la convocatoria a la Junta. En cualquier caso, el derecho a impugnar caduca a los quince días hábiles de adoptado el acuerdo. Son materia de impugnación: el incumplimiento de las formalidades legales, por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, o porque el acuerdo constituye el ejercicio abusivo de un derecho. Asimismo, cualquier cuestionamiento sobre la convocatoria y reunión de la Junta de Acreedores deberá efectuarse mediante el procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos.

La Comisión deberá resolver la impugnación dentro de un plazo que no excederá de diez días hábiles contados a partir de la fecha de su recepción. Las resoluciones de la Comisión podrán ser materia de recurso de reconsideración o de apelación.

La Sala de Defensa de la Competencia por Resolución Nº 088-96-TDC (Diario Oficial *El Peruano*, 11 de diciembre de 1996), establece como precedente de observancia obligatoria aspectos relaciones con la impugnación de acuerdos en junta de acreedores, señalando que:

a) Los órganos administrativos encargados de la tramitación de los procedimientos derivados de la Ley de Reestructuración Empresarial, son competentes para conocer de las impugnaciones que se presenten contra la realización de las juntas de acreedores;

b) Al pronunciarse sobre impugnaciones formuladas contra reuniones de junta de acreedores, así como contra los acuerdos que se hayan adoptado en ellas, cuando éstas se sustenten en presuntos defectos existentes en la participación o en la votación de uno o varios integrantes de la respectiva junta, la Comisión debe hacer el siguiente análisis:

b.1) Determinar si el vicio o defecto afectaría a toda la Junta o únicamente a determinadas partes de su desarrollo, de tal forma que si se declarase fundada la impugnación los efectos de este pronunciamiento puedan ser identificados e individualizados, de ser el caso;

b.2) Cuando se trate de vicio o defecto en la participación de uno o varios integrantes de la junta, determinar si en caso de declararse fundada la impugnación se afectaría la validez de la reunión o del acto impugnado. Si el vicio invocado no tuviera efectos sobre la validez de los acuerdos o de la reunión, la impugnación debe declararse infundada, independientemente del análisis que pueda hacerse de la causal de la impugnación. Sólo en caso que el vicio o defecto en la participación afectara la validez del acto impugnado, la Comisión emitirá pronunciamiento sobre éste".

A solicitud de parte, la Comisión podrá ordenar la suspensión de los efectos del acuerdo observado o impugnado, aun cuando estuviese en ejecución. En este caso, la Comisión deberá disponer que los impugnantes otorguen una garantía idónea, que será determinada por la Comisión, para el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera causar la suspensión.

La resolución de la Sala sobre los recursos de apelación interpuestos, deberá ser notificada a todos los acreedores y pondrá fin a la vía administrativa.

326. EL PLAN DE REESTRUCTURACIÓN

Sometida a votación el destino de la empresa, si se decide por la continuación de la misma deberá aprobarse la reestructuración patrimonial; se presume la existencia de posibilidades reales para su recuperación económica y financiera, desde entonces entrará en proceso de reestructuración patrimonial por el plazo que se establezca en el Plan de Reestructuración correspondiente, el cual no podrá exceder de la fecha establecida para la cancelación de todas las obligaciones en el cronograma de pago de las obligaciones incorporado en el mencionado Plan. Acordada la continuación de las actividades del deudor, la Junta de Acreedores deberá aprobar el Plan de Reestructuración en un plazo no mayor de sesenta (60) días.

El Plan de Reestructuración es el negocio jurídico por el cual la Junta define los mecanismos para llevar a cabo la reestructuración económico financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones comprendidas en el procedimiento y superar la crisis patrimonial que originó el inicio del mismo, en función a las particularidades y características propias del deudor en reestructuración.

El Plan de Reestructuración podrá detallar: a) Balance General a la fecha de elaboración del Plan de Reestructuración. b) Acciones que se propone ejecutar la administración. c) Relación de las obligaciones originadas hasta la publicación de la difusión del procedimiento concursal ordinario, aun cuando tengan la calidad de contingentes o no hubieren sido reconocidas por ser materia de impugnación. d) Propuestas para el financiamiento de la inversión requerida para la continuación de la actividad del deudor. e) Política laboral a adoptarse. f) Régimen de intereses. g) Presupuesto que contenga los gastos y honorarios de la administración. h) Estado de Flujos Efectivo proyectado al tiempo previsto para el pago de la totalidad de las obligaciones comprendidas en el procedimiento.

El Plan debe contener un cronograma de pagos que comprenda, bajo sanción de nulidad, la totalidad de las obligaciones del deudor, y el modo, monto, lugar y fecha de pago de los créditos de cada acreedor. Igualmente, establecerá un régimen de provisiones de los créditos contingentes o los que no hubieren sido reconocidos y sean materia de impugnación.

Los efectos de la aprobación del Plan no liberan a los terceros garantes del deudor, salvo que el acreedor beneficiario de las garantías constituidas por éstos hubiera votado a favor de la aprobación del Plan o que dichos garantes hubiesen previsto el levantamiento de las garantías otorgadas por efecto de la aprobación del Plan.

El acuerdo de reestructuración conlleva la decisión de establecer el régimen de administración temporal de la sociedad, durante el proceso de reestructuración, vencido el mismo, la dirección de la sociedad es recuperada por los administradores originarios, o queda a decisión de la junta de socios designar a los administradores. La Junta tiene la facultad de mantener el régimen administrativo de la sociedad o designar a la entidad encargada de su administración.

De mantenerse el mismo régimen de administración de la sociedad, los directores, gerentes, administradores y representantes del deudor podrán permanecer en sus cargos hasta la conclusión de la reestructuración. La Junta, a través de representantes podrá informarse en forma directa con la designación de dos representantes que tendrán la facultad de asistir a las sesiones del Directorio, o el órgano que haga sus veces según la naturaleza del deudor, con derecho a voz y a requerir información relativa a las actividades del deudor que estimen conveniente. Se aprecia que la privacidad de los órganos societarios se altera con el inicio del procedimiento concursal ordinario, y la ley permite que los acreedores a través de sus representantes se informen sobre la actividad de la sociedad, y cuiden de la integridad de los bienes de la misma. Se entiende que la privacidad de las sociedades anónimas cerradas o de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada se ven superadas por la norma de la Ley, que faculta a los acreedores a nombrar sus representantes en los órganos de gestión de la sociedad.

Durante el proceso de reestructuración quedará en suspenso la competencia de la Junta de Accionistas o de Asociados o el titular, cuyas funciones serán asumidas por la Junta de Acreedores hasta la conclusión de dicho proceso.

Es competencia de la Junta de Acreedores adoptar todos los acuerdos necesarios para la administración y funcionamiento del deudor durante el proceso de reestructuración, aprobará el balance, la transformación, fusión o escisión de la sociedad, cambio de razón, objeto o domicilio social, así como los que importen modificaciones estatutarias, incluyendo aumentos de capital por capitalización de créditos. El estatuto del deudor bajo reestructuración patrimonial mantiene su vigencia, siempre que no se oponga a los acuerdos de la Junta o la Ley. La Junta sustituye en todas sus funciones, derechos y atribuciones al órgano societario de máxima jerarquía.

Los acuerdos que den lugar al ejercicio del derecho de separación de accionistas o de socios deberán ser publicados por el Presidente de la Junta, por una vez, en el Diario Oficial *El Peruano* dentro de los diez (10) días siguientes a su adopción. El derecho de separación podrá ejercerse sólo dentro de los diez (10) días posteriores a la publicación del aviso mencionado en el párrafo precedente, a través de carta notarial cursada a la administración designada por la Junta. El reembolso del valor de las acciones sólo podrá hacerse efectivo luego de concluido el pago de la totalidad de créditos contenidos en el cronograma de pagos del Plan de Reestructuración, salvo acuerdo de la Junta en contrario. El valor de las acciones se determinará conforme al artículo 200º de la Ley General de Sociedades.

El plan de reestructuración debe contener las acciones que se propone ejecutar el Administrador, dentro de un plazo previsto. Asimismo deberá incluir el monto total de las obligaciones pendientes de pago, a la fecha en que declaró la insolvencia; el cronograma de pago de los créditos hasta su cancelación; el financiamiento de la inversión requerida para la continuación de la actividad de la empresa, así como toda herramienta para la administración de una empresa en actividad.

El cronograma de pagos deberá precisar que de los fondos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 30% se asignará al pago de obligaciones laborales y tributarias. La Junta aprobará el Plan de Reestructuración, de acuerdo a los requerimientos mínimos de quórum y votación.

El plan de reestructuración aprobado con la mayoría de ley obliga al deudor y a todos sus acreedores, aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, o no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo. El acreedor tributario tiene una carga especial, según el artículo 48º de la Ley Concursal, los créditos de origen tributario, calculados hasta el momento de la publicación de la difusión del procedimiento concursal ordinario, no devengarán ni generarán moras, recargos ni multas por falta de pago.

Aprobado el Plan de Reestructuración, el acta de la Junta correspondiente deberá ser inscrita por el Administrador de la empresa en los registros a que hubiere lugar, bastando para ello la presentación de una copia de dicho documento autenticada por el representante de la Comisión.

En caso se rechace el plan de reestructuración, la Comisión podrá asumir la conducción del proceso de disolución y liquidación del insolvente.

Durante el proceso de reestructuración no se respetará el pago de las deudas en función de la prelación establecida, sin embargo y salvo pacto en contrario, dicho orden de preferencia será de aplicación para la distribución entre los acreedores del producto de la venta o transferencia de activos fijos del insolvente que pudiera realizarse bajo cualquier modalidad. El pacto en contrario sólo surte efecto frente a los acreedores preferentes, éstos deberán recibir, a su satisfacción garantías suficientes que respalden el pago de sus créditos.

La conclusión del proceso en aquellos casos en que la Junta hubiere aprobado el Plan de Reestructuración propuesto por la administración de la empresa, no libera de su situación legal al deudor concursado, el mismo que sólo será liberado de tal situación cuando se haya cumplido con pagar los créditos reconocidos. Una vez levantado el estado de concursado, la Junta perderá el control de la administración, reasumiendo sus funciones la Junta de Accionistas, los Socios, los Asociados o los Titulares, según el tipo societario de que se trate. No son susceptibles de revisión los acuerdos que hubiere adoptado la Junta de acreedores durante el plazo de su mandato.

> Por Resolución Nº 120-97 TDC, la Sala de Defensa de la Competencia (Diario Oficial *El Peruano*, 2 de junio de 1997) ha establecido los criterios aplicables para la prórroga del plazo de los procesos de reestructuración. Así, después de la fecha señalada para el fin de un proceso de reestructuración económica y financiera de un deudor insolvente, su junta de acreedores podrá pronunciarse sobre la prórroga de dicho proceso, únicamente cuando no se hubiese reunido oportunamente por causas no imputables a ella misma o a sus autoridades, y siempre que la voluntad de prórroga, es decir, la intención de reunir a la junta para pronunciarse sobre tal posibilidad, se desprenda de la actuación de los interesados.

La reestructuración patrimonial concluye luego que la administración del deudor acredite ante la Comisión que se ha extinguido los créditos contenidos en el Plan de Reestructuración, caso en el cual la Comisión declarará la conclusión del procedimiento y la extinción de la Junta.

Por otra parte el incumplimiento de cualquiera de los términos o condiciones establecidos da lugar a que cualquier acreedor activamente participante en el procedimiento puede solicitar que se varíe la situación del deudor mediante la declaración de su disolución y liquidación (si se trata de una persona jurídica) o la disposición de la liquidación de su patrimonio (si el concursado es persona natural).

Esta facultad dispuesta en el artículo 67.4 de la Ley como un medio de protección a todos los acreedores participantes en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en el Plan de Reestructuración, puede dar lugar a que eventualmente, algún agente del mercado podría buscar adquirir la titularidad de un crédito comprendido en el marco de un proceso de reestructuración a fin de ejercer presión frente al concursado a través de la amenaza de uso del mecanismo liquidatorio, dicho riesgo se hace más patente aún, si se tiene en consideración que para la transferencia de una acreencia no se requiere contar con la anuencia del deudor conforme a lo establecido en los artículos 1206º y siguientes del Código Civil

A efecto de delimitar los alcances del artículo 67º.4, la Resolución Nº 0159-2003/CCO-Indeçopi, aprueba la Directiva de la Comisión de Procedimientos Concursales Nº 002-2003/CCO-Indecopi de Lineamiento sobre la Disolución y Liquidación ante el incumplimiento del Plan de Reestructuración.

La Directiva considera que no procede que el acreedor solicite la disolución y liquidación del deudor cuando éste sea responsable del incumplimiento alegado,

ni cuando el incumplimiento al Plan de Reestructuración no afecte directamente al acreedor reclamante, tal como podrían ser los casos que un acreedor que solicite la liquidación de la empresa deudora porque ésta no accedió al financiamiento que el citado acreedor se comprometió a otorgar en el Plan de Reestructuración y que finalmente no entregó, o cuando sustente su pedido en un incumplimiento del Plan que no le produce afectación directa, como el no pago a otro acreedor en la oportunidad establecida en el cronograma de pago.

Asimismo dispone que en el caso que no se haya pactado algo distinto, el acreedor para que se ejecute el mecanismo liquidatorio, deberá haber cursado una comunicación de carácter fehaciente al deudor solicitándole que en un término no mayor de quince (15) días hábiles cumpla o en su caso gestiones el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el Plan de Reestructuración que no fueron oportunamente satisfechas. La Comisión competente evaluará la posición y descargos del deudor y la documentación presentada por el acreedor a efecto de definir si corresponde o no declarar la disolución y liquidación del deudor.

Nada impide que tratándose de la declaración de disolución y liquidación efectuada por la Comisión en aplicación de la causal prevista en el artículo 67º.4 de la Ley General del Sistema Concursal puede revertirse en cualquier momento por decisión soberana de la Junta de Acreedores.

327. LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA

La Junta de acreedores tiene la facultad de fijar el destino de la empresa, y en este sentido, otra de las alternativas es acordar la disolución y liquidación de la sociedad, lo cual responderá a la inviabilidad económica de la empresa, evaluación que conlleva la *decisión forzada* de ingresar a la fase de la disolución y liquidación.

Es importante precisar que esta decisión surge de la voluntad de los acreedores, a diferencia de la *disolución y liquidación societaria* adoptada en junta de accionistas, acuerdo este último que no se ve interferido por los acreedores, pues la liquidación ordenada de la sociedad, bajo los parámetros de la ley general de sociedades, se realizará por cuanto se supone que la sociedad no tiene acreedores que se sientan mortificados por la falta de pago de sus acreencias. En todo caso, en el supuesto que una sociedad se encuentre en estado de disolución y liquidación bajo las normas de la ley de sociedades, y se presenten acreedores que reclaman su pago, y éste no es atendido, dicho acreedor podrá acudir al Indecopi y solicitar se cite al deudor para que haga frente a la obligación, en caso contrario, se podrá declarar la insolvencia de dicha sociedad, y en consecuencia, la insolvencia de dicha sociedad pasará a regirse por las normas de la Ley concursal. En caso que no genere problemas con sus acreedores, su liquidación se regirá por las normas de la Ley General de Sociedades, siendo ajena para dichos efectos la LGSC.

Sin embargo, cuando la sociedad, en aplicación del art. 417º de la Ley General de Sociedades se encuentra ante la situación de la extinción de su patrimo-

nio y quedan acreedores pendientes de ser pagados, señala la ley que los liquidadores deben convocar a la junta general para informarla de la situación sin perjuicio de solicitar la declaración judicial de quiebra, con arreglo a la ley de la materia. En este sentido la Ley General del Sistema Concursal, señala en su artículo 95º que es aplicable a la conclusión de la disolución y liquidación lo establecido en los artículos 413º y siguientes de la Ley General de Sociedades. En tanto que el artículo 102º de la LGSC señala que, cuando se produzca el supuesto previsto en el artículo 417º de la Ley General de Sociedades, el Juez competente tramitará la declaración de quiebra del deudor de conformidad con las disposiciones establecidas en la ley que regula la quiebra, sin que para tal efecto sea necesario que dicho deudor se someta al Procedimiento Concursal Ordinario previsto en la Ley.

Aprobada la disolución y liquidación por la Junta de acreedores, la ley establece el marco para el nombramiento del liquidador y la aprobación y ejecución del convenio de liquidación. Podrán ejercer las funciones de Administrador o de Liquidador las personas naturales o las personas jurídicas públicas o privadas registradas ante la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el Título VI de la LGSC. Nombrado el liquidador, la Junta de Acreedores deberá reunirse con el objeto de aprobar y suscribir el respectivo Convenio de Liquidación, para cuyo efecto deberá citarse también al representante de la empresa y al Liquidador designado. El Convenio de Liquidación deberá ser aprobado con, en primera convocatoria, con el voto de acreedores que representen créditos por un importe superior al 66,6% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión. En segunda convocatoria los acuerdos se adoptarán con el voto favorable de acreedores representantes de un importe superior al 66,6% del total de los créditos asistentes y podrá ser suscrito en el mismo acto en el que se acuerde la liquidación o dentro de los treinta días siguientes de adoptado dicho acuerdo por el Liquidador y el Presidente de la Junta, en representación de todos los acreedores.

Dicho convenio se inscribe en el registro y debe ser comunicado a las personas que conocen de los procesos judiciales, arbitrales, coactivos o de venta extrajudicial, seguidos contra el insolvente. La sola presentación del Convenio de Liquidación pondrá fin a todas las acciones judiciales, arbitrales y administrativas, incluidas las ejecutivas y coactivas, así como a las ventas extrajudiciales, que tengan como objeto el cobro de créditos, cualquiera fuere su estado. Los expedientes correspondientes deberán ser entregados a la Comisión para el análisis de los créditos, siempre que no hubiesen sido oportunamente reconocidos. Asimismo, a mérito de la presentación de dicho Convenio de Liquidación quedarán sin efecto los embargos y las demás medidas cautelares o definitivas que sean incompatibles con lo estipulado en éste.

Dentro de los cinco (5) días siguientes de celebrado el Convenio, el Liquidador, bajo responsabilidad, publicará en el Diario Oficial *El Peruano* un aviso haciendo público el inicio de la disolución y liquidación del deudor y la aprobación

del Convenio, requiriendo a quienes posean bienes y documentos del deudor, la entrega inmediata de los mismos al liquidador. El incumplimiento podrá dar lugar a las sanciones previstas en la Ley.

En cuanto a las clases de convenios, éstos podrán ser de: liquidación de los bienes del insolvente; condonación de parte de sus deudas; ampliación del plazo de sus obligaciones; refinanciación del pago de sus obligaciones; constitución de garantías para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y la forma de pago de los honorarios y gastos que demande el proceso de liquidación; y sobre cualquier otro acto que tenga relación con el pago de las obligaciones y la liquidación de los bienes de la empresa, así como el pago de los gastos y honorarios que ésta demande. Será materia de convenio también el tratamiento de los bienes afectos al pago de warrants teniendo en consideración su naturaleza, así como el peligro de su deterioro o pérdida, de ser el caso.

El convenio será válido y obligatorio no sólo para la empresa, el Liquidador y los acreedores que lo hubieran suscrito, sino también para todos los demás acreedores aunque no hayan asistido a la Junta o se hayan opuesto a dicho acuerdo. Basta que cuente con la mayoría establecida para su aprobación para que éste sea respetado por los socios y por los acreedores. Se trata pues de disolver y liquidar en forma ordenada los bienes de deudor.

Como excepción a lo antes mencionado, se tiene que el art. 231º de la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, al regular el contrato de prenda global y flotante, establece que el acreedor tiene preferencia absoluta sobre el valor de la prenda global y flotante, y excluye a todos los demás acreedores del constituyente, ya se encuentre este último, o no, afecto a un proceso de reestructuración o concursal. Es decir, se genera un derecho preferencial a favor del acreedor prendario.

328. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL CONVENIO DE LIQUIDACIÓN

Los efectos que la ley atribuye a la celebración del Convenio de Liquidación, son similares a los que producía en la legislación anterior el auto de la quiebra, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 82º de la ley son los siguientes:

a) Produce un estado indivisible entre el deudor y sus acreedores, que comprende todos los bienes y obligaciones de aquél, aun cuando dichas obligaciones no sean de plazo vencido, salvo los bienes y las obligaciones que la Ley expresamente exceptúa;

b) Los directores, gerentes y otros administradores del deudor cesan en sus funciones y, en consecuencia, quedan privados del derecho de administrar los bienes de éste;

c) La administración y representación legal le corresponde al Liquidador designado por la Junta para tal efecto y, en consecuencia, quienes ejercían la representación legal del deudor hasta la fecha del acuerdo de

celebración del Convenio de Liquidación carecerán de representación procesal, sea el deudor demandante o demandado;

d) El Liquidador administrará los bienes del deudor y también los bienes respecto de los cuales el deudor tenga derecho de usufructo cuidando, en ambos casos, que los frutos liquidados ingresen a la masa de la liquidación;

e) Todas las obligaciones de pago del deudor se harán exigibles, aunque no se encuentren vencidas, descontándose los intereses correspondientes al plazo que falte para el vencimiento;

f) Los acuerdos de condonación surtirán efectos respecto de la totalidad de acreedores, salvo aquellos exceptuados por la Ley, únicamente cuando hayan sido aprobados por las mayorías calificadas en cuanto quórum y decisiones a que se refiere el artículo 53º.1 de la ley. A los acreedores que hubiesen votado en contra, no hubiesen asistido a la Junta o cuyos créditos no hubiesen sido reconocidos oportunamente, el acuerdo les será oponible en los mismos términos que a los acreedores que, habiendo votado a favor del acuerdo, resulten menos afectados.

En lo que se refiere la cese de las funciones de los administradores, gerentes y directores de la sociedad, tenemos que estos, de conformidad con el art. 61º.2 pueden permanecer en su cargo durante el proceso de reestructuración si así lo acuerda la junta de acreedores, pero al pasar a la estación de la disolución y liquidación, todos ellos cesan en sus funciones para dar paso a los liquidadores de la empresa. En efecto, el objeto y la finalidad de la empresa en la estación de la disolución y liquidación es precisamente deshacer el vínculo societario o empresarial para alejarse del cumplimiento del objeto social, y dedicarse a la realización de los bienes de la sociedad con el propósito de pagar las obligaciones y repartir el haber social. La fecha de cese de la representación de los administradores de la sociedad es la fecha del convenio celebrado con los liquidadores; a partir de esta fecha ellos son los representantes de la sociedad o empresa en liquidación.

El efecto sobre las obligaciones se traduce en la exigibilidad de las mismas, aun cuando no se encuentren en plazo vencido; resulta pues inútil esperar el vencimiento del plazo, cuando se ha ingresado a una etapa en la que lo importante es respetar la calificación de las deudas para proceder a su pago ordenadamente.

Respecto al efecto de los acuerdos de condonación, la ley señala que tendrán efecto frente a todos los acreedores siempre que la Junta de acreedores la haya aprobado, en primera convocatoria, con el voto de acreedores que representen créditos por un importe superior al 66,6% del monto total de los créditos reconocidos, y en segunda con el voto favorable de acreedores representantes de un importe superior al 66,6% del total de los créditos asistentes a la junta. La ley al tratar de los acuerdos de capitalización o condonación de acreencias señala que surtirán efectos respecto de la totalidad de acreedores únicamente cuando hayan

sido aprobados por las mayorías antes mencionadas. Debemos entender que este caso no sería de aplicación el artículo 214º de la Ley General de Sociedades que dispone que para el aumento del capital por capitalización de créditos se requiere contar con un informe del directorio que sustente la conveniencia de recibir tales aportes. En el supuesto de la sociedad que se encuentre en estado de reestructuración, así como en estado de liquidación, la voluntad de los acreedores en junta se impone a la de los otros órganos societarios, y obliga a todos, a diferencia de la capitalización de créditos en la fase societaria pura, en la que se requiere el consentimiento del socio para capitalizar su acreencia. Se tiene entonces que en tanto la sociedad no se encuentre en la situación de concursada, la ley general de sociedades califica este derecho del socio como un derecho individual, en tanto que de encontrarse en la etapa de reestructuración, el derecho pasa a ser un derecho colectivo sujeto a la voluntad de las mayorías concursales, y obliga no sólo al socio-acreedor, sino al acreedor no-socio, en la medida que se respete las mayorías calificadas del acuerdo.

La transferencia de cualquier bien del concursado, por parte del Liquidador, generará el levantamiento automático de todas las cargas, las medidas cautelares y gravámenes que pesen sobre éste, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención del acreedor garantizado con dicho bien. En las ventas de bienes de propiedad del deudor que garanticen obligaciones de terceros, el Liquidador debe respetar los derechos reales de garantía constituidos sobre los mismos, pagando los créditos de estos terceros, con el producto de dicha venta, teniendo en consideración el rango registral y montos que correspondan, pero sin afectar el pago de los créditos del primer orden de preferencia que existan en el procedimiento.

El Liquidador tiene la facultad de solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesen sobre los bienes del deudor, siendo título suficiente para esto la presentación del contrato de transferencia y el Convenio de Liquidación debidamente inscrito en los Registros Públicos.

Los bienes inmuebles y los bienes muebles identificables de propiedad de un tercero que existan en poder del concursado o en poder de un tercero que los conserve a nombre de aquél, serán entregados a sus propietarios o al Liquidador, según corresponda. Los propietarios o el Liquidador, según corresponda, en el caso de que los bienes no sean entregados dentro del plazo antes indicado, podrán solicitar al Juez especializado en lo Civil su entrega inmediata acompañando los títulos justificativos correspondientes.

329. FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL LIQUIDADOR

El liquidador ejercer todas las funciones y facultades que conforme a la Ley General de Sociedades corresponde a los liquidadores, administradores y gerentes, así como las que adicionalmente le otorgue el Convenio de Liquidación o la

Junta; ello nos lleva a la conclusión que, según lo establecido en el art. 416º de la Ley General de Sociedades, "corresponde a los liquidadores la representación de la sociedad en liquidación y su administración para liquidarla, con las facultades, atribuciones y responsabilidades que establezcan la ley, el estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y los acuerdos de la junta general"; y, por el solo hecho de su nombramiento los liquidadores, ejercen la representación procesal de la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas por las normas procesales.

Dentro de las obligaciones del Liquidador está la de representar los intereses generales de los acreedores y del deudor en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades que conforme a la Ley corresponden a los acreedores y al deudor, actuar en resguardo de los intereses de la masa o del concursado, en juicio o fuera de él, con plena representación. Se puede apreciar que el Liquidador tiene una facultad más amplia que la de un simple administrador societario, pues éste actúa en defensa y con franca lealtad hacia la sociedad protege los intereses de la sociedad, y deja al interés legítimo del socio el ejercicio de sus derechos societarios. A diferencia del Liquidador, quien vela no solo por el interés de la sociedad en situación de liquidación, sino por el interés de los acreedores y en resguardo de los bienes de la masa que será en un futuro el beneficio de estos, y de interés de los socios.

Las atribuciones y facultades del liquidador son:

a) Actuar en resguardo de los intereses de la masa o del deudor, en juicio o fuera de él, con plena representación de éste y de los acreedores;

b) Disponer de los bienes muebles e inmuebles, acreencias, derechos, valores y acciones de propiedad del deudor. Para estos efectos, el Convenio podrá exigir tasación y remate judicial; deberá establecer el cronograma de realización de bienes en un plazo no mayor de diez días. El proceso de oferta de dichos bienes deberá iniciarse en un plazo máximo de treinta días. En caso el Convenio de Liquidación establezca la venta de activos vía remate, serán de aplicación las disposiciones contenidas en el Capítulo V del Título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, en lo que resulten aplicables; y, se procederá a la adjudicación por venta directa, si efectuadas tres convocatorias a subasta no hubiese sido posible realizar el remate. Todos los remates se harán por martillero público, salvo decisión distinta de la Junta.

c) Celebrar los actos y contratos necesarios con el objeto de conservar, mantener y asegurar los bienes del deudor;

d) Celebrar los contratos que fuesen necesarios y transigir y realizar, con garantías o sin ellas, las operaciones de créditos estrictamente necesarias para cubrir los gastos y obligaciones que demande la liquidación, con conocimiento de la Junta o del Comité si lo hubiere;

e) Cesar a los trabajadores del deudor; estando obligado a pagar en primer término los créditos reconocidos por la Comisión conforme al orden de preferencia establecido, hasta donde alcanzare el patrimonio del deudor. Solamente desde la suscripción del Plan de Reestructuración o del Convenio de Liquidación correspondiente, la administración del deudor o su Liquidador, de ser el caso, podrá cesar a sus trabajadores, para cuyo efecto cursará aviso notarial con una anticipación de diez (10) días naturales a la fecha prevista para el cese. Los ceses anteriores a la suscripción de la aprobación del convenio se regirán por las leyes laborales vigentes.

f) Ejercer todas las funciones y facultades que conforme a la Ley General de Sociedades corresponde a los liquidadores, administradores y gerentes, así como las que adicionalmente le otorgue el Convenio de Liquidación o la Junta;

g) Solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesen sobre los bienes del deudor, siendo título suficiente para esto la presentación del contrato de transferencia y el Convenio de Liquidación debidamente inscrito en los Registros Públicos. El Liquidador como representante de la empresa es el indicado para solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesen sobre los bienes del insolvente, siendo título suficiente para dichos actos la presentación del contrato de transferencia y Convenio de Liquidación debidamente inscrito en los Registros Públicos, y

h) Formular las denuncias pertinentes ante el Ministerio Público si constatara la existencia de elementos que hicieran presumir la comisión de actos dolosos o fraudulentos en la administración del deudor, o que podrían dar lugar a la quiebra fraudulenta de la misma, según la regulación contenida en el Capítulo I del Título VI del Código Penal, hecho que deberá ser puesto en conocimiento de la Junta.

El Código Penal tipifica como delito de quiebra fraudulenta, tanto al comerciante (art. 209º) como no comerciante (art. 212º) declarado en quiebra que, en fraude a sus acreedores simule, suponga o contraiga efectivamente deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; sustraiga u oculte bienes que correspondan a la masa o no justifique su salida o existencia; o conceda ventajas indebidas a cualquier acreedor. La quiebra culposa también se tipifica pero,sólo para el comerciante, y presupone el incurrir en gastos excesivos e innecesarios en relación al capital o por cualquier acto de negligencia o imprudencia manifiesta, que han originado la quiebra.

La responsabilidad por la quiebra, sea fraudulenta o culposa, alcanza a los directores, administradores, fiscalizadores, gerentes o liquidadores de persona jurídica o patrimonio fideicometido declarado en quiebra o en estado de liquidación, que cometan alguno de los hechos previstos anteriormente.

La quiebra ya no es una alternativa de los acreedores, sino una consecuencia determinada por el liquidador, quien al observar la imposibilidad de pago de las

acreencias por la deficiencia de activos y determinación de pasivos de la empresa, solicita la quiebra al Juez, dando cuenta de su gestión con un balance, y ante la constatación de los hechos y de la falta de activos y la existencia de pasivos pendientes de pago, declara la quiebra, que lleva de inmediato a la extinción de la empresa, mediante el auto de quiebra. Ya no se abre, como en la ley anterior, un nuevo proceso, sino que se da cuenta de la imposibilidad de pago de la empresa, y se procede a su extinción.

Siendo éste el nuevo procedimiento, compete al liquidador observar de inmediato las irregularidades, respecto a la imposibilidad de pago de las deudas a fin de denunciar la quiebra fraudulenta, pues de no hacerlo, puede incurrir en una situación de compromiso a tenor del artículo 211º del Código Penal.

Constituye una de las obligaciones del Liquidador pagar los créditos debidamente reconocidos por la Comisión o entidades delegadas, conforme al orden de prelación calificado. Los pagos se harán hasta donde alcance el patrimonio del insolvente. Cuando se haya cumplido con pagar todos los créditos, el Liquidador deberá entregar a los accionistas o socios del concursado los bienes sobrantes de la liquidación y el remanente si los hubiere.

Si luego de realizar los pagos correspondientes, se extingue el patrimonio de la empresa quedando acreedores pendientes de ser pagados, el Liquidador deberá solicitar en un plazo no mayor de treinta días la declaración judicial de quiebra de la empresa, de lo que dará cuenta al Comité o al Presidente de la Junta y a la Comisión.

En todo caso, los acreedores pueden hacer valer sus créditos frente a los liquidadores después del fin de la liquidación, si la falta de pago se ha debido a culpa de estos últimos.

Termina la función del liquidador cuando ha realizado los bienes y pagado las deudas e inscrito la extinción de la empresa en el Registro Mercantil. También culmina su función cuando se le revocan sus poderes. Para que la revocación surta efectos, deberá acordarse conjuntamente el nombramiento del nuevo Liquidador. En este caso no sería de aplicación directa el segundo párrafo del artículo 15º de la Ley General de sociedades que señala que: "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", toda vez que en el caso de la renuncia del Liquidador se estaría que estar a lo dispuesto por el inciso b) del artículo 92º de la LGSC.

Por otro lado, la práctica ha demostrado que uno de los mayores problemas con que se enfrenta el liquidador al cierre de la liquidación, es no poder concluir el proceso cuando existen créditos en libros que no han sido reconocidos por la Comisión y que, en consecuencia, no puede pagar. Para solucionar esto, la ley establece que el liquidador, en primer término, deberá pagar los créditos reconocidos por la Comisión y, luego, de acuerdo al orden de preferencia que les pudiera co-

rresponder, aquellos créditos que no hubieren sido reconocidos, pudiendo consignar en el Banco de la Nación los fondos correspondientes a los créditos de acreedores con domicilio desconocido. A través del mecanismo propuesto se pretende incentivar a los acreedores a presentarse ante la Comisión para obtener el reconocimiento de sus créditos, toda vez que de no hacerlo corren el riesgo de cobrar en el último lugar o quizás no cobrar. El incentivo anterior, a su vez, va a contribuir a que en las Juntas de Acreedores se encuentre reflejada la realidad de las deudas de la empresa, con el consecuente beneficio que esto tiene para la adopción de decisiones eficientes.

Al no haber la Ley Nº 27809 establecido el mecanismo a utilizarse por la autoridad concursal para designar al liquidador que se encargará de la conducción del respectivo procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concursales ha expedido la Directiva Nº 003-2003/CCO-Indecopi, "Normas Relativas a la Disolución y Liquidación iniciada de Oficio por la Comisión", la misma que fue aprobada mediante la Resolución Nº 159-2003/CCO-Indecopi, de 28 de mayo de 2003, a fin de regular esta materia. Corresponderá en primer lugar a la Comisión Delegada de Procedimientos Concursales informar mediante comunicación a la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi, que no se logró designar un liquidador, procediendo esta última a publicar en la página Web del Indecopi el listado de todos los procedimientos concursales en que se hubiese remitido la comunicación. El listado constituye una invitación a las personas que cuenten con el registro de liquidador vigente ante Indecopi, debiendo la Comisión Delegada expedir la resolución de nombramiento designando para el caso concreto al liquidador que manifieste su voluntad de encargarse del procedimiento, si se presentare más de un liquidador se dará prioridad a quien haya manifestado primero su interés ante la Comisión Delegada Competente.

330. LA QUIEBRA DE LA EMPRESA

Cuando en los procedimientos de disolución y liquidación se hubiese cumplido con realizar todos los pagos y se extingue el patrimonio de la empresa quedando acreedores pendientes de ser pagados, el Liquidador deberá solicitar en un plazo no mayor de treinta (30) días, la declaración judicial de quiebra del concursado, de lo que dará cuenta al Comité o al Presidente de la Junta y a la Comisión

El Juez, dentro de los treinta días de presentada la solicitud de quiebra por el Liquidador, verificará la extinción del patrimonio a partir del balance final de liquidación que deberá adjuntarse en copia por el liquidador, y sin más trámite, declarará la quiebra del insolvente, la extinción de la empresa, y la incobrabilidad de sus deudas. La declaración de la extinción de la empresa contenida en dicho auto, deberá ser registrada por el Liquidador en el Registro Público correspondiente. El auto que declara la quiebra del deudor, la extinción del patrimonio del deudor y la incobrabilidad de las deudas, deberá ser publicado en el Diario Oficial *El Peruano* por dos (2) días consecutivos.

Una vez ejecutoriada la resolución que declara la quiebra, concluirá el procedimiento y el Juez ordenará su archivamiento, así como la inscripción de la disolución del insolvente, en su caso, y emitirá los certificados de incobrabilidad para todos los acreedores impagos.

La declaratoria de quiebra constituye un acto de constatación y ya no un proceso como en la legislación anterior. El Juez podrá pedir al Fiscal el inicio de las investigaciones cuando presuma que la quiebra es fraudulenta.

El efecto de la declaración de quiebra recae sobre el quebrado, quien está impedido de constituir sociedades o personas jurídicas, en general, o de formar parte de las ya constituidas; ejercer cargos de director, gerente, apoderado o representante de sociedades o personas jurídicas, en general; ser tutor o curador, o representante legal de personas naturales; ser administrador o liquidador de deudores en los procedimientos regulados en la Ley.

El quebrado no se le limita en sus derechos civiles, salvo aquellos anteriormente referidos.

La LGSC (art. 100º.2) impone sanción al titular de la empresa y al Presidente de Directorio de la empresa concursada, disponiendo que se le aplican las mismas limitaciones del quebrado. Sobre el particular debemos precisar la extensión de la norma, pues la única sociedad que cuenta con Directorio es la sociedad anónima, por tanto quedarían excluidos del presupuesto de la norma los administradores de las otras modalidades societarias; y en lo que se refiere al titular de la empresa, debemos entender como tal al sujeto activo de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL), al cual el Decreto Ley Nº 21621 lo califica de titular; o al empresario o comerciante individual. Pareciera que la norma concursal trata de responsabilizar a la autoridad máxima del órgano colegiado y administrador de la sociedad anónima, pero restringe la sanción al Presidente del órgano colegiado y no a los directores, y por el lado de la EIRL centra la responsabilidad en el titular de la empresa, en vez de hacerlo en el gerente de la misma, en quien recae la responsabilidad de la administración de la empresa; por lo demás obvia la situación de los administradores de las otras modalidades societarias, como la sociedad comercial de responsabilidad limitada, la sociedad anónima cerrada sin directorio, y las sociedades civiles.

La ley contempla la rehabilitación del quebrado bajo ciertas condiciones, como haber transcurrido cinco años, contados desde la fecha de expedición de la resolución judicial que declara la quiebra, produciéndose en tal caso la casación del estado de quiebra, aun cuando los créditos no se hubieran alcanzado a pagar con los bienes del quebrado, siempre que se acredite que el deudor no ha sido condenado por delito de quiebra fraudulenta contemplado en el Código Penal, así como no tener procedimiento penal abierto por dichos delitos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 417º del la Ley General de Sociedades, si durante la liquidación de la sociedad se extingue el patrimonio de ésta y quedan acreedores pendientes de ser pagados, los liquidadores deben convocar a la junta general para informarla de la situación sin perjuicio de solicitar la declaración judicial de quiebra. En tal caso, el Juez competente tramitará la declaración de quiebra del deudor, aplicando las normas de la ley concursal, sin que para tal efecto sea necesario que dicho deudor se someta al Procedimiento Concursal Ordinario previsto en la Ley.

331. PROCEDIMIENTO CONCURSAL PREVENTIVO

La LGSC introduce el procedimiento concursal preventivo, como la alternativa apropiada para permitir la recuperación económica y financiera de las empresas, dentro de la temática del diagnóstico oportuno para lograr la viabilidad económica de la empresa. El concurso preventivo procura evitar que se llegue a una situación de crisis que se vislumbra a corto o mediano plazo. El Procedimiento Concursal Preventivo se orienta fundamentalmente a prevenir la problemática de la crisis patrimonial de un deudor, a diferencia del Procedimiento Concursal Ordinario destinado a enfrentar y revertir una crisis manifiesta.

La Ley introduce una innovación consistente en fijar "la línea demarcatoria" que separa a aquellos individuos que están aptos para acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo, respecto de los que no lo están por hallarse ya en una situación de crisis manifiesta. Así, mediante la creación de barreras de acceso al procedimiento preventivo, en función de la situación patrimonial de la empresa, se restringe el uso de este tipo de procedimientos a deudores cuya crisis económica tiene una mayor magnitud.

El Procedimiento Concursal Preventivo tiene por finalidad principal, conceder un espacio para que los acreedores convocados manifiesten su aprobación o desaprobación al Acuerdo Global de Refinanciación propuesto por el deudor. De aprobarse el citado instrumento con el voto de los acreedores que representen más de 66.6% del monto total de los créditos reconocidos o asistentes, según corresponda, el acuerdo será oponible a todos los acreedores. De no aprobarse el Acuerdo Global, el Procedimiento Concursal Preventivo también habrá concluido, pudiendo eventualmente solicitarse el paso inmediato a un Procedimiento Concursal Ordinario

No se afecta el derecho de los acreedores que no lograron su calificación de créditos para la participación en la única Junta, dado que la publicidad de la convocatoria garantiza que todos los interesados decidan libremente su participación, y, se presenten oportunamente a la calificación de créditos exigida por la Ley. La falta de presentación oportuna y las consecuencias que de ello se deriven es responsabilidad exclusiva de los acreedores.

En el Procedimiento Concursal Preventivo, el deudor puede solicitar su acogimiento en dos modalidades:

a) *Pidiendo una protección anticipada que implicará la suspensión en la exigibilidad de todas sus obligaciones* y que le será otorgada a partir del momento de la publicación del aviso por el que se difunde el inicio de su procedimiento.

b) *Ingresando al procedimiento sin solicitar la suspensión de exigibilidad* de sus obligaciones, en cuyo caso la negociación con los acreedores se efectuará sin paralizar el desarrollo paralelo de las acciones de cobranza por parte de aquellos.

En el caso de pedir la suspensión anticipada de la inexigibilidad de sus obligaciones, de no aprobarse la propuesta de Acuerdo Global elaborada por el deudor, existirá la opción de que el deudor pase inmediatamente a un Procedimiento Concursal Ordinario, siempre que así lo acuerden en la misma reunión de Junta, acreedores titulares de más de 50% de los créditos reconocidos en el procedimiento. Caso contrario, simplemente concluirá el procedimiento concursal.

Cuando el deudor lo solicite al iniciarse el procedimiento, la publicación de la difusión del concursado, suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el concursado tuviera pendientes de pago devengadas hasta dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones. La suspensión antes mencionada durará hasta que se apruebe el Acuerdo Global de Refinanciación en el que se establecerán las condiciones referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable, de ser el caso.

De tramitarse el procedimiento sin la petición de inexigibilidad de obligaciones, la consecuencia será que, de aprobarse la propuesta de Acuerdo Global de Refinanciación preparada por el deudor, las obligaciones a su cargo se verán reprogramadas en los términos previstos en dicho instrumento, o caso contrario, se determinará la conclusión del procedimiento concursal prosiguiendo de manera normal las relaciones jurídicas entre el deudor y sus acreedores, sin mayores consecuencias.

En lo que se refiere a los *requisitos para acogerse al procedimiento*, se podrá acoger el deudor siempre que no se encuentre en ninguno de los supuestos establecidos en el primer párrafo del artículo 24º, es decir, que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días calendario; y que no tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado. Si el deudor no se encuentra incurso en esta situación puede acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo. La petición es plausible en la medida que sea solicitada por el deudor, no prevé este sistema la petición del acreedor, o acreedores que tengan montos vencidos superiores a las cincuenta Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Presentada la solicitud, acompañada con los documentos que establece la ley, se procede de inmediato a admitir el pedido y publicar el aviso de difusión del proceso. Sólo tendrán derecho a participar en la Junta del Procedimiento Concursal Preventivo los acreedores que presenten sus solicitudes de reconocimiento de créditos dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la fecha de publicación del aviso que informa sobre la situación de concurso. No procede el reconocimiento de créditos que se presenten fuera de dicho plazo.

El Acuerdo Global de Refinanciación deberá detallar cuando menos: el cronograma de los pagos a realizar; la tasa de interés aplicable; y las garantías que se ofrecerán de ser el caso.

De conformidad con el art. 110º de la LGSC, cuando el deudor incumpla con el pago de alguna de sus obligaciones en los términos establecidos en el Acuerdo Global de Refinanciación, éste quedará automáticamente resuelto. En este caso, cualquier acreedor podrá solicitar el pago de los créditos que mantuviera frente al deudor, en las vías que estime pertinente y en las condiciones originalmente pactadas.

332. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE ACREEDORES

Procede la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, o porque el acuerdo constituye el ejercicio abusivo de un derecho. Asimismo, cualquier cuestionamiento sobre la convocatoria y reunión de la Junta de Acreedores deberá efectuarse mediante el procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos. La Comisión de Procedimientos Concursales tiene la misma legitimación para declarar de oficio la nulidad de los acuerdos en los que se haya incurrido en causal contemplada en la ley, contando para ello con un plazo de 30 días, computado desde la fecha en que se adoptó el acuerdo. En el caso de los acreedores, estos tienen un plazo de 10 días para solicitar la impugnación del acuerdo.

Sólo podrá plantear la impugnación el deudor o los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 10% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión.

En cuanto a los requisitos para el planteamiento de la impugnación se requiere, si el deudor o acreedores que estuvieron presentes en la sesión correspondiente, ellos deberán haber dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo y su intención de impugnar el mismo. Si no hubiesen asistido a la Junta, el plazo se computará desde que tomaron conocimiento del acuerdo, siempre que acrediten imposibilidad de conocer la convocatoria. En cualquier caso, el derecho a impugnar un acuerdo caducará a los quince días de adoptado.

Este procedimiento de impugnación tiene carácter administrativo desde el momento en que la Ley atribuye a la Comisión la atribución de resolver la impugnación. La Comisión podrá ordenar la suspensión de los efectos del acuerdo impugnado.

De conformidad con el artículo 132º.1 de la LGSC tienen competencia exclusiva para resolver las impugnaciones de las resoluciones que se emitan en cualquier procedimiento concursal en materias reguladas por esta Ley, las Comisiones de Procedimientos Concursales y el Tribunal del Indecopi, en sede administrativa, y las Salas correspondientes, en sede judicial; las resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales, sólo pueden ser impugnadas en la vía del proceso contencioso administrativo. El artículo 132º.2 de la ley proclama que no procede el uso de vías procesales distintas para impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la Ley y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos. Cuando se trata de la *interposición de acciones constitucionales de garantía*, aquellas que se interpongan en el ámbito de cuestiones referidas a materias comprendidas en la Ley, serán conocidas en primera instancia por la Sala Superior Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia y en grado de apelación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Dispone asimismo que las solicitudes de *medidas cautelares* que tengan por objeto suspender o producir cualquier efecto análogo en los procedimientos regulado en la Ley, sólo podrán ser tramitadas y resueltas con ocasión del proceso contencioso administrativo que se promovió con arreglo a ley.

La interposición de acciones de garantía que promuevan personas naturales o jurídicas, comprendidas a su propia solicitud en procedimientos regulados en la Ley, y que suspenda o produzca cualquier efecto análogo en el procedimiento, determina automáticamente y de pleno derecho, el levantamiento de la suspensión de la exigibilidad de obligaciones y el levantamiento de las medidas protectoras del patrimonio del concursado.

333. LA SITUACIÓN DE CONCURSADO DE LAS PERSONAS NATURALES

Tal como se indicó anteriormente cualquier deudor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario siempre que acredite que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un período mayor a treinta (30) días calendario; o, que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

En caso la solicitud sea presentada por el deudor, éste expresará su petición de llevar a cabo una reestructuración patrimonial o uno de disolución y liquidación, y en el caso de las personas naturales, sociedades conyugales o sucesiones indivisas al menos se acreditará que más de 50% de sus ingresos se deriven del ejercicio de una actividad de comercio desarrollada directamente y en nombre propio por los mencionados sujetos; o que más de las dos terceras partes de sus obligaciones se hayan originado en la actividad empresarial desarrollada por los mencionados sujetos y/o por terceras personas, respecto de las cuales aquellos hayan asumido el deber de pago de las mismas. Se incluye para estos efectos, las

indemnizaciones y reparaciones por responsabilidad civil generadas con el ejercicio de la referida actividad.

Si el deudor que solicita acogerse al procedimiento concursal ordinario fuera persona natural, sociedad conyugal o sucesión indivisa, no acompañará la documentación detallada en los literales d), e) y f), del art. 25º.1 que se refiere a Copias del Balance General; Estado de Ganancias y Pérdidas; Estado de Cambios en el Patrimonio Neto y del Estado de Flujos de Efectivo, de los dos últimos años; y de un cierre mensual con una antigüedad no mayor de dos meses a la fecha de presentación de la solicitud; a la información acerca de las fuentes de financiamiento a que ha accedido el deudor durante los dos últimos ejercicios, así como sobre la forma en que se ha acordado el retorno de dicho financiamiento y el tiempo que se ha destinado para ello; y a la copia de las fojas del libro de planillas correspondientes al último mes.

Por otro lado, *la declaración de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario de uno de los cónyuges* determina de *pleno derecho* la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado.

No obstante lo anterior, en el supuesto que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia respecto de la sociedad conyugal que integra, no se producirá la sustitución del régimen de gananciales, en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento.

Ante la *insolvencia de la sociedad conyugal*, formarán la masa concursal los bienes sociales, y ante la falta o insuficiencia de ésta, ingresarán a la masa los bienes propios de cada cónyuge para responder a prorrata por las obligaciones de la sociedad. Sin embargo en aplicación del art. 330º del Código Civil, partir de la fecha de la declaración de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario de uno de los cónyuges se sustituye el régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios.

Si se declara la insolvencia de un cónyuge, formarán la masa concursal sus bienes propios y, de ser el caso, la parte de los de la sociedad conyugal que le corresponda. Sobre el particular habría que evaluar la tendencia por la cual se sostiene que los bienes de la sociedad de gananciales no se pueden equiparar a la situación que se genera con una sociedad mercantil, y en consecuencia no se puede establecer derechos y acciones de un todo, y habrá que estar a las resultas de la disolución de la sociedad de gananciales para ejercer las medidas sobre los derechos y acciones de cada uno de los cónyuges en la masa de los bienes de la sociedad de gananciales. Sobre el particular, habrá que estar a lo dispuesto por el artí-

culo 318º del Código Civil que establece que por la sustitución del régimen patrimonial fenece la sociedad de gananciales, con lo cual queda se cae en el supuesto del art. 330º al imputarse de pleno derecho la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios. Se tiene entonces que con la sustitución del régimen de gananciales de pleno derecho, por el de separación de patrimonios, no cabe considerar una masa intangible los bienes de la sociedad conyugal, y consecuentemente dichos bienes responderán por las deudas de la sociedad, según los supuestos de los artículos 307º al 310º y 317º del Código Civil.

Será pues determinante considerar si la declaratoria de insolvencia conlleva la disolución de la sociedad de gananciales. Al respecto, el artículo 330º del Código Civil, con lo cual se puede practicar la asignación de responsabilidad sobre los derechos y acciones de cada uno de los cónyuges.

Por Resolución Nº 002-96 de la Comisión de Salida del Mercado (Diario Oficial *El Peruano*, 20 de junio de 1997), se han restablecido los criterios para evaluar la procedencia de las solicitudes de declaración de insolvencia de personas naturales a su propio pedido.

Entre estos criterios se tiene:

- La verificación por parte de la entidad competente de los documentos acompañados a la solicitud a fin de determinar el patrimonio del solicitante. Este patrimonio estará constituido por los bienes y derechos cuya titularidad corresponde al solicitante, de acuerdo a lo declarado por éste en la solicitud respectiva. En el caso de los cónyuges cuyos bienes se encuentren sujetos al régimen de gananciales, así como para el caso de las personas naturales que conformen una unión de hecho (art. 326º del CC.), el patrimonio comprendido en el proceso estará integrado, además de los bienes propios del solicitante, por el cincuenta por ciento de las acciones y derechos que le correspondan respecto de los bienes de la sociedad conyugal o de la unión de hecho. No se incluirá en la valorización del patrimonio los bienes y derechos inembargables al amparo del artículo 648º del Código Procesal Civil.
- Establecido el patrimonio de la persona natural, se deberá calificar si el mismo ha sufrido pérdidas que determinen su reducción en más de dos terceras partes. Las obligaciones vencidas y exigibles que conlleven la posibilidad de una ejecución forzada se considerarán como pérdidas que afecten el patrimonio del solicitante.
- En caso que la persona natural que solicita su declaración de insolvencia acredite la existencia de obligaciones vencidas y exigibles cuya cuantía supere las dos terceras partes del patrimonio materia del procedimiento, resultará procedente declarar su situación de insolvencia.

Tratándose de *persona natural empresaria* el patrimonio se destinará al proceso de reestructuración patrimonial debiendo aprobarse el plan de reestructura-

ción o la disolución y liquidación de la empresa, aplicándose para tal efecto las normas del régimen del procedimiento ordinario.

Nada impide que el deudor, persona natural pretenda acogerse al Procedimiento concursal preventivo, en cuyo caso se procederá a presentar una solicitud a la Comisión, adjuntando la documentación e información señaladas en el artículo 25º, en lo que resulte aplicable

La aprobación del Acuerdo Global de Refinanciación se regirá por las mayorías calificadas establecidas en el artículo 53º.1 de la ley, y el Acuerdo Global de Refinanciación deberá contemplar necesariamente todos los créditos reconocidos, así como aquellos que sin haber sido verificados por la autoridad concursal se hubiesen devengado hasta la fecha de difusión del procedimiento. El Acuerdo Global de Refinanciación deberá detallar, cuando menos, el cronograma de los pagos a realizar; la tasa de interés aplicable; y, las garantías que se ofrecerán de ser el caso.

SECCIÓN IV

DERECHO DEL CONSUMIDOR

CAPÍTULO XXXIX
INDECOPI

334.-Derecho de la Competencia.- 335. Indecopi: 335.1. Finalidad.- 335.2. Organización.- 336. Descentralización.- 337. Servicios que presta.

334. DERECHO DE LA COMPETENCIA

La Constitución de 1993 trata en su Título III "del Régimen Económico", señalando en su art. 58º, que la iniciativa privada es libre y debe basarse en una economía social de mercado. Dentro de este contexto, el estado facilita y vigila la libre competencia, y combate toda la práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicos (art. 61º).

Las normas referentes a la competencia van constituir lo que de denomina en la actualidad el Derecho de la Competencia, al que pertenece la legislación antimonopólica (art. 61º).

En nuestro sistema el D. Leg. Nº 701, modificado por el D. Leg Nº 807, es la norma que tiene por finalidad proteger a la libre competencia; para tal efecto sanciona dos tipos de prácticas: las restrictivas de la competencia y la posición de abuso de dominio de mercado.

Por otra parte, la libre competencia se encuentra dentro de lo que se denomina el orden público económico, el que es tutelado por el estado y cuya violación da lugar a sanciones de diversas índole, incluso penal, tal como lo dispone el art. 232º del CP (*infra* Nº 353.b).

En lo que concierne al consumidor éste se constituye en el centro de todas estas relaciones jurídicas-sociales, habiendo todo un movimiento doctrinal que

pretende construir un llamado Derecho del Consumo o de los Consumidores, el mismo que está llamado a formar parte del derecho mercantil moderno.

Corresponde al Estado, según mandato constitucional, la defensa del interés de los consumidores y usuarios, garantizando para tal efecto el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (art. 65º de la Constitución).

335. INDECOPI

El surgimiento de una economía de libre mercado, en los primeros años de la década de los noventa, requirió de normas que protegiesen su funcionamiento e instituciones que supervisasen el respeto a dichas normas.

La legislación de la libre competencia vela por el proceso competitivo a través del comportamiento de los agentes que interactúan en el mercado, siendo el fin último de la misma que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios o consumidores.

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), creado por Decreto Ley Nº 25868, es la institución que tiene como finalidad esencial garantizar el funcionamiento fluido de un mercado entre los participantes del mismo, las empresas y los consumidores.

El Indecopi es un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (Ley Nº 27789, y Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, D. S. Nº 083-2002), con personería jurídica de derecho público y que goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa.

Su funcionamiento se rige de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Decreto Ley Nº 25868, sus modificaciones y adicionales contenidas en los Decretos Legislativos Nºs. 788 (Normas sobre reorganización) y 807 (Ley sobre facultades, normas y organización), así como en el Decreto Supremo Nº 025-93-ITINCI, reglamentario de la primera de las disposiciones citadas.

En el desarrollo del presente y posteriores capítulos se ha tomado en consideración los conceptos y resoluciones de la Comisión de Libre Competencia y de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que se mencionan en los siguientes documentos de trabajo del Indecopi:

- Fortalecimiento del sistema de protección al consumidor: Diagnóstico y Propuesta, Documento de Trabajo Nº 001-2000, Resolución de la Presidencia del Indecopi Nº 015-2000-Indecopi/DIR, 13 de marzo de 2000.
- Impulsando la simplificación administrativa en el Indecopi: 2000-2001, Documento de Trabajo Nº 007-2001, Resolución de la Presidencia del Indecopi Nº 073-2000-Indecopi/DIR, 24 de agosto de 2000.

- Lineamientos sobre Protección al Consumidor, Resolución Nº 001-2001-LIN-CPC/Indecopi, 07 de junio de 2001.
- Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial, Resolución Nº 001-2001-LIN-CCD/Indecopi.

335.1. Finalidad

El Indecopi cumple su rol a través de las siguientes funciones:

a. Evitar prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia.
b. Garantizar al consumidor la información adecuada para asegurar sus derechos de elección.
c. Evitar los actos de competencia desleal.
d. Evitar el desarrollo de prácticas desleales en el comercio internacional tales como el dumping o los subsidios.
e. Reducir los costos de acceso y salida del mercado.
f. Proteger todas las formas de propiedad intelectual, desde los signos distintivos y los derechos de autor, hasta las patentes y la biotecnología.

Estas funciones son ejercidas a través de sus Comisiones y Oficinas correspondientes.

335.2. Organización

a) El Directorio

El Directorio es el organismo máximo del Indecopi, el que está integrado por tres Miembros, dos en representación del MITINCI y uno en representación del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), los que son designados mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. El Presidente del Directorio es designado entre uno de los representantes del MITINCI, por un período de cinco años.

b) Estructura orgánica

La ley divide la estructura orgánica del Indecopi en: administrativa y funcional.

b.1 Estructura orgánica administrativa

El Indecopi cuenta con una Gerencia general y cuatro Gerencias, que dependen directamente de él y que son las siguientes: i) de Administración, Finanzas y Apoyo a los Órganos Funcionales, de la cual dependen administrativamente los Secretarios Funcionales, Técnicos de las Comisiones, así como los Jefes de las Oficinas, ii) de Informática y Sistemas, cuyas funciones están orientadas a prestar

apoyo a los órganos funcionales del Indecopi en todo lo relacionado con información computarizada; iii) de relaciones internacionales, cuyas funciones están referidas a realizar el seguimiento de las acciones de los organismos internacionales en materias de competencia del Indecopi, y evaluar los acuerdos internacionales vigentes a fin de recomendar la incorporación del país a los mismos; iv) legal, cuyas funciones están referidas a prestar el apoyo legal requerido por todos los órganos funcionales y administrativos del Indecopi (art. 48º del Decreto Ley Nº 25868).

El directorio puede crear nuevas gerencias y subgerencias, así como desactivarlas o modificar su régimen, de acuerdo con las necesidades de la institución, y siempre dentro del marco de lo que dispongan las normas presupuestarias (art. 61º, D. Leg. Nº 807).

b.2. Estructura orgánica funcional

El Indecopi tiene siete Comisiones y tres oficinas. Las Comisiones destinadas a la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como a facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado, y las Oficinas que tiene por finalidad la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones (arts. 49º y 58º del D. Leg. Nº 807).

El art. 18º, modificado por el art. 49º del D. Leg. Nº 807, establece las siguientes comisiones:

a) Comisión de Libre Competencia;
b) Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios;
c) Comisión de Protección al Consumidor;
d) Comisión de Represión de la Competencia Desleal;
e) Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales;
f) Comisión de Procedimientos Concursales (Ley Nº 27809), y
g) Comisión de Acceso al Mercado.

c) Funciones generales de las Comisiones

Las Comisiones gozan de autonomía técnica y funcional. Entre las funciones generales que la ley le otorga (art. 19º del Decreto Ley Nº 25868) se encuentra las de carácter:

c.1. Resolutivas. Tales como, conocer y resolver, en primera instancia administración los procesos de su competencia y los recursos de reconsideración que se interponga contra las resoluciones que hayan expedido (incs. a y b).

c.2. Cautelares y ejecutivas. Disponer la adopción de medidas cautelares, siempre que sus correspondientes normas legales de creación o las que regulan las materias de su competencia les hayan otorgados dicha facultad (inc. c).

c.3. Ejecutivas. Recurrir al auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus resoluciones, pudiendo inclusive promover la ejecución forzada o cobranza coactiva conforme a lo dispuesto en la Ley Nº 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, de ser el caso (inc. 1).

c.4. Sancionadoras. Aplicar las sanciones correspondientes, conforme a sus normas legales de creación y a las que regulan las materias de su competencia (inc. d).

c.5. Inhibitorias. Inhibirse de conocer sobre los procesos que escapan del ámbito de su competencia, debiendo canalizarlos, cuando corresponda, al órgano funcional pertinentes (inc. e).

c.6. Administrativas. Proponer al Presidente del Directorio candidatos para la designación del correspondiente Secretario Técnico; requerir a las entidades del sector público, a través del Presidente del Indecopi, los datos e informaciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones, debiendo estar brindar dicha información bajo responsabilidad, y calificar como reservados o confidenciales determinados documentos o procesos sometidos a su conocimiento, en caso de que pudiera verse vulnerado el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas (incs. f, g, j).

c.7. Denuncias. Presentar la denuncia pertinente ante la autoridad correspondiente sometida a su conocimiento, siempre que sus correspondientes normas legales de creación o las que regulan las materias de su competencia les hayan otorgado dichas facultades (inc. h).

c.8. Conciliatorias. Actuar como instancia de conciliación de los procesos sometidos a su conocimiento, siempre que sus correspondientes normas legales de reacción a las que regulan las materias de su competencia les hayan otorgado dicha facultad (inc. i).

c.9. Consultivas. Emitir opinión técnica sobre los proyectos de normas legales relativas a las materias de su competencia

d) Funciones específicas de las Comisiones

Las Funciones particulares de cada Comisión se especifican en los arts. 21º al 26º de la ley.

d.1. La Comisión de Libre Competencia, vela por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, conforme a lo dispuesto por el D. Leg. Nº 701.

Lo que se sanciona no es el monopolio en sí, sino el abuso de una posición de dominio en el mercado que distorsiona su normal funcionamiento, a través del reparto del mercado, imponiendo o concertando precios.

d.2. La Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, vela por el cumplimiento de las normas para evitar y corregir las distorsiones de la competencia

en el mercado generados por el "dumping" y los subsidios, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 006-2003-PCM (*infra* Nº 373).

Se encarga de recibir las denuncias de las empresas nacionales afectadas por supuestas prácticas de dumping o subsidios de productos importados. Si la información proporciona evidencias de tales prácticas se procede a iniciar una investigación que puede concluir con la imposición de derechos antidumping y compensaciones a afectos de evitar perjuicios al productor nacional.

Se considera que una importación se efectúa a precio dumping cuando el precio de exportación del producto de su país de origen o de exportación es menor al valor normal de ese mismo bien, o de un producto similar destinado al consumo o utilización en dicho país, en operaciones comerciales normales.

En cuanto a los subsidios, este concepto comprende a los mecanismos que los gobiernos utilizan, tales como primas, ayudas, reintegros, premios, exoneraciones, medidas cambiarias, reintegro tributarios, etc., a favor del exportador con la finalidad que los precios sean competitivos a nivel internacional.

En los casos mencionados se estima el margen del dumping o la cuantía de la subvención para posteriormente aplicar una tasa sobre los precios de importación con el objeto de eliminar las distorsiones en los precios establecidos por la empresa exportadora (dumping) o por el gobierno del país exportador (subsidios).

En lo que se refiere el dumping, la tasa se aplicará a cada uno de los exportadores extranjeros que han incurridos en estas prácticas, conociéndose como "derecho antidumping".

Tratándose de subvenciones, la tasa se le conoce como "derecho compensatorio" y se aplica a la totalidad de las importaciones procedentes del país importador, o sea por partida arancelaria.

El elemento determinante es que exista un daño importante o una amenaza de daño que afecte a la producción nacional que tiene relación con dichas importaciones, derivada de estas prácticas nocivas, e incluso que pueda ocasionar un retraso o desistimiento en la creación de esa rama de producción.

Por otra parte, el elemento daño debe de apreciarse desde un punto de vista objetivo, en este sentido, entre los elementos a tenerse en cuenta para su determinación se encuentra el impacto negativo en los precios y en una serie de indicadores económicos de los productos nacionales como puede ser: la producción y las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad y las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la inversión, la utilización de la capacidad instalada, el flujo de caja, el empleo, los salarios, la inversión, los indicadores económicos, etc.

En lo que se refiere a la legislación antidumping, el Perú, forma parte del Acuerdo General de Tarifas y Comercio (conocido por sus siglas en inglés como

GATT) que incluye un Código Antidumping y otra de Antisubsidios, en consecuencia dichos Instrumentos forman parte de la legislación nacional (*infra* Nº 373.1.1).

Para efecto de adecuar nuestra legislación a las disposiciones contenidas en el GATT, se ha expedido el D. S. Nº 006-2003-PCM de fecha 10 de enero de 2003, que contienen el reglamento de Dumping y Subsidios.

La Comisión puede establecer, si lo considera necesario, derechos antidumping o compensatorios provisionales, lo que podrán estar vigentes hasta la resolución definitiva.

En este sentido, como complemento de estas medidas, la Comisión viene aceptando a trámite las denuncias por *"precios depredatorios"*, este concepto implica una nueva modalidad de distorsión de los precios aplicada al mercado de destino que se genera cuando una empresa vende por debajo del costo de producción o importancia, de manera sistemática y sostenida, a fin de desplazar la competencia y acaparar el mercado, para posteriormente elevar los precios a niveles monopólicos y recuperar las pérdidas sufridas.

Lo que se sancionan en este caso es la intención de dañar, mediante la venta por debajo del costo.

Para que se produzca esta figura es necesario que se cumplan con ciertos requisitos por parte de la empresa predatora tales como: gozar de posición de dominio, o de eventualmente acaparar el mercado, poseer capacidad financiera que le permite vender de bajo del costo de una manera sostenida y por otra parte que existe barreras que implican o dificulten el ingreso de nuevas empresas al mercado.

Es conveniente distinguir esta modalidad de otras de venta a pérdida como puede ser la liquidación de stocks, la cuenta promocional y los precios de introducción donde no existe intención, de acaparar el mercado.

Esta práctica no está expresamente prohibida en nuestra legislación, sin embargo, podrá ser incluida en la cláusula general de abuso de posición de dominio contenida en el art. 5º inc. d) del D. Leg. Nº 701, en razón que atenta contra la libre competencia (*infra* Nº 346).

La Comisión es la entidad encargada de la investigación prevista dentro del procedimiento para la aplicación de las medidas de salvaguardia en los casos de importaciones masivas de mercancías que causen o amenacen causar un daño grave a una rama de la producción nacional, según lo dispuesto en el Decreto Supremo Nº 020-98-ITINCE de fecha 18 de diciembre de 1998, el cual reglamenta las normas previstas en el Acuerdo sobre Salvaguardias y en el Acuerdo sobre Textiles y Vestidos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) incorporados a la legislación nacional mediante Resolución Legislativa Nº 26407.

Las medidas de salvaguardia constituyen medidas de urgencia de carácter temporal que tiene por objeto neutralizar el daño o la amenaza de daño grave a una

rama de una producción nacional, causada por un incremento significativo de importaciones en términos absolutos o en relación con la producción nacional. Las medidas son aplicadas por una comisión multisectorial integrada por los Ministros de Economía y Finanzas, el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negocios Comerciales Internacionales y el Ministro del Sector al que pertenece la rama de producción nacional afectada. Las decisiones tomadas por dicha Comisión se formalizarán mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Las medidas consisten preferentemente en la aplicación de un gravamen arancelario *ad valore*, y sólo cuando no sea conveniente una medida de esta naturaleza, se aplicarán gravámenes arancelarios específicos o restricciones cuantitativas.

d.3. La Comisión de Protección al Consumidor. Vela por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor aprobada por el D. Leg. Nº 716. Para tal efecto, asume las funciones que se refieren los artículos 38º y 42º de dicha norma legal. La Comisión conoce de los procesos administrativos y la imposición de las sanciones previstas en el mencionado Decreto Legislativo. La competencia de la Comisión sólo podrá ser negada por norma expresa de rango legal (agregado por el art. 21º del D. Leg. Nº 807).

Asimismo conocerá las denuncias que sean formuladas por los turistas nacionales y extranjeros, las que podrán ser presentadas en forma escrita, verbal, vía facsímile, correo electrónico o por cualquier otro medio técnico de comunicación (art. 25º, Ley Nº 26961, Ley para el Desarrollo de la Actividad Turística).

d.4. La Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Vela por el cumplimiento de las normas de publicidad en defensa del consumidor aprobadas por el D. Leg. Nº 691, así como por el cumplimiento de las normas que sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Ley Nº 26122.

Esta Comisión tiene una doble función, la defensa del consumidor y la represión a la competencia desleal, la misma que se manifiesta a través de la publicidad que atenta contra el principio de igualdad de los consumidores mediante ofensas o discriminaciones o imágenes que lo induzcan al error, así como la publicidad confusa, y engañosa, los actos de denigración, e imitación, alterando la igualdad de oportunidades de quienes participan en el mercado.

d.5. La Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales, corresponde a esta Comisión aprobar las Normas Técnicas recomendables para todos los sectores y las normas sobre metrología legal, así como calificar y autorizar a las empresas e instituciones a fin de facultarlas para ejercer las funciones de certificación de calidad de los productos y de su conformidad con normas técnicas asumiendo para el efecto las funciones de la Comisión creada por el art. 3º del D. Leg. Nº 658.

Asimismo, le corresponde velar por la defensa de las normas referidas al libre comercio, y pronunciarse sobre la aplicación de las disposiciones que esta-

blecen restricciones paraarancelarias y sobre las que contravengan lo dispuesto en el D. Leg. Nº 668 y el art. 4º del Decreto Ley Nº 25629.

La concentración de estas funciones en la mencionada Comisión tiene por efecto evitar medidas paraarancelarias ocultas, a través de normas técnicas, certificados de calidad, disposiciones sobre peso, medida, etiquetado, etc.

Por otra parte, Ley Nº 26612, en su artículo 8º, añade como función de esta Comisión, aprobar las normas técnicas para los equipos, software u otros medios que se utilicen para el proceso de micrograbación para la obtención de microformas tanto en la modalidad de microfilm como del documento informativo, así como de otorgar certificados de cumplimiento de las normas y de identidad técnica a quien acredite contar con los medios técnicos adecuados; todo esto de conformidad con el D. Leg. Nº 681, normas modificatorias y complementarias.

El art. 50º del D. Leg. Nº 807 considera a dicha Comisión como Organismo Nacional de Normalización y Acreditación.

d.6. La Comisión de Procedimientos Concursales, respondía originalmente al nombre de "Comisión de Salida del Mercado", la Ley Nº 27809, en su Tercera Disposición Modificatoria, modifica el art. 18º inc. f) del Decreto Ley Nº 25868, cambiándole de denominación. Según lo dispuesto en el artículo 52º del Decreto Legislativo Nº 807, es competente para conocer sobre la declaración de insolvencia de los deudores, el reconocimiento de la titularidad, legitimación y cuantía de los créditos, la realización de las Juntas de Acreedores y todos los demás asuntos relacionados con dichos temas conforme a lo establecido en la Ley Nº 27809, Ley General del Sistema Concursal (Cfr. *supra* Cap. XXXVIII)

La *Directiva Nº 004-2002/CCO-Indecopi*, expedida por la *Comisión de Procedimiento Concursales*, establece lineamientos para la determinación del *acreedor con posición determinante* a que hace referencia el artículo 49º.1 de la Ley General del Sistema Concursal, el mencionado artículo se refiere a los casos en que un acreedor cuyo porcentaje de crédito resulte determinante para la adopción de un acuerdo tuviese una posición contraria a la continuación de actividades del deudor o a la celebración de un Plan de Reestructuración o de un Acuerdo Global de Refinanciación, deberá sustentar, bajo sanción de nulidad del acuerdo, su posición ante la Junta, debiendo constar en actas cada uno de sus fundamentos. La abstención, el voto en contra o la adhesión a la posición de un tercer acreedor no serán suficientes para eximir al acreedor de la obligación aludida. La conducta evasiva respecto de la fundamentación establece el artículo 49º.2, dará lugar a la imposición de una multa de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias.

La directiva está dirigida a los funcionarios públicos de las Comisiones Delegadas de Procedimientos Concursales, a efectos de determinar al acreedor que tiene posición determinante, así como los alcances del concepto "conducta evasiva" en los términos del artículo 49 de la Ley.

La Comisión de Procedimientos Concursales considera que el acreedor con posición determinante puede estar sujeto a diversas interpretaciones, como aquel acreedor que haya votado en contra de las propuestas que impliquen la continuación del deudor en el mercado y que además tenga un alto porcentaje de participación en Junta. De igual forma se puede comprender dentro de este concepto a todos los acreedores opositores a tales propuestas que tengan un porcentaje mayoritario e inclusive a aquellos que teniendo un porcentaje de votación minoritario su voto sea determinante para alcanzar la adopción de dichos acuerdos. Finalmente puede englobarse dentro de este concepto al acreedor o acreedores que se hayan abstenido de votar y cuyo porcentaje de participación sea mayoritario o no, sea necesario para la adopción del acuerdo.

En este sentido se considera necesario *interpretar dicha norma de la manera más objetiva* posible a fin de evitar interpretaciones subjetivas que puedan obstaculizar la adopción de acuerdos y que ello por otro lado genere incertidumbre en los acreedores y un aumento en el nivel de impugnaciones de acuerdos con el consecuente incrementado en la carga procesal para las Comisiones, el retraso en las decisiones que a los acreedores les corresponde tomar y la falta de predictibilidad del sistema concursal.

La interpretación objetiva parte de considerar que la participación de los acreedores en el concurso no solamente supone un derecho y un sinnúmero de facultades de decisión al interior del concurso sino también una responsabilidad frente al resto de acreedores.

En ese sentido, una interpretación objetiva de dicha norma debe considerar únicamente el universo de acreedores que votaron en contra o se abstuvieron de votar frente a las propuestas de continuación de actividades del deudor o la celebración de un Plan de Reestructuración o de un Acuerdo Global de Refinanciación, e identificar dentro de ese universo a aquel acreedor con el mayor porcentaje de créditos reconocidos.

Por otra parte, para evitar que el supuesto contemplado en el artículo 49º.2 de la Ley pueda estar sujeto también al mismo problema de interpretaciones subjetivas que conlleven a una errónea percepción de la finalidad que se busca con la regulación del concepto de acreedor con posición determinante es preciso aclarar los términos de "fundamentacion" y "conducta evasiva". Esto es importante, además, porque la Comisión tiene la obligación de aplicarle al acreedor que tenga una conducta evasiva una multa de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias.

A estos efectos y considerando que la potestad administrativa sancionadora debe ejercerse en concordancia con los principios de legalidad y certeza, debe entenderse que el acreedor con posición determinante habrá cumplido con la obligación que le impone el artículo 49º. 1 de la Ley, cuando exprese la razón o razones que lo llevaron a emitir un voto en contra o ha abstenerse de votar, sea cual fuere el sentido de las razones que manifieste.

La determinación del acreedor con posición determinante procederá solamente en aquellos casos en los que, habiéndose sometido a votación la propuesta de continuación de actividades del deudor el Plan de Reestructuración o el Acuerdo Global de Refinanciación, estas opciones fueran rechazadas por la Junta de Acreedores.

La Directiva señala los pasos que debería seguir el representante de la Comisión Delegada de Procedimientos Concursales luego de haberse proclamado el resultado de los votos por parte del Presidente de la Junta de Acreedores, en primer lugar deberá individualizar a aquellos acreedores que votaron en contra de las referidas propuestas o se abstuvieron de manifestar su posición y dentro de este universo de acreedores, a aquel que cuente con el porcentaje de créditos reconocidos más alto de los presentes en la Junta. En ese sentido el acreedor con posición determinante sólo será uno de los que hayan votado en contra o se hubieran abstenido de votar por la continuación de actividades del deudor o por la aprobación del Plan de Reestructuración o el Acuerdo Global de Refinanciación.

En el supuesto que más de un acreedor incurra en la situación arriba señalada, por existir plena coincidencia en el respectivo porcentaje de participación, dichos acreedores deberán proceder de la siguiente manera:

Luego de terminada la votación y que el representante de la Comisión haya informado que la propuesta sometida a consideración de la Junta de Acreedores ha sido desaprobada, procederá a indicar cuál es el acreedor con posición determinante y le solicitará que sustente su posición tal como lo exige el artículo 49º.1 de la Ley, para lo cual dará lectura a la referida norma. Se considerará que el acreedor con posición determinante *ha cumplido con su obligación de sustentar* su posición cuando este último exprese la razón o razones, cualquiera fuera su contenido, que lo llevaron a votar en contra o abstenerse frente a la propuesta de continuación de actividades del deudor, celebración de un Plan de Reestructuración o de un Acuerdo Global de Refinanciación, debiendo constar tales fundamentos en actas.

Solamente se considerará *conducta evasiva*, en los términos que contempla el artículo 49º.2 de la Ley, la negativa del acreedor con posición determinante a expresar la razón o razones de su posición, luego que sea requerido por el representante de la Comisión. En este último caso, corresponderá al funcionario correspondiente informar de ello a su Comisión a efectos de que evalúe la imposición de la multa respectiva.

d.7. La Comisión de Acceso al Mercado es la competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluído el ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impiden u obstaculice ilegal o irracionalmente el acceso de permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos Nºs 283, 668, 757, el art. 61º del D. Leg. Nº 776, y la Ley Nº 25035 (en cuanto a la referencia a la Ley Nº 25035, Ley de Simplificación Administrativa,

ésta ha sido derogada por la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General). Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo (art. 26º bis, del Decreto Ley Nº 25868, incorporado por el art. 50º del D. Leg. Nº 807. Sobre el particular la Ley Nº 27444, en su Sétima Disposiciones Complementarias y Finales dispone que "Las referencias contenidas en el artículo 26º bis del Decreto Ley Nº 25868, a la Ley de Simplificación Administrativa y a la parte pertinente del Decreto Legislativo Nº 757 que quedan derogadas en virtud de la presente norma, se entienden sustituidas por ésta para todos los efectos legales, sin perjuicio de las otras atribuciones de competencia contenidas en este dicho artículo.

Por otra parte la Ley Nº 28032, declara de interés nacional la eliminación de las barreras burocráticas impuestas por cualquier nivel de Gobierno que afecten indebidamente la competitividad de los agentes económicos, permitiendo además que la Comisión pueda delegar el ejercicio de sus funciones, en virtud de convenios suscritos por el Directorio del Indecopi.

Esta misma Ley, en su artículo 2º modifica el artículo 48º de la Ley Nº 27444, que establece los medios para que la Comisión actúe en los casos que en un asunto de su competencia se ha establecido una barrera burocrática, mediante un Decreto Supremo, una Resolución Ministerial, una Ordenanza Municipal, o una Norma Regional de carácter general. El informe se elevará, según corresponda, al Consejo de Ministros, al Consejo Municipal o al Consejo Regional, para que resuelvan legalmente en un plazo de treinta (30) días. De no haber pronunciamiento por parte de la entidad correspondiente, en dicho plazo se entenderá que la denuncia es fundada. En este caso, de seguir exigiéndose por la aútoridad, el interesado podrá interponer la acción de cumplimiento correspondiente.

Si se resuelve mantener expresamente la barrera burocrática, el Indecopi podrá interponer demanda de acción popular. Tratándose de barreras burocráticas sustentadas en Ordenanzas Municipales o normas regionales de carácter general, teniendo estas normas según la Constitución de 1993 rango de ley, la Comisión remitirá lo actuado a la Defensoría del Pueblo, quien procederá a interponer la demanda de inconstitucional correspondiente, de acuerdo a sus funciones previstas en el inciso 2) del artículo 9º de la Ley Nº 26520.

En cuanto a las disposiciones de carácter municipal, en especial las referidas al *cobro de licencias* que podrían considerarse un impedimento u obstáculo para el acceso o permanencia de los agentes en el mercado se han expedido diversas resoluciones estableciéndose el ámbito de aplicación:

I. Para evaluar si aquellas exigencias impuestas por las entidades integradas de la Administración Pública, incluso aquellas del ámbito municipal o regional, que no establecen tributos, constituyen barreras burocráticas que limitan ilegal o irracionalmente el libre acceso al mercado, se seguirán los criterios interpretativos descritos a continuación:

- En primer lugar, la Comisión –o la Sala en su caso– evaluará la legalidad de la medida administrativa cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si se encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente. Para los efectos del análisis de legalidad, cuando la exigencia cuestionada proviene de la aplicación de una norma jurídica expedida por alguna entidad integrante de la Administración Pública, la Comisión tiene el deber de valorar la legalidad de dicha norma a efectos de emitir un pronunciamiento para el caso de concreto.
- En segundo término se analizará la racionalidad de la exigencia impuesta, teniéndose en cuenta los siguientes aspectos:
  a. El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea (i) porque establece tratamientos discriminatorios, (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas de desproporcionalidad). De existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, la Comisión requerirá a la autoridad administrativa para que se acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada.
  b. En este sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella, (ii) que las cargas o restricciones impuestas sobre los administradores eran adecuados o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar, (iii) que existe elementos de juicio que permite arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con los demás opciones existentes para lograr el fin previsto.
  c. Sobre la base de los elementos de juicio aportados por la entidad denunciada, corresponde a la Comisión efectuar un balance de los costos privados que se derivan de la exigencia cuestionada, frente a los posibles beneficios públicos previstos, a fin de determinar la racionalidad de la medida, esto es, si se encontraba justificada, si era proporcional a los fines previstos y si no generaba tratos discriminatorios.

Debe recordarse que, dado que las exigencias impuestas sobre los agentes económicos generan subcostos para el funcionamiento del mercado, corresponde a la entidad denunciada probar la racionalidad de las cargas o restricciones establecidas (Res. Nº 182-97-TDC, de 16 de julio de 1997. Exp. Nº 036-96-CAM. Diario Oficial *El Peruano*, 20 de agosto de 1997, p. 151986).

II. Las liquidaciones correspondientes por concepto de Licencias de Anuncios y Publicidad, incluyendo multas y moras e iniciando los procedimientos coactivos fueron dispuestos con posterioridad a la vigencia del D. Leg. Nº 776, el mismo que diseña el nuevo marco normativo de las Contribuciones y Tasas Municipales prescribiendo que la Municipalidad de Lima ni ningún otro gobierno local, sea provincial o distrital pueden efectuar cobros por conceptos de Anuncios y Publicidad, y habiendo quedado derogados los artículos 91º y 92º de la Ley Orgánica de Municipalidades Nº 23853, el control de los Anuncios y Propaganda Exterior pasó bajo la fiscalización del Indecopi, por lo que siendo así la cobranza por impuesto de Anuncio y Publicidad a que se

refieren las liquidaciones, no están ajustadas a ley; además, estando a que la naturaleza de la obligación es de carácter tributario, debe señalarse que técnicamente toda contribución o tasa, responde a una contribución efectiva que la entidad pública da al ciudadano (Acción de Amparo interpuesta por Embotelladora Lima Sociedad Anónima contra los Alcaldes de la Municipalidad de Lima Metropolitana. Sentencia de 12 de agosto de 1996, declarándola fundada. Exp. Nº 637-96. Diario Oficial *El Peruano*, 29 de diciembre de 1996, p. 2744).

III. En los casos seguidos ante la Comisión de Acceso al Mercado que se encuentran referidos a la existencia de un cobro de las licencias municipales contempladas en el artículo 68º inciso e), del Decreto Legislativo Nº 776,se deberá tener en cuenta los criterios de interpretación descritos en el esquema que se muestra a continuación.

El denunciante deberá aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de un cobro ilegal o irracional, por concepto de licencia municipal, que pudiera gravar la entrada, salida o el tránsito de personas, bienes, mercaderías y animales en el territorio nacional o que pudiera restringir el acceso de los agentes económicos al mercado.

La Comisión deberá evaluar la legalidad de la licencia cuyo cobro ha sido impugnado por el denunciante, lo que significaría establecer:

a. Si la licencia creada se encuadra o no dentro de las atribuciones y competencias conferidas a las Municipalidades por su Ley Orgánica y otras normas con rango de ley.

b. Si la licencia fue creada respetando las formalidades y registros contenidos en el Código Tributario, en el Decreto Legislativo Nº 776 y en la Ley Orgánica de Municipalidades.

La Municipalidad, por su parte, tiene la carga de probar que los cobros realizados responden a la prestación racional y efectiva de un servicio público de fiscalización o control individualizado en el contribuyente y, asimismo, que los montos que cobra para financiarlo son racionales. Así, de existir indicios razonables en el sentido que los cobros cuestionados constituyen una barrera burocrática, la Comisión requerirá a la Municipalidad denunciada para que acredite lo siguiente:

a. Si la licencia corresponde a la prestación efectiva de un servicio público administrativo de fiscalización o control;

b. Si la materia objeto de fiscalización o control guarda coherencia con el interés público definido por la ley e interpretado a través de la licencia;

c. Si la Municipalidad ha individualizado adecuadamente a los administradores que se encuentran sujetos al servicio público de fiscalización o control conforme al mandato de la ley;

d. Si existe una razonable equivalencia entre el costo de los servicios de fiscalización o control que presta la Municipalidad y los cobros efectuados para financiar tales servicios.

Finalmente, deberá evaluarse si, sobre la base de la información presentada, existen indicios de qué costos de los servicios de fiscalización o control a los que se refiere la licencia son financiados por otro u otros tributos ya existentes.

Debe recordarse que las carga tributarias establecidas por las Municipalidades generan costos de funcionamiento del mercado, motivo por el cual dichas entidades tienen la carga de probar frente a los administradores la legalidad y la racionalidad de las licencias que establecen. Dicha justificación es necesaria para que la Comisión pueda establecer

si los cobros efectuados tienen algún fundamento o no. Esto no quiere decir que las Municipalidades no puedan imponerse tales costos, sino que ellos deben encontrarse debidamente sustentados (Res. Nº 188-97-TDC, de 23 de julio de 1997, Exp. Nº 018-96-CAM. Diario Oficial *El Peruano*, 17 de octubre de 1997, p. 153581).

IV. Para la aplicación del control de la legalidad previsto en el artículo 26º bis del Decreto Ley Nº 25868 en los casos de contribuciones y tasas municipalidades, deberá tenerse en cuenta que las Municipalidades deben emplear el mecanismo legal de la Ordenanza Municipal para la creación de dichos tributos y que, asimismo, se mantienen vigentes los requisitos formales para su aprobación contenidos en la Ley Orgánica de Municipalidades y en el Decreto Legislativo Nº 776.

En tal sentido son requisitos para la entrada en vigencias de las contribuciones y tasas municipalidades, los siguientes: a) aprobación del tributo mediante el voto conforme de no menos de la mitad del número legal de los miembros de Consejo; b) las contribuciones y tasas creadas mediante normas emitidas por las Municipalidades Distritales resultan exigibles a partir del día siguiente de la publicación del Acuerdo del Consejo Provincial que las ratifica (Resolución Nº 213-97-TDC, de 22 de agosto de 1997. Exp. Nº 020-CAM-97. Diario Oficial *El Peruano*, 17 de octubre de 1997, p. 153591).

V. Para la aplicación del control de la legalidad previsto en el artículo 26 bis del Decreto Ley Nº 25868, en los casos de contribuciones y tasas municipales, deberá tenerse en cuenta que el requisito de prepublicación establecido en el artículo 60º, inciso c), de la Ley de Tributación Municipal reglamenta la forma de entrada en vigencia de las normas de carácter tributario que emiten los municipios. En tal sentido, para que dichas normas tengan una adecuada difusión entre el público antes de ser efectivamente aplicadas, se ha establecido un sistema de vigencia diferida de modo tal que la norma que establece el tributo no podrá entrar en vigencia sino hasta 30 días después de su respectiva publicación. Asimismo, para la aplicación de este requisito a las normas tributarias emitidas por las municipalidades distritales, debe entenderse que éstas entrarán en vigencia 30 días después de publicada la respectiva ratificación por el Concejo Provincial (Res. Nº 0070-1998/TDC-INECOPI, de 13 de marzo de 1998. Exp Nº 035-CAM-97. Diario Oficial *El Peruano*, 21 de mayo de 1998, p. 160028).

La Comisión de Acceso al Mercado mediante la Resolución Nº 009-2003-CAM-Indecopi de fecha 26 de junio de 2003 (publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 1 de agosto de 2003), ha aprobado los lineamientos en materia de Tributación Municipal.

Es conveniente señalar que la Resolución Nº 008-2003-CAM-Indecopi de fecha 06 de febrero de 2003 (publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 8 de marzo de 2003) aprobó los lineamientos sobre la determinación de los arbitrios municipales. Sin embargo la Ley Nº 27972 aprobó la nueva Ley Orgánica de Municipalidades (publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de mayo de 2003), la que deroga la Ley Nº 23853 que aprobó la Ley Orgánica de Municipalidades anterior.

En este sentido la Resolución Nº 009-2003-CAM Indecopi, considera los aspectos de la nueva Ley Orgánica; además, al referirse a la Tributación Municipal, comprende lo concerniente a los arbitrios que es una de las formas de esta clase de Tributación.

Estos lineamientos se dictan en base a la facultad otorgada por el artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 807, que faculta a las Comisiones a aprobar pautas o lineamientos que sin tener carácter vinculante orienten a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas cuya aplicación tiene encomendada. Por su parte el artículo 26 bis del Decreto Ley Nº 25868 dispone que la *Comisión de Acceso al Mercado* es la encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones y los principios de simplificación administrativa con el propósito de evitar que las entidades de la Administración Pública generen barreras burocráticas que impidan u obstaculicen, ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

En cuanto a las Conclusiones de la Comisión considera las siguientes:

1. Los tributos se clasifican en impuestos, contribuciones y tasas. Los impuestos son aquellos tributos cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado: las contribuciones son aquellos tributos cuya obligación tiene como hecho generador los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales y las tasas son los tributos cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente y que, a su vez, se clasifican en arbitrios, derechos y licencias.
2. De acuerdo con el marco constitucional y legal se reconoce la potestad tributaria de las Municipalidades para crear, modificar, suprimir o establecer exoneraciones respecto de tasas y contribuciones municipales.
3. El ejercicio de la potestad tributaria está limitado al cumplimiento de formalidades en la aprobación de los tributos, tales como el empleo de la Ordenanza para la creación de tasas, la ratificación de las ordenanzas tributarias distritales por el Concejo Provincial respectivo y la publicación de las ordenanzas a través de mecanismos previstos en la ley.
4. En aplicación del principio de vigencia diferida (pre-publicación), las ordenanzas tributarias publicadas, no podrán entrar en vigencia sino hasta 30 días después de tal publicación y, en el caso de las ordenanzas tributarias distritales, debe entenderse que entrarán en vigencia después de 30 días de la ratificación por el concejo provincial.
5. La potestad tributaria municipal debe tener en cuenta las normas y criterios de racionalidad, tales como la equivalencia del cobro exigido con el servicio prestado, la coherencia de la imposición de tributos con el interés público la individualización adecuada de los contribuyentes, entre otros aspectos que, en particular, deben observarse en la determinación del monto de los mismos.

En cuanto a la potestad tributaria la misma es reconocida en la Constitución Política del Estado (art. 74) reconoce a las Municipalidades las facultades de crear,

modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala ley.

Esta potestad tributaria se desarrolla a su vez en la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario y en el artículo 60º de la Ley de Tributación Municipal (Decreto Legislativo Nº 776, Art. 60º), aspecto que igualmente considera la Ley Nº 27972 (Ley Orgánica de Municipales, art. 40º).

Desde el punto de vista formal, en lo que se refiere al mecanismo legal para la creación de normas de contenido tributario el Código Tributario (Decreto Legislativo Nº 816) obliga a los Gobiernos locales a utilizar la Ordenanza, siendo de aplicación los requisitos preexistentes para los Edictos, que constituía el instrumento legal anterior para la aprobación de los tributos municipales. Las ordenanzas tributarias distritales, de acuerdo con el artículo 40º, tercero párrafo, de la Ley Orgánica de Municipales, deberán ser ratificadas por las Municipalidades Provinciales respectivas, asimismo las normas municipales deberán ser materia de publicación y prepublicación (arts. 44º y 60 de la Ley Nº 27972, respectivamente).

Además de los requisitos de la legalidad la norma debe de cumplir con los criterios de razonabilidad en los que de manera equilibrada se proteja el interés público y no se desincentive la inversión privada. En este sentido el cobro de los tributos municipales por la prestación de un servicio público administrativo debe responder al costo de la misma y ser destinado a mantener el mantenimiento de tal servicio.

e) Secretaría Técnica

Cada una de las Comisiones que se han mencionado cuenta con una Secretaría Técnica que les sirve de órgano de enlace con la estructura orgánica administrativa del Indecopi.

f) De las Oficinas

El Indecopi, según el art. 58º del D. Leg. Nº 807, modificatorio del art. 30º del Decreto Ley Nº 25868, tienen tres oficinas destinadas a la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, que son las siguientes:

f.1. La Oficina de Signos Distintivos. Le corresponde llevar el registro de marcas, nombres comerciales, lemas y denominaciones de origen geográfico, así como proteger los derechos derivados de dicho registro.

En cuanto a los efectos que pueden tener las resoluciones emitidas por esta Oficina en relación con el Sistema Universitario Peruano, la Resolución Nº 1547-2003-ANR de fecha 16 de julio de 2003 de la Asamblea Nacional de Rectores (publicada en el Diario *El Peruano* de 18 de julio de 2003), considera que por mandato expreso de los Arts. 18º y 19º de la Constitución Política del Perú, la Ley Universitaria Nº 23733 y sus modificatorias y demás normas conexas, las Universida-

des del Sistema Universitario Peruano gozan de plena autonomía para el cumplimiento de sus actividades y fines correspondientes. Esto, significa que ningún Ente ajeno a las propias Universidades, como lo es el Indecopi, puede intervenir y/o interferir en las actividades propias de las Universidades del Sistema Universitario Peruano, ni mucho menos puede "reconocer autoridades universitarias" y/o "representantes" de las Universidades del país, puesto que ello implicaría, invasión de fueros y violación flagrante de los Derechos Constitucionales que atañen a la Comunidad Universitaria Peruana. En este sentido la Resolución de la Asamblea Nacional de Rectores precisa que las Resoluciones Nº 005601-2001/OSD-Indecopi de 30 de mayo de 2001 y Nº 005174-2003/OSD-RA-Indecopi de 23 de abril de 2003, y el Certificado Nº 00025858, emitidos por la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi, no tiene efecto legal alguno para el Sistema Universitario Peruano que se rige por sus propias disposiciones de acuerdo a la Ley Universitaria Nº 23733 y sus modificatorias.

f.2. La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías. La misma que tiene como función llevar los registros de patentes, modelos industriales, diseños o dibujos industriales, variedades vegetales, biotecnología y otras nuevas tecnologías, así como proteger los derechos derivados de dichos registros. Asimismo, está encargada de difundir los adelantos tecnológicos. Por otra parte las funciones que correspondían a la Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extrajera, le han sido transferidas, según lo dispuesto en el art. 55º del D. Leg. Nº 807, estas funciones comprende llevar, el registro de los contratos de licencia de uso de tecnologías, patentes marcas u otros derechos de propiedad industrial de origen extranjero, así como de asistencia básica y de detalle, gerencia y franquicia que estipulen el pago de regalías, conforme a lo dispuesto en el artículo 21º del Decreto Legislativo Nº 662.

f.3. La Oficina de Derechos de Autor. Destinada a cautelar, proteger y registrar los derechos de autor y derechos conexos sobre obras artísticas en todas sus manifestaciones y sobre *software*, así como mantener el depósito legal intangible. Asimismo, lleva el registro de las asociaciones autorales.

g) Tribunal de Defensa de la Competencia y de Propiedad Intelectual

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual es un organismo de última instancia administrativa, y está constituido por dos Salas:

g.1. La Sala de Defensa de la Competencia, que conoce las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Comisiones del Indecopi; y,

g.2. La Sala de Propiedad Intelectual, que conoce las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Oficinas del Indecopi. Cada Sala contará con el apoyo de un Secretario Técnico, que será designado por el Directorio (art. 11º del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el art. 47º del D. Leg. Nº 807).

Son requisito para ser designado miembro del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ser profesional titulado con no menos

de cinco años de experiencia profesional y con reconocida solvencia moral. El cargo de vocal del Tribunal podrá ser desempeñado a tiempo completo o a tiempo parcial, según establezca el Directorio en cada caso (art. 12º del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el art. 47º del D. Leg. Nº 807).

336. DESCENTRALIZACIÓN

El Decreto Legislativo Nº 788, permite la descentralización del Indecopi a través de la delegación de sus funciones, por medio de la suscripción de los convenios correspondientes, con organismos, instituciones o entidades públicas, o en las Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales o entidades gremiales de reconocida prestigio, siempre que se garantice la total independencia de su actuación.

La delegación de funciones a que se refiere el presente artículo no limita la facultad de los organismos funcionales del Indecopi para conocer de oficio, y cuando lo considera necesario, los expedientes que tratan materias de sus respectivas competencias. Para este efecto, los mencionados órganos cuentan con un plazo de (5) días útiles, desde que tomen conocimiento del pronunciamiento emitido por la entidad delegada,para que, de oficio y con expresión de causa, procedan a su rectificación. Transcurrido dicho plazo sin que medie pronunciamiento por parte del respectivo órgano funcional del Indecopi, quedaría firme la resolución de primera instancia emitida por la entidad delegada, quedando expedido el derecho del interesado para plantear los recursos impugnatorios que le conceden la ley.

Las resoluciones que expiden las entidades a las que se le hayan delegado funciones podrán ser impugnadas ante el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (art. 2º del D. Leg. Nº 788).

337. SERVICIOS QUE PRESTA

Se distinguen en la estructura orgánica del Indecopi cuatro estamentos: (i) el Directorio, que establece las políticas generales, administra la imagen y lidera los lineamientos generales de la institución, (ii) los órganos funcionales, que se encargan de resolver todos los procesos administrativos del área de competencia y propiedad intelectual, (iii) el área de Estudios Económicos, quien analiza el comportamiento de los mercados, complementando el análisis de los órganos funcionales con la evaluación integral del impacto de las normas en el bienestar de la ciudadanía, y (iv) la Administración, quien presta el soporte para el accionar de los órganos funcionales. Es importante destacar la autonomía de cada uno de estos estamentos respecto de los demás.

En cuanto a los servicios, suministra cuatro categorías genéricas de servicios técnicos a la comunidad empresarial, a los inventores, a los consumidores, a las autoridades gubernamentales peruanas y a la ciudadanía en general:

- *Registro.* Registro de marcas, patentes, derechos de autor y acreditación de laboratorios y empresas liquidadoras.

- *Solución de controversias.* Conciliación y fallos administrativos sobre cuestiones de propiedad intelectual y competencia.
- *Estandarización.* Certificación de laboratorios de pruebas de productos, mediciones, normatividad técnica, estandarización de pesos y medidas.
- *Información.* Bases de datos sobre patentes y marcas, seminarios de capacitación, análisis económico-legal, informes técnicos, programa de consultas e información ciudadana.
- *Autoridad competente en materia de firmas electrónicas.* La Ley Nº 27269, tiene por finalidad permitir el uso de la firma electrónica, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita y otra análoga siempre que de ella se derive una manifestación de voluntad.

La mencionada Ley en su artículo 15º dispone que el Poder Ejecutivo determinará la Autoridad Administrativa competente, determinando sus funciones.

Es así que mediante el Decreto Supremo Nº 019-2002-JUS se designa, en el artículo 36º del mencionado dispositivo a Indecopi como dicha autoridad, con facultades de: acreditar, entidades de certificación, y entidades de registro o verificación, supervisión y cancelación de las mencionadas entidades, aprobar el empleo de estándares técnicos, establecer requisitos mínimos para la prestación de los servicios, aprobar la utilización de otras tecnologías de firmas electrónicas distintas a las digitales, impulsar la solución de conflictos por medio de la conciliación y arbitraje, entre otras.

En cuanto a la prestación de servicios de certificación así como los de registro o verificación se sustentan en el principio de la libre competencia y en el marco de una economía social de mercado (D. S. Nº 019-2002-JUS, art. 3º).

CAPÍTULO XL
PRÁCTICAS MONOPÓLICAS CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA. DECRETO LEGISLATIVO N° 701

338. Antecedentes.- 339.- Finalidad.- 340. Organismo competente.- 341. Funcionamiento y competencia.- 342. Ámbito de aplicación.- 343. Regla de la razón y regla *per se*.- 344. Posición de dominio en el mercado.- 345. Prohibición de la posición de dominio.- 346. Abuso de posición de dominio.- 347. Prácticas restrictivas de la libre competencia.- 348. Integración y restricción de la competencia.- 349. Actuaciones paralelas.- 350. Prácticas concertadas.- 351. Competencia y fusiones de empresas.- 352. La propiedad industrial y el monopolio.- 353. Sanciones.- 354. Acción por daños y perjuicios.- 355. Procedimiento administrativo.- 356. Procedimiento judicial.

338. ANTECEDENTES

En lo que se refiere a las normas destinadas a permitir la libre competencia en la economía, las mismas empiezan a discutirse a partir de 1990, luego de un largo período en que en una u otra forma había primado el control estatal sobre los precios.

Se puede señalar como antecedente del D. Leg. Nº 701, el D. S. Nº 226-90-EF, que inicia un proceso de liberación, aunque no en todos los sectores de la economía; es así que se mantienen normas que fijan los precios de la gasolina, arrendamientos, y servicios públicos.

El D. S. Nº 296-90 EF, complementa el D. S. Nº 226-90-EF, estableciendo la conducta de los agentes económicos. Este Decreto constituye el antecedente in-

mediato del D. Leg. Nº 701, que sanciona las prácticas restrictivas de la competencia, considerando que la fijación de los precios de los bienes y servicios se regulan libremente de acuerdo al comportamiento de la oferta y la demanda, siendo necesario asegurar la normal actividad del mercado, sancionando para tal efecto las prácticas que puedan restringir dicha libertad.

Por otra parte el D. Leg. Nº 668, destinado a garantizar la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país, establece una serie de medidas con la finalidad de cumplir sus objetivos. Entre las medidas se encuentra la eliminación de toda restricción o práctica monopólica incluso estatal.

A efecto de definir las prácticas restrictivas y monopólicas, los organismos encargados de su control y las sanciones aplicables, se expide el D. Leg. Nº 701.

En lo que se refiere a las actividades y servicios portuarios, la Ley Nº 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, dispone que Indecopi es el organismo encargado de garantizar y hacer cumplir las normas que regulan la libre y leal competencia, pudiendo la Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales denunciar la infracción a estas normas. La Comisión de Libre Competencia debe pronunciarse en el plazo de 10 (diez) días hábiles respecto a las medidas cautelares solicitadas por la Autoridad Portuaria Nacional. La resolución final debe expedirse en plazo no mayor de 60 (sesenta) días hábiles (*infra* Nº 429.1).

339. FINALIDAD

El D. Leg. Nº 701 constituye la norma cuya finalidad es tutelar la libre competencia, en este sentido sanciona dos tipos de prácticas: a) la referida a las restricciones de la libre competencia, entendiendo como tal, los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o actuaciones concertadas entre empresarios que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia; y, b) el abuso de la posición de dominio en el mercado, en este caso no existe en el mercado una situación de competencia, se presenta una distorsión por la influencia que una empresa o grupo de empresas tiene sobre el mismo, lo que se reprime es el abuso de esta posición de dominio, no se sanciona la adquisición de esta posición por parte de una o varias empresas, sino el abuso que pueda devenir de esta situación.

Por otra parte, el D. Leg. Nº 757 menciona que la iniciativa privada es libre, entendiéndose como tal el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los Tratados Internacionales suscritos por el Perú y las Leyes (arts. 2º y 3º).

En cuanto a la libre competencia ésta implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por ley del Congreso de la República (art. 4º, D. Leg. Nº 757).

340. ORGANISMO COMPETENTE

El organismo competente encargado del cumplimiento de Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, conforme a lo dispuesto por el D. Leg. Nº 701, es la Comisión de Libre Competencia, a quien la ley le reconoce autonomía técnica y administrativa *(supra* Nº 335.2.d.1).

La Comisión contará con una Secretaría Técnica como organismo ejecutivo dependiente de la Comisión y que estará encargada de velar por el cumplimiento de la presente Ley.

341. FUNCIONAMIENTO Y COMPETENCIA

La Comisión conocerá y resolverá en primera instancia administrativa los procedimientos iniciados por infracciones a la presente Ley o para la aprobación de los acuerdos sujetos al régimen de excepción. Adoptará sus resoluciones por mayoría de votos. El Presidente tiene voto dirimente. Para sus sesiones se requiere al menos de la concurrencia de cuatro miembros.

342. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de la ley comprende a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Asimismo están comprendidas dentro de la ley las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades, en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley (art. 2º, modificado por el art. 11º del D. Leg. Nº 805).

Dentro de los alcances de esta Ley se encuentran los Colegios Profesionales.

La Resolución Nº 229-97-TDC del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de 12 de setiembre de 1997 (Expediente Nº 0016-96-CLC. Diario Oficial *El Peruano*, 28 de octubre de 1997, p. 153971), dispone que la Resolución constituye precedente de observancia en cuanto establece: "Siendo que los Colegios Profesionales realizan actividades económicas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 701, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. En tal sentido, serán pasibles de sanción en la medida de que sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones de la libre competencia, en los términos establecidos en la ley mencionada".

343. REGLA DE LA RAZÓN Y REGLA *PER SE*

El marco de libre competencia conviene distinguir aquellos casos que exigen análisis más complejos (costos y beneficios de las prácticas) de casos en los que tal análisis no es necesario, sino simplemente se requiere constatar objetivamente la existencia de la conducta para sancionarla. Ello para establecer reglas predecibles y precisas para los agentes económicos.

Una distinción básica para comprender los alcances e interpretación de las normas de libre competencia es aquella hecha por la jurisprudencia norteamericana (y hoy aceptada en muchos países, incluyendo al Perú) entre infracciones *"per se"* ilegales, llamadas prácticas anticompetitivas absolutas, e infracciones sujetas a la llamada "regla de la razón", llamadas prácticas anticompetitivas relativas.

En este entendido, la distinción entre estos tipos de reglas busca precisamente identificar los casos en que basta constatar una conducta para sancionarla, sin perjuicio de cuáles podrían ser sus efectos actuales o potenciales (regla *"per se"*) y casos en que sí es necesario analizar los efectos concretos que la práctica podría tener para calificar su ilegalidad (regla de la razón).

a. La regla de la razón

La *regla de la razón* se aplica normalmente en situaciones en las que una conducta determinada podría tener efectos opuestos, los mismos que podrían incluso presentarse de manera simultánea en un mismo caso. Por una parte, podría favorecer la eficiencia y por ende al consumidor, pero por otro lado podría estar perjudicándolo.

En ciertos casos las agencias de competencia a nivel internacional, privilegian la eficiencia productiva sobre el beneficio de los consumidores, en el entendido que la mayor eficiencia productiva se convertirá en un plazo cercano en menores precios y/o mejor calidad y/o mayor cantidad de los bienes o servicios suministrados. Sin embargo, es necesario aclarar que esta percepción descansa en el supuesto que las barreras a la entrada no son importantes, de lo contrario no será posible afirmar que se puedan privilegiar aspectos de eficiencia sobre la posición dominante. En cuyo caso habrá que evaluar puntualmente la práctica en el bienestar de los consumidores en el corto y largo plazo, en particular centrándose en el efecto sobre las condiciones de entrada a la industria para nuevos competidores.

b. La regla per se

Existen otras prácticas comerciales anticompetitivas que se consideran *per se* ilegales. En otras palabras, se prohíbe objetiva y absolutamente el desarrollo de ciertas conductas independientemente de que en el caso concreto puedan o no generar una distorsión a la competencia. La idea es evitar incurrir en costos administrativos para determinar la razonabilidad, cuando de ordinario la práctica no

contribuye en nada al desarrollo de un mercado competitivo, y más bien lo común es que dicha práctica esté restringiendo la competencia.

> La Res. Nº 206-07-TDC de 13 de agosto de 1997 (Exp. Nº 0077-9-CLC. Diario Oficial *El Peruano*, 25 de noviembre de 1997, p. 154798), se refiere que los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir, cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

344. POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

La posición de dominio puede ser ejercida por una o varias empresas, requiriéndose: a) que pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, y; b) que la independencia se deba a factores tales como: la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución (art. 4º, D. Leg. Nº 701).

Se debe destacar que en la posición de dominio en el mercado puede coexistir una o varias empresas, lo que la ley sanciona es el abuso de la posición.

345. PROHIBICIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

Para que la posición de dominio sea materia de prohibición se requiere que: a) las actividades que se desarrollen sean de carácter económico, b) que el ejercicio de esta posición en el mercado constituya un abuso, o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, c) que generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional (art. 3º).

En lo que respecta al inciso b) que se refiere al abuso de la posición de dominio, entendiéndose como tal, la actuación de una o más empresas, que se encuentran en esta posición en el mercado, de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio (art. 5º).

346. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

La posición de dominio se establece respecto a un mercado, el mismo que debe ser *relevante*.

En cuanto a lo que se entiende por *mercado relevante*, este es un problema aún no resuelto de manera expresa en las normas de libre competencia, en base a su definición se basará el estudio para determinar la existencia de algunas prácticas anticompetitivas. En general, este concepto se refiere al área geográfica sobre la cual se va a definir la participación de una empresa en el mercado, el nivel comercial (ex fábrica, al por mayor, al por menor) y a los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos adecuados, para determinar con qué productos o servicios se compite.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el *mercado relevante* el paso siguiente consiste en establecer si se abusó o no de tal posición, analizando para ello tanto los supuestos tipificados expresamente en la legislación cuanto a los posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente.

El Decreto Legislativo Nº 701 trata algunos criterios para resolver este problema. En su Artículo 5º establece que una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio.

El actuar de manera indebida debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización.

El art. 5º del D. Leg. Nº 701 señala cuáles son los casos de abuso de posición de dominio; la enumeración que hace el artículo es de carácter enunciativo, desde que el inc. j) del artículo se refiere a "otras de efecto equivalente".

Entre las mencionadas por el art. 5º, considerando las modificaciones contenidas en los arts. 11º y 12º del D. Leg. Nº 807, se encuentran:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

La norma dispone que la negativa debe ser injustificada, pero no define qué debe entenderse por esta última. Sin embargo, recogiendo lo que señala la doctrina puede entenderse como algunos casos que justifican la negativa la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, u otras de naturaleza similar.

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situa-

ción desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

c) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias* que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Es la situación que una empresa ata o une una serie de prestaciones y las vende u ofrece como un solo paquete, no dando la alternativa al consumidor de adquirir cada parte por separado, conociéndose estas cláusulas como de empaquetamiento.

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución Nº 1003-96-Indecopi/TRI, de 19 de junio de 1996 (Expediente Nº 021-95-CLC, Diario Oficial *El Peruano*, 02 de julio de 1996, p. 140825), considera que la posición de dominio que Corpac ostenta sobre las instalaciones del Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" en virtud del citado Decreto Legislativo Nº 99, el condicionar el acceso vehicular a las mismas a la contratación del servicio de playa de estacionamiento, configura un acto de abuso de posición de dominio prohibido por el Decreto Legislativo Nº 701.

La Sala de Defensa de la Competencia confirmó la Resolución Nº 012-98-Indecopi/CLC de 9 de diciembre de 1998 por la Comisión de Libre Competencia, que declaró fundada la denuncia planteada por AFP Integra S.A. contra el Colegio de Abogados de Loreto por prácticas de abuso de posición de dominio.

Al respecto, se precisa que el Colegio de Abogados de Loreto ha abusado de su posición de dominio frente a sus agremiados en la modalidad de *cláusula de atadura*, infracción prevista en el artículo 5º, inciso c) del Decreto Legislativo Nº 701, al subordinar la prestación del servicio de habilitación para el ejercicio profesional a la aceptación de prestaciones suplementarias derivadas del Fondo Mutual del Abogado financiado a través de la expedición de la "Papeleta de Habilitación", que debían adquirir los abogados inscritos en dicho colegio profesional las cuales no guardaban relación con el objeto del servicio de habilitación prestado por la entidad denunciada. En consecuencia, se sanciona al Colegio de Abogados de Loreto con una multa ascendente al 1 UIT y se dispone su inscripción en el Registro de Infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo Nº 807 (Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia. Expediente Nº 008-97-CLC. Resolución Nº 0237-1999/TDC-Indecopi, de fecha 07 de julio de 1999. Publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 21 de julio de 1999, p. 176038).

d) *La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

e) *El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.*

f) *Otros casos de efecto equivalente.*

La norma mencionada contenida en este inciso, permite que la legislación general tenga flexibilidad para que la autoridad identifique y sancione otras prácticas anticompetitivas cuya tipificación no se encuentra recogida con toda precisión en la ley. Así con base en las cláusulas generales que tipifican de manera genérica las prácticas sancionables, podrán cubrirse otros supuestos.

347. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las prácticas restrictivas de la libre competencia se derivan del abuso de la posición de dominio, es una relación de género a especie.

Uno de los aspectos fundamentales para el adecuado funcionamiento del mercado en particular de un mercado que se abre a la competencia, es el relativo a las prácticas restrictivas de la libre competencia. A diferencia de la categoría anterior (abuso de posición dominante), no exige que ninguna de las empresas intervinientes cuente con posición de dominio en el mercado ni siquiera que las empresas que participan en el mercado vengan actuando en conjunto con posición de dominio.

Las prácticas restrictivas implican el comportamiento coordinado normalmente mediante acuerdos de dos o más empresas teniendo estos acuerdos por efecto el restringir la competencia en el mercado.

Así una de las formas en las que el funcionamiento del mercado puede ser alterado es si los proveedores deciden no competir y sus decisiones son adoptadas en conjunto.

Según el art. 6º del D. Leg. Nº 701, se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia, los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Estas prácticas implican la existencia de un concierto de voluntades de las empresas participantes en el mercado como requisito mínimo para constituir una infracción a la citada norma.

Dentro del esquema del Decreto Legislativo Nº 701, los acuerdos horizontales de precios serán considerados prácticas *"per se"* ilegales, es decir, que no requieren de un análisis de su racionalidad para ser declaradas ilícitas. Así los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *"per se"* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

En nuestro país dichos acuerdos se encuentran prohibidos y son sancionables en virtud de lo dispuesto en el inciso c) del Artículo 6º del Decreto Legislativo Nº 701, el cual señala que "Son *prácticas restrictivas de la libre competencia:* [...] *c) El reparto de las cuotas de producción*", inciso que fuera posteriormente desarrollado en el inciso h) del mismo artículo introducido por el Decreto Legislativo Nº 807, el cual señala como una práctica restrictiva "h) la limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones".

La prueba de las prácticas concertadas se basa principalmente en indicios y presunciones ya que normalmente las empresas acostumbran eliminar las pruebas directas que demuestran su comportamiento coordinado. Sin embargo, la conducta paralela de las empresas en el mercado no es, por sí misma, suficiente para probar una práctica concertada, aunque constituye un fuerte indicio si es poco probable que tal conducta ocurra en condiciones de mercado normales. Existen ciertos factores adicionales que, unidos al paralelismo en el mercado, permiten fortalecer la hipótesis de existencia de prácticas concertadas, tales como:

- Conductas de competidores contrarias a su propio interés pero favorables al interés del grupo.
- Cambios radicales respecto de las prácticas comunes de las distintas empresas (como simultaneidad de los cambios en los precios).
- Requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos.
- Oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción, y otros).
- Cualquier otro elemento de juicio que razonablemente indique la existencia de un acuerdo o actuación concertada entre las empresas.

Estos son algunos de los elementos que, siempre apreciados en conjunto, pueden servir para probar la existencia de prácticas colusorias prohibidas legalmente.

Se sanciona no sólo el hecho consumado o sea que se produzcan, sino aquella conducta que potencialmente de llevarse a la práctica pueda producir tal efecto, como es el caso de la celebración de acuerdos, recomendaciones, prácticas paralelas, que aún no hayan sido materializadas.

La Res. Nº 0224-2003/TDC, de 16 de junio de 2003, deja sin efecto las Resoluciones Nºs 206-97-TDC y 276-97-TDC de 19 de noviembre de 1997 (en el caso seguido contra la Asociación Peruana de Avicultores y otras empresas por concertación de precios), y declara que constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los siguientes principios:

1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en

el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 38º del Decreto Legislativo Nº 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo Nº 701.

2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia –producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas– o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.
3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

348. INTEGRACIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA COMPETENCIA

Si dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración, así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

i) Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir, que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia.

ii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;

iii) Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal.

Cada uno de los términos referentes a la concertación de voluntades se encuentra precisado en la Resolución de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia Nº 015-93-INDECOPV/CLC, de 23 de noviembre de 1993.

En este sentido, la concertación de precios se verifica cuando exista un convenio o contrato expreso o tácito entre competidores o, entre empresas que operen en niveles distintos de la cadena productiva, por medio del cual se establece, aumenta o disminuye uno o varios precios en determinado mercado.

Estos acuerdos, convenios o contratos pueden ser escritos o verbales, el aspecto definitorio es que restrinjan, impidan o falseen la libre competencia según los supuestos especificados en el art. 6º.

Las decisiones se presentan cuando un gremio o asociación que toma el acuerdo de fijar uno o varios precios, aumentarlos o disminuirlos, y los miembros de esta agrupación actúan de forma tal que se permiten corroborar que la variación estableció que el precio o precios en cuestión se deben a la decisión del gremio o asociación que se trate.

349. ACTUACIONES PARALELAS

Las *actuaciones paralelas* se presentan cuando las distintas empresas que ofrecen un bien o servicio se comportan de manera tal que incrementan, disminuyen o establecen sus precios al mismo tiempo, o, en la misma forma, de tal modo que se permite apreciar que la intención no es competir, sino que, por el contrario, mantenerse en niveles parejos.

350. PRÁCTICAS CONCERTADAS

Por último la *práctica concertada* es una variante de los acuerdos y consisten básicamente en los denominados acuerdos de caballeros.

La concertación de precio, señala la Exposición de Motivos del D. Leg. Nº 807 referente a la modificación de los arts. 5º y 6º del D. Leg. Nº 701, es *per se* ilegal, es decir, un supuesto que no admite justificación.

Por otra parte, el D. Leg. Nº 788 derogó el art. 7º del D. Leg. Nº 701, que permitía a las empresas solicitar autorizaciones para concertar.

> En el caso seguido por la Comisión de Libre Competencia con la Asociación Peruana de Avicultores (APA) y otras empresas sobre concertación de precios, en la Resolución Nº 001-Indecopi-CLC, se estableció que: "Dentro de la legislación nacional, las prácticas restrictivas que tienen por objeto o efecto determinar los precios, sea cuando la conducta incide directa y explícitamente sobre los mismos, o cuando incide sobre aspectos relativos a la producción, a la distribución, a la información sobre precios y/o costos, entre otros, son *per se* ilícitas. En tal sentido la evaluación de las prácticas restrictivas se encuentra limitadas a la simple verificación de los acuerdos restrictivos. Ni la presencia ni la amplitud de estos beneficios que tal conducta o práctica pueda derivar para el sector involucrado o para la economía en su conjunto, permiten eliminar la ilicitud de dicha práctica" (Diario Oficial *El Peruano*, 27 de noviembre de 1997, p. 154901).

El art. 6º, modificado por los arts. 11º y 12º del D. Leg. Nº 807, define cuáles son las *prácticas restrictivas de la libre competencia*:

a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

Sobre el particular el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en la Resolución Nº 1004-96-Indecopi/TRI, de 27 de junio de 1996 (Expediente Nº 038-95/CLC, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de junio de 1996, p. 140705), expresa que en este sentido, resulta conforme a ley que en los procesos de investigación sobre actos de concertación de precios se emita opinión en base al análisis de un determinado grupo de indicios contingentes, aun cuando todos ellos no involucren a la totalidad de partes investigadas, siempre que en conjunto produzcan la certeza respecto de la existencia de dichos actos, más aún cuando se ha acreditado el paralelismo en los precios como en el presente caso.

b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Mediante la división o repartición de mercados, las partes se abstienen de competir en los sectores que han sido materia de reserva según los acuerdos celebrados. En esta forma se elimina la competencia en determinados sectores del mercado, desde un aspecto geográfico.

c) El reparto de las cuotas de producción;

d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente el consumidor.

En lo que se refiere a la calidad de los productos existen normas técnica que se aplican para determinarla, tal como las contenidas en los Catálogos de la ISO *(International Organization for Standarization)*.

Concertar sobre la calidad de un producto o servicio determina una limitación a la competencia, ya que no existe la posibilidad de obtener productos de mejor calidad, perjudicándose al consumidor.

Las concertaciones de calidad en la doctrina están sujetas a las *reglas de la razón* porque en ocasiones benefician a los consumidores.

Por Res. Nº 276-97-TDC de 19 de noviembre de 1997, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el caso seguido contra la Asociación Peruana de Avicultura y otras empresas sobre concertación de precios, estableció respecto a la interpretación del inciso d) del art. 6º del D. Leg. Nº 701, lo siguiente: En efecto, el supuesto regulado por el literal d) del artículo 6º debe ser evaluado aplicando la regla de la razón, pero sólo este supuesto, es decir, la concertación de la calidad. Es evidente que la intención era diferenciar supuestos en los que la infracción es *"per se"* ilegal, de supuestos en los que debe de aplicarse las reglas de la razón. Las concertaciones de calidad, en la doctrina, son sujetadas a la *regla de la razón* porque en ocasiones benefician a los consumidores, por eso no deben de ser prohibidas siempre, sino sólo cuando los afectan. Pero en otros supuestos no aparece cuáles podrían ser los beneficios para los consumidores (por ejemplo, un acuerdo entre fabricantes de cintas de video para que todas las cintas tengan las mismas dimensiones. Si dicho acuerdo no existiese, los consumidores tendrían que contar con varias

reproductoras de video, de distintas características, para reproducir las imágenes de las cintas de cada productor; con los perjuicios consiguientes. Hacer *per se* ilegales esos acuerdos puede generar graves problemas al consumidor y es por ello que el legislador prefirió que queden sujetas a las reglas de la razón) (Diario Oficial *El Peruano*, 27 de noviembre de 1997, p. 154909).

e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones.

   El aspecto principal de este inciso es establecer prestaciones desiguales para prestaciones equivalentes, con lo que se coloca a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, debido a que se establecen precios diferentes para los mismos productos o servicios iguales. Se vende el mismo producto, a diferentes precios, a diversos competidores, siendo su costo de producción, y distribución el mismo para cada uno.

En materia de prácticas de discriminación en condiciones de comercialización, la Res. Nº 003-93-Indecopi/CLP de 31 de agosto de 1993, en el caso FONGAL SUR con GLORIA S.A., establece que pueden darse casos de discriminación directa o discriminación indirecta, siendo que la discriminación directa se verifica cuando es objetivamente demostrable que, en forma injustificada, las condiciones para la comercialización de un producto son diferentes entre dos operaciones similares; en tanto que en la discriminación indirecta, se parte de la excepción a la regla de no discriminar, la cual consiste en otorgar, en forma objetiva, condiciones distintas a determinada operación, en base a criterios tales como calidad o volumen entre otros. Sin embargo, estas condiciones distintas, que permiten que objetivamente quienes se sitúen en ellas gocen de determinados beneficios de carácter excepcional, se convierten en ilícitas cuando están destinadas a –o tengan injustificadamente el efecto de– retirar del mercado a la competencia, buscando una situación de monopolio para determinado agente económico (Diario Oficial *El Peruano*, 3 de diciembre de 1993, p. 119323).

   La segunda parte de este literal establece ciertas excepciones a este principio cuando se trate de descuentos que corresponden a prácticas comerciales generalmente aceptadas y siempre y cuando se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones.

f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Se trata en este caso de los denominados acuerdos atados, donde el vendedor de un producto, como sería una máquina, condiciona al comprador la venta de la misma a la adquisición de un segundo producto, como sería los insumos que requiera dicha máquina para su funcionamiento.

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

La referencia a negativa concertada, distingue lo dispuesto en el inc. a) del art. 5º que se refiere a la negativa injustificada, que corresponde al abuso de posición de dominio.

En este caso, se presenta la figura del boicot, es decir, la negativa de un grupo de empresas de vender servicios o productos para aquellas que no son de su grupo, con la finalidad que no puedan competir en el mercado.

La Resolución Nº 057-96-Indecopi/CLC señala que: "El boicot constituye una concertación entre varios agentes económicos o la invitación para éstos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta u obligarlo a actuar de una determinada manera".

h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

Mediante este inciso se pretende evitar acuerdos mediante los cuales las empresas restringen su producción u oferta de bienes y servicios con el fin de elevar el precio y obtener utilidad por mecanismos contrarios a la libre competencia.

Es conveniente diferenciar la mención a la distribución, a la que se refiere el inciso b) de este mismo artículo, que alude a la división del mercado, al aspecto de las zonas geográfica, clientes o líneas de productos, pero también puede presentarse otros casos que den lugar a la restricción de la competencia.

En lo que se refiere a la distribución, las empresas pueden tener su propia cadena de distribución, situación que no es materia de sanción, lo que se sanciona es el caso de empresas que se dedican a las actividades de distribución de productores independiente, y que se niegan a comercializar los artículos de un competidor potencial o actual.

En cuanto a la limitación o control de desarrollo técnico, se da cuando algunas empresas acuerdan no competir en este campo, con lo que eliminan la posibilidad de mejoras de carácter tecnológico.

En lo que concierne al control de la inversión, actitudes de esta naturaleza, van a limitar la competencia, afectando el nivel de los precios y al consumidor.

La Exposición de Motivos del D. Leg. Nº 807, modificatorio de este inciso, expresa que se pretende evitar acuerdos mediante los cuales las empresas restringen su producción u ofertas de bienes y servicios con el fin de elevar el precio y obtener utilidad por mecanismos contrarios a la libre competencia. El efecto de esta práctica puede ser análogo al de un cartel de fijación de precios y por tanto debe de estar prohibida.

Es también materia de aplicación de este inciso, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

La Exposición de Motivos del D. Leg. Nº 807, modificatorio de este inciso, señala que ésta ha sido una práctica común en el Perú, en especial cuando se trata de adquisiciones por parte del Estado a través de los mecanismos mencionados, los ofertantes se ponen de acuerdo para fijar precios, establecer mecanismos de rotación para ganar la buena pro, o se reparten el monto de contratación ofrecida mediante "ofertas" previamente conversadas.

j) Otros casos de efecto equivalente.

En el mismo sentido que se observa en el art. 5º (abuso de posición de dominio), la inclusión del inc. j) determina el carácter enunciativo de este artículo, y la posibilidad de sancionar otros supuestos contrarios a la libre competencia con efectos equivalentes a los taxativamente enunciados. Se señala que la dinámica del mercado permite que aparezcan nuevas prácticas o que las empresas encuentren nuevas formas de restringir la competencia o abusar de su posición de dominio. Esperar la dación de nuevas normas para combatir tales prácticas puede conducir a la ineficacia total de la legislación de libre competencia para conseguir un funcionamiento más eficiente del mercado. El dejar a criterio de la administración aquellos efectos equivalentes crea, por otra parte, inseguridad a los agentes económicos.

En cuanto a la denuncia penal por estos hechos, el art. 19º, modificado por el art. 11º del D. Leg. Nº 807, no los considera.

La Res. Nº 057-96-Indecopi/CLC que declaró infundada la denuncia presentada por Lebar S. A. en contra de Asesoría Comercial S.A., ACOSA, y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Pero (AGESP) por presuntas prácticas restrictivas, establece algunos criterios jurisprudenciales cuando señala que: "Si bien es cierto que dicha figura no se encuentra tipificada expresamente en el D. Leg. Nº 701, resulta posible derivar dicha figura de la declaración general en el artículo 3º de dicho dispositivo, de que es una práctica concertada entre empresas que tiene como objeto restringir, impedir, o falsear la competencia, supuesto susceptible de ser sancionado".

351. COMPETENCIA Y FUSIONES DE EMPRESAS

Dentro de un mercado de carácter globalizado, las empresas tratan de reducir sus costos a efecto de ser competitivas en el mercado internacional, dentro de este orden existe una relación directa entre dimensión y competitividad.

Para alcanzar una dimensión necesaria se recurre a la concentración empresarial a través de las fusiones.

La fusión es un acto de concentración empresarial que permite controlar un mercado reduciendo la competencia en el mismo. La fusión puede ser horizontal (empresas del mismo ramo) y verticales (con suministradores o clientes). En el primer caso se establecerán afinidades que tenderán a disminuir los impulsos competitivos entre dichas firmas, y en el segundo los efectos de la concentración pueden llevar a la pérdida o debilitamiento de viejas conexiones comerciales entre la firma adquirida y los competidores de la firma adquiriente.

La Ley General de Sociedades entiende por fusión la reunión de dos o más sociedades cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley (art. 344º LGS). Esta Ley reconoce dos formas de fusión, la primera que es la propiamente dicha, que consiste en la unión de dos o más sociedades incorporantes formando una nueva sociedad, lo que origina la extinción de las incorporadas, y la segunda, denominada fusión por *absorción*, por la cual dos o más sociedades se incorporan a una ya constituida, extinguiendo la personería jurídica de las sociedades absorbidas.

La fusión puede presentar diversas formas señalándose entre éstas las siguientes:

- Compra de acciones o participaciones de capital por una sociedad competidora, que actúa como proveedora o como cliente.
- Compra de activos de una empresa por una sociedad competidora, sea como proveedora o como cliente.
- Compra de acciones, participaciones o activos realizada por una empresa que ejerce el control sobre otras empresas competidoras, que actúa como proveedora o como cliente.
- A través de sociedades *holding*, mediante la cual una sociedad comercial controla otras empresas por la tenencia de acciones u otras participaciones de capital en manos de dicha sociedad.
- Participaciones recíprocas.
- Por Directorios u otros órganos de administración comunes.

El D. Leg. Nº 701 no incluye dentro de sus normas a las fusiones o sus modalidades, en todo caso se sancionará aquellos casos que involucren una posición abusiva del mercado.

En lo que se refiere a las Empresas del Sector Eléctrico, la Ley Nº 26876 (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico), en su art. 1º, dispone

que las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o distribución de energía eléctrica se centrarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en dicha ley, con el objeto de evitar actos de concentraciones que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

En cuanto a lo que se entiende por *concentración,* el art. 2º de la Ley considera ciertos actos entre los que se encuentra la fusión.

La realización de los actos de concentración antes referidos requieren, dentro de ciertos parámetros indicados en el art. 3º, de la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, sin cuya aprobación no podrá realizarse, ni tendrá efecto legal alguno *(supra* Nº 335.2.d.I).

Contra las Resoluciones dictadas por la Comisión, sólo se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, con sujeción actualmente a la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (art. 209º). La Sala resolverá el recurso de apelación en un plazo máximo improrrogable de treinta (30) días de remitido el expediente por la Secretaría.

El D. Leg Nº 701 ha sido materia de reglamentación mediante el Decreto Supremo Nº 017-98-ITINCI de fecha 2 de octubre de 1998.

352. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EL MONOPOLIO

En lo que se refiere a los derechos de la propiedad industrial, tales como las patentes y marcas, en la que su registro determina la exclusividad de su uso, constituyen monopolios de carácter legal.

En principio, se considera que el ejercicio de los derechos de propiedad industrial es lícito siempre que no tienda a extender el monopolio a otras actividades relacionadas económicamente.

Puede presentarse situaciones en que los contratos de licencia de patentes se utilicen para imponer restricciones sobre el licenciatario, como podrían ser las cláusulas que contengan restricciones referentes al volumen y estructura de la producción, de reservar del derecho de fijar los precios de venta o reventa de los productos que se elaboren con base en la tecnología respectiva, la prohibición de adquirir materias primas, productos intermedios de otros fabricantes, etc.

En este sentido, estas conductas restringen la competencia y pueden conducir al reparto de mercados.

El art. 36º del Tratado de Roma (Tratado que crea la Comunidad Europea) especifica que sólo se prohíben las restricciones al uso de marcas y patentes cuando éstas se emplean arbitrariamente para discriminar o evitar el comercio entre países.

Dentro de nuestro ámbito, la Decisión 291 que norma el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías para los países de la Comunidad Andina, dispone que los contratos de transferencia de tecnología, no deben tener ciertas cláusulas restrictivas, algunas de las cuales tienen relación con las antes mencionadas para el efecto de su registro.

En cuanto a los actos de competencia desleal contenidos en el Decreto Ley Nº 26122, que se refieren a un derecho de propiedad industrial debidamente inscrito en el Registro respectivo, así como a un nombre comercial, esté o no inscrito, serán considerados como infracciones a la propiedad industrial y susceptibles de las acciones previstas en el Título XVI del D. Leg. Nº 823 (Primera Disposición Complementaria del D. Leg. Nº 823, Ley de Propiedad Industrial).

En la práctica esta norma generó problemas en cuanto a la determinación de la competencia de las Oficinas de Signos Distintivos e Invenciones y Nuevas Tecnologías, así como de la Represión de la Competencia Desleal, para conocer de las denuncias sobre actos de competencia desleal consideradas infracciones.

A fin de solucionar estos impasses el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual mediante Directiva Nº 001-96-TRI, de fecha 23 de diciembre de 1996 (Diario Oficial *El Peruano* de 1 de febrero de 1997, p. 146496) determinó la competencia de los órganos funcionales encargados de conocer denuncias por competencia desleal en las que se encuentren involucrados derechos de la propiedad intelectual.

En tal sentido se determina la competencia de la Oficina de Signos Distintivos o de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, según corresponda, respecto a las denuncias referidas a derechos de la propiedad inscritos o a nombres comerciales, estén o no inscritos, por las infracciones también tipificadas en los arts. 8º, 14º a 19º del Decreto Ley Nº 26122, siempre que las referidas denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho o por quien hubiese sido expresamente facultado por el titular para tal fin. Estas denuncias comprenden también las infracciones, contra otros elementos distintos a los indicados en los artículos mencionados que se relacionen con el uso del derecho de la propiedad industrial en cuestión.

En cuanto a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, ésta será competente para conocer las denuncias que presente cualquier persona que no sea la titular del derecho de propiedad industrial vulnerado ni haya sido expresamente autorizada por ésta, incluso respecto de dichos derechos, siempre que tenga interés para obrar en el caso. La Comisión también será competente en aquellos casos en que el derecho de propiedad industrial no se encuentre registrado, salvo el caso del nombre comercial.

En lo que se refiere a las normas procesales, facultades, medidas y sanciones, la Directiva señala que en el caso de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, se aplicarán las contenidas en el Decreto Ley Nº 26122, y demás

normas que le correspondan según su competencia, y para el caso de las Oficina de Signos Distintivos o de la Oficina de Invenciones y de Nuevas Tecnologías se aplicarán las previstas en el D. Leg. Nº 823, y demás normas que le correspondan según su competencia.

353. SANCIONES

Las infracciones a las normas de la libre competencia están sujetas a las sanciones de carácter administrativo y penal, las mismas que pueden ser impuestas simultáneamente.

a) Sanciones administrativas

El Título VI de la Ley trata de la imposición de multas por infracciones de los artículos 3º, 4º y 5º, por parte de la Comisión de Libre Competencia, las que tiene como base la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), dependiendo su monto de la gravedad de la infracción, la que tratándose de empresas o entidades podrá ser de hasta mil (1000) UITs.

Puede ser también materia de sanción cada uno de los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas, siendo el máximo de la multa de cien (100) UITs.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción (art. 23º, modificado por el art. 11º del D. Leg. Nº 807).

a.1) Prescripción de las infracciones. Las infracciones prescribirán a los cinco (5) años de cometida la infracción, la misma que se interrumpe por cualquier acto de la Comisión o de la Secretaría relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable.

b) Sanciones penales

Las conductas de abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la libre competencia violan el orden económico establecido por la actual Constitución, aspecto que sanciona el artículo 232º del CP. al tipificar el *delito de abuso de poder económico*, disponiendo que: "El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 2 y 4".

En este caso el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento económico y la sana competencia.

En cuanto al sujeto activo será cualquier persona inserta en el aparato productivo de bienes y servicios, como persona individual o como directivo de empresas o corporaciones productoras de bienes y servicios de cualquier orden.

El sujeto pasivo lo constituye la colectividad y las personas individuales o jurídicas que sufran las consecuencias del abuso del sujeto activo.

Se trata de un tipo penal en blanco, por remitir a la ley de la materia que para este caso es el D. Leg. Nº 701.

En consecuencia antes de formular el juicio de tipicidad es necesario integrar dos leyes, la penal y la de la materia.

b.1) Procedencia de la denuncia penal. Si la Comisión estima que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del artículo 5º e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del artículo 6º de la Ley, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente.

La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del artículo 232º del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión (art. 19º, modificado por el art. 11º del D. Leg. Nº 807).

354. ACCIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La denuncia maliciosa y sin motivo trae como consecuencia una responsabilidad civil. Considerándose desde el punto de vista penal como un delito de calumnia (art. 22º).

Por otra parte, cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidos, considerados dentro de la Ley, podrá ejercitar acción civil de indemnización por daños y perjuicios.

Asimismo, quienes hayan sido denunciados falsamente también podrán ejercitar dicha acción (art. 25º).

355. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El Título V del Decreto Legislativo se refiere al procedimiento administrativo, estableciendo las diferentes etapas del proceso.

La investigación será iniciada por la Secretaría de oficio, previa aprobación, de la Comisión o a petición de parte. Si la Secretaría estima que existen indicios razonables de violación de la ley, notifica al presunto responsable, enumerando los hechos que supuestamente infringen ésta.

Se establecen plazos para la contestación de la denuncia (plazo de 15 días), ofreciendo las pruebas correspondientes. Durante este período, otras partes con interés legítimo pueden apersonarse en el procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes.

En cuanto al término probatorio, el plazo es de 30 días contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación.

Vencido el término probatorio, la Secretaría expide opinión sobre los extremos de la denuncia, sugiriendo las sanciones a que haya lugar, y presenta el caso para decisión en primera instancia a la Comisión, que se pronuncia en plazo no mayor de cinco (5) días.

La apelación que se interponga contra las resoluciones de la Comisión será conocida y resuelta en segunda y última instancia administrativa por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (art. 11º, Decreto Ley Nº 25868. Modificado por el art. 47º del D. Leg. Nº 807).

Por otra parte se contempla en el artículo 20º (párrafo incorporado por el art. 12º del D. Leg. Nº 807), la posibilidad de exonerar de responsabilidad a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal.

Se permite la adopción de medidas cautelares, por parte de la Comisión, según lo dispuesto en el artículo 21º (modificado por el art. 12º del D. Leg. Nº 807), que le faculta para que en cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, pueda, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

La medida cautelar podrá decretarse aun antes de iniciarse un procedimiento de investigación. Sin embargo, dicha medida caducará si no se inicia un proceso de investigación dentro de los quince (15) días útiles siguientes de su notificación.

En cuanto al incumplimiento por el obligado de la medida cautelar, dará lugar a que la Comisión le imponga automáticamente una sanción no menor de 10 ni mayor de 100 UIT. La multa que corresponda deberá ser pagada dentro del plazo de cinco días, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesivá e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta, hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada.

En lo que concierne a la ejecución de las resoluciones emitidas por la Comisión o del Tribunal se estará a lo dispuesto en el artículo 17º del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el artículo 64º del D. Leg. Nº 807 *(infra* Nº 421.*p*).

Se admite la posibilidad de suspender el procedimiento, observando lo dispuesto en el artículo 65º del D. Leg. Nº 807 *(infra* Nº 421.*p*).

356. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El artículo 16º del Decreto Ley Nº 25868 establece el requisito para recurrir al Poder Judicial. La competencia para conocer el procedimiento contencioso administrativo, lo considera el artículo 9º de la Ley Nº 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (*infra* Nº 424).

CAPÍTULO XLI
REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. DECRETO LEY Nº 26122

357. Generalidades.- **358.** Base legal.- **359.** Finalidad.- **360.** Competencia desleal y competencia ilícita.- **361.** Organismo competente.- **362.** Ámbito de aplicación.- **363.** Definición.- **364.** Actos no considerados como competencia desleal.- **365.** Calificación del acto de competencia desleal.- **366.** Actos de competencia desleal.- **367.** Supuestos tipificados como competencia desleal.- 367.1. Actos análogos.- 367.2. Actos de confusión.- 367.3. Acto de engaño.- 367.4. Acto de engaño sobre procedencia geográfica.- 367.5. Actos de denigración.- 367.6. Actos de comparación.- 367.7. Actos de imitación.- 367.8. Violación de secretos.- 367.9. Inducción a la infracción contractual.- 367.10. Violación de normas.- 367.11. Discriminación.- 367.12. Copia o reproducción no autorizada.- 367.13. Infracciones a los derechos de propiedad industrial.- 367.14. Dumping y subsidios.- **368.** Aplicación de normas supletorias.- **369.** Sanciones.- 369.1. Sanciones Administrativas.- 369.2. Prescripción de las infracciones.- 369.3. Sanciones penales.- 369.4 Procedencia de la denuncia penal.- 369.5 Acción por daños y perjuicios.- **370.** Procedimiento administrativo.- **371.** Procedimiento judicial.

357. GENERALIDADES

La referencia a la competencia desleal implica considerar que se entiende por *competencia y,* en particular, por *competencia perfecta,* en este sentido se dice que en un mercado hay *competencia perfecta* cuando: existe un gran número de vendedores y compradores, y cada uno es demasiado pequeño para afectar de por sí el precio del artículo, asimismo la producción de todas las empresas que están en el mercado es homogénea, hay perfecta movilidad de recursos y las empresas tienen conocimiento perfecto de los precios actuales y futuros.

Algunos economistas encuentran una relación entre la competencia perfecta y la competencia pura, la primera supone la existencia de la segunda, pero tiene además otras características, la competencia pura implica un grado de perfección: la completa ausencia de monopolios.

Constituyen un obstáculo para el desarrollo de la libre competencia, las llamadas prácticas desleales. La ley tiene por finalidad que en el mercado exista transparencia en la formación de los precios, que las empresas puedan competir en situaciones similares y que en él se proteja al consumidor

358. BASE LEGAL

Actualmente la represión de la competencia desleal está normada por el Decreto Ley Nº 26122. Como antecedentes se puede mencionar los artículos 99º y 100º de la Ley Nº 13270 de 30 de noviembre de 1959. Esta Ley fue derogada por el Decreto Ley Nº 18350 (Ley General de Industrias), regulando el D. S. Nº 001-71-IC/DS, reglamentario del mencionado Decreto Ley, la competencia desleal.

359. FINALIDAD

La ley considera a la institución de la competencia como el objeto directo de protección de la normatividad, protegiendo los intereses de los consumidores, teniendo por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas (art. 1º).

360. COMPETENCIA DESLEAL Y COMPETENCIA ILÍCITA

Se distingue entre competencia desleal y competencia ilícita; esta última implica la realización de una actividad prohibida por la ley o por un contrato, existiendo la obligación de abstenerse.

En cuanto a la competencia desleal, la actividad es en sí lícita y permisible, estando únicamente prohibida ejercerla por determinados medios que se consideran reprobables.

> No constituyen casos que caen bajo la esfera del Decreto Ley Nº 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, los casos de competencia prohibida por el sistema legal, sea que se trate de una prohibición absoluta de competir en un mercado determinado o sea que se trate de una prohibición relativa de competir sin gozar de las autorizaciones o licencias previstas en la ley para tal efecto. En tales supuestos, las denuncias por competencia desleal deben ser declaradas improcedentes (Resolución Nº 056-96-TRI-SCD. Exp. Nº 061-95-CPDC. Diario Oficial *El Peruano*, 3 de octubre de 1996, p. 143106 y ss.).

361. ORGANISMO COMPETENTE

El organismo competente encargado del cumplimiento de Ley es la Comisión de Represión contra la Competencia Desleal, a quien la ley le reconoce autonomía técnica y administrativa (*supra* Nº 335.2.d).

La Comisión contará con una Secretaría Técnica como organismo ejecutivo dependiente de la Comisión y que estará encargada de velar por el cumplimiento de la presente Ley.

362. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La ley es aplicable a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o de derecho privado, incluidas las asociaciones sin fines de lucro, sociedades de hecho, gremios o cualquier otra que realice actividades económicas (art. 2º).

En lo que se refiere al ámbito territorial, la Ley se aplica exclusivamente a los actos de competencia desleal que se realicen en el territorio nacional o en las importaciones de los bienes al país (art. 3º).

La ley no es aplicable, señala expresamente su artículo 3º a los casos de *dumping,* sancionados por el Decreto Supremo Nº 133-91-EF, según decisión expresa.

En lo que concierne a la importación de los bienes es conveniente tener presente el Decreto Supremo Nº 075-93-EF, en virtud del cual las personas que se consideren afectadas por importaciones presuntamente devaluadas podrán presentarse ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

En lo que respecta a los actos de competencia desleal contenidos en el Decreto Ley Nº 26122, que se refieran a un derecho de propiedad industrial debidamente inscrito en el Registro respectivo, así como a un nombre comercial, esté o no inscrito, serán considerados como infracciones a la propiedad industrial y susceptibles de las acciones previstas en el Título XVI de la Ley de Propiedad Industrial (D. Leg. Nº 823, Segunda Disposición Complementaria).

La aplicación de la ley no está condicionada a la existencia de una "relación de competencia" entre el denunciante y el presunto autor del acto de competencia desleal denunciado. El artículo 20º señala que cualquiera que sea afectado o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal podrá iniciar acción legal contra quien lo haya realizado u ordenado.

Se encuentran legitimados para ello, no sólo los competidores que se consideren afectados por un presunto acto desleal cometido por su competidor, sino también los consumidores, otras empresas, las asociaciones de derecho privado, los organismos públicos, organismos no gubernamentales, asociaciones civiles sin fines de lucro, asociaciones de consumidores, gremios empresariales, entre otros. El denunciado, por su parte, deberá ser una persona que realice actividades económicas (art. 2º), es decir, que actúe en el mercado, tales como las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, las asociaciones sin fines de lucro, las sociedades de hecho, los gremios, entre otros.

La única excepción a esta regla general, conforme veremos más adelante (*infra* Nº 367.9), está incluida en el artículo 16º de la ley, que se refiere al supuesto

desleal de inducción a la infracción contractual, en el cual se exige, como condición indispensable para la configuración del acto de competencia desleal, la existencia de una "relación de competencia" entre el que realiza el acto y quien se considera afectado por el mismo.

Teniendo en cuenta que los empresarios compiten entre sí no sólo por las preferencias de los consumidores, sino también por los canales de distribución, por los proveedores de insumos para la elaboración de sus productos, así como por los trabajadores que les permitan realizar de manera más eficiente su actividad económica, el ámbito de aplicación del Decreto Ley Nº 26122 se extiende a aquellos agentes que pretenden competir de manera desleal por cualquiera de los referidos sectores.

363. DEFINICIÓN

La Ley sigue el criterio de la denominada cláusula general prohibitiva, para determinar qué se entiende por competencia desleal, tipificando a continuación los supuestos más saltantes de comportamiento sancionables.

El art. 6º define al acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.

En el mencionado artículo se pueden encontrar tres criterios:

a) La buena fe comercial;

b) El normal desenvolvimiento de actividades económicas; y,

c) Las normas de corrección que deben de regir las mencionadas actividades.

La buena fe se refiere a un modo de actuar en las relaciones del mercado, el que tiene una vinculación directa con la libertad de competencia y el abuso de dicha libertad.

En cuanto a los dos criterios restantes los mismos se vinculan con el normal desenvolvimiento de las actividades económicas, así como las normas de corrección.

Teniendo presente la dinámica de la actividad comercial, la definición no especifica determinados actos. La prohibición es en términos generales, lo que permite ir incorporando nuevas conductas que puedan ir presentados según dicha dinámica.

364. ACTOS NO CONSIDERADOS COMO COMPETENCIA DESLEAL

Por otra parte, no se considera acto de competencia desleal la imitación de prestaciones o iniciativas empresariales ajenas, salvo en lo que en el Decreto Ley Nº 26122 dispone o en lo que lesione o infrinja un derecho de exclusiva reconocido por dicha Ley (art. 4º).

El llamado *"derecho a imitar"* es una manifestación de la libertad de iniciativa privada en materia económica, constituyendo un presupuesto necesario del progreso, que considera la libertad de imitación como una exigencia del interés general.

El fundamento del "derecho a imitar" radica en la libertad que tienen los agentes económicos de acceder a las creaciones que han sido puestas en el mercado y por lo cual han pasado a ser consideradas como bienes públicos, cuyo consumo por una persona no excluye su uso por otra.

Tratándose de bienes públicos, la regla que rige es la de libertad de su utilización, lo que en materia de innovación trae como consecuencia la consagración del principio de la libre imitabilidad.

Sin embargo, el "derecho a imitar" no tiene un carácter absoluto sino que se encuentra limitado, por ejemplo, cuando existen derechos de exclusiva que respetar o cuando se impone el deber de diferenciación a los proveedores que emplean formas que son comunes en el mercado.

En suma, mientras que, por un lado, a través de los derechos de exclusiva, la legislación concede al creador un monopolio temporal para el aprovechamiento de su creación y la recuperación de los costos incurridos para introducirlo en el mercado, por otro lado, la disciplina de la competencia desleal sanciona la imitación que genera confusión.

Cuando se alega la infracción a *derechos de exclusiva,* corresponde al denunciante acreditar la existencia del mismo, ya sea que se trate de un derecho de propiedad intelectual –derechos de autor, signos distintivos o patentes de invención– o de cualquier otro derecho de exclusiva legalmente reconocido. De no ser así, las prestaciones o iniciativas empresariales similares se encontrarían dentro de los alcances del artículo 4º mencionado anteriormente, salvo que violen lo establecido por la ley de competencia desleal.

365. CALIFICACIÓN DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Para calificar un acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público (art. 5º, 1er párrafo).

Constituye un acto de competencia desleal grave el que específicamente esté dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor (art. 5º, 2do párrafo); *contrario sensu,* las demás deberán ser consideradas leves.

El fin que persigue la norma es castigar la conducta incorrecta, y para ello no es necesario la mala fe del autor ni que la conducta haya causado un perjuicio.

A fin de determinar si un acto es o no desleal, la Comisión evaluará si la conducta de los supuestos infractores es o no contraria a la buena fe comercial y a las normas de corrección que deben regir en el mercado, o si atenta contra el

normal desenvolvimiento de las actividades económicas, teniendo en cuenta que la clientela, la fuerza de trabajo, los suministradores de bienes, servicios y capitales, son factores dinámicos en el mercado, y que la pérdida de los mismos ante ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible.

Sobre la clasificación si un acto es o no de competencia desleal se encuentran entre otras las siguientes resoluciones: (i) Nº 015-1998/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 071-97-CCD, seguido por Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. contra Panamericana Televisión S.A. y Alyava S.A., la misma que declaró infundada la denuncia; (ii) Nº 018-1998/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 096-97-CCD, seguido por Panamericana Televisión S.A. contra Compañía Peruana de Radiodifusión S.A., Coper S.R.Ltda. y Top Maintenance & Food Service S.A., por la cual se declaró infundada la denuncia; (iii) Nº 036-1998/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 028-1998/CCD, seguido por Alliance S.A. contra Astros S.A. y Empresa Radiodifusora 1160 S.A., por la cual se declaró infundada la denuncia; (iv) Nº 077-1998/CCD-Indecopi y Nº 109-1999/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 073-1998/CCD, seguido por Informatik S.A. contra Telefónica del Perú S.A. y Plains Tech S.A., declarando infundada la denuncia; (v) Nº 029-1999/CCD-Indecopi y Nº 327-1999/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 114-1998/CCD, seguido por Kinjyo Travel Service S.A. contra Perú Travel Bureau S.A., las señoras Gladys Kiyomi Kinjyo Tamashiro, Mary Yurie Kinjyo Tamashiro y María Teresa Delgado Zevallos, así como contra el señor Víctor Tamashiro, por las que se declaró infundada la denuncia; (vi) Nº 045-1999/CCD-Indecopi y Nº 295-1999/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 047-1999/CCD, seguido por La Tierra E.I.R.L. contra La Positiva Seguros y Reaseguros S.A. y Pierre Chanel E.I.R.L., las mismas que declararon infundada la denuncia; y, (vii) Nº 055-1999/CCD-Indecopi y Nº 443-1999/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 055-1999/CCD, seguido por Empresa Maderera Sullana S.A. contra Tecno Fast Atco S.A., por las cuales se declaró infundada la denuncia.

Sobre el particular, la Sala ha establecido que: "...Sólo en aquellos casos en que la atracción de la clientela o de los proveedores se realice mediante actuaciones incorrectas, esto es, que no se basen en el esfuerzo empresarial propio, es que dichas prácticas se consideran desleales".

Resolución Nº 0086-1998/TDC-Indecopi del Expediente Nº 070-97-CCD, seguida por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A., el Tribunal ha establecido que: "...una consecuencia natural que surge en un mercado en donde concurren agentes económicos en libre competencia es la pérdida de clientes o proveedores. Los agentes económicos (ofertantes) que participan en el mercado se encuentran en constante lucha por la captación de clientes, proveedores e, incluso, trabajadores. Esta lucha no sólo es lícita, sino además deseable y fortalecida en un sistema de libre competencia, pues redunda en la óptima asignación de recursos y la maximización del bienestar de los consumidores. Ello, constituye la esencia de la competencia.

366. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

El artículo 6º de la ley considera como acto de competencia desleal toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en el mercado.

Dentro del marco de la economía social de mercado, se entiende por "buena fe" y por "normas de corrección de las actividades económicas" las que caracterizan a la competencia que se sustenta en la eficiencia y en la eficacia de las prestaciones que se brinda a los consumidores, como son, entre otras, ofrecer mejor calidad de productos y servicios, poner a disposición de los clientes bienes a precios competitivos, brindar servicios post – venta eficientes y oportunos.

El art. 6º es una cláusula general que pretende abarcar en una definición amplia todas aquellas conductas desleales que no se encuentran expresamente tipificadas en la ley, puesto que no resulta posible enumerar todos los posibles supuestos de deslealtad en las prácticas comerciales.

En este sentido, para que un acto sea considerado desleal es suficiente que encuadre dentro del supuesto contenido en la cláusula general, no siendo necesario que se encuentre expresamente tipificado en alguno de los supuestos contenidos en la Ley, los cuales sólo tienen carácter enunciativo.

> Por este fundamento, la Comisión declaró improcedente este extremo de la denuncia materia del Expediente Nº 048-2000/CCD seguido por financiera Daewo S.A. contra Verificaciones y Recuperaciones S.A.C. contra P&F Asesoría y Cobranzas S.A., toda vez que no existía entre las partes una relación de competencia (Resolución Nº 052/2000/CCD-Indecopi).

La *cláusula general* sólo es aplicable cuando el hecho materia de denuncia no se encuentra tipificado expresamente en la ley.

La Comisión ha considerado como actos violatorios de la cláusula general de competencia desleal los siguientes:

(i) la difusión de eventos sobre los cuales existe un derecho de exclusiva, sin contar con la autorización expresa de quien tenga dicha exclusividad (Resolución Nº 026-1999/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 086-1998/CCD, seguido por Panamericana Televisión S.A. contra T.V. Cable S.A.);

(ii) la comercialización de obras protegidas por la legislación de derechos de autor, sin contar con la autorización correspondiente (Resoluciones Nº 029-1998/CCD-Indecopi y Nº 0236-1998/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes acumulados Nºs. 158-97-CCD. y 167-97-CCD., seguidos por Asociación Editorial Stella contra Corporación Gráfica Navarrete S.A. y Distribuidora Navarrete S.A.); y,

(iii) la presentación de una empresa con una nacionalidad determinada, cuando en realidad su origen geográfico es distinto (Resoluciones Nº 058-1998/CCD-Indecopi y Nº 328-1998/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes acumulados Nºs. 030-1998/CCD y Nº 080-1998/CCD, seguidos por Rena Ware del Perú S.A. y de oficio, respectivamente, contra Zephir International S.A.).

Por el contrario, la Comisión ha considerado que no son actos incluidos en la cláusula general del artículo 6º del Decreto Ley Nº 26122, los casos siguientes:

(i) el nombramiento de otro distribuidor que realiza un proveedor extranjero que comercializa sus productos, a través de un distribuidor local (Resolución Nº 016-1998/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 161-97-CCD, seguido por Ganadera Schilcayo S.A. contra Havana Club International S.A., por la cual se declaró infundada la denuncia).

(ii) el cambio de un proveedor habitual de artículos de regalo por otro, como consecuencia de un proceso de evaluación de propuestas (Resoluciones Nº 045-1999/CCD Indecopi y Nº 295-1999/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 047-1999/CCD, seguido por La Tierra E.I.R.L. contra La Positiva Seguros y Reaseguros S.A. y Pierre Chanel E.I.R.L.); y,

(iii) la comercialización de agua utilizando máquinas expendedoras, sin incurrir en los costos de instalación de una planta de soplado y envasado de bidones ni en los de mantenimiento de un stock permanente de los mismos.

367. SUPUESTOS TIPIFICADOS COMO COMPETENCIA DESLEAL

El Capítulo II del Título II del Decreto Ley Nº 26122 establece un listado de actos desleales. Dicho listado tiene un carácter enunciativo, al disponer el art. 7º que tendrán la calidad de tales: "en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señala en el presente Capítulo".

En lo que respecta a lo que se denomina "pequeña cláusula general", en virtud de la cual cualquier conducta o acto similar a los ya enunciados debe también considerarse como desleal, ésta se encuentra ubicada al inicio de los casos típicos desleales enunciados (art. 7º) y no al final de los mismos como generalmente se hace.

Los actos que se enuncian como desleales son los siguientes: los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena, y en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señalan en el Capítulo II.

Conforme a lo establecido en el Artículo 43º del Decreto Legislativo Nº 807, la Sala de Defensa del Consumidor declaró que Resolución Nº 245-1999/TDC-Indecopi constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del principio que se enuncia a continuación:

Los componentes de la identidad de la persona, que engloban el nombre, la apariencia o imagen y otras características asimilables, constituyen un tipo de

titularidad intangible que resulta asimilable al prestigio comercial (*goodwill*) y ante la clientela alcanzado por un determinado proveedor a través de la comercialización continuada de sus productos o servicios en el mercado, cuyo aprovechamiento indebido es sancionado por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

La infracción consistente en la explotación comercial no autorizada de alguno de los componentes de la identidad de las personas constituye un acto de competencia desleal en los términos del Artículo 7º del Decreto Ley Nº 26122. Cuando se produzca imputación por la comisión de dicha infracción, el individuo o persona jurídica emplazada deberá acreditar que cuentan con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente alguno de los atributos de la identidad de quien se trate (Resolución Nº 245-1999/TDC-Indecopi. Expediente Nº 045-1988-CCD. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia de fecha 16 de julio de 1999. Publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000, p. 191030).

367.1. Actos análogos

Al igual que en el caso de las infracciones a la cláusula general, dada la naturaleza de los actos análogos, esta disposición sólo se aplica cuando el hecho materia de denuncia no se encuentra tipificado expresamente en la ley.

A manera de ejemplo de actos análogos, podemos citar los siguientes: (i) la comercialización de figuras con la imagen de deportistas destacados sin contar con la autorización de estas personas o de sus representantes, aprovechándose de manera indebida de su reputación; y, (ii) la comercialización de agua en bidones registrados como marca de terceros, sin contar con la autorización correspondiente.

367.2. Actos de confusión

En lo que se refiere a la confusión, el art. 8º precisa que no es necesario que efectivamente se haya producido un engaño a los consumidores, sino que basta que exista riesgo respecto de dicho engaño.

Para determinar si se ha producido un acto de confusión (directo o indirecto) debe observarse, entre otros puntos: (i) la forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión (por ejemplo, si concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución), (ii) el nivel de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios, (iii) el grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación (esto es, si dichos elementos cumplen una función indicadora de procedencia empresarial) y (iv) el grado de similitud existente entre los elementos que distinguen a los productos o a la prestación de los servicios objeto de evaluación.

El riesgo de confusión, ya sea directo o indirecto, se evalúa atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor que actúa con diligencia ordinaria,

teniendo en cuenta la presentación, el aspecto general de los productos o las prestaciones materia de evaluación. Como ejemplos de actos de confusión que fueron sancionados se pueden mencionar los siguientes:

(i) la comercialización de jabones para lavar ropa utilizando un envase con un diseño muy similar al empleado por un competidor, que un consumidor podría identificar en el mercado como producto de la empresa competidora, por la ubicación de los gráficos, el tipo de letra utilizado, entre otros signos (Resolución Nº 024-97-CCD, emitida en el Expediente Nº 148-96-CCD, seguido por Onix S.A. contra Sindex S.A., por la cual se declaró fundada la denuncia. Al respecto, mediante la Resolución Nº 191-97-TDC, la Sala estableció como sanción la suma de 1 UIT).

(ii) la constitución de la asociación civil "Cruz Roja de Lima" presentándose ante diversas instituciones públicas y privadas como una filial de la Sociedad Peruana de la Cruz Roja, afirmando ser titular de los elementos distintivos de la denunciante y contar con su reconocimiento cuando ello no era cierto (Resolución Nº 010-1999/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 066-1998/CCD, seguido por la Sociedad Peruana de la Cruz Roja contra la Cruz Roja de Lima, la misma que declaró fundada la denuncia presentada y sancionó a la denunciada con una multa de 10 UIT).

(iii) la comercialización de helados utilizando unos carritos que reproducían las características de tamaño, forma y color de los carritos utilizados por un competidor (Resolución Nº 025-96-CPD, emitida en el Expediente Nº 116-94-CRCD, seguido por Helados Artika S.R.L. contra la señora Mileny Sánchez Luna, la misma que declaró fundada la denuncia y sancionó a la denunciada con una multa de 2 UIT); y,

(iv) la comercialización de ketchup empleando una etiqueta que copiaba las características y las imágenes utilizadas por uno de los competidores para distribuir un producto similar (Resolución Nº 036-96-CCD, emitida en el Expediente Nº 011-96-CPD., seguido por Societè des Produits Nestlé S.A. contra Envasadora Las Cálicas E.I.R.L., la misma que declaró fundada la denuncia e impuso a la denunciada una multa de 1 UIT).

La Resolución Nº 483-96-Indecopi/TRI, del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, de 28 de marzo de 1996 (Expediente Nº 104-95-CPCD. Diario Oficial *El Peruano*, 10 de junio de 1996, p. 140239), señala que: "La apariencia, presentación general de los productos *(trade dress)* no genera necesariamente que un consumidor razonable confunda un producto con otro, sino que por lo general inducen a que el consumidor se confunda respecto del origen empresarial de los productos mediante una confusión indirecta o, si se logra identificar los distintos orígenes empresariales, se confunda al creer que ambas empresas se encuentran vinculadas entre sí.

367.3. Acto de engaño

Los actos de engaño se encuentran tipificados en los artículos 9º y 10º de la Ley. Estas conductas, tienen como común denominador impedir la transparencia en el mercado; es a través de los actos de engaño que se trata de inducir o utilizar indicaciones susceptibles de inducir a error sobre las ventajas realmente obtenidas, queriendo hacer aparecer como verdaderas lo que es falso.

El engaño es concebido como el acto por el cual un competidor genera frente a terceros una impresión falaz acerca de sus propios productos o servicios, de forma tal que pueda inducir a un consumidor a efectuar una decisión de consumo inadecuada, es decir, una elección que de no mediar las circunstancias referidas, no hubiera realizado (Resolución Nº 016-96-CPD, emitida en el Expediente Nº 136-95-CPCD).

El artículo 9º de la ley considera como acto de competencia desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance, respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas ofrecidas por los productos o prestaciones.

Asimismo, esta norma establece que en especial se considera desleal ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza que no se han obtenido o no tuvieran vigencia, particularmente en publicidad o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas.

La Sala ha establecido, mediante Resolución Nº 051-97-TDC de fecha 21 de febrero de 1997, que "el engaño puede definirse como la creación de una impresión falsa de los productos o servicios propios".

En otras palabras, en el engaño la información está referida a los productos o servicios de quien incurre en los actos de competencia desleal. Así, en el engaño el agente proporciona información incorrecta o falsa respecto de sus propios productos o servicios para de esta manera atraer clientela de manera indebida (Expediente Nº 090-96-CCD, seguido por Transportes Cesaro Hermanos S.A. contra International Inspection Service LTD., en el cual la Comisión declaró infundada la denuncia. Conforme veremos más adelante, cuando se trate de la difusión de afirmaciones engañosas sobre los productos o los servicios de un tercero, estaremos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración).

El acto de engaño debe considerarse en su más amplio sentido, "no sólo debe referirse a la comunicación o difusión dirigida al público en general, de un mensaje publicitario; sino a cualquier forma de indicación realizada sobre envases, etiquetas, prospectos e incluso a cualquier tipo de manifestaciones verbales y directas del empresario fuera del ámbito de las relaciones internas de su propia

empresa, dirigidas a posibles clientes". La evaluación del posible engaño deberá realizarse atendiendo a la capacidad de diferenciación de un consumidor que actúa con diligencia ordinaria, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

367.4. Acto de engaño sobre procedencia geográfica

El artículo 10º especifica aquellos actos engañosos vinculados a la utilización de expresiones que pueden inducir a error sobre la procedencia geográfica de un producto o servicio.

La finalidad de esta norma es evitar la utilización de falsas indicaciones sobre la procedencia o denominaciones de origen de los productos, así como el empleo de éstas sin autorización, de tal modo que puedan inducir a error a los consumidores y por consiguiente determinar una decisión de consumo ineficiente que resulte perjudicial para el consumidor, el competidor y el sistema competitivo mismo.

> La Sala ha señalado que la carga de la prueba sobre el origen o la procedencia geográfica de un producto o servicio debe ser asumida por aquél que se los atribuye (es decir, el denunciado en un procedimiento administrativo), por ser quien se encuentra en mejor posición para producir la prueba respectiva. Resolución Nº 100-97-TDC, emitida en el Expediente Nº 087-96-CCD, seguido por Medidores Inca S.A. contra Sanitarios y Acabados S.A., la misma que declaró infundada la denuncia.

A manera de ejemplos de esta modalidad de actos de competencia desleal podemos señalar los siguientes:

(i) la venta de cables y antenas de televisor utilizando en sus envases las indicaciones "Japan" y "Japan Type", lo que daba a entender a un consumidor que el producto era fabricado en Japón cuando en realidad era importado de la República Popular China;

(ii) la comercialización de café fabricado sobre la base de insumos importados de Ecuador utilizando la frase "Producto Peruano" (Resolución Nº 011-1998/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 133-97-CCD, seguido por Nestlé Perú S.A. contra Comtrad S.A., por la cual se declaró fundada la denuncia y se sancionó a la denunciada con una multa de 3 UIT).

(iii) la distribución de juegos de ollas coreanas presentándolas como productos elaborados en Alemania, empleando en los envases de los referidos productos la palabra "Germany" (Resoluciones Nº 058-1998/CCD-Indecopi y Nº 328-1998/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes acumulados Nºs. 030-1998/CCD y 080-1998/CCD, seguidos por Rena Ware del Perú S.A. y de oficio contra Zephir International S.A., las mismas que declararon fundada la denuncia e impusieron a la denunciada una multa de 70 UIT).

(iv) la comercialización de griferías para uso doméstico con la indicación "Italy", dando a entender que su procedencia era italiana, pese a tratarse de productos importados de la República Popular China (Resolución Nº 058-2000/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 043-2000/CCD);

(v) la comercialización de timbres de pared empleando las indicaciones "Ind. Col." y "Japan Style", sugiriendo que se trataba de productos procedentes de Colombia o del Japón, cuando en realidad eran artículos fabricados en la República Popular China (Resoluciones Nº 018-96-CCD y Nº 048-96-TRI-SDC, emitidas en el Expediente Nº 122-95-CPCD, seguido por Industrias Vera Ltda. contra Importadora Nuevo Siglo S.A., por las cuales se declaró fundada la denuncia y se impuso a la denunciada una multa de 20 UIT).

Los Decretos Legislativos Nºs 716 y 691, contienen normas aplicables que tienen relación con actos engañosos.

En cuanto al Decreto Legislativo 716 (Ley sobre protección al consumidor) sería de aplicación los siguientes artículos: art. 15º (suministro de información veraz sobre productos y servicios prestados); art. 16º (información en términos comprensibles en idioma castellano); art. 20º (oferta, promoción y publicidad según naturaleza del producto); art. 24º (información en caso de créditos al consumidor).

En lo que concierne al Decreto Legislativo Nº 691 (Normas de publicidad en defensa del consumidor), corresponden los artículos siguientes: art. 4º (Deber de veracidad en los productos ofrecidos); art. 5º (Autenticidad de los testimonios de los anuncios); art. 6º (Presentación de los anuncios); art. 9º (Reglas de publicidad de bebidas alcohólicas y tabaco) y art. 15º (Comprobación de la afirmación publicitaria).

Por otra parte, en cuanto a los *actos de imitación de prestaciones o iniciativas empresariales*, en principio, los mismos no se consideran como actos de competencia desleal, a menos que lesionen o infrinjan un derecho de exclusiva reconocido por la ley (art. 4º).

La *publicidad comparativa* deviene en ilícita, comprendiéndose dentro de la competencia desleal cuando no cumplan con los requisitos de la publicidad comercial (*infra* Nº 414.1).

367.5. Actos de denigración

El acto de denigración constituye igualmente acto de competencia desleal, según el art. 11º, el mismo que se manifiesta a través de la propagación o difusión de noticias destinadas a menoscabar el prestigio que tenga en el mercado, el producto, las actividades, prestaciones, el establecimiento, etc. Se contempla como excepción que estas informaciones sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Este artículo tiene relación con las normas de publicidad reguladas por el D. Leg. Nº 691 (art. 7º), que dispone que los anuncios no deben denigrar ninguna

empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía *(infra* Nº 413.3).

La Sala ha establecido que "la denigración es definida como cualquier aseveración, verdadera o falsa, relativa a un competidor (debiendo entenderse el término 'competidor' en sentido amplio, esto es, como cualquier persona que concurre en el mercado), dirigida a desacreditarlo. La denigración se puede configurar tanto con afirmaciones falsas como con afirmaciones verdaderas sobre un competidor, sobre sus productos o sus servicios. En este último supuesto –esto es, cuando se difunda información verdadera–, la ley exige además que tal información sea pertinente y exacta, dentro del contexto en que ésta se difunde" (Exp. Nº 090-96-CCD, seguido por transportes Cesaro Hermanos S.A., contra International Inspection Service LTD).

A fin de determinar si en un caso concreto nos encontramos ante actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, debe analizarse: (i) la difusión de la comunicación; (ii) determinación del presunto afectado por las afirmaciones difundidas; y (iii) el contenido de las mismas.

(i) La difusión de la comunicación

Como primer paso para determinar si existe un acto de competencia desleal en esta modalidad, debe analizarse si de las pruebas se desprende que la parte denunciada difundió o iba a difundir afirmaciones referidas a la actividad, a los productos, o a las prestaciones de un tercero o de sus gestores.

> De acuerdo a lo establecido por la Comisión y la Sala en diversos pronunciamientos, la difusión de las afirmaciones presuntamente denigratorias puede ser pública o privada; asimismo, en aplicación de lo establecido por los artículos 5º y 20º de la ley de competencia desleal, puede tratarse incluso de la existencia de una amenaza cierta e inminente de la difusión de las afirmaciones presuntamente denigratorias (Resoluciones Nº 053-2000/CCD-Indecopi y Nº 578-2000/CCD-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 050-2000/CCD, seguido por Protekta S.R.L. contra Vector Perú S.A.C., por las cuales se declaró fundada la denuncia y se sancionó a la denunciada con una amonestación).

La carga de acreditar que las afirmaciones presuntamente denigratorias fueron efectivamente difundidas en el mercado, sea a través de medios públicos o privados, o que existía una amenaza cierta e inminente de que las mismas serían difundidas corresponde al denunciante.

(ii) La determinación del presunto afectado por las afirmaciones difundidas

Una vez que el denunciante ha acreditado la efectiva difusión de las afirmaciones presuntamente denigratorias, o la amenaza cierta e inminente de que las mismas serían difundidas, la Comisión deberá determinar si las afirmaciones están referidas a un competidor identificado o al menos identificable por los destinatarios, para posteriormente analizar si estas afirmaciones son veraces, exactas y pertinentes y si son susceptibles de menoscabar el crédito de dicho competidor.

(iii) El contenido de las afirmaciones difundidas

Finalmente, la Comisión deberá evaluar si las afirmaciones denunciadas son exactas, verdaderas y pertinentes y si pueden menoscabar el crédito logrado por la denunciante en el mercado. Debe tenerse en cuenta que la carga procesal de acreditar la veracidad, exactitud y pertinencia de las afirmaciones difundidas corresponde a la persona que las difunde.

En principio, para que la Comisión determine si una afirmación es verdadera, exacta y pertinente, y por tanto no denigratoria, tendrá en cuenta los siguientes criterios: (i) el carácter objetivo o subjetivo de las afirmaciones, (ii) la vigencia o antigüedad de su difusión y (iii) la época en que se produjeron, la veracidad de los hechos a los que se hace referencia en las afirmaciones bajo análisis, entre otras circunstancias de tiempo, lugar y modo que se presenten en cada caso particular.

367.6. Actos de comparación

En lo que concierne a los *actos de comparación* se considera que los mismos constituyen competencia desleal cuando se sustenten en afirmaciones falsas o no comprobables, confundan, sean engañosas o denigrantes.

El contenido de este artículo está relacionado con los casos de publicidad, el mismo que trata el D. Leg. Nº 691 que crea las normas de publicidad en defensa del consumidor, en particular con el art. 8º de dicho texto, el mismo que permite hacer comparaciones expresas de productos incluyendo lo relativo a los precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores *(infra* Nº 414.1).

367.7 Actos de imitación

La imitación, para que se considere como competencia desleal requiere que sea: a) sistemática; b) esté encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado; y c) exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél (art. 13º).

Se requieren cuatro elementos concurrentes para tipificar la infracción por imitación sistemática:

(i) la imitación debe referirse a un competidor determinado;

(i) la imitación debe ser metódica o sistemática de las iniciativas o prestaciones del competidor;

(iii) la estrategia de imitación debe estar encaminada a impedir u obstaculizar el desarrollo en el mercado del competidor imitado; y,

(iv) la imitación no debe ser una respuesta natural al mercado.

Respecto al primer elemento, la Comisión ha señalado que "la imitación ha de referirse a un solo competidor", es decir que se ha de tratar de "una sistemática imitación de las iniciativas y prestaciones de uno de los competidores, precisamente aquél al que se quiere obstaculizar o incluso eliminar del mercado" (Resolución Nº 007-97-CCD, emitida en el Expediente Nº 164-96-CCD, seguido por Ajinomoto del Perú S.A. y Suzuki Sanei Co. Ltd. contra Productos Alimenticios Sibarita S.A).

En cuanto al segundo elemento, ha de tratarse de una imitación metódica o sistemática de las iniciativas y prestaciones del competidor. No importa el relieve o la originalidad de lo que se imita. En tal sentido, una imitación sistemática no supone la copia de un signo distintivo o la violación de una patente o la imitación de tal o cual iniciativa, sino la copia de toda una serie de marcas, de tipos de productos, métodos publicitarios y de venta, formas de embalajes, etc.

Respecto al tercer elemento, los actos de imitación sistemática corresponden a la denominada "competencia de obstrucción": a diferencia de la competencia fundada en la calidad de los bienes y servicios y la bondad de las propias prestaciones que tiende a conseguir cuotas de mercado mediante el esfuerzo personal, en la competencia de obstrucción el fin principal que se persigue es el de eliminar al competidor o lesionar o trabar el funcionamiento de su empresa y su desarrollo. En estos casos, "la deslealtad" no proviene del riesgo de confusión –como en la imitación servil– sino del propósito de impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado del competidor imitado.

Con relación al cuarto elemento, en cada caso concreto se deberá analizar si la imitación busca impedir ilícitamente la afirmación de un competidor o si constituye una respuesta natural de la competencia en el mercado. En suma, la interpretación de la norma legal bajo comentario deberá realizarse de manera tal que no se restrinja injustificadamente el derecho a imitar.

El art. 14º igualmente se refiere igualmente la imitación de signos distintivos ajenos, pero en este caso se trata del empleo de envases u otros medios de identificación. La diferencia es que este artículo no se refiere a que la imitación sea sistemática.

367.8. Violación de secretos

El art. 15º se ocupa de la violación de secretos como acto de competencia desleal. El secreto, puede considerarse como aquel conocimiento que está reservado y oculto, cuyo poseedor tiene interés en mantenerlo en tal estado. Lo que se protege jurídicamente es su posible utilización ilegal. Los secretos que corresponden para este caso son los de carácter empresarial, o sea aquellos que tengan un carácter tecnológico, comercial o financiero.

Para que el secreto constituya competencia desleal, el mismo debe ser divulgado o explotado, sin autorización de su titular.

Por otra parte, el artículo 121º del Decreto Legislativo Nº 823, Ley de Propiedad Industrial, establece que, sin perjuicio de las acciones civiles y penales, la Comisión de Competencia Desleal es competente para conocer las denuncias referidas a la revelación, adquisición o uso de secretos industriales por parte de terceros, de manera contraria a las prácticas leales del comercio.

La configuración de este acto de competencia desleal dependerá de la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la existencia de un secreto comercial o industrial, (ii) que dicho secreto haya sido divulgado o explotado por un tercero que accedió a éste legítimamente pero con deber de reserva, o que accedió a éste ilegítimamente y (iii) que la divulgación o explotación del secreto se haya realizado sin autorización de su titular.

Para que una información sea considerada *secreto comercial,* debe darse las siguientes condiciones: (i) verificarse la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares; (ii) que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros; (iii) que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa; (iv) que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello; y, (v) que la información tenga "un valor comercial", efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen.

> La Sala ha establecido que el secreto comercial también se encuentra relacionado con la actividad comercial o financiera de una empresa y que no sólo se trata de datos relacionados con los conocimientos tecnológicos, sino de informes confidenciales que, sin ser considerados secretos, son mantenidos celosamente en reserva (Expediente Nº 041-97-CCD, seguido de oficio contra Telefónica del Perú S.A).

367.9. Inducción a la infracción contractual

El art. 16º se refiere a la inducción a la infracción contractual; este artículo concierne a la conducta competitiva con cargo a quienes son competidores entre sí, en el sentido que no se puede aceptar que entre ellos traten de inducir a los clientes, trabajadores o proveedores del otro, sin infringir los contratos que mantienen en vigencia.

> La Resolución Nº 463-96-Indecopi/TRI, del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, de 27 de marzo de 1996 (Expediente Nº 083-95-CPCD. Diario Oficial *El Peruano,* 9 de junio de 1996, p. 140233), precisa que conforme al literal b) del artículo 16º del Decreto Ley Nº 26122, se considera desleal la inducción a la terminación regular de un contrato, cuando vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Para la aplicación del presente supuesto, se requiere que se encuentre vigente la relación contractual entre el competidor presuntamente perjudicado por el acto de competencia desleal y la persona que es inducida a incumplir sus obligaciones, en el momento en que se producen los actos de inducción y que dicha relación contractual se mantenga vigente una vez que han cesado los actos indicados.

No toda inducción a la terminación regular de la relación contractual constituye *per se* una infracción a las normas de Represión de la Competencia Desleal. El retiro libre y voluntario de los trabajadores debido a ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible en un mercado competitivo, donde las empresas no sólo compiten para captar más clientela, sino también para contar con los mejores trabajadores.

Este criterio no es exclusivo de las relaciones laborales, sino que se extiende a cualquier relación contractual, como por ejemplo a los contratos de distribución, contratos de concesión, de agencia, de franquicia, de locación de servicios, de obra, entre otros.

En consecuencia, al momento de analizar este supuesto, la función de la Comisión sólo se limitará a evaluar si la terminación regular de los contratos se produjo como consecuencia de la realización de actos desleales.

Para que se configure la conducta desleal deberá acreditarse, en cada caso, los siguientes supuestos: (i) la existencia de un contrato entre el competidor presuntamente afectado y el trabajador, proveedor o distribuidor al que indujo a terminar regularmente la relación contractual; (ii) la realización de una actividad inductora por parte de los presuntos infractores para que el trabajador, proveedor o distribuidor termine la obligación que mantiene con un competidor; y, (iii) la realización de la inducción al trabajador, proveedor o distribuidor para que termine el contrato con el presunto afectado, con la intención de aprovecharse de un secreto comercial, o usando el engaño para la inducción, o realizándola con el fin de eliminar al competidor del mercado o, (iv) ejercitando otras prácticas similares a las señaladas anteriormente.

367.10. Violación de normas

El art. 17º contempla como acto de competencia desleal, el valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, la misma se debe añadir que sea significativa, según la jurisprudencia.

La mencionada Resolución Nº 463-96-Indecopi/TRI, del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, de 27 de marzo de 1996 (Expediente Nº 083-95-CPCD. Diario Oficial *El Peruano*, 9 de junio de 1996, p. 140233), establece también que conforme al artículo 17º del Decreto Ley Nº 26122, se considerará desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa, adquirida mediante la infracción de las leyes, debiendo entenderse que la violación ha de reportar una ventaja competitiva en relación con los restantes operadores en el mercado que cumplan con la norma violada y

no necesariamente con relación de la situación que hubiese tenido el agente económico en caso de haber respetado dicha norma, pues el Decreto Ley Nº 26122 busca sancionar este tipo de conductas por sus fines concurrenciales.

Según ha establecido la Comisión en reiterados precedentes administrativos, para determinar si en un caso concreto se ha configurado un supuesto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

a) Que el hecho materia de denuncia no constituya un supuesto de competencia prohibida

Si la actividad objeto de denuncia no está prohibida, la Comisión debe intervenir para examinar si dentro del marco de la concurrencia en el mercado, uno de los competidores ha obtenido una ventaja significativa como consecuencia de haber violado las normas que regulan dicha actividad.

La competencia prohibida se presenta cuando por ley se prohíbe a todos o a algunos sujetos el ejercicio de una determinada actividad económica. En estos casos se considera ilícito el ejercicio mismo de la actividad, incluso si la misma se realiza con total corrección. Se incluye dentro de esta definición los casos en los que un sujeto no puede realizar una determinada actividad económica sin cumplir previamente con los requisitos exigidos por la Administración para desarrollarla y que pertenecen más a la disciplina de acceso al mercado que a la de la competencia desleal.

Se distingue entre *competencia prohibida absoluta* y *competencia prohibida relativa.*

Se entiende por una situación de *competencia prohibida absoluta* cuando existe una imposibilidad total de que alguien ejerza una actividad económica, como sucedería en el caso de la comercialización de estupefacientes.

Asimismo cuando la ley establece que una entidad o entidades son las únicas facultadas legalmente para realizar actividad comercial en el mercado, como ocurre por ejemplo con la exclusividad concedida por ley al Estado en la compra de hoja de coca, por lo cual ningún particular puede dedicarse a la referida actividad.

En cuanto a la *competencia prohibida relativa* se presenta en los casos en que existe una prohibición legal de competir, pero ésta puede ser superada mediante el cumplimiento de ciertos requisitos normalmente exigidos por la administración con anterioridad al desarrollo de la actividad, como ocurre en el caso de la instalación de estaciones de servicio de venta de combustibles, la realización de ferias comerciales, la prestación del servicio de transporte público de pasajeros, entre otros casos en que, para dedicarse a las referidas actividades, debe tenerse previamente las autorizaciones y permisos correspondientes.

Se ha establecido como precedente de observancia obligatoria que: "No constituyen casos que caen bajo la esfera del Decreto Ley Nº 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, los casos de competencia prohibida por el sistema legal, sea que se trate de una prohibición absoluta de competir en un mercado determinado, o sea que se trate de una prohibición relativa de competir sin gozar con las autorizaciones o licencias previstas en la ley para tal efecto. En tales supuestos, las denuncias por competencia desleal deben ser declaradas improcedentes" (Resolución Nº 093-96-TRI-SDC, emitida en el Expediente Nº 061-95-CPDC seguida por la Empresa Multinacional de Hidrocarburos EIRL, contra Llama Gas S.A. la misma que declaró improcedente la denuncia).

b) Que se haya producido la efectiva infracción de una norma de carácter público e imperativo

La norma infringida ha de ser imperativa, es decir, de obligatorio cumplimiento y de carácter público. No basta que la infracción haya recaído sobre normas de carácter supletorio o recomendaciones, ni debe provenir de acuerdos u obligaciones de índole privada. Asimismo, la mera intención de violar no basta para que la deslealtad se cometa sino que es necesario que haya tenido efectivamente lugar la violación.

c) Que el infractor de la norma haya obtenido una ventaja competitiva de carácter significativo frente a sus competidores

Según la Comisión, "por ventaja competitiva se entiende en la generalidad de los casos una disminución de los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate; pero no ello exclusivamente: en materia de mercados públicos, efectivamente, la violación de normas puede igualmente comportar el mero acceso privilegiado a dichos mercados en detrimento de los competidores".

El carácter significativo de la ventaja dependerá del hecho que el ahorro en costos o el acceso privilegiado represente para quien la obtiene un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores, determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado más allá de lo que en términos de competencia hubiera sido razonable esperar u obtener. En suma, dicho acceso, permanencia o triunfo debe resultar razonablemente más fácil para el infractor que para el operador observante del Derecho.

Sobre el particular, la Sala ha señalado: "...la Comisión no sanciona, en este supuesto, el hecho que un agente económico determinado infrinja alguna ley sino, más bien, el hecho que dicho agente haya obtenido una ventaja significativa como consecuencia de la infracción a dicha ley...".

Para establecer la existencia de una ventaja ilícita significativa, la Comisión tendrá en cuenta los costos que debió asumir o debería haber asumido el infractor de cumplir con las disposiciones vigentes y, asimismo, el beneficio obtenido como consecuencia del incumplimiento de dichas normas.

A manera de ejemplo de ventaja ilícita significativa, se puede citar los siguientes:

(i) ingresar al mercado incumpliendo las fases del proceso de certificación obligatoria de un producto (Resolución Nº 052-1999/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 003-1998/CCD, seguido por Semillas del Sur E.I.R.L. contra Compañía Arrocera del Sur S.A., la misma que declaró fundada la denuncia e impuso a la denunciada una multa de 10 UIT).

(ii) ahorrar costos como consecuencia del incumplimiento de los requisitos para obtener los permisos sanitarios para la comercialización de productos naturales con propiedades terapéuticas (Resoluciones Nº 014-1999/CCD-Indecopi y Nº 156-1999/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 077-1998/CCD);

(iii) distorsionar los costos de devolución y de control de calidad de balones de gas como consecuencia de no realizar el canje establecido por las leyes vigentes sobre la materia (Resolución Nº 020-1998/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 117-97-CCD, seguido por Compañía Peruana de Gas S.A. contra Sipán Gas E.I.R.L., la misma que declaró fundada la denuncia, sancionando a la denunciada con una amonestación); y,

(iv) incumplir las condiciones exigidas por la legislación para la instalación de un matadero de ganado, ahorrándose los costos que significaban el mantenimiento de los equipos y ambientes propios de esta actividad (Resoluciones Nº 017-97-CCD y Nº 214-97-TDC, emitidas en el Expediente Nº 138-96-CCD, seguido por Casana & Quiroz S.C.R. Ltda. contra la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado y Ganadera La Joya S.A., las mismas que declararon fundada la denuncia en el extremo referido a la municipalidad, sancionado a ésta con una amonestación).

367.11. Discriminación

El art. 18º se refiere al tratamiento discriminatorio del consumidor, limitado al precio y demás condiciones de venta y siempre que estén referidas al consumidor, con lo que se excluye a los demás operadores económicos, para estos últimos esta clase de conductas pueden caer dentro de lo que constituye la posición de dominio o prácticas colusorias contemplados en el Decreto Legislativo Nº 701.

La tipificación de la discriminación como acto de competencia desleal tiene por finalidad sancionar las prácticas consistentes en brindar a los consumidores un tratamiento comercial desigual, lo que trae consigo un componente de injusticia (Resoluciones Nº 029-2000/CCD-Indecopi y Nº 066-2001/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 082-1999/CCD, seguido por Callpac S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A., las mismas que declararon fundado este extremo de la denuncia, sancionando a la denunciada con una multa de 15 UIT).

Existe una distinción entre discriminación y aplicación de condiciones diferentes. Dentro de las distintas relaciones comerciales que puede tener un proveedor, existen circunstancias objetivas comúnmente aceptadas que justifican el otorgamiento de condiciones más beneficiosas a un consumidor o grupo de consumidores. Por ejemplo, el mayor volumen de compras, la antigüedad de la vigencia de la relación comercial, la oportunidad de los pagos entre otras, son situaciones propias del normal funcionamiento del mercado y justifican brindar un tratamiento privilegiado sin que ello se considere desleal. Por el contrario, favorecer al cliente con el que mantiene una mejor relación contractual y comercial constituye el ejercicio regular del derecho del empresario (Resoluciones Nº 029-2000/CCD-Indecopi y Nº 066-2001/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 082-1999/CCD, seguido por Callpac S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A., las mismas que declararon fundado este extremo de la denuncia, sancionando a la denunciada con una multa de 15 UIT).

De acuerdo a lo establecido por la ley, para que se configure el supuesto de la discriminación como acto de competencia desleal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) que exista un tratamiento discriminatorio en materia de precios y demás condiciones de venta por parte de un proveedor de bienes o servicios; y (ii) que el afectado con dicha conducta sea un consumidor.

El primer requisito consiste en la existencia de un trato desigual injustificado a quienes deseen adquirir los productos o servicios ofrecidos, sin que ello responda a criterios objetivos en materia de precios y demás condiciones de venta. Es el caso, por ejemplo, en que al realizarse dos operaciones comerciales de la misma naturaleza y con clientes que tienen iguales características, quien provee los productos o servicios concede a uno de sus clientes un precio o unas condiciones de venta más beneficiosas (tasa de interés, plazos de pago, tiempo de entrega de los productos o de la prestación del servicio, descuentos por pronto pago, entre otros).

El segundo de los requisitos establecidos por la Ley para la configuración del acto de competencia desleal en la modalidad de discriminación está referido al sujeto pasivo de la misma. En efecto, la norma bajo comentario establece como sujeto pasivo de la conducta considerada como desleal al "consumidor", entendiendo como tal a la persona que adquiere un producto, o contrata la prestación de un servicio, para disfrutarlos en calidad de usuario final, es decir, para satisfacer necesidades personales y/o familiares y no para incorporar el producto o servicio dentro de un nuevo proceso productivo propio de una actividad económica.

> En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala con ocasión del precedente de observancia obligatoria establecido mediante Resolución Nº 101-96-TDC, según el cual, de acuerdo a lo establecido por el inciso a) del artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 716, se considera como consumidor o usuario "a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran, por tanto, consumidores y usuarios, para efectos de la Ley, a los

proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1º y 3º inciso b) del mencionado cuerpo legal".

Teniendo en cuenta que el objeto de la legislación sobre represión de la competencia desleal es prevenir el daño concurrencial ilícito, la Sala ha establecido que la Comisión es competente para pronunciarse sobre las denuncias por actos de competencia desleal en esta modalidad, siempre que, en el caso de los derechos de propiedad industrial, se trate de denuncias presentadas por personas distintas al titular del registro o por quien no está debidamente autorizado por el titular para tal fin (Resoluciones Nº 022-1998/CCD-Indecopi y Nº 226-1998/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes acumulados Nº 134-97-CCD y 016-1998/CCD, seguidos por Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra los señores Isaías Vera Paredes y Tulio Máximo Obregón Sevillano, por la cual se declaró infundado este extremo de la denuncia).

En el caso de los derechos de autor, la Comisión es competente incluso si las denuncias son presentadas por el titular del derecho (Resolución Nº 009-96-TRI-SDC, emitida en el Expediente Nº 056-94-CRCD, seguido por Gladys E.I.R.L. contra D'Olarte E.I.R.L., la misma que declaró fundada la denuncia e impuso a la denunciad una multa de 5 UIT. Al respecto, debemos señalar que este criterio ha sido establecido por la Sala en un caso en el cual se estaba copiando creaciones protegidas por la legislación de derechos de autor).

En estos casos la Comisión, además de aplicar las normas sobre represión de la competencia desleal, deberá considerar las normas referidas a la protección de los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial, y en el Derecho Común (art. 34º, Decreto Ley Nº 26122).

A fin de analizar si se ha cometido un acto de competencia desleal en esta modalidad, la Comisión previamente deberá solicitar un informe de carácter no vinculante a la Oficina de Derechos de Autor, acerca de si el material supuestamente reproducido ilícitamente constituye una obra protegida por la legislación de derechos de autor. Esta oficina deberá establecer si el material cumple con el requisito de originalidad previsto en dicha legislación. El informe de la Oficina de Derechos de Autor se pronunciará, de ser el caso, sobre el tipo de obra del material reproducido, la titularidad de la misma, la autorización del titular de los derechos de autor y la forma en que la obra ha sido puesta en el mercado. Al respecto, el artículo 34º del Decreto Legislativo Nº 822, Ley sobre el Derecho de Autor, señala que la distribución comprende la puesta a disposición al público, por cualquier medio o procedimiento, del original o copia de la obra, por medio de la venta, canje, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo público o cualquier otra modalidad de uso o explotación.

Una vez concluido este análisis, corresponderá a la Comisión analizar si el comportamiento de la parte denunciada es susceptible de generar efectos en el mercado, determinando con su conducta la atracción de clientela a su favor (Resoluciones Nº 022-1998/CCD-Indecopi y Nº 226-1998/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes acumulados Nºs. 134-97-CCD y 016-1998/CCD, seguidos por Estudio Caballero Bustamante S.R.L. contra los señores Isaías Vera Pare-

des y Tulio Máximo Obregón Sevillano, por la cual se declaró infundado este extremo de la denuncia).

La Ley Nº 27270 incorpora al Título XIV-A del Código Penal, el Capítulo VI, denominado "Discriminación" considerando delito esta práctica y en consecuencia sancionándola.

Se reprime con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas el que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual; si el agente es funcionario público la pena será de sesenta a ciento veinte jornadas e inhabilitación por tres años.

Puede aplicarse en esta clase de delitos, por parte de Juez la clausura temporal a que se refiere el Artículo 105º del Código Penal, en los casos del delito tipificado en el Artículo 323º, por el término que sumado a la sanción administrativa no exceda de 5 (cinco) años (art. 3º, Ley Nº 27270)

La mencionada ley modifica en su artículo 2º los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley Nº 26772, disponiendo que la oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades de trato.

Considera el artículo 2º lo que se entiende por discriminación, refiriéndose a la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.

Estas prácticas las sanciona el artículo 3º, aplicándosele a las personas naturales o jurídicas que, en el ejercicio de su actividad a través de sus funcionarios o dependientes, incurran en las conductas que impliquen discriminación, anulación, alteración de igualdad de oportunidades o de trato, en las ofertas de empleo, serán sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y cuando se refieran al acceso a centro de formación educativa, serán sancionadas por el Ministerio de Educación.

La sanción administrativa será de multa no mayor de 3 Unidades Impositivas Tributarias o cierre temporal del local que no excederá de un año.

En los casos antes mencionados se podrá sustituir la sanción de cierre temporal por el doble de la multa impuesta, si las consecuencias que pudieran seguir a un cierre temporal lo justifican. La sanción se aplica sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar a favor de la persona afectada.

367.12. Copia o reproducción no autorizada

El art. 19º considera como actos de competencia desleal la copia o reproducción no autorizada, considerando como tales, la fabricación, la importación y la

venta de productos que son copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de propiedad industrial o de derechos de autor.

367.13. Infracciones a los derechos de propiedad industrial

Los actos de competencia desleal previstos en la ley y que estén referidos a un derecho de propiedad industrial debidamente inscrito, así como a un nombre comercial, esté o no registrado, serán considerados como infracciones contra la Ley de Propiedad Industrial y susceptibles de las acciones previstas en el Título XVI de esta norma legal (D. Leg. Nº 823. Primera Disposición Complementaria).

La Sala Plena del Tribunal del Indecopi ha establecido que corresponde a la Comisión conocer las denuncias referidas a derechos de propiedad industrial inscritos, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de confusión, explotación de la reputación ajena y copia o reproducción no autorizada, tipificados en los artículos 8º, 14º y 19º del Decreto Ley Nº 26122, siempre que las denuncias sean presentadas por una persona distinta al titular y que ésta tenga legítimo interés para actuar, así como que las denuncias estén referidas a derechos de propiedad industrial no registrados, salvo que se trate de casos sobre el nombre comercial.

Para analizar las denuncias, la Comisión deberá solicitar a la oficina correspondiente un informe técnico de carácter no vinculante acerca de los alcances de las presuntas infracciones puestas en su conocimiento.

Asimismo, la Sala Plena ha señalado que la Oficina de Signos Distintivos y la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, serán competentes para conocer las denuncias vinculadas a las materias que les corresponden, siempre que las denuncias sean presentadas por el titular del respectivo derecho o por quien hubiese sido expresamente facultado por el titular para tal fin.

La Sala ha observado (Resolución Nº 034-96-TRI-SDC, emitida en el Expediente Nº 049-93-CRCD, seguido por Pizzería La Romana S.A. contra Pizzería Ristorante La Romana S.R.L., Pizzería Trattoria La Romana San Miguel S.R.L., María Cruz Pérez Chauca, Pizzería Trattoria La Romana Jesús María S.R.L., Servicios Publicitarios La Romana S.R.L., Romana Trading S.R.L. y Marciano Eulogio Segundo Soto Guevara, la cual declaró improcedente la denuncia) que, cuando una empresa o persona copia una marca o nombre comercial, suele además imitar o copiar otros elementos característicos del bien o servicio que ofrece, a fin de hacer creíble el engaño a los ojos de los consumidores. Por consiguiente, se ha considerado que en este contexto, la imitación de la marca es un acto que guarda una unidad indivisible con la imitación y copia de otros elementos del producto, pues se trata en el fondo de la imitación del negocio mismo. No cabe, pues, separar los demás actos de confusión del acto de copia de la marca o del nombre comercial, aduciendo que los primeros no podrían, por sí mismos, llevar a error al consumidor, pues es obvio que el uso del signo distintivo ajeno constituye el elemento esencial al que se anexan los otros elementos que generan confusión.

367.14. Dumping y subsidios

De conformidad con lo establecido por el artículo 3º de la ley de competencia desleal, sus disposiciones se aplican exclusivamente a los actos de competen-

cia desleal que se realicen en el territorio nacional o en las importaciones de los bienes al país, agregando que esta ley no se aplica a los actos comprendidos dentro del ámbito del Decreto Supremo Nº 133-91-EF, Normas para Evitar y Corregir las Distorsiones de la Competencia en el Mercado generadas por el Dumping y los Subsidios, sus disposiciones modificatorias, ampliatorias y conexas.

Por tanto, las denuncias vinculadas a la importación al Perú de productos a precios dumping o a importaciones subsidiadas deberán ser presentadas ante la Comisión de Dumping y Subsidios del Indecopi, tramitándose de acuerdo a las normas sobre la materia.

368. APLICACIÓN DE NORMAS SUPLETORIAS

La Ley en su artículo 34º precisa que en todo lo no específicamente previsto en la Ley, serán de aplicación las normas contenidas en la Ley de Propiedad Industrial, la Ley de Derechos de Autor y en el Derecho Común.

369. SANCIONES

Los actos de competencia desleal están sujetos a las sanciones de carácter administrativo y penal, que pueden ser impuestas simultáneamente.

369.1. Sanciones administrativas

El incumplimiento de las normas establecidas en la Ley dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa pudiendo ser éstas hasta de cien (100) UIT, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que éstos se produzcan.

La reincidencia se considerara circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente (art. 24º, texto modificado por el art. 15º del D. Leg. Nº 807).

369.2. Prescripción de las infracciones

Las acciones por competencia desleal prescriben a los dos (02) años, contados desde la fecha en que cesó la realización del acto.

Se debe señalar que, con el fin de desalentar la repetición de conductas que distorsionen el correcto funcionamiento del mercado, la Comisión está facultada para imponer sanciones a los agentes del mercado que infrinjan las disposiciones contenidas en las leyes cuya supervisión le ha sido encargada, para lo cual tendrá en cuenta, entre otros criterios, la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado, la difusión del anuncio y otros criterios que, dependiendo de cada caso en particular, considere adecuado adoptar la Comisión, siendo la reincidencia una circunstancia agravante de la sanción aplicable.

En aplicación de los criterios mencionados, al momento de fijar las sanciones en los procedimientos a su cargo, la Comisión ha tenido en cuenta los siguientes elementos:

a) Período y frecuencia de difusión del anuncio infractor.

Expedientes Nºs. 026-97-CCD y Nº 030-97-CCD, seguidos por la Asociación Matemática Pitágoras contra la Academia Pre Universitaria Trilce y la Academia César Vallejo, respectivamente; en los cuales se sancionó a las denunciadas con multas de 2 y 6 UIT, respectivamente;

b) Medio de comunicación empleado, por ejemplo televisión, radio, volantes, uso de las páginas amarillas, cartas, afiches, entre otros.

c) Beneficios obtenidos por la práctica de los actos de competencia desleal.

Resoluciones Nº 058-1998/CCD-Indecopi y Nº 328-1998/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes acumulados Nºs. 030-1998/CCD y Nº 080-1998/CCD, seguidos por Rena Ware del Perú S.A. y de oficio, respectivamente, contra Zephir International S.A., por las cuales se sancionó a la denunciada con una multa de 70 UIT;

d) El tipo de producto o servicio anunciado y sus efectos nocivos o perjudiciales para la salud del consumidor;

Resoluciones Nº 014-1999/CCD-Indecopi y Nº 156-1999/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 077-1998/CCD, seguido de oficio contra el señor Eduardo Burgos Revolledo, por las cuales se impuso al denunciado una multa de 13 UIT; y, (ii) Resoluciones Nº 022-1999/CCD-Indecopi y Nº 212-1999/TDC-Indecopi, emitidas en el Expediente Nº 068-1998/CCD, seguido de oficio contra el señor Germán Salazar Tamayo, Clínica Día Láser y Clínica Saint Germain, en las que se impuso al señor Salazar y a la Clínica de Día Láser una multa de 10 UIT;

e) Propuestas concretas de conciliación, eliminación o reducción voluntaria de los efectos de la conducta ilegal durante el proceso sin que medie una medida cautelar.

Las Resoluciones Nº 016-96-CPD y Nº 029-96-TRI-SDC, emitidas en el Expediente Nº 136-CPCD, seguido por Electrol S.A. contra Maruja Maquera López, Leonardo Mamani Jiscara y Gregoria Alarcón Flores, por las cuales se declaró fundada la denuncia y se sancionó a los dos primeros denunciados con multas de 1, mientras que a la señora Alarcón se le impuso una multa de 0,1 UIT.

f) Imposibilidad de revertir los efectos del acto ilegal, por ejemplo el anunciar servicios educativos sin valor oficial;

h) Flagrancia de la conducta ilegal, por ejemplo en el caso de las normas prohibitivas *per se*, como la publicidad de cigarrillos y de medicamentos de venta con receta médica;

j) Reincidencia en el comportamiento considerado ilegal.

Expedientes acumulados Nº 062-1999/CCD y Nº 070-1999/CCD, seguidos de oficio contra Pfizer S.A., en los cuales se declaró fundada la denuncia y se sancionó a la denunciada con una multa de 15 UIT;

k) Magnitud del daño causado.

Resolución Nº 031-1999/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 025-1999/CCD, seguido de oficio contra Telefónica del Perú S.A.A., por la cual se sancionó a la denunciada con una multa de 20 UIT.

369.3 Sanciones penales

Por otro lado la competencia desleal puede dar lugar a los delitos a que se refiere los siguientes artículos del Código Penal: art. 165º (violación del secreto profesional); art. 190º (apropiación ilícita); 191º (hurto impropio); arts. 216º, 217º, 218º, 219º, y 220º, referidos a los Delitos contra el Derecho de Autor; arts. 222º, 223º, 224º, y 225º, referidos a los Delitos contra la Propiedad Industrial; art. 238º (publicidad engañosa); art. 239º (fraude en la venta de bienes y en la prestación de servicios) y art. 240º (aprovechamiento y daño a la reputación empresarial).

369.4 Procedencia de la denuncia penal

Para la procedencia de la denuncia penal, relacionado con los delitos que se mencionan en el acápite anterior, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del Indecopi, el cual deberá emitirlo en un plazo de cinco (05) días hábiles. Dicho informe constituye uno de los elementos a ser apreciados por el Juez o el Tribunal al emitir resolución o sentencia.

369.5 Acción por daños y perjuicios

En cuanto a las acciones civiles producto de actos de competencia desleal sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa; se entiende que queda agotada la vía administrativa con lo resuelto por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (arts. 31º y 33º del Decreto Ley Nº 26122).

En la acción de resarcimiento es necesario que el demandante acredite la intención subjetiva del infractor y el daño causado, así como la relación de causalidad existente entre ambos.

La regla para la indemnización es la señalada en el art. 1985º del Código Civil. El problema que se plantea es la cuantificación de la indemnización económica, que es la parte esencial de la pretensión.

370. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La acción por actos de competencia desleal se dirigirá contra quien lo haya realizado u ordenado.

El titular de la acción será quien sea o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal, pudiendo iniciarla cuando el acto se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, incluso, cuando ya hubiera cesado sus efectos.

En el caso que la acción se inicie de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal sólo podrá hacerlo cuando el acto de competencia desleal se encuentre en ejecución (art. 21º del Decreto Ley Nº 26122).

En lo que se refiere al procedimiento, el mismo se encuentra normado en el Título V del Decreto Legislativo Nº 807, el que también es aplicable en los procedimientos seguidos ante la Comisión de Protección al Consumidor (*infra* Nº 420).

En lo que concierne a la ejecución de las resoluciones emitidas por la Comisión o del Tribunal se estará a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 17º del Decreto Ley Nº 25868 (Texto modificado por el artículo 64º del D. Leg. Nº 807 (*infra* Nº 421.p.1).

Se admite la posibilidad de suspender el procedimiento, observando lo dispuesto en el artículo 65º del D. Leg. Nº 807 (*infra* Nº 421.*p*).

371. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El artículo 16º del Decreto Ley Nº 25868 establece el requisito para recurrir al Poder Judicial.

En cuanto a la impugnación de las resoluciones que expida el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en la vía judicial, el procedimiento a seguir será el contencioso-administrativo, según lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley Nº 27584, modificado por la Ley Nº 27709, la competencia funcional (*infra* Nº 423).

CAPÍTULO XLII
DUMPING Y SUBVENCIONES

372. Aspectos generales- 373. Base legal.- 373.1. Normas de carácter supranacional.- 373.1.1. Organización Mundial del Comercio (OMC).- 373.1.2. Comunidad Andina de Naciones.- 373.2. Normas que regulan el ordenamiento interno.- 374. Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios.- 375. Definición de Dumping. a) Valor normal. b) Precio de exportación. c) Comparación. d) Margen de dumping. e) Determinación de la existencia de daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional. f) Relación causal.- 376. Clases de dumping.- 376.1. Dumping permanente.- 376.2. Dumping ocasional. 376.3. Dumping social.- 376.4. Dumping cambiario.- 377. Subvenciones.- 377.1. Definición.- 377.2 Diferencia entre dumping y subvención.- 377.3. Requisitos.- 377.4. Subvenciones específicas.- 377.5. Subvenciones prohibidas y recurribles.- 377.6. Subvenciones que no dan derecho a medidas compensatorias.- 378. Derechos Antidumping y Derechos Compensatorios.- 378.1. Derechos antidumping.- 378.2. Derechos compensatorios.- 378.3. Aplicación de los derechos antidumping y los derechos compensatorios.- 378.4. Derechos antidumping y derechos compensatorios provisionales.- 378.5. Derecho antidumping y derecho compensatorio definitivos.- 379. Procedimiento Administrativo.- 379.1. Solicitud.- 379.2. Etapas del procedimiento administrativo sobre dumping y subvenciones.- 379.2.1. Presentación de la solicitud de inicio de investigación y evaluación de la solicitud.- 379.2.2. Pruebas.- 379.2.3. Información confidencial.- 379.2.4. Procedimiento de investigación.- 379.2.5. Aplicación de medidas provisionales para el Dumping y las Subvenciones.- 379.2.6. Notificación de hechos esenciales.- 379.2.7. Resolución definitiva. Aplicación de derechos definitivos.- 379.2.8. Naturaleza jurídica de los derechos definitivos.- 379.3. Recursos impugnativos.- 379.3.1. Vía administrativa.- 379.3.2. Procedimiento ante el Poder Judicial.- 380. Reclamaciones internacionales ante la OMC.- 381. Reclamaciones ante la Comunidad Andina.- 381.1. Inicio de la Investigación.- 381.2. Valoración de la prueba para iniciar la investigación.- 381.3. Período de la investigación.- 381.4. Medidas provisionales.- 381.5. Conclusión de la investigación.

372. ASPECTOS GENERALES

La apertura comercial ha permitido el ingreso de productos provenientes del exterior los que compiten con la producción nacional, sin embargo esta apertura puede dar lugar a prácticas desleales por parte de ciertas empresas o gobiernos extranjeros a través de medidas que distorsionen los mercados para privilegiar a las empresas de su país frente a los competidores nacionales. A efecto de evitar estas prácticas indebidas y con la finalidad de garantizar condiciones de leal y honesta competencia en el comercio internacional, se regulan y sancionan las prácticas del dumping y las subvenciones.

En lo que respecta a nuestra política comercial hasta fines de la década de 80 sus objetivos se inscribían en el marco de un modelo de crecimiento hacía adentro, que privilegiaba el desarrollo de industrias dedicadas a satisfacer las necesidades del mercado local mediante mecanismos de sustitución de importaciones. El resultado de este tipo de políticas se reflejó en la ausencia de competencia en el mercado interno, mayores precios de los bienes intermedios y finales para los consumidores y, en algunos casos, el desarrollo de ramas industriales poco competitivas.

A partir de 1990, la política comercial inicia un proceso de integración a la economía mundial, situación que puede apreciarse en diversos convenios suscritos a nivel multilateral, tales como el de la Organización Mundial del Comercio (OMC), con un ámbito de aplicación a nivel mundial, a nivel hemisférico actualmente se participa en la negociación del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), a nivel de América Latina el Perú es miembro de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), a nivel subregional se es miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Adicionalmente se han suscrito acuerdos bilaterales de comercio con algunos países de la ALADI, y se pertenece al Foro Económico Asia-Pacífico (APEC).

Esta apertura del comercio trae como consecuencia ciertos costos debido a la competencia que se genera al ingresar productos extranjeros que compiten con los nacionales, ocasionando la salida del mercado de industrias ineficientes. Aunque, por otra parte, los productores nacionales más eficientes pueden producir y vender mayores volúmenes a menores precios, en un mercado más amplio. En lo que se refiere a los consumidores, la apertura significó que estos tuvieron una mayor oferta de productos, que al competir con los nacionales obligó a estos últimos a mejorar su calidad y producir a precios competitivos.

Dentro de este ámbito se han expedido disposiciones a efecto de evitar que ciertas medidas distorsionen la libre competencia a través de prácticas desleales o anticompetitivas estableciendo sanciones para aquellos que lo practiquen.

El dumping y las subvenciones constituyen prácticas que, si bien son distintas en su origen, pueden tener efectos sobre la producción nacional, tanto en el país que produce los bienes como en el país que los importa. El dumping lo realiza una empresa, mientras que las subvenciones son realizadas por un Estado, ya sea

abonando directamente las subvenciones o, indirectamente, a través de determinados beneficios tributarios y/o financieros. Estas prácticas benefician a alguien que compra (y produce) más barato –pero también perjudica a alguien–, el productor nacional, cuyos precios dejen de ser competitivos, siendo esta última la razón por las que son sancionadas.

Ha sido preocupación, de los países industrializados desde los inicios del siglo XX, y posteriormente de los países en desarrollo la aplicación de medidas correctivas para contrarrestar los efectos negativos del dumping y los subsidios sobre las industrias nacionales. Estas medidas tienen como finalidad establecer derechos a efectos que los productos que se exporten ingresen a los mercados internos a precios reales evitando de esta manera la distorsión del mercado, y por la otra evitar que los países desarrollados aduciendo supuestos dumping o subsidios impidan el ingreso de los productos de otras naciones.

En la actualidad, estas normas o medidas correctivas son ampliamente aceptadas por la mayoría de países y se enmarcan dentro de los acuerdos multilaterales de comercio de la OMC. El Perú es miembro de dicha organización, habiendo adoptado con carácter de ley los acuerdos multilaterales de la OMC que incluyen el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, y el Acuerdo sobre Agricultura.

373. BASE LEGAL

En cuanto a la base legal que regula el dumping y las subvenciones habrá que considerar las siguientes:

373.1. Normas de carácter supranacional

Entre estas se encuentran los tratados suscritos por el Perú en esta materia, como el de la OMC, y las que conciernen a la Comunidad Andina de Naciones.

373.2. Normas que regulan el ordenamiento interno

- El Decreto Supremo Nº 133-91-EF; y,
- El Decreto Supremo Nº 006-2003-PCM.

373.2.1. Organización Mundial del Comercio (OMC)

Las prácticas de dumping y subvenciones, así como las medidas para corregirlas en las economías nacionales y en las relaciones comerciales internacionales, han sido reguladas en nuestra legislación de conformidad con los lineamientos de la OMC, la que fue creada en 1994 en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, conocida como GATT por sus siglas en inglés, con el objeto de velar por la administración y cumplimiento de los *Acuerdos Multilaterales de Comercio* contenidos en el Acta Final de la Ronda de Uruguay,

suscrita en Marrakech, Marruecos el 15 de abril de 1994, que cubren un amplio espectro de materias relativas al comercio de mercancías, al comercio de servicios y a aspectos relativos a la propiedad intelectual.

Como parte de los citados *Acuerdos Multilaterales de Comercio* se encuentra el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping), el Acuerdo General sobre Subvenciones y Medidas Compensatorios y el Acuerdo sobre Agricultura.

El Perú es miembro de la OMC desde el 1 de enero de 1995, habiéndose aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 26047 publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre de 1994 los Acuerdo mencionados. En virtud de esta norma, el Perú incorporó dichos acuerdos multilaterales al ordenamiento jurídico nacional como normas con rango de ley.

El artículo 18.4º del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo IV del GATT de 1994 y el artículo 32.5º del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, dispone que el gobierno que apruebe el Acuerdo por el que se establece la OMC deberá adoptar todas las medidas necesarias de carácter general o particular, para que sus leyes reglamentos y procedimientos administrativos estén en conformidad con las disposiciones de los dos citados Acuerdos.

373.2.2. Comunidad Andina de Naciones

En lo que respecta a la Comunidad Andina, a la que pertenecen: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, creada el 10 de marzo de 1996 mediante Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino –Acuerdo de Cartagena– vigente a partir de junio 1997 consideró conveniente implementar las normas subregionales sobre competencia y comercio en el marco del proceso de la integración subregional, de conformidad con el artículo 105º.

Mediante la Decisión 283 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 4 de abril de 1991), se estableció la regulación relativa a las prácticas de dumping y de subvenciones, distinguiéndolas de otras prácticas comerciales que podrían tener incidencia sobre el mercado subregional andino, como las restricciones a las exportaciones, reguladas a través de la Decisión 284 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por restricciones a las exportaciones, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 4 de abril de 1991), y las prácticas restrictivas de la libre competencia, reguladas a través de la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 4 de abril de 1991).

La reformulación y perfeccionamiento del marco institucional del proceso de integración subregional, con la creación de la Comunidad Andina en 1997, como

organización subregional encargada de profundizar la integración andina, y el ingreso de todos los países del Grupo Andino a la OMC, hicieron necesario el replanteamiento de la normativa subregional sobre dumping y subvenciones.

Como resultado de este proceso de revisión de la legislación andina bajo la perspectiva del esquema multilateral de la OMC, se adoptaron dos Decisiones que establecen los criterios para la regulación del dumping y las subvenciones en el comercio entre los cinco países miembros de la Comunidad Andina: la *Decisión 456* (Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 7 de mayo de 1999), y la *Decisión 457* (Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 7 de mayo de 1999).

De conformidad con el artículo 30º del Acuerdo Subregional Andino –Acuerdo de Cartagena–, corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina velar por el cumplimiento de estas disposiciones. Tanto las empresas como los Estados que se vean afectados por las prácticas de dumping y subvenciones en el comercio subregional andino, deberán acudir a este órgano funcional de la Comunidad Andina.

373.3. Normas que regulan el ordenamiento interno

El artículo 16.4. del Acuerdo Constitutivo, dispone que cada miembro debe adoptar las medidas para implementar sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con obligaciones que le impongan los acuerdos de la OMC a su ordenamiento jurídico nacional.

En la actualidad el Decreto Supremo Nº 006-2003-PCM de fecha 10 de enero de 2003 reglamenta las normas previstas en el "Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio de 1994", el "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias" y en el "Acuerdo sobre Agricultura", con el fin de prevenir y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el Dumping y las Subvenciones. Esta norma reemplazó al Decreto Supremo Nº 043-97-EF, y sus modificatorias Decretos Supremos Nºs. 144-2000-EF y 225-2001-EF.

Tratándose de *países no miembros de la OMC* se aplicarán las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo Nº 133-91-EF, modificado por el Decreto Supremo Nº 051-92-EF y supletoriamente el Decreto Supremo Nº 006-2003-PCM.

En cuanto al Decreto Supremo Nº 133-91-EF, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, 13 de junio de 1991, fue la única norma que reguló de manera exclusiva los aspectos procesales concernientes al dumping y a las subvenciones desde

1991 hasta la entrada en vigencia de los Acuerdos Antidumping y sobre Subvenciones de la OMC en 1995. Sin embargo, la regulación prevista en dicha norma estuvo limitada a determinados aspectos básicos, dejando de regular otros aspectos relevantes para la tramitación del expediente de investigación, o la facilitación de su tramitación, tampoco se establecen criterios relativos a la determinación del dumping, la determinación del daño, así como la consideración de otros factores para la determinación de la relación causal.

374. COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE DUMPING Y SUBSIDIOS

El Decreto Ley Nº 25868 –*Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*-Indecopi– (la Comisión) establece como función de esta Institución aplicar las normas legales destinadas a proteger el mercado de las prácticas que limiten la leal y honesta competencia y de aquellas que afecten a los agentes del mercado y a los consumidores. En ese sentido el artículo 18º de la citada Ley incorporó como órgano funcional del Indecopi a la *Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios*, adscrita en sus inicios al Ministerio de Economía y Finanzas (creada mediante el Decreto Supremo Nº 133-91-EF, artículo 11º).

La Comisión tiene como función velar por la leal y honesta competencia entre los productores nacionales y extranjeros y evitar que ocurran distorsiones en la economía como consecuencia de prácticas desleales como el dumping y las subvenciones. Por otra parte ha sido designada por el Gobierno ante la OMC como la autoridad investigadora, en materia de dumping, subvenciones y salvaguardias con jurisdicción sobre todo el territorio nacional.

Para efecto del apoyo que requiera la Comisión para el normal funcionamiento de sus actividades así como para realizar las investigaciones a efectos de brindar los elementos de juicio necesarios para la resolución de los procedimientos de investigación cuenta con una Secretaría Técnica, la misma que tiene como una de sus funciones brindar información a los particulares involucrados en procedimientos de investigación o que tengan interés sobre la materia para fines de investigación o para la realización de operaciones comerciales.

Ante una denuncia de un productor nacional por supuestas prácticas de dumping o subsidios, la Comisión tiene la responsabilidad de investigar si esa práctica afecta o no a una empresa nacional. De considerarse que afecta la Comisión mediante una Resolución establece un derecho antidumping, en el caso del dumping o tratándose de un subsidio un derecho compensatorio, llamado también medida compensatoria, los que tienen efectos legales y obliga a la Aduana a cobrar ese derecho. Esta especie de arancel que se abona al ingresar el producto tiene por objeto neutralizar el efecto que está ocasionando.

Estas sanciones son las únicas que se establecen contra estas prácticas que van contra la libre competencia.

375. DEFINICIÓN DE DUMPING

El término dumping proviene de la expresión inglesa *"to dump"*, que significa literalmente arrojar, tirar, descargar o vaciar de golpe. Esta etimología de la voz dumping lleva a asociarla con las prácticas comerciales consistentes en inundar un mercado con determinados productos, vendidos a precios sustancialmente inferiores a los corrientes.

En cuanto a la definición del dumping una primera posición es delimitarlo como la venta de determinados productos en condiciones de pérdida. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, la determinación de si una venta se realiza a pérdida es difícil. Se requiere de un análisis de la estructura de costos de la empresa vendedora y la imputación de sus costos fijos entre sus distintos productos, así como respecto del volumen total de producción del artículo de que se trate.

Otros lo definen como la operación en virtud de la cual se venden determinados productos a un precio inferior a su costo marginal. Dado que el costo marginal es el que se origina al producir la última unidad (unidad marginal) ofrecida al mercado la venta a un precio inferior indica que el producto se está perjudicando con la venta de todas aquellas unidades cuyo costo resulta inferior al precio obtenido por ellas.

Si bien pueden encontrarse diversas definiciones de dumping, el criterio generalmente aceptado es el que tiende a definirlo como la discriminación de precios entre distintos mercados, de forma tal que el precio comparable para un producto en los mercados extranjeros sea inferior al vigente en el país desde el cual se realizan las exportaciones.

El dumping se verifica cuando una empresa extranjera exporta sus productos a otro país a precios menores que en su mercado interno. Con ello, beneficia a su comprador pero perjudica a su competidor en el extranjero. Esta diferencia de precios es lo que llamamos dumping.

El Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (Medidas Antidumping), en su art. 2º considera que un producto es objeto de dumping, cuando se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su *valor normal*, cuando su *precio de exportación* al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones *comerciales normales*, de un *producto similar* destinado al consumo en el país exportador.

Naciendo el dumping de una diferencia de precios entre el valor del producto en el mercado del país que exporta y de aquel a que se vende en el país que importa, es necesario determinar en primer lugar el *valor normal* de producto en el país que exporta y el *precio de exportación*.

a) Valor normal

En este sentido se considera como *valor normal*, el precio realmente pagado o por pagar, por un *producto similar* al importado, cuando sea vendido para su

consumo o utilización en el mercado interno del país de origen o de exportación, en operaciones comerciales normales.

En cuanto al *producto similar* se entiende que es aquel que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.

Puede presentarse la situación que el *producto similar* no sea objeto de venta en el mercado interno del país exportador o cuando a causa de una situación especial del mercado o del bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador, tales ventas no permitan una comparación adecuada, en este caso el *margen de dumping* se determinará mediante comparación con un precio comparable del producto similar cuando éste se exporte a un tercer país apropiado, a condición de que este precio sea representativo; o con el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos (art. 6º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

En el caso de la Decisión 456 de la Comunidad Andina considera que además deberá tenerse presente que dichas ventas representen como mínimo el cinco por ciento (5%) de las ventas del producto considerado al País Miembro importador. Sin embargo, podrá utilizarse un volumen inferior al cinco por ciento (5%) cuando los precios cobrados se consideren representativos del mercado de que se trate (art. 9º).

Puede ocurrir que las importaciones procedan o sean originarias de *países que mantienen distorsiones en su economía* lo que no permiten considerarlos como países con economía de mercado, para tal efecto el valor normal se obtendrá en base al precio comparable en el curso de operaciones comerciales normales al que se vende realmente un producto similar en un tercer país con economía de mercado, para su consumo interno. o, en su defecto para su exportación, o sobre las base de cualquier otra medida que la Comisión estime conveniente (art. 8º, D. S. Nº 006-2003-PCM)

En cuanto a la determinación de la existencia de *condiciones de economía de mercado,* el artículo 8º establece los criterios para su determinación siendo estos: (i) los precios se establecen por el libre juego de la oferta y la demanda sin interferencias ni limitaciones de cualquier naturaleza impuestas por el Estado; (ii) los precios responden a la existencia de una libre y leal competencia; (iii) los costos de comercialización y los costos de producción incluidos los insumos, las materias primas, y los servicios, se determinan sin interferencia del Estado; (iv) las decisiones de las empresas sobre producción, ventas e inversión se adoptan en respuesta a la interacción entre la oferta y la demanda y sin interferencias del Estado; (v) las empresas llevan libros contables básicos que se utilizan para todos los efectos, los cuales son auditados con adecuada independencia conforme a los criterios normales en contabilidad internacional; (vi) la existencia de normas relativas a la propiedad, acceso al mercado y salida del mercado que garantizan la seguridad jurídica y la estabilidad necesarias para el funcionamiento de las empresas.

b) Precio de exportación

Se considera como precio de exportación el realmente pagado o por pagar por el producto vendido para su exportación hacia el país importador.

Puede ser que el precio de exportación no sea confiable, como por ejemplo existir una asociación o arreglo compensatorio entre el exportador y el importador o un tercero, en este caso el precio de exportación podrá calcularse sobre la base del precio al que los productos importados se revendan por primera vez a un comprador independiente, o si los productos no se revenden a un importador independiente o no lo fueran en el mismo estado en que se importaron, sobre una base razonable que la Comisión determine (art. 7º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

c) Comparación

Determinado el *precio de exportación* y el *valor normal*, estos se comparan en forma equitativa, en el mismo nivel comercial, normalmente el nivel "ex-fábrica", y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posible. Se tendrá debidamente en cuenta en cada caso, según sus circunstancias particulares, las diferencias que influyan en la comparabilidad de los precios, entre otras, las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación, las diferencias en los niveles comerciales, en las cantidades y en las características físicas, y cualquiera otras diferencias de las que también se demuestre que influyen en la comparabilidad de los precios, tales como podrían ser además, transporte, seguros, mantenimiento, descarga y costos accesorios; envasados; créditos; servicios de post-venta; comisiones, conversión de monedas, etc. (art. 4º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

Por otra parte puede tratarse el caso que los productos no se importen directamente del país de origen, sino que se exporten al Perú desde un tercer país, el precio que se venden los productos desde el país de exportación al Perú se comparará, normalmente, con el precio comparable en el país de exportación. Sin embargo podrá hacerse la comparación con el precio del país de origen cuando, por ejemplo, los productos transiten simplemente por el país de exportación, o cuando esos productos no se produzcan o no exista un precio comparable para aquellos en el país de exportación (art. 5º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

d) Margen de dumping

El margen de dumping es la diferencia entre el precio interno ajustado y el precio de exportación al Perú ajustado, generalmente, se estima en forma porcentual, es decir, cuanto representa esa diferencia del precio de exportación.

e) Determinación de la existencia de daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional

Corresponde a la Comisión determinar la existencia de daño, amenaza de daño o retraso sensible a la creación de una rama de producción nacional, causado

como consecuencia de las importaciones objeto de dumping o subvenciones (art. 15º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

El término *daño* comprende, salvo indicación en contrario, un *daño importante* causado a una *rama de producción nacional*, una *amenaza de daño* importante a una rama de producción nacional o un retraso importante en la creación de esta rama de producción.

La expresión *rama de producción nacional* se entenderá en el sentido de abarcar el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquél o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una parte principal de la producción nacional total de dichos productos. Para determinar la condición de productor nacional, la Comisión tiene en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- si los productores están asociados a los exportadores del producto objeto del supuesto dumping o subvencionado.
- si los productores actúan ellos mismos como importadores del bien objeto de dumping o subsidiado.
- el origen y las características de los insumos incorporados en el bien similar, así como el valor agregado por el proceso productivo.

Para que *exista daño* a la producción nacional, las importaciones objeto de dumping o subvencionadas tienen que ocasionar un impacto negativo tanto en los precios como en una serie de indicadores económicos de los productores nacionales, como son la producción y las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones, la utilización de la capacidad instalada, el flujo de caja, los indicadores financieros, las existencias, el empleo, los salarios, o la inversión. La lista no es exhaustiva y se pueden incluir otros indicadores adicionales que determinen la existencia de daño (Arts. 16º y 17º. D. S. Nº 006-2003-PCM).

En el caso del GATT, el Acuerdo relativo al Dumping y Subsidios considera además que la solicitud sea hecha por y en nombre de una *rama de la producción nacional*, entendiéndose como tal cuando esté apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del cincuenta (50) por ciento de la producción total del producto similar producido por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud. No obstante, no se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del veinticinco (25) por ciento de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional (art. 5.4º).

El criterio del cincuenta (50) por ciento igualmente se observa en las Decisiones 456 (art. 27º) y 457 (art. 32º).

La *determinación de la existencia de daño* se basa en un examen objetivo del *volumen de las importaciones* objeto de dumping, o subvenciones y *el efecto* de las mismas sobre la rama de la producción nacional y *en los precios de productos similares* en el mercado nacional o de exportación a otro país (art. 19º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

En lo que se refiere al *volumen de las importaciones* objeto de dumping, o subvenciones se tendrá en cuenta si ha habido un aumento significativo de las mismas, en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del producto similar en el Perú (art. 16º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

En lo que concierne *al efecto de las importaciones* objeto de dumping *sobre los precios*, se tendrá en cuenta si ha existido una significativa subvaloración de precios de las importaciones objeto de dumping o subvenciones en comparación con un producto similar en el Perú, o bien, si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa o impedir en medida significativa la subida que en otro caso se hubiera producido (art. 16º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

Con relación al *efecto de las importaciones objeto de dumping o subsidios* sobre la producción nacional el art. 17º del D. S. Nº 006-2003-PCM dispone que se examinarán todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa producción, incluidos la disminución real y potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad instalada, los factores que repercutan en los precios internos, la magnitud del margen dumping, los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja, las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

En cuanto a la *amenaza de daño* a la producción nacional, ésta se presenta cuando las importaciones aún no han ingresado al territorio nacional, pero existe certeza de su inminente ingreso. La amenaza debe tener como sustento hechos y no conjeturas o posibilidades remotas, sin mayor fundamento, formuladas por el productor nacional. En estos casos la aplicación de las medidas compensatorias se examinará y decidirá con especial cuidado, según el artículo 19º del Decreto Supremo Nº 006-2003-PCM. Para determinar esta existencia de la amenaza de daño el mencionado artículo dispone que se evaluarán entre otros, los factores indicados en los artículos 3º.7 y 15º.7 del Acuerdo sobre Dumping y el Acuerdo sobre Subvenciones respectivamente.

Las importaciones supuestamente objeto de dumping pueden determinar la existencia de un retraso importante en la creación de una producción nacional, para tal efecto se deberá evaluar el potencial de producción nacional para el momento en que comenzaron o se hicieron inminentes las importaciones supuesta-

mente objeto de dumping, a fin de establecer si tales importaciones tuvieron un efecto negativo en lo que debió haber sido el desarrollo de ese potencial.

f) Relación causal

Con el fin de determinar la *existencia de una relación causal* entre las importaciones a precio de dumping o subvenciones y el *daño a la rama de la producción nacional* afectada, la Comisión deberá examinar además cualquier otro factor conocido, distinto de tales importaciones, que al mismo tiempo perjudique o pueda perjudicar a dicha rama de la producción y los daños causados por esos factores no se podrán atribuir a las importaciones objeto del supuesto dumping o subvención. Entre estos factores se pueden mencionar el volumen y precios de las importaciones de otros países, la contracción de la demanda o variaciones de la estructura de consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales, la competencia entre unos y otros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional (art. 18º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

Para imponer un *derecho antidumping o un derecho compensatorio* es indispensable que el *daño o la amenaza de daño* que enfrenta una industria nacional sea causada por el dumping o la subvención. Por ejemplo, debe probarse que la pérdida de ventas o la disminución de precios del productor nacional fueron causadas por el efecto del dumping o la subvención sobre las importaciones de productos similares. Es decir, si el efecto de dichas prácticas es el de reducir el precio del producto importado a niveles tales que lo hacen más atractivo que el producto nacional y, por consiguiente, provocan que el productor nacional enfrente una disminución importante de sus ingresos y utilidades por la agresiva penetración de las importaciones, lo que da lugar a que pueda establecerse una relación de causalidad entre dumping o las subvenciones y el daño a la industria nacional.

De no existir un daño o amenaza de daño a la producción nacional no tendría objeto la imposición de derechos antidumping o medidas compensatorias, de hacerse la consecuencia sería un perjuicio para el consumidor al encarecer el producto.

Por otra parte si se trata de la determinación de la existencia de una amenaza de daño importante, deberá basarse en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. En los casos que las importaciones subvencionadas amenacen causar un daño, la aplicación de las medidas compensatorias se examinará y decidirá con especial cuidado.

376. CLASES DE DUMPING

376.1 Dumping permanente

Cuando la discriminación entre mercados se realiza en forma continua, manifestándose a través de una disminución de precios similar al que podría surgir

como consecuencia de una alteración estructural en el país exportador, el dumping así realizado recibe el nombre de permanente.

Este dumping tiene como propósito la eliminación, mediante su liquidación u otro procedimiento, de los competidores en el país importador, así el oferente que exporta en condiciones de dumping, obtiene posteriormente, una posición más ventajosa en el mercado de ese país.

La razón de la escasa frecuencia de este dumping conocido también como *dumping depredatorio* es que, para que el mismo sea exitoso, requiere una industria local particularmente débil, una industria extranjera (que realiza el dumping) de singular poder económico y la ausencia de competidores externos de importancia para quien realiza el dumping. Todas estas condiciones deben darse conjuntamente. Por hipótesis al finalizar el dumping depredatorio, el exportador que lo ha realizado deberá cobrar un precio superior a sus costos medios, a fin de resarcirse de las pérdidas sufridas con motivo del dumping.

Este dumping no es frecuente y es difícil de detectar en razón de requerir en última instancia, un análisis de los propósitos perseguidos por quien los realizó. Así, cuando se efectúa ventas por sobre el costo marginal, pero a un precio inferior al costo medio, el vendedor con dumping podría argumentar, con verosimilitud, que su actitud no tiene propósito depredatorio alguno sino simplemente de maximización de utilidades como cualquier competidor enfrentado a mercados con distinta elasticidad de demanda.

El problema de la calificación de ocasional o permanente es que ésta tiene que realizarse a priori, o sea cuando se efectúan las primeras operaciones y no se sabe aún que duración tendrá en definitiva.

376.2 Dumping ocasional

El dumping ocasional puede ser definido por exclusión del dumping depredatorio y del permanente, se caracteriza porque tiene lugar durante períodos relativamente cortos y con motivo de alteraciones no estructurales en la economía del país exportador o en los mercados internacionales, también se le define como el que se produce mediante operaciones aisladas, separadas en el tiempo y generalmente independientes entre sí.

376.3. Dumping social

Se da este nombre a la situación en que las exportaciones de un país se ven impulsadas por los bajos salarios y escaso nivel de prestaciones vigentes del mismo. El dumping social no es dumping, sino un fenómeno de la estructura de costos de los países exportadores.

376.4. Dumping cambiario

Es el que se realiza con mercaderías provenientes de territorios con moneda depreciada. No puede hablarse propiamente de dumping. Este se presenta cuan-

do por motivo de la devaluación de una moneda extranjera se ven abaratados los productos provenientes del área donde dicha moneda es utilizada debido a desajustes en la economía del país exportador que requieran algún tipo de remedio (ejemplo, déficit en la balanza de pagos). En tales casos el remedio adecuado no puede estar en gravámenes antidumping, dado que la devaluación de una moneda extranjera no da lugar a dumping alguno, ni permite legalmente la imposición de gravámenes.

El dumping cambiario debe distinguirse de los subsidios cambiarios, o sea aquellos que se otorgan mediante la utilización de tipos de cambios diferenciales para distintas mercaderías.

Tales subsidios utilizan mecanismos cambiarios para lograr distorsiones similares a las que surjan de prestaciones explícitas en favor de determinados exportadores. Se trata, sin embargo, de una situación no asimilable al dumping, sino al subsidio.

377. SUBVENCIONES

377.1. Definición

Las subvenciones pueden definirse como "cualquier prima o subsidio que concede el gobierno de un Estado, en forma directa e indirecta, para la fabricación, producción o exportación de un bien. En general, se señala este tipo de intervención estatal en el mercado distorsiona los resultados del comercio y afecta el patrón de ventajas comparativas de los países. Estas subvenciones por parte del Estado determinan que algunas empresas puedan competir con otras que son más eficientes, ocasionando un perjuicio económico a estas últimas y una asignación ineficiente de recursos.

El artículo XVI del GATT considera subvención a toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tengan efectos directos o indirectos sobre el incremento de las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o que ocasione la reducción de las importaciones de este producto en su territorio.

La subvención existe cuando un gobierno o cualquier organismo público realiza una transferencia directa de fondos, condona o no recauda ingresos públicos, proporciona bienes o servicios que no son de infraestructura general, compra bienes a un precio mayor al de mercado o, cuando existe alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios.

377.2. Diferencia entre dumping y subvención

Tanto el dumping como las subvenciones son prácticas de comercio internacional que se consideran desleales por la legislación nacional e internacional cuando causan o amenazan causar daño a la producción nacional y, por lo tanto, son susceptibles de ser sancionadas por el Estado.

Las prácticas de dumping suponen una conducta discriminatoria de una o varias empresas cuando exportan sus productos hacia al extranjero, mientras que las subvenciones consisten en que un Gobierno extranjero otorga un beneficio a un determinado sector exportador para que sus productos puedan ingresar a los mercados extranjeros en condiciones competitivas.

377.3. Requisitos

El artículo 1º del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, así como el artículo 10º del D. S. Nº 006-2003-PCM considera que existe subvención cuando:

1. Haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un país miembro que implique:

a) Una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos u obligaciones.

b) La condonación o el no recaudo de ingresos públicos que en otros casos se percibirían

c) La proporción por parte del gobierno de bienes o servicios que no sean de infraestructura general, o que compre bienes.

d) La realización de pagos por parte del gobierno a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas anteriormente que normalmente le incumbirían, o le orden que las lleva cabo, y en la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguida por los gobiernos, y que con ellos se otorga un beneficio; o

2. Haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, en el sentido del Acuerdo sobre Subvenciones y con ello se otorgue un beneficio.

Un requisito importante para determinar si hay subvención es la existencia del *beneficio*.

En cuanto al empleo de tipo de cambios múltiples en el país de origen o de exportación se considera que no pueden ser considerados como subsidio.

Sin embargo es importante señalar que *para que exista subvención es necesario* que la Comisión determine la existencia del daño, amenaza de daño o retraso sensible a la creación de una rama de producción nacional, determinación de una relación causal, aspecto que trata los artículos 15º al 19º del D. S. Nº 006-2003-PCM, y que son aplicables también al dumping (*supra* Nº 375, incs. e, y f).

En el caso específico de las subvenciones a la agricultura deberá evaluarse si ha existido un aumento del costo de los programas gubernamentales de apoyo,

de conformidad con los criterios expuestos en el Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC (art. 16º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

377.4. Subvenciones específicas

Para que la subvención de lugar a medidas compensatorias se requiere que sean específicas, la que debe estar claramente fundamentada en la existencia real de pruebas.

En este sentido para considerar que se entiende por *subvención específica* se aplican criterios tales como:

a) Cuando se limite explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas o grupos de empresas;

b) Cuando la autoridad otorgante, o los *criterios o las condiciones objetivas* que rijan el derecho a obtener la subvención y su legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, establezca cuantía.

   En lo que se refiere a los *criterios o las condiciones objetivas*, se entiende como tal aquellos que sean imparciales, no favorezcan a determinadas empresas o grupos de empresas en detrimento de otras y que sean de carácter económico y de aplicación horizontal, tales como el número de empleados o el tamaño de la empresa.

Por su parte el D. S. Nº 006-2003-PCM en su artículo 11º, considera como subvenciones específicas aquellas que favorezcan a una empresa o rama de producción o grupo de empresas o ramas de producción. Asimismo, se considerará subvenciones específicas aquellas que favorezcan a determinadas empresas situadas en una región geográfica designada de la jurisdicción del gobierno otorgante. En cuanto a las *subvenciones no específicas* serán aquéllas que beneficien en general a todas las ramas de la producción.

En lo que se refiere a la reducción de *impuestos indirectos* a la producción de productos exportados, y los sistemas de *devolución de las cargas a la importación* de productos consumidos o utilizados en la producción de productos exportados, sólo serán consideradas *subvenciones específicas* en la medida en que dicha reducción o devolución sea en cuantía superior a aquélla resultante de los impuestos indirectos y cargas de importación realmente pagados en el proceso de producción (art. 13º, D. S. Nº 006-2003-EF).

377.5. Subvenciones prohibidas y recurribles

El D. S. Nº 006-2003-PCM en su art. 12º clasifica también a las *subvenciones* en *prohibidas, y recurribles*.

Serán *subvenciones prohibidas* aquellas que: a) están supeditadas de *jure o de facto* a los resultados de exportación, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I del Acuerdo sobre Subvenciones; b) aquellas supeditadas al

empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.

Toda subvención prohibida se considerará específica.

Se consideran *subvenciones recurribles* aquellas que causen efectos desfavorables para los intereses del Perú, es decir:

a) Causen daño o una situación de amenaza de daño a una rama de la producción nacional, o un retraso en la creación de esta rama de producción, debiendo en todos estos casos tener un carácter importante.

b) Anulación o menoscabo de las ventajas resultantes directa o indirectamente del GATT de 1994, en particular con las ventajas consolidadas de conformidad con el artículo II del GATT de 1994.

c) Perjuicio grave a los intereses del país, de conformidad con el artículo 6º del Acuerdo sobre Subvenciones, considerando dicho Acuerdo como tales a: (i) el total de subvención *ad valorem* aplicado a un producto sea superior al 5%; (ii) se trate de subvenciones para cubrir pérdidas de explotación sufrida por una empresa, salvo que se trate de medidas excepcionales, que no sean recurrentes ni puedan repetirse para esa empresa y que se apliquen simplemente para dar tiempo a que se hallen soluciones a largo plazo y se eviten graves problemas sociales; (iii) exista condonación directa de deuda de la que sea acreedor el gobierno, o se hagan donaciones para cubrir el reembolso de la deuda.

377.6. Subvenciones que no dan derechos a medidas compensatorias

Hay algunas subvenciones que siendo específicas no dan derecho a solicitar la aplicación de medidas compensatorias.

Así el artículo 14º del D. S. Nº 006-2003-PCM, *considera que no habrá beneficio* en el caso de:

(i) Aportación de capital social por el gobierno, a menos que la decisión de inversión pueda considerarse incompatible con la práctica habitual en materia de inversiones (inclusive para la aportación de capital de riesgo) de los inversores privados en el territorio del país otorgante de la subvención;

(ii) Préstamos del gobierno, a menos que haya una diferencia entre la cantidad que paga por dicho préstamo la empresa que lo recibe y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial) comparable que pudiera obtener efectivamente en el mercado. En este caso el beneficio será la diferencia entre esas dos cantidades;

(iii) Garantía crediticia facilitada por el gobierno a menos que haya una diferencia entre la cantidad que paga por un préstamo garantizado por el gobierno la empresa que recibe la garantía y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable sin la garantía del go-

bierno. En este caso el beneficio será la diferencia entre esas dos cantidades ajustada para tener en cuenta cualquier diferencia en concepto de comisiones; y

(iv) Suministro de bienes o servicios o la compra de bienes por el gobierno a menos que el suministro se haga por una remuneración inferior a la adecuada o la compra se realice por una remuneración superior a la adecuada. La adecuación de la remuneración se determinará en relación con las condiciones reinantes en el mercado para el bien o servicio de que se trate en el país de suministro o de compra (incluidas las de precio, calidad disponibilidad comerciabilidad, transporte y demás condiciones de compra o de venta).

Tratándose de la subvención que se otorgue a la empresa beneficiaría en razón de su actividad exportadora en general, el valor de la subvención para el producto objeto de investigación se calculará considerando la relación entre las ventas de exportación de dicho producto y las ventas totales de exportación de la empresa.

En general se determinará una cantidad individual de subvención para cada uno de los exportadores o productores del producto objeto de investigación correspondientes al país investigado de que se tenga conocimiento. Para el resto de exportaciones originarias del país investigado se establecerá una cuantía no menor a la determinada para las empresas acreditadas como partes interesadas tomando en cuenta la mejor información disponible.

El valor de las subvenciones de créditos se determinará utilizando el método financiero más apropiado a criterio de la Comisión, a efectos de establecer la real incidencia de la subvención sobre la mercancía.

En lo que se refiere a la *Comunidad Andina* hay igualmente algunas subvenciones que siendo específicas no dan derecho a solicitar la aplicación de medidas compensatorias tales como aquellas que se mencionan en la Decisión 457 de la Comunidad Andina, artículos 14º (que no sean específicas), 15º (actividades de investigación), 16º (subvenciones destinadas a asistir a regiones desfavorecidas), y 17º (subvenciones para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuesta mediante leyes o reglamentos), asimismo en el caso del *GATT* las enunciadas en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC y que estén exentas de la aplicación de medidas compensatorias conforme a lo previsto en dicho Acuerdo.

Las subvenciones para actividades de investigación realizadas por empresas o por instituciones de enseñanza superior o de investigación contratadas por empresas no estarán sujetas a medidas compensatorias si la subvención cubre no más del setenta y cinco (75) por ciento del costo de las actividades de investigación industrial o del cincuenta (50) por ciento del costo de las actividades de desarrollo precompetitivas, y a condición de que dichas subvenciones se limiten exclusivamente a ciertos rubros.

Se considera además dentro de las subvenciones que no serán objeto de medidas de compensación las destinadas a asistir a regiones desfavorecidas, otorgadas con arreglo a un marco general de desarrollo regional.

378. DERECHOS ANTIDUMPING Y DERECHOS COMPENSATORIOS

378.1. Derechos antidumping

La determinación de un margen de dumping da lugar a la aplicación de los derechos antidumping, pudiéndose señalarse entre sus características las siguientes:

a) Facultativos, distinguiéndose de los derechos de importación, respecto de los cuales la autoridad encargada de su aplicación carece de facultades para decidir su no aplicación, una vez dado los extremos previstos en la legislación para ella.

b) Variables, la variabilidad de los derechos antidumping está en función de los precios a que se vendan las importaciones.

c) Regulatprios, estos derechos presentan una función esencialmente regulatoria su imposición tiene por finalidad incidir sobre el precio del producto en el mercado local, permitiendo de esta manera evitar distorsiones con relación a los productos nacionales.

378.2. Derechos compensatorios

Los derechos compensatorios son aquellos gravámenes que recaen sobre las importaciones que han recibido subsidios en el extranjero. Estos derechos están destinados a neutralizar determinadas medidas originadas fuera del país importador que tienen el efecto de impulsar las exportaciones dirigidas hacia éste por vía de premios o subvenciones de diversa índole.

378.3. Aplicación de los derechos antidumping y los derechos compensatorios

El análisis de los factores que estarían ocasionado daño a la producción nacional permite establecer los derechos antidumping y los derechos compensatorios que, si bien pueden ser menores a los obtenidos inicialmente, neutralizarían el daño o amenaza de daño alegados, evitando dicho análisis que se sobreestime la cuantía de los derechos antidumping y los derechos compensatorios que se vayan a aplicar. En consecuencia, los derechos varían dependiendo del margen de daño evidenciado a la producción nacional.

Los derechos antidumping y los derechos compensatorios se aplican sobre el valor FOB facturado o sobre el peso o cualquier otra unidad de medida, siendo exigible desde la fecha de numeración de la Declaración Única de Importación (art. 56º, D. S. Nº 006-2003-PCM). Al permitirse que se apliquen sobre el peso o cualquier

otra unidad de medida del producto se trata de corregir situaciones en la que se reducía artificialmente los precios en la factura con lo que se reducía los derechos antidumping, ya que éstos se seguían aplicando como porcentaje del valor.

Por otra parte ningún producto podrá estar sometido a la vez a derechos antidumping y medidas compensatorias con el fin de afrontar una misma situación derivada de la existencia de dumping o de la concesión de subvenciones.

Se considera como defraudación de rentas de aduanas, según la Ley Nº 28008, Ley de Delitos Aduaneros, el que deje de pagar, los derchos antidumping o compensatorios que graven la importación, valiéndose de engaño, ardid astucia u otra forma fraudulenta, sancionándose con pena privativa de la libertad no menos de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Lo que la ley sanciona no es él dejar de pagar sino de los medios empleados para tal efecto.

378.4. Derechos antidumping y derechos compensatorios provisionales

Considerando el tiempo que demora la investigación por prácticas de dumping o subvenciones que es de nueve meses, prorrogables en tres meses adicionales, la legislación permite que se apliquen derechos provisionales durante el proceso. Sin embargo, para que se puedan aplicar derechos provisionales es necesario, que se inicie la investigación, que se determine de manera preliminar la existencia de la práctica de dumping o subvenciones, el daño o amenaza de daño a la producción nacional y el vínculo de causalidad.

Por otra parte no se aplicarán estos derechos provisionales antes de transcurridos sesenta días desde la fecha del inicio de la investigación, y por un período que no debe exceder de cuatro meses, o, por decisión de la Comisión, a petición de los exportadores que representen un porcentaje significativo del comercio de que se trate, por un período que no excederá de seis meses (Arts. 49º y 50º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

378.5. Derecho antidumping y derecho compensatorio definitivos

El derecho antidumping o el derecho compensatorio definitivo es el que finalmente se aplica cuando concluye la investigación y no coincide necesariamente con el derecho provisional. Si el derecho definitivo es menor al derecho provisional, la Aduana devuelve al importador la diferencia cobrada. En caso contrario, si el derecho definitivo es mayor al derecho provisional, el importador no está obligado a pagar la diferencia (art. 51º, D. S. Nº 006-2003-PCM). Se establece un plazo de cuatro años para solicitar la devolución de los derechos pagados indebidamente o en exceso computados a partir de la fecha de la publicación de la resolución mediante la cual se impusieron lo derechos definitivos.

Sin embargo, con relación con dicho plazo el art. 48º del Reglamento, dispo-

ne que los derechos definitivos podrán tener una vigencia hasta de cinco años, con lo que podría darse el caso de la imposibilidad de reclamar los pagos indebidos realizados el último año al disponer al establecerse el plazo de devolución de cuatro años.

Por otra parte los derechos antidumping y los derechos compensatorios siempre que sean definitivos y bajo determinadas circunstancias podrán aplicarse *retroactivamente*, estableciéndose la limitación que no podrá aplicarse esta retroactividad sobre los productos despachados a consumo antes de la fecha de iniciación de la investigación (Arts. 53º y 54º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

379. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El Decreto Supremo Nº 006-2003, en su Título VI regula el Procedimiento Administrativo, el citado Decreto tiene por objeto reglamentar las normas previstas en el "Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994", el "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias" y en el "Acuerdo sobre Agricultura", en este sentido contiene,conceptos y definiciones comprendidos en dichos Acuerdos que se han expuesto en los puntos anteriores, y en consecuencia en varios de los artículos del Decreto Supremo mencionado hay referencia a los artículos de los Acuerdos citados.

379.1. Solicitud

La solicitud de investigación para determinar la existencia de importaciones a *precios de dumping u objeto de subvención*, así como los efectos de dichas prácticas desleales en el comercio internacional, corresponde presentarla a una empresa o grupo de empresas que represente cuando menos el 25% de la producción nacional del producto de que se trate, si la solicitud es apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más de 50% de la producción total, la solicitud se considere que ha sido hecha "por la rama de la producción nacional o a nombre de ella" (art. 21º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

La solicitud de inicio de la investigación se presenta ante la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Indecopi y deberá incluir pruebas de existencia de:

a) Práctica de dumping o subvención.

b) Daño, amenaza de daño o retraso importante en la creación de la rama de producción nacional.

c) La relación causal entre las importaciones objeto de dumping o subvención y el daño o amenaza de daño alegados.

El punto importante es la presentación de las pruebas pertinentes, no basta la afirmación simple o conjeturas.

Además, la solicitud según el artículo 22º del D. S. Nº 006-2003-PCM contendrá la información que razonablemente tenga a su alcance, la que incluye datos de los solicitantes, que permitan su identificación, industria y asociación a la que pertenecen, participación porcentual de cada solicitante, la producción nacional total del producto objeto de la solicitud, datos del representante legal, datos sobre el producto importado y del similar nacional, datos de los exportadores, datos de los importadores, comprobante de pago de la tasa correspondiente.

La solicitud además deberá estar acompañada del "Cuestionario para las empresas productoras solicitantes del inicio de investigación por supuestas prácticas de dumping o subvenciones", debidamente absuelto. En cuanto a las formalidades para presentar la solicitud deberá observarse las contenidas en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi.

Corresponde a la Comisión determinar si hay pruebas suficientes que justifiquen la iniciación de la investigación.

La Comisión podrá *iniciar de oficio* la investigación cuando existan circunstancias especiales, considerando como tales, aquellas en que la industria doméstica no se encuentre organizada, esté atomizada o medie el interés nacional entre otras circunstancias semejantes, se requiere para iniciar la investigación de oficio la existencia de pruebas suficientes, del dumping, o de la subvención, según el caso, así como del daño y la existencia de una relación causal.

379.2. Etapas del procedimiento administrativo sobre dumping y subvenciones

El procedimiento administrativo por dumping o subvenciones que se sigue ante el Indecopi consta de dos etapas: a) la presentación y evaluación de la solicitud de inicio de investigación y, b) el procedimiento de investigación para la aplicación de derechos antidumping o compensatorios.

379.2.1. Presentación de la solicitud de inicio de investigación y evaluación de la solicitud

El procedimiento administrativo por dumping o subvenciones se inicia ante la Comisión a solicitud de parte, de conformidad con el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Indecopi (Decreto Supremo Nº 014-2002-ITINCI modificado por Decreto Supremo Nº 110-2002-PCM).

La solicitud debe cumplir los requisitos de *forma*, como la presentación del comprobante de pago respectivo y de los poderes de los representantes legales, y *sustanciales*, como la presentación de pruebas sobre el dumping (valor normal y precio de exportación), daño a la rama de la producción nacional y relación causal entre el dumping y el daño.

Si la solicitud no cumple con los requisitos exigidos por el TUPA o por el Decreto Supremo Nº 006-2003-PCM (absolución de cuestionario, pruebas de dumping, o de subvención, daño y relación causal, resúmenes no confidenciales en caso se presente información confidencial, copias de la información según el número de partes citadas en la solicitud y pago de la tasa por concepto de presentación de solicitud de inicio de investigación), el Indecopi requerirá al solicitante para que los subsane dentro de un término de quince (15) días (art. 25º inc. b, D. S. Nº 006-2003-PCM), luego del cual se evaluará la procedencia de la solicitud. Si el solicitante no cumple con subsanar estos requisitos, su solicitud será declarada inadmisible. Si, por el contrario, el solicitante cumple con presentar la información requerida por el Indecopi, y de la evaluación de fondo de los requisitos de su solicitud no se desprenden indicios de dumping o subsidio, daño y relación causal entre el dumping o subsidio y el daño, la solicitud de inicio de investigación se declarará improcedente.

Las autoridades examinarán la exactitud e idoneidad de las pruebas presentadas con la solicitud a fin de determinar si son suficientes para justificar la iniciación de una investigación.

No podrá considerarse que para cumplir los requisitos fijados en el presente párrafo basta una simple afirmación no apoyada por las pruebas pertinentes.

Para el caso específico de una solicitud de inicio de investigación por *subvenciones,* siempre que ésta haya cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 22º y antes de proceder a iniciar la investigación correspondiente, el Indecopi oficiará directamente al gobierno del país de origen o de exportación interesado, a fin de celebrar consultas con el objeto de llegar a una solución mutuamente convenida con respecto a la solicitud de aplicación de derechos.

El proceso de consultas no impedirá la realización de la investigación administrativa nacional. Este mecanismo de consultas se regirá por lo dispuesto en el "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias" en la OMC (Acuerdo internacional que forma parte integrante de los Acuerdos Multilaterales de la OMC antes referidos y establece criterios y normas para la solución de las diferencias que se deriven de las normas contenidas en los Acuerdos Multilaterales de la OMC) y se desarrollará independientemente de la tramitación del procedimiento nacional.

Si bien la denuncia sólo puede ser planteada por productores nacionales, al iniciarse la investigación se consideran como *partes interesadas en el procedimiento* a los exportadores extranjeros, importadores nacionales, el Gobierno del país exportador, los demás productores nacionales que no presentaron la denuncia y los consumidores. Todas las partes están obligadas a proporcionar la información que solicite la Comisión durante la investigación. El Reglamento faculta a la Comisión a incluir como partes interesadas a otras personas, siempre y cuando demuestren legítimo interés en la investigación.

La Comisión declarará infundada la solicitud presentada y pondrá fin a la investigación, cuando considere que no existen pruebas suficientes del dumping o subvención o del daño o amenaza de daño que justifiquen la continuación del procedimiento.

379.2.2. Pruebas

Como se ha expresado las pruebas no pueden consistir en simples afirmaciones o conjeturas.

Salvo que se trate de una información confidencial, las pruebas presentadas por escrito por una parte interesada se pondrán a disposición de las demás partes que intervengan en el proceso. Asimismo la Comisión podrá expedir copia de lo actuado a cualquier persona que lo solicite y acredite tener legítimo interés (art. 31º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

Respecto al plazo de presentación de las pruebas el art. 28º del Decreto, considera que dentro de los seis (6) meses posteriores a la publicación de la Resolución de inicio de investigación, se dará por concluido el período para que las partes presenten pruebas, sin perjuicio de la facultad de la Secretaría de requerir información en cualquier etapa del procedimiento. Sin embargo a criterio de la Comisión el período probatorio podrá ser ampliado hasta por un máximo de tres (3) meses adicionales, de existir motivos justificados.

Por otra parte la Comisión deberá dar a los usuarios industriales del producto y a las organizaciones representativas de los consumidores, la oportunidad de facilitar cualquier información que sea pertinente en relación con el dumping o subsidio, el daño y la relación de causalidad.

379.2.3. Información confidencial

En cuanto a la calificación de la información como confidencial corresponde la misma a la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, pudiendo ser de oficio o a solicitud de parte.

La información que las partes en una investigación antidumping o sobre subvenciones faciliten con carácter confidencial deberá ir acompañadas del correspondiente resumen no confidencial y será previa justificación al respecto, tratada como tal por las autoridades.

Cuando por su naturaleza o a pedido de parte una información sea calificada como confidencial y el interesado no haya presentado la justificación suficiente ni el resumen no confidencial correspondiente, la Secretaría lo requerirá para que en el plazo de siete (07) días justifique el carácter confidencial de dicha información, proporcione el correspondiente resumen no confidencial o levante el pedido de confidencialidad parcial o totalmente.

El artículo 37º del Decreto, considera que constituye información confidencial aquella cuya divulgación implicaría una ventaja significativa para un competi-

dor o tendría un efecto significativamente desfavorables para la persona que proporcione la información o para un tercero del que la haya recibido. El D. S. Nº 006-2003-PCM contiene un Anexo en la que se enuncia en forma ilustrativa la información que puede considerarse como confidencial.

379.2.4. Procedimiento de investigación

La Resolución de inicio de la investigación deberá publicarse en el Diario Oficial *El Peruano*, computándose el inicio de la investigación a partir de la fecha de esta publicación. La duración de la investigación es de seis (06) meses. No obstante, si Indecopi lo considera pertinente, se podrá ampliar dicho plazo en tres (03) por meses adicionales, por una sola vez, conforme al artículo 28º del D. S. Nº 006-2003-PCM. Esta investigación concluirá con la resolución definitiva que declare fundada o infundada la solicitud de aplicación de medidas. Durante el período de investigación el Indecopi realizará las siguientes acciones.

Iniciada la investigación, Indecopi notifica a los exportadores, importadores, gobiernos exportadores y demás partes interesadas citadas en la solicitud para que absuelvan, en un plazo de treinta (30) días hábiles, cuestionarios sobre los aspectos materia de investigación, y, adicionalmente, para que presenten los descargos que estimen pertinentes. De existir información que alguna parte interesada considere como confidencial, se deberá solicitar la reserva del caso justificando dicho pedido y presentar resúmenes no confidenciales que permitan a las demás partes una comprensión razonable de la información confidencial. La Comisión podrá conceder prórrogas adicionales siempre y cuando se justifique adecuadamente el pedido, no pudiendo exceder de sesenta días el plazo total para la absolución de cuestionarios (art. 26º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

El art. 44º del D. S. Nº 006-2003-PCM considera los casos en que la Comisión pondrá fin a la investigación, siendo estos: cuando considere que no existen pruebas suficientes del dumping o la subvención o del daño o amenaza de daño o de la relación causal que justifiquen la continuación del procedimiento, cuando se determine que el margen de dumping es de *minimis*, desistimiento, abandono en estos casos de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 27444.

Se considerará *"de minimis"* en el caso del dumping cuando el margen sea inferior al 2% expresado como porcentaje del precio de exportación. En el caso de subvenciones, se considerará *"de minimis"* la cuantía de la subvención cuando ésta sea inferior al 1% *ad-valorem*.

En lo que respecta a que se considere *insignificante* el daño o la amenaza de daño esta situación se da cuando se establezca que el volumen de las importaciones objeto de *dumping* procedentes de un determinado país representan menos del tres (3) por ciento de las importaciones del producto similar al territorio nacional. Por otra parte no se considerará insignificante el volumen de las importaciones objeto de dumping cuando provengan de países que individualmente repre-

senten menos del tres (3) por ciento de las importaciones del producto similar en el país importador, si estos representan en conjunto más del siete (7) por ciento de esas importaciones.

En el caso de *subvenciones,* normalmente se considerará *insignificante* el volumen de las importaciones objeto de *subvenciones* cuando se establezca que las procedentes de un determinado país representan menos del cuatro (4) por ciento de las importaciones del producto similar en el país importador. No se considerará insignificante el volumen de las importaciones objeto de subvenciones cuando provengan de países que individualmente representen menos del cuatro (4) por ciento de las importaciones del producto similar en el país importador si éstos representan en conjunto más del nueve (9) por ciento de esas importaciones.

379.2.5. Aplicación de medidas provisionales para el dumping y las subvenciones

Transcurridos sesenta (60) días hábiles desde el inicio de investigación, y si el Indecopi llegara a una determinación preliminar positiva de la existencia de dumping o subvención, daño a la producción nacional y relación causal, *se aplicarán derechos antidumping o compensatorios provisionales* cuando la aplicación de esas medidas resulten necesarias (art. 49º, D. S. Nº 006-2003-PCM). La aplicación de derechos antidumping provisionales tiene como finalidad proteger a la rama de producción nacional afectada del daño irreparable que podría ser ocasionado por las importaciones a precios dumping, durante el transcurso de la investigación.

En lo que se refiere a la liquidación de los derechos provisionales estos deberán ser pagados o garantizados mediante Carta Fianza, irrevocable, solidaria, incondicional y de realización inmediata, emitida por una entidad bancaria o financiera, expresada en dólares de los Estados Unidos de América, y a nombre del Indecopi (art. 56º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

379.2.6. Notificación de hechos esenciales

Con el objeto de brindar transparencia y predictibilidad en las decisiones finales de las autoridades nacionales, el Acuerdo Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias estipulan como obligación de los miembros de la OMC la notificación a las partes interesadas en los procedimientos nacionales para la aplicación de derechos antidumping o compensatorios, informando la relación de *hechos esenciales* que servirán de base para la resolución definitiva. Las partes podrán presentar sus comentarios al documento del Indecopi, luego de lo cual pueden solicitar audiencias para exponer los argumentos que sustentan sus posturas.

En este sentido, el artículo 28º del D. S. Nº 006-2003-PCM dispone que dentro de los 30 días de concluido el período probatorio la Comisión deberá emitir

el documento de los *Hechos Esenciales* que servirán de base para su resolución final. Las partes podrán presentar sus comentarios en un plazo no mayor de 10 días contados a partir del día siguiente de su notificación.

Vencido el plazo para la recepción de los comentarios a los Hechos Esenciales, la Comisión *resolverá* de manera definitiva en un *plazo de 30 días.*

De mediar pedido de alguna de las partes se convocará a una *audiencia final* en la que únicamente podrán exponer sus alegatos, en relación con los Hechos Esenciales notificados. La audiencia final deberá ser solicitada en el escrito que contenga los comentarios a los Hechos Esenciales. Las partes tendrán un plazo de 7 días para presentar por escrito los argumentos planteados en la audiencia. Vencido este plazo, la Comisión resolverá de manera definitiva en el término de 30 días.

379.2.7. Resolución definitiva. Aplicación de derechos definitivos

Luego de recibidos los comentarios a los hechos esenciales, la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios procede a evaluar a la luz de la información recibida y los comentarios y alegatos de las partes, la solicitud de aplicación de derechos definitivos a fin de emitir la resolución que pone fin al procedimiento de investigación. Sólo se aplicarán derechos antidumping y derechos compensatorios si se comprueba la existencia de dumping, o subvención, de daño o amenaza de daño y una relación causal entre éstos. Si faltara alguno de estos tres elementos, la solicitud de aplicación de medidas será declarada infundada (art. 45º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

En cuanto al monto y vigencia de los derechos antidumping o compensatorios, estos no excederán del monto necesario para neutralizar el daño o la amenaza de daño, que se hubiere comprobado, y en ningún caso serán superiores al margen de dumping o a la cuantía de la subvención que se haya determinado. Estos derechos deberán ser pagados en efectivo, no pudiendo ser garantizados, su falta de pago determina que Aduanas no podrá autorizar el levante de la mercadería, procediendo su cobro coactivo, según lo dispuesto en la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva Nº 26979 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 036-2001-EF.

El derecho antidumping o compensatorio permanecerá vigente durante el tiempo que subsistan las causas del daño o amenaza de éste que los motivaron, el mismo que no podrá exceder de 5 años (art. 48º, D. S. Nº 006-2003-PCM), similar vigencia se establece en el artículo 11º.3 del Acuerdo sobre Dumping y artículo 21.3º del Acuerdo sobre Subvenciones.

En lo que se concierne a la cuantía de la medida compensatoria definitiva, respecto a las importaciones del producto que se haya comprobado la existencia de dumping o de la subvención, se establecerá el monto apropiado en cada caso y en forma no discriminatoria sobre las importaciones del producto en cuestión.

379.2.8. Naturaleza jurídica de los derechos definitivos

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos derechos se les considera que tienen la condición de multas y no constituyen en forma alguna tributo. Los mismos no están sujetos a rebajas, descuentos, por pronto pago, ni beneficios de fraccionamiento o de naturaleza similar (art. 46º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

La aplicación de los derechos antidumping previo procedimiento administrativo, no conducen a determinar o calificar como un hecho ilícito, sino que constituye una regulación del comercio internacional, de suerte que su aplicación es una medida que tiende a neutralizar el daño al productor nacional por las importaciones a precios desleales. Este hecho no descarta que la posibilidad que la entidad agraviada pueda demandar directamente a quien le ha causado daño, considerando lo dispuesto en el artículo 1969 del CC., según el cual "aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo", aspecto que menciona el art. 7º *in fine* del Decreto Legislativo Nº 807 que dispone que "la sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda".

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha casado la resolución de vista expedida por la Sala Civil Sub Especializada en Procesos Abreviados y Contenciosos de la Corte Superior de Lima, en base a que:

- La aplicación de los derechos antidumping no descarta la posibilidad que la entidad agraviada pueda demandar directamente a quien le hubiere causado el daño. En este sentido también debe interpretarse el art. 18º del D. S. Nº 043-97-EF Reglamento de dumping y subvenciones, toda vez que el dumping una vez sancionado por el Indecopi, no impide que luego sea materia de una acción indemnizatoria ante el Poder Judicial. Lo resuelto por la autoridad administrativa demuestra el daño causado por la empresa demandada al haberse afectado la producción nacional con la importación a precios dumping de los mismos productos que también industrializa la demandante, causándole daños y perjuicios que deben de ser indemnizados porque la actora dejó de percibir el margen bruto que normalmente percibía cuando abastecía aproximadamente el cien por ciento del mercado local y como consecuencia de los precios dumping perdió gran parte del mercado, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 1969º, la indemnización reparatoria por los daños causados se inspira no sólo en base a la clásica doctrina de la responsabilidad extracontractual, sino, *a fortiori*, por la argumentación jurídica que fluye de lo dispuesto en el art. 7º, *in fine* del Decreto Legislativo Nº 807. En la reparación indemnizatoria por los daños causados se tiene en consideración no sólo el daño emergente y el lucro cesante, cuya concepción y definición es clásica sino también, lo que la reciente doctrina denomina "daño a los derechos personalísimos", o como también se ha dicho la actividad económica, tanto en el plano contractual como en el extracontractual constituye un factor de causación de daño. En este sentido el daño a la empresa surge de la consecuencia de la pérdida del capital invertido por parte del empresario; pero el daño se configura también, en el agravio que ha recaído en los trabajadores en la forma de despido o sub empleo por la baja del mercado. Actuando en sede de instancia la Sala fijo un monto equitativo

por concepto de indemnización de un millón de dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, más interese legales que debe abonar la empresa Arancia CPC, Sociedad Anónima Variable a favor de la s Empresa Derivados de Maíz S.A. –DEMSA– con costas y costos, debiendo los intereses devengarse a partir de la fecha del daño (Casación Nº 2937-2000- Lima. Lima, 27 de agosto de 2002. En *El Peruano*, 02 de diciembre de 2002, p. 9576).

379.3. Recursos impugnativos

379.3.1. Vía administrativa

La Cuarta Disposición Complementaria del D. S. Nº 006-2003-PCM determina que la autoridad competente para resolver los recursos impugnativos relacionados estrictamente con el cobro de los derechos antidumping es la Comisión en primera instancia, y el Tribunal del Indecopi en segunda y última instancia administrativa, con la norma anterior los recursos impugnativos eran presentados a Aduanas y revisado en segunda instancia por el Tribunal Fiscal. Sin embargo, señala la Exposición de Motivos del reglamento, debido a la naturaleza de multa (no relacionada con ningún tributo) y no de tributo de los derechos *antidumping*, el Tribunal Fiscal resultaba incompetente para resolver la controversia, con lo que muchas veces el mecanismo de impugnación era utilizado para dilatar o eludir el pago de derechos antidumping.

Los recursos que pueden interponerse contra las resoluciones que ponen fin al procedimiento son los recursos de reconsideración y de apelación.

El plazo para interponer los citados recursos es de quince (15) días útiles contados a partir del día siguiente de la fecha de publicación de las resoluciones de la Comisión en el Diario Oficial *El Peruano*. La presentación de los recursos impugnativos no tendrá efecto suspensivo sobre los derechos definitivos impuestos.

El recurso de reconsideración debe ser resuelto por la Comisión en un plazo no mayor de treinta (30) días útiles contados desde la fecha de su interposición (art. 64º, D. S. Nº 006-2003-PCM), mientras que el recurso de apelación debe ser concedido de plano por la Comisión, debiéndose elevar el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en el plazo máximo de diez (10) días útiles.

Una vez que el expediente se encuentra ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal las partes se pueden adherir a la apelación de conformidad con la Directiva Nº 002-1999/TRI-Indecopi, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 1 de diciembre de 1999.

El Tribunal resolverá los recursos de apelación en un plazo máximo de seis (6) meses, el cual podrá ser prorrogado por dos (2) meses adicionales. Con la Resolución del Tribunal queda agotada la vía administrativa (art. 66º, D. S. Nº 006-2003-PCM).

Por otra parte se admite la presentación del recurso impugnativo contra el cobro de derechos antidumping o compensatorios, en el caso que se considere que exista una incorrecta interpretación por parte de la Aduana, el recurso deberá presentarse ante Indecopi, previa acreditación del pago en caso de los derechos definitivos o garantía en el caso de derechos provisionales del monto impugnado y de la cancelación de la tasa respectiva. La Comisión resuelve en primera instancia en el plazo de 30 días. El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual resolverá en segunda y última instancia administrativa en un plazo máximo de 30 días.

379.3.2. Procedimiento ante el Poder Judicial

Agotada la vía administrativa, se puede interponer demanda contencioso-administrativa, según lo establecido en el artículo 9º de la Ley Nº 27584, según texto modificado por la Ley Nº 27709, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (la mencionada Ley ha derogado el primer párrafo del artículo 17º del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el art. 64º del Decreto Legislativo Nº 807, que se refería el proceso judicial) en consecuencia es competente para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, para las Resoluciones que emita el Tribunal del Indecopi, la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, resolviendo en vía de apelación la Sala Civil de la Corte Suprema, y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso (*infra* Nº 424).

El procedimiento administrativo y judicial es el mismo para los casos de dumping y subvenciones. No obstante, las controversias se pueden solucionar por otros medios que escapan de la regulación nacional de los procedimientos administrativos. Se trata de la posibilidad que los gobiernos implicados recurran a mecanismos internacionales de solución de controversias en forma paralela a la tramitación de los procedimientos nacionales (*infra* Nº 380).

380. RECLAMACIONES INTERNACIONALES ANTE LA OMC

Independientemente de la posibilidad de los particulares para impugnar una resolución administrativa dentro de la jurisdicción nacional (sea ante la segunda instancia administrativa o ante el Poder Judicial), los Gobiernos de los países exportadores que son miembros de la OMC, pueden recurrir al mecanismo de solución de diferencias de esta organización internacional para tratar de llegar a una solución internacionalmente exigible.

El mecanismo se divide en dos etapas: la primera de consultas, cuya finalidad es propiciar un arreglo directo entre los Gobiernos parte de la diferencia, y la siguiente ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante OSD), órgano funcional de esta organización internacional, conformado por representantes de los miembros de la OMC. Adicionalmente, cabe la posibilidad que los Gobiernos partes de las diferencias recurran a mecanismos alternativos como la

mediación, la conciliación y los buenos oficios, según lo dispuesto en el artículo 5.1 del "Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias".

El mecanismo de solución de diferencias se inicia cuando el Gobierno miembro de la OMC, considera la existencia de anulación o menoscabo sobre una ventaja derivada de los Acuerdos de la OMC, o el incumplimiento de alguno de los objetivos de los mismos, a causa de las medidas adoptadas por otro miembro. El Gobierno que se siente afectado por una medida inadecuada puede solicitar la realización de consultas con el otro miembro involucrado en la diferencia, con el propósito de intentar llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

Si las consultas no dan los resultados esperados por los Gobiernos, el Miembro que se siente afectado puede solicitar el establecimiento de un Grupo Especial. El Grupo Especial es un ente colegiado compuesto por lo general por tres expertos internacionales de reconocida competencia en comercio, economía y derecho, de países que no sean parte de la diferencia, elegidos por mutuo acuerdo de las partes.

Los Grupos Especiales emiten informes técnicos sobre las diferencias, basados en los Acuerdos de la OMC. Estos informes son sometidos a la aprobación de los miembros del OSD, los que serán adoptados dentro de los 60 días siguientes a su presentación a menos que el OSD decidiera por consenso no adoptar el informe o que alguna de las partes de la diferencia ejerza su derecho de apelación ante el Órgano Permanente de Apelación de la OMC, el que actúa como última instancia en la jurisdicción internacional. Las decisiones del OSD tienen carácter vinculante para los miembros de la OMC y obligan a los países a cumplir con las recomendaciones de los Grupos Especiales o del Órgano Permanente de Apelación.

El incumplimiento de las disposiciones emitidas por las instancias resolutivas de la OMC devendrá en posibles medidas de represalia comercial (suspensión de concesiones) por parte del país que vea vulnerados sus derechos y ventajas adquiridas en virtud del sistema multilateral de comercio.

La suspensión de concesiones o medidas de represalia comercial conlleva una contracción del comercio internacional y se constituye en la peor situación que se podría esperar para el desarrollo de relaciones comerciales.

Si se adoptan medidas antidumping o compensatorias en contravención con las normas y objetivos de los Acuerdos Antidumping y sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Estado se puede exponer a un procedimiento internacional que puede concluir con la suspensión de concesiones a favor de otras empresas nacionales que pretenden ingresar a mercados extranjeros.

381. RECLAMACIONES ANTE LA COMUNIDAD ANDINA

En lo que se refiere a la Comunidad Andina la Decisión 426 contiene las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por

prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina. Por su parte la Decisión 427, contiene las normas destinadas a prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina

381.1 Inicio de la investigación

Tratándose de la materia sujeta a la jurisdicción de la Comunidad Andina la solicitud para la aplicación de derechos antidumping o de medidas compensatorias deberá plantearse ante la Secretaría General de la Comunidad Andina por parte de las personas naturales o jurídicas actuando en forma individual o colectiva, que tengan interés legítimo, o por los Países Miembros, con la finalidad que se autorice a que el País Miembro importador aplique dichas medidas, cuando:

a) Una subvención originada en el territorio de otro País Miembro *amenace causar o cause daño a la rama de la producción nacional* destinada al mercado interno del país afectado; o,

b) Una subvención originada en el territorio de un País Miembro amenace causar o cause daño a la rama de la producción destinada a la exportación a otro País Miembro.

En este sentido la medida compensatoria se aplicará a las importaciones de productos subvencionados originarios de un país que sea miembro de la Comunidad Andina (Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela), cuyo despacho a consumo o utilización en algún País Miembro de la Comunidad, cause o amenace causar un daño a la producción de dicho país.

En lo que se refiere a las investigaciones encaminadas a determinar la existencia, grado y efectos de un supuesto dumping, o subvención se iniciarán previa solicitud escrita presentada a la Secretaría General por la *rama de la producción nacional* afectada o en nombre de ella, o por los Países Miembros a través de sus organismos nacionales de integración.

Al margen de los requisitos tales como la identidad del solicitante, domicilio, etc., las solicitudes deberán incluir los elementos de prueba que permitan presumir la existencia de importaciones a precio de dumping u objeto de subvención, el daño y el nexo causal entre las importaciones presuntamente a precio de dumping u objeto de dumping, y el supuesto daño, la solicitud deberá contener la información que sobre la subvención, tenga razonablemente a su alcance el solicitante en relación con aspectos tales como: datos relativos a los precios de venta del producto en cuestión cuando se destina al consumo en los mercados internos del país o países de origen o de exportación (o, cuando proceda, datos sobre los precios a los que se venda el producto desde el país o países de origen o de exportación a uno o más países, o sobre el valor calculado del producto) así como sobre los precios de exportación o, cuando proceda, sobre los precios a los que el producto se revenda por primera vez a un comprador independiente; datos relativos a

la evolución del volumen de las importaciones supuestamente a precio de dumping u objeto de subvención durante los últimos veinticuatro (24) meses, su efecto sobre los precios del producto similar en el mercado, y las consiguientes repercusiones para la rama de la producción nacional afectada, sobre la base de los factores e índices pertinentes; y, el comportamiento de la rama de producción que consume o utiliza el producto objeto de la solicitud.

381.2. Valoración de la prueba para iniciar la investigación

Dentro de un plazo de quince (15) días hábiles, de la fecha del pronunciamiento respecto de la admisibilidad de la solicitud, la Secretaría General, teniendo como base en la información presentada, valorará los elementos de prueba que se aporten en la solicitud, con el fin de determinar si existen indicios suficientes para iniciar una investigación, y se pronunciará mediante Resolución motivada respecto del inicio de la investigación.

La solicitud será rechazada cuando no existan indicios de prueba que permitan presumir la existencia del dumping o subvención, el daño y la relación causal entre la práctica y el daño. No se dará inicio al procedimiento cuando las importaciones del producto objeto de la solicitud representen un volumen insignificante.

Se considerará *insignificante* el volumen de las importaciones del referido producto cuando éste represente menos del seis (6) por ciento de las importaciones totales del producto objeto de la solicitud en el País Miembro importador, salvo que las importaciones de los países que individualmente representen menos de dicho porcentaje, sean en conjunto más del quince (15) por ciento de esas importaciones.

381.3. Período de la investigación

La investigación iniciada por la Secretaría General se centrará en la determinación de la existencia del dumping, del daño y de la relación causal entre la práctica y el daño, que serán examinados simultáneamente. A efectos de llegar a conclusiones, se elegirá un período de *investigación de la práctica no inferior a los 12 meses*, y del daño no inferior a los 24 meses, inmediatamente anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la Resolución que dio inicio a la investigación.

Excepcionalmente, y siempre que falten al menos dos meses para concluir la investigación, la Secretaría General podrá modificar los períodos de investigación elegidos, mediante Resolución motivada, que será notificada a las partes interesadas.

En cuanto a la *conclusión de las investigaciones, siempre que ello sea posible, será dentro del plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de su apertura.* En caso de que resulte necesario, dicho plazo podrá ser prorrogado de oficio o a solicitud de parte, debidamente justificado, hasta por dos (2) meses adicionales. La Secretaría General deberá comunicar dicha prórroga a las partes interesadas hasta diez (10) días antes del vencimiento del plazo de seis meses.

381.4. Medidas provisionales

Se admite la posibilidad de establecer por parte de la Secretaría General medidas provisionales, debiendo solicitarla la parte interesada.

En lo que concierne a la *cuantía* de la medida provisional, ésta no deberá sobrepasar el margen de dumping provisionalmente establecida o de la subvención provisionalmente establecida, según sea el caso, y tendrá que ser inferior a dicho margen o cuantía, cuando esa medida inferior resulte adecuada para contrarrestar el daño. Tratándose de importaciones que amenacen causar un daño, la aplicación de las medidas provisionales se examinará y decidirá con especial cuidado.

381.5. Conclusión de la investigación

Es potestad de la Secretaría General suspender o dar por concluida una investigación sin el establecimiento de medidas provisionales o derechos definitivos, cuando el exportador comunique que asume voluntariamente *compromisos satisfactorios* de revisar sus precios o de poner fin a las exportaciones al país en cuestión, a precios de dumping, de modo que la Secretaría General quede convencida de que se eliminará el efecto perjudicial del dumping.

Estos compromisos sólo se aceptarán una vez que la Secretaría General haya formulado una determinación preliminar positiva de la existencia de dumping y del daño causado por la misma.

La Secretaría General podrá no aceptar un compromiso ofrecido, si considera que no sería realista tal aceptación o como resultado de otras consideraciones.

La investigación también puede concluir por *desistimiento* de la parte solicitante siempre que sea antes de algún pronunciamiento de la Secretaría General respecto a la aplicación de derechos provisionales o definitivos.

Si el desistimiento fuese luego que la Secretaría General haya resuelto aplicar los derechos provisionales, éstas serán revocadas de oficio por la Secretaría General.

En lo que se refiere a la conclusión de la investigación, puede terminar sin la imposición de medidas, cuando la participación de las importaciones a precio de dumping u objeto de la subvención sea *insignificante*, considerándose como tal (art. 27º) si el volumen de las importaciones del referido producto represente menos del seis (6) por ciento de las importaciones totales del producto objeto de la solicitud en el País Miembro importador, salvo que las importaciones de los países que individualmente representen menos de dicho porcentaje, representen en conjunto más del quince (15) por ciento de esas importaciones, o cuando el margen de dumping sea *mínimo*, esto es, inferior al tres por ciento (3%) *ad valorem* expresado como porcentaje del precio de exportación.

CAPÍTULO XLIII
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. DECRETO LEGISLATIVO Nº 716

382. Generalidades.- 383. Información.- 383.1. Información asimétrica.- 383.2. Idoneidad.- 384. Desarrollo de los derechos del consumidor.- 385. Base legal.- 386. Ámbito de aplicación.- 387. Organismo competente.- 388. Definiciones.- 388.1 Consumidores y usuarios.- 388.2. Consumidor responsable.- 388.3 Proveedor.- 388.4. Producto y servicio.- 389. Libertad de organización de los consumidores.- 390. Derecho de defensa. Intereses difusos.- 391. Derechos del consumidor.- 391.1. Directrices de la Organización de las Naciones Unidas.- 391.2. Reconocimiento de los derechos de los consumidores.- 392. Obligación de los proveedores.- 392.1. Obligación de no discriminar.- 392.2. Responsabilidad por la idoneidad y calidad del producto y servicio.- 392.3. Obligación de advertencia de riesgos.- 392.4. Obligación de brindar suministro oportuno o servicios de reparación y mantenimiento.- 392.5. Prohibición de métodos comerciales coercitivos.- 393. Información de la oferta de bienes y servicios.- 393.1. Oferta de promoción.- 393.2 Pago con tarjeta de crédito.- 393.3. Publicidad sobre rebaja de precios.- 394. Crédito al consumidor.- 394.1. Pagos anticipados.- 394.2. Cobranza de acuerdo procedimientos previstos en la ley.- 395. Responsabilidades del proveedor frente a los consumidores.- 395.1. Pago de dinero.- 395.2. Reposición del producto o devolución del pago en exceso.- 395.3. Reparación gratuita, reposición y devolución del pago.- 395.4. Títulos Valores emitidos incompletos. 395.5. Indemnización por daños y perjuicios.- 396. Infracciones y delitos.- 397. Sanciones.- 397.1. Sanciones administrativas.- 397.2. Graduación de las penas.- 397.3. Medidas correctivas.- 397.4. Sanciones Civiles. 397.5. Sanciones penales.- 398. Sistema alternativo de resolución de disputas.- 399. Procedimiento administrativo.- 400. Procedimiento judicial.- 401. Asociaciones de Consumidores. Convenios de Cooperación.

382. GENERALIDADES

La importancia que ha adquirido las disposiciones destinadas a la protección al consumidor en la actualidad ha dado lugar a que se hable del llamado Derecho del Consumidor. Como antecedentes de normas destinadas a la protección de los consumidores pueden encontrase en la antigua Roma a través del control que se efectuaba en el peso y las medidas de los productos que se expedían en las ciudades del Imperio.

La razón de las normas de protección al consumidor radica en la posición de debilidad de este frente al comerciante. Se presume que toda relación contractual es producto de lo que las partes acuerdan libremente, asumiéndose que estas cuentan con la información relevante que les permite tomar sus decisiones.

En los últimos tiempos se aprecia un cambio de actitud del consumido, lo que ha sido llamado una "revolución del consumidor", al tomar conciencia de sus derechos y opciones para elegir y reclamar. En cuanto a las empresas se observa que a partir de la década de los años 90 del siglo pasado empiezan a dar mayores informaciones sobre los productos y servicios, así se observa en la etiqueta de los productos la fecha de vencimiento, contenido neto, o números telefónicos de servicio de atención personalizada de las propias empresas, ya sea para recibir quejas o consultas de los consumidores.

Por otra parte corresponde al Estado, promover lo que se ha llamado la ciudadanía económica, permitiendo al consumidor hacer valer sus derechos. La acción del Estado debe tratar de preservar los intereses del consumidor ante los problemas de asimetría de la información que no pueden ser resueltos por la propia competencia entre las empresas.

Debe entenderse por otra parte que no es función del Estado garantizar un cierto nivel de "calidad", ni precios baratos, sino crear un marco que ofrezca al consumidor distintas combinaciones de precio y calidad, con información adecuada, para que éstos decidan.

383. INFORMACIÓN

Sin embargo en la práctica la información, por circunstancias tales como su costo, se encuentra disponible sólo para una de las partes, realizándose la transacción con una información incompleta, pudiendo darse el caso que una de las partes por el conocimiento de una mayor información se encuentre en una situación ventajosa.

Los problemas de información comprenden situaciones tales como el proveedor que omite brindar *información relevante* o la brinda de manera defectuosa, de tal modo que impide que el consumidor evalúe correctamente la contratación del bien o servicio a adquirir.

383.1 Información asimétrica

La desinformación por una de las partes, en este caso el consumidor da lugar a lo que se conoce con el nombre de *información asimétrica*. El punto central es que la información que tienen las partes no sólo es imperfecta sino también es desigual. El que actúa como proveedor del bien o servicio que está siendo intercambiado tiene una ventaja sobre el consumidor, sabe más del producto que ofrece y de las condiciones en las que contrata. En este contexto se puede decir que existe una asimetría de información que favorece al empresario.

Los proveedores debido a su experiencia en el mercado, tienen una mayor información sobre los productos y servicios que venden, lo que puede traer como consecuencia una distorsión del funcionamiento del mercado, en razón que se encuentra en una mejor posición para tomar precauciones sobre las condiciones que puede ofrecer un bien o servicio idóneo.

383.2. Idoneidad

El otro problema que puede surgir concierne a la *idoneidad*, que es la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que realmente recibe. Sin embargo, lo que el consumidor espera depende de la cantidad y calidad de información que ha recibido.

Lo *idóneo*, se entiende como lo que se puede esperar razonablemente dadas las circunstancias. Así el consumidor que contrata un servicio de transporte y debido, por ejemplo, a factores climáticos el servicio no se brinda en el momento pactado, dicho consumidor esperaría ser informado sobre lo que ocurre y que el empresario haga sus mayores esfuerzos por brindar el servicio en la primera oportunidad posible.

En este sentido se considera que los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que pongan a disposición de los consumidores en el mercado, debiendo los productos o servicios responder a la finalidad para la cual el bien ha sido fabricado o el servicio ha sido ideado (art. 8º).

Dentro de estos problemas podemos encontrar casos típicos tales como:

I. El consumidor que denunció a una empresa dedicada a la venta de automóviles, por cuanto ésta le vendió un auto que presentaba el tacómetro manipulado con la finalidad de ocultar su verdadero kilometraje. En este caso, la Sala consideró fundada la denuncia en tanto la denunciada no cumplió con brindar información exacta al consumidor (Resolución Nº 072-97/TDC de fecha 15 de marzo de 1997. Expediente Nº 152-96-CPC seguido por Antonio Márquez contra Abical Motor. Sanción: 20 Unidades Impositivas Tributarias).

II. Otro caso en el que se han presentado problemas de información es el que inició la Comisión de oficio contra una aerolínea, debido a los constantes reclamos de consumidores con relación a la falta de información adecuada y oportuna a los pasajeros respecto de los retrasos, reprogramaciones, cancelaciones y restricciones de sus vuelos.

En este caso, la Sala consideró fundada la denuncia pues determinó que efectivamente la información señalada no era puesta en conocimiento de los consumidores (Resolución Nº 130-98/TDC de fecha 15 de mayo de 1998. Expediente Nº 124-97-CPC seguido contra Aerocontinente. Sanción: 40 Unidades Impositivas Tributarias).

384. DESARROLLO DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Se puede encontrar antecedentes de algunas normas de protección al consumidor en el antiguo Derecho Romano, asi como en el Derecho Común inglés del siglo XVII. Igualmente, los casos de responsabilidad por productos defectuosos se presentan con cierta frecuencia a partir del auge de la Revolución Industrial en el siglo XIX. Sin embargo, el nacimiento de la moderna responsabilidad por productos defectuosos se remonta a 1916 con el caso de MacPherson v. Buick Motor Co. decidido por la Corte de Apelaciones de Nueva York.

La masificación de la producción y el consumo ha dado lugar a los contratos de adhesión y de cláusulas generales, acentuándose la despersonalización de las relaciones con los consumidores, estas circunstancia trae como consecuencia el desarrollo de principios que conciernen al consumidor como son: la responsabilidad objetiva del proveedor, la obligación de retirar los productos que ponen en el mercado cuando éstos conlleven riesgos injustificados o no advertidos, así como el ofrecimiento de garantías implícitas.

Como punto de partida de los derechos del consumidor se puede mencionar el discurso que pronunció el 15 de marzo de 1962 John F. Kennedy, Presidente de los Estados Unidos, ante el Congreso de su país el que contiene una serie de apreciaciones respecto al papel que cumplen los consumidores en el desarrollo económico, anunciando que la ciudadanía plena no sólo depende de una adecuada protección y garantía de nuestros derechos políticos, ejercidos a través del sistema democrático, sino que se hace indispensable una adecuada protección y garantía de nuestros derechos económicos. Formula y propone cuatro principios básicos que aún continúan vigentes: el derecho a la información, el derecho a la seguridad, el derecho a escoger y el derecho a ser escuchado.

El 15 de marzo de 1983, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró ese día como el "Día Mundial de los Derechos del Consumidor", el mismo que se celebró por primera vez en 1983. Asimismo, la mencionada Asamblea adoptó los lineamientos generales para la protección de los consumidores a nivel mundial a partir de 1985.

En el Perú, la protección al consumidor encuentra sus orígenes legales en el D. S. Nº 036-83-JUS del año 1983, norma de carácter publicista que asignaba al Estado una función más intervencionista que promotora. No obstante, como en el caso norteamericano, la "explosión" adolescente de la protección al consumidor llegará en la década de los noventa del siglo pasado con la promulgación del Decreto Legislativo Nº 716 y de la Ley del Indecopi.

385. BASE LEGAL

La Constitución de 1979 en su art. 110º se refería a que el Estado defiende el interés de los consumidores, dicho principio se recoge en el artículo 65º de la Constitución actual de 1993, la que mejora la redacción de la Constitución anterior, distinguiendo entre consumidor y usuario, así como la referencia a ciertos derechos fundamentales del consumidor, como el de la información, salud y seguridad.

A partir de 1991 se emiten una serie de normas destinadas a establecer un marco adecuado que permita la aplicación de los derechos que le corresponde al consumir que tienen relación con la tutela del mercado de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, normas de publicidad, normas relacionadas con la competencia desleal, normas relacionadas con la simplificación administrativa, mencionándose las principales a continuación.

- El Decreto Legislativo Nº 716 de 7 de noviembre de 1991, trata de la protección jurídica del consumidor, el mismo que se complementa con el Decreto Ley Nº 26122 (Ley de la Represión de la Competencia Desleal) y el Decreto Ley Nº 25868 que crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección a la Propiedad Intelectual (Indecopi). La Ley Nº 27311, que modifica los artículos 13º, 38º, 39º, 40º, 41º, 42º, 43º, 44º, 45º y 46º del Decreto Legislativo Nº 716, modificado a su vez por el Decreto Legislativo Nº 807.

  Mediante el Decreto Supremo Nº 039-2000-ITINCI se aprobó el *Texto Único Ordenado* de la Ley de Protección al Consumidor.

- Decreto Legislativo Nº 701, Ley Contra las Prácticas Monopólicas Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, de 7 de noviembre de 1991.

- Decreto Supremo Nº 131-91-EF, modificado por el Decreto Supremo Nº 051-92-EF, Norma destinada a evitar y corregir las distorsiones de la Competencia en el Mercado generadas por el Dumping y los Subsidios de 12 de junio de 1991 aplicable a los países no miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

- Resolución Legislativa Nº 26407, vigente desde el 01 de enero de 1995, que incorpora al ordenamiento jurídico nacional el Acuerdo Constitutivo de la OMC y sus Acuerdos Multilaterales de Comercio ("Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio de 1994", el "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias" y en el "Acuerdo sobre Agricultura").

- Decreto Supremo Nº 006-2003-PCM que reglamenta las normas previstas en los mencionados Acuerdos.

- Las Decisiones de la Comunidad Andina: a) Decisión Nº 456 (Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas

por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina; y, b) la Decisión Nº 457 (Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina).

- Decreto Legislativo Nº 691, Ley de Publicidad en Defensa del Consumidor, de 6 de noviembre de 1991.
- Decreto Ley Nº 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, de 30 de diciembre de 1992.
- Decreto Ley Nº 25868 de 6 de noviembre de 1992 (Ley del Indecopi). Modificado por: el Decreto Ley Nº 26116 de 30 de diciembre de 1992, Decreto Legislativo Nº 788 de 31 de diciembre de 1994, Decreto Legislativo Nº 807 de 18 de abril de 1996 y por la Ley Nº 27146 de 24 de junio de 1999.
- Ley Nº 26284, Ley General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS de 18 de enero de 1994 (Ley de Sunass).
- Ley Nº 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía (OSINERG) de 31 de diciembre de 1996 ("Ley del Osinerg").
- Ley Nº 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte (OSITRAN) de 23 de enero de 1998 ("Ley de Ositran").
- Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada de 29 de julio de 2000.
- Ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada de Telecomunicaciones –OSIPTEL– de 5 de agosto de 2000 (Ley de Osiptel).

386. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La ley se aplica a todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional (art. 1º).

En tal sentido, la Sala aprobó como precedente de observancia obligatoria, el criterio según el cual todos los proveedores de bienes o servicios en el territorio nacional están sujetos al ámbito de aplicación de la Ley.

Al respecto, la Sala ha establecido que la Ley se aplica a las operaciones de consumo que tengan origen en el territorio nacional, aunque la ejecución del servicio contratado se produzca o no en el mismo territorio.

Resolución Nº 190 2000/TDC Indecopi de fecha 19 de mayo de 2000 en el Expediente Nº 247-99 CPC seguido por Alice Owen Rangel Vda. de Podestá contra Assist Card Perú S.A por infracciones cometidas a la Ley con ocasión de la prestación de servicios turísticos de asistencia al viajero en el extranjero en particular de atención medica gratuita. En este caso, a pesar de que se contrató el servicio para una eventual asistencia médica en Panamá dicha relación de consumo fue celebrada por el señor Podestá en el territorio peruano pues fue ahí donde se afilió a Assist Card donde pagó la contraprestación exigida y donde obtuvo el derecho de acceder a los servicios de atención médica que contrató. Por esta razón se estableció que la norma aplicable a este caso era la Ley peruana.

En este sentido, la Ley es de aplicación a los casos de las empresas de turismo que venden paquetes turísticos para el extranjero o el de las líneas aéreas internacionales, pues el solo hecho de haber comercializado sus servicios en el Perú obliga a estas empresas a responder por la idoneidad y calidad de los mismos frente al consumidor en los términos establecidos en la Ley, sin importar en que parte del mundo se produzca el defecto.

Nada impide teniendo presente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y lo dispuesto en el artículo 1354º del Código Civil que las partes pueden establecer la dirimencia de sus responsabilidades por el incumplimiento contractual ante tribunales extranjeros en los casos que se trate de cuestiones relativas a controversias de carácter privado que se susciten entre ellas.

La decisión de las partes del sometimiento a jurisdicciones extranjeras para la solución de sus conflictos particulares no puede afectar la tutela del Estado peruano en materia de protección administrativa de las condiciones y de la idoneidad en el cumplimiento del intercambio de bienes y servicios que se adquieren en el Perú, más aún, en tanto que las facultades del Estado corresponden al orden público, lo cual implica que no puedan ser modificadas o superadas por contratos entre particulares.

387. ORGANISMO COMPETENTE

El organismo competente para conocer de los procesos administrativos y la imposición de las sanciones previstas en el D. Leg. Nº 716, es la Comisión de Protección al Consumidor. La competencia de la Comisión sólo podrá ser negada por norma expresa de rango legal (agregado por el art. 21º del D. Leg. Nº 807) (*supra* Nº 335.2d.3).

La Comisión contará con una Secretaría Técnica como organismo ejecutivo dependiente de la Comisión y que estará encargada de velar por el cumplimiento de la presente Ley.

388. DEFINICIONES

La premisa básica para que la Ley pueda aplicarse es la existencia de una relación de consumo, es decir, la existencia de un servicio prestado por un proveedor a favor de un consumidor o usuario final a cambio de una retribución económica.

En tal sentido, la relación de consumo se encuentra determinada por la concurrencia de tres componentes que están íntimamente ligados y cuyo análisis debe efectuarse de manera integral, puesto que la ausencia de uno de dichos componentes determinaría que no nos encontremos frente a una relación de consumo. Dichos componentes son los siguientes:

1. un consumidor o usuario destinatario final;
2. un proveedor; y,
3. un producto o servicio materia de una transacción comercial.

La ley en su artículo 3º define una serie de conceptos los que se exponen a continuación.

388.1 Consumidores y usuarios

Se considera como *consumidores* a los que utilizan o disfrutan como *destinatarios finales* productos, y *usuarios* el que adquiere, utiliza o disfruta de un servicio o servicios.

No todo consumidor, en sentido lato, está protegido por las normas de protección al consumidor.

Así, para que una persona, ya sea natural o jurídica, sea considerada como consumidor, es necesario que concurran por lo menos dos condiciones: (i) debe adquirir, utilizar o disfrutar un producto o servicio; y, (ii) debe ser el destinatario final de los mismos.

En lo concerniente a la condición (i), cabe destacar que el ámbito de protección no se encuentra restringido exclusivamente a los compradores o contratantes de un producto o servicio. Una persona puede entrar en contacto con un bien o un servicio de muchas maneras sin necesariamente haberlo adquirido directamente como propietario o sin que incluso medie una relación contractual con el empresario. Así, por ejemplo, una persona puede recibir prestado o regalado un producto de quien lo adquirió, y que posteriormente éste resulte defectuoso.

En lo que se refiere a la condición (ii) pueden presentarse ciertas circunstancias que requieren de un mayor análisis a efecto de determinar el destino final del producto.

Se presentan casos que un mismo producto puede ser adquirido por un empresario para incorporarlo en su proceso productivo, así como por un consumidor para darle un eso final. Un ejemplo típico que se menciona, es la leche. Un fabricante de quesos comprará la leche para la fabricación de los quesos según los estándares que se haya fijado. Por otro lado, una ama de casa comprará la leche para poder alimentar a su familia. En el primer caso, la leche es incorporada en un proceso productivo que la transformará en quesos a ser comercializados posteriormente. En el segundo caso, estamos ante un consumo en el entorno personal

y familiar del consumidor. La denuncia del fabricante de quesos respecto a problemas que se puedan presentar con la leche no entrará en el ámbito de protección de la Ley de Protección al Consumidor, mientras que la denuncia del ama de casa por problemas con la leche, definitivamente sí estará incluida en los supuestos de aplicación de la ley.

La Ley contempla dentro de su ámbito de protección sólo a los destinatarios finales de los bienes que adquieran o los servicios que contraten. Así, no basta ser adquirente de un bien o servicio para ser considerado consumidor, sino que es necesario tener la condición de "consumidor final".

A fin de precisar este concepto, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha emitido un precedente de observancia obligatoria que señalando que:

> "Se considera como consumidor o usuario, de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 716, a la persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta un producto o un servicio para fines personales, familiares o de su entorno social inmediato. No se consideran por tanto consumidores y usuarios para efectos de la Ley a los proveedores cuando adquieren, utilizan o disfrutan de un bien o servicio para fines propios de su actividad como tales, según las definiciones contenidas en los artículos 1º y 3º inciso b) del mencionado cuerpo legal. En tal sentido, las denuncias que tengan por pretensión la protección de intereses de quienes no puedan ser consideradas consumidores o usuarios, deberán ser declaradas improcedentes" (Cheenyi E.I.R.L. vs Konica S.A. Expediente 102-95-CPC, Resolución 101-06.TDC, de fecha 18 de diciembre de 1996).

Conforme al criterio establecido por la Sala, el consumidor que la Ley ampara es el que ocupa el último eslabón de la cadena de producción-consumo, es decir, aquel que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio, en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato.

Ello significa que dicha persona, para ser considerada consumidor o usuario, debe destinar el producto o servicio a un uso distinto al que le daría un proveedor. Su adquisición, uso o disfrute no deben estar dirigidos a la realización o al soporte de actividades de fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio, suministro o prestación, propias de un proveedor.

En algunos casos las empresas o comerciantes pueden ser consideradas como *consumidores finales* cuando adquieren, utilizan o disfrutan bienes o servicios que no incorporan al desarrollo de su actividad como proveedores.

> En este sentido, la Sala ha considerado que no todo bien del activo de una empresa está necesariamente vinculado a las tareas productivas de ésta, pues, en muchos casos, los bienes adquiridos por la empresa pueden ser utilizados directamente por ellas, es decir, como consumidores finales (Resolución Nº 336-2000/TDC de fecha 11 de agosto de 2000 en el Expediente Nº 157-2000-CPC, seguido por De Col Ingenieros S.A. contra Inchape Motors Perú S.A.).

Es preciso aclarar que aún existen zonas grises en las que no es sencillo determinar con toda precisión si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario. Ello ocurriría, por ejemplo, con el caso de quien adquiere un bien para su uso simultáneo como consumidor final y como proveedor, tal como sería el caso del padre de familia que utiliza el automóvil familiar como taxi en las horas libres.

388.2. Consumidor responsable

El consumidor, que el sistema protege, es el que actúa de manera responsable.

El esquema de protección al consumidor se centra en la idea de proteger a consumidores responsables, entendiendo por ello a aquel que actúa con la diligencia ordinaria que es esperable en ciertas circunstancias (llamado *"consumidor razonable"*).

La lógica de este concepto, que ha generado diversos cuestionamientos, es en realidad bastante sencilla. Los problemas de consumidores recibiendo algo distinto a lo que deseaban tienen básicamente dos fuentes: (a) la falta de información de los proveedores; y, (b) la falta de diligencia de los propios consumidores. De la misma manera como los atropellos dependen de cómo manejan los conductores de vehículos pero también de cómo se comportan los peatones, los problemas de consumo dependen de ambas partes en la relación.

Así, el consumidor que actúa dentro de la ley es el caso del que compra y exige comprobante de pago, que es la prueba de haber adquirido el producto o servicio y que cualquier consumidor responsable lo exige previendo un ulterior reclamo; de no exigir comprobante de pago, además de la consecuencia señalada se estará incentivando la informalidad en el comercio, que es uno de los problemas más graves que viene enfrentando nuestro país en las últimas décadas y que repercute en los empresarios responsables.

El sistema no protegerá a quien actúe al margen de la ley, como el que compra a un informal, o adquiere un bien robado, o quien busca evadir impuestos.

El consumidor tampoco estará protegido si es que no lee la información que le brinda el proveedor, como pueden ser las contraindicaciones de un medicamento o las cláusulas del contrato que firma.

Asimismo, el sistema no protegerá al consumidor que no actúa con *diligencia ordinaria*. Este criterio no sólo se ha establecido en la jurisprudencia sino incluso en la ley, el artículo 1314º del Código Civil señala que quien actúa con la diligencia ordinaria, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La referencia a diligencia ordinaria evidentemente se refiere a la forma como actuaría una persona (en este caso un consumidor) razonable. Asumir que el consumidor puede ser protegido en cualquier caso, sin importar su nivel de diligencia, es asumir que tendrán una suerte de seguro contra su propia irresponsabilidad.

Sobre el particular, el Tribunal del Indecopi ha establecido lo siguiente:

> "Es responsabilidad del consumidor leer adecuadamente el contenido de los contratos que suscribe, toda vez que éste determina los alcances de los derechos y obligaciones que asumen ambas partes. La Sala no ampara la negligencia en que pudiese haber incurrido el consumidor que no leyó adecuadamente los términos del contrato que ha suscrito. Así, la firma del señor Van Hasselt en el contrato de crédito automotriz implicaba la aceptación y el conocimiento de todas y cada una de las cláusulas que contenía, incluida la cláusula séptima previamente citada. En este orden de ideas, debe presumirse que el denunciante estaba al tanto del procedimiento establecido por el Banco para la realización de pagos anticipados"(Henri van Hasselt Dávila vs. Bancosur. Resolución Nº 179-1999/TDC de fecha 21 de mayo de 1999).

En conclusión, el sistema de protección al consumidor protege a quien hace uso responsable de su condición de consumidor, es decir, al consumidor que cumple con la ley, que sabe reclamar, que se informa y que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier otro consumidor.

388.3. Proveedor

En cuanto al *Proveedor* se considera como tal a quienes fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores.

La interpretación sistemática de los artículos 1º y 3º inciso b) de la Ley de Protección al Consumidor, determina que se considera proveedor a toda persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, que se dedique en *establecimientos abiertos al público*, o en forma *habitual*, a la producción o comercialización de bienes (esto es, a la fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio o suministro de bienes) o a la prestación de servicios, en el territorio nacional.

En este sentido, basta desarrollar una actividad de producción, comercialización o prestación en un *establecimiento abierto al público*, sin importar que nunca antes haya realizado o recién inicie dicha actividad, para que quien adquiere, utiliza o disfruta de un bien o servicio sea considerado proveedor y por tanto se encuentre fuera del ámbito de tutela de la Ley para las operaciones que realiza en el desarrollo de los fines propios de su actividad como tal.

En lo concerniente al supuesto de *habitualidad*, ésta se presenta incluso en el caso que la persona no realice sus actividades en establecimientos abiertos al público, si realiza la actividad de manera común y reiterada, será considerado proveedor y las operaciones que realice para el desarrollo de sus actividades como tal se encontrarán fuera de la ley.

El concepto de *habitualidad* no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deben realizarse para presumir la existencia de la misma. Por el

contrario, la habitualidad a la que se refiere la Ley de Protección al Consumidor se encuentra referida al supuesto de que pueda presumirse que alguien desarrolla la actividad para continuar en ella.

> La Sala ha establecido como criterio que una persona natural o jurídica se comporta como proveedor cuando se dedica en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes (esto es, a la fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio o suministro de bienes) o a la prestación de servicios en el territorio nacional (Resolución Nº 101-96/TDC-Indecopi de fecha 18 de diciembre de 1996 en el Expediente Nº 102-95/CPC seguido por Cheenyi E.I.R.L. contra Konica S.A.).

La Ley en su art. 3º contiene un listado que, sin ser limitativo, define detalladamente a los distintos proveedores involucrados en la cadena producción-consumo, para efectos de la ley se entiende por:

a) *Proveedores.*- Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

   b.1. *Distribuidores y comerciantes.*- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

   b.2. *Productores o fabricantes.*- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

   b.3. *Importadores.*- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

   b.4. *Prestadores.*- Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

Un aspecto importante para que se establezca la relación proveedor-consumidor, es que el producto o servicio debe ser materia de transacción comercial, aspecto que menciona el artículo 3º inc. c) y d) de la ley. En tal sentido, la Ley excluye las operaciones a título gratuito. No obstante ello, debe tenerse cuidado con los bienes o servicios suministrados gratuitamente con ocasión de una transacción onerosa, como el caso de las ofertas, promociones o regalos vinculados a la transacción originaria, toda vez que ellas si son consideradas operaciones de consumo por la Ley.

388.4 Producto y servicio

El artículo 3º inc. c) entiende por producto, cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial, producido o no en el país, materia de una transacción comercial con un consumidor.

En cuanto al concepto de servicio, se define en el inciso d) del mencionado artículo como cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia.

389. LIBERTAD DE ORGANIZACIÓN DE LOS CONSUMIDORES

El art. 4º del Decreto Legislativo Nº 716 reconoce que los consumidores pueden organizarse bajo la forma de Asociaciones, de conformidad con las normas del Código Civil. La finalidad de dichas asociaciones es la protección de los consumidores. Su representación, señala el mencionado artículo, se limita a sus asociados y a las personas que hayan otorgado poder en su favor y puedan interponer a nombre de ellos denuncias y reclamos ante las autoridades competentes.

390. DERECHO DE DEFENSA. INTERESES DIFUSOS

La defensa de los intereses de los usuarios por parte de las Asociaciones de Consumidores, debe de distinguir si es en defensa de los intereses individuales o de los intereses difusos.

Los temas que se plantean en el caso de los intereses difusos son los referentes a la legitimación de las partes y a la cosa juzgada.

Los intereses difusos se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación a todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes, como consumidores de un mismo producto, vivir en un determinado lugar, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc.

Cuando se trata de intereses difusos no es posible identificar a las personas físicas implicadas y por otra parte no existe una entidad que agrupe al universo de dichas personas.

En lo que respecta al concepto de interés difuso, éste cuenta con un elemento de carácter subjetivo, configurado por la pertenencia a una pluralidad indeterminada de sujetos y con otro normativo que se basa en el reconocimiento de modo explícito e implícito del derecho.

La doctrina viene estableciendo que el ámbito de los intereses difusos es el siguiente:

a) La protección del consumidor, que incluye las prácticas de la competencia desleal, los casos de propaganda engañosa y los productos defectuosos;

b) La protección del medio ambiente, la conservación del equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, arqueológicos y paisajísticos; y,

c) En general, la protección de otros bienes que respondan, en forma idéntica, a las necesidades comunes de los grupos humanos indeterminados de personas, a fin de salvaguardar la calidad de vida social.

Dentro del derecho comparado se puede mencionar la *"class action"* o acciones de clase proveniente de la jurisprudencia del *Common Law*, en especial la norteamericana, que permite actuar en juicio a una persona en representación de un grupo, de otros interesados, pero de carácter difuso.

Como antecedente remoto se menciona al denominado *"Bill of Peace"* que se conocía en la justicia inglesa como los juicios de equidad *("equity")*, para evitar la proliferación de pleitos idénticos, extendiendo la acción del actor (o los actores) a todos los que se encontraban en la misma situación.

El segundo aspecto es el referente a la cosa juzgada, o sea el valor de la sentencia para aquellos que no actuaron en el proceso, o aparecen representados pero sin haber expresado su voluntad.

Sobre el particular, en principio se pensó extender la decisión a otros casos similares, por virtud del *"stare decisis"* que consideran los países del *Common Law*, a la jurisprudencia como fuente del derecho, para aplicar idénticas soluciones a casos futuros, o la idea del *test case*, en el sentido que el tribunal puede aplicar su decisión anterior a los nuevos demandados en casos similares.

La otra posibilidad es que modificando la regla del procedimiento tradicional, se admita que la sentencia dictada alcance a personas que no han litigado y que se encuentren en la misma situación.

El art. 82º del Código Procesal Civil (CPC) modificado por la Ley Nº 27752 contempla la figura de los intereses difusos a los que define como aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente, o el patrimonio cultural o históricos o del consumidor.

Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

El penúltimo párrafo del art. 82º del CPC, modificado, señala que la sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado en el proceso, en este sentido se supera la limitación del art. 4º que requería otorgar la representación mediante poder, al tratar de la figura de los intereses difusos.

En cuanto al alcance del art. 82º del CPC, en relación con el art. 4º del D. Leg. Nº 716, el primero tiene un alcance mayor, ya que faculta además al Ministerio Público, a proteger el interés social de la comunidad.

Por su parte, el art. 51º del D. Leg. Nº 716, incorporado por el art. 21º del D. Leg. Nº 807, dispone que el Indecopi se encuentra legitimado para promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia, en defensa de los intereses de los consumidores, conforme a lo señalado en el art. 82º del CPC, los mismos que se tramitaran en la vía sumarísima.

El Indecopi representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funda el petitorio si aquellos no manifiestan expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de 30 días de realizadas las publicaciones, vencido el cual se citará a la audiencia de conciliación.

Consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, ésta será cobrada por Indecopi, quien luego prorrateará su monto o velará por su ejecución entre los consumidores que se apersonen ante dicho organismo, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

Indecopi puede también actuar representando los intereses individuales de los consumidores ante cualquier autoridad pública o cualquier otra persona o entidad privada, bastando para ello la existencia de una simple carta poder suscrita por el consumidor afectado (último párrafo del art. 51º, D. Leg. Nº 716, adicionado por el art. 21º del D. Leg. Nº 807). Asimismo, la Secretaría Técnica de Protección al Consumidor, o los funcionarios que Indecopi designe, podrán representar al turista, para todos los efectos, en las acciones conducente a la solución de las denuncias interpuestas, pudiendo ejercer dicha representación en la vía administrativa o jurisdiccional, requiriéndose para tal efecto la carta a que se ha hecho referencia (art. 25º de la Ley Nº 26961).

Por su parte las asociaciones de consumidores debidamente reconocidos por Indecopi, están legitimadas para interponer denuncias por sí mismo ante este organismo y otros reguladores en defensa de los intereses colectivos y/o difusos de los consumidores afectados (*infra* Nº 401).

391. DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Es importante establecer los derechos básicos del consumidor, distinguiendo los que corresponden a una acción preventiva del Estado, que se materializa en la difusión de los derechos del consumidor a efectos de evitar de que pueda ser engañado o por la elaboración de productos que le perjudiquen; y los derechos comprendidos en una acción de reparación de los daños causados, es decir, cuando ya se vulneró un derecho del consumidor, debiendo el Estado garantizar la reparación mediante procedimientos eficaces.

Entre los derechos que están comprendidos en una acción preventiva se encuentran: *el derecho de la educación* del consumidor, que permite que conozca sus derechos básicos; *el derecho de información,* que permite que el consumidor tenga un conocimiento más amplio en todo lo concerniente al producto o servicio que va a adquirir; y finalmente su *libertad a organizarse,* con lo cual se le asegura que el consumidor colabore con el Estado en la protección de sus derechos.

Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de *silencio de las partes* o en caso de

que no existan otros elementos de prueba que demuestra que es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

En lo que respecta a la acción de reparación de *daños causados*, se da cuando se adquiere un producto en mal estado que tenga repercusiones en el interés económico del consumidor, así como en su salud derivado de su consumo.

Por otra parte, la reparación del daño a cada consumidor en muchos casos no representa montos significativos, por lo que los gastos de la acción contra la empresa no compensarían la indemnización a recibir, sin embargo, al haberse incorporado, el art. 82º del CPC la figura de los intereses difusos les alcanzaría el beneficio sin mayor costo *(supra* Nº 390).

391.1 Directrices de la Organización de las Naciones Unidas

Las Directrices para la Protección al Consumidor aprobadas por la Resolución A/RES/39/248, de 16 de abril de 1985, dada por la Asamblea de la ONU, en el apartado 3 de su artículo II ha establecido los siguientes derechos:

1) La protección a los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad;
2) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
3) El acceso de los consumidores a una información adecuada que le permita acceder a elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;
4) La educación del consumidor;
5) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor; y,
6) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.

La mayoría de estos principios han sido recogidos en el Decreto Legislativo Nº 716, los que se exponen a continuación.

391.2. Reconocimiento de los derechos de los consumidores

El art. 5º reconoce los siguientes derechos a los consumidores:

a) Derecho a una protección eficaz, contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.

b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

La información se divide tradicionalmente en tres modalidades: i) publicidad; ii) leyendas informativas sobre mercaderías y servicios; y, iii) en las declaraciones contractuales, las mismas que se tratan en el estudio del D. Leg. Nº 691 *(infra* Nº 402 y ss.).

El consumidor debe estar debidamente informado, la falta adecuada de ésta puede traer consecuencias perjudiciales; diversas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia así lo han establecido.

> Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Nºs. 1466-95- Indecopi/TDCPI, de 10 de agosto de 1995. Expediente Nº 052-94-CPC. Diario Oficial *El Peruano,* 15 de setiembre de 1995, p. 134215; 467-95-Indecopi/TDCPI, de 10 de agosto de 1995. Expediente Nº 177-93-CPC. Diario Oficial *El Peruano,* 15 de setiembre de 1995, p. 134222; 1545-95-Indecopi/TDCPI, de 22 de agosto de 1996. Expediente Nº 142-93-CPC. Diario Oficial *El Peruano,* 14 de setiembre de 1995, p. 134180; 1546-95-INDECOPI/TDCPI, de 22 de agosto de 1996. Expediente Nº 262-93-CPC. Diario Oficial *El Peruano,* 14 de setiembre de 1995, p. 134182; y 1562-95-Indecopi/TDCPI de 22 de agosto de 1995. Expediente Nº 142-93-CPC. Diario Oficial *El Peruano,* 14 de setiembre de 1995, p. 134177), han dispuesto que conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo Nº 716, el consumidor debe estar lo suficientemente informado respecto del producto o servicio que desea adquirir, de tal manera que pueda realizar una elección que satisfaga efectivamente sus expectativas respecto del producto o servicio ofrecido.

Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información que sea relevante respecto de los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal, que aquella pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.

Así, lo que se debe informar depende de lo que un consumidor espera, y lo que el consumidor esperaría lo que depende de lo que se le informó. En consecuencia, de acuerdo al criterio establecido por la Sala, el cumplimiento de esta obligación se analiza en abstracto, es decir, tomando en cuenta lo que normalmente esperaría un consumidor razonable en las circunstancias que rodean la adquisición de un producto o la contratación de un servicio.

> Resolución Nº 102-97/TDC de fecha 16 de abril de 1997 en el Expediente Nº 327-96-CPC, seguido por Liliana Carbonel Cavero contra Finantour S.R.L. Sanción: 1 Unidad Impositiva Tributaria).

Para determinar la relevancia de una información, es necesario atender a la posibilidad de que la omisión o revelación de dicha información hubiera podido cambiar la decisión del consumidor de adquirir o no el servicio o producto deseado.

Conforme a lo señalado por el artículo 16º (Texto según el art. 18º del D. Leg. Nº 807) toda información sobre productos de manufactura nacional proporcionada a los consumidores deberá efectuarse en términos comprensibles en idioma castellano. Asimismo, se dispone que en el caso de productos de manufactura extranjera deberá brindarse en idioma castellano la información relacionada con las condiciones de la garantía, las advertencias y riesgos previsibles, así como los cuidados a seguir en caso de que se produzca un daño.

El consumidor debe ser advertido sobre peligros o riesgos que los productos o servicios conlleven. La gran cantidad y variedad de productos y servicios, las distintas condiciones de fabricación y prestación, su procedencia, la variada calidad de los insumos y tecnología que se usan, permiten una serie de beneficios, pero traen consigo también una serie de riesgos que los consumidores deben conocer.

En relación con este derecho de los consumidores a recibir información es conveniente tener presente los denominados *contratos de adhesión*, lo que menciona el art. 1390º del Código Civil, en estos contratos todas sus cláusulas y la información correspondiente deben ser conocidas por el adherente o consumidor.

El contrato de apertura de una cuenta bancaria constituye uno de adhesión. En este sentido el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, ha considerado que ningún banco o institución financiera puede cargar a sus clientes conceptos no aceptados previamente en los respectivos contratos de servicios bancarios, expresamente por medio de formatos o formularios en los que consta de manera indubitable y previo a cualquier cargo, la voluntad del cliente en el sentido de aceptar el nuevo servicio.

Por otra parte, en el caso de cláusulas contractuales, las mismas que tienen por finalidad permitir que el consumidor conozca los alcances de todas las cláusulas del contrato, sin embargo, siempre existe el problema de la terminología técnica jurídica, la misma que no está al alcance de todos los consumidores, en este sentido es conveniente utilizar un lenguaje claro y simple para que pueda ser entendible por todos los consumidores.

1. La Resolución Final de la Comisión de Protección al Consumidor Nº 040-99-CPC de 22 de febrero de 1999 (Expediente Nº 152-1997-CPC, en Diario Oficial *El Peruano*, 12 de marzo de 1999, p. 1709661) considera que en el caso de una cláusula referente al extravío de tarjeta de crédito, que de una lectura diligente, un consumidor razonable podría simplemente deducir que, en caso de uso fraudulento de la tarjeta de crédito, él será responsable por todo el consumo efectuado hasta el límite de su línea de crédito (y, en su caso, los sobregiros permitidos). Habiendo por lo menos dos interpretaciones posibles de la cláusula en cuestión, la Comisión optó por la más favorable al consumidor, basándose en el artículo 1401º del Código Civil que establece que las estipulaciones insertadas en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra. En este orden de ideas, la Comisión estimó que el banco no ha brindado al consumidor información veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible respecto al límite de responsabilidad de este último, en caso de uso fraudulento de la tarjeta de crédito en discusión, sancionándolo con 8 Unidades Impositivas Tributarias.

c) *Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios*, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen.

d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios.

La Ley Nº 27049 precisa los alcances del inciso d) del art. 5º mencionando que todos los consumidores tienen derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivos de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en las adquisiciones de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

e) Derecho a la no discriminación, como se ha mencionado en el párrafo anterior, la Ley Nº 27049 en su artículo 1º, al precisar los alcances del inciso d) del artículo 5º considera como derecho del consumidor a no ser discriminado por diversos motivos.

Por otra parte el artículo 2º de la Ley Nº 27049 adiciona al Decreto Legislativo 716, el artículo 7º B como obligación del proveedor de no establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen en locales abiertos al público (*infra* Nº 392.1).

Estas precisiones tuvieron su origen en un caso presentado a la Comisión de Protección al Consumidor respecto de la discriminación en el ingreso a una discoteca y la acción de amparo planteada por la denunciada contra el Indecopi.

La denunciada sostuvo que inicialmente se colocó un letrero que señalaba que la empresa se reservaba el derecho de admisión, el cual fue cambiado por otro que señalaba que el ingreso es sólo para los "socios del club"; asimismo, que la discriminación en nuestro ordenamiento legal únicamente es aplicable al accionar del Estado no siendo aplicable a los individuos, y que el derecho de reserva de admisión no está ni podría estar regulado en las normas de protección al consumidor porque dicho derecho se deriva de la libertad de contratar.

Por otra parte la denunciada había planteado una acción de amparo contra Indecopi.

> La Comisión de Protección al Consumidor consideró que la denunciada tuvo la intención de restringir el ingreso a su establecimiento, basándose en criterios como la raza y la condición socioeconómica de los consumidores, utilizando como pretexto un "requisito" de índole asociativo; que, por otra parte, una restricción de acceso al consumo, genera un daño de credibilidad y confianza de los consumidores en el sistema, procediendo a declarar fundada la denuncia formulada de oficio, estableciendo una sanción de pago de veinte UIT y la clausura temporal del local (Resolución Nº 5 de 13 de agosto de 1998. Expediente Nº 180-1998/CPC. Diario Oficial *El Peruano*, 27 de noviembre de 1998, p. 166489 y ss.).

En cuanto a la acción de amparo formulada, ésta fue declarada fundada por la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público, considerando que la Constitución en su artículo 2º inc. 14 y artículo 62º, garantiza la absoluta libertad de los ciudadanos y de las personas jurídicas para pactar válidamente sus voluntades y términos contractuales, sin que éstos puedan ser modificados, observados o regulados por leyes, autoridades administrativas, excepto cuando contravengan leyes de orden público que expresamente determinen esa limitación; que por otra parte el artículo 65º de la Constitución establece que la defensa del consumidor y usuario está referida al derecho de información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado, así como a la salud y a la seguridad pública de la población, consecuentemente, tal norma no le asigna al Estado en su parte administrativa la protección de derechos fundamentales constitucionales, que están reservados por su trascendencia, necesidad de discusión e independencia al Poder Judicial a través de sus órganos competentes, lo cual se corrobora con lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 716, artículo 51º, que señala que en el caso de patrocinio de intereses difusos Indecopi debe recurrir al Poder Judicial.

De ese modo, declaró fundada la demanda, disponiendo que el Indecopi se abstenga de practicar publicaciones y realizar actos, inspecciones, investigaciones, procedimientos y/o imponer sanciones, que contengan o se sustenten en la calificación y regulación al libre ejercicio del derecho de contratación y determinación de las personas con quienes la demandante decida prestarle sus servicios de discoteca (Causa Nº 1720-98 de 2 de octubre de 1998. Diario Oficial *El Peruano*, 27 de noviembre de 1998, p. 166495).

Debe tenerse presente en cuanto a los alcances de las precisiones del artículo 5º inciso d) que no siempre la utilización de un trato diferenciado para la selección del público, objetivo al que quiere llegar una empresa constituye por sí mismo un mecanismo ilícito, puesto que éste puede encontrarse sustentado en razones objetivas y justificadas, aspecto que ha sido considerado por la Comisión de Defensa del Consumidor.

En tal sentido, ha determinado que no se puede dejar de reconocer que si bien los proveedores se encuentran impedidos de discriminar a los consumidores que soliciten acceder a los servicios que ofrecen en locales abiertos al público, sin que medien razones objetivas, ello no implica que las empresas deban prestar sus servicios sin tomar en cuenta elementos objetivos que incidan directamente en la prestación misma del servicio.

Así, la Comisión ha establecido que para otorgar un crédito, el proveedor debe realizar una evaluación acerca de la capacidad crediticia del solicitante y de los elementos que le permitan reducir el riesgo del servicio debido a los posibles incumplimientos de los consumidores en el pago de sus deudas.

Según la Comisión, dicha evaluación debe realizarse atendiendo a criterios objetivos que no conlleven una afectación a los derechos de los consumidores, pero que permitan al proveedor brindar el servicio reduciendo sus riesgos y, tam-

bién como es natural, sus costos. Estos criterios suelen ser, entre otros, los ingresos, bienes, antecedentes crediticios, antigüedad laboral (Resolución Nº 747-2000/CPC de fecha 1º de diciembre de 2000. Expediente Nº 307-99- CPC, seguido por Cecilia Reynoso contra Tiendas por Departamento Ripley S.A. y Colocadora S.A.).

Como ejemplo de la aplicación de dicho criterio se puede mencionar el que utilizó la Comisión para resolver la denuncia presentada por una consumidora en contra de un establecimiento comercial manifestando que le habían denegado una tarjeta de consumo por el solo hecho de vivir en La Victoria. En este caso, la denunciante acreditó la existencia de un trato diferenciado por parte del establecimiento comercial para otorgar créditos a los consumidores que habitaban en el distrito de La Victoria. Sin embargo, ello fue atendiendo a causas objetivas tales como el alto promedio de morosidad en comparación con los de otros distritos y el alto índice de peligrosidad para el cobro.

Por lo expuesto, la Comisión declaró infundada la denuncia, toda vez que no consideró que la denunciada hubiera realizado un trato discriminatorio en contra de la consumidora al aplicarle criterios objetivos a su solicitud de crédito.

f) Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo.

Entre las directrices emitidas por la Naciones Unidas de 16 de abril de 1984 se recomienda que los procedimientos para que el consumidor obtenga la indemnización por los daños causado, deben ser "rápidos, justos, pocos costosos y asequibles".

g) Derecho a ser escuchado de manera individual o colectiva, a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.

En lo que se refiere al derecho a ser escuchado colectivamente, la misma se materializa a través de la Asociación de Consumidores (*infra* Nº 401).

392. OBLIGACIÓN DE LOS PROVEEDORES

El Título Tercero se refiere a las obligaciones de los proveedores encontrándose entre éstas:

a) el otorgamiento de facturas al consumidor, la que es una obligación inexcusable e ineludible del proveedor de bienes o servicios;

b) que los productos y servicios no conlleven riesgos injustificados;

c) consignar el precio total del bien o servicio, incluido el Impuesto General a las Ventas que corresponda.

d) la de aplicar medidas para eliminar o reducir los peligros no previstos;

e) no establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que ofrecen en locales abiertos al público;

f) responder por la idoneidad y calidad de los productos y servicios, autenticidad de las marcas y leyendas, el contenido y vida útil del producto;

g) la de proporcionar información de suministros oportuno de partes y accesorios; y,

h) la de brindar el servicio de reparación y mantenimiento diligentemente y empleando componentes o repuestos nuevos y apropiados al bien que se trate.

Sin que signifique una mayor importancia de una obligación respecto a otra, se exponen a continuación con más detalle algunas de ellas.

392.1. Obligación de no discriminar

Así como la ley reconoce el derecho del consumidor a no ser discriminado (art. 5º, inc. d) hay la obligación del proveedor a no discriminar entre los consumidores (*supra* Nº 391.2e).

La Ley Nº 27049 adiciona el artículo 7º-B al Decreto Legislativo Nº 716, que concierne a la prohibición de discriminar.

En este sentido los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en los locales abiertos al público.

El dispositivo prohíbe realizar selección de clientela, excluir personas o realizar prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

El tercer párrafo del artículo 7º-B trata sobre la *carga de la prueba* para estos casos. Corresponde, en primer lugar al consumidor afectado o de ser el caso a quien lo represente probar la existencia de un trato desigual. Producida dicha prueba se invierte la carga en contra del proveedor, quien deberá probar la razón que justifica un trato diferenciado, y esto debido a que no es posible para el consumidor o su representante, conocer los motivos del trato diferenciado. Por último, si el proveedor logra demostrar la existencia de una causa objetiva y justificada en el trato diferenciado, la carga de la prueba se invierte nuevamente hacia el consumidor o quien lo represente para probar que esa causa es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

Es importante señalar que este dispositivo sólo es aplicable a los *locales abiertos al público*. El consumidor en este caso considera que se le ha hecho una oferta para concurrir al local, asumiendo que se le va a permitir el ingreso, salvo que existan causas justificadas para rechazarlo. Las causas no podrán ser aquellas formas de discriminación, establecidas en el artículo 5º inc) g.

392.2. Responsabilidad por la idoneidad y calidad del producto y servicio

Conforme al criterio utilizado por la Comisión y la Sala, los proveedores son responsables por la idoneidad y calidad de los productos y servicios que pongan a disposición de los consumidores en el mercado, debiendo los productos o servicios responder a la finalidad para la cual el bien ha sido fabricado o el servicio ha sido ideado (art. 8º).

El art. 8º del D. Leg. Nº 716 contiene el principio de la garantía implícita, esto es, la obligación del proveedor de responder por el bien o servicio en caso éste no resultara idóneo para satisfacer las expectativas de los consumidores razonables.

> Asimismo, conforme a lo señalado por la Sala de Defensa de la Competencia en diversas oportunidades (Resoluciones Nºs. 099-96-TDC, 052-97-TCD y Resolución Nº 015-1998/TCD-Indecopi), el artículo 8º establece un supuesto de responsabilidad objetiva, conforme al cual los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los productos y servicios que ofrecen. Ello, sin embargo, no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de servicios a los consumidores, sino, por el contrario, simplemente la obligación de prestarlos en los términos y condiciones ofrecidas y acordadas, o conforme a lo que normalmente esperaría un consumidor razonable (Resolución Nº 0120-1998-TDC-Indecopi, de 6 de mayo de 1998. Exp. Nº 280-97-CPC, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de mayo de 1998, p. 159992).
>
> La Sala de Defensa de la Competencia ha considerado que un consumidor razonable esperaría que el Banco abone intereses sobre sus cuentas de ahorro, aun cuando éstas se encuentren retenidas en virtud de un mandato judicial de embargo. Ello debido a que un consumidor razonable entendería que tal condición es parte del servicio ofrecido y contratado por el Banco, no habiendo éste acreditado que el defecto del servicio que prestó era imputable a causas ajenas a su actuación, por lo que infringió lo establecido en el artículo 8º de la Ley de Protección al Consumidor, sancionándose al Banco Continental con una multa de 22 UIT por haber infringido lo dispuesto en el mencionado artículo (Resolución Nº 0531-2000/TCD-Indecopi. Expediente Nº 178-99-CPC. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia, de fecha 1 de diciembre de 2000, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 6 de enero de 2001, p. 196936).

392.3. Obligación de advertencia de riesgos

En lo que se refiere a la obligación de los proveedores respecto al *derecho a la salud* y a *la integridad física* de los consumidores, éstos se encuentran en los artículos 8º y 9º del D. Leg. Nº 716. El primero de ellos se refiere a que los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde. El segundo alude a que los productos y servicios puestos a disposición del consumidor no deben conllevar riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes (*infra* Nº 414.3.1).

Como regla general los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la *información* relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.

En caso que, por la naturaleza del producto o del servicio, el riesgo sea previsible, deberá advertirse al consumidor de dicho riesgo, así como del modo correcto de la utilización del producto o servicio (*infra* Nº 410.2).

Tratándose que el producto o servicio se haya colocado en el mercado contenga un riesgo imprevisible, es deber del proveedor agotar toda medida para eliminar o reducir el peligro del producto, así como comunicar a las autoridades competentes esta situación (art. 10º).

Por su parte, en el caso de los cigarrillos conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 691, modificado por Decreto Ley Nº 25357, se debe consignar en su publicidad que "Fumar es dañino para la salud". Adicionalmente, la Ley Nº 26739, dispone que la publicidad de cigarrillos a través de los medios de radiales o televisivos podrá realizarse únicamente entre las 01.00 y las 05.00 horas de cada día (art. 4º).

> La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, considera que constituye precedente de observancia obligatoria la aplicación de los siguientes principios: "La razonabilidad de una advertencia, sea que esté referida a los riesgos y peligros que normalmente tienen ciertos productos (es decir, las advertencias a las que alude el segundo párrafo del artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 716) o que esté referida a los riesgos y peligros no previstos que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos en el mercado (es decir, la obligación de advertir al consumidor contenida en la última parte del artículo 10º del Decreto Legislativo Nº 716), debe de ser analizado con relación a los siguientes elementos básicos: a) la advertencia debe ser difundida con la debida celeridad; b) el uso de un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte; c) el tamaño y frecuencia de la advertencia deben de ser adecuados; d) se debe especificar la naturaleza del riesgo o peligro que se advierte; e) debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable; f) se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible; g) deben explicarse las medidas que deben adoptarse para evitar el riesgo o para mitigar los efectos que pudieran producirse (Resolución Nº 095-96-TDC de 11 de septiembre de 1996. Expediente Nº 202-96-CPC. Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre de 1996, p. 145260).

392.4. Obligación de brindar suministro oportuno o servicios de reparación y mantenimiento

Existe la obligación del proveedor de informar al consumidor las limitaciones en el suministro de partes y accesorios de los bienes que venden, así como las limitaciones que pueden existir en los servicios de reparación y mantenimiento en relación con dichos bienes. La consecuencia de no brindar información es que quedan obligados y serán responsables por el oportuno suministro de partes y

accesorios, servicios de reparación y de mantenimiento de los bienes que produzcan, fabriquen, ensamblen, importen o distribuyan durante el lapso en los que los comercialicen en el mercado nacional, y posteriormente, durante un lapso razonable en función de la durabilidad de los productos (art. 11º, texto según el art. 18º del D. Leg. Nº 807).

392.5. Prohibición de métodos comerciales coercitivos

Por otra parte el mencionado Título considera en sus arts. 13º y 14º ciertas prohibiciones. El art. 13º (texto según el art. 1º de la Ley Nº 27311) se refiere a la realización de propuestas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un bien o servicio que no hayan sido requeridos previamente y que generen un cargo automático en cualquier sistema de débito o que interpreten el silencio del consumidor como aceptación a dicho cargo. Si con la oferta se envió un bien, incluso si se indicara que su devolución puede ser realizada sin costo alguno para el receptor, el receptor no está obligado a conservarlo ni a restituirlo al remitente.

El art. 14º prohíbe a las empresas que prestan servicios públicos condicionar la atención de los reclamos formulados por los consumidores o usuarios al pago previo de la retribución facturada.

393. INFORMACIÓN DE LA OFERTA DE BIENES Y SERVICIOS

En cuanto a la información de la oferta de bienes y servicios la misma está regulada en el Título Cuarto de la Ley.

Esta información es una obligación del proveedor, la misma que constituye a su vez un derecho del consumidor según lo dispuesto en el art. 5º inc. b).

Dicha información debe ser veraz sobre productos y servicios prestados, se establecen ciertas normas respecto a la información tales como: (i) que sean en términos comprensibles y en idioma castellano y de conformidad con el sistema legal de unidades de medida (art. 16º, Texto según el art. 18º del D. Leg. Nº 807); (ii) que los precios deban exhibirse en vitrinas de manera fácilmente perceptibles para el consumidor (art. 17º); (iii) que en el caso particular de los establecimientos que expenden comidas y bebidas los establecimientos están obligados a colocar sus listas de precios en el exterior de los mismos (art. 18º); (iv) que se mencione, en el caso de serlo, que el producto es defectuoso o ha sido reconstruido (art. 19º); y, (v) que se indique las condiciones sobre la rebaja de precios (art. 20º).

393.1. Ofertas de promoción

En cuando a la oferta, promoción y publicidad, de los productos o servicios, se ajustará a la naturaleza, características, condiciones y utilidad de los productos; este ofrecimiento da lugar a obligaciones del proveedor, que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento recibido (art. 20º).

Por otra parte esta publicidad deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar (art. 22º).

La Res. Nº 082-96-TDC establece que la información que se difunda sobre las características de la promoción anunciada constituye parte integrante de la relación jurídica que se establece entre el consumidor que adquiere productos o contrato servicios y los proveedores, conforme a lo dispuesto en el art. 20º del D. Leg. Nº 716. La Resolución dispone además que la promoción del producto contiene una oferta exigible por el público consumidor quedando el proveedor automáticamente comprometido a su satisfacción dentro de las limitaciones que la misma promoción señala.

393.2. Pago con tarjeta de crédito

El precio a considerar a efectos del pago con tarjeta de crédito será el precio al contado; el proveedor deberá informar, previa y expresamente, la existencia de cargos adicionales. Toda oferta, promoción, rebaja o descuento exigible respecto de la modalidad de pago al contado, será también exigible por el consumidor que efectúa pagos mediante el uso de tarjetas de crédito, salvo que se ponga en conocimiento adecuadamente del consumidor, en la publicidad o información respectiva y de manera expresa lo contrario (art. 21º, texto según el art. 18º del D. Leg. Nº 807).

393.3 Publicidad sobre rebaja de precios

En cuanto a la publicidad relativa a ofertas, rebajas de precios y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar. En caso contrario, el proveedor estará obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas (art. 22º del D. Ley Nº 716, modificado por el art. 18º del D. Leg. Nº 807).

394. CRÉDITO AL CONSUMIDOR

El Título V se ocupa del crédito al consumidor, estableciendo la obligación del proveedor de informar previamente, entre otras, el precio al contado del bien o servicio de que se trate, la cuota inicial, el monto total de los intereses y el interés efectivo anual, cargos adicionales, el derecho que tiene el consumidor a liquidar anticipadamente el saldo del crédito, con la consiguiente reducción de los intereses y la indicación de los cargos y costos de esta operación para el consumidor.

El consumidor debe conocer las condiciones de pago que incluye el precio al contado, el precio total al crédito, el número de cuotas y el monto de cada una, la tasa de interés efectiva que se le aplica al crédito, antes de realizar la compra o contratación. Toda compra de un producto o contratación de algún servicio constituye un contrato entre consumidor y proveedor. Las condiciones de pago constituyen las cláusulas del contrato que no pueden ser secretas ni modificadas de manera unilateral por el proveedor sin consentimiento del consumidor así se trate de operaciones a distancia, anónimas o por algún mecanismo similar. El consumi-

dor debe poder conocer las condiciones del contrato para compararlas con otras opciones y así elegir el contrato más ventajoso.

> La Resolución Nº 0005-1998/TDC-Indecopi, correspondiente al Expediente Nº 014-97-CPC, al resolver el caso concreto la prestación de un servicio de tracto sucesivo (contrato de depósito), señaló que la obligación del proveedor de informar al consumidor no se limita a brindarle información adecuada al momento de la adquisición del bien o de la contratación del servicio, sino que se extiende en el período de ejecución del contrato.

394.1. Pagos anticipados

El derecho del consumidor a realizar pagos anticipados en las operaciones de crédito fue incorporado en el artículo 24º del Decreto Legislativo Nº 716 que fuera luego modificado por el Decreto Legislativo Nº 807 con fecha 18 de abril de 1996. Sin embargo una redacción ambigua permitió la generación de dos opiniones distintas sobre los alcances de este derecho. La primera de ellas entendía que el consumidor tenía el derecho a ser informado si contaba o no con la posibilidad de hacer pre-pagos o pagos anticipados mientras que la segunda interpretación entendía que el derecho a realizar pagos anticipados existía y no era necesario informar de su existencia. Las prácticas comerciales no eran homogéneas en la inclusión de este derecho debido a la ambigüedad de la norma. Así, un grupo de proveedores penalizaban el ejercicio de esta opción y otros presentaban ofertas diferenciadas que incluían la posibilidad de realizar pagos anticipados sin penalidades (préstamos hipotecarios).

En la discusión del tema no podía dejar de considerarse que la imposición de una obligación a los proveedores del sistema no debe perjudicar a aquellos consumidores que decidan acceder a condiciones más ventajosas de contratación –como por ejemplo menores tasas de interés– a cambio del compromiso de no ejercitar la opción de pre pago.

Esta situación ha sido definida por la Ley Nº 27251 al modificar los artículos 5º y 24º (incisos g) de la Ley de Protección al Consumidor permitiendo que se efectúen pagos anticipados de las cuotas o saldos en forma total o parcial liquidándose los intereses al día del pago incluyéndose asimismo los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes. Sobre el particular debe tenerse presente la referencia a que se incluyan "los gastos derivados de las cláusulas contractuales", por lo general los pagos anticipados o pre pagos tienen una penalidad, que es un porcentaje sobre lo adeudado, para estos efectos habrá que determinar si este concepto constituye gasto para que sea de aplicación lo que dispone la ley.

La obligación de informar también comprende a las entidades bancarias o financieras.

En lo que concierne al cálculo de intereses, que corresponden a los contratos de compraventa a plazo o prestación de servicios con pago diferido, éstos se calculan sobre el precio de contado, menos la cuota inicial que se hubiera pagado,

calculándose exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido; por otra parte, su pago no podrá ser exigido por adelantado, sino únicamente por períodos vencidos.

394.2 Cobranza de acuerdo a procedimientos previstos en la ley

La Ley Nº 27598 adiciona los artículos 24º-A y 24º-B los mismos que tienen relación con métodos empleados para cobrar deudas, reglamentado por el D. S. Nº 011-2003-PCM, modificado por el D. S. Nº 048-2003-PCM.

En este sentido el art. 24º-A expresa en un principio general que el proveedor o prestador debe de utilizar los procedimientos de cobranza previstos en las leyes.

El segundo limita los métodos de cobranza prohibiendo los que afecten la buena reputación del consumidor, que atenten contra la privacidad de su hogar, que afecten sus actividades laborales o su imagen ante terceros.

La descripción de aquellas conductas prohibidas se mencionan en el art. 24º-B, sin embargo debe tener presente que dicha relación reviste un carácter enunciativo, al facultar el artículo a Indecopi a que determine cualquier otra modalidad análoga de los casos que se mencionan en el segundo párrafo del artículo 24º-A.

Entre los casos citados en el artículo 24º-B se encuentran:

a) Envío al deudor o su garante de documentos que aparenten ser notificaciones o escritos judiciales;

b) Envío de comunicaciones o llamadas a terceros ajenos a la obligación, informando sobre la morosidad del consumidor. El Reglamento señala que ello es sin perjuicio de las obligaciones que tienen los bancos y entidades financieras de brindar información a las centrales de riesgo de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Nº 26702 y la Ley Nº 27489, Ley que Regula las Centrales de Privadas de Información de Riesgos y de Protección al Titular de la Información;

c) Visitas o llamadas telefónicas en días sábados, domingos o feriados a ninguna hora, estando prohibido según el Reglamento efectuar cualquier gestión de cobranza de lunes a viernes, entre las veinte y las siete horas;

d) Carteles o notificaciones en locales diferentes al domicilio del deudor o del garante;

e) Ubicar personas disfrazadas o con carteles alusivos a la deuda, o con vestimenta inusual en las inmediaciones del domicilio o del centro de trabajo del deudor; aunque se permite letreros o pancartas expresando que dicha persona tiene una deuda impaga y/o requiriéndole al pago siempre que la distancia sea mayor a quinientos metros a la redonda de su domicilio o centro de trabajo (art. 18º del Reglamento).

f) Difundir a través de medios de comunicación nóminas de deudores y requerimientos de pagos, sin orden judicial.

No se comprende en esta prohibición la información que proporcionan las Centrales Privadas de Información de Riesgos que están reguladas por ley especial, ni la información que por normatividad legal proporcione el Estado.

g) Cualquier otra modalidad análoga, las mismas que serán determinadas por la Comisión de Protección al Consumidor o por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, mediante resoluciones debidamente motivadas.

Estas normas revisten el carácter de orden público y en consecuencia no cabe pacto en contrario. En todo caso dicho pacto resulta nulo y no produce efectos legales (art. 11º del Reglamento).

395. RESPONSABILIDADES DEL PROVEEDOR FRENTE A LOS CONSUMIDORES

La responsabilidad del proveedor frente a los consumidores se contempla en el Título Sexto, que puede dividir en tres grupos: **a)** pago de dinero (art. 29º); **b)** reposición del producto o devolución del pago en exceso (art. 30º); **c)** reparación gratuita, reposición y devolución del pago (art. 31º); y, **d)** indemnización por daños y perjuicios (art. 32º).

395.1. Pago de dinero

En lo que respecta al pago de dinero se pueden presentar los siguientes casos: pagos en exceso e indemnizaciones.

Los pagos efectuados en exceso del precio estipulado son recuperables por el consumidor, y devengarán hasta su devolución el máximo de los intereses compensatorios y moratorios que se hubieren pactado, y en su defecto el interés legal. La acción para solicitar la devolución de estos pagos, prescribe en un año contado a partir de la fecha en que tuvo lugar el pago (art. 29º).

En cuanto a la indemnización, ésta se origina por daños causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos. La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

Asimismo, procede la indemnización en el caso de deficiencia en el servicio que otorgue el prestador, que dé lugar al menoscabo del producto, pérdida de su valor, lo haga inapropiado para su uso o lo convierta en peligroso, el prestador del servicio deberá indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios causados.

395.2. Reposición del producto o devolución del pago en exceso

La primera situación que se presenta es la alternativa que tiene el consumidor de exigir la reposición del producto o la devolución de la cantidad pagada en

exceso, situación que se da en los siguientes casos: i) cuando considerados los límites de tolerancia permitidos, el contenido neto de un producto sea inferior al que debiera ser o menor al indicado en el envase o empaque; y, ii) cuando el consumidor advierta que un instrumento empleado para la medición opera o ha sido utilizado en su perjuicio, fuera de los límites de tolerancia fijados por la autoridad competente para este tipo de instrumentos.

La reclamación del derecho establecido en los párrafos precedentes deberá presentarse al proveedor, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que se advierta la deficiencia de la medición o del instrumento empleado para ella.

El proveedor incurrirá en mora si no satisface la reclamación dentro de un plazo de quince días útiles.

395.3. Reparación gratuita, reposición y devolución del pago

La reparación gratuita del producto deberá efectuarse si el mismo se encuentra dentro de los márgenes de garantía, el que puede ser pactado por las partes, siempre que no sea menor a 30 días contados a partir de la recepción del producto (art. 34º).

Sin embargo puede ocurrir que las fallas del producto se deben a problemas de estructura o mal diseño y no al desgaste natural. En el caso que no sea posible su reparación, se deberá proceder a su reposición y de no ser posible a la devolución de la cantidad pagada, situación que se presenta cuando se dan las siguientes condiciones: a) el producto no reúne las condiciones técnicas indicadas en el envase o paquete; b) deficiencias en su fabricación, o de la cualidad o propiedad garantizada; c) el servicio no se adecua a los términos de la oferta, promoción o publicidad; y, d) en el caso de los artículos de joyería u orfebrería la ley de los metales sea inferior a la que en ellos se indique.

El *valor base para el cálculo de la devolución o reposición* del producto o servicio, deberá ser el valor del bien al momento de la devolución. Si el valor del producto o servicio es menor al momento de la devolución, se deberá restituir el precio o retribución originalmente abonado por el consumidor más los intereses legales o convencionales (art. 33º)

395.4. Títulos valores emitidos incompletos

La Ley de Títulos Valores permite la emisión de Títulos Valores en forma incompleta, el que deberá ser contemplado conforme a los acuerdos adoptados, adoptándose algunas medidas que garanticen el respeto de la voluntad del emitente, como el derecho de obtener una copia del mismo y agregar en el documento cláusula que limite su transferencia (art. 10º, Ley Nº 27287).

Por su parte el artículo 13 inc. c), del Decreto Legislativo Nº 716 (texto según art. 1º de la Ley Nº 27311), dispone que el proveedor no podrá completar

los títulos valores incompletos por el consumidor de manera distinta a la que fuera expresada o implícitamente acordada al momento de su suscripción.

En refuerzo de este derecho el art. 2º de la Ley Nº 27311, protege al consumidor en este aspecto al señalar que el proveedor deberá brindar información adecuada acerca de cómo serán completados los títulos valores en caso de resultar necesaria su ejecución. En caso de no brindarse esta información, los títulos valores serán completados atendiendo a las costumbres y usos comerciales a las circunstancias que rodearon la suscripción del contrato que motivo la suscripción de los valores cambiarios y otros, elementos que se consideren relevantes, según las expectativas que tendría el consumidor que se desenvuelve en el mercado con una diligencia razonable.

Además es causal de contradicción de la demanda que se presente para ejercitar las acciones derivadas del título valor, que el título valor incompleto al emitirse haya sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados.

Finalmente debe tenerse presente que el artículo 197º del Código Penal considera como delito de defraudación cuando se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de tercero.

395.5. Indemnización por daños y perjuicios

Según el art. 32º, el proveedor es el responsable de los daños causados a, la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los *defectos* de sus productos.

El producto se considera *defectuoso* cuando no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho.

En cuanto a la *indemnización* ésta comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. En lo que se refiere a la responsabilidad de los diversos proveedores de un producto la misma es solidaria.

Procede además la indemnización por daños y perjuicios en los casos que por deficiencia en el servicio el bien se perdiera o sufriese menoscabo, deterioro o modificación que disminuya su valor real, lo haga parcialmente inapropiado para el uso normal para la que está destinado, o lo convierta en peligroso (art. 35º)

Asimismo, el art. 36º, considera la indemnización por daños y perjuicios, en el caso que en la reparación el prestador del servicio no considere repuestos nuevos o apropiados, a menos que el consumidor autorice expresamente y por escrito lo contrario (art. 12º y art. 36º)

396. INFRACCIONES Y DELITOS

El Título VII se refiere a las infracciones y sanciones.

En cuanto al único organismo administrativo competente para conocer las presuntas infracciones contenidas en la ley, así como para imponer las *sanciones*

administrativas y *medidas correctivas,* corresponde esta labor a la Comisión de Protección al Consumidor, cuya competencia sólo puede ser negada por norma expresa con rango de ley (art. 39º).

Por otra parte la aplicación de las *medidas correctivas* será realizada sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y las sanciones penales a que hubiera lugar. Ello quiere decir que las indemnizaciones de carácter civil, como son el daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona, regulados en el Código Civil, son de competencia del Poder Judicial, mientras que las sanciones administrativas, dentro de ellas, la devolución de la contraprestación pagada por el consumidor y cualquier otra medida que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro reguladas en la Ley son de competencia, en vía administrativa, de la Comisión.

Por un solo hecho se pueden originar responsabilidades de distintos tipos (civil, penal o administrativa). La Comisión es competente para conocer administrativamente las infracciones de la Ley de Protección al Consumidor, así como las correspondientes sanciones y medidas correctivas. La competencia para determinar el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a la persona, así como su correspondiente indemnización, corresponde al Poder Judicial, por ser tipos de daño de naturaleza civil.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo establecido por la Comisión en el sentido que:

> "Los procedimientos seguidos ante la Comisión no tienen por finalidad resolver los conflictos de naturaleza civil (o penal) que puedan surgir entre un consumidor y un proveedor, sino determinar la responsabilidad administrativa en la que puede haber incurrido este último.
>
> En efecto, frente al incumplimiento de las obligaciones del proveedor o a la lesión de los derechos de los consumidores, dentro de una relación de consumo, se pueden generar diversos tipos de responsabilidad, sea esta administrativa, civil o penal. La primera, si se verifica que se ha infringido las normas contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, es de competencia del Indecopi. La responsabilidad civil o penal será resuelta a través del Poder Judicial (Resolución Nº 189-2000-CPC, de fecha 13 de marzo de 2000).

En lo que se refiere a la prescripción de las infracciones su plazo es dos años. Respecto al cómputo de dicho plazo, a los supuestos de interrupción y a su suspensión son de aplicación supletoria las disposiciones contenidas en el Código Penal (art. 3º, Ley Nº 27311).

En consecuencia, son de aplicación los siguiente artículos del Código Penal: *80º* (La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de la libertad); *81º* (Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veinticinco años o más de sesenta y cinco años al tiempo de la comisión del hecho punible); *82º* (Los plazos

de prescripción de la acción penal comienzan: 1. En la tentativa, desde el día que cesó la actividad; 2. En el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó; 3. En el delito continuado, desde el día en que término la actividad delictuosa; y, 4. En el delito permanente, a partir del día en que cesó la permanencia); *83º* (La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales quedando sin efecto el tiempo transcurrido); *84º* (Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que debe resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido).

397. SANCIONES

La sanción procede cuando se infringen las disposiciones contenidas en la ley, considerándose la aplicación de sanciones administrativas y medidas correctivas.

397.1. Sanciones administrativas

Los proveedores infractores podrán ser sancionados administrativamente con una *Amonestación* o con una *Multa*, esta última hasta por 100 (cien) Unidades Administrativas Tributarias (art. 41º, texto según el art. de la Ley Nº 27311).

Las sanciones administrativas se aplican sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar, si los actos estuvieran tipificados como delitos por la legislación penal.

397.2. Graduación de la pena

En lo que se refiere a la graduación de la sanción administrativa el artículo 41º modificado por la Ley Nº 27311 establece que la aplicación y la graduación de la sanción administrativa serán determinadas por la Comisión atendiendo a los siguientes criterios:

a) Gravedad de la falta;
b) El daño resultante de la infracción;
c) Los beneficios obtenidos por el proveedor;
d) La conducta del infractor a lo largo del procedimiento;
e) Los efectos que pudiese ocasionar en el mercado; y,
f) Otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado la Comisión.

a) Gravedad de la falta cometida

Se ha considerado como una circunstancia agravante de la sanción a imponerse, el hecho que el defecto en la prestación de un servicio determine la existencia de un elevado riesgo para la salud del consumidor.

Este criterio fue utilizado por la Sala en el caso iniciado por un consumidor en contra de una clínica, debido a que ésta incurrió en error tipográfico en los resultados del análisis de leucocitos que practicó a su hija. En este caso, la clínica reconoció haberse equivocado al consignar la cifra correspondiente a la cantidad de leucocitos que se habrían encontrado en el análisis de la hija del consumidor (Resolución Nº 0170-1998/TDC-INDECOPI) de fecha 24 de junio de 1998 en el Expediente Nº 0423-1996-CPC seguido por Jorge Guiment Barrios en contra de la Clínica Ricardo Palma y José Chávez Ferrer. Sanción: 15 Unidades Impositivas Tributarias).

b) El daño resultante de la infracción

En este sentido depende del número de afectados por la conducta del consumidor, así como el perjuicio económico causada, y el grado en que se afecta la confiabilidad del mercado.

c) Los beneficios obtenidos por el proveedor

Otro de los criterios que se tiene en cuenta al momento de graduar la sanción, lo constituye la verificación de los *beneficios* obtenidos por el proveedor como consecuencia de la infracción que cometió. De verificarse la existencia de los mismos, dicha situación constituye un elemento agravante de la infracción, lo cual se ve reflejado en la imposición de la multa.

Este criterio fue aplicado en el caso de un consumidor que denunció a un proveedor por incumplimiento de un acuerdo conciliatorio, por cuanto éste no cumplió con devolverle el monto correspondiente a la cuota inicial para la adquisición de una computadora, conforme a lo que se obligó en el acuerdo que celebró con él. En este caso, la Comisión graduó la sanción atendiendo al beneficio económico que obtuvo la denunciada como consecuencia de la retención efectuada, teniéndolo como circunstancia agravante (Resolución Nº 239-2000-CPC de fecha 3 de abril de 2000 en el Expediente Nºs. 119-2000-CPC seguido por Afranio Fernando Rojas Ardites contra Xell Data S.R.L. Sanción: 0,3 Unidades Impositivas Tributarias).

Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción comprenden las inversiones realizadas que están en función a los costos no asumidos por el proveedor para el mejoramiento de los sistemas y actividades necesarias para la prestación idónea de los servicios que brinda el mercado.

Así, se tiene el caso de la sanción por la Sala a un Banco, que no brindó al que lo denunció un servicio idóneo, toda vez que emitió un duplicado de su tarjeta de débito sin que se haya acreditado que quien la recibió era efectivamente el titular de la misma, permitiendo así que se sustrajera indebidamente el dinero de la cuenta que el denunciante mantenía con la institución. En este caso, la Sala consideró como agravante los beneficios obtenidos por el Banco que estuvieron en función a los costos no asumidos para el mejoramiento de sus sistemas de seguridad en la prestación de los servicios que brinda (Resolución Nº 285-1999-TDC de fecha 25 de agosto de 1999 en el Expediente Nº 135-97. CPC seguido por José Andrés Pizarro Bonilla contra el Banco de Crédito del Perú. Sanción: 8 Unidades Impositivas Tributarias).

d) Conducta del infractor

La conducta del infractor constituye otros de los criterios para graduar la sanción. En este sentido se tendrá en cuenta su comportamiento durante el proceso, tales entre otros, si se apersonó en el procedimiento, si colaboró con las investigaciones efectuadas por la Secretaría Técnica, si prestó facilidades en el caso que se decretasen inspecciones, si presentó la documentación solicitada, etc.

e) Los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado

Este criterio está referido al hecho de que el daño ocasionado por la infracción no se limite a un daño particular en el caso concreto del denunciante, sino que además genere un daño institucional que contribuya a mermar la confianza en un determinado sistema. Es decir, la infracción genera un daño a las decisiones de consumo de los usuarios de dichos servicios.

f) Otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere adecuado la Comisión

Conforme a esta norma se deja abierto a la Comisión para que determine casos diferentes a los mencionados en este sentido será la jurisprudencia la que vaya definiendo cuáles serían estos casos.

Entre estos se puede citar el criterio tomado por la Comisión y la Sala de considerar la *reincidencia* como un agravante de la sanción a imponerse al infractor. Así, el hecho que el infractor hubiera cometido la misma infracción con anterioridad determinará que la multa que se le imponga sea mayor.

> Este criterio fue utilizado por la Comisión en el caso en que sanciono a una aerolínea por haber perdido el equipaje de uno de sus pasajeros. Al momento de graduar la sanción la Comisión señaló que debía considerarse reincidente a la empresa pues la Sala la había sancionado con anterioridad por pérdida parcial y total de equipaje (Resolución Nº 110-99-CPC de fecha 29 de marzo de 1999 en el Expediente Nº 421-97-CPC seguido por Maritza Barrientos Figueroa contra Aerocontinente S.A. Sanción: 1/2 Unidad Impositiva Tributaria. Dicha decisión fue confirmada por la Sala mediante Resolución Nº 282-99/TDC).

Otro criterio que puede considerarse para la graduación de la pena es la intencionalidad, el mismo que debe reflejar que la denunciada lleva a cabo de manera voluntaria una serie de actos inexcusablemente negligentes.

> En este sentido la Resolución Nº 0186-1998/TCD-Indecopi de fecha 5 de julio de 1998 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Exp. Nº 131-1997-CPC, en Diario Oficial *El Peruano*, 5 de agosto de 1998, p. 162788) precisa que el término "intencionalidad" no debe ser entendida como sinónimo de "doloso", sino como un criterio establecido por la Ley para graduar la sanción a imponerse en función al nivel de participación de la voluntad del agente en la acción que causó el daño, esto es, el denominado factor subjetivo.

397.3. Medidas correctivas

El artículo 42º (texto según el artículo 1º de la Ley Nº 27917) faculta a la Comisión para que actuando de oficio o a pedido de parte, en caso de infracciones a la Ley del Consumidor, imponga a los proveedores medidas correctivas.

La finalidad de estas medidas es revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro. Se trata, en última instancia, de corregir una conducta infractora de la Ley que tiende a frenar o reducir el correcto y eficiente funcionamiento del mercado, al impedir o hacer más costoso que los agentes económicos puedan satisfacer cabalmente sus necesidades a través de transacciones de mercado.

Estas medidas se aplican sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar.

Entre las medidas correctivas, que describe el artículo se encuentran las siguientes:

a) Decomiso o destrucción de mercaderías, envases, envolturas y/o etiquetas;

b) Solicitar a la autoridad municipal correspondiente la clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;

c) Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine la Comisión tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción hubiera ocasionado;

d) Reposición y reparación de productos;

e) Devolución de la contraprestación pagada por el consumidor;

f) Que el proveedor cumpla lo ofrecido en una relación de consumo siempre que dicho ofrecimiento conste por escrito en forma expresa;

g) La devolución o extorno, por el proveedor, de las sumas de dinero pagadas por el consumidor cuando el producto entregado o servicio prestado no corresponda a lo que haya sido expresamente acordado por las partes;

h) Que las entidades depositarias cumplan con efectuar el traslado y el pago de las cuentas por CTS del trabajador, conforme a lo establecido en la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios;

i) Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado;

j) Que el proveedor pague las coberturas ofrecidas en los seguros contratados por los consumidores, quedando sujeto el pago al cumplimiento de las condiciones establecidas en la correspondiente póliza de seguros;

k) Cualquier otra medida correctiva que la Comisión considere pertinente ordenar y que tenga por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro.

Las medidas contenidas en los incisos d) y e), la devolución de la cantidad pagada, y la reposición del producto o su reparación, benefician directamente al consumidor. El objeto de estos incisos es que las partes preferirán solucionar las controversias a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, antes que tener que cumplir con la reparación o devolución a los consumidores mediante una resolución en la que además recibirán una sanción administrativa.

Hay medidas correctivas que no tienen por finalidad castigar al proveedor infractor, sino más bien revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que ésta se produzca nuevamente en el futuro, tal como la posibilidad de ordenar la publicación de avisos rectificatorios o informativos hasta por un máximo de 30 días, rectificando públicamente su conducta.

En lo que se refiere a las resoluciones finales que ordenan medidas correctivas a favor del consumidor estas constituyen Títulos de Ejecución conforme con lo dispuesto en el artículo 713º inciso 3) del Código Procesal Civil, una vez que queden consentidas o causen estado en la vía administrativa. En cuanto a la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución, ésta corresponde a los consumidores a cuyo favor se hayan dictado la medida correctiva (art. 43º, Texto según artículo 1º de la Ley Nº 27311).

El incumplimiento por parte de los proveedores de lo ordenado en las resoluciones finales emitidas por la Comisión de Protección al Consumidor constituye una infracción a la Ley de Protección al Consumidor. En estos casos, la Comisión es competente para imponer las sanciones y medidas correctivas enunciadas en el presente Título, independientemente de que la parte legitimada opte por la ejecución de lo incumplido en la vía legal correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 43º mencionado (art. 44º, texto según el artículo 1º de la Ley Nº 27311).

Los bienes o montos que sean objeto de medidas correctivas serán entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama salvo mandato distinto contenido en la resolución.

Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva, que por algún motivo se encuentren en posesión del Indecopi y deban ser entregados a los consumidores beneficiados serán puestos a disposición de estos. En el caso de bienes o montos que no hayan sido reclamados al cabo de un año, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 45º (texto según art. 1º de la Ley Nº 27311).

397.4. Sanciones civiles

A diferencia de las medidas correctivas, las indemnizaciones por incumplimiento contractual tienen por finalidad colocar a la persona que hubiera sufrido un

daño, en una situación equivalente a aquella en la que se hubiere encontrado de no haberse producido el incumplimiento (es decir, la reparación civil debe ser igual al beneficio esperado de la transacción, o lo que es lo mismo, debe incluir no solo el daño emergente y el daño moral, sino también el lucro cesante). En este supuesto, los jueces y tribunales civiles cuentan con las facultades de cuantificar el daño producido, y ordenar al tercero que lo hubiera producido que pague al primero la suma que correspondería de haberse cumplido fielmente la prestación debida.

En tal sentido, al no tener las *indemnizaciones* como finalidad revertir los efectos que una conducta infractora hubiera ocasionado, éstas no pueden ser consideradas como medidas correctivas en los términos establecidos en la Ley de Protección al Consumidor.

397.5. Sanciones penales

Las personas que interpongan denuncias falsas ante la autoridad competente, serán denunciadas de conformidad con lo previsto por el Código Penal (Artículo 41º. Texto según el art. 1º de la Ley Nº 27311).

398. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

La ley ha establecido en su artículo 38º (texto según el art. 1º de la Ley Nº 27311), los mecanismos alternativos de resolución de dispuestas para la solución de las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de las competencias administrativas.

Se menciona entre dichos mecanismos el arbitraje, la mediación y la conciliación o mecanismos mixtos.

En cuanto a la mediación y la conciliación, éstas se dan cuando los consumidores o usuarios lleguen a un acuerdo con el proveedor respecto de sus pretensiones.

De no existir acuerdo, la vía será el arbitraje, en la que mediante el laudo se resuelve definitivamente la controversia.

La Comisión de Protección al Consumidor, establecerá directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, los mencionados mecanismos alternativos, para que resuelvan las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios.

En caso que las partes lleguen a un acuerdo, en virtud de la mediación o la conciliación, procederán a suscribir un acta la que constituye un Título Ejecutivo, según lo dispuesto en el artículo 693º del CPC, aspecto que debe tenerse presente en caso que una de las partes no observe su cumplimiento.

Tratándose de un laudo arbitral firme este ente constituye un Título de Ejecución conforme a lo señalado en el art. 713º del Código Procesal Civil.

El último párrafo del artículo 38º faculta a la Comisión a sancionar el incumplimiento de los acuerdos, laudos o resoluciones que pongan fin a la contro-

versia entre los proveedores y consumidores, mediante la imposición de multas, de persistir el incumplimiento el monto de la multa se duplicará sucesiva e ilimitadamente hasta que se cumpla con la medida cautelar o la medida correctiva y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal correspondiente.

Es conveniente tener presente que este párrafo empieza refiriéndose a que el incumplimiento del laudo, dará lugar a una multa, sin embargo al tratar de su duplicación se refiere al incumplimiento de medidas cautelares o correctivas, y concluye con la amenaza de una denuncia al Ministerio Público para el inicio del proceso penal, lo que parecería referido a las medidas cautelares o correctivas y no al cumplimiento del laudo.

399. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

De acuerdo a lo establecido en el art. 40º (texto según el artículo 1º de la Ley Nº 27311) el procedimiento administrativo para hacer cumplir las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo Nº 716 se iniciarán: **a)** de oficio; **b)** a pedido del consumidor afectado, o del que potencialmente pudiese verse afectado; y, **c)** por una Asociación de Consumidores.

En cuanto al procedimiento a observarse éste se regirá por lo dispuesto en el Título Quinto del Decreto Legislativo Nº 807.

En lo que se refiere a la interposición de la denuncia por parte de las Asociaciones de Consumidores por infracción de las normas administrativas de protección al consumidor, el Indecopi ha expedido la Resolución Nº 049-2001-Indecopi/Dir que regula la intervención de Asociaciones de Consumidores en Procedimientos Administrativos ante la Comisión de Protección al Consumidor.

En lo que concierne a la representación legal que ejerce la Asociación habría que distinguir si se trata de la defensa de los intereses de un asociado, de un tercero o de intereses difusos.

El ejercicio de la representación legal de sus asociados, se menciona en el artículo 4º de la Ley, al señalar que las Asociaciones de Consumidores gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señalada en los artículos 74º y 75º del Código Procesal Civil, respecto de sus asociados, por lo que deberá acreditar la pertenencia de este a la Asociación representante mediante la presentación de una copia simple del estatuto, de la ficha de afiliación o de cualquier otro documento que acredite de manera indubitable la calidad de asociado del representado.

Tratándose de la representación de intereses de terceros no asociados, la actividad procesal de la Asociación se circunscribirá a ejercer las facultades que le hubieran sido otorgadas por sus representantes.

Si se trata de la defensa de intereses difusos de los consumidores por parte de las Asociaciones de los Consumidores, éstas, al presentar sus denuncias, debe-

rán adjuntar copia simple de la escritura pública de su estatuto con los datos de inscripción, manifestando bajo declaración jurada que se encuentran debidamente inscritas en el registro respectivo, debiendo contar en dicho estatuto que el objeto social de la Asociación es la protección y defensa de los consumidores.

La Resolución se refiere a la situación de haberse iniciado un procedimiento anterior contra el proveedor por los mismos hechos, en este caso no procede admitir a trámite la denuncia en defensa de intereses difusos. Sin perjuicio de lo anterior, a solicitud de parte la Comisión de Protección al Consumidor podrá reconocer la facultad del denunciante para intervenir en dicho proceso como tercero coadyuvante.

Finalmente, los efectos de la declaración de inadmisibilidad o improcedencia de denuncias presentadas en defensa de intereses difusos, únicamente surtirá efecto para la Asociaciones que la han promovido, no existiendo impedimento para que la acción sea nuevamente ejercitada por otra Asociación o en su caso, por consumidores de manera individual.

400. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

El artículo 16º de Decreto Ley Nº 25868 establece el requisito para recurrir al Poder Judicial, que es el agotamiento previo de la vía administrativa, que sólo se da cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Agotada la vía administrativa, se puede interponer demanda contencioso-administrativa, según lo establecido en el artículo 9º de la Ley Nº 27584, según texto modificado por la Ley Nº 27709, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (la mencionada Ley ha derogado el primer párrafo del artículo 17º del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el art. 64º del Decreto Legislativo Nº 807, que se refería al proceso judicial) en consecuencia, es competente para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia, para las Resoluciones que emita el Tribunal del Indecopi, entre otros organismos, la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso (*infra* Nº 424).

401. ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES. CONVENIOS DE COOPERACIÓN

Uno de los factores importantes para la protección de los derechos de los consumidores son las Asociaciones de Consumidores, muchas veces por la cuantía no representativa del daño causado, la falta de tiempo etc., los consumidores no ejercen sus derechos, en este sentido las referidas Asociaciones las ejercen en nombre de los consumidores.

La Ley Nº 27486 precisa los alcances del art. 40º del Decreto Supremo Nº 039-2000-ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, por el cual las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por el

Indecopi están legitimados para interponer denuncias por sí mismas ante la Comisión de Protección al Consumidor y ante los demás organismos funcionales del Indecopi, en defensa de los intereses colectivos y/o difusos de los consumidores afectados y/o potencialmente afectados. Esta denuncia corresponde a un interés de carácter colectivo, basta que se considere que afecte a los consumidores en general, asimismo podrán presentar denuncias en representación de sus asociados y de los consumidores que le otorguen poder para tal fin.

La Ley amplía en su artículo 2º estas facultades de las asociaciones de los consumidores, pudiendo interponer denuncias, en el sentido del párrafo anterior, ante Osiptel, Osinerg, Ositran y Sunass.

A fin de promocionar y apoyar el desarrollo de estas Instituciones, el artículo 45º de la Ley faculta al directorio del Indecopi a celebrar convenios de cooperación interinstitucional con Asociaciones de Consumidores de reconocida trayectoria.

Igualmente se contempla la posibilidad que las multas administrativas impuesta en los procesos promovidos por dichas Asociaciones sea destinada a financiar publicaciones, labores de difusión o propaganda de difusión a cargo de los mismos.

La Resolución Nº 048-2001-Indecopi/Dir, se refiere a las normas para la celebración y ejecución de convenios de cooperación con asociaciones de consumidores, señalando las pautas para la aplicación del art. 45º de la Ley.

La finalidad de los convenios a celebrarse con las Asociaciones de Consumidores es financiar actividades tales como: publicaciones, labores de investigación o programas de difusión en defensa de los derechos de los consumidores. Los recursos, señala la norma, provendrán de las multas administrativas en procedimientos promovidos por dichas asociaciones, siempre que dicho proceso haya tenido como objeto, la defensa de intereses difusos de los consumidores.

En cuanto al porcentaje de la multa que corresponde a las Asociaciones de Consumidores, ésta se determinará por la Comisión de Defensa y Protección al Consumidor en la resolución final que resuelva el fondo del procedimiento, debiendo dicho monto establecerse de acuerdo a criterios tales como: la actividad procesal que la Asociación haya realizado, la gravedad de la infracción sancionada, los efectos que pudiese ocasionar en el mercado, el daño resultante y otros criterios, que dependiendo del caso particular considere adecuado adoptar la Comisión.

Debe señalarse que el artículo 3º de la Ley Nº 27846, dispone que las asociaciones de los consumidores podrán disponer hasta el 50% (cincuenta por ciento) de las multas administradas impuestas en los procesos promovidos por estas asociaciones, las mismas que deberá destinarse a financiar publicaciones, labores de investigación información, educación en la defensa de los consumidores a cargo de los mismos.

Los recursos provenientes de las multas puestos a disposición de la Asociación de Consumidores tienen la calidad de recursos públicos y por lo tanto su uso se encuentra sujeto a las normas de control y evaluación establecidas en la Ley Nº 27209 (Ley de Gestión Presupuestaria del Estado. arts. 10º, 11º y 39º). En tal sentido corresponde a la Contraloría fiscalizar el correcto uso de estos fondos (Parte final artículo 3º de la Ley Nº 27846).

Por otra parte, dentro de un criterio descentralista, la Comisión previo acuerdo de su Directorio, podrá delegar sus facultades o de la Secretaría Técnica a otras instituciones públicas o privadas, para conocer acerca de las presuntas infracciones cometidas en determinados sectores de consumo o dentro de un ámbito geográfico específico.

Mediante la Resolución de la Presidencia del Directorio del Indecopi Nº 074-2003-Indecopi/DIR, de fecha 18 de julio de 2003 se norma la intervención de las Asociaciones de Consumidores en Procedimientos Administrativos ante la Comisión de Protección al Consumidor y demás Organismos Funcionales del Indecopi.

En tal sentido, para que las mencionadas asociaciones puedan interponer denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor y demás organismos funcionales competentes, deberán estar reconocidas por el Indecopi; dicho reconocimiento es automático, requiriéndose la presentación de ciertos documentos como: la copia simple de la escritura de constitución con los datos de inscripción en Registros Públicos, copia simple del Registro Único del Contribuyente, declaración jurada de los representantes en la que manifiesten no haber sido condenados o sentenciados judicialmente por la comisión de delitos. De comprobarse la irregularidad de los documentos presentados por la Asociación, la Comisión de Protección al Consumidor declarará la nulidad de la inscripción. La falta de inscripción determina que la denuncia formulada sea declarada inadmisible.

En cuanto a la legitimidad para obrar la Directiva establece los organismos ante las cuales estas entidades pueden interponer denuncias y sobre qué materias pueden versar: (i) Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en los supuestos de infracción a las normas sobre represión de la competencia desleal y publicidad en defensa del consumidor; (ii) Comisión de Libre Competencia, en los supuestos de infracción a las normas sobre eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, con excepción de aquellas que configuren infracción a la Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico; (iii) Comisión de Acceso al Mercado, en los supuestos de infracción a las normas sobre procedimientos administrativos, simplificación administrativa y libre tránsito de personas y bienes; y, (iv) Comisión de Normas Técnicas, en los supuestos de infracción a las normas técnicas efectuados por entidades contradictorias.

Capítulo XLIV
NORMAS DE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR. DECRETO LEGISLATIVO Nº 691

402. Antecedentes.- 403. Base legal.- 404. Organismo competente.- 405. Fiscalización.- 406. Definiciones.- 406.1. Publicidad comercial.- 406.2. Anuncio.- 406.3. Publicidad de Envase.- 406.4. Producto.- 406.5. Consumidor.- 406.6. Agencia de publicidad.- 406.7. Anunciante.- 406.8. Medios de comunicación.- 407. Ámbito de aplicación de la Ley.- 408. Principio de la buena fe.- 409. Respeto de los anuncios a la Constitución y a las leyes.- 410. Deber de veracidad.- 410.1. Veracidad de la información.- 410.2. Productos peligrosos.- 410.3. Precios.- 410.4. Engaño.- 410.5. Información relevante.- 410.6. Inducción a error.- 411. Publicidad encubierta.- 412. Principio de autenticidad.- 413. Principio de la libre y leal competencia.- 413.1. Imitación.- 413.2. Confusión.- 413.3. Denigración.- 414. Reglas de publicidad.- 414.1. Publicidad comparativa.- 414.2. Publicidad de bebidas alcohólicas y tabaco.- 414.2.1. Restricciones de su contenido.- 414.2.2. Horario de difusión.- 414.3. Prohibición de publicidad directa e indirecta de cigarrillos.- 414.3.1. Advertencia de salud.- 414.4. Llamadas telefónicas de contenido erótico.- 414.5. Publicidad dirigida a menores de edad.- 414.6. Publicidad de ofertas, rebajas de precios y promociones.- 414.7. Publicidad de empresas administradoras de fondos mutuos.- 414.8 Publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales.- 414.9. Publicidad comparativa entre medicamentos genéricos y medicamentos de marca.- 415. Responsabilidad por la publicidad.- 415.1. Responsabilidad por el contenido los anuncios.- 415.2. Responsabilidad por infracciones a la ley.- 416. Sanciones.- 416.1 Sanciones administrativas.- 416.1.1. Multas.- 416.1.2. Rectificación publicitaria.- 416.1.3. Grado de sanción.- 416.2. Sanciones penales.- 417. Procedimiento administrativo.- 418. Relación entre las infracciones a las normas de publicidad comercial y las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor.- 419. Infracciones por la difusión del anuncio.

402. ANTECEDENTES

El origen de la publicidad se remonta a la antigüedad, mencionándose el testimonio de las inscripciones babilónicas o egipcias, en los que los soberanos celebraban sus hazañas.

Se considera que la primera publicidad comercial apareció en la antigua Roma, donde se exponían los llamados *"libelli"* (tablillas) en el Foro, a la vista de todos los ciudadanos, los que anunciaban las ventas, las conferencias, los combates de gladiadores o las representaciones teatrales.

En la Edad Media, la publicidad se confiaba a los voceros públicos o pregoneros que dependían de la autoridad real. Con la aparición de la imprenta en el siglo XV, surgirían los primeros cárteles. El primer cártel inglés anunciaba una fiesta religiosa, otro impreso en Inglaterra en 1840 elogiaban las curas termales en Salisbury.

En 1836, el francés Emile de Girardin tiene la idea de vender un periódico por un precio menor que el normal, financiando la diferencia con los ingresos provenientes de la publicidad, esta actitud es materia de imitación, convirtiendo la publicidad en un medio de obtener recursos.

Un impulso decisivo para la publicidad fue la revolución industrial a mediados del siglo XIX, la producción en masa trae la necesidad de promocionar la venta de los productos. En esta época aparecen las primeras agencias de publicidad, teniendo como función ser intermediarias entre los anunciantes y los periódicos.

Aparecen las primeras frases publicitarias que intentan llegar a clientes potenciales, pudiendo citarse entre éstas la que destacaba los méritos de un dentista con la frase: *"los otros les arrancan los dientes, yo los detengo..."*. En 1922, en los EE.UU., se transmite por primera vez, publicidad radiofónica. En 1925, con ocasión de la Exposición Universal de París, Citröen inaugura el primer anuncio luminoso de gran dimensión, ya que la Torre de Eiffel le sirve de base para las letras de 30 metros de altura.

En la actualidad con la aparición de la televisión, la utilización del correo, el Internet, la publicidad es parte de nuestro mundo, convirtiendo en un elemento básico de la economía de mercado, influyendo en la decisión de los consumidores, haciéndose necesario su normatividad a efectos de evitar que sea engañosa, dañina, desleal, etc.

La publicidad, como la ciencia de la comunicación comercial, maneja un conjunto de procedimientos para persuadir al público al que se dirige el mensaje, para obtener un cambio de actitud que lo conduzca a un comportamiento de consumo.

Por otra parte, la publicidad la publicidad da lugar a un mayor flujo de información que se dirige a los consumidores, lo que les permite un mejor conocimiento de los productos o servicios que se ofrecen a efecto de tomar una decisión.

Dentro de este marco quienes concurren al mercado tienen el derecho de expresar libremente sus ideas a través de la publicidad, dentro de los límites establecidos por la legislación sobre publicidad comercial.

403. BASE LEGAL

Mediante Resolución Nº 001-2001-LIN-CCD/Indecopi, se aprobó los lineamientos de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2001 (Separata Especial), el que se ha tenido presente en la elaboración del presente capítulo.

Las disposiciones emitidas en relación con las normas de publicidad tienen como base la libertad de expresión, la que se menciona en el inciso 4 del artículo 2º de la Constitución Política de 1993, al declarar que toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

El ejercicio del derecho de libertad de expresión comercial ha de enmarcarse dentro del cumplimiento de las siguientes normas:

a) El Decreto Legislativo Nº 691 regula las normas de publicidad en defensa del consumidor, el mismo que ha sido materia de reglamento mediante el Decreto Supremo Nº 20-94-ITINCI;

b) Disposiciones de esta naturaleza también se encuentran en el Decreto Ley Nº 26122, Ley sobre la Represión de la Competencia Desleal, aspectos tratados al referirnos a los mencionados dispositivos legales.

c) Normas que regulan la publicidad comercial en determinados sectores de la actividad económica, como por ejemplo las disposiciones sobre: publicidad de cigarrillos, de establecimientos de hospedaje, de fondos mutuos de inversión, de servicios de llamadas de contenido erótico, de administradoras privadas de fondos de pensiones y de medicamentos y recursos terapéuticos naturales.

404. ORGANISMO COMPETENTE

El organismo competente encargado del cumplimiento de la Ley es la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (*supra* Nº 335.2d4), a quien la ley le reconoce autonomía administrativa (arts. 14º, 49º y 53º del D. Leg. Nº 807).

Este es el único organismo encargado de imponer sanciones en materia de publicidad comercial, siendo nulo cualquier sanción impuesta por un órgano del Estado en esta materia (art. 29º, D. Leg. Nº 691).

Así, la Comisión es competente en materia de publicidad de:

- *Medicamentos* (Decreto Supremo Nº 010-97-SA. Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales (...) Décimotercera: "La Digemid denuncia ante el Indecopi, las infracciones a las normas sobre publicidad de los productos comprendidos dentro de los alcances del presente Reglamento (...)";
- *Tabaco* (Decreto Supremo 083-93-PCM. Artículo 10º.- "Las infracciones publicitarias materia del presente reglamento serán aplicadas cuando fueran de su competencia por el Consejo Nacional de Publicidad, con arreglo al Decreto Legislativo Nº 691 (...)";
- *Administradoras privadas de fondos de pensiones* (Resolución Nº 042-99-EF/SAFP. Artículo 1º.- "(...) La publicidad de las AFP se rige por la presente norma, así como por el Decreto Legislativo Nº 691, sus normas complementarias y modificatorias";
- *Instituciones educativas* (Decreto Supremo Nº 011-98-ED. Disposiciones Finales (...) Segunda: "En los casos en los que el Ministerio de Educación verifique la comisión de infracciones a las normas sobre publicidad de los servicios ofrecidos por las Instituciones educativas comprendidas en el presente Reglamento, realizará la denuncia correspondiente ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi (...)";
- *Valores* (TUO de la Ley de Mercado de Valores, aprobado por el Decreto Supremo Nº 093-2002-EF de 15 de junio de 2002): Artículo 11º.- "La publicidad relativa a la emisión, colocación e intermediación de valores y cualquier otra actividad que se realice en el mercado de valores no debe inducir a error o confusión (...)";
- *Establecimientos de hospedaje*;
- *Fondos mutuos*;
- *Servicios de telecomunicaciones*;
- *Servicios públicos*,
- *Derechos de propiedad industrial*, cuando la publicidad pueda inducir a error o confusión a los consumidores, entre otras.

La Comisión también es competente para velar por el cumplimiento de las disposiciones referidas a publicidad comercial contenidas en normas legales cuyo conocimiento corresponde a otros órganos funcionales del Indecopi, según criterio establecido por la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución Nº 082-96-TDC, emitida en el Expediente Nº 263-95-CPC, seguido de oficio por la Comisión de Protección al Consumidor contra Sociedad Distribuidora de Alimentos S.A.

Por otra parte de acuerdo con las facultades contenidas en la Ley de Publicidad, corresponde a la Comisión determinar cuando una comunicación pública constituye un supuesto de publicidad comercial y cuándo no está incluida dentro de los alcances de la definición de publicidad comercial, en este último caso cabría la posibilidad de analizar esta situación para ver si le son aplicables las normas que reprimen la competencia desleal.

La Comisión contará con una Secretaría Técnica como organismo ejecutivo dependiente de la Comisión y que estará encargada de velar por el cumplimiento de la presente Ley.

405. FISCALIZACIÓN

La fiscalización de los anuncios, en todos los casos, sólo podrá realizarse con posterioridad a la difusión de éstos, el art. 29º, modificado por el art. 14º del Decreto Legislativo Nº 807, prohíbe el control previo de la publicidad en cualquier área o sector de la actividad económica sin excepción.

> En este sentido se puede citar el caso de un laboratorio farmacéutico que cumplió todos los requisitos para obtener el registro sanitario para comercializar uno de sus productos. Sin embargo, dicho registro fue condicionado por el organismo encargado de otorgarlo al hecho de que el proveedor retirara el gráfico publicitario que aparecía en el rotulado. La Comisión de Acceso al Mercado declaró que dicha práctica constituía una barrera burocrática ilegal, puesto que las exigencias de contenido publicitario no se ajustaban al ejercicio legal de las facultades conferidas al organismo por el ordenamiento jurídico. Al respecto, mediante Resolución Nº 012-1997-CAM-Indecopi/EXP-000041, de fecha 18 de junio de 1998, emitida en el Expediente Nº 000041-1997/CAM, la Comisión de Acceso al Mercado estableció lo siguiente: "La actuación de Digemid (...) consiste en la exigencia a la empresa denunciante para que proceda al retiro del gráfico que aparecía en el rotulado del producto. Dicho gráfico estaba constituido por el perfil facial de una mujer y la exigencia se efectúa bajo el sustento de encontrarse prohibida la publicidad en los envases de medicamentos de venta bajo receta médica, como es el caso de Femiane. La exigencia implica el ejercicio de facultades de fiscalización de la publicidad, por lo que es necesario determinar si la Digemid estaba facultada para ello (...) la actuación de la Digemid en materia de exigencias de contenido publicitario no se ajusta al ejercicio legal de facultades que le hayan sido conferidas por el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, constituye también una barrera burocrática ilegal (...)". Dicha Resolución fue confirmada por la Sala mediante Resolución Nº 0233-1998/TDC-Indecopi, de fecha 02 de septiembre de 1998.

406. DEFINICIONES

El artículo 1º de la ley contiene diversas definiciones aplicables a la publicidad comercial a efectos de determinar los alcances de la ley. Por otra parte, las Resoluciones emitidas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual han precisado dichos términos e incorporados otros.

406.1. Publicidad comercial

En cuanto a lo que se entiende por publicidad comercial, la misma se define como una forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores.

> Conforme lo ha interpretado el Tribunal, la característica que tipifica a la publicidad comercial no es el soporte material en que está contenida, sino el mensaje persuasivo contenido en ella. En este sentido: "constituye publicidad comercial cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial, la propaganda política y la publicidad institucional, entendida esta última como aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos entre otras" (Resolución Nº 096-96-TDC emitida en el Expediente Nº 089-96-CCD seguido por Productos Rema S.A. en contra de Luz del Sur S.A., que declaró improcedente la denuncia presentada por no tratarse de un supuesto de publicidad comercial).

Para que una forma de comunicación constituya publicidad comercial, en concordancia con la Resolución citada debe de concurrir lo siguiente requisitos:

(i) debe tratarse de una comunicación pública; en otras palabras, debe estar dirigida a un público de potenciales consumidores; y,

(ii) dicha comunicación debe tener como propósito o por efecto fomentar en el destinatario del mensaje el consumo de los bienes o la contratación de los servicios anunciados.

Por su parte el Decreto Legislativo Nº 691, en su art. 1º define ciertos conceptos aplicables a la publicidad comercial.

406.2. Anuncio

En este sentido la palabra *"anuncio"* debe entenderse en su más amplio sentido, comprendiendo inclusive la publicidad en envases, etiquetas y material de punto de venta.

Tradicionalmente se ha considerado como anuncios publicitarios a los mensajes con contenido comercial que son difundidos a través de los medios masivos de comunicación, tales como radio, televisión o prensa. Sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto por la ley, la Comisión ha establecido que los siguientes casos también constituyen publicidad comercial: (i) anuncios difundidos en las páginas amarillas de una guía telefónica; (ii) anuncios difundidos mediante facsímile; (iii) anuncios difundidos mediante mailing; (iv) literatura médica de soporte distribuida a los profesionales de la salud; (v) publicidad difundida a través de Internet; y, (vi) publicidad en envases.

406.3. Publicidad de envase

En cuanto al término *"publicidad de envase"* se entiende como tal, la constituida por las frases e imágenes contenidas en el empaque, con las siguientes excepciones:

a) La información propia de las normas de rotulado; esto es, el nombre y domicilio legal del fabricante o distribuidor, la identificación del producto y su contenido neto; y,

b) La información técnica del producto. Sin embargo, debemos señalar que, si bien esta información no constituye publicidad en envases, ello no impide a la Comisión analizar la legalidad de las mismas sobre la base de la legislación sobre competencia desleal.

406.4. Producto

La palabra *"producto"* comprende también los servicios.

406.5. Consumidor

La palabra *consumidor* se refiere a cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo. El concepto de consumidor tiene una acepción más amplia que la contendida en la Ley de Protección al Consumidor. Para el Decreto Legislativo Nº 691, constituye *consumidor* no sólo el usuario final de los productos o servicios anunciados, sino también los distribuidores, comerciantes y, en general, todo aquel que se encuentre en la posibilidad de recibir el mensaje del anunciante.

406.6 Agencia de publicidad

En cuanto a la palabra *agencia de publicidad* o *publicitario* la ley entiende que es la persona natural o jurídica encargada del diseño, confección, organización y/o ejecución de anuncios y de otros productos publicitarios.

406.7. Anunciante

Se considera *anunciante* a la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha establecido como criterio de interpretación que, debido a que las afirmaciones publicitarias contenidas en un anuncio se encuentran referidas a los productos o servicios de una empresa, ésta resulta la beneficiaria directa de dicho anuncio, y por tanto se encuentra comprendida dentro de la definición de anunciante (Resolución Nº 174-97-TDC, emitida en el Expediente Nº 174-96-CCD, seguido de oficio contra Mazaly S.A. e Inversiones Profesionales S.A).

Conforme a este criterio de interpretación, el carácter de *"anunciante"* es independiente del hecho que la empresa haya contratado o no la publicidad, salvo

que se demuestre que la difusión de la misma fue realizada por un tercero que no tiene vinculación alguna con la empresa, en cuyo caso ésta no estaría comprendida dentro de la definición de anunciante.

En resumen, en cada caso deberá analizarse si los anuncios materia de evaluación han sido difundidos por el supuesto anunciante, es decir, si existe un nexo causal entre la difusión de los anuncios y la conducta de una empresa.

> Como ejemplo de qué empresas están comprendidas dentro de la definición de anunciante, se puede citar el caso de un anuncio de bebidas gaseosas que infringió el principio de legalidad. La Comisión y la Sala consideraron que tanto la empresa encargada de la distribución de las bebidas gaseosas como la empresa embotelladora de las mismas eran las beneficiarias directas del anuncio, por cuanto éste se refería a un producto comercializado por estas empresas, siendo anunciantes en los términos establecidos en la ley (Resoluciones Nº 028-1998/CCD-Indecopi y Nº 216-1998/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes acumulados Nºs. 022-1998/CCD y 033-1998/CCD, seguidos por DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, y de oficio, respectivamente, contra Compañía Embotelladora del Pacífico S.A., BBDO Perú S.A. y Pepsico Inc., las cuales declararon fundada la denuncia y sancionaron a la primera empresa con una multa de 2 UIT, mientras que las otras co-denunciadas fueron multadas cada una de ellas con 5 UIT).

406.8. Medios de comunicación

La palabra *"medio de comunicación social"* se refiere a todas las empresas que brinden servicios audibles, audiovisuales e impresos para la difusión de anuncios publicitarios, ya sea de manera personalizada o impersonal, por medio de correspondencia, televisión, radio, teléfono, facsímile, periódicos, revista, afiches, volantes o cualquier otro medio análogo que operen o se editen en el país (art. 1º Decreto Legislativo Nº 691 y art. 2º D. S. Nº 20-94-ITINCI - Reglamento).

En cuanto al alcance del término *medio de comunicación* social, la Resolución Nº 0203-1999/TDC-Indecopi, ha establecido que: "...está referido a la prestación, en general, de servicios audibles, audiovisuales e impresos por parte de empresas que operen en el país –es decir, a los medios de radiodifusión, televisión y medios impresos–, así como a cualquier otro medio análogo que tenga por finalidad la difusión de un mensaje –incluyendo el facsímile, la correspondencia, volantes, entre otros–. Por tanto, el término 'medio de comunicación' contenido en la legislación aplicable se refiere a toda actividad a través de la cual se pueda difundir un mensaje publicitario determinado, ya sea de manera personalizada o impersonal".

> La Sala ha establecido como criterio de interpretación que se entiende por *campaña publicitaria* "...aquella secuencia de anuncios publicitarios realizados en interés del mismo anunciante, para promocionar un mismo bien o servicio, teniendo por objeto un mismo mensaje que será recordado e interpretado por los consumidores..." (Resolución Nº 1002-96-Indecopi/TRI de fecha 19 de junio de 1996, emitida en el Expediente Nº 077-95-CPCD seguido por Industrias Pachucha S.A. y Consorcio de Alimentos Perú Pacífico contra New Zealand Milk Products (Perú) S.A., la misma que declaró fundada la denuncia presentada, sancionando a la denunciada con una multa de 2 UIT).

407. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Las normas de la Ley de Publicidad, Decreto Legislativo Nº 691 y el Decreto Supremo Nº 20-94-ITINCI, rigen la publicidad comercial de bienes y servicios, en cualquier sector o actividad económica, independientemente del hecho de que el destinatario del mensaje sea un consumidor final, un intermediario o un proveedor de bienes y servicios.

Para efecto de los alcances del D. Leg. Nº 691, la publicidad que supervisan los organismos funcionales del Indecopi debe de tener un carácter comercial, y no un carácter meramente informativo.

En cuanto a la *propaganda política* de acuerdo a lo dispuesto por el reglamento, art. 3º del D. S. Nº 20-94-ITINCI, las disposiciones contenidas en la ley no se aplican a la propaganda política ni a cualquier otra forma de comunicación carente de contenido comercial.

> Se ha considerado, también fuera del ámbito de aplicación de la ley, a la *publicidad institucional*, entendida como "aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras" (Resolución Nº 096-96-TDC emitida en el Expediente Nº 089-96-CCD seguido por Productos Rema S.A. en contra de Luz del Sur S.A., que declaró improcedente la denuncia presentada por no tratarse de un supuesto de publicidad comercial).

Otro mensaje que no se rige por las normas de publicidad sino por las de competencia desleal, es el aviso que publican las empresas informando acerca de determinadas situaciones que han ocurrido en su interior.

408. PRINCIPIO DE LA BUENA FE

Las normas deben interpretarse y aplicarse teniendo presente la buena fe, en consecuencia en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados. Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influencia mediante un *examen superficial* del mensaje publicitario (art. 2º).

En cuanto al término *análisis superficial* no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis experto y detallado del mismo.

El *examen superficial* de un anuncio publicitario es el que surge de manera natural a los ojos de un consumidor que observa un anuncio publicitario sin recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. Los anuncios van a ser juzgados de acuerdo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría según el significado común y usual de las palabras, frases, oraciones e imágenes.

Conforme al último párrafo del artículo 2º las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos,

las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros. Para establecer si un anuncio infringe lo dispuesto en las normas publicitarias vigentes, debe ser analizado de forma conjunta, tal como un consumidor aprehende el mensaje publicitario.

> El Tribunal del Indecopi ha establecido como precedente de observancia obligatoria, que "...los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas, prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor. Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio publicitario, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio siendo válida la exageración siempre que no vulnere el principio de buena fe comercial..." (Resolución Nº 052-96-TRI-SDC, Expediente Nº 187-95-CPCD, seguido de oficio contra Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda., Omniagro S.A. y Cuarzo Publicidad S.A., la que, confirmando la resolución de primera instancia, declaró fundada la denuncia y sancionó a la denunciada con una multa de 4 UIT).

409. RESPETO DE LOS ANUNCIOS A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS LEYES

El artículo 3º de la ley se refiere en su primer párrafo al respeto que deben tener los anuncios a la Constitución y a las leyes.

La Ley contempla reglas de publicidad que deberán observarse para ciertos casos específicos, tales como la publicidad comparativa (*infra* Nº 414.1) anuncios dirigidos a menores edad, anuncios de los cigarrillos (*infra* Nº 414.2) y demás productos del tabaco, las llamadas telefónicas de contenido erótico (*infra* Nº 414.4) debiendo los anuncios estar dirigido a adultos y difundirse en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en caso de radio y/o televisión, dentro del horario de las cero horas a las seis de la mañana (*infra* Nº 414.2.2).

En su segundo párrafo del artículo 3º establece que ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

De acuerdo al principio de no discriminación, ningún anuncio debe favorecer o estimular ninguna clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

El art. 3º en su tercer párrafo, dispone que los anuncios no deben de contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o parezcan apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.

La ley no prohíbe anuncios que presenten conductas antisociales, criminales o ilegales, sino sólo los que tengan como efecto o resultado "favorecer o estimular" determinados tipos de discriminaciones u ofensas: las raciales, sexuales, sociales, políticas o religiosas. Los términos "favorecer o estimular", implican

examinar lo más objetivamente posible si el anuncio puede generar conductas negativas de la naturaleza antes señalada.

En este sentido, la Comisión determinó que sí había una infracción a las normas de publicidad en el anuncio de una bebida gaseosa en que un conocido deportista pateaba una máquina expendedora de gaseosas, extrayendo una bebida sin depositar el importe correspondiente. La Comisión estableció que este anuncio estimulaba objetivamente una conducta delictiva, por lo que se declaró fundada la denuncia por infracción al artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 691 (Resolución Nº 028-1998/CCD-Indecopi, la Comisión determinó que la conducta mostrada en la publicidad podría ser calificada como delito de hurto agravado, de conformidad con lo establecido por los artículos 185º y 186º del Código Penal vigente).

410. DEBER DE VERACIDAD

410.1. Veracidad de la información

El primer elemento a considerar, respecto de los productos ofrecidos, es la veracidad de la información, la que se basa en que los anunciantes deben proporcionar a los consumidores información veraz acerca de los productos y servicios que ofrecen en el mercado, con el propósito de que los consumidores puedan adoptar una decisión de consumo adecuada a sus intereses.

En este sentido el art. 4º señala que los anuncios no deben de contener información ni imágenes que directa o indirectamente pueden inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.

Los anunciantes están en la obligación de acreditar, a través de medios probatorios idóneos, la veracidad de las afirmaciones objetivas que difunden por medio de sus anuncios, pues éstas sirven de sustento a las decisiones de consumo que adopta el público. Ello implica que los anunciantes deben contar con el sustento probatorio que acredite la veracidad de las afirmaciones sobre las características de los productos y servicios promocionados, antes de que los anuncios sean difundidos en el mercado, el art. 15º del Decreto Legislativo Nº 691, se refiere a este aspecto al declarar que la descripción o afirmaciones publicitarias serán susceptibles de prueba por el anunciante en cualquier momento.

La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual Nº 466-96-Indecopi/TRI, de 27 de marzo de 1996 (Expediente Nº 116-95-CPD. Diario Oficial *El Peruano*, 23 de mayo de 1996, p. 139810), considera que el artículo 4º está orientado a proteger a los consumidores de la asimetría en la información, frente a los proveedores de bienes y servicios, con miras a que se les brinde una información clara y veraz, para estar en posibilidad de comparar objetivamente las alternativas que les ofrecen los distintos proveedores en el mercado y adopten así una decisión de consumo eficiente a sus intereses, logrando de esta manera una mejor asignación de recursos en la sociedad, fin último de las normas de competencia.

En cuanto a la aplicación del principio de veracidad, la Res. Nº 014-97-TDC, de 17 de enero de 1997 (Exp. Nº 039-96-CPD. Diario Oficial *El Peruano*, 31 de enero de 1997, p. 146460), ha establecido como precedente de observancia obligatoria el siguiente criterio de interpretación. "Para la aplicación del principio de veracidad, contenido en el artículo 4º del Decreto Legislativo Nº 691, debe distinguirse en qué casos una afirmación queda sujeta a la obligación del anunciante de probar su veracidad conforme a lo dispuesto en el artículo 15º del mencionado Decreto Legislativo y en qué casos no existe tal obligación. Ello depende de cómo es percibida una afirmación por un consumidor razonable. Las afirmaciones que, por la forma como han sido formuladas, contienen información que puede ser considerado como objetivamente verificable por un consumidor en los términos expuestos, están sujetas al principio de veracidad. Por el contrario, las afirmaciones que son percibidas por el consumidor como opiniones subjetivas y, por tanto, no verificables, no están sujetas a comprobación".

410.2. Productos peligrosos

El segundo párrafo del artículo 4º se refiere a los anuncios de los productos peligrosos, debiendo los anuncios prevenir a los consumidores de los correspondientes riesgos.

Se entiende que un producto es peligroso cuando su uso conlleva un peligro extraordinario y grave que no puede ser evitado con la diligencia o el cuidado razonable, como podría ocurrir con un veneno o un insecticida.

Se trata de un concepto excepcional y no es sinónimo de presentar riesgos, por cuanto el uso de todo producto, sin excepción, conlleva riesgos. Una ampliación extensiva de este concepto restringiría la actividad publicitaria, ya que obligaría a los anunciantes a incluir en su publicidad este tipo de información, aun cuando se tratase de productos con riesgos mínimos o que sólo ocurren cuando el consumidor realiza un uso inadecuado de los productos.

Si el riesgo en cuestión puede ser neutralizado mediante la adopción de precauciones razonables, y las advertencias son puestas en conocimiento del consumidor mediante un medio adecuado, no es necesario incluirlas en la publicidad (Resolución Nº 213-2000/TDC-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 072-1999/CCD, seguido por Industria Nacional de Baldosas Acústicas S.A. en contra de A.I.S. Perú S.A. y Ventanas Listas S.A., por la cual la Sala declaró infundada la denuncia).

Teniendo en cuenta que los proveedores de productos poseen información completa, precisa y directa sobre los mismos, la ley establece que en determinadas circunstancias, el anunciante debe asumir el costo de difundir información con las advertencias pertinentes sobre productos riesgosos o peligrosos.

Para efecto de determinar si un producto es peligroso y que en consecuencia debe incluirse en su publicidad información de advertencia acerca de los riesgos derivados de su utilización, la Resolución Nº 213-2000/TDC-Indecopi, señala que deberá concluirse lo siguiente:

riesgo al segmento de la población afectada que busca advertirse y permita a los interesados identificar la importancia de la advertencia para ello.

c) *El tamaño y frecuencia de la advertencia deben de ser adecuados.* Las dimensiones de la advertencia y la frecuencia con la que se hace (en el caso de que la advertencia se haga por medios de comunicación) deben permitir razonablemente que se llegue a la mayoría de los consumidores afectados.

d) Se debe *especificar la naturaleza del riesgo o peligro* que se advierte. Esto implica señalar si estamos, por ejemplo, frente a un riesgo a la salud, o a la propiedad del consumidor, o simplemente pueden implicar la pérdida del producto adquirido. Por ejemplo, si un producto es tóxico si se bebe o dañino si se aplica sobre los ojos, debe indicarse tales efectos.

e) *Debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor razonable.* Debe por tanto descartarse el uso de lenguaje excesivamente técnico o científico, utilizándose por el contrario términos que permitan al consumidor entender cuáles son los riesgos o peligros que se le advierten.

f) *Se debe describir el nivel de certidumbre que rodea al riesgo o peligro previsible.* Si el riesgo es sólo potencial o no se tiene certeza absoluta del mismo, puede indicarse ello en el aviso, mediante el uso de expresiones condicionales. Por el contrario si se trata de un riesgo cierto y preciso, debe utilizarse un lenguaje que dé a entender ello al consumidor.

g) *Deben explicarse las medidas que se deben adoptar para evitar el riesgo o para mitigar los efectos que pudieran producirse.* La advertencia debe, de ser posible, señalar cómo corregir estos problemas de una manera clara y sencilla.

410.3. Precios

El tercer párrafo del artículo 4º (adicionado por el art. 3º de la Ley Nº 26506) concierne a los anuncios que expresen precios, normando que estos deberán consignar el precio total del bien o servicio, incluido el impuesto general de las ventas que corresponde. Cuando se anuncie el precio de ventas al crédito deberá incluirse, además, el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos al realizar y su periodicidad.

Conforme a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento (D. S. Nº 20-94-ITINCI, art. 12º), el anunciante no se encuentra obligado a incluir en sus anuncios el precio del producto que ofrece. Sin embargo, si lo hace, debe tratarse del precio final, con todos los desembolsos que debe realizar el consumidor para adquirir el bien o servicio anunciado. Es así que el mencionado párrafo tercero del artículo 4º, se refiere a "Los anuncios que expresen precios..." y "Cuando se anuncie el precio...", lo que permite no expresarlo.

a) El producto presenta riesgos para el consumidor;

b) Los riesgos no son obvios o fácilmente conocibles por un consumidor razonable;

c) Los riesgos que presenta el producto son graves o serios para la vida, salud o propiedad de los consumidores;

d) No es posible evitar los riesgos del producto advirtiendo de los mismos al consumidor por otros medios informativos que no sean la publicidad.

En tal sentido, el Instituto Nacional de Salud ha señalado –Informe Técnico Suplementos Alimenticios Nº 001-96, emitido en el Expediente Nº 084-95-CPCD, seguido de oficio contra Droguería Dista S.A.– que "La peligrosidad o no peligrosidad de un producto debe ser evaluada además de la toxicidad intrínseca del producto, en su capacidad de producir efectos deletéreos en la salud de las personas que presentan diversos cuadros patológicos (enfermedades). Del conocimiento de estos efectos deletéreos es que surgen las contraindicaciones y/o restricciones al empleo de cada producto en particular. Estas contraindicaciones deben ser obligatoriamente informadas al consumidor, por el riesgo que entraña el uso de este producto".

En la materia sobre productos peligrosos, adicionalmente a lo dispuesto por la Ley General de Salud y su reglamento, también son aplicables los criterios de interpretación establecidos por la Sala en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución Nº 095-96-SDC/TRI, por el cual se interpretan las normas que sobre esta materia están contenidas en el Decreto Legislativo Nº 716, Ley de Protección al Consumidor. Al respecto, en dicha resolución se indicó lo siguiente: "La razonabilidad de una advertencia, sea que esté referida a los riesgos y peligros que normalmente tienen ciertos productos (es decir las advertencias a las que alude el segundo párrafo del artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 716) o que esté referida a los riesgos y peligros no previstos que se detecten con posterioridad a la colocación de los productos en el mercado (es decir la obligación de advertir al consumidor contenida en la última parte del artículo 10º del Decreto Legislativo Nº 716) debe ser analizada en relación a los siguientes elementos básicos:

a) *La advertencia debe ser difundida con la debida celeridad.* Se deben difundir las advertencias en un plazo prudencial de acuerdo con la gravedad del riesgo o peligro involucrado. Esto implica que, tratándose de un grave daño a la salud de los consumidores, las advertencias deben ser difundidas de inmediato, apenas existan indicios razonables para suponer la existencia del peligro.

b) *El uso de un encabezamiento o señal de advertencia adecuados al riesgo o peligro que se advierte.* El "título" con el que se pretende llamar la atención del consumidor debe ser adecuado para que, sin alarmar innecesariamente, llame la atención lo suficientemente con relación a la magnitud del

Los montos correspondientes a los referidos costos, deberán ser expresados, atendiendo a su naturaleza, como una cantidad fija, un valor porcentual, una cantidad mínima, un rango de cantidades o cualquier otra forma que pueda ser comprendida por un consumidor razonable mediante un análisis superficial del anuncio, según las circunstancias.

En los casos de costos correspondientes a prestaciones opcionales o que no pueden ser determinados cuantitativamente por el anunciante, ya que dependen de la elección que realice el consumidor, bastará con que se indique que la tasa de interés anunciada no incluye dichos costos. Es necesario que en estos casos, los costos no determinados cuantitativamente no afecten la esencia y características de la oferta anunciada, según lo que se desprende de la lectura del anuncio y conforme a los usos y costumbres del mercado, de tal forma que los beneficios ofrecidos a los consumidores sigan siendo tales.

De este modo, el anuncio que no cumpla con los términos establecidos en los párrafos anteriores, será considerado ilícito".

410.4. Engaño

A diferencia de la confusión, en el engaño hay la difusión de indicaciones falsas y carentes de veracidad, en cuanto a los orígenes, bondades, cualidades, componentes, particularidades y atributos de los artículos, prestaciones y conductas anunciadas, con la finalidad de generar un engaño en la persona a quien se dirige la información.

El principio de veracidad incluye una referencia al *engaño por omisión*, al cual puede verse expuesto el consumidor cuando la publicidad carece de información respecto de algún aspecto esencial de un producto o servicio, aspecto que menciona el artículo 4 º de la ley en su primer párrafo al referirse a que la omisión en los anuncios puede inducir a error al consumidor.

No se trata de una información profusa, sino de aquella cuya importancia o *relevancia es indispensable* para que el consumidor pueda formarse una idea cabal del producto o servicio.

410.5. Información relevante

Para efectos de determinar si una *información es relevante*, se aplican los criterios siguientes:

a) que, la información omitida no resulte previsible por un consumidor razonable según los usos y costumbres existentes en el mercado; y,

b) que la omisión de información desnaturalice las condiciones en las que se realiza la oferta en el anuncio.

Al respecto, la Sala ha establecido que "... la inclusión de 'información relevante' en el anuncio no es sinónimo de incluir 'toda la información', de modo que si se forzara a los proveedores a colocar en su publicidad todos los términos y condiciones referidas a los bienes o servicios que ofrecen al público, los anuncios se tornarían excesivamente complicados y largos, con lo que se dificultaría su lectura y comprensión por parte del consu-

El propósito de estas normas es establecer una presentación uniforme de los precios, para reducir los costos de acceso a la información y a la comparación en que tendrían que incurrir los consumidores, reduciendo con ello el riesgo de error o equivocación.

> La Sala ha establecido, como precedente de observancia obligatoria, con relación al anuncio de los precios el siguiente criterio de interpretación: La expresión "monto anunciado como precio" se refiere a aquella cantidad que es mostrada en un anuncio de tal manera que lleva al consumidor a determinar, a simple vista, clara e indubitablemente, cual es el desembolso total que tendría que hacer para adquirir el producto o contratar el servicio ofertado.
>
> En ese sentido, dependiendo como esté estructurado un anuncio, cuando se muestre un monto determinado de forma destacada o de manera tal que diera a entender que constituye el precio del producto o servicio ofertado, dicho monto tiene que incluir necesariamente todo desembolso que se le vaya a exigir al consumidor en caso deseara adquirir el bien anunciado.
>
> Ello no lleva a interpretar que el anunciante no pueda mostrar además otras cantidades o montos distintos al precio del bien ofertado. Dichas cantidades constituyen, información adicional a la exigida legalmente que está permitida y que incluso podría ser de utilidad a cierto tipo de consumidores. Sin embargo, el precio del bien debe ser expresado en forma más destacada que las cantidades o montos mostrados en un anuncio de manera adicional.
>
> Cuando se dice "en forma más destacada" la Sala se refiere ya sea al tamaño de la letra, ubicación en el anuncio, color o tipo de letra, el volumen de voz con el que se anuncia, o la conjunción de dos o más de los elementos señalados o cualquier otro análogo.
>
> En caso un anuncio incumpla con lo señalado anteriormente, será ilícito, independientemente del análisis sobre la posibilidad de que pueda inducir o no a error al consumidor o generar daños a los demás competidores (Resolución Nº 221-97-TDC, emitida en el Expediente Nº 015-97-CCD, seguido de oficio contra Compañía Real Holandesa de Aviación S.A. – KLM, por la cual se declaró fundada la denuncia, sancionando a la denunciada con una amonestación).

Asimismo se puede mencionar la siguientes Resolución que trata sobre esta materia.

> La Resolución Nº 0123-1998/TDC-Indecopi, de 8 de mayo de 1998 (Exp. 98-97-CCD, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de junio de 1998, p. 160677), ha establecido lo siguiente: "Conforme a lo establecido por el artículo 4º del Decreto Legislativo Nº 691, en los anuncios difundidos por las empresas del sistema financiero nacional, en los que se hiciera referencia a la tasa de interés activa o cualquier otro costo correspondiente al servicio de crédito de consumo e hipotecario que ofrecen, deben consignarse todos los costos que deba asumir el consumidor por la contratación del referido servicio.
>
> Los costos que son parte del precio total correspondiente al servicio de crédito de consumo o hipotecario deberán ser consignados en el anuncio de tal manera que un consumidor razonable pueda determinar, mediante un análisis superficial del anuncio, clara e indubitablemente, cual es el desembolso total que tendría que hacer para contratar el servicio.
>
> En este sentido, además de señalarse el monto correspondiente a la tasa de interés activa, deberá consignarse en el anuncio expresamente todo costo adicional que deba pagar el consumidor por el servicio de crédito mediante un pago único o periódico.

espacios informativos usuales del medio de comunicación y tiene similar formato (Res. Nº 0041-1998/TDC-Indecopi), estructura y extensión que las notas periodísticas, programas, reportajes o entrevistas que no puedan identificarse fácilmente, efecto persuasivo, pago por contraprestación por la publicación del aviso.

Para identificar aquellos casos en que la apariencia de la información publicitaria difundida por el medio de comunicación pueda inducir a los consumidores a creer que se trata de una nota periodística, programa radial o televisivo, entrevista o reportaje de carácter imparcial, capaz de influir en su percepción y alterar así el efecto persuasivo del anuncio, debe tenerse en cuenta los siguientes elementos de juicio:

a) La publicidad encubierta se presenta de modo tal que un consumidor razonable no podría identificar fácilmente su verdadero carácter.

   Es decir que la presunta publicidad encubierta debe encontrarse ubicada en las páginas, columnas espacios informativos, características del medio de comunicación. Asimismo, debe contar con similar formato, diseño, caracteres tipográficos, estructura y/o extensión que las notas periodísticas, programas radiales o televisivos, reportajes o entrevistas características del medio de comunicación.

b) El efecto persuasivo de la publicidad encubierta difiere de aquel que se produciría si la misma información fuese presentada abiertamente un anuncio publicitario.

   En este punto, el análisis que efectúe la autoridad, en cada caso, deberá partir de una comparación abstracta entre el efecto persuasivo que tendrá la misma información, ya sea que fuese difundida como un anuncio publicitario o como una nota periodística. De este modo, no serán aplicables las disposiciones sobre publicidad encubierta si, una vez efectuado dicho análisis, se llegara a la conclusión de que la información difundida no tendrá un efecto persuasivo substancialmente distinto, en uno u otro caso.

   Debe cuidarse, sin embargo, algunos aspectos que podrían generar el abuso de este tipo de publicaciones. Si la noticia publicada como tal llevara opiniones o calificativos que pudiesen modificar su efecto persuasivo, dependiendo de quien provienen, la autoridad deberá ser más cautelosa.

c) Necesidad de que exista alguna o cualquier otra prueba que acredite la intención del medio de efectuar publicidad encubierta.

El elemento de juicio de mayor importancia para determinar la intencionalidad del medio de comunicación será la existencia de un pago contraprestación de cualquier tipo por el espacio en que fue difundida la publicidad encubierta. No obstante ello, cuando no existan tales pruebas se podrá tener en cuenta cualquier otro elemento de juicio relevante que demuestre que la actuación del medio de comunicación estuvo encaminada a efectuar

midor. Ello a su vez podría elevar los costos de la publicidad, con lo que se desincentivaría el uso de dicho medio de comunicación comercial y se reduciría la cantidad de información disponible para los consumidores" (Resolución Nº 0123-1998/TDC-Indecopi, emitida en el procedimiento seguido de oficio por la Comisión contra el Banco Sudamericano, Expediente Nº 98-97-CCD, la misma que declaró infundada la denuncia).

La Resolución Nº 012-1999/CCD-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 102-1998/CCD, seguido de oficio contra Tiendas por Departamentos Ripley S.A., la que declaró fundada la denuncia y sancionó a la denunciada con una multa de 3 UIT), al haber difundido un anuncio informando que por la compra de un televisor se obtenía gratis la instalación y dos meses de servicio de televisión por cable, sin señalar ninguna restricción. En este caso, no se informó al consumidor de que, a fin de obtener los beneficios de la referida promoción, tenía que suscribirse un contrato de dos años con la empresa prestadora del servicio de cable. En consecuencia, la Comisión consideró que el anunciante había omitido información relevante, incurriendo en engaño por omisión.

Así como el caso de otro establecimiento comercial que realizó una promoción utilizando la afirmación "Gratis CMR Falabella te regala un Celular Supercell", sin incluir en sus anuncios la información correspondiente a la obligación de suscribir un contrato por el término de 12 meses, y a la imposición de un cargo de consumo mensual mínimo y otro por concepto de seguro. La Comisión consideró que, si bien existen costos previsibles por un consumidor que pretende adquirir el teléfono celular, las concretas condiciones establecidas con carácter de obligatoriedad no resultaban previsibles para un consumidor razonable (Expediente Nº 049-1998/CCD, seguido de oficio contra Sociedad Andina de Grandes Almacenes S.A. – SAGA, en el cual se declaró fundada la denuncia y se impuso a la denunciada una multa de 8 UIT).

410.6. Inducción a error

Conforme al principio de veracidad, los anuncios publicitarios no deben inducir a error a los consumidores respecto a su procedencia empresarial.

Tales errores podrían ocurrir cuando el anuncio busca establecer una vinculación entre sus productos o servicios y los de sus competidores, utilizando en la publicidad un nombre comercial y/o una razón social similar o empleando colores o realizando una presentación de sus productos semejante a la de otro empresario, o usando envases u otro elemento distintivo (registrado o no) de otros anunciantes.

411. PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Es el caso que los anunciantes presenten como artículo periodísticos notas cuyo contenido es eminentemente publicitario.

La doctrina señala que mientras el lector asume ciertas reservas y una posición defensiva frente a los anuncios publicitarios *strictu sensu*, otorga en cambio una gran credibilidad y está dispuesto a acoger las informaciones fácticas y los juicios valorativos contenidos en los artículos y comunicaciones informativas.

A fin de definir los alcances del concepto publicidad encubierta, para efectos del D. Leg. Nº 691, la Resolución Nº 298-97- TDC, de 5 de diciembre de 1997, señala ciertas pautas, tales como que: el anuncio esté ubicado en las páginas o

413.1. Imitación

Para que se produzca el acto de imitación, este debe de ser de manera sistemática, con relación a determinados contenidos publicitarios respecto a los servicios, mensajes y campañas que difunde una empresa en un momento determinado, con la finalidad de desvirtuar sus afirmaciones y resultados comerciales creando una imagen equívoca frente al consumidor en relación a la campaña publicitaria que se viene llevando a cabo.

El segundo párrafo del artículo 7º señala los anuncios no deben imitar las características de otros anuncios, como por ejemplo el esquema general, los textos, el eslogan, la presentación visual, la música o efecto sonoro, cuando con ello se pueda dar lugar a error o confusión respecto del origen empresarial del producto o servicio anunciado.

Existen dos elementos concurrentes que tipifican la infracción: (i) la imitación del esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que forman parte de otro anuncio publicitario; y, (ii) la inducción a error al consumidor respecto del origen empresarial del producto o del servicio anunciado.

La finalidad de la norma es que los anuncios no contengan elementos que hayan sido utilizados previamente en otros anuncios de los competidores, confundiendo al consumidor respecto al origen empresarial de los productos o servicios anunciados.

413.2. Confusión

La confusión genera en el consumidor un margen de embrollamiento y desasosiego respecto de un producto o servicio, de tal manera que no pueda ubicarlo y diferenciarlo adecuada y oportunamente de otros productos o servicios de similar naturaleza. Supone el entremezclamiento de informaciones verídicas y falsas, con el ánimo de desinformar al público.

Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, pueden inducir error al consumidor.

Se señala que a fin de determinar si, en un caso concreto se ha producido una confusión en los consumidores, se deberá tener en cuenta los siguientes criterios: (i) la forma como se distribuyen los productos o se proveen los servicios en cuestión (por ejemplo, si concurren en una misma plaza, en un mismo segmento del mercado o empleando similares canales de distribución), (ii) el nivel de experiencia de los consumidores que adquieren tales bienes o servicios, (iii) el grado de distintividad de la forma o apariencia externa del producto o de la prestación del servicio o de sus medios de identificación (esto es, que dichos elementos cumplan una función indicadora de procedencia empresarial); y, (iv) el grado de simili-

publicidad de bienes o servicios, utilizando para ello la apariencia de sus propias noticias, reportajes o entrevistas (Res. Nº 289-97-TDC, de 05 de diciembre de 1997. Exp. Nº 043-97-CPD. Diario Oficial *El Peruano*, 27 de diciembre de 1997, p. 155945).

Como precedente de observancia obligatorio se ha establecido, que a fin de determinar si una publicación de aparente carácter periodístico constituye una publicidad encubierta, deben concurrir necesariamente los siguientes requisitos:

a) El anuncio se presenta de tal modo que un consumidor razonable no puede identificar fácilmente su carácter publicitario. En la generalidad de estos casos, la publicidad encubierta se incluye en los espacios informativos del medio de comunicación, empleando el formato, diseño, caracteres tipográficos, estructura y/o extensión de las notas periodísticas o reportajes.

b) La publicidad encubierta genera una distorsión en la percepción del consumidor, puesto que se encubre bajo una opinión aparentemente imparcial.

c) Existe un pago u otra prueba que acredite la intención del medio de efectuar publicidad encubierta. Si no existen pruebas del pago se tendrá en cuenta otros elementos de juicio relevante, como por ejemplo canjes publicitarios (Resolución Nº 289-97-TDC, emitida en el Expediente Nº 043-97-CCD, seguido de oficio contra Editorial Letras e Imágenes S.A., la misma que, confirmando la resolución de primera instancia, declaró fundada la denuncia, sancionando a la denunciada con una multa de 1 UIT).

412. EL PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD

En relación con el principio de la autenticidad, el art. 5º considera que los anuncios no deben contener o referirse ningún testimonio, sin embargo se admite los mismos siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: a) que sea auténtico; b) que se relacione con la experiencia reciente de la persona que lo da. Si se trata de una difusión de un testimonio con fines publicitarios se requiere de una autorización expresa y escrita del testigo.

Conforme a lo establecido en la ley en su artículo 6º, los anuncios que se difundan en el mercado deben distinguirse como tales. Por consiguiente, el reglamento en su art. 7º señala que los anuncios que resulten similares a las noticias periodísticas deben incluir los términos "publireportaje" o "anuncio contratado" en el mismo tipo y dimensión de letra utilizada en el texto del anuncio.

413. EL PRINCIPIO DE LIBRE Y LEAL COMPETENCIA

De acuerdo al primer párrafo del artículo 7º todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.

En este sentido los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía.

tud existente entre los elementos que distinguen a los productos o la prestación de los servicios objeto de evaluación.

413.3. Denigración

Mediante los actos de denigración se atenta contra la reputación adquirida por un producto, actividad o servicio que se presta bajo determinadas características, con la finalidad de menoscabar su prestigio y calificación. La publicidad está orientada a desacreditar o menospreciar las cualidades de un producto, las prestaciones de servicios que se brindan y las relaciones comerciales que pueden haber de por medio. Puede no solamente referirse a las cualidades materiales o morales sino también a creencias religiosas o ideológicas y en general las que tienen vinculación con circunstancias personales.

El tercer párrafo del artículo 7º se refiere a que los anuncios no deben *denigrar* a ninguna empresa, marca, producto o aviso, *directamente* o por *implicación*, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía. En otras palabras no deben desacreditar injustificadamente frente a los consumidores a una empresa, marca, producto, servicio o aviso.

Para que se produzca la denigración se requiere que las empresas empleen frases e imágenes de esta naturaleza así como un tono despectivo con relación a los productos o a la imagen de las empresas competidoras.

De conformidad con lo establecido por el tercer párrafo del artículo 7º de la Ley de Publicidad, la denigración a una empresa, marca, producto o aviso puede realizarse también por implicación.

En cuanto a la mención denigración por *implicación* se presenta en los casos que quienes concurren al mercado realizan afirmaciones que buscan posicionar sus productos o servicios, situándolos en un lugar privilegiado respecto a los de sus competidores, atribuyéndoles el carácter de originales, auténticos o únicos.

Si bien estas afirmaciones están referidas al producto o servicio de quien las difunde y no se refieren directamente a otros agentes del mercado, serán consideradas denigratorias y, por lo tanto ilegales, si es que a través de un análisis integral y superficial, se determine que las afirmaciones están referidas a un competidor identificable.

414. REGLAS DE PUBLICIDAD

La Ley contempla en sus artículos 8º al 12º, las reglas que deben de observarse para el caso de la publicidad comparativa, bebidas alcohólicas y tabaco, y a menores de edad.

Existen además normas contenidas en diversas disposiciones que contemplan reglas concernientes a la publicidad, teniendo competencia en lo que se refiere a su aplicación la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

414.1. Publicidad comparativa

En esta publicidad se comparan productos, servicios o establecimientos comerciales, por parte de un competidor, en perjuicio del consumidor, que es el destinatario final de la publicidad, al menoscabar las cualidades de otros productos, actividades o servicios.

Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores (art. 8º de la Ley de Publicidad modificado por el artículo 5º de la Ley Nº 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor).

En lo que se refiere a cuando se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero será cuando la comparación engañe a los consumidores o denigre a los competidores (art. 12º, Decreto Ley Nº 26122, Ley de la Competencia Desleal, modificado por la Ley Nº 27311).

El concepto de considerar a la publicidad comparativa como un acto ilícito, que predominaba en la década de los setenta del siglo pasado, ha evolucionando, a una mayor flexibilidad en su utilización.

La doctrina jurídica reconoce que el interés del consumidor (información) es preeminente al interés de aquel empresario que puede verse perjudicado por afirmaciones que puedan canalizar las preferencias del público hacia otros productos o servicios.

La publicidad comparativa debe cumplir con los requisitos de la publicidad comercial en general, en caso contrario constituirá una publicidad comparativa ilícita que se enmarca dentro de la competencia desleal. Constituye publicidad comparativa aquella publicidad que se encuentra estructurada para que el consumidor perciba directamente el mensaje de confrontación de los productos que el anunciante compara y tengan las siguientes características: especificidad, objetividad y que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

El uso de la comparación en la publicidad permite que aquellas empresas que ingresan al mercado puedan presentar ante los consumidores las ventajas de sus productos con mayor facilidad, comparándolas con las características de los productos ya existentes en el mercado. De esta manera se favorece al consumidor otorgándole mayor información

Sobre el particular la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, ha resuelto diversos casos referentes a la publicidad comparativa pudiendo mencionarse entre otras las que disponen que:

I. La publicidad comparativa no sólo es aquella en la que se hace una mención expresa de marcas o signos distintivos de productos o servicios, sino que ésta también se configura cuando la naturaleza del anuncio es tal que induce al consumidor a distinguir claramente los productos objeto de la comparación, independientemente de cualquier referencia a las marcas con que éstos se ofrecen en el mercado (Resolución Nº 997-96-Indecopi/TRI, de 19 junio de 1996. Expediente Nº 310-94-CPCD. Diario Oficial *El Peruano*, 04 de julio de 1996, p. 140878).

II. En lo que respeta al requisito para que la comparación expresa de productos no confunda a los consumidores, son de aplicación los principios establecidos en el artículo 4º del mismo Decreto Legislativo Nº 691, en cuanto establecen que los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puede inducir a error al consumidor (Resolución Nº 038-96-Indecopi/TRI, de 30 de enero de 1996. Expediente Nº 058-95-CPCD. Diario Oficial *El Peruano*, 7 de febrero de 1996, p. 137332).

III. La exageración publicitaria es lícita, sin embargo cuando ésta se usa en la publicidad comparativa para resaltar las bondades de uno y las desventajas del otro producto o servicios hace que la comparación pierda objetividad (Resolución Nº 099-93-Indecopi-CONASUP, de 21 de setiembre de 1993. Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre de 1993, p. 119841).

IV. Por otra parte la Resolución Nº 025-1998-CCD/Indecopi de la Comisión de Represión de la Libre Competencia (Diario Oficial *El Peruano*, 22 de mayo de 1998. Separata Especial), establece los lineamientos sobre publicidad comparativa, recogiendo los criterios utilizados, hasta la fecha de la publicidad de la Resolución, por la mencionada Comisión y la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi para la solución de los casos de publicidad comparativa. La resolución señala las pautas para evaluar la legalidad de la publicidad comparativa.

Se parte del principio que la publicidad comparativa es una modalidad de la publicidad comercial, la que tiene el propósito o efecto de captar o desviar la preferencia de los consumidores hacia las ofertas de productos del anunciante, teniendo por esta razón, toda publicidad comercial una vocación comparativa subyacente, pues, el anunciante, pretende persuadir al consumidor para que adquiera sus productos en vez de aquellos que ofrecen sus competidores, destacando sus características y beneficios a fin de que el receptor del anuncio, por su experiencia en el mercado, infiera si aquellos tienen un valor superior a la de los otros productos que se ofrecen en el mismo.

A fin de efectuar la evaluación, en primera instancia se debe determinar si el anuncio presenta las características de publicidad comparativa, constituyendo un segundo análisis de racionalidad, para determinar la licitud del anuncio en que se realiza la confrontación de los productos.

414.2. Reglas de publicidad de bebidas alcohólicas y tabaco

El artículo 9º de la ley se refiere a las reglas de publicidad de bebidas alcohólicas y tabaco.

Según este artículo, los anuncios de tabaco y la publicidad de cigarrillos están sujetos a reglas especiales.

414.2.1. Restricciones de su contenido

Conforme a lo establecido en la Ley en su artículo 9º, los anuncios de tabaco deben estar siempre dirigidos a adultos y no dar la impresión de que su consumo es saludable o necesario o conveniente para lograr el éxito personal o la aceptación social.

414.2.2. Horario de difusión

La publicidad de cigarrillos a través de medios radiales o televisivos, sólo puede difundirse entre la 01:00 y las 05:00 horas de cada día. Por otro lado, en el caso de anuncios correspondientes a otros productos del tabaco, el horario de difusión es desde las 00:00 hasta las 06:00 horas.

De conformidad con los criterios establecidos por la Sala en la Resolución Nº 203-1998/TDC-Indecopi, en aquellos casos en los cuales se infrinja esta norma, la responsabilidad recae en el medio de comunicación y, como consecuencia del principio de legalidad, en el anunciante.

414.3. Prohibición de publicidad directa e indirecta de cigarrillos

La Ley Nº 26849 en su art. 1º prohíbe la difusión de publicidad directa e indirecta de productos elaborados con tabaco en los siguientes lugares: (i) cines, auditorios, teatros, sets de televisión y cualquier lugar cerrado donde se presenten espectáculos; (ii) salas de convenciones y deliberaciones; (iii) aulas de centros educativos a nivel escolar, superior, técnico o de cualquier otra naturaleza; (iv) medios de transporte público colectivo; (v) ascensores; y, (vi) hospitales, clínicas y lugares similares.

Asimismo, prohíbe la difusión de publicidad directa de productos elaborados con tabaco en los centros educativos de cualquier nivel, así como en sus alrededores, en un radio de 500 metros.

Por otra parte la Ley Nº 26597 incorpora dentro de los alcances del artículo 1º de la Ley Nº 26849, la prohibición directa o indirecta de productos elaborados con tabaco a menores de edad.

> Conforme a lo establecido por la Sala, en esta materia se considerará *publicidad directa* la que está diseñada para ser difundida en forma permanente y continua dentro de un área determinada; mientras que es *publicidad indirecta* la que no ha sido estructurada para ser difundida permanentemente en un determinado lugar (Resolución Nº 0203-1999/TDC-Indecopi emitida en los Expedientes acumulados Nºs. 121-1998/CCD, 010-1999/TDC-Indecopi, 013-1999/TDC-Indecopi; y, 014-1999/TDC-Indecopi, seguido de oficio y por British American Tobacco (South America) Limited Sucursal del Perú en contra de B&G del Perú S.A.C., Tabacalera Nacional S.A., Municipalidades Distritales de Magdalena del Mar, Barranco, Santa Anita, Jesús María, Ate Vitarte y Punto Visual S.A., que declaró fundada la denuncia respecto a Tabacalera Nacional S.A., a las Municipalidades Distritales

de Magdalena del Mar, Barranco, Santa Anita, Jesús María, Ate Vitarte y a Punto Visual S.A. e infundada en relación a B&G del Perú S.A.C. sancionando a Tabacalera Nacional S.A. con un a multa de 30 UIT, a la Municipalidad de Magdalena del Mar con una multa de 0,5 UIT, a las Municipalidades de Barranco, Santa Anita, Jesús María y Ate Vitarte con una amonestación y a Punto Visual S.A. con una multa de 7 UIT).

El responsable por la trasgresión a las referidas normas de publicidad es el anunciante. Adicionalmente, tratándose de normas de difusión, se extiende dicha responsabilidad a los titulares de los respectivos medios de comunicación social.

A manera de ejemplo de anuncios que constituyen *publicidad directa*, se puede mencionar los señalizadores de calles instalados por una municipalidad distrital, que fueron diseñados para difundir el mensaje publicitario en forma constante en determinados lugares, al igual que los paneles de publicidad exterior.

Como ejemplo de *publicidad indirecta*, podemos señalar los carteles instalados en la parte superior de los taxis, que son anuncios que no están situados de modo constante en un determinado lugar.

Por lo tanto, mientras que toda publicidad directa de tabaco y cigarrillos en los lugares sujetos a prohibición es *per se* una infracción legal, no lo es que dicha publicidad indirecta ingrese eventualmente en tales lugares.

414.3.1. Advertencia de salud

Conforme a lo establecido en los artículos 7º y 8º del Decreto Supremo Nº 095-93-PCM, todos los anuncios publicitarios impresos (publicidad gráfica) de productos del tabaco, deben incluir de manera legible y en un área no menor al 10% del total del anuncio la frase: "Fumar es dañino para la salud, está prohibido fumar en lugares públicos, según la Ley Nº 25357".

Cuando se trate de comerciales en televisión de anuncios de marcas de cigarrillos o cualquier producto del tabaco, al inicio o al final de ellos, debe aparecer la frase "Fumar es dañino para la salud" durante no menos de tres segundos.

Si se trata de anuncios transmitidos por radio, el locutor, al final del anuncio, debe transmitir en forma clara y pausada la frase: "Fumar es dañino para la salud".

En esta materia el legislador ha optado por establecer una regla obligatoria *per se*, lo cual significa que basta comprobar el hecho objetivo de la difusión de publicidad de productos del tabaco sin incluir la referida advertencia o consignándola en un tamaño inferior al 10% del área total del anuncio, para determinar la existencia de una infracción a las normas de publicidad, sin admitir examen adicional sobre las causas de la conducta del infractor.

414.4. Llamadas telefónicas de contenido erótico

El segundo párrafo del artículo 9º de la ley se refiere a las llamadas telefónicas de contenido erótico establece que los anuncios referidos a servicios de llama-

das telefónicas de contenido erótico para entretenimiento de adultos deben estar dirigidos siempre a este grupo de consumidores.

En cuanto al medio por el que se difunden dichos anuncios, dicho artículo establece que: (i) en caso de difundirse en prensa escrita, sólo puede hacerse en prensa de circulación restringida para adultos; y, (ii) en caso de difundirse por radio o televisión, sólo dentro del horario de las cero horas a las seis de la mañana.

Son responsables por la infracción a estas normas el anunciante y el titular del medio de difusión, se incluirá este último en razón que el titular del medio tiene acceso al tipo de anuncio cuya publicación se solicita y está en capacidad de controlar su difusión.

Se trata de una norma obligatoria *per se*, y como tal, basta comprobar el hecho para proceder a sancionar conforme a las normas señaladas, sin admitir examen adicional sobre las causas de la conducta del infractor.

> Las Resoluciones Nºs 008-1999/CCD-Indecopi y Nº 190-1999/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes acumulados Nºs. 116-1998/CCD y 003-1999/CCD, seguidos de oficio contra Empresa Periodística Nacional S.A., Editora Sport S.A. y Compañía Impresora Peruana S.A., han establecido como criterio de interpretación que, no obstante la regla *per se*, el titular del medio de comunicación está en la posibilidad de alegar determinadas circunstancias excepcionales que podrían eximirlo de responsabilidad por la infracción. Las circunstancias excepcionales alegadas deberán evaluarse en cada caso concreto, la carga de probarlas corresponderá al medio de comunicación.

414.5. Publicidad dirigida a menores de edad

El artículo 10º de la ley se refiere a las normas que deben de observarse en el caso de anuncios dirigido a menores de edad.

Cuando se trata de anuncios dirigidos a menores de edad se deberán observar además de las reglas generales, reglas particulares tales como: (i) que el anuncio no afirme que el producto anunciado está en forma fácil e inmediata al alcance de cualquier presupuesto familiar; (ii) debe de cuidarse de no inducir a los menores a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos; (iii) debe de respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores; (iv) no insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido; y, (v) no debe presentar a menores en situaciones o lugares inseguros o inadecuados.

En lo que se refiere a la participación de los menores en publicidad deberá tener en cuenta la edad de los mismos con relación a los contenidos y características del producto o servicio promocionado (art. 11º).

En aplicación de esta disposición, la Comisión sancionó a una empresa fabricante de mantequillas por utilizar en un anuncio dirigido a menores de edad frases y alusiones tendientes a insinuar sentimientos de inferioridad en los menores que no consumían el producto promocionado (Resolución Nº 037-96-CCD, emitida en el Expediente Nº 036-96-CPCD, seguido por Industrias Pacocha S.A. contra New Zealand Milk Products Perú S.A., la misma que declaró fundado este extremo de la denuncia, sancionando a la denunciada con una multa de 1 UIT).

Además de las disposiciones que se mencionan en la ley como se ha expuesto existen otras que regulan la publicidad de diversos productos mencionándose algunas a continuación.

414.6. Publicidad de ofertas, rebajas de precios y promociones

Conforme a lo establecido en el art. 22º del Decreto Legislativo Nº 716, que dispone que la publicidad relativa a ofertas, rebajas de precios y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar. En caso contrario, el proveedor estará obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas, así como en su reglamento que dispone que la publicidad de oferta, rebajas y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades disponibles (art. 11º del Decreto Supremo Nº 20-94-ITINCI).

414.7. Publicidad de empresas administradoras de fondos mutuos

El artículo 63º de la Resolución CONASEV Nº 026-2000-EF/94.10, Reglamento de Fondos Mutuos de Inversión en Valores y sus Sociedades Administradoras, menciona que "Sin perjuicio de la aplicación de las normas correspondientes...", los anuncios sobre fondos mutuos de inversión deben respetar, además de lo establecido por el Decreto Legislativo Nº 691 y su reglamento, las disposiciones especiales sobre publicidad comercial contenidas en la Ley del Mercado de Valores, así como en las normas reglamentarias que sobre el particular pudiera emitir la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

El propósito de estas normas es evitar que este tipo de empresas utilicen frases o imágenes que sean susceptibles de inducir a error a los consumidores acerca de la verdadera naturaleza del fondo que administran, y de los beneficios que se obtienen por participar en el mismo. Por consiguiente, se ha regulado la difusión de algunos aspectos como el de la prohibición de las proyecciones de rentabilidad, o la obligatoriedad de incluir información que permita dar una visión adecuada de las ventajas y beneficios reales ofrecidos por los fondos en cuestión, o sobre la naturaleza variable de los valores de las cuotas de estos fondos.

De acuerdo a lo dispuesto por el anexo B de la Resolución CONASEV Nº 026-2000-EF/94.10, Reglamento de Fondos Mutuos de Inversión en Valores y sus

Sociedades Administradoras, en la publicidad sobre fondos mutuos no podrá hacerse proyecciones sobre la rentabilidad, ni asegurarse tal rentabilidad.

> Al respecto, la Comisión ha aclarado que la norma citada no impide que se publicite la rentabilidad anual de los fondos mutuos, sino que se efectúen proyecciones sobre dicha rentabilidad. Con este fundamento, la Comisión sancionó a una empresa por haber utilizado en sus anuncios las frases "Rentabilidad Anual obtenida en dólares 8%" y "Rentabilidad anualizada obtenida en los últimos tres meses... y en los últimos seis meses...", por cuanto las mismas daban a entender que la inversión realizada iba a generar rentabilidad en el porcentaje que se indicaba en los anuncios, lo que constituye una infracción al principio de legalidad contenido en el Decreto Legislativo Nº 691 (Resolución Nº 061-97-CCD, emitida en el Expediente Nº 130-97-CCD, seguido de oficio contra Santander Fondos Mutuos, por la cual se declaró fundada la denuncia y se sancionó a la denunciada con una multa de 8 UIT).

414.8. Publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales

La Ley General de Salud distingue entre medicamentos de venta con receta médica y medicamentos de venta sin receta médica. El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, clasifica los recursos terapéuticos naturales en recursos naturales y productos naturales de uso en salud, tanto de venta con receta médica como sin necesidad de ella.

Los anuncios de medicamentos y recursos terapéuticos naturales de venta con receta médica y de venta sin receta médica se rigen por las normas en materia de publicidad contenidas en la Ley General de Salud y en su reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 10-97-SA, así como por los principios generales que regulan la publicidad comercial, entre ellos, los principios de legalidad, veracidad y libre y leal competencia.

414.9. Publicidad comparativa entre medicamentos genéricos y medicamentos de marca

Conforme se ha señalado en el acápite 13.1, el artículo 8º de la Ley de Publicidad (modificado por la Ley Nº 27311), establece que es lícito hacer comparaciones siempre que no se engañe al consumidor y no se denigre a los competidores.

Un tema importante en el campo de la salud es el referido a la posibilidad de realizar comparaciones entre los medicamentos genéricos y los medicamentos de marca, a fin de informar a los consumidores acerca de las alternativas que tienen. Mediante estas comparaciones, las empresas dedicadas a la comercialización de medicamentos genéricos –que son identificados en base a su principio activo– los presentan como equivalentes a los medicamentos de marca –que son presentados al público mediante una denominación diferente al principio activo–, buscando que los consumidores orienten su demanda hacía dichos productos arguyendo que producen efectos similares a los productos de marca.

El artículo 26º de la Ley General de Salud, establece que sólo los médicos pueden prescribir medicamentos, en cuanto a los cirujanos-dentista y las obstetrices sólo pueden prescribir medicamentos dentro del área de su profesión. Al prescribir medicamentos, deben de consignar obligatoriamente, la Denominación Común Internacional (DCI) del producto.

Por otro lado, el artículo 33º de la referida ley faculta al químico-farmacéutico a ofrecer al paciente alternativas de medicamentos químicos y farmacológicamente equivalentes al prescrito en la receta, en igual forma farmacéutica y dosis.

Por su parte, la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas del Ministerio de Salud – DIGEMID considera que es conforme a la legislación vigente, establecer comparaciones entre medicamentos, siempre y cuando contengan el mismo principio activo, concentración o potencia, forma farmacéutica y vía de administración (Oficio Nº 883-98-DG-AL-DIGEMID de fecha 16 de septiembre de 1998, el mismo que obra en los Expedientes Nºs. 162-97-CCD y 026-1998/CCD).

Es pertinente señalar que la legislación nacional ha optado por tomar como base para la sustitución genérica y, por lo tanto, para realizar comparaciones entre medicamentos genéricos y medicamentos de marca, la equivalencia farmacéutica existente entre ambos productos. Dentro de este marco general, es lícito comparar en términos farmacéuticos medicamentos genéricos con medicamentos de marca.

En aplicación del artículo 33º de la Ley General de Salud, basta que nos encontremos ante dos medicamentos elaborados con base al mismo principio activo y que tengan la misma forma de presentación y vía de administración para que se puedan comparar a nivel de productos farmacéuticamente equivalentes.

La Sala ha establecido como precedente de observancia obligatoria, que: "De conformidad con lo establecido en los artículos 26º y 33º de la Ley General de Salud, debe entenderse que es lícito efectuar publicidad de medicamentos genéricos haciendo alusión a los productos química y farmacológicamente equivalentes que se distribuyen en el mercado" (Resolución Nº 084-1999/TDC-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 026-1998/CCD, seguido por la Asociación Nacional de Laboratorios Farmacéuticos – ALAFARPE y otros contra Colfarma Perú S.A., por la cual confirmando la resolución de primera instancia, se declaró infundada la denuncia presentada).

En diciembre de 1998, se declaró infundada una denuncia interpuesta por la difusión de publicidad a través de un Microvademécum en el que se efectuaban comparaciones entre medicamentos genéricos y productos farmacéuticos de marca; toda vez que la equivalencia efectuada en dicha publicidad era lícita en la medida que los productos comparados eran química y farmacológicamente equivalentes. Este criterio fue confirmado por el Tribunal del Indecopi, el que además estableció como precedente de observancia obligatoria el criterio de interpretación según el cual, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 26º y 33º de la Ley General de Salud, es lícito efectuar publicidad de medicamentos genéricos haciendo alusión a los productos química y farmacológicamente equivalentes que se distribuyen en el mercado (Asociación Nacional

de Laboratorios Farmacéuticos del Perú (ALAFARPE) y otros vs. Colfarma Perú S.A. Resolución Nº 0084-1999/TDC-Indecopi. Expediente Nº 026-1998-CCD, de fecha 10 de marzo de 1999. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala de Defensa de la Competencia. Publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 15 de marzo de 1999, p. 171087).

415. RESPONSABILIDAD POR LA PUBLICIDAD

415.1. Responsabilidad por el contenido de los anuncios

Tratándose del contenido de los anuncios se considera responsable a la persona natural o jurídica anunciante. En el caso de las normas de difusión será responsable el titular del medio de comunicación social (art. 13º).

En cuanto a la responsabilidad, ésta se extiende a los elementos de forma y de fondo, no siendo excusa de incumplimiento de la norma, que el contenido de la obra en todo, o en parte sea hecha por un tercero (art. 14º).

415.2. Responsabilidad por infracciones a la ley

La responsabilidad reviste un carácter solidario entre el anunciante y la agencia de publicidad, o quien haya elaborado el anuncio, por ser la publicidad un servicio profesional (art. 13º).

La infracción puede ser por el contenido del anuncio, presentándose las siguientes posibilidades: a) que la infracción esté referida a una característica intrínseca o propia del producto anunciado, y b) que la infracción este referida a las características extrínsecas del producto anunciado.

En el caso de las características intrínsecas, el responsable de la infracción es únicamente el anunciante, en razón de encontrarse en una posición ventajosa de acceso a la información sobre las características intrínsecas de sus productos, con relación al conocimiento que tienen los consumidores y la agencia de publicidad.

A manera de ejemplo, podemos citar el caso de los anuncios difundidos por una empresa comercializadora de arroz, en los que afirmaba que el rendimiento de 3/4 de kilo de su producto era superior en volumen al rendimiento que tenía 1 kilo de arroz superior a granel, pero cuya veracidad no pudo demostrar. En este caso, la Sala determinó que el único responsable por la difusión de dichos anuncios era el anunciante, pues la afirmación infractora estaba referida al rendimiento del arroz, es decir a una característica propia del producto que dependía exclusivamente del productor.

En lo que se refiere a las características extrínsecas, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 13º de la ley, existe responsabilidad solidaria del anunciante y la agencia de publicidad o publicitario encargado de la elabora-

ción del anuncio, puesto que todos poseen igual información respecto a las normas que rigen la difusión publicitaria.

Como ejemplo podemos citar el caso de los anuncios difundidos por una empresa fabricante de cigarrillos a través de boletos de un juego de azar, en los cuales se omitió consignar la advertencia de salud "Fumar es dañino para la salud. Está prohibido fumar en lugares públicos según la Ley Nº 25357".

En la medida que la norma establece una restricción de carácter formal, la Comisión y la Sala consideraron que tanto el anunciante como la agencia de publicidad eran responsables por la infracción (Resoluciones Nº 071-1998/CCD-Indecopi y Nº 044-1999/TDC-Indecopi, emitidas en los Expedientes Nºs. 083-1998/CCD y 093-1998/CCD, seguidos de oficio contra Tabacalera Nacional S.A. y Mc. Cann – Erickson Corporation Publicidad S.A.; las cuales declararon fundada la denuncia, sancionando a las denunciadas con una multa de 2 UIT a cada una de ellas).

416. SANCIONES

Las infracciones a las normas sobre publicidad están sujetas a sanciones de carácter administrativo, aplicándose sanciones penales en el caso que no se cumpla con la Resolución que pone fin al procedimiento.

416.1. Sanciones administrativas

El incumplimiento de las normas sobre publicidad dará lugar a la imposición de sanciones que puede ser la amonestación o la multa sin perjuicio de que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal ordene en su caso la cesación de los anuncios y/o la rectificación publicitaria.

416.1.1 Multas

En cuanto a las multas por infracciones el artículo 16º, modificado por el art. 14º del D. Leg. Nº 807 dispone que corresponde establecerlas a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal las que podrán ser hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas serán determinadas por la Comisión, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión.

416.1.2. Rectificación publicitaria

En los casos en que la publicidad difundida en el mercado transgreda los principios contenidos en la ley, la Comisión está facultada para ordenar como medida complementaria la publicación de un aviso rectificatorio a fin de corregir el efecto residual que la difusión de la información engañosa hubiera dejado en el

mercado, tomando en consideración los medios qué resulten idóneos para revertir los efectos que la publicidad objeto de sanción hubiera ocasionado, correspondiendo el costo de la rectificación al infractor (artículo 16º, modificado por el Decreto Legislativo Nº 807).

Por otro lado, también el artículo 72º de la Ley General de Salud señala que la publicidad engañosa de medicamentos está sujeta a rectificación.

Esta medida no es una sanción sino una forma de corregir el efecto residual que una información engañosa hubiera dejado en la mente de los consumidores, con la finalidad de mantener un equilibrio en el mercado. Por ello, sólo corresponderá su aplicación en los casos en que su difusión sea idónea para corregir la distorsión que la información engañosa hubiera originado en el mercado.

> La Resolución Nº 052-96-TRI-SDC, ha establecido como precedente de observancia obligatoria que: "Al momento de ordenar la publicación de un anuncio rectificatorio debe evaluarse, además del potencial efecto residual que la campaña haya podido dejar en la mente de los consumidores, los eventuales efectos nocivos que el propio aviso rectificatorio generará en el mercado, de acuerdo con el mismo criterio de apreciación superficial establecido en el segundo párrafo del artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 691 (...) teniendo en cuenta, adicionalmente, que el consumidor recibirá el mensaje del aviso rectificatorio no como una opinión interesada de parte sino como la de una autoridad independiente y competente como es Indecopi". Esta resolución declaró fundada la denuncia y dejó sin efecto la publicación de un aviso rectificatorio dispuesta en su oportunidad por la Comisión.
>
> Otro caso en que la Comisión ordenó la publicación de un aviso rectificatorio fue el de la campaña publicitaria de un servicio telefónico celular que ofrecía llamadas gratuitas ilimitadas en cierto horario, omitiendo información sobre la condición obligatoria de consumir previamente los minutos libres correspondientes al plan tarifario contratado. Esta omisión generó costos a los consumidores, pues sin saberlo fueron inducidos a consumir los minutos de su plan tarifario en el horario promocionado (Resolución Nº 031-1999/CCD-Indecopi emitida en el Expediente Nº 025-1999/CCD seguido de oficio en contra de Telefónica del Perú S.A.A., declarando fundada la denuncia, sancionando a la denunciada con una multa de 20 UIT y ordenando la publicación de un aviso rectificatorio).

416.1.3. Grado de sanción

El grado de la sanción tiene relación con el efecto que cause la publicidad, si ésta se ha realizado utilizando medios restringidos, la difusión de la misma será limitada, y el grado de sanción será menor que el de haber utilizado un medio de difusión masiva (art. 16º modificado por el Decreto Legislativo Nº 807).

> Debido a que la publicidad comparativa, con alusión específica a determinadas marcas, se ha efectuado a través de las demostraciones en público, lo cual implica una menor difusión que si se hubiera realizado a través de los medios de comunicación masiva (televisión) es pertinente adecuar el grado de las sanciones, dejando sin efecto el extremo

referido a la obligación de publicar la resolución rectificatoria (Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Resolución Nº 025-96-Indecopi/TRI, de 22 de enero de 1996. Expediente Nº 079-95-CPCD. Diario Oficial *El Peruano*, 30 de enero de 1996, p. 137172).

Asimismo en el caso de cometerse varias violaciones se impondrá la más grave.

Cuando se comete una infracción continuada en el tiempo, es decir, cuando varias violaciones a las leyes cuya aplicación corresponde un órgano funcional del Indecopi hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de una misma resolución para cometer la infracción, ésta será considerada como una sola infracción y se impondrá la sanción correspondiente a la más grave (Res. Nº 014-97-TDC. de 17 de enero de 1997. Exp. Nº 039-96-CPD. Diario Oficial *El Peruano*, 30 de enero de 1996, p. 146460).

En el caso de reincidencia en un mismo tipo de infracción se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente (art. 17º).

Por otra parte, se impondrá una sanción hasta el máximo de la multa permitida, ordenándose la cobranza coactiva, si el obligado no cumple en un plazo de tres días con lo ordenado en la Resolución que pone fin al procedimiento, en caso de persistencia se podrá duplicar sucesiva e ilimitadamente la multa impuesta hasta que se cumpla la Resolución (art. 20º modificado por el art. 14º del Decreto Legislativo Nº 807).

416.2. Sanciones penales

El Título IX del Código Penal denominado "Delitos contra el Orden Económico, en su Capítulo IV (De otros Delitos Económico), en sus artículos 238º y 239º sancionan aspectos relacionados con la publicidad engañosa.

Para el caso del artículo 238º, el comportamiento típico de este delito consiste en engañar al consumidor, por cualquier medio de publicitario haciendo informaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de productos o servicios anunciados, con la intención específica de distorsionar el contenido real del producto, reprimiéndose con noventa a ciento ochenta días-multa. La figura se ve agravada cuando se refiere a productos alimenticios, sus preservantes o aditivos, medicamentos o artículos considerados de primera necesidad.

En cuanto al artículo 239º, a diferencia del artículo anterior donde el sujeto activo es el que hace la publicidad, en este artículo, el sujeto activo es el que vende bienes o presta servicios, cuya calidad o cantidad son diferentes a los ofertados o a los consignados en los rótulos, etiquetas, letreros o listas elaboradas por la propia empresa o prestadora de servicios será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

Asimismo, el artículo sanciona con la misma pena al que vende bienes cuya fecha de vencimiento ha caducado.

La acción penal, también procede en el caso que el obligado no cumpla con lo ordenado en la Resolución que pone fin al procedimiento (art. 20º, modificado por el art. 14º del D. Leg. Nº 807).

En este caso se trata de una desobediencia o resistencia a la orden, impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones (art. 368º, CP).

417. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento para sancionar las infracciones a las normas sobre publicidad comercial se regirá por lo dispuesto en el Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (artículo 18º, texto modificado por el art. 14º del D. Leg. Nº 807, *infra* Nº 420.d).

418. RELACIÓN ENTRE LAS INFRACCIONES A LAS NORMAS DE PUBLICIDAD COMERCIAL Y LAS INFRACCIONES A LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Un tema importante es el referido a la vinculación existente entre las infracciones a las normas de publicidad en defensa del consumidor y las infracciones a las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, toda vez que en muchas ocasiones el origen de estas últimas puede estar en la difusión de información falsa a través de medios que constituyen anuncios publicitarios.

Al respecto, la Sala ha establecido que entre ambas infracciones existen claras diferencias. A criterio de ésta, "cuando la publicidad es engañosa, el daño que se ocasiona se refleja en la confianza que despiertan los anuncios". Así, puede ocurrir que cuando un anuncio contiene información engañosa, el consumidor advierta tal naturaleza cuando se acerca al establecimiento a adquirir un producto o a contratar un servicio.

En tal supuesto no llegó a ser engañado. Pero al advertir que la publicidad contenía información inexacta la credibilidad de los anuncios se ve socavada. Ese mero efecto, sin perjuicio de que el daño concreto al consumidor llegue o no a producirse, justifica la sanción impuesta por infracción a las normas de publicidad.

Por el contrario, si luego de difundido el anuncio con información inexacta, el consumidor es informado adecuadamente de las verdaderas condiciones, no se producirá una infracción a las normas de protección al consumidor, aunque seguirá existiendo una infracción a las normas de publicidad. Pero, si cuando el consumidor se acerca a contratar el servicio o adquirir el bien es mantenido en el engaño, en estas condiciones se está produciendo una nueva infracción, esta vez contra las normas de protección al consumidor, y que justifica la aplicación de una nueva

sanción dirigida a proteger el interés concreto de los consumidores engañados y por tanto perjudicados (Resolución Nº 0003-1998/TDC-Indecopi, emitida en el Expediente Nº 040-1997-CPC, seguido por el señor Edgardo Roberto López Díaz contra Cevatur Perú – Instituto de Altos Estudios Turísticos por infracciones al Decreto Legislativo Nº 716, Ley de Protección al Consumidor).

De lo expuesto se desprende que si bien esta situación podría tener su origen en un mismo hecho, nos encontramos ante dos infracciones de distinta naturaleza que afectan bienes jurídicos diferentes entre sí; en el caso de las normas de publicidad comercial, se protege el valor que tiene ésta como mecanismo de información y como elemento que permite un correcto funcionamiento del mercado; mientras que, en el caso de las infracciones a las normas de protección al consumidor, se protege el derecho del consumidor a recibir un trato adecuado en todas las transacciones económicas que realice.

419. INFRACCIONES POR LA DIFUSIÓN DEL ANUNCIO

Las normas de difusión son las que, en atención al interés común, regulan las condiciones de transmisión de algunos anuncios. Dicha regulación puede referirse al horario o a los medios de comunicación social. Así por ejemplo, las normas de publicidad restringen la difusión de anuncios de productos derivados del tabaco a ciertos horarios en radio y televisión y en ciertas zonas, asimismo restringe la difusión de la publicidad de llamadas telefónicas de contenido erótico a ciertos medios de comunicación.

Conforme a lo establecido en la ley, el responsable del incumplimiento de las normas citadas, además del anunciante, es el titular del medio de comunicación social. La extensión de la responsabilidad al titular del medio de comunicación social se debe a que éste se encuentra en capacidad de ejercer un control sobre lo que difunde o publica.

A modo de ejemplo, cabe citar el caso de tres diarios de circulación general que publicaron anuncios sobre el servicio de llamadas telefónicas de contenido erótico. Debido a que la ley establece que la publicidad de dichos servicios únicamente puede ser realizada en medios de prensa escrita dirigidos al público adulto, la Comisión sancionó a las empresas titulares de los medios de difusión. La Sala, además de confirmar la resolución emitida por la Comisión, determinó que los anunciantes también resultaban responsables por las infracciones en las que incurrió el titular del medio de comunicación social, en aplicación del principio de legalidad contenido en el artículo 3º de la Ley.

En otro caso referido a la restricción establecida para la publicidad de cigarrillos, por la cual se prohíbe su difusión en un radio de 500 metros alrededor de centros educativos de cualquier nivel o naturaleza, la Sala señaló que tanto el titular del medio de comunicación social como el anunciante eran responsables por las infracciones cometidas, en este último caso, en aplicación del principio de legalidad.

CAPÍTULO XLV
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

420. Generalidades.- 421. Procedimiento Único.- 422. Publicación de la jurisprudencia administrativa.

420. GENERALIDADES

En lo que se refiere el procedimiento administrativo, el Título V del Decreto Legislativo Nº 807 establece un Procedimiento Único cuyas disposiciones son aplicables a los procedimientos que se sigan ante las Comisiones de: (i) Protección al Consumidor; (ii) Represión de la Competencia Desleal (art. 22º, D. Leg. Nº 807); (iii) Reglamentos Técnicos y Comerciales; y, (iv) Acceso al Mercado, estos dos últimos, en cuanto sean aplicables, en tanto no se dicten las disposiciones que establezcan las normas de procedimiento para la tramitación de acciones de oficio o a petición de parte (Sexta Disposición Transitoria, D. Leg. Nº 807).

Por otra parte, hay normas comunes para todos los procedimientos que se sigan ante las diversas Comisiones, como las referentes a la eliminación de exigencias y formalidades costosas (Título VI del D. Leg. Nº 807) y los procesos judiciales (Título XVII del D. Leg. Nº 807).

En lo que concierne a las normas aplicables en el caso de procedimiento que se siguen ante las demás Comisiones, sería de aplicación lo establecido en forma particular para cada una de ellas en los dispositivos que los norman, así como en lo pertinente, las contenidas en los artículos 24º al 35º del D. S. Nº 025-93-ITINCI (art. 41º), el mismo que constituye el Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

421. PROCEDIMIENTO ÚNICO

La Exposición de Motivos del D. Leg. Nº 807 señala que el procedimiento único se inspira en los principios de simplicidad, celeridad y eficacia que se encuentran contenidos en el art. 32º del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, Decreto Supremo Nº 02-94-JUS (Norma que ha sido sustituida por la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, encontrándose estos principios en su artículo IV).

Las reclamaciones en materias de protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como aquellas referentes al acceso, permanencia y salida del mercado, se inician ante las Comisiones del Indecopi las que constituyen una primera instancia administrativa. Las resoluciones que expidan las mencionadas comisiones pueden ser materia de apelación ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, como segunda y última instancia administrativa.

a) Inicio del procedimiento y admisión a trámite

El procedimiento se inicia ante el órgano funcional correspondiente, según la materia de que se trate, la que podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio, si es a pedido de parte se presentará una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi. El procedimiento se inicia de oficio por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, en este último caso con cargo a dar cuenta a la Comisión (art. 23º, texto según el artículo 1º de la de la Ley Nº 27311).

En cuanto a las notificaciones de los actos administrativos del Indecopi, la Directiva 001-2001/TRI-Indecopi aprueba el procedimiento de notificación de estos actos, conforme a lo dispuesto en la Directiva, la notificación puede ser: a) personal; b) que se realiza en el domicilio señalado por el administrado a través de medios que permitan comprobar el acuse de recibo y el receptor de la misma, tales como telegrama, correo certificado, telefax, correo electrónico u otros medios; y, c) y la notificación a través de publicación, la que sólo procede en vía subsidiaria cuando la ley lo exija o cuando se ignora el domicilio del destinatario de la notificación, y si se hubiese practicado infructuosamente, en caso que no se encontrara persona alguna en el domicilio señalado o que el administrado no haya señalado domicilio en el respectivo procedimiento.

Corresponde a la Comisión pronunciarse sobre la admisión a trámite de la denuncia, el dictado de las medidas cautelares, las nulidades por defectos de procedimiento, la resolución final, y la concesión o denegación de recursos impugnativos (art. 25º del D. Leg. Nº 807).

b) Funciones del Secretario Técnico

El D. Leg. Nº 807, en su artículo 24º le otorga funciones amplias al Secretario Técnico, las mismas que van de aquellas de notificación, admitir las denuncias a

trámite en el caso que la Comisión le haya delegado esa facultad, declarar la perti nencia o improcedencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes, dispone de oficio la actuación de medios probatorios y actuar los que correspondan, llevar cabo las inspecciones e investigaciones necesarias para otorgar mayores elemento de juicio a la Comisión, así como las fiscalizaciones que, de ser el caso, se contem plen en disposiciones legales y reglamentarias, que considere pertinentes o qu sean requeridas por la Comisión, conducir las audiencias de conciliación que sea programadas, o delegar la conducción de ellas en otras personas, de ser el caso.

c) Trámite de la denuncia

Una vez admitida a trámite la denuncia, se correrá traslado de la misma a denunciado, a fin de que éste presente su descargo. El plazo para la presentación de descargo será de cinco (5) días contados desde la notificación, vencido el cual, e Secretario Técnico declarará en rebeldía al denunciado que no lo hubiera presentad

En el caso de los procedimientos de oficio, el plazo para la presentación d descargos correrá a partir de la fecha en la que el Secretario Técnico notifica a denunciado los hechos materia de investigación, así como la tipificación y descrip ción de la presunta infracción (art. 26º del D. Leg. Nº 807).

d) Cómputo de los plazos

Los plazos se computarán en días hábiles y podrán excepcionalmente se prorrogados, de oficio o a petición de parte, si la complejidad del caso lo amerit

En ningún caso se podrá conceder como plazo adicional uno mayor a tre veces al plazo establecido (art. 41º del D. Leg. Nº 807).

e) Medidas cautelares

Se faculta a la Comisión que pueda adoptar las medidas cautelares de ofic o a petición de parte, a fin de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiv las medidas a aplicarse pueden ser una o varias, las mismas que son:

1) La cesación de los actos materia de denuncia.
2) El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquet envases y material publicitario materia de denuncia.
3) El cese preventivo de la publicidad materia de denuncia.
4) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduan ras impidan el ingreso al país de los productos materia denuncia.
5) El cierre temporal del establecimiento del denunciado.
6) Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca a gún perjuicio derivado del acto denunciado o que tenga como finalidad cesación de éste.

En caso de existir peligro actual o inminente si es que no se adoptan las medidas cautelares correspondientes, el Secretario Técnico podrá imponerlas, con cargo a dar cuenta inmediatamente a la Comisión. La Comisión ratificará o levantará la medida cautelar impuesta.

e.l) Incumplimiento de la medida cautelar o de una medida correctiva

El incumplimiento por parte del obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la Comisión dará lugar a la imposición automáticamente de una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Comisión al emitir resoluciones finales.

Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento (art. 28º, texto según el artículo 4º de la Ley Nº 27311).

f) Audiencias de conciliación y arbitraje

La audiencia de conciliación puede celebrarse en cualquier estado del procedimiento, incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, pero no después de la resolución, ya que en este caso no habría nada que conciliar sino una resolución que cumplir.

La conciliación puede ser promovida por el Secretario Técnico, citando a las partes a audiencia de conciliación, igualmente las partes en cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, podrán conciliar sus pretensiones. Si ambas partes arribaran a un acuerdo respecto de la denuncia, se levantará un acta donde conste el acuerdo respectivo, el mismo que tendrá efectos de transacción extrajudicial.

Asimismo, se admite que las partes puedan someter sus controversias a mediación, arbitraje o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros. Si las partes decidieran someterse a arbitraje, podrán suscribir inmediatamente el convenio arbitral correspondiente, de conformidad con el reglamento que para dicho efecto aprobará el Directorio del Indecopi a propuesta de las Comisiones correspondientes.

Se considera que en cualquier caso, la Comisión podrá continuar de oficio con el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros (arts. 29º y 30º del D. Leg. Nº 807).

g) Medios probatorios

En cuanto a los medios probatorios, el art. 31º del D. Leg. Nº 807 establece cuáles son los que pueden ofrecer las partes, los que únicamente serán los mencionados a continuación:

1) Pericia;

2) Documentos, incluyendo todo tipo de escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio y video, la telemática en general y demás objetos y bienes que recojan, contengan o representen algún hecho, una actividad humana o su resultado; y,

3) Inspección.

Excepcionalmente podrán actuarse pruebas distintas a las mencionadas, sólo si a criterio del Secretario Técnico de la Comisión, éstas revisten especial importancia para la resolución del caso.

h) Carga de la prueba

En lo que respecta a la carga de la prueba, habrá que considerar en primer lugar, si el consumidor alega que el bien o servicio que adquirió debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dichas características recaerá sobre aquel. Es decir, corresponderá al consumidor probar que el proveedor le ofreció una promoción adicional o que le ofreció características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles como con secuencia de su experiencia en el mercado.

Por el contrario, si es el proveedor el que alega que el bien o el servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él. Es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar.

En resumen, la prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual.

De otro lado, en los casos de garantía implícita, la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto recae sobre el proveedor.

Al respecto, el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala, estableció que la carga de la prueba de acreditar el defecto que se alega corresponde al consumidor y que, una vez acreditado el defecto, corresponde al proveedor acreditar que éste no le es imputable.

Adicionalmente, en cuanto al tema específico de quien alega un pago, debemos señalar que según lo dispuesto por el art. 1229º del Código Civil, la prueba del pago corresponde a quien alega haberlo efectuado.

> La prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias, corresponderá al beneficio por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que

el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél, es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él –es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar– (Res. Nº 102-97-TDC, de 16 de abril de 1997, Exp. Nº 327-96-CPC. Diario Oficial *El Peruano*, 25 de abril de 1997, p. 149790).

Por otro lado, en cuanto a la carga de la prueba sobre la existencia de un trato discriminatorio, la Sala ha establecido que ésta corresponde al consumidor afectado, mientras que la existencia de una causa objetiva y justificada corresponde al proveedor del bien o servicio.

Finalmente, y para todos los casos, debe tenerse en cuenta que la voluntad conciliadora de las partes, manifestada a través de los ofrecimientos que se hacen en las audiencias de conciliación o fuera de ellas, no puede ser utilizada como medio probatorio de su responsabilidad, a no ser que los mencionados ofrecimientos contengan un reconocimiento expreso e indubitable de responsabilidad por parte de quien los formula. Dicho criterio constituye precedente de observancia obligatoria (Ver: Resolución Nº 085-96-TDC de fecha 13 de noviembre de 1996 en el Expediente Nº 005-96-CPC seguido por Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L).

i) Auxilio policial

En el caso que no exista la colaboración necesaria para la actuación de las pruebas como para la realización de las diligencias, el artículo 33º faculta al Secretario Técnico, o a la persona designada, a requerir la intervención de la Policía Nacional, sin necesidad de notificación previa, a fin de garantizar el cumplimiento de sus funciones.

j) Informe oral

Una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado para la resolución final, las partes podrán solicitar, realizar un informe oral ante ésta. La actuación o denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Comisión, según la importancia y trascendencia del caso (artículo 35º).

k) Recursos

El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es la apelación contra la resolución que pone fin a la instancia. El plazo para interponer dicho recurso es de cinco (5) días. No cabe plantear el recurso de reconsideración.

La interposición de recursos impugnativos no procede contra la resolución que impone medidas cautelares, ni contra cualquier otra resolución que no ponga fin a la instancia. Sin embargo, el afectado por una medida cautelar podrá solicitar ante la propia Comisión su modificación o levantamiento, si aporta nuevos elementos de juicio que lo justifiquen.

l) Organismo de Resolución en Primera Instancia

Constituyen organismos de resolución en primera instancia administrativa las Comisiones que forman parte del Indecopi (*supra* Nº 335.2.b.2), resolviendo los procesos de su competencia, así como la adopción de medidas correctivas y la imposición de las sanciones correspondientes. Las resoluciones se adoptan por mayoría de votos teniendo el Presidente voto dirimente.

m) Organismo de Resolución en Segunda Instancia

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual conoce y resuelve en segunda y última instancia administrativa los procesos relacionados con la defensa de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como de los derechos de la propiedad intelectual (*supra* Nº 335.2.g).

Igualmente resuelve en segunda y última instancia administrativa sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de sanciones por infracciones a que se refiere el párrafo anterior.

n) Nulidad de los actos administrativos

La Directiva Nº 002-2001/TRI-Indecopi (Publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 24 de enero de 2002, p. 21693), aprueban procedimientos de declaración de actos administrativos, la que a su vez deroga la Directiva Nº 001-1998/TRI-Indecopi y la Directiva Nº 002-1998/TRI-Indecopi.

La Directiva tiene como objeto instruir el procedimiento de declaración de nulidad de actos administrativos, a fin de que el mismo se ajuste a las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La Directiva establece que las Salas del Tribunal del Indecopi son los órganos competentes para declarar de oficio o a solicitud de parte la nulidad de los actos administrativos expedidos por las Comisiones y Oficinas del Indecopi cuando se produzca cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General u otro que determinen las normas especiales, salvo lo establecido en la Directiva.

El artículo 3º de la Directiva establece que las Oficinas, Comisiones y Salas del Tribunal del Indecopi podrán, de oficio o a solicitud de parte, declarar la nulidad de sus propios actos administrativos y resoluciones, con excepción de las resoluciones que:

a) Declaren fundadas e infundadas las pretensiones de fondo;

b) Cuando se declare improcedente alguna o todas las pretensiones de fondo;

c) Cuando se declare inadmisible la denuncia o solicitud presentada, entendiéndose como tal la que da inicio al procedimiento administrativo; y,

d) Cuando se ponga fin al procedimiento por cualquier forma de culminación anticipada del mismo;

En cuanto a la nulidad del acto administrativo a solicitud de parte que cause agravio al administrado será solicitada por este a través del recurso de apelación por lo que deberá cumplir con los requisitos y formalidades del mismo.

Esta nulidad podrá ser declarada aun cuando el acto administrativo haya quedado consentido y sólo si se agravia el interés público. El plazo para declarar la nulidad es de un año, contado a partir de la fecha en que el acto administrativo haya quedado consentido.

En lo que se refiere a la nulidad de oficio en cualquier momento del procedimiento, las Comisiones u Oficinas que consideren que algún vicio pueda causar la nulidad de algún acto administrativo y dichos órganos funcionales no pudieran declarar la nulidad de los mismos, previa evaluación del caso, deberán solicitar a la Sala correspondiente del Tribunal del Indecopi, mediante resolución motivada, la declaración de nulidad de dicho acto administrativo.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, en todos los casos las Salas del Tribunal del Indecopi podrán declarar la nulidad de los actos administrativos que vulneren el interés público.

Las Salas del Tribunal que constaten la existencia de una causal de nulidad, además de la declaración de nulidad, resolverán sobre el fondo del asunto, siempre que cuenten con elementos suficientes para ello y no se vulnere el debido procedimiento administrativo.

Declarada la nulidad, si las Salas del Tribunal no pudieran pronunciarse sobre el fondo del asunto, dispondrán la reposición del procedimiento al momento en que se produjo el vicio y ordenarán a la Comisión u Oficina la continuación del mismo según su estado.

Por otra parte la Ley del Procedimiento Administrativo General en su artículo 10º precisa las causales de nulidad, mencionando que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho siendo estas:

1. La contravención a la Constitución a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14º.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática de o por silencio administrativo positivo por los que se adquiere facultades o derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no se cumplen con los requisitos documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de acción penal o que se dicten como consecuencia de la misma.

En aplicación de los principios de celeridad, eficacia, simplicidad y razonabilidad, que rigen el derecho administrativo, la Sala Plena considera que deben definirse algunos actos administrativos susceptibles de ser declarados nulos por los propios órganos funcionales que los dictaron.

En cuanto a quién se plantea dicha nulidad, según el artículo 11º, debe presentarse el recurso a solicitud de parte y hacerse a través de los recursos administrativos, en este caso el recurso de apelación, indicando que el superior jerárquico de la autoridad que dictó el acto administrativo será el competente para conocer y declarar la nulidad de dicho acto.

La nulidad puede también declararse de oficio, el artículo 202º de la Ley del Procedimiento Administrativo General indica que el superior jerárquico de quien expidió el acto podrá declarar su nulidad siempre que agravien el interés público.

La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que haya quedado consentida, en caso que el plazo haya prescrito, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el procedimiento contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad de los actos administrativos.

Finalmente, tratándose de actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de oficio. Sólo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme.

ii) Resoluciones contra las que procede interponer recursos de apelación

El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar. La apelación de resoluciones que ponen fin a la instancia se concederá con efecto suspensivo. La apelación de multas se concederá con efecto suspensivo, pero será tramitada en cuaderno separado. La apelación de medidas cautelares se concederá sin efecto suspensivo,

tramitándose también en cuaderno separado (art. 38º, texto según el artículo 4º de la Ley Nº 27311).

El artículo 206º de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. Por consiguiente pueden ser impugnables los actos que resuelvan en forma definitiva alguno o algunos de los temas de fondo planteados, los que declaran la improcedencia o inadmisibilidad de una denuncia, los que ordenan una medida cautelar, los que imponen sanciones y en general cualquier otro acto administrativo que genere los supuestos anteriormente mencionados.

La impugnación de lo resuelto en la instancia inferior es a través del recurso de apelación, el mismo que debe de sustentarse en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trata de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico (artículo 209º de la Ley del Procedimiento Administrativo General).

o) Impugnación de las resoluciones del Tribunal

Las resoluciones que expida el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual podrán ser impugnadas en la vía judicial (*infra* Nº 423).

p) Ejecución de las resoluciones

Las resoluciones emitidas por las Comisiones, Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnatorios que la ley le otorga (art. 17º del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el art. 64º del D. Leg. Nº 807, segunda parte).

La ley autoriza que el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual pueda recurrir al auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus resoluciones en caso de ser necesario (Decreto Ley Nº 25868, art. 13º inc. e).

1) *Suspensión de la ejecución.* Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por algún órgano funcional del Indecopi cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia o la Corte Suprema del Poder Judicial, de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución impugnada (art. 17º del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el art. 64º del D. Leg. Nº 807, segunda parte).

2) *Suspensión de la tramitación.* Sólo procede que se suspenda la tramitación que se sigue ante los órganos funcionales del Indecopi en los siguientes casos:

   2.1) Que con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia; o,

2.2)Cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi (art. 65º).

q) Conflictos de competencia

En los casos que se presente conflicto de competencia entre dos o más Comisiones se resolverá por el superior jerárquico común conforme a lo prescrito en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Si se trata de asuntos cuya materia no sea de competencia de la Comisión ante la cual se acciona, sino de otra de las Comisiones, la Comisión referida se inhibirá de conocer sobre el asunto y lo remitirá sin más trámite a la Comisión pertinente para su resolución (art. 29º del Decreto Ley Nº 25868).

Corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, resolver las contiendas de competencia que surjan entre los órganos funcionales (art. 11º inc. b) del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el art. 47º del D. Leg. Nº 807).

r) Eliminación de exigencias y formalidades costosas

El Título VI del D. Leg. Nº 807 se refiere a la eliminación de exigencias y formalidades costosas, señalando que en el caso de los procedimientos seguidos ante todas las Oficinas, Comisiones y el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi no es obligatoria la intervención de abogado y en consecuencia no puede establecerse como requisito de admisibilidad de los recursos que se presenten en dichos procedimientos que éstos estén autorizados por letrado.

La razón que expone la Exposición de Motivos del D. Leg. Nº 807, es que no es obligatoria la intervención de un abogado, a fin de dar al usuario la libertad de decidir sobre su contratación o no.

Nada impide que las partes puedan hacerse asesorar o representar por abogado en cualquier procedimiento seguido ante Indecopi.

s) Costas y costos

De acuerdo a lo establecido en la Ley (art. 39º), la Comisión, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del procedimiento en que hubiera incurrido el denunciante o el Indecopi.

Conforme a lo establecido por la Sala en precedentes administrativos, al momento de evaluar si corresponde el pago de costas y costos del procedimiento

por parte del infractor, se debe tomar en cuenta, en primer término, la gravedad de la infracción.

Así, ha señalado que si aquella, por ejemplo, fuera flagrante, de tal manera que pueda considerarse que es evidente para quien la comete que será objeto de alguna denuncia ante algún órgano funcional del Indecopi, queda claro que el infractor es consciente de que su conducta, de generar el inicio de un procedimiento demandaría costos para el denunciante o para la propia administración. Por lo tanto, ha señalado que debería ordenarse al infractor que asuma el pago de costas y costos proceso.

En segundo lugar, la Sala ha considerado que debe tenerse en cuenta la conducta procesal que hubiera demostrado el infractor a lo largo del procedimiento, si hubiera mostrado una voluntad conciliatoria y/o una conducta procesal idónea, no ameritaría que se le ordene el pago de costas y costos del proceso. Por el contrario, si la conducta del infractor hubiera sido renuente u obstruccionista ante la autoridad administrativa podría elevar los costos del proceso, lo que justificaría que se le condene al pago de costas y costos del mismo.

> Como ejemplo de un caso en que la Comisión ordenó al infractor que asuma el pago de los costos y costas del procedimiento, podemos referirnos al iniciado por una consumidora en contra de una empresa que no le entregó la computadora que había adquirido, pese a que la consumidora ya había pagado por su adquisición. En este caso, la Comisión declaró fundada la denuncia considerando que la empresa no proporcionó un servicio idóneo a la consumidora, pues no le entregó la computadora que había adquirido y, considerando que la infracción fue flagrante y que la empresa no tuvo un comportamiento procesal adecuado, le ordenó el pago de las costas del procedimiento en que había incurrido Indecopi (Procedimiento seguido por Paula Gutiérrez Lermo de Ramos contra Procesos S.A. En este caso las costas procesales estaban constituidas por el costo de las publicaciones de los edictos que realizó la Comisión en el diario *Ojo* y en el Diario Oficial *El Peruano* que ascendieron a S/. 4.183.57).
>
> Otro caso es el iniciado por un consumidor en contra de un banco debido a que, pese a que solicitó al banco que transfiriera sus depósitos de CTS a otro banco, aquel no realizó la transferencia ni cumplió con brindarle información respecto de su cuenta pese a que se la solicitó.
>
> En este caso, la Comisión consideró que el banco infringió la Ley, puesto que no brindó un servicio idóneo respecto del traslado oportuno de los depósitos por CTS del denunciante al otro banco, ni cumplió con su deber de proporcionar la información que el consumidor le solicitó. Asimismo, ordenó al banco el pago de las costas y costos en que incurrió el consumidor en el mencionado procedimiento, dado que la infracción era flagrante (Ver: Resolución Nº 534-2000-CPC de fecha 1 de septiembre de 2000 en el Expediente Nº 310-2000-CPC seguido por Tito Zain Zambrano Almeida contra el Banco Wiese Sudameris. Sanción 0,5 Unidades Impositivas Tributarias).

t) Plazo para la tramitación de procedimientos administrativos

La Ley Nº 27807 ha establecido un plazo máximo de 180 días calendarios para la tramitación de los procedimientos administrativos a cargo de los órganos

resolutivos que conforman la estructura orgánica funcional del Indecopi, sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales o de los plazos que se deriven de la propia naturaleza del respectivo procedimiento.

Al respecto la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece nuevas disposiciones a las cuales las instituciones públicas deben de adecuar sus procedimientos, disponiendo en su art. 35º el plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la tramitación y resolución de todo procedimiento administrativo seguido ante dichas Instituciones, salvo que por ley o decreto legislativo se establezcan procedimientos cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.

En el caso de los procedimientos que se siguen ante el Indecopi, este plazo resulta excesivamente corto, debido al número plural de sujetos procesales.

La mención que hace la Ley a "sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales", corresponde a que hay algunos de los órganos del Indecopi encargados de tramitar y resolver procedimientos sujetos a normas de carácter supranacional, en las que se han establecido plazos especiales por normas internacionales. Como es el caso de las disposiciones que regulan los procedimientos que tramita y resuelve la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, que están normados por las reglas establecidas en el Tratado de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en las que se establecen plazos máximos de hasta 9 meses para los procedimientos de imposición de derechos compensatorios o de antidumping.

En lo que se refiere a expresión "o de los plazos que se derivan de la propia naturaleza del respectivo procedimiento" concierne a los procedimientos, aun cuando están regidos por normas supranacionales, no han previsto un plazo máximo pero éste se deriva de la sumatoria de los términos que conforman cada una de las etapas y actuaciones procedimentales que consagra la norma internacional, como el caso de los procedimientos de obtención y registro de patentes de invención, regidos en el Perú por la Decisión Andina 486 que es una norma internacional cuya tramitación requiere de diversas etapas con plazos forzosos cuya sumatoria exceden largamente el plazo que establece el presente proyecto de ley.

Para el caso de la norma supranacional en materia de invenciones, se han establecido plazos sumamente amplios en etapas del procedimiento tales como las referidas a garantizar la confidencialidad del invento, en la que se establece un período de reserva que se extiende por 18 meses; o el referido a las oposiciones que se extiende hasta 120 días o de acreditación de patentabilidad que se fija en 3 meses.

La Exposición de Motivos de la Ley, que se refiere a los casos anteriormente mencionados, añade, que los supuestos de excepción no siempre operan respecto de situaciones de mayor plazo, sino que operan también a contrario, es decir que en aquellos casos en que la norma especial fije un plazo más corto que el de 180 días, será de aplicación el plazo más breve por estar contenido en una disposición especial, un ejemplo de esta situación son los procedimientos de autorización

de concentración empresarial que tramita la Comisión de Libre Competencia del Indecopi en los que por Ley especial (relacionada con la aplicación de la Ley de Concentraciones del Sector Eléctrico) el plazo para la emisión del pronunciamiento es de 30 días prorrogables por igual término, por única vez.

u) Custodia y préstamo de los expedientes

La Ley Nº 27043, que modifica el artículo 13º del Decreto Ley Nº 25868, modificado a su vez por el artículo 47º del Decreto Legislativo Nº 897, adiciona al inciso d) del referido artículo el aspecto correspondiente al préstamo y archivo de los expedientes.

En cuanto al préstamo de expediente éste procede a pedido de la autoridad universitaria correspondiente, por breve término, cuando se trate de expedientes fenecidos, a los graduados, debidamente identificados, quienes además firmarán el cargo, y proporcionarán fotocopia de su Libreta Electoral o documento que la sustituya. Estos expedientes podrán ser materia de sustentación en el examen oral para optar el título profesional.

En el caso de expediente cuyas resoluciones tengan más de cinco años de ejecutadas, pueden ser remitidas a las Facultades de Derecho que los soliciten para usos de docencia universitaria.

Finalmente, en el caso que transcurran más de cinco años desde el vencimiento del plazo para interponer recurso impugnatorio ante el Tribunal de Defensa de la Competencia o de la Propiedad Intelectual o ante el Poder Judicial, los expedientes serán transferidos al Archivo General de la Nación o a los Archivos Departamentales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Nº 19414.

422. PUBLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

El art. 43º del D. Leg. Nº 807, da a la jurisprudencia administrativa del Indecopi el carácter de precedente obligatorio a fin de lograr la transparencia y predictibilidad necesaria frente a los agentes económicos, estableciéndose la publicación obligatoria de las resoluciones de importancia que dicten los órganos funcionales del Indecopi.

En este sentido se dispone que las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que, al resolver casos particulares, interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirá precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio del Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial *El Peruano* cuando lo considere necesario, por tener dichas resoluciones las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

CAPÍTULO XLVI
PROCEDIMIENTO JUDICIAL

423. Impugnación de las resoluciones.- 424. Competencia judicial.

423. IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Para poder recurrir al Poder Judicial se requiere que se agote previamente la vía administrativa. Se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (art. 16º del Decreto Ley Nº 25868).

Concluido el procedimiento administrativo, las Resoluciones que expida el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual podrán ser impugnadas en la vía judicial.

424. COMPETENCIA JUDICIAL

En lo que se refiere a la competencia judicial para conocer el proceso contencioso administrativo, la misma se establece en el artículo 9º de la Ley Nº 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (la mencionada Ley ha derogado la segunda parte del artículo 17º del Decreto Ley Nº 25868, modificado por el art. 64º del Decreto Legislativo Nº 807).

El mencionado artículo 9º de la Ley Nº 27584 en su texto original disponía que en primera instancia le correspondía conocer al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo, en contra lo resuelto en primera instancia en grado de apelación le correspondía conocer a la Sala Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva, resolviendo en sede casatoria la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República.

Dicho artículo fue materia de modificación por la Ley Nº 27709 disponiendo que cuando se trata de impugnación a las resoluciones expedidas, por el Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Tribunal Fiscal, Tribunal del Indecopi, Tribunal de CONSUCODE, Consejo de Minería, Tribunal Registral y Tribunal de Organismos Reguladores, es competente en Primera Instancia la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación si fuera el caso.

En los lugares donde no exista Juez o Sala Especializada en lo contencioso administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

En lo que se refiere a los plazos para la interposición de la demanda contencioso administrativa, el artículo 17º de la Ley Nº 27584 considera que éste será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación del acto material de impugnación lo que ocurra primero cuando se trate de: **a)** los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa; **b)** la actuación material que no se sustenta en acto administrativo; **c)** la actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico; **d)** las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida conforme a ley someter a conciliación o arbitraje la controversia; **e)** las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

Entre otros casos que el mencionado artículo contempla se encuentra, cuando se produzca silencio administrado, inercia y cualquier otra omisión de las entidades administrativas, el plazo para interponer la demanda será de seis meses computados desde la fecha que venció el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado, cuando se pretenda impugnar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo será de tres meses a contar desde el día siguiente en que se tomo conocimiento de las referidas actuaciones

Los plazos mencionados son de caducidad.

CAPÍTULO XLVII
ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

425. Generalidades.- 426. Organismos reguladores.- 426.1. Base Legal.- 426.2. Estructura.- 426.3 Funciones.- 426.4. Función supervisora específica.- 426.5. Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas.- 426.6. Facultad de solicitar el apoyo de la fuerza pública.- 426.7. Facultad de aplicar medidas cautelares.- 426.8. Facultades de ejecución.- 426.9. Solución de controversias.- 426.10. Reclamo sin pago previo de la retribución facturada.- 426.11. Procedimiento ante el Poder Judicial.- 427. Sector de Telecomunicaciones (Osiptel).- 427.1. Base legal.- 427.2. Principios.- 427.3. Función fiscalizadora y sancionadora.- 427.3.1. Órganos Competentes para el ejercicio de la función fiscalizadora y sancionadora.- 427.3.2. Infracciones administrativas.- 427.3.3. Función de tipificación de infracciones.- 427.4. Imposición de sanciones.- 427.4.1. Multas.- 427.4.2. Registro de Sanciones.- 427.4.3. Facultades coactivas.- 427.5. Función de solución de controversias.- 427.6. Controversias en la vía administrativa.- 427.6.1. Instancias.- 427.6.2. Competencia de Osiptel.- 427.6.2.1. Controversias entre Empresas.- 427.6.2.2. Controversias entre Empresas Operadoras y Usuarios.- 427.6.2.3. Reclamos de Usuarios.- 427.7. Arbitraje administrado por Osiptel.- 427.7.1. Función no exclusiva.- 427.7.2. Reglamento de Arbitraje.- 427.8. Desmonopolización progresiva.- 427.9. Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado.- 427.9.1. Proyecto de Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Competencia Desleal.- 428. Sector energía (Osinerg).- 428.1. Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico.- 428.2. Funciones.- 428.3. Función de solución de controversias.- 428.4. Competencia de Osinerg.- 428.4.1. Conciliación antes del inicio de un procedimiento administrativo.- 428.4.2. Procedimiento de solución de controversias.- 428.4.3. Órganos Competentes e Instancias Administrativas para la Función de Solución de Controversias.- 428.4.4 Controversias entre entidades, entre entidades y usuarios

libres, y entre usuarios libres.- 428.4.5. Órganos competentes para ejerce la función de solución de reclamos de usuarios.- 428.4.6. Procedimiento de reclamaciones de usuarios.- 428.5. Órganos de Osinerg.- 428.6. Facultades complementarias del Osinerg.- 428.7. Procedimientos administrativos especiales.- 429. Sector Transportes (Ositran).- 429.1. Función reguladora.- 429.2. Función de solución de controversias.- 429.3. Controversias entre entidades prestadoras.- 429.4. Controversias entre entidades prestadoras y usuarios.- 429.5. Órganos.- 429.6. Funciones del consejo directivo.- 430. Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass).- 430.1. Base legal.- 430.2. Prestación de los servicios de saneamiento.- 430.3. Funciones.- 430.3.1. Función reguladora.- 430.3.2. Requerimiento de información.- 430.3.3. Función de solución de controversias y reclamos.- 430.3.3.1. Vía administrativa.- 430.3.3.2. Ejecutabilidad de las Resoluciones.- 430.3.3.3. Conciliación.- 430.3.3.4. Vía arbitral.- 430.3.3.5. Sometimiento de las controversias a arbitraje.- 430.3.3.6. Convenio arbitral.- 430.4. Órganos de Sunass.

425. GENERALIDADES

Dentro de la política de promoción de la inversión privada, el Estado ha establecido organismos reguladores entre cuyas finalidades se encuentran la de fiscalizar el cumplimiento de las metas previstas, regular las relaciones entre las empresas que corresponden al Sector, atender las reclamaciones que formulen los usuarios con respecto a los servicios que dichas entidades le prestan, en aspectos relacionados con el cobro de las tarifas y prestación de servicios.

A inicio de los años de 1990 se produce un cambio conceptual acerca de las funciones del Estado en una economía libre de mercado. Actividades productivas y de servicios que desarrolla el Estado a través de sus Empresas, son transferidas en gran parte al Sector Privado, mientras que el Estado se reservó la función de promotor y regulador de la inversión privada. En este sentido, dictó normas para mejorar los mecanismos, a fin de evitar las prácticas de competencia desleal, estableciendo organismos reguladores.

426. ORGANISMOS REGULADORES

426.1. Base legal

La Ley Nº 27332 denominada "Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos" es de aplicación a los siguientes organismos:

a) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel);

b) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg);

c) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran); y,

d) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (Sunass).

Estos organismos tienen el carácter de organismos públicos descentralizados adscritos a la *Presidencia del Consejo de Ministros*, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera (D. S. Nº 083-2002-PCM).

426.2. Estructura

El organismo máximo de dirección es el Consejo Directivo de cada uno de ellos, el que estará integrado por 5 (cinco) miembros designados mediante Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del Sector al que pertenece la actividad económica regulada.

En cuanto a su conformación la ley determina que será de la siguiente manera:

a) Dos miembros a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales lo presidirá. Uno de estos miembros deberá ser representante de la Sociedad Civil (art. 4º, D. S. Nº 032-2001-PCM).

b) Un miembro a propuesta del Ministerio del Sector al que pertenece la actividad económica regulada;

c) Un miembro a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas; y,

d) Un miembro a propuesta del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Presidente del Consejo Directivo ejercerá funciones ejecutivas de dirección del Organismo Regulador y es el Titular de la entidad correspondiente.

En lo que se refiere a la remoción de los miembros del Consejo Directivo podrá ser mediante Resolución Suprema motivada, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del Sector al que pertenece la actividad económica regulada.

En lo que concierne a los requisitos para ser miembro, se menciona en el inciso b) del art. 7º de la Ley Marco, la solvencia e idoneidad profesional para lo cual se requerirá demostrar no menos de cinco (5) años de experiencia en un cargo gerencial o acreditar grado académico a nivel maestría (art. 6º, D. S. Nº 032-2001-PCM).

426.3. Funciones

Entre las funciones que ejercen dentro de los respectivos ámbitos de su competencia se encuentran los siguientes:

a) Función supervisora

Esta función comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;

b) Función reguladora

Comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

La Ley Nº 27838 denominada "Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas", tiene por objeto garantizar que la función reguladora sea ejecutada con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos, y establecer los mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas, mediante el acceso a toda la información utilizada por los Organismos Reguladores.

Entre el procedimiento que establece la ley para la fijación de las tarifas se observa la realización de audiencias públicas, la aplicación del recurso impugnatorio que las Empresas Prestadoras de Servicios y los Organismos Representativos de los Usuarios puede interponer en contra de la Resolución emitida por el Organismo Regulador, dentro de lo que entiende por la transparencia de la información se encuentra el derecho a acceder a los informes, estudios, dictámenes, modelos económicos y memorias anuales, que constituyen el sustento de las Resoluciones que fijan los precios regulados.

Por otra parte, el recurso impugnatorio debe ser publicado en la página web del Organismos Regular, así como debe prepublicarse el Proyecto de Resolución que fije la tarifa reguladora en la página web del respectivo organismo regulador y en el Diario Oficial *El Peruano*.

Con anterioridad a la publicación de la Resolución que fija la tarifa reguladora el Organismo Regulador está obligado a realizar audiencias públicas descentralizadas en la cual sustentarán y expondrán los criterios, metodología, estudios, informes, modelos económicos o dictámenes que servirán de justificación en la fijación de las tarifas reguladas, debiendo quedar constancia de estos hechos en la parte considerativa de la referida Resolución.

c) Función normativa

Esta función comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. Asimismo, la facultad de tipificar las

infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

d) Función fiscalizadora y sancionadora

Comprende la facultad de imponer sancionen dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

En cuanto a las sanciones, tienen la facultad de aprobar su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador (Texto según la Ley Nº 27631).

e) Función de solución de controversias

Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre estas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,

f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan

Estas funciones serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

426.4. Función supervisora específica

En los casos de privatizaciones y concesiones efectuadas al amparo de lo dispuesto por el Decreto Legislativo Nº 674, los Organismos Reguladores serán responsables de la supervisión de las actividades de post-privatización.

426.5. Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas

Los Organismos Reguladores gozarán de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo Nº 807.

La Ley Nº 27332, considera que son de aplicación las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo Nº 807, que se refiere a las facultades, normas y organización del Indecopi, encontrándose entre estas la de exigir la exhibición de todo tipo de documentos, citar e investigar funcionarios, realizar inspecciones, con o sin previa notificación, solicitar información a cualquier organismo público, requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones, el mismo que deberá ser prestado de inmediato bajo responsabilidad, el dictar medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne irreparable.

Estas facultades a su vez han sido materia de mención en forma específica en las leyes y reglamentos de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

426.6. Facultades de solicitar el apoyo de la fuerza pública

En lo que se refiere al apoyo de la fuerza pública, la misma que puede requerirse para el ejercicio de ciertas acciones como podría ser la ejecución de sus resoluciones, mandatos u ordenes en general, se faculta a que estos Organismos lo soliciten directamente sin necesidad de recurrir al Juez para que este la dicte (Osiptel, art. 17º de la Ley Nº 27336; Sunass, art. 73º, D. S. Nº 017-2001-PCM; Ositran, art. 91º del D. S. Nº 054-2001-PCM).

426.7. Facultad de aplicar medidas cautelares

Se sostiene que las medidas cautelares son jurisdiccionales en virtud a que su concepción está reservada a la decisión de una autoridad judicial. En doctrina se ha tratado de establecer si estas medidas son una manifestación de la actividad jurisdiccional del Estado, tomando en cuenta que ellas son establecidas por diversos órganos del Poder Judicial. Esta característica no es absoluta, la facultad de dictar medidas cautelares no sólo está reservada en forma exclusiva para el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, sino que se ha ampliado para que algunas autoridades administrativas tengan esta facultad, aspecto que también puede apreciarse en el campo del arbitraje.

En lo que se refiere a la facultad otorgada a entidades administrativas para que emitan medidas cautelares se tiene: el artículo 176º y ss. del Decreto Legislativo Nº 822 Ley sobre Derechos de Autor que autoriza a Indecopi como autoridad administrativa a dictar medidas cautelares. Asimismo el art. 27º del Decreto Legislativo Nº 807 que facilita la concesión de medidas cautelares para proteger al consumidor y reprimir la competencia desleal, el artículo 240º y 241º del Decreto Legislativo Nº 823, Ley de la Propiedad Industrial permite el otorgamiento de medidas cautelares. También lo permiten los arts. 11º, 123º, 112º, 164º del Decreto Legislativo Nº 816, Código Tributario.

En lo que respecta a los organismos supervisores se autoriza que mediante resolución de sus instancias competentes puedan aplicar medidas cautelares para evitar que el daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora.

Las medidas correctivas señala el art. 23º de la Ley Nº 27336, en lo que respecta a Osiptel incluyen la posibilidad de que sus funcionarios accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que estos organismos hubiesen dictado y en el caso que la entidad supervisada se hubiera resistido a cumplirlas reiteradamente, para tal efecto Osiptel podrá recurrir al apoyo de la fuerza pública.

Por otra parte, el art. 106º del Reglamento General de Osiptel, considera que el incumplimiento de la medida cautelar dictada dará lugar a una multa, si se persiste en el incumplimiento, el órgano funcional podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal correspondiente.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 76º del Reglamento General de Ositran (D. S. 010-2001-PCM), el art. 95º del Reglamento de General de Osinerg, estableciendo que la sanción puede ser hasta 100 UIT, y el art. 74º del D. S. 017-2001-PCM, para el caso de Sunass.

426.8. Facultades de ejecución

Las diversas leyes de los organismos reguladores, autorizan a estos que puedan efectuar la cobranza coactiva, de sus acreencias, las que de acuerdo a la naturaleza del organismo, pueden derivarse del pago del consumo por el servicio prestado (régimen tarifario), el cobro de los servicios colaterales que brinden directamente o a través de terceros, el cobro de los intereses moratorios o compensatorios así como los gastos derivados de las obligaciones no canceladas dentro de los plazos de su vencimiento, el cobro por los gastos incurridos en la suspensión y reposición de los servicios suspendidos, anular las conexiones de quienes hagan uso no autorizado de los servicios, y cobrar el costo de las reparaciones de daños y desperfectos (Osiptel, Primera Disposición Final, Ley Nº 27336, Osinerg, art. 64º, D. S. 055-2001-PCM; art. 74º, D. S. 054-2001-PCM. Ositran, art. 7º, Ley Nº 26917).

426.9. Solución de controversias

Para efecto de las Resoluciones de Controversia que puedan suscitarse dentro del área de competencia de cada uno de éstos organismo se ha establecido un Tribunal de Solución de Controversias como última instancia administrativa.

Lo resuelto por el Tribunal es de cumplimiento obligatorio y constituye precedente vinculante en materia administrativa.

El Tribunal de cada Organismo Regulador estará conformado por 5 (cinco) miembros designados por Resolución Suprema refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Ministro del Sector al que pertenece la actividad económica regulada.

El Tribunal de Solución de Controversias estará compuesto de la siguiente manera:

a) Dos miembros a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales lo presidirá. El Presidente tiene voto dirimente;

b) Un miembro a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas;

c) Un miembro a propuesta del Sector al que pertenece la actividad económica regulada; y,

d) Un miembro a propuesta del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

426.10. Reclamo sin pago previo de la retribución facturada

El artículo 14º de Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo Nº 716, establece que las empresas que prestan servicios públicos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los consumidores o usuarios al pago previo de la retribución facturada.

Con ello, se busca proteger el derecho de los consumidores a reclamar primero y pagar después de que el reclamo haya sido resuelto de manera definitiva, a fin de evitar causar mayores perjuicios a los usuarios de un servicio público en aquellos casos en que el monto facturado no corresponda al servicio efectivamente brindado.

Así, la Sala de Defensa de la Competencia ha considerado que cuando la empresa de servicios públicos impida el reclamo por parte del usuario o cuando exija el pago de la factura sujeta a reclamo (incluyendo el monto sujeto a reclamo como deuda pendiente en los recibos posteriores) o cuando la empresa imponga una sanción por el no pago de la factura reclamada (suspensión del suministro, cobro de intereses moratorios), o cuando exija indirectamente el pago de lo reclamado se configura una infracción al Artículo 14º de la Ley. Aunque debe precisarse que en materia de telecomunicaciones el OSIPTEL es el organismo competente para resolver la aplicación del citado Artículo 14º de la Ley en virtud del Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM.

426.11. Procedimiento ante el Poder Judicial

Las resoluciones emitidas en la vía administrativa, una vez agotada esta, podrán ser materia de impugnación ante el Poder Judicial. El art. 9º de la Ley Nº 27584 –Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo– según texto modificatorio por la Ley Nº 27709, dispone que cuando se trata de impugnación de las resoluciones expedidas, entre otros organismos por el Tribunal de Organismos Reguladores, es competente en Primera Instancia la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación si fuera el caso.

En los lugares donde no exista Juez o Sala Especializada en lo contencioso administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

427. SECTOR DE TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)

El Sector de Telecomunicaciones no fue ajeno a estas transformaciones. Su modernización empezó con la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Legislativo Nº 702, noviembre de 1991), en virtud de la cual se creó legalmente el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) en sustitución de la Comisión Reguladora de Tarifas de Telecomunicaciones.

En 1993, Osiptel inició sus actividades como Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, a efecto de regular y supervisar el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones, habiéndose en ese año publicado el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo Nº 013-93-TCC.

El art. 4º del Reglamento de Osiptel, aprobado por D. S. Nº 62-94-PCM, señala que corresponde a este organismo proteger al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de las prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, así como a los usuarios y empresas que presten dichos servicios de cualquier práctica que los afecten.

Osiptel posee autonomía técnica, económica, financiera, funcional y administrativa, de conformidad con lo establecido por la Ley de Telecomunicaciones y la Ley Nº 26285. Esta entidad es un organismo público descentralizado dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros.

427.1. Base legal

- Decreto Legislativo Nº 702 que crea el Organismos Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).
- Ley Nº 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.
- Ley Nº 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos– que comprende lineamientos y normas de aplicación general a todos los organismos reguladores.
- Ley Nº 27336, de 5 de agosto de 2001, denominada Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), establece la facultad supervisora de Osiptel la misma que comprende a todas las personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos de telecomunicaciones.

  Esta Ley en su art. 24º, faculta a Osiptel a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en la ley.
- Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM, que aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.

427.2. Principios

a) Libre competencia

El art. 6º del Decreto Legislativo 702, establece que el Estado fomenta la libre competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones y regula el mercado de forma que asegure su normal desenvolvimiento, función que en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones ejerce Osiptel.

El Decreto Supremo Nº 008-2001-PCM aprueba el Reglamento General de Osiptel, como norma reglamentaria de las Leyes Nºs. 27332 y 27336. El Título II del mencionado Reglamento se refiere a los principios de acción, contiene entre estos el principio de libre acceso (art. 2º) según el cual Osiptel deberá orientar a garantizar a las empresas operadoras y a los usuarios, el libre acceso a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.

b) Principio de Neutralidad

El Osiptel velará por la neutralidad de la operación de las empresas bajo su ámbito de competencia, cuidando que estas no utilicen su condición de tales, directa o indirectamente, para obtener ventajas frente a otras empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones o frente a usuarios, de conformidad con el artículo 38º del Texto Único Ordenado (D. S. Nº 013-93-TCC). No obstante ello, el Osiptel deberá cuidar que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, innovación o por precios (art. 4º, D. S. 008-2001-PCM).

c) Principio de No Discriminación

Las decisiones y acciones del Osiptel se orientaran a garantizar que las empresas operadoras participantes en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones no sean discriminadas (art. 5º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

d) Principio de Actuación basado en el Análisis Costo/Beneficio

Los beneficios y costos de las acciones periódicas y programadas emprendidas por el Osiptel, serán evaluados antes de su realización y deberán ser adecuadamente sustentados en estudios y evaluaciones técnicas que acrediten su racionalidad y eficacia. Esta evaluación tomará en cuenta tanto las proyecciones de corto como de largo plazo, así como los costos y beneficios directos e indirectos, monetarios o no monetarios (art. 6º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

e) Principio de Transparencia

Toda decisión de cualquier órgano funcional del Osiptel deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones del Osiptel serán debidamente motivadas y los proyectos de decisiones normativas y/o regulatorias serán además previamente pu-

blicadas para recibir opiniones del público en general. Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que por su urgencia o necesidad, el Consejo Directivo determine que no queden sujetas al procedimiento de publicación previa. De ser pertinente, se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados (art. 7º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

f) Principio de Promoción de la Competencia

La actuación del Osiptel se orientara a promover las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, orientando sus acciones a promover la libre y leal competencia, en el ámbito de sus funciones (art. 8º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

g) Principio de Imparcialidad

El Osiptel ponderará con justicia e imparcialidad y con estricto apego a las normas pertinentes, los intereses de las empresas operadoras de servicios y de los usuarios. Casos o situaciones de las mismas características deberán ser tratados de manera análoga (art. 9º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

h) Principio de Autonomía

El Osiptel no se encuentra sujeto en su actuación funcional a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado. Su accionar se sujetará estrictamente a las normas legales aplicables y a estudios técnicos debidamente sustentados (art. 10º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

i) Principio de Subsidiariedad

La actuación del Osiptel es subsidiaria y solo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada (art. 11º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

j) Principio de supletoriedad

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el Osiptel en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el Osiptel (art. 12º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

k) Principio de Análisis de Decisiones Funcionales

El análisis de las decisiones funcionales del Osiptel tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innova-

ción, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios. En tal sentido, deberá evaluarse el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas (art. 13º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

427.3. Función fiscalizadora y sancionadora

La función fiscalizadora y sancionadora permite a Osiptel imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión (art. 40º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

427.3.1. Órganos competentes para el ejercicio de la unción fiscalizadora y sancionadora

La función Fiscalizadora y Sancionadora puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte. Dicha función es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del Osiptel y en segunda instancia, en vía de apelación, por el Consejo Directivo.

Para el desarrollo de sus funciones la Gerencia General contará con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

Las funciones de fiscalización y sanción de la Gerencia General podrán ser delegadas, por medio de un convenio de delegación, a entidades públicas o privadas, de reconocido prestigio y siempre que el convenio garantice la autonomía e idoneidad técnica del órgano encargado de resolver el caso correspondiente. La delegación no inhibe la responsabilidad de Osiptel. Las decisiones de la entidad delegada pueden ser apeladas al Consejo Directivo directamente (art. 42º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

Si en el ejercicio de sus funciones, cualquier órgano funcional de Osiptel tuviera indicios de la comisión de una infracción en la prestación de servicios de telecomunicaciones o en otros mercados conexos, y las normas aplicables que son de competencia exclusiva del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), Osiptel tendrá legitimidad para obrar e iniciar cualquier denuncia que estime pertinente. La misma facultad le corresponderá en el caso de infracciones cuya decisión esté a cargo de otras autoridades (art. 43º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

427.3.2. Infracciones administrativas

La Resolución de Consejo Directivo Nº 002-99-CD-Osiptel, modificada por la Resolución Nº 048-2001-CD/Osiptel, aprueba el Reglamento de Infracciones y Sanciones.

El Título II del Reglamento está conformado por los artículos que describen los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas sancionables por Osiptel.

El capítulo V de mencionado Título II se refiere a las infracciones a la Libre y Leal Competencia, considerando el art. 24 actos de competencia desleal o prácticas abusivas o restrictivas de la libre competencia a aquellos calificados como tales según las normas sobre la materia.

Las infracciones administrativas se *califican* como muy graves, graves o leves, sancionados con multas según la gravedad de la falta que puede ir de un mínimo de 0.5 UIT a un máximo de 350 UIT para el caso de la infracción muy grave (art. 3º, Texto modificado por la Resolución del Consejo Directivo Nº 048-2001-CD-Osiptel de fecha 31 de agosto de 2001).

En cuanto a las prácticas de *competencia desleal,* Osiptel clasifica las infracciones en tres grupos. Dos principales que son: (i) las prácticas que afectan directamente al consumidor o usuario, relacionadas especialmente con problemas de asimetría de información o racionalidad limitada; y, (ii) las prácticas que afectan directamente al competidor, basadas en comportamientos estratégicos que crean o incrementan los obstáculos de acceso de competidores al mercado. Adicionalmente, se considera un grupo intermedio compuesto por las prácticas que tienen efectos directos sobre ambos agentes y, por tanto, se encuentran en la intersección de los grupos principales.

Los actos que constituyan *competencia desleal*, abuso de posición de dominio o que realicen prácticas restrictivas que produzcan o puedan producir el efecto de limitar, restringir o distorsionar la libre competencia, o la empresa que incurra de cualquier manera en subsidios cruzados no autorizados por el ordenamiento normativo contractual vigente, incurrirán en infracciones muy graves.

427.3.3. Función de tipificación de infracciones

Sin perjuicio del Régimen de Infracciones y Sanciones previsto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, D. S. Nº 013-93-TCC, el Reglamento de la Ley y los contratos de concesión, Osiptel podrá, en materias de su competencia exclusiva, tipificar las infracciones que no estén previstas en la Ley de Telecomunicaciones y determinar las sanciones correspondientes, dentro de las categorías previstas en la referida Ley (art. 44º, D. S. Nº 008-2001-PCM)

427.4. Imposición de sanciones

La imposición de una sanción no exime del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad sancionada. Para dichos efectos, la notificación de la sanción contendrá la intimidación al cumplimiento de la obligación, dentro del plazo fijado, y bajo apercibimiento de la aplicación de nuevas sanciones. El incumplimiento de dicha intimidación se considerará como agravante de la infracción, sin

perjuicio de lo dispuesto en el artículo 34º de la Ley Nº 27336 o de las disposiciones que sobre el particular emita Osiptel.

En cuanto a la gravedad de la infracción y las sanciones aplicables Osiptel las determinará según los criterios de graduación y montos establecidos por la Ley de Competencia Desleal.

427.4.1. Multas

En caso de incumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o de aquellas dictadas por OSIPTEL en ejercicio de sus funciones, esta entidad podrá imponer las sanciones previstas en los artículos 25º y 26º de la Ley Nº 27336 (art. 45º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

Las multas impuestas serán pagaderas dentro de los quince (15) días hábiles contados desde que la resolución que impuso la sanción haya quedado firme o se hubiere causado estado en la vía administrativa. Ante el incumplimiento del pago dentro del plazo establecido en el párrafo anterior, se aplicará el interés legal (art. 46º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

427.4.2. Registro de sanciones

El Osiptel llevara un registro de las sanciones aplicadas, con la finalidad de llevar un control, elaborar estadísticas, informar al público, así como para detectar los casos de reincidencia.

427.4.3. Facultades coactivas

El Osiptel está facultado a cobrar los derechos, tasas, multas, penalidades y en general cualquier otro monto que deban pagar las empresas operadoras o personas sujetas a su competencia, según lo que establezca la Ley, los contratos de concesión respectivos, y las demás normas y decisiones aplicables. Para tal efecto, Osiptel cuenta con las facultades coactivas reconocidas por la legislación de la materia.

427.5. Función de solución de controversias

Las controversias que surjan tanto, entre *Empresas Operadoras*, y entre una de éstas y el *Usuario*, aunque sólo una de las partes tenga la condición de Empresa Operadora, como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, deberán ser materia de Resolución ante las instancias según los procedimientos establecidos.

Se entiende como *Empresa Operadora*, la persona natural o jurídica que cuenta con concesión, autorización o registro para la explotación de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones, y como *Usuario*, a la persona natural o jurídica que, en forma eventual o permanente, tiene acceso a algún servicio público de telecomunicaciones.

El art. 49º del Reglamento General de Osiptel (D. S. Nº 008-2001-PCM) autoriza a los órganos funcionales competentes de Osiptel a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que se encuentren dentro del ámbito de su competencia.

Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del Indecopi.

La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos, de llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el Osiptel, se dará por terminada la controversia correspondiente.

El procedimiento para resolver la controversia podrá ser por la vía administrativa o la arbitral.

Los dispositivos que regulan este aspecto señalan determinados casos en los que sólo procede seguir el procedimiento administrativo.

427.6. Controversias en la vía administrativa

427.6.1. Instancias

La premisa es que las controversias se encuentren bajo la competencia de Osiptel. En lo que respecta a las instancias se reconoce la doble instancia administrativa.

Se establecen diversos organismos los mismos que tienen facultades de resolución, dependiendo de la materia que le será sometida de acuerdo a lo dispuesto en la ley y los reglamentos.

Entre las instancias se encuentran las siguientes:

- Consejo Directivo, la Presidencia y la Gerencia General de Osiptel.
- Cuerpos Colegiados, resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de Osiptel.

La función de solución de controversias de los Cuerpos Colegiados podrá ser delegada, por medio de un convenio de delegación, a entidades públicas o privadas de reconocido prestigio, incluido empresas especializadas, y siempre que el convenio garantice la autonomía y carácter técnico del órgano encargado de resolver el caso correspondiente, el Tribunal conocerá y resolverá las apelaciones que se presenten a las decisiones de la entidad delegada (art. 52º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

- Tribunal Arbitral a que se refiere el Reglamento de Arbitraje de Osiptel;
- Tribunal Administrativo de Solución de Controversias, encargado de resolver en segunda instancia los procedimientos administrativos que se ventilen ante el Osiptel para resolver controversias entre las entidades supervisoras; y,

- Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), que resuelve los recursos de apelación expedidas en primera instancia, así como el recurso de queja.

La *primera instancia* está conformada por un cuerpo colegiado compuesto por personas designadas por Osiptel al que se le denomina cuerpo Colegiado Ordinario de Osiptel.

La *segunda instancia* en el procedimiento administrativo a que se refiere el Reglamento la ejerce el Presidente de Osiptel, o quien haga sus veces, de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Osiptel.

La vía administrativa queda agotada con la resolución de segunda instancia (art. 51º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

Las resoluciones de segunda y última instancia de Osiptel que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada.

427.6.2. Competencia de Osiptel

El D. S. Nº 008-2001-PCM establece la competencia de Osiptel para la solución de controversias en la vía administrativa, especificando la referente a las que surjan entre: empresas, empresas operadoras y usuarios y reclamo de usuarios.

La Resolución del Consejo Directivo Nº 027-99-CD/OSIPTEL de fecha 12 de octubre de 1999, aprueba el Reglamento General para la solución de controversias en la vía administrativa.

El Reglamento rige la actuación de Osiptel, en cuanto al ejercicio de su potestad de resolver controversias por la vía administrativa *entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.*

Osiptel tiene competencia para resolver controversias que surjan en entre empresas operadoras de servicio de telecomunicaciones en los siguientes casos: las relacionadas con infracciones a la libre y leal competencia, las relacionadas con la interconexión de servicios y el acceso a la red en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, de conformidad con el ordenamiento legal vigente, las relacionadas con tarifas, acuerdos de distribución o reparto de ingresos y demás compensaciones y retribuciones económicas que las empresas de telecomunicaciones cobran entre sí; y, las relacionadas con aspectos técnicos entre las empresas.

427.6.2.1. Controversias entre empresas

Osiptel es competente, según el art. 53º (D. S. Nº 008-2001-PCM), para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones referentes a la libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia

en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al Indecopi, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos;

b) Las relacionadas con la interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones;

c) Las relacionadas con el derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos;

d) Las relacionadas con tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente; y,

e) Las relacionadas con aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Mediante *Resolución del Consejo Directivo Nº 010-2002-CD/Osiptel de 22 de marzo de 2002*, aprobó el Reglamento General de Osiptel para la solución de controversias entre Empresas.

El mencionado Reglamento rige la actuación de Osiptel, en cuanto al ejercicio de su potestad de resolver controversias por la vía administrativa entre empresas y de investigar infracciones a las normas de libre y leal competencia y otras relacionadas con: el incumplimiento de las obligaciones de la libre y leal competencia, la interconexión de redes en sus aspectos técnicos económicos y jurídicos, el derecho de acceso a la red, tarifas, aspectos técnicos de los servicios públicos de las telecomunicaciones.

Asimismo, *Osiptel es competente* para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque *sólo una de las partes tenga la condición de operadoras* de tales servicios.

La vía administrativa previa es obligatoria y de competencia exclusiva de Osiptel.

En cuanto a las instancias competentes el Título III del Reglamento, establece una Primera Instancia constituida por el denominado Cuerpo Colegiado de Osiptel, integrado por personas designadas por Osiptel, los que pueden ser funcionarios de esta u otras Instituciones, o profesionales independientes especialistas en la materia.

La Segunda Instancia la ejerce el Tribunal de Solución de Controversias.

El Reglamento contiene en Título IV Disposiciones Procesales Generales, que conciernen a las notificaciones, plazos, recusaciones, recursos de reconsideración y apelación, queja, y nulidad de los actos procesales.

El Título VII se refiere a los procedimientos distinguiéndose los *procedimientos que versen sobre la comisión de infracciones*, y a aquellos que *no versen sobre la comisión de infracciones*. En el caso de controversias que contengan materias relativas a la comisión de una infracción y materias no relacionadas con la comisión de una infracción, cada materia seguirá el trámite que de acuerdo con su naturaleza le corresponda, resolviéndose conjuntamente en la Resolución Final.

1. Procedimiento que no verse sobre la comisión de infracciones.

En cuanto a los procedimientos que *no verse sobre la comisión de infracciones* se deberá celebrar una Audiencia de Conciliación.

En caso de no haberse presentado excepciones o luego de haber sido resueltas estas, se realizará la Audiencia de Conciliación salvo que alguna de las partes manifieste por escrito su deseo de no conciliar.

La Audiencia de Conciliación deberá iniciarse en un plazo no mayor de siete (7) días contados a partir del día siguiente a la notificación de la contestación de la demanda o de resueltas las excepciones presentadas.

La Audiencia de Conciliación es única, pero puede comprender más de una sesión si ello es necesario para el cumplimiento de sus fines.

La Etapa de Conciliación, no podrá exceder de veinte (20) días calendario. Excepcionalmente, dicho plazo podrá ser ampliado por única vez por diez (10) días calendarios adicionales. La Audiencia de Conciliación puede realizarse en cualquier lugar y momento que disponga el Cuerpo Colegiado incluso en días u horas inhábiles. Mediante acta se dejará constancia de la realización de la audiencia.

La Audiencia de Conciliación será dirigida por un miembro del Cuerpo Colegiado o por un especialista en conciliación. Corresponde al Cuerpo Colegiado decidir, de oficio o a pedido de parte, quien dirigirá la Audiencia de Conciliación.

Si el Acta de Conciliación contiene acuerdos, sean estos parciales o totales, para que surtan efectos deberán ser aprobados por el Cuerpo Colegiado mediante resolución. El acuerdo podrá comprender una o más de las materias controvertidas y se referirá ya sea a una solución definitiva o a una temporal hasta el término del procedimiento.

El Cuerpo Colegiado solo podrá rechazar un acuerdo conciliatorio si este es contrario a la normativa vigente. En cualquier caso que se advierta un error de este tipo, el Cuerpo Colegiado pedirá al conciliador que se vuelva a practicar el acto subsanando el error anotado.

La conciliación, cumplidas las formalidades establecidas, surte el efecto de la resolución final, y tiene, además, el carácter de cosa juzgada.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, los acuerdos conciliatorios se pueden producir en cualquier momento del procedimiento antes

de que se notifique la resolución de segunda instancia que cause estado, salvo que la resolución de primera instancia hubiese quedado consentida.

2. Procedimiento que involucre la comisión de infracciones

En lo que se refiere a los *procedimientos que involucren la comisión de infracciones,* no hay etapa de conciliación, lo que habrá es una etapa de investigación, además en este procedimiento Osiptel lo iniciará de oficio a efecto de investigar y determinar la comisión de infracciones.

Por otra parte, las resoluciones de instancias de solución de controversias que al resolver casos particulares interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y regulaciones, constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa, mientras que dicha resolución no sea modificada por resolución debidamente motivada.

427.6.2.2. Controversias entre Empresas Operadoras y Usuarios

Osiptel es competente para conocer y resolver las siguientes controversias:

a) Las relacionadas con el incumplimiento de contrato de abonado y las condiciones de uso del servicio pactadas en él;

b) Las relacionadas con el cumplimiento de ofertas, promociones, y productos de servicios públicos de telecomunicaciones; y,

c) Las relacionadas con el cumplimiento del marco normativo aplicable a los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

La competencia de Osiptel es opcional para el usuario en las controversias señaladas en el presente artículo, pudiendo recurrir directamente a la vía judicial.

No se incluye en la función de solución de controversias los casos previstos como reclamos de usuarios (*infra* Nº 427.6.2.3.)

El procedimiento administrativo para la solución de las controversias contempladas en el Reglamento se inicia a solicitud de parte. Excepcionalmente, Osiptel podrá iniciar un procedimiento de oficio en el caso que determine que los conflictos entre las empresas operadoras afectan el interés de los usuarios o de otras empresas, según las funciones asignadas a Osiptel (art. 56º, D. S. Nº 008-2001-PCM)

Osiptel resolverá las controversias a que se refiere el Capítulo IV del Reglamento General de Osiptel (D. S. Nº 008-2001-PCM) a través de los mecanismos que apruebe su Consejo Directivo (art. 57º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

427.6.2.3. Reclamos de Usuarios

Osiptel conforme al art. 58º del Reglamento tiene competencia exclusiva para conocer y resolver los reclamos presentados por usuarios contra Empresas

Operadoras, en segunda instancia, sobre las materias que en dicho artículo se describen. A continuación, además, según la adición a dicho artículo por el Decreto Supremo, se faculta al Consejo Directivo de Osiptel para fijar otras materias a las mencionadas en el texto del mencionado artículo 58º.

En este sentido, actualmente la Resolución de Consejo Directivo Nº 044-2002-CD/Osiptel establece las normas aplicables a los procedimientos de telecomunicaciones, considerando como problemas susceptibles de reclamo aquellos que versen sobre las siguientes materias:

1. Facturación: Montos que figuran en el recibo o comprobante de pago que se reclama y respecto a los cuales el usuario desconoce el consumo del servicio o el título del cual se derivan el derecho de la empresa operadora para facturarlos. En el caso de reclamos por facturación de servicios suplementarios o adicionales, el reclamo por facturación de servicios suplementarios o adicionales, el reclamo por facturación incluirá los montos por el concepto reclamado que hubieren sido facturados incluso en recibos anteriores al recibo respecto al cual se presenta el reclamo. No se incluyen dentro de este concepto, aquellas solicitudes destinadas a cuestionar la legalidad de las tarifas aprobadas por Osiptel.

   Según este texto el usuario puede presentar un reclamo por todos aquellos conceptos que se encuentren en su recibo, incluso tratándose de aquellos conceptos que no sean parte del servicio público de telecomunicaciones, como es el caso de equipos terminales. Se trata simplemente de determinar si procede o no la facturación de dicho concepto en el recibo, independientemente de las obligaciones que, fuera de este contexto, puedan existir entre las partes, es así que Osiptel no conocerá del cobro del equipo terminal cuando éstos se realicen en una modalidad diferente a la de la facturación en el recibo.

2. Cobro del servicio: Montos cobrados al usuario por el servicio público de telecomunicaciones, que corresponden a conceptos distintos a los oportunamente facturados, y respecto de los cuales el usuario desconoce el consumo del servicio o el título del cual se deriva el derecho de la empresa operadora para cobrarlos.

3. Instalación o activación del servicio: Incumplimiento de la empresa operadora de la instalación o activación del servicio a la que se hubiere comprometido al momento de la contratación o cuando la empresa operadora estableciera un plazo mayor al permitido por la normatividad vigente para proceder a dicha instalación o activación. Incluye también el incumplimiento de la empresa operadora en activar o desactivar servicios suplementarios o adicionales que hubieren sido solicitados por el usuario.

4. Traslado del servicio: Incumplimiento de la empresa operadora de efectuar el traslado del servicio en la fecha en la que se hubiere comprome-

tido o cuando frente a una solicitud de traslado, no hubiere respuesta o no se encontrase conforme con la misma.

5. Suspensión o corte del servicio: Casos en los que el usuario considere que ha sufrido una suspensión injustificada o que su servicio ha sido cortado sin observar el procedimiento establecido en la normatividad administrativa vigente.
6. Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo veracidad de la información brindada al Usuario: Problemas derivados de un inadecuado funcionamiento de la red, que generan insatisfacción del usuario, tales como la comunicación imperceptible, el ruido y la interferencia en la línea, la imposibilidad de hacerse escuchar y el servicio intermitente. Del mismo modo, se consideraran como problemas de calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones los que surgen como consecuencia de la prestación misma del servicio o del incumplimiento de la obligación de informar verazmente a los usuarios sobre el servicio o sobre el estado de los reportes y reclamos que hubieran formulado.
7. Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo solicitada por el usuario.
8. Incumplimiento por parte de la empresa operadora en efectuar las devoluciones ordenadas por el Consejo Directivo o por la Gerencia General de Osiptel a favor de los usuarios y/o abonados.
9. Otras materias que señale el Consejo Directivo. Lo que permite ampliar los supuestos por los cuales procede la interposición de reclamos por parte de los usuarios (D. S. Nº 058-2002-PCM).

Es requisito para la admisión del reclamo haber agotado la vía previa ante la Empresa operadora.

Osiptel resolverá estos reclamos en segunda instancia, a través del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), de conformidad con las normas contenidas en la Directiva de Atención de Reclamos de Usuarios que emita Osiptel y demás normas complementarias.

El TRASU se encuentra facultado para ordenar la actuación de medios probatorios en segunda instancia.

En cuanto al *Procedimiento de reclamo de los usuarios* la Resolución de Consejo Directivo Nº 015-99-CD/Osiptel de 26 de julio de 1999, aprueba la Directiva que establece las normas aplicables a los procedimientos de atención de reclamos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

La Directiva establece las normas procesales que obligatoriamente deberá aplicar toda empresa operadora que presten uno o más servicios públicos de telecomunicaciones para la atención y solución de los reclamos de los usuarios.

Asimismo, rige la actuación de Osiptel, a través del TRASU, con relación a su potestad de conocer como última instancia administrativa los reclamos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

En cuanto a *quien puede interponer los reclamos y recursos administrativos*, se considera a los abonados titulares o usuarios. La condición de usuario, en el caso de quienes no son abonados titulares del servicio objeto del reclamo, queda acreditada mediante la presentación del recibo objeto del reclamo o del último recibo que hubiere percibido.

Asimismo, las personan que hayan solicitado la instalación o activación de un servicio público de telecomunicaciones tienen capacidad para interponer y tramitar un reclamo.

En lo que se refiere a los plazos que tienen los usuarios, la Resolución del Consejo Directivo Nº 044-2002-CD/Osiptel, establece los plazos de presentación del reclamo para ser resueltos por la empresa operadora en primera instancia.

a) En el caso de reclamos por facturación, hasta dos (2) meses después de la fecha de vencimiento del recibo que contiene el concepto que se reclama, con la salvedad de lo indicado en el numeral 1 del artículo 18º de la Directiva.

b) En el caso de cobro del servicio, hasta dos meses (2) después de cobrado el concepto que se reclama o de notificado el documento donde se pretende el cobro de los montos supuestamente adeudados.

c) En el caso de reclamos por problemas de calidad e idoneidad o por falta de entrega del recibo o de la copia del recibo, en tanto subsista el hecho que da origen al reclamo, luego de cumplido el requisito que establece el artículo 32º de la Directiva.

d) En los demás casos, en tanto subsista el hecho que da origen al reclamo.

Vencidos los plazos previstos, el usuario tiene expedito su derecho para recurrir directamente a la vía judicial o arbitral, por los conceptos mencionados anteriormente.

Sin perjuicio de lo indicado, las empresas operadoras tienen la facultad de establecer un plazo mayor al fijado en la Directiva.

El plazo fijado por Osiptel para la presentación de reclamos de usuarios, es un plazo para acceder al procedimiento administrativo. Es decir, con este plazo sólo se establece una condición para acceder a dicho procedimiento, con lo cual no puede entenderse que se está fijando un plazo de caducidad. El establecimiento de un plazo por parte de la administración no limita el derecho del usuario de recurrir directamente a la vía judicial o arbitral, una vez vencido el mismo, para resolver el fondo del asunto de los conceptos o materias reclamables.

En cuanto a la relación entre el pago del recibo y la reclamación el artículo 10º de la Resolución de Consejo Directivo Nº 015-2002-CD/Osiptel, precisa

que, cuando la empresa operadora ejerza alguna acción debido a la falta de pago de un recibo y el usuario presente un reclamo, la empresa operadora está obligada a dejar de realizar cualquier acto que contravenga lo dispuesto en el artículo 14º del Decreto Legislativo Nº 716 (Ley de Protección al Consumidor), como por ejemplo suspender el servicio o requerir el pago, siempre que el usuario cumpla con su obligación de pago de la parte no reclamada, así como con sus obligaciones de pago anteriores o futuros que no generen reclamo alguno, y mientras el procedimiento de reclamo se encuentre en trámite ante la instancia administrativa.

Finalmente, es importante señalar que, la Resolución de Consejo Directivo Nº 044-2002-CD/Osiptel dispone en el numeral 1 del artículo 18º de la Directiva, el derecho del usuario a solicitar la devolución de los pagos que hubiera efectuado de manera indebida o en exceso. Este numeral, señala que cuando el usuario presente un reclamo por la facturación de servicios suplementarios o adicionales, dicha reclamación incluirá todas las facturaciones en las cuales se ha consignado el concepto que manifiesta desconocer. De esta manera, se busca que la empresa operadora cumpla con devolver lo que ha sido cobrado de manera indebida o en exceso.

Los órganos de resolución en *primera instancia* lo constituyen las empresas operadoras quienes deben designar su organismo competente.

El organismo de resolución de *segunda instancia* es el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamaciones de Usuarios (TRASU) quien resuelve los recursos de apelación contra las resoluciones expedidas en primera instancia, así como el recurso de queja.

En cualquier estado del procedimiento señala el art. 28º, hasta antes que el TRASU notifique la resolución final, el usuario reclamante y la empresa operadora podrán *conciliar* sobre el objeto del reclamo, someterlo a arbitraje o arribar a una transacción extrajudicial.

427.7. Arbitraje administrado por OSIPTEL

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 49º (D. S. Nº 008-2001-PCM), Osiptel podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias que surjan entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario, y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras (art. 50º, D. S. Nº 008-2001-PCM).

Las Empresas Operadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que versen sobre materias no arbitrables.

Se consideran materias no arbitrables, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, las referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a Osiptel.

427.7.1. Función no exclusiva

Tratándose de materias arbitrables la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa, siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de optarse por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a Osiptel, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de Osiptel.

La concurrencia de dos o más manifestaciones inequívocas de voluntad efectuadas unilateralmente por las Empresas Operadoras en sus respectivos contratos de concesión, en comunicaciones dirigidas a Osiptel o mediante otro medio o mecanismo, para someter a arbitraje sus controversias con otras empresas operadoras, tiene los efectos de un convenio arbitral, siéndole aplicable la Ley Nº 26572 –Ley General de Arbitraje– y normas complementarias y modificatorias.

427.7.2. Reglamento de Arbitraje

Señalando el Reglamento, art. 50º, que la función de administrar arbitrajes no es exclusivo de Osiptel, da lugar a la posibilidad de sometimiento de la controversia a cualquier *institución arbitral.*

Tratándose de un arbitraje institucional al someterse las partes a una institución cuya función es administrar arbitraje, las que cuentan con un Reglamento de Procedimiento de Arbitraje, las partes se someten al mismo.

Desde que el arbitraje puede o no estar sometido al Centro de Arbitraje de Osiptel, únicamente será de aplicación el Reglamento del Centro de esta Entidad para los que sometan sus controversias a dicho Centro.

Mediante Resolución del Consejo Directivo Nº 011-99-CD/Osiptel de 09 de agosto de 1999, se aprobó el Reglamento de Arbitraje de Osiptel, el que contiene disposiciones concernientes a los plazos y notificaciones, petición de arbitraje, composición y establecimiento del Tribunal Arbitral, el procedimiento arbitral, el laudo arbitral, tarifa, costos y honorarios arbitrales.

La Resolución crea en su art. 3º, *el Centro de Arbitraje de Osiptel* el que tiene por finalidad contribuir a la solución de controversias mediante la institucionalización del arbitraje y administración de arbitrajes entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Entre las *funciones del Centro* se encuentra la de administrar los arbitrajes que se le sometan.

La Corte arbitral es el órgano rector del Centro, tiene a su cargo el cumplimiento de las funciones establecidas en el art. 4º del Reglamento, la dirección del Centro y el establecimiento de las políticas del mismo.

No todos los asuntos pueden ser materia de arbitraje el art. 1º de la Ley General de Arbitraje, Ley Nº 26572, establece las materias que no pueden someter al arbitraje.

La Resolución Nº 012-99-CD/OSIPTEL aprueba las Normas sobre materia arbitrable entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Estas empresas puedan someter arbitraje todas las controversias, determinadas o determinables, respecto de las cuales tienen la facultad de libre disposición.

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley General de Arbitraje, el artículo 2º de la Norma establece cuales controversias que surjan entre las empresas operadoras no podrán ser sometidas a arbitraje, siendo estas:

a) Aquellas en las que el interés de los usuarios o de las empresas operadoras puede ser afectado. Se considera que una controversia puede afectar el interés de los usuarios o de las empresas operadoras, únicamente cuando ella se relaciona con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia, abusos causados por una posición dominante en el mercado y situaciones de monopolio, prácticas o acuerdos restrictivos.

Para efectos de lo dispuesto en el segundo y tercer párrafo del artículo 29º del Reglamento de Osiptel, se entiende que son controversias de orden público únicamente aquellas comprendidas en los supuestos mencionados en el párrafo anterior.

b) Aquellas relacionadas con los aspectos esenciales de la interconexión de redes y servicios en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, antes de haberse establecido formalmente la relación de interconexión mediante la suscripción del respectivo contrato debidamente aprobado por Osiptel o, de ser el caso, antes de haberse emitido el correspondiente Mandato de Interconexión.

c) Aquellas relacionadas con los aspectos esenciales de la interconexión de redes y servicios en el orden técnico económico o jurídico y/o en las que se involucre de algún modo la interrupción, suspensión o cesación de la interconexión misma, cuando afecte el interés de los usuarios.

Se entiende por aspectos esenciales de la interconexión a aquellos sin los cuales no se puede efectuar la interconexión y que estén sujetos a regulación.

d) Aquellas relacionadas directamente con el ejercicio de las potestades supervisora o sancionadora de Osiptel.

Los convenios arbitrales que comprenden o pretenden la solución de alguna de las materias referidas en los incisos a) al d) anteriores se entenderán como cláusulas de sometimiento a las instancias administrativas competentes de Osiptel únicamente en la parte correspondiente a la materia no arbitrable.

427.8. Desmonopolización progresiva

Mediante la Ley Nº 26285, se reguló la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía local y portadores de larga distancia nacional e internacional, estableciéndose un período de concurrencia limitada previo a la plena apertura del mercado.

Para los efectos de contar con una política integral frente a la apertura plena del mercado de telecomunicaciones se creó, por Resolución Suprema Nº 564-97-PCM, una Comisión Técnica encargada de analizar y proponer las bases de una política integral de apertura, dichos lineamientos de política han sido materia de aprobación por Decreto Supremo Nº 020-98-MTC.

427.9. Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado

Los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo Nº 020 98-MTC de fecha 4 de agosto de 1998, faculta a Osiptel a dictar lineamientos generales y referenciales sobre libre y leal competencia que, sin tener carácter vinculante orienten a los agentes económicos sobre los criterios de interpretación y aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Ello tiene por finalidad hacer predecible las decisiones de la autoridad y de esa manera contribuir con la seguridad jurídica y con la creación de un marco que brinde garantías a la inversión privada.

Es dentro de tal marco que Osiptel ha dictado los lineamientos generales para la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de las Telecomunicaciones aprobada por Resolución de Consejo Directivo Nº 003-2000-CD/Osiptel, de fecha 8 de febrero de 2000.

Estos lineamientos al no tener carácter vinculante no implican un prejuzgamiento sobre las controversias que se presenten a consideración de Osiptel.

Para la elaboración de los lineamientos, se ha considerado no sólo la doctrina y jurisprudencia extranjera, sino que se ha tenido especial cuidado en recopilar la experiencia de las autoridades peruanas en la aplicación e interpretación de las normas contenidas en el Decreto Legislativo Nº 701, en especial en lo referido a prácticas anticompetitivas.

Dentro del marco de la libre competencia Osiptel asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia tiene efectos en el bienestar del consumidor y por ello orienta su actuación a cumplir con dicho objetivo. Para evaluar estas situaciones, Osiptel tomará en cuenta tanto los efectos inmediatos que alguna práctica tenga en el mercado, cuanto los efectos de largo plazo que se generen en el mismo.

En este sentido, al aplicar las normas de libre competencia, Osiptel analizará si las ventajas obtenidas por una empresa en el mercado son consecuencia de una eficiencia superior en el uso de los recursos o son el resultado de prácticas penadas por la legislación, para ello la eficiencia se definirá en función al bienestar que la práctica pueda o no generar en los consumidores tanto en el corto como en el largo plazo.

Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del Sector de las Telecomunicaciones (Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones) y otro de aplicación general (Decreto Legislativo Nº 701, Normas Modificatorias y Complementarias, Decreto Ley Nº 26122), considera necesario que estos lineamientos establezcan cómo Osiptel va a compatibilizar la aplicación de los mismos.

En este sentido, Osiptel asume la posición que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia.

Para efecto de determinar la existencia de posición dominante en el mercado por parte de una empresa de telecomunicaciones, los linearmientos consideran que debería tenerse en cuenta los siguientes elementos: el porcentaje de participación de la empresa en el mercado, el nivel de concentración del mercado, el control de recursos esenciales, el grado de integración vertical, la existencia de barreras para la entrada de competidores, evaluada con relación a los antecedentes de entrada y salida de competidores en el mercado relevante, la posibilidad de que las empresas utilicen su infraestructura para proveer otros servicios, y otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

Otros aspectos fundamentales para el adecuado funcionamiento del mercado, es el relativo a las prácticas restrictivas de la libre competencia. A diferencia de la categoría anterior (abuso de posición dominante), no se exige que ninguna de las empresas intervinientes cuente con posición de dominio en el mercado ni siquiera que las empresas que participan en el mercado vengan actuando en conjunto con posición de dominio.

Existe una serie de prácticas restrictivas de la libre competencia, las mismas que de manera enunciativa se encuentran tipificadas en el artículo 6º del Decreto Legislativo Nº 701. Sin embargo, es necesario tomar en consideración que no todas las prácticas ahí mencionadas se analizan exclusivamente a la luz de "la regla de la razón" o bajo el tamiz de la regla *"per se"*. Ello depende de la forma en que la ley las ha tipificado. Osiptel analizará bajo la regla de la razón, la concertación de calidad (inciso d), la discriminación (inciso e), y las cláusulas de atadura concertadas (inciso f).

Finalmente, Osiptel considera conveniente establecer que, respecto de las prácticas restrictivas consideradas ilegales de forma *per se, no es relevante* para la determinación de la infracción la efectividad de la misma, esto es, si el cartel es estable o inestable, si funcionó o no funcionó, si las condiciones existentes en el mercado son propicias para la formación de cárteles o no lo son. Lo *relevante* es determinado por los hechos probatorios de la infracción al margen del éxito en la implementación del mismo.

427.9.1. Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Competencia Desleal

La *Resolución de Consejo Directivo Nº 075-2002-CD/Osiptel)*, de fecha 12 de diciembre de 2002, ha aprobado los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones.

La labor del Osiptel, señala los Lineamiento en cuanto a la aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Ley Nº 26122, se orientará a alcanzar aquellas situaciones en las cuales el bienestar de los consumidores sea el máximo posible, para lo cual analizará si las ventajas obtenidas por una empresa en el mercado son consecuencia de una eficiencia superior en el uso de los recursos o son el resultado de prácticas de competencia desleal. Estas práctica son la que producto de una menor eficiencia, perjudican directamente al consumidor, vulneran la autonomía de elección del consumidor e influyen negativamente en el funcionamiento del mercado.

En lo que respecta a los principios de aplicación de la Ley de Competencia Desleal, como la legitimidad para obrar, los Lineamientos entiende que la Ley no requiere de una relación de competencia para su aplicación, es decir que no es necesario que un competidor del infractor presente la demanda para que la misma sea procedente. La única excepción a este principio está dada por la figura de la inducción a la infracción contractual, contemplada por el artículo 16º de la Ley de Competencia Desleal, que sí requiere de una relación de competencia.

Por otra parte, se considera que no se requiere demostrar un daño efectivo, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor a los consumidores y usuarios o al orden público.

Adicionalmente, tampoco es necesario que la práctica desleal sea consecuencia de un comportamiento doloso para considerarse ilegal.

Según los *Lineamientos* se determinará la ilegalidad de las infracciones, según sus efectos dañinos en el mercado, sean efectivos o potenciales, con excepción de aquellas prácticas cuya ilegalidad se encuentra definida objetivamente en forma automática ante su sola ocurrencia, de acuerdo con la Ley de Competencia Desleal (art. 9º, segundo párrafo, art. 10º, segundo párrafo, art. 15º inc. b).

En lo que se refiere a la imitación de iniciativas ajenas se considera que ésta es libre debido a que tiende a promover la innovación y desarrollo de nuevos bienes por los competidores, lo cual puede derivar en un beneficio para el consumidor o usuario. En tal sentido, la imitación de iniciativas empresariales no puede sustentar una demanda por actos de competencia desleal, salvo que se trata de casos destinados a obstaculizar el afianzamiento de competidores (art. 13º Ley de Competencia Desleal).

Osiptel considera válida la referencia y utilización de la reputación ajena cuando ello resulte inevitable para el agente que intenta participar en el mercado,

por ejemplo, cuando sea necesaria para demostrar la habilidad profesional adquirida en una relación laboral previa con el competidor.

En lo que se refiere a la competencia prohibida la autoridad competente para sancionar los casos no es Osiptel, sino quien determina el ingreso de los agentes al mercado a través de las concesiones y autorizaciones, es decir el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En cuanto al *ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal* la que converge también con el de otras normas que también regulan la conducta de los agentes económicos, como las de protección al consumidor, publicidad en defensa del consumidor y propiedad industrial, en algunos casos la aplicación de dichas normas está encargada a Osiptel pero en otros corresponde en forma exclusiva al Indecopi.

Tratándose de una materia controvertida que únicamente afecta el derecho de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones, la demanda será tramitada por Osiptel según las normas aplicables para los reclamos de los usuarios y de protección al consumidor y no según la Ley de Competencia Desleal.

En cuanto a la publicidad Osiptel conocerá las renuncias relacionadas con actos que induzcan a error, constituyan imitación o impliquen denigración o comparación, cuando sean implementados a través de publicidad institucional y comunicados públicos emitidos por agentes del mercado. Cuando exista duda sobre la naturaleza de una comunicación pública, Osiptel solicitará al Indecopi su opinión sobre la naturaleza de la comunicación pública en discusión, a efecto de definir si la misma tiene contenido comercial.

Considerando sus funciones en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones, Osiptel, debe conocer las controversias por infracción de la Ley de Competencia Desleal que involucren derechos de propiedad industrial no inscritos en los registros de las Oficinas de Signos Distintivos o de Invenciones y Nueva Tecnologías del Indecopi, según corresponda, y también las controversias relacionadas a derechos de propiedad industrial inscritos en tales registros cuando sean iniciadas por personas distintas al titular del derecho inscrito. Para ello, Osiptel podrá solicitar la opinión de dichas Oficinas del Indecopi sobre los alcances de la infracción del derecho vulnerado.

428. SECTOR ENERGÍA (OSINERG)

La Ley Nº 26734, crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), como organismo fiscalizador de las actividades que desarrollan la empresa en los subsectores de electricidad e hidrocarburos, estando también dentro de sus funciones la de velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario. El Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM y su modificatoria D. S. Nº 005-2001-PCM, aprueban el Reglamento General de Osinerg.

Entre los principios que menciona el Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM considera el de libre acceso, debiendo la actuación de Osinerg orientarse a garantizar a los usuarios de servicio público o consumidores regulados, el libre acceso a los servicios de suministro de energía eléctrica e hidrocarburos, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.

Por su parte la Ley Nº 27699, denominada "Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión de Energía" (Osinerg), contiene normas referentes a la facultad de tipificación, facultades complementarias, procedimientos administrativos especiales, junta de apelaciones de reclamos de usuarios entre otros.

428.1. Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico

La *Ley Nº 26876, denominada Ley Antimonopolio y Antioligopolio* del Sector Eléctrico, reglamentado por el Decreto Supremo Nº 017-98-ITINCI, regula las concertaciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica, las que se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecido en la mencionada Ley.

En lo que se refiere al término *concentración*, el art. 2º de la Ley señala en forma amplia cuáles podrían ser estos actos, especificándolos y además refiriéndose al carácter análogo o parecido tales como: la fusión, la constitución de una empresas en común, la adquisición directa o indirecta sobre el control de otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación *"joint venture"*, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido o de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentran sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualquiera otros agentes económicos.

En ciertos casos la Ley considera que no existe concentración, como cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

La realización de los actos de concentración antes referidos requieren, dentro de ciertos parámetros indicados en el art. 3º, de la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, sin cuya aprobación no podrá realizarse, ni tendrá efecto legal alguno.

Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultara que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

1) Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine; y,

2) Ordenar la desconcentración total o parcial de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos según corresponda. El ejercicio directo o indirecto del control a través del derecho a voto de las acciones, o de cualquier otro acto jurídico que confiere el control sobre la empresa objeto de concentración, quedará en suspenso hasta el cumplimiento definitivo del mandato de desconcentración.

El incumplimiento de la desconcentración que dispone la ley, faculta al Indecopi a disponer e iniciar las acciones necesarias, incluyendo las de naturaleza judicial con el objeto de dejar sin efecto el acto de concentración realizado, tal como: la venta de los activos productivos o las acciones, la declaración de nulidad del acto de concentración por vulnerar normas de orden público, entre otras.

Corresponde a la Comisión de Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, resolver en primera y segunda instancia respectivamente, los procedimientos que se inicien con sujeción a la Ley Nº 26876. Se aplicarán a los procedimientos en lo que resulte pertinente, las definiciones, facultades, apremios y responsabilidades contenidas en los Decretos Legislativos Nºs. 701 y 807 (art. 8º de la Ley Nº 26876).

Por su parte, el Decreto Supremo Nº 087-2002-EF, establece las disposiciones reglamentarias de la Ley Nº 26876, respecto a operaciones de concentración en el Sector Eléctrico.

El mencionado Decreto establece los procedimientos para las operaciones de concentración en el sector eléctrico que se produzcan como consecuencia de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión – Proinversión y el procedimiento que regirá su evaluación.

El Comité Especial encargado de llevar a cabo el proceso de promoción de la inversión privada –Cepri– definirá el momento dentro de este proceso, en que el procedimiento de autorización previa a que se refiere la Ley Nº 26876, debe ser iniciado por las empresas habilitadas para tal fin por dicho Comité, ante el Indecopi. De preferencia el mencionado momento deberá ser anterior al otorgamiento de la buena pro, siempre que no afecte la competencia en el proceso de promoción.

La Comisión del Libre Competencia del Indecopi, si considera que la operación plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado respecto

de una o más empresas, podrá, alternativamente: a) No autorizar la operación; o b) Autorizar la operación, sujetándola al cumplimiento de condiciones necesarias para evitar el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia, autorizando la Comisión la operación en los demás casos.

Finalmente, la Décimo Segunda Disposición Complementaria de la Ley Nº 26734 define la competencia del Indecopi, como integrante del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, señalando que debe velar en los subsectores de electricidad e hidrocarburos por la aplicación de las normas de libre competencia contenida en el Decreto Legislativo Nº 701, las normas de represión de la competencia desleal, Decreto Ley Nº 26122, las normas de publicidad, Decreto Legislativo Nº 691; y, normas de protección al consumidor, Decreto Legislativo Nº 716.

428.2. Funciones

El artículo 20º del Reglamento (D. S. Nº 054-2001-PCM) señala las funciones de Osinerg, encontrándose entre estas: la normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y la sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios en el Sector Energía, las que se ejercen dentro del marco de competencia del sector energía.

En virtud de la función *reguladora* Osinerg tiene la facultad de fijar tarifas del servicio público de electricidad así como del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos y distribución del gas natural por red de productos. La Resolución del Consejo Directivo de Osinerg Nº 0003-2002-OS/CD, aprueba las normas "Procedimientos para Fijación de Precios Regulados" en las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad, así como en las actividades de distribución de gas natural por red de ductos y transporte de hidrocarburos por ductos, comprendiendo aspectos tales como la presentación de los Estudios Técnicos Económicos, publicación de las propuestas de tarifas, la audiencia pública, la publicación de las Resoluciones de Tarifas y Compensaciones, publicación de los recursos de reconsideración que puedan plantearse y de la Resolución que se expida.

La *función supervisora* permite a Osinerg verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las Entidades y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia.

Asimismo, le permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio Osinerg o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la Entidad supervisada.

Osinerg ejercerá esta función en concordancia y con estricta sujeción a las normas legales del Sector Energía.

En cuanto a la supervisión de contratos, a fin de guardar concordancia entre las funciones regulatoria y/o normativa, y la función de supervisión del cumpli-

miento de los contratos de concesión otorgados por el Estado y aquellos derivados del proceso de promoción de la inversión en el Sector Energía, el Consejo Directivo de Osinerg podrá solicitar información relativa a los proyectos de tales contratos (art. 33º).

Asimismo, Osinerg deberá emitir opinión previa a la renovación de la vigencia de los contratos, la prórroga de los plazos estipulados o la revisión y/o renegociación de aquellos contratos ya suscritos. Para tal efecto Osinerg emitirá un informe de evaluación sobre el cumplimiento de la empresa concesionaria, respecto a las obligaciones contenidas en el contrato de concesión y en las normas del sector.

Lo establecido en el art. 33º del Reglamento se aplica a los aspectos en los que PeruPetro S.A. ejerce supervisión de acuerdo al artículo 10º de la Ley Nº 26221.

La *función fiscalizadora y sancionadora* permite a Osinerg imponer sanciones a las Entidades que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, así como de las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por Osinerg.

Los procedimientos que establezca deberán regirse por los principios establecidos en la normatividad sobre Procedimientos Administrativos, y respetarán el derecho de las Entidades de presentar sus descargos antes de la imposición de una sanción.

Las sanciones previstas en los Contratos de Concesión suscritos al amparo del Decreto Supremo Nº 059-96-PCM tienen el carácter de penalidades contractuales por lo que su imposición por parte de Osinerg se deberá entender realizada en nombre y representación del órgano concedente. Las penalidades contractuales serán cuestionadas a través del mecanismo de solución de controversias previsto por el respectivo Contrato de Concesión (art. 36º).

La función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio, o por denuncia de parte. Las sanciones serán impuestas por la Gerencia General, sus resoluciones podrán ser apeladas ante el Consejo Directivo, quien resuelve en segunda y última instancia administrativa (art. 37º).

Si en el ejercicio de sus funciones, cualquier órgano de Osinerg tuviera indicios de la comisión de una infracción y las normas aplicables son de competencia exclusiva del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), Osinerg tendrá legitimidad para obrar e iniciar cualquier denuncia que estime pertinente. La misma facultad le corresponderá en el caso de infracciones cuya decisión esté a cargo de otras autoridades (art. 38º).

En cuanto a la *facultad de tipificación*, el artículo 1º de la denominada "Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo de Supervisión

de la Inversión en Energía" (Osinerg) considera que toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del Osinerg constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del Osinerg se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del Osinerg, aprobada por el Consejo Directivo, la cual podrá contemplar entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras. El Consejo Directivo del Osinerg establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino, donación o destrucción de los bienes comisados.

Las infracciones serán sancionadas administrativamente por las instancias señaladas en el artículo 37º del Reglamento, con penas pecuniarias, cierre temporal o definitivo, parcial o total de establecimientos e instalaciones, así como las demás establecidas en el Reglamento correspondiente. Se podrá imponer tantas sanciones como infracciones se hubiesen cometido (art. 39º).

428.3. Función de solución de controversias

La función de solución de controversias autoriza a los órganos competentes de Osinerg, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto entre las entidades, entre estas y los Usuarios libres y entre estos. Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del Indecopi (art. 44º).

La función de resolver controversias sobre las materias que son de competencia exclusiva de Osinerg, comprende además la facultad de este Organismo, de conciliar intereses contrapuestos sobre dichas materias.

Sobre el particular el Decreto Supremo Nº 054-2001 (Reglamento General de Osinerg) define al Usuario de Servicio Público o Consumidor Regulado y al Usuario Libre o Usuario con Precios no Regulados.

Se entiende como *Usuario de Servicio Público o Consumidor Regulado:*

a) *En el subsector electricidad:* aquel usuario del servicio público de electricidad, hasta los límites de potencia fijados de conformidad con la Ley de Concesiones Eléctricas, cuyos precios están sujetos a regulación tarifaria por Osinerg.

b) *En el subsector hidrocarburos:* los consumidores en materia de distribución de gas natural por red de ductos, así como los usuarios del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos.

Se considera *Usuario Libre o Usuario con Precios No Regulados:*

a) *En el subsector electricidad:* al Usuario de electricidad cuya demanda es mayor a los límites de potencia fijados en las normas de electricidad vigentes;

b) En el subsector hidrocarburos: a los usuarios de hidrocarburos, cuyos precios no están sujetos a regulación por Osinerg.

Por su parte la Directiva Nº 001-2002-OS/CD, determina que para los procedimientos de reclamación se entenderá por:

Concesionario: a toda entidad prestadora del servicio público de electricidad, con arreglo a lo establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas. Las resoluciones que expidan constituyen la primera instancia administrativa en el procedimiento de reclamación.

Para efectos de la presente Directiva, también se considerará concesionario a toda entidad que distribuye energía eléctrica con carácter de servicio público de electricidad por debajo de 500 kw de demanda.

Usuario o Consumidor Final: al que usa el servicio público de electricidad, sea persona natural o jurídica, independientemente de la actividad a la cual se dedica. Para efectos de la presente norma se consideran usuarios o consumidores finales a los sujetos de reclamación, siendo estos los titulares del servicio en su condición de usuarios, los que lo pretenden ser y aquellos terceros que acrediten su legítimo interés.

Mediante la Resolución del Consejo Directivo de la Osinerg Nº 0826-2002-OS/CD, de 08 de abril de 2002 (publicada en el Diario Oficial *El Peruano,* 9 de mayo de 2002), se aprobó el Reglamento de Osinerg para la solución de Controversias.

El Reglamento tiene por finalidad organizar la conformación y funcionamiento de los órganos que desarrollarán la función jurisdiccional administrativa de solución de controversias asignada al Osinerg mediante la Ley Nº 27332, asimismo, regula el procedimiento administrativo de solución de controversias como vía previa obligatoria a cualquier acción judicial que los particulares pretenden iniciar.

428.4. Competencia de Osinerg

La Resolución del Consejo Directivo Nº 0826-2002-OS/CD, establece que los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa respectivamente, las siguientes controversias:

   - Controversias entre Generadores, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del Sistema Eléctrico Interconectado Na-

cional, distintas a las originadas en el Comité de Operación Económica del Sistema (COES) y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinerg.

- Controversias entre Transmisores y Usuarios Libres, y entre Distribuidores y Usuarios Libres del subsector eléctrico, que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión y/o de los sistemas de distribución eléctrica.
- Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinerg.
- Controversias entre Transportistas de Hidrocarburos o Distribuidores de gas natural por red de ductos con los Distribuidores Comercializadores.
- Usuarios Libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinerg.
- Controversias entre Usuarios Libres y los Productores, Distribuidores o Comercializadores que le proporcionan suministro de gas natural, relacionadas con los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del suministro, o derivados de contratos de concesión, sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de Osinerg.
- Otras controversias que determine el Consejo Directivo de Osinerg.

b) Conciliar intereses contrapuestos sobre las materias que son de competencia exclusiva de Osinerg.

El procedimiento administrativo en primera y segunda instancia regulado en el Reglamento, constituye vía administrativa previa a la impugnación en sede judicial, y es de competencia exclusiva de los órganos de Osinerg.

428.4.1. Conciliación antes del inicio de un procedimiento administrativo

El Osinerg tiene la facultad de conciliar antes de dar inicio a un Procedimiento Administrativo, los intereses contrapuestos que surjan entre entidades o empresas bajo el ámbito de su competencia, entre estas y sus usuarios libres, y entre usuarios libres sobre materias que son de su competencia exclusiva. Tal conciliación tiene carácter voluntario, y en caso no se llegue a ningún acuerdo las partes podrán iniciar un procedimiento administrativo, conforme lo dispuesto en

el Reglamento (Resolución del Consejo Directivo Nº 0826-2002-OS/CD).

Si las partes concilian, tal acuerdo tendrá carácter definitivo, con lo cual las partes renuncian a impugnarlo tanto en sede administrativa como judicial.

Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia los Organismos Reguladores, según el artículo 3º de la Ley Nº 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos) ejercen las siguientes funciones (...) "e) Función de Solución de Controversias comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos reconociendo o desestimando los derechos invocados".

428.4.2. Procedimiento de solución de controversias

En cuanto al procedimiento a seguirme el Reglamento de Osinerg para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 0826-2002-OS/CD, en su Título III se refiere al procedimiento de solución de controversias, esta parte desarrolla el procedimiento en primera instancia el cual puede iniciarse tanto a petición de parte como de oficio siendo que en este último supuesto debe determinarse previamente que los conflictos entre las entidades afecten el interés de los usuarios o de otras empresas, de acuerdo a las funciones asignadas a Osinerg, el artículo 32º del Reglamento desarrolla de forma específica los requisitos necesarios para que Osigner proceda al inicio de un procedimiento de oficio.

Asimismo, en este Título se establece los requisitos que deben de observarse para la presentación de la reclamación, los supuestos de inadmisibilidad e improcedencia, así como los plazos y requisitos para la contestación de la misma. También se regula el desarrollo de la Audiencia Única y de la Audiencia de Conciliación la admisión de medios probatorios y la solicitud de medidas cautelares.

Señala la Exposición de Motivos que con la finalidad de no inducir a error al administrado, en el artículo 41º referido a los efectos de la conciliación se ha precisado que el acuerdo a que lleguen las partes surte el efecto de resolución final determinando el fin del procedimiento haciendo hincapié que las partes no pueden impugnar tal acuerdo en sede judicial.

En el artículo 50º se desarrolla el procedimiento en segunda instancia a cargo del Tribunal de Solución de Controversias, para lo cual se establece que el plazo para apelar es de 15 días hábiles, así como 30 días hábiles para que el Tribunal lo resuelva, quedando la vía administrativa agotada con la Resolución expedida en segunda instancia.

Las resoluciones finales de las instancias de solución de controversias que interpreten el sentido de las normas y regulaciones correspondientes a la materia constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa (art. 53º).

Finalmente, y a pesar que la Primera Disposición Transitoria de la Ley del Procedimiento Administrativo, Ley Nº 27444 dispone de antemano su aplicación supletoria en este tipo de procedimientos trilaterales, expresa la Exposición de Motivos que se ha considerado conveniente recoger tal regulación en la cuarta disposición transitoria y final del Reglamento.

428.4.3. Órganos competentes e instancias administrativas para la función de solución de controversias

La función de solución de controversias es ejercida por los Cuerpos Colegiados, en primera instancia administrativa y por el Tribunal de Solución de Controversias de Osinerg, en segunda y última instancia administrativa (art. 45º, D. S. Nº 2001-PCM).

428.4.4 Controversias entre entidades, entre entidades y usuarios libres, y entre usuarios libres

Osinerg es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre Entidades, entre Entidades y Usuarios Libres, y entre Usuarios Libres (art. 46º, D. S. Nº 2001-PCM).

428.4.5. Órganos competentes para ejerce la función de solución de reclamos de usuarios

La función de solución de reclamos de Usuarios de Servicio Público bajo el ámbito de competencia de Osinerg es ejercida en *Primera Instancia Administrativa* por las propias Entidades, y en vía de *Apelación* por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios, en segunda y última instancia administrativa (art. 48º, D. S. Nº 2001-PCM).

La Resolución del Consejo Directivo de Osinerg Nº 0945-2002-OS/CD, de 21 de abril de 2002 aprueba el *Reglamento de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU)*, el Reglamento integra a la Gerencia de Usuarios con la JARU, asignando a la primera funciones de Secretaría Técnica, actuando ambos la Junta y la Gerencia, en forma independiente.

En lo que se refiere a la competencia de la JARU, el artículo 2º de la Resolución, hace un listado enumerativo y no exhaustivo de las principales materias de reclamos siendo estas:

a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las reclamaciones formuladas por los Usuarios ante las Entidades que brindan servicio público de electricidad, que versen sobre las siguientes materias:
   - Instalación o activación del servicio;
   - Suspensión o corte del servicio;

- Calidad e idoneidad en la prestación del servicio;
- Facturación o cobro del servicio, lo que incluye expresamente los reclamos vinculados con la aplicación del Artículo 14º del Decreto Legislativo Nº 716, Ley de Protección al Consumidor;
- Cobros por cortes y reconexiones;
- Contribuciones reembolsables;
- Errores de medición y/o facturación;
- Recuperos de consumos no registrados;.
- Deudas de terceros;
- Compensaciones por interrupción parcial o total del servicio; y,
- Cualquier otro reclamo de los Usuarios de Servicio Público de Electricidad ante las Entidades, dentro del marco de la prestación de un servicio regulado por Osinerg.

b) Conocer y resolver las quejas de los usuarios de Servicio Público en cualquier estado del procedimiento administrativo de reclamación, conforme a lo establecido en la Directiva de Reclamos vigente.

El artículo 3º del Reglamento describe las funciones de la JARU, haciendo especial referencia a la facultad de aprobar resoluciones que, al conocer casos particulares, interpreten de manera expresa y general el sentido de las normas y otras disposiciones de carácter general, las cuales constituirán precedente de observancia obligatoria en materia administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 100º del Reglamento General de Osinerg.

El artículo 4º del Reglamento establece que la JARU estará compuesta por una Sala y una Secretaría Técnica, indicándose en el artículo 16º que la Gerencia de Usuarios actuará como Secretaría Técnica de la JARU, proporcionándole apoyo técnico, legal y administrativo. Mientras que el artículo 5º se refiere a la composición de la JARU, que contará con 3 Vocales Titulares y 2 Vocales Suplentes designados por el Consejo Directivo de Osinerg, a propuesta del Presidente de dicho Consejo Directivo.

Los requisitos para ser Vocal de la JARU se encuentran establecidos también en el artículo 5º del Reglamento, debiendo ser profesionales en ingeniería, economía o derecho, no menores de 30 años de edad y con no menos de 5 años de titulados, debiendo contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional, para lo cual requerirán acreditar no menos de 3 años de experiencia en actividades de comercialización o de proyectos y obras de distribución de energía eléctrica, regulación de servicios públicos o derecho administrativo.

Los artículos 6º al 8º del Reglamento estipulan las normas sobre número mínimo de sesiones, número de integrantes y quórum de la JARU, señalando que se requiere unanimidad de los Vocales titulares para aprobar precedentes de ob-

servancia obligatoria. Los artículos 9º al 12º y 14º del Reglamento se refieren a la naturaleza de la función, incompatibilidades, prohibiciones, autonomía, funciones y dietas de los Vocales de la JARU, mientras que el artículo 13º se refiere a las funciones del Presidente de la JARU.

428.4.6. Procedimiento de reclamaciones de usuarios

La *Directiva Nº 001-2002-OS/CD aprueba la Resolución del Consejo Directivo OSINERG Nº 0313-2002-OS/CD "Norma que regula el Procedimiento Administrativo de Reclamaciones de Usuarios del Servicio Público de Electricidad"*.

La Directiva Nº 001-2002-OS/CD tiene como finalidad establecer el procedimiento administrativo que deberán adoptar los concesionarios en las reclamaciones presentadas por los usuarios, a la cual estos últimos se sujetarán, y el procedimiento al que se ceñirá el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) como última instancia administrativa.

En todo lo no previsto en la Directiva, se aplicará supletoriamente y en ese orden lo establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil.

Para el conocimiento de procedimientos destinados a la solución de las reclamaciones de los usuarios existen dos instancias administrativas. La primera ante los concesionarios y la segunda jerárquicamente superior, ante el Osinerg.

El concesionario deberá pronunciarse mediante resolución sobre el reclamo planteado por el usuario. Las resoluciones que se emitan en primera y segunda instancia, deberán ser motivadas y sustentadas en fundamentos de hecho y de derecho.

De conformidad con las normas de protección al consumidor en ningún caso el concesionario podrá condicionar la atención de las reclamaciones formuladas al pago previo del monto reclamado, ni de los intereses ni moras pertinentes.

Si el usuario presenta un reclamo encontrándose el suministro cortado, este deberá ser repuesto en un plazo máximo de 48 horas independientemente del resultado de la reclamación o la queja. Esta reposición sólo procederá cuando no exista otra obligación pendiente de pago y cuando las intervenciones del concesionario no hayan sido realizadas por razones de seguridad de las personas o de sus propiedades.

En cuanto a la competencia, el concesionario es competente en primera instancia para conocer y resolver las reclamaciones relativas a las materias definidas en el petitorio de la reclamación.

Los usuarios podrán interponer sus reclamaciones ante cualquiera de las oficinas de atención al público del concesionario.

Osinerg es competente para conocer y resolver los recursos de apelación contra las resoluciones emitidas por el concesionario en los asuntos de su compe-

tencia, constituyendo la última instancia administrativa. Asimismo, conoce y resuelve las quejas presentadas por los usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 de la presente directiva.

La competencia administrativa establecida en la presente Directiva es de carácter irrenunciable.

Interpuesta la reclamación, el concesionario la evaluará y en caso de disponer su admisibilidad y procedencia, en la misma ocasión dispondrá la evaluación de la reclamación, pudiendo citar al usuario en este acto o en cualquier estado del procedimiento a una audiencia, siempre y cuando cuente con una fórmula *conciliatoria* para tal fin y se la haga conocer al usuario por escrito en la notificación de la citación, fijando para ello dos fechas entre las cuales deberá mediar por lo menos dos días hábiles. Entre la notificación para la realización de la audiencia en primera fecha y su realización debe mediar por lo menos 5 días hábiles.

A la audiencia podrá asistir el usuario, su apoderado o representante, acompañado por un asesor de considerarlo conveniente. En caso que el usuario no asistiera a la audiencia en segunda fecha el concesionario procederá a anotar este hecho en el acta y pasará a la etapa de admisión y actuación de los medios probatorios.

La notificación respectiva deberá contener de manera clara y precisa el lugar, las fechas, horas de la audiencia y la fórmula conciliatoria planteada por el concesionario si fuera el caso, indicándose que no habrá lugar a tolerancia en las horas establecidas.

En la audiencia, el concesionario deberá promover la conciliación con el usuario, utilizando todos los mecanismos legales a su alcance, que permitan resolver el conflicto, escuchando las contrapropuestas que al respecto haga el usuario. Si la fórmula conciliatoria o la que finalmente acuerden fuese aceptada, se levantará el Acta respectiva en la que conste el acuerdo y la forma de su cumplimiento. Se precisarán las obligaciones y derechos que de ello surjan para ambas partes, disponiéndose su fiel cumplimiento. Esta conciliación surte los efectos de una resolución que pone fin al procedimiento administrativo.

En el caso que la fórmula conciliatoria no fuese aceptada el concesionario levantará el Acta en la que así conste, precisando la fórmula o fórmulas alternativas propuestas y la negativa de una o ambas partes para su aceptación. Seguidamente dispondrá la admisión y actuación de los medios probatorios ofrecidos por el usuario y por el concesionario.

Las partes podrán presentar medios probatorios en cualquier etapa del procedimiento debiendo ajustarse las mismas a la naturaleza de la reclamación.

Concluida la actuación de los medios probatorios, el concesionario resolverá la reclamación, emitiendo la resolución correspondiente ya sea en el mismo acto de la audiencia o posteriormente dentro del plazo máximo de 30 días hábiles contados desde la fecha de interposición de la reclamación.

Resuelta la reclamación mediante la resolución emitida por el concesionario, el usuario puede interponer *recurso de apelación* contra dicha resolución dentro del plazo máximo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente de su notificación.

El *recurso de apelación* deberá ser elevado por el concesionario a Osinerg dentro del término de 5 días hábiles contados desde la fecha de presentación del recurso respectivo, conjuntamente con todo el expediente del reclamo, con documentación en original, cargo de notificación y los respectivos descargos por parte del concesionario y la información técnica comercial sobre facturación, pagos, convenios, cortes, contrato de suministro y/o la que fuese pertinente de acuerdo a la naturaleza de la reclamación.

El recurso de apelación que no se presente dentro del plazo previsto por la ley, será declarado improcedente por la autoridad ante la cual se interpone.

En caso de requerirse el contraste del medidor se deberá adjuntar la prueba de que la misma ha sido realizada por una empresa autorizada por Indecopi.

Con la resolución emitida por Osinerg u operando el silencio administrativo negativo queda agotada la vía administrativa y en consecuencia expedito el derecho de las partes de interponer las acciones judiciales correspondientes.

En caso que el concesionario no cumpla con ejecutar lo establecido en el *Acta de Conciliación*, Osinerg lo notificará para que cumpla con hacerlo, bajo apercibimiento de proceder en cualquiera de las formas de ejecución previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En caso que el usuario no cumpla con las obligaciones asumidas por su parte según los términos del Acta de Conciliación, el concesionario deberá informarlo a Osinerg, el que requerirá al usuario para que cumpla con lo correspondiente en un plazo perentorio que podrá establecer en cada caso atendiendo a su naturaleza, bajo el mismo apercibimiento señalado en el numeral anterior.

Para el cumplimiento de sus resoluciones, Osinerg podrá disponer la ejecución de actos y medidas que considere necesarios incluyendo la posibilidad de solicitar el apoyo de la fuerza pública para tal fin. Asimismo podrá disponer la ejecución de actos y medidas indispensables para evitar o finalizar situaciones que puedan entrañar riesgo para la vida y/o los bienes de las personas como producto del incumplimiento de las obligaciones de los usuarios o de los concesionarios.

Las resoluciones emitidas por Osinerg son de cumplimiento obligatorio. Asimismo, el concesionario deberá informar a Osinerg sobre su cumplimiento dentro del plazo que en ellas se señale.

428.5. Órganos de OSINERG

Según el art. 49º del D. S. Nº 055-2001-PCM (Modificatorio del D. S. Nº 054-2001-PCM) son órganos de Osinerg los siguientes:

a) Consejo Directivo;

b) Presidencia;

c) Gerencia General;

d) Gerencia Adjunta de Regulación tarifaria;

e) Tribunal de Solución de Controversias;.

f) Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios;

g) Cuerpos Colegiados; y,

h) Las demás Áreas que sen necesarias para el funcionamiento de Osinerg, establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) que dicte su Consejo Directivo.

El *Gerente General* tiene la facultad de imponer las sanciones y/o multas por infracciones a las disposiciones legales, y técnicas, derivadas de contratos de concesión, y las dictadas por Osinerg, mediante la expedición de Resoluciones de la Gerencia General, asimismo está facultado para resolver los recursos de reconsideración que se interpongan contra dichas Resoluciones. Constituyendo una primera instancia sobre esta materia.

El *Consejo Directivo* resuelve en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de la Gerencia General.

Los *Cuerpos Colegiados* son los órganos encargados de resolver en primera instancia administrativa, las controversias de competencia de Osinerg.

Existe un Cuerpo Colegiado Permanente, que está a cargo de resolver las controversias que se susciten entre Entidades, entre estas y sus Usuarios Libres o entre Usuarios Libres, con exclusión de aquellas que hayan sido encargadas a un Cuerpo Colegiado Ad Hoc.

Los Cuerpos Colegiados Ad hoc son designados para resolver una controversia específica de naturaleza especial. Resuelta la controversia, los miembros del Cuerpo Colegiado Ad Hoc cesarán en sus funciones.

En cuanto a su designación en lo que respecta al Cuerpo Colegiado Permanente, será hecha por Acuerdo del consejo Directivo de Osinerg, a propuesta de la Presidencia, por un período de cinco años, renovable por un período adicional. En el caso de los miembros de los Cuerpos Colegiados Ad Hoc éstos serán designados por el Consejo Directivo de Osinerg.

El número de titulares de los Cuerpos Colegiados es de tres titulares, y dos suplentes.

La Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios conoce y resuelve, en segunda y última instancia administrativa, los reclamos de los Usuarios de Servicio Público bajo el ámbito de Osinerg (art. 70º).

Los miembros de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios serán designados por el Consejo Directivo de Osinerg.

Por su parte la Ley Nº 27699 en su artículo 6º se refiere a esta Junta, añadiendo que su conformación y funcionamiento, así como la creación de los organismos adicionales que sean necesarios para resolver, en segunda instancia las controversias que se susciten, serán aprobadas en la vía reglamentaria o por el Consejo Directivo del Osinerg, de ser el caso.

El Tribunal de Solución de Controversias es el encargado de resolver, en segunda y última instancia administrativa, conocerá de los recursos de apelación interpuestos contra las Resoluciones de los Cuerpos Colegiados. El Tribunal resuelve por mayoría simple de sus miembros, correspondiendo a la Presidencia voto dirimente en caso de empate. Para expedir Resoluciones, el Tribunal de Solución de Controversias requiere el voto aprobatorio de un mínimo de tres de sus miembros (Capítulo III. Reglamento de Osinerg para la Solución de Controversias. Resolución del Consejo Directivo Nº 0826-2002-OS/CD).

428.6. Facultades complementarias del OSINERG

El artículo 2º de la Ley Nº 27699 considera que Osinerg está facultado para disponer el retiro de las instalaciones, paralización de obras, suspender definitiva o temporalmente las actividades que se realicen en los subsectores de electricidad e hidrocarburos, que no se encuentren debidamente autorizadas de acuerdo a la legislación vigente o de presumirse peligro inminente para la salud de la población o riesgo grave para el medio ambiente.

428.7. Procedimientos administrativos especiales

El OSINERG, señala el artículo 3º de la Ley, a través de su Consejo Directivo, está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora, relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía, para lo cual tomara en cuenta los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley Nº 27444).

429. SECTOR TRANSPORTES

En el Sector Transporte como organismo regulador se encuentra el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, conocido por las siglas de Ositran.

Este organismo ha sido creado por la Ley Nº 26917, teniendo como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades

Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

El Decreto Supremo Nº 010-2001-PCM aprueba el Reglamento General del Organismo Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran).

El Reglamento define a las *Entidades Prestadoras*, como la Empresa o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura nacional de transporte de uso público, sean empresas públicas o concesionarias y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios.

Para efectos del ejercicio de funciones de supervisión del Ositran, se considerará Entidades Prestadoras a aquella que realiza actividades de utilización total o parcial de infraestructura de transporte de uso público, en calidad de Operador Principal, por mérito de la celebración de un contrato de operación, asistencia técnica y similares.

Entre los objetivos de Ositran se encuentran la de fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las *Entidades Prestadoras*, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Indecopi.

En cuanto a su competencia, Ositran la ejerce sobre las Entidades Prestadoras que explotan la infraestructura nacional de transporte de uso público.

Adicionalmente, se debe mencionar la Ley Nº 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

El artículo 4º.2 de la mencionada Ley, considera que el Estado centra su acción en aquellos mercados de transporte que presentan distorsiones o limitaciones a la libre competencia. Por su parte el art. 4º.2 expresa que el Estado procura la protección de los intereses de los usuarios, el cuidado de la salud y seguridad de las personas y el resguardo del medio ambiente.

El artículo 20º.1 dispone que son aplicables en materia de transporte y tránsito terrestre las normas generales sobre protección al consumidor, siendo competente para la supervisión de su cumplimiento la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el que deberá velar por la transparencia de la información que brinde a los consumidores, sin perjuicio de las facultades de fiscalización y sanción que corresponden a las autoridades de transportes.

Asimismo, se faculta al Indecopi en el art. 20º.2 a aplicar la legislación de acceso al mercado, libre y leal competencia, supervisión de la publicidad y demás normatividad del ámbito de su competencia.

Para el cumplimiento de sus funciones el art. 21º del Reglamento dispone que Ositran ejerce las *funciones*: normativas, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora, y de solución de controversias.

429.1. Función reguladora

Se define como función reguladora aquella que permite a Ositran determinar las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito, así como los principios y sistemas tarifarios que resultaren aplicables (art. 27º del Reglamento).

La función reguladora es de competencia exclusiva del Consejo Directivo del Ositran (art. 28º del Reglamento).

En ejercicio de la función reguladora el Ositran puede fijar tarifas, establecer sistemas tarifarios por la utilización de la infraestructura y de los servicios que se encuentren bajo su competencia, así como las condiciones para su aplicación y dictar las disposiciones que sean necesarias para tal efecto (art. 29º del Reglamento).

Según lo dispuesto en la Ley Nº 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, corresponde a Ositran regular el sistema tarifario en los mercados en los que no hay libre competencia derivados de la *explotación de infraestructura portuaria de uso público*, a propuesta de la Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales, así como supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión de acuerdo a las leyes vigentes (arts. 13º y 21.1).

429.2. Función de solución de controversias

El artículo 43º del Reglamento, se refiere a la función de solución de controversias, autorizando a los órganos del Ositran competentes, a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre *Entidades Prestadoras* y, entre una de estas y el *Usuario*. Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

La función de solución de controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el Ositran, se dará por terminada la controversia correspondiente.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, el Ositran podrá actuar como *institución organizadora de arbitrajes* para resolver las controversias entre Entidades Prestadoras, entre estas y Operadores, entre Operadores y Usuarios y, las de carácter patrimonial que puedan surgir entre el Estado y las Entidades Prestadoras.

Los *Cuerpos Colegiados* son competentes en *primera instancia* para la solución de las controversias que se presenten. Las *apelaciones* serán resueltas por el *Tribunal de Solución de Controversias* en vía de apelación, con lo que quedara agotada la vía administrativa (art. 44º del Reglamento).

La función de solución de controversias de los Cuerpos Colegiados podrá ser delegada, por medio de un convenio de delegación, a entidades públicas o privadas de reconocido prestigio, incluidas empresas especializadas, y siempre que el convenio garantice la autonomía y carácter técnico del órgano encargado de resolver el caso correspondiente. El Tribunal de Solución de Controversias conocerá y resolverá las apelaciones que se presenten a las decisiones de la entidad delegada (art. 45º del Reglamento).

429.3. Controversias entre entidades prestadoras

Según el art. 46º quedan sujetas a la función de solución de controversias del Ositran las siguientes controversias entre Entidades Prestadoras:

a) Las relacionadas con el libre acceso a los servicios que conforman las actividades de explotación de Infraestructura en los casos que exista más de una Entidad Prestadora operando en un solo tipo de Infraestructura;

b) Las relacionadas con tarifas, tasas, cargos, honorarios y cualquier pago o compensación derivado de los acuerdos entre Entidades Prestadoras, en tanto se afecte el mercado regulado;

c) Las relacionadas con los aspectos técnicos de los servicios públicos materia de su competencia;

d) Los conflictos en materia ambiental en aquellas actividades dentro del ámbito de su competencia, salvo cuando se trata de asuntos intersectoriales, en los que será competente el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM); y,

e) Otras que se contemplen en el reglamento correspondiente que dicte el Consejo Directivo.

429.4. Controversias entre entidades prestadoras y usuarios

El artículo 47º del Reglamento, expresa que quedan sujetas a la función de solución de controversias del Ositran las siguientes controversias entre Entidades Prestadoras y sus Usuarios:

a) Las relacionadas con la facturación y el cobro de los servicios por uso de Infraestructura, lo que incluye expresamente las controversias vinculadas con la aplicación del artículo 14º del Decreto Legislativo Nº 716;

b) Las relacionadas con la calidad y oportuna prestación de dichos servicios;

c) Las relacionadas con daños y pérdidas en perjuicio del Usuarios de acuerdo a los montos mínimos que establezcan las normas que emita el Consejo Directivo del Ositran, provocadas por negligencia, incompetencia o dolo por parte de la Entidad Prestadora.

429.5. Órganos del Ositran

Son órganos del Ositran según el art. 48º de la ley los siguientes:

a) El Consejo Directivo;

b) La Presidencia;

c) La Gerencia General;

d) Las Gerencias;

e) El Tribunal de Solución de Controversias; y,

f) Los Cuerpos Colegiados.

429.6. Funciones del Consejo Directivo

Son funciones del Consejo Directivo:

a) Aprobar la política general del Ositran y los criterios que deben regir sus funciones;

b) Velar por el adecuado funcionamiento del sistema tarifario de la Infraestructura;

c) Ejercer la función normativa y reguladora del Ositran, en el marco de lo establecido en la Ley y el presente Reglamento;

d) Aprobar la enajenación, permuta, compra, otorgamiento de promesa de compraventa, garantías, otorgamiento de préstamos y adjudicaciones de bienes del Ositran, en pago de deudas y, en general, cualquier otro acto de disposición de los bienes del Ositran;

e) Resolver en segunda y última instancia los recursos impugnativos que le corresponda conocer, de conformidad con lo establecido en la Ley y en el presente Reglamento;

f) Resolver los conflictos de competencia que pudieran surgir entre los distintos Órganos del Ositran;

g) Proponer la expedición de normas que contribuyan al cumplimiento de sus fines;

h) Aprobar la organización interna del Ositran;

i) Aprobar la Memoria Anual, el Presupuesto Institucional y las evaluaciones que establezca la Ley de Gestión Presupuestaria;

j) Nombrar y remover al Gerente General;

k) Aprobar los convenios de carácter interinstitucional que se requieran para el cumplimiento de sus funciones;

l) Nombrar a los integrantes de los Cuerpos Colegiados, a propuesta del Gerente General;

m) Proponer el Texto Único de Procedimientos Administrativos a la Presidencia del Consejo de Ministros;

n) Delegar funciones en el Presidente, la Gerencia General o a los demás Órganos del Ositran, dentro del marco establecido en el presente Reglamento; y,

o) Otorgar los poderes que considere necesarios.

430. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO (SUNASS)

La finalidad de la Sunass es garantizar a los usuarios la prestación de los servicios de saneamiento en las mejores condiciones de calidad, contribuyendo a la salud de la población y al mejoramiento del ambiente.

Entre las facultades de la Sunass se encuentra proponer las políticas y normas para la prestación de los servicios mencionados, aplicar las sanciones que establezca la legislación sanitaria, evaluar el desempeño de las entidades prestadoras de servicio de saneamiento y promover su desarrollo.

Están comprendidas dentro del ámbito de la Sunass las entidades públicas, privadas y mixtas que brinden servicios de saneamiento.

430.1. Base legal

La Superintendencia Nacional del Servicio de Saneamiento fue creada mediante el Decreto Ley Nº 25965.

La Ley Nº 26338 denominada Ley General de Servicios de Saneamiento establece las normas que rigen la prestación de los servicios de saneamiento.

El Decreto Legislativo Nº 908 denominada "Ley de Fomento y Desarrollo del Sector Saneamiento" establece las normas que rigen la prestación de los servicios de saneamiento, norma que entrará en vigencia a la aprobación de su Reglamento (de conformidad con lo dispuesto en la Sexta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo Nº 908 entrará en vigencia con la publicación de su Reglamento. A su entrada en vigencia será derogada en su integridad la Ley Nº 26338).

Por Decreto Supremo Nº 017-2001-PCM se aprueba el Reglamento General de la Sunass, con la finalidad de adecuar el marco normativo de la Sunass a las disposiciones de la Ley Nº 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos– así como que las normas del Reglamento respondan a los criterios del Decreto Legislativo Nº 908, norma que entrará en vigencia con la aprobación de su Reglamento. Sin embargo las normas del Reglamento que se adecuen a las disposiciones del Decreto Legislativo Nº 908 y resulten incompatibles con la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley Nº 26338, se aplicarán a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 908 (Primera Disposición Transitoria).

El mencionado Decreto Supremo deroga los Decretos Supremos Nºs. 024-94-PRES y 009-2000-EF, asimismo dispone que su entrada en vigencia deroga la Ley Nº 26284, Ley que regulaba el funcionamiento de la Sunass (art. 2º). Transitoriamente en tanto no se apruebe el Régimen de Sanciones aplicable a las empresas prestadoras de servicio de saneamiento, mantendrá su vigencia el artículo 14º de la Ley Nº 26284, y el Capítulo III del Título III del Decreto Supremo Nºs. 024-94-PRES.

430.2. Prestación de los servicios de saneamiento

La prestación de los servicios de saneamiento, según la Ley Nº 26338 comprende la prestación regular de: servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposiciones sanitarias de excretas, tanto en el ámbito urbano como en el rural.

Corresponde al Estado a través de sus entidades competentes regular y supervisar la prestación de los servicios de saneamiento, así como establecer los derechos y obligaciones de las entidades prestadoras y proteger los derechos de los usuarios (art. 4º).

El art. 5º dispone que las *Municipalidades Provinciales* son responsables de la prestación de los servicios de saneamiento y en consecuencia les corresponde otorgar derecho de explotación a las entidades prestadoras, de conformidad con las disposiciones establecidas en la Ley Nº 26338 y en su Reglamento.

En cuanto a quien debe prestar los servicios de saneamiento el artículo 6º dispone que deben ser prestados por entidades públicas, privadas o mixtas, constituidas con el exclusivo propósito de prestar los servicios de saneamiento, debiendo éstas poseer patrimonio propio y gozar de autonomía funcional y administrativa.

430.3. Funciones

Para el cumplimiento de sus objetivos el Decreto Supremo Nº 017-2001-PCM describe las funciones de la Sunass siendo estas: normativa, reguladora, supervisora, fiscalizadora y sancionadora y, de solución de controversias (art. 18º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

430.3.1. Función reguladora

De conformidad con la normatividad vigente, la Sunass determinará las tarifas de los servicios y actividades bajo su ámbito (art. 24º, D. S. Nº 017-2001-PCM), debiendo de observarse lo dispuesto en la Ley Nº 27838 (*supra* Nº 426.3.b), en cuanto a la realización de la *Audiencias Públicas*, la Resolución de Consejo Directivo Nº 014-2002-SUNASS-CD, establece el procedimiento que debe de observarse en relación con su convocatoria, así como el desarrollo de la misma.

La función reguladora es de competencia exclusiva del Consejo Directivo de la Sunass.

En ejercicio de la función reguladora, la Sunass queda facultada para lo siguiente:

a) Establecer la estructura y niveles tarifarios para las Empresas Prestadoras, de conformidad con la normatividad vigente;

b) Fijar y reajustar, con arreglo a la normatividad vigente, las tarifas por la prestación de los Servicios de Saneamiento para las Empresas Prestadoras Privadas y Mixtas, así como para las Empresas Prestadoras Públicas que hayan celebrado algún tipo de contrato de participación privada;

c) Fijar y reajustar las tarifas de Sedapal por la prestación de los Servicios de Saneamiento, con arreglo a la normatividad vigente;

d) Emitir opinión técnica sobre las tarifas aprobadas por las Empresas Prestadoras Publicas;

e) Establecer los niveles de cobertura y calidad de servicios para cada una de las localidades administradas por las Empresas Prestadoras, en concordancia con los niveles tarifarios aprobados y con la normatividad vigente; y,

f) Aprobar los precios por el uso de aguas servidas tratadas y por los servicios colaterales.

En cuanto a la función de regulación tarifaria respecto de Empresas Prestadoras Públicas, para efectos de lo establecido en el artículo 26º inciso d) del Decreto Supremo Nº 017-2001-PCM las Empresas Prestadoras Públicas deberán poner en conocimiento de la Sunass las tarifas que aprueben dentro de los cinco días hábiles siguientes de su aprobación.

La opinión técnica de la Sunass podrá hacer observaciones y proponer modificaciones.

Las modificaciones que se propongan deben ser cumplidas por la Empresa Prestadora, la misma que deberá remitir un informe indicando la forma como se han implementado las mismas.

La aplicación de las tarifas estará condicionada a la opinión favorable de la Sunass.

La función de regulación tarifaria de la Sunass es exclusiva y excluyente, se ejerce a través de la emisión de resoluciones de su Consejo Directivo (art. 28º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

En su caso, dicha función también se ejerce mediante la aprobación de las cláusulas contractuales sobre tarifas y, niveles de cobertura y calidad, a ser incorporadas en los contratos de concesión suscritos con Empresas Prestadoras.

Para tal efecto, cuando los contratos de concesión incluyan cláusulas tarifarias o referidas a los niveles de cobertura y calidad, estas deben ser sometidas a la aprobación de la Sunass antes de su suscripción, a efecto de verificar su adecuación al marco normativo vigente. Una vez aprobadas las cláusulas, estas son obligatorias, de acuerdo a los términos establecidos en el contrato.

430.3.2. Requerimiento de información

Para el ejercicio de las funciones que la ley asigna a la Sunass, ésta podrá requerir a las Empresas Prestadoras toda la información que considere necesaria. Esta facultad incluye la posibilidad de que la Sunass entregue formularios o formatos a ser presentados por la Empresa Prestadora. La Sunass, de estimarlo conveniente, podrá disponer la entrega de información mediante el empleo de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares (art. 29º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

La Sunass podrá ejercer la función de regulación tarifaria aplicando mecanismos de comparación con otras Empresas Prestadoras similares nacionales o extranjeras, tomando en cuenta la mejor práctica adaptada a la realidad de la Empresas Prestadora. Dicho instrumentó de regulación también podrá ser aplicado en los casos en que las Empresas Prestadoras no faciliten la información solicitada por la Sunass, sin perjuicio de las sanciones que corresponda aplicar.

La Sunass podrá difundir información comparativa, acerca del desempeño de las Empresas Prestadoras.

430.3.3. Función de solución de controversias y reclamos

La solución de las controversias, se admite que puede ser a través de la vía administrativa o la vía arbitral. Estableciéndose los casos en los que sólo procede la vía administrativa.

430.3.3.1. Vía administrativa

La función de solución de controversias y reclamos autoriza a los órganos de la Sunass a resolver en la vía administrativa los conflictos, las controversias y reclamos que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre Empresas Prestadoras y, entre estas y el Usuario.

Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Los *Cuerpos Colegiados* son los órganos competentes en *Primera Instancia* para la solución de las controversias que se presenten entre *Empresas Prestadoras*. Las *apelaciones* serán resueltas por el *Tribunal de Solución de Controversias*, con lo que quedará agotada la vía administrativa.

En el caso de *reclamos de Usuarios* frente a las *Empresas Prestadoras* es competente en Primera Instancia la Empresas Prestadora y en Segunda Instancia y última instancia el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de Servicios de Saneamiento-TRASS (art. 43º, texto según D. S. Nº 023-2002-PCM). En estos casos es requisito de admisibilidad, haber agotado la vía previa ante la propia Empresa Prestadora (art. 46º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

La *función de solución de controversias de los Cuerpos Colegiados podrá ser delegada*, por medio de un *convenio de delegación*, a entidades públicas o privadas de reconocido prestigio, incluido empresas especializadas y, siempre que el convenio garantice la autonomía y carácter técnico del órgano encargado de resolver el caso correspondiente. El Tribunal de Solución de Controversias conocerá y resolverá las apelaciones que se presenten a las decisiones de la entidad delegada (art. 44º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

430.3.3.2. Ejecutabilidad de las resoluciones

Las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos de la Sunass se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnativos que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un órgano de la Sunass cuando el superior jerárquico de dicho órgano o el Poder Judicial, de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución o decisión impugnada

Los órganos de la Sunass suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen solo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del órgano de la Sunass correspondiente, precise de un pronunciamiento previo del Poder Judicial (art. 76º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

430.3.3.3. Conciliación

La función de resolver controversias y reclamos comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una *conciliación* exitosa y de ser ésta aprobada por la Sunass, se dará por terminada la controversia correspondiente (art. 41º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

430.3.3.4. Vía arbitral

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 41º, la Sunass podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes, para resolver las controversias entre Empresas Prestadoras (art. 42º, D. S. Nº 017-2001-PCM). Debe de precisarse que el reglamento establece que la función de administrar arbitrajes no es exclusiva de la Sunass, por lo que nada impide recurrir a cualquier institución que administre arbitrajes.

430.3.3.5. Sometimiento de las controversias a arbitraje

Las Empresas Prestadoras podrán someter sus controversias a arbitraje, salvo que verse sobre materias no arbitrables. Tratándose de materias arbitrables esta vía es alternativa y excluyente de la vía administrativa, siendo de aplicación supletoria la Ley General de Arbitraje. En el caso de optarse por la vía arbitral, las partes podrán someter sus controversias a la Sunass, quien actuará como entidad administradora de arbitrajes. La función de administrar arbitrajes no es exclusiva de la Sunass.

430.3.3.6. Convenio arbitral

La concurrencia de dos o más manifestaciones inequívocas de voluntad efectuadas unilateralmente por las Empresas Prestadoras en sus respectivos contratos de concesión, en comunicaciones dirigidas a la Sunass o mediante otro medio o mecanismo, para someter a arbitraje sus controversias con otras Empresas Prestadoras, tiene los efectos de un *convenio arbitral*, siéndole aplicable la Ley General de Arbitraje y normas complementarias.

430.4. Órganos de Sunass

El art. 50º (según texto del D. S. Nº 023-2002) dispone que la Sunass para su funcionamiento cuenta con los siguientes, órganos:

a) Consejo Directivo;

b) Presidencia;

c) Gerencia General;

d) Tribunal de Solución de Controversias;

e) Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento- TRASS;

f) Cuerpos Colegiados; y,

g) Los demás órganos que determine el Consejo Directivo.

En cuanto a los *Cuerpos Colegiados* los mismos son órganos encargados de conocer y resolver en primera instancia, las controversias de su competencia según lo señalado en el Reglamento.

Los Cuerpos Colegiados serán designados por el Consejo Directivo para resolver una controversia específica. Resuelta la controversia correspondiente, los miembros del Cuerpo Colegiado cesarán en sus funciones. Sus sesiones la celebrarán con la asistencia de la mayoría de sus miembros y adoptan decisiones con el voto aprobatorio de la mayoría de los asistentes En caso de empate en una votación, el Presidente tendrá voto dirimente (art. 62º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

El *Tribunal de Solución de Controversias* es el órgano administrativo que resuelve en segunda y última instancia administrativa las controversias entre Empresas Prestadoras.

El Consejo Directivo establecerá mediante Resolución, el procedimiento al que deberá sujetarse la solución de controversias entre Empresas Prestadoras (art. 59º, D. S. Nº 017-2001-PCM).

En lo que se refiere al Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de los Usuarios de los Servicios de Saneamiento (TRASS), este se establece por el artículo 62A del Reglamento (añadido por el D. S. Nº 023-2002-PCM) el que considera que el TRASS es el encargado de resolver, en segunda y última instancia administrativa los conflictos que surjan entre las Empresas Prestadoras y los usuarios de servicios de saneamiento, respecto a la prestación de dichos servicios

El procedimiento al que deberá sujetarse la solución de reclamos de los usuarios de servicios de saneamiento, será establecido por el Consejo Directivo.

Asimismo, el Consejo Directivo designará a los integrantes del TRASS, pudiendo establecer su número, el mecanismo de conformación de Salas y las reglas que regulen su funcionamiento.

BIBLIOGRAFÍA DEL TOMO I

SECCIÓN I
PARTE GENERAL

BROSETA PONT, *La empresa, la unificación de las obligaciones y el derecho mercantil* Tecnos, Madrid, 1965.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1989.

ETCHEBERRY, Raúl, *Derecho comercial y económico. Parte general*, Astrea, Bueno Aires, 1987.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, CALVO, Luis, *Derecho mercantil internacional* Tecnos, Madrid, 1995.

GALGANO, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 1981.

GARCÍA CALDERÓN, Manuel, *Código de Comercio*, Lima, 1967.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 196

GARRÍGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 2 t., Temis, Bogotá, 1987.

HUNDSKOPF, Oswaldo, *Derecho comercial. Orientaciones y temas modernos*, Universidad de Lima, Lima, 1987.

LE PERA, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Buenos Aire 1974.

ROCCO, Alfredo, *Principios de derecho mercantil*, Editora Nacional, México, 196

RODRÍGUEZ, JOAQUÍN, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1952.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 1989.

URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1990.

VALLE TEJADA, José, *Autonomía del derecho comercial y su crisis*, Cultural Cuzco, Lima, 1987.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1986.

WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado en la edad moderna*, Aguilar, Madrid, 1957.

SECCIÓN II
SOCIEDADES

ALEGRÍA, Héctor, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1968.

ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, Faustino, *Tratado de derecho mercantil español comparado con el extranjero*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915–1916.

ÁLVAREZ DEL MANZANO Y ÁLVAREZ RIVERA, Faustino, *Curso de derecho mercantil filosófico, histórico y vigente*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, s/a.

ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, Ediciones Peruanas, 1965.

ASCARELLI, Tulio, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1940.

ASCARELLI, Tulio, *Introducción al derecho comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1947.

ASCARELLI, Tulio, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, 1947.

ASCARELLI, Tulio, *Panorama del derecho comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1949.

ASCARELLI, Tulio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964.

BALLÓN LANDA ARRISUEÑO, Alberto, *Manual de derecho comercial*, Editorial Universitaria, Arequipa, 1963.

BATARDÓN, León, *Tratado teórico práctico de sociedades mercantiles*, Barcelona, 1935.

BEAUMONT, C., Ricardo, *Comentarios a la nueva ley general de sociedades*, Gaceta Jurídica, Lima, 1998

BERGAMO, Alejandro, *Sociedades anónimas. Las acciones*, Imprenta Prensa Castellana, Madrid, 1970.

BLANCO CONSTANS, Francisco, *Estudios elementales de derecho mercantil*, 3ª ed. corregida, Hijos de Reus, Madrid, 1910–1911.

BLOCH–LAINE, F., *Pour une reforme de l'entrepise*, Paris, 1964.

BOQUERA, Josefina, *La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada*, Civitas, Madrid, 1996.

BOLAFFIO, Leone; ROCCO, Alfredo y VIVANTE, César, *Derecho comercial*, Buenos Aires, 1950.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1989.

BRUNETTI, Antonio, *Tratado del derecho de las sociedades*, Buenos Aires, 1961.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, *Ley de Sociedades Mercantiles*, Lima, 1972.

CASTILLO, Ramón, *Curso de derecho comercial*, Talleres Gráficos Ariel, Buenos Aires, 1935–1945.

COTTELY, Esteban, *Teoría del derecho económico*, Buenos Aires, 1971.

DIEZ, José, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Montecorvo, Madrid, 1995.

ELÍAS LAROZA, Enrique, *Ley General de Ley Sociedades*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1998.

ESCARRA, Jean, *Principes de droit commercial*, Sirey, Paris, 1952.

ESCARRA, Jean, *Traité théorique et pratique du droit commercial*, Sirey, Paris, 1953.

ESCARRA, Jean, *Cours de droit commercial*, Sirey, Paris, 1962.

ETCHEBERRY, Raúl, *Derecho comercial y económico. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, R., *Tratado teórico práctico de derecho comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

FERREIRA, Waldemar, *Tratado de direito comercial*, Saraiva, Sao Paulo, 1962.

FERRERA, Francisco, *Empresarios y sociedades*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1952.

FISCHER, Rodolfo, *Las sociedades anónimas*, Madrid, 1934.

FLORES POLO, Pedro, *Ley General de Sociedades*, Ediciones JV, Lima, 1985.

GARRETA, José, *La responsabilidad civil, fiscal, de los administradores de las sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GARRIGUES, Joaquín, *Instituciones de derecho mercantil*, Ediciones Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1976.

GARRÍGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 2 t., Temis, Bogotá, 1987.

GAY DE MONTELLA, Rafael, *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, 1936.

GAY DE MONTELLA, Rafael, *Tratado de sociedades anónimas*, Barcelona, 1962.

GOLDSCHMIDT, Roberto, *Estudios de derecho comparado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1959.

GÓMEZ C., Juan, *Las agrupaciones de interés económico*, J. M. Bosch, Barcelona, 1993.

GUTIÉRREZ, Laureano, *Derecho Mercantil. La Empresa*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

GRISOLI, Angelo, *Las sociedades de un solo socio*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1976.

HALPERIN, Isaac, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Buenos Aires, 1958.

HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, Depalma, Buenos Aires, 1978.

HALPERIN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedad anónima*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

HALPERIN, Isaac y BUTTY, Enrique M., *Curso de Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

HAMIAUT, Marcel, *La reforme des societés commerciales*, Paris, 1966.

HEINSHEIMER, Karl, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1933.

HOUPIN, Roger, *Droit commercial*, Paris, 1967.

HUNDSKOPF, Oswaldo, *Derecho comercial. Orientaciones y temas modernos*, Universidad de Lima, Lima, 1987.

HUNDSKOPF, Oswaldo, *Derecho comercial. Temas Societarios*, Universidad de Lima, Lima, 2003.

LE PERA, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

LEMMEUMIER, Francisco, *La reforme des societés commerciales*, Paris, 1967.

LEÓN MONTALBÁN, Andrés, *Derecho comercial*, Universidad Católica del Perú, Lima, 1943.

MACEDO L., Oscar, *Lecciones de Derecho Comercial*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2001.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *Empresa individual de responsabilidad limitada*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1970.

MESSINEO, Francisco, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1954.

MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Sociedades anónimas*, Imprenta de la Guardia Civil y Policía, Lima, 1962.

MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1967.

MONTOYA MANFREDI, Ulises, *Responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas*, Universidad Nacional de Mayor de San Marcos, Lima, 1975.

MOSSA, Lorenzo, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Cedam, Padova, 1936.

OLAVARRÍA ÁVILA, Julio, *Manual de derecho comercial*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956.

PÉREZ FONTANA, Sagunto, *Fusión de sociedades*, Imprenta Letras, Montevideo, 1970.

RIPERT, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, Tea, Buenos Aires, 1954.

RIVAROLA, Mario A., *Tratado de derecho comercial argentino*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1938–40.

RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1964.

ROSSI, Guido, *Sociedades anónimas*, Lima, 1965.

SALANDRA, Vittorio, *Curso de derecho mercantil*, México, 1949.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 1989.

SATANOWSKY, Marcos, *Estudios de derecho comercial*, Buenos Aires, 1950.

SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de derecho comercial*, Buenos Aires, 1957.

SOLA CAÑIZARES, Felipe, *Tratado de sociedades de acciones en el derecho comparado*, Tea, Buenos Aires, 1959.

TENA, Felipe de J., *Derecho mercantil mejicano*, Porrúa, México, 1944–45.

TORRELAS, Felio Antonio, *Sociedades financieras*, Madrid, 1976.

URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1990.

VAN RYN, Jean, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, 1957.

ZUNINO, Jorge, *Fondo de Comercio*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

SECCIÓN III
SISTEMA CONCURSAL

BARRERA GRAF, Jorge, *El desapoderamiento en la quiebra*, México, 1943.

BEAUMONT, Ricardo, *Derecho comercial y reestructuración empresarial*, Alternativas, Lima, 1994.

BEAUMONT, Ricardo y PALMA, José, *Comentarios a la nueva Ley General del Sistema Concursal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002

CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho de quiebras*, México, 1978.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, *Quiebras y suspensión de pagos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.

FÍNEZ, José, *Los efectos de la quiebra en los contratos bilaterales*, Civitas, Madrid, 1992.

FLINT, Pinkas, *Tratado de Derecho Concursal*, 2 t., Grijley, Lima, 2002.

PÉREZ, Manuel, *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Bosch, Barcelona, 1980.

URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Madrid, 1985.

SECCIÓN IV
DERECHO DEL CONSUMIDOR

Aguilera Ramos, Agustín, "La protección de los consumidores", en *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 161/2, Madrid.

Arrarte, Ana María, "La defensa procesal de los intereses difusos", en *Ius et Praxis*, Nº 24, Lima, 1994.

Briceño Miller, Jorge Luis, *Derecho antimonopólico: Introducción a la doctrina y a la legislación*, Tesis, Maestría en Derecho Civil y Comercial. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1998.

Briseño Sierra, Humberto, "La defensa jurídica del consumidor", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Nºs 133–135, México, 1984.

Bullard, Alfredo, "Contratación en masa. ¿Contratación?", en *Thémis*, Nº 15, Lima, 1990.

Cabanellas, Guillermo (h), *Derecho antimonópolico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Buenos Aires, 1983.

Delgado Z., Jaime y Cáceres, Crisólogo, *Publicidad*, Instituto de Derecho del Consumidor, Lima, 1993.

Delgado Zegarra, Jaime, "Publicidad comparativa y derecho del consumidor", en *El Peruano*, Lima, 5 de enero de 1991.

Dromi, Roberto, *Competencia y Monopolio, Argentina, Mercosur y OMC*, Ediciones de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 1999.

Durand Carrión, Julio, *Tutela jurídica del consumidor y de la competencia*, Editorial San Marcos, Lima, 1995.

Espeche, Nazar, *Defensa de la Competencia*, Depalma, Buenos Aires, 2001.

Fernández Baca, Jorge, *La Ley Antimonopolio*, Instituto Libertad y Democracia (Cuadernos de Trabajo Nº 3), Lima, 1989.

Fernández Baca, Jorge, "El rol del Estado peruano en una economía de mercado: La labor del Indecopi", en *Ius et Veritas*, Año V, Nº 8, Lima, 1994.

Fernández Lalane, Pedro, "Dumping", en *Derecho de la Integración*, Nº 4, Buenos Aires, 1969.

Gelhorn, Ernest, *Antitrust and Economist*, West Publishing Co., Minnessota, 1986.

Gómez C, Juan, *Las agrupaciones de interés económico*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.

Guadalupe, Julio, "Libre mercado y precios predatorios", en *Gestión*, Lima, 10 de marzo de 1998.

LAMAS PUCCIO, Luis, *Derecho penal económico*, LEJ, Lima, 1996.

LEDESMA, José, "Bases romanísticas de la legislación protectora del consumidor", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXXII, Nºs 121–123, México, 1982.

MARTÍNEZ, Gabriel, *Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.

MENÉNDEZ, Aurelio, *Derecho del consumidor*, Civitas, Madrid, 1988.

MEZA, Luis, *Protección del Consumidor de Seguros en el Perú*, Centro de Investigación en Seguros, Lima, 2001.

MONTOYA MANFREDI, Ulises, "Derecho constitucional de la economía y derecho comercial", en *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*, Cultural Cuzco, Lima, 1985.

MOROTE NÚÑEZ, Hugo, "La protección al consumidor en el Código Civil", en AA.VV., *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Fondo Editorial de la PUC, Lima, 1993.

OTAMENDI, Juan José, *Comentarios a la Ley Competencia Desleal*, Aranzandi., Pamplona, 1994

POLO, Eduardo, *La protección del consumidor en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1980.

POSNER, Richard, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, Chicago (Ill.), 1976.

ROTONDI, Mario, "Cómo clasificar los actos de competencia desleal", en *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 60, Madrid, 1956.

STIGLITZ, Gabriel A., Protección jurídica del consumidor, Depalma, Buenos Aires, 1986.

VÁSQUEZ DE VELASCO, Rafael, "Hacia un derecho de consumo", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, abril, Lima, 1988.

VIGURI PEREA, Agustín, *La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo*, Editorial Comares, Granada, 1997.

WAYAR, Ernesto, "Defensa del consumidor", en *Thémis*, Nº 32, Lima, 1995.