

jurídica

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

Nº
709

REGLAS VINCULANTES De trascendencia para el proceso laboral

Págs. 4, 5 y 6 César Puntriano Rosas



Págs. 2-3
REFORMA EN DEBATE. **Garantías para la ciudadanía. La seguridad jurídica y la Constitución peruana.** Florencio Rivera.

Pág. 7
INCENTIVOS. **La sociedad por acciones cerrada simplificada: una nueva forma de constituir empresa.** Harold Manuel Tirado Chapoñan.

Pág. 8
MÁS INVERSIÓN. **La dinámica del régimen de obras por impuesto: principales cambios al reglamento de O x I.** Karen Angeles.

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA CONSTITUCIÓN PERUANA PÚBLICA

Garantías a la ciudadanía

**FLORENCIO RIVERA CERVANTES**

Abogado. Ex fiscal superior decano de Puno. Expresidente de la Corte de Justicia de Huánuco. Expresidente del Jurado Electoral Especial de Huánuco.

La seguridad jurídica tiene como principio fundamental la idea de predictibilidad, es decir, que cada uno conozca de antemano las consecuencias jurídicas en sus relaciones con el Estado y los particulares. La seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál debe ser la actuación del poder en aplicación del derecho.

Por ello, la Constitución Política del Perú debe incorporar la expresión de la seguridad jurídica, a fin de mejorar la garantía de los derechos fundamentales, pues la experiencia comparada demuestra que los países que incorporaron esta institución están logrando su desarrollo, como España, México, Ecuador, entre otros.

En efecto, tenemos que en la actual Carta Magna la institución de la seguridad jurídica está legislada únicamente para las inversiones, sobre todo extranjeras, y otras contrataciones del Estado frente a otros Estados u organismos internacionales, de conformidad con el artículo 62 de la Carta Fundamental, que otorga garantías administrativas, tributarias y políticas a las inversiones extranjeras que ingresan al país atraídas por el buen desarrollo económico del Perú, lo cual es correcto, positivo y muy conveniente para los intereses de todos los peruanos.

Sin embargo, en las relaciones interpersonales y del ciudadano con el Estado, se carece de una norma con efectos y garantías similares. De ahí la necesidad de insistir en que sea añadida o incluida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú la expresión seguridad jurídica, con el propósito de que el administrado o la ciudadanía jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por lo mismo, en un estado de indefensión.

“La seguridad jurídica en el Estado de derecho es una garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que si estos



El derecho comparado

Los países de habla hispana que tienen establecida en sus Constituciones la seguridad jurídica son: Brasil, (artículo 5); Chile, (artículo 7); Ecuador, (artículo 23 numeral 26); Estados Unidos de América, (artículo 39 de la Constitución Federal y, la Quinta Enmienda de 1789 contiene cuatro garantías

de seguridad jurídica; España (en el apartado 3 del artículo 9); y México, (artículos 14 y 15). En el Perú, no está legislada la seguridad jurídica. El artículo 139 de la Constitución referido al Poder Judicial no es suficiente. El artículo 62 se refiere a la libertad de contratar;

mediante contrato-ley el Estado puede establecer garantías y otras seguridades a la inversión extranjera o nacional, y las desavenencias que sugieran concluyen en la vía arbitral o judicial. Las personas no viven solo de los contratos; por ello, pretendemos una seguridad jurídica.

llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación”. [1]

Estado, soberanía y DD. HH.

En la filosofía sobre seguridad jurídica, no pierden actualidad las teorías de Thomas Hobbes y de John Locke, que explican el Estado de derecho y las teorías del Estado así:

La Teoría del Estado según Thomas Hobbes.

Concebido simbólicamente como la gran bestia bíblica, máquina poderosa y monstruo devorador de los individuos: el Leviatán explica la

aparición de las normas y de las distintas formas políticas. Un poder que elimina el peligro de una guerra de todos contra todos, que se deriva de la condición libre del hombre en el estado de la naturaleza y que controla las libertades, debe ser riguroso en la aplicación de la ley. Todo lo que vaya contra este poder es ilícito, pues la libertad está determinada por los términos del acuerdo, en virtud del cual nació el Estado. Argumenta a favor de la creación de un Estado absoluto que se constituye mediante un pacto que autoriza al soberano a hacer una política ilimitada que garantice la paz y la seguridad de los súbditos.

“LA SEGURIDAD JURÍDICA SE CONVIERTE EN UNA INSTITUCIÓN IMPORTANTE EN LOS CÓDIGOS O CONSTITUCIONES POLÍTICAS ACTUALES. SE TRATA DE UNA INSTITUCIÓN Y DE UNA PIEZA CLAVE DEL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL Y GARANTE DEL PACÍFICO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, YA SEA DE CARÁCTER MATERIAL O INMATERIAL”.

Para cumplir estos objetivos puede hacer lo que sea necesario. Será legítimo mientras logre estos objetivos. “El origen del Estado es el pacto que realizan todos los hombres quedando subordinados entre sí a un gobernante, que es el que debe procurar el bien para todos. La idea central de la obra es la organización política que propone: un Estado que limite o prohíba al hombre atentar contra la vida de los otros, es decir, que supere el estado de la naturaleza garantizando la paz”. [2]

► **Teoría del Estado, según John Locke.** Sostiene que el Estado debe respetar los derechos de la persona, pues, para ello, recibe la concesión de la voluntad personal del ciudadano, en el sufragio en las elecciones políticas, sin atropellar los derechos de los gobernados. El poder o el soberano no debe atropellar los derechos de la persona, ya que esos derechos naturales le fueron concedidos al soberano, a fin de que gobierne con respeto a los derechos fundamentales de la persona y no aplicando la arbitrariedad.

Esos derechos individuales, económicos sociales establecidos en leyes, que ahora son los derechos fundamentales que el Estado debe respetar y cumplir, se hallan garantizados y pueden hacerlos efectivos en la vía de los procesos de garantía constitucional.



La propuesta

Para que la seguridad jurídica esté legislada como una institución importante en la Constitución Política del Perú de 1993, se debe añadir al artículo 2 la expresión “seguridad jurídica”, pues el artículo 62 de la Carta Magna está referida solo a las empresas contratantes con el Estado peruano, al legislar el modelo contractual denominado

contratos-ley, con lo cual el Estado peruano establece garantías y otorga seguridad, no admite modificaciones de carácter administrativo, tributario ni político, para la confianza y garantía de los contratantes para los inversionistas. La inclusión de la expresión seguridad jurídica propuesto corresponderá a los derechos fundamentales de la persona.

cátedra; que ninguna seguridad aguardaba a los derechos de los peruanos; me decidí a detener mi trabajo anterior para desbrozar la osada tesis del desequilibrio de poderes y la necesidad de un poder no político en el país; la necesidad de un poder neutro que pudiera contener nuestro indómito carácter político...”. [4]

Es importante anotar también que el tema de la “Seguridad Jurídica, Pobreza y Corrupción” haya sido declarado de interés nacional por la Presidencia de la República Argentina y en muchos otros de Europa [5], a fin de fortalecer las instituciones y mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos. Así, la seguridad jurídica se convierte en una institución importante en los códigos o constituciones políticas actuales; sin embargo, en la Constitución peruana no existe dicha institución, pieza clave del concepto de derecho fundamental y garante del pacífico ejercicio de los derechos humanos, ya sea de carácter material o inmaterial.

El derecho de libertad o derechos sociales requieren en la actualidad de una instancia superior a la de Estado nacional soberano, lo que significa una categoría que garantice al ciudadano los derechos humanos, no obstante que comienza a colisionar con el concepto de soberanía, elaborado en los últimos siglos y el poder otorgado a la misma.

Todos los derechos constitucionales con ausencia del concepto expreso de seguridad jurídica resultan débiles e inseguros. ■

“El poder está limitado por los derechos naturales del hombre... El poder legislativo no puede ser ejercido absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y las vidas del pueblo, pues al tratarse de un poder compartido por cada miembro de la sociedad y entregado a la persona o asamblea legislativa no puede llegar a ser mayor que el que esas personas tenían en el estado de naturaleza”. [3]

■ **El Poder Neutro. Astete Virhuez.** Si son los hombres los que imponen su gobierno, falta o afectando el Estado de derecho, donde la inseguridad jurídica pretende imponerse, ahí está el campo de acción en busca del derecho y la seguridad jurídica con el propósito y objetivo del imperio de la ley. El profesor de la UNMSM, dice: “...Si el <Estado de Derecho> había sido instalado en el país y en todo el

mundo para que gobernaran las leyes y no los hombres, no podía comprender por qué aquí todavía los hombres dominaban a las leyes al mismo tiempo que la libertad de los ciudadanos se había convertido en una mercancía que negociaban los abogados, policías, fiscales, jueces y carceleros; que la propiedad no valía nada para el derecho jus natural instalado en la legislación, la judicatura y la

[1] LÓPEZ, Osiris Carlos H. En: La Ley, 2002-F, 959-Sup. Adm. 2002 (noviembre), 15. [2] HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. p. 127. [3] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. p. 78. [4] ASTETE VIRHUEZ, Jorge. *El Poder Neutro*. P. 55. [5] Google: II Congreso Binal de Seguridad Jurídica, Indicadores de Seguridad Jurídica.

DE TRASCENDENCIA EN EL PROCESO LABORAL

Nuevas reglas vinculantes

**CÉSAR
PUNTRIANO
ROSAS**

Laboralista.

En principio, podemos entender a los plenos jurisdiccionales como “Foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial”. [1]

La base legal que sustenta dichos foros de reflexión la encontramos en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual dispone que “los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”.

La finalidad de los plenos es concordar jurisprudencia. No dudamos de que lo resuelto por un pleno debería ser seguido por los jueces de inferior jerarquía, no obstante que técnicamente no se trata de pronunciamientos vinculantes. En esa medida, un juez podría apartarse de acuerdos del pleno que contravengan expresamente la ley o que se aparten de decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia.

Así, en la ciudad de Chiclayo, sede de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, se llevó a cabo recientemente el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral, los días 13 y 14 de setiembre del 2018. Los temas

“NO DUDAMOS DE QUE LO RESUELTO POR UN PLENO DEBERÍA SER SEGUIDO POR LOS JUECES DE INFERIOR JERARQUÍA, NO OBSTANTE QUE TÉCNICAMENTE NO SE TRATA DE PRONUNCIAMIENTOS VINCULANTES. EN ESA MEDIDA, UN JUEZ PODRÍA APARTARSE DE ACUERDOS DEL PLENO QUE CONTRAVENGAN EXPRESAMENTE LA LEY O QUE SE APARTEN DE DECISIONES TOMADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”.

tratados en esta oportunidad y los acuerdos adoptados fueron los siguientes:

► Primer acuerdo: Imprescriptibilidad aportes a la AFP.

En nuestra opinión las AFP cuentan con un plazo de 10 años para iniciar la acción de cobro de los aportes impagos por el empleador. Se trata de una demanda de pago de una obligación patrimonial por lo que declararla imprescriptible atenta contra la seguridad jurídica.

La prescripción extintiva, de acuerdo al profesor Fernando Vidal Ramírez, consiste en “la inacción del titular del derecho que está en la posibilidad de accionar”, acotando que sus efec-

tos son principalmente la liberación del deudor de la acción del acreedor para hacer efectiva su pretensión, otorgándole un medio de defensa previo para oponerse.

Dicha inacción debería traer consecuencias jurídicas. Además, el empleador solamente está obligado a conservar documentación por 5 años de acuerdo a diversas normas, lo cual ha sido recientemente ratificado por el Decreto Legislativo N° 1310. Esta decisión complicará sin duda a las empresas.

► Segundo acuerdo: Valoración de medios de prueba definitivos en segunda instancia.

La flexibilidad es importante pues puede



TEMAS Y DECISIONES ADOPTADAS

TEMA 1:

¿Prescriben las acciones de obligación de dar suma de dinero por aportes previsionales iniciadas por las AFP por períodos anteriores a la vigencia de la Ley N° 30425, que incorpora en el artículo 34 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones la imprescriptibilidad de dichas acciones?

Acuerdo por mayoría:

No prescriben las acciones de obligación de dar suma de dinero por aportes previsionales iniciadas por las AFP que corresponden a períodos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N° 30425, que incorpora en el artículo 34 del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones la imprescriptibilidad de dichas acciones.

TEMA 2:

¿Es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo de gran importancia (“definitorio de la controversia”) en segunda instancia?

Acuerdo por mayoría:

De manera excepcional, es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo. El artículo 21 de la NLPT – Ley N° 29497 no debe ser interpretado de una manera cerrada y restrictiva, pues lo contrario afectaría el principio de veracidad y la justicia que deben prevalecer, pues el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para el logro de los fines de la administración de justicia.

TEMA 3:

¿Es posible actuar prueba de oficio en segunda instancia?

Acuerdo por mayoría:

Sí, es una herramienta útil para plasmar los principios de economía procesal, celeridad y veracidad, pues tanto el reenvío como la demora en la resolución de los procesos laborales desnaturaliza el espíritu del nuevo sistema procesal laboral que debe ser dinámico. La actuación de prueba de oficio en segunda instancia procede en todo caso, incluso tratándose de prueba extemporánea.

TEMA 4:

¿Cuál es el procedimiento para la actuación de los medios probatorios en segunda instancia?

Acuerdo por mayoría:

La decisión que dispone la actuación de prueba de oficio en segunda instancia, puede ser dictada inclusive fuera de la audiencia de vista de la causa, si bien, de acuerdo al caso, debe convocarse a las partes procesales a audiencia especial para la actuación de la prueba de oficio ordenada.

TEMA 5:

¿Cómo debe determinarse el lucro cesante en la indemnización respecto al despido incausado y fraudulento?

Acuerdo por mayoría:

En caso de despido incausado y fraudulento la indemnización por lucro cesante se debe equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir.

TEMA 6:

¿En caso de despido incausado y fraudulento debe presumirse la existencia del daño moral a causa del despido o se requiere de prueba que lo acredite?

Acuerdo por mayoría:

Sí debe presumirse el daño moral, pues el solo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado, y en consecuencia corresponde aplicar para fijarse el quantum indemnizatorio el artículo 1332 del Código Civil.

ocurrir que cualquiera de las partes recién cuente con el medio probatorio en segunda instancia que sea relevante para definir una determinada controversia. Resultará fundamental analizar la pertinencia del medio de prueba y las razones por las cuales no fue ofrecido oportunamente, toda vez que la etapa probatoria precluyó en primera instancia.

► Tercer acuerdo: Actuación de prueba de oficio en segunda instancia.

Las pruebas se ofrecen y actúan en primera instancia, salvo el caso señalado anteriormente. Esta medida debe resultar excepcional, pues se espera celeridad en segunda instancia. Dicha prontitud en la resolución de los casos es una esencia del nuevo proceso laboral, por lo que los

jueces superiores deben actuar con ponderación al actuar este tipo de pruebas.

Notemos que si la sala considera que el material probatorio presentado por la parte demandante no permite tener una convicción sobre el caso planteado corresponde declarar infundada la demanda. La prueba de oficio no sustituye a la carga probatoria contemplada

en el artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

► Equiparación de remuneraciones dejadas de percibir en caso de despido incausado y fraudulento a la indemnización por lucro cesante

No estamos de acuerdo. La ausencia de pago

de remuneraciones podría ser considerada como indicador para calcular el lucro cesante pero no necesariamente resulta equivalente. Tengamos en cuenta que únicamente procede el pago de remuneraciones devengadas en caso de despido nulo, por lo que al pagarlas bajo la forma de lucro cesante se está contraviniendo la norma.

Inclusive en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional se sostuvo que: “La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.”

En este caso se estaría disponiendo el pago de remuneraciones devengadas bajo la forma de lucro cesante.

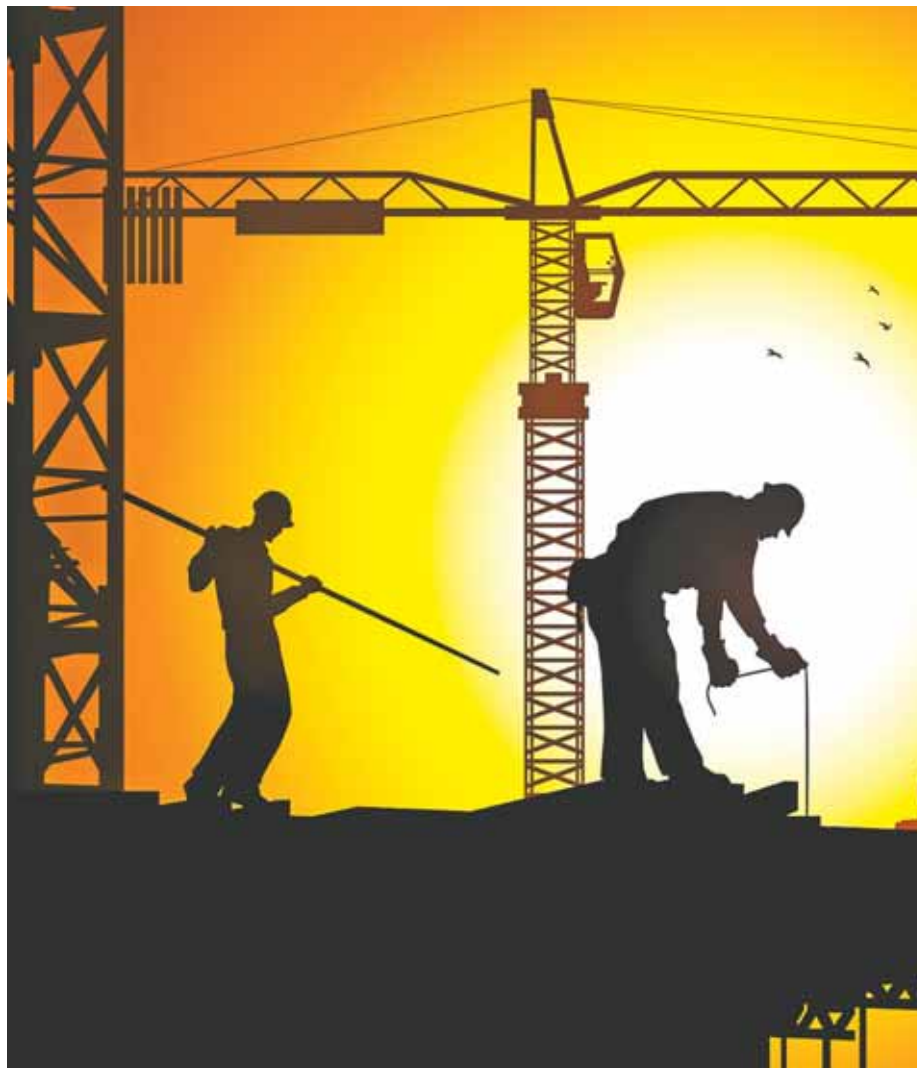
► Presunción de daño moral en caso de despido incausado y fraudulento

El pleno por mayoría optó por la ponencia favorable a la presunción del daño moral, siendo el acuerdo en este aspecto que, “sí debe presumirse el daño moral, pues el solo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado, y en consecuencia corresponde aplicar para fijarse el quantum indemnizatorio el artículo 1332 del Código Civil”.

Discrepamos de dicho acuerdo adoptado en mayoría.

Antes de analizar el acuerdo plenario no queremos dejar de advertir que este tipo de decisiones que generan gran inseguridad jurídica tiene como antecedente la decisión del Tribunal Constitucional (TC) de modificar el sistema de protección contra el despido existente en nuestro ordenamiento mediante sus pronunciamientos, ocupando un rol de legislador que no le correspondía. Recordemos que nuestra legislación laboral señala, desde hace más de 20 años, que ante un despido arbitrario la única manera de resarcir al trabajador es mediante el pago de una indemnización tarifada equivalente a 1.5 remuneraciones mensuales por año de servicios más fracciones con un tope de 12 remuneraciones mensuales (indemnización por despido arbitrario). Excepcionalmente es viable la reposición ante un despido nulo (por actividades sindicales, representación sindical, represalia, despido de gestante, etcétera).

Pese a que dicho desarrollo legal guardaba coherencia con nuestro texto constitucional (artículo 27- La ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario) y los tratados internacionales (como el Protocolo de San Salvador), el TC tomó la decisión de variar las reglas de juego señalando que el trabajador podía demandar la reposición o la indemnización por despido arbitrario, salvo si ocupó un cargo de confianza desde el inicio de sus labores o si cobró la indemnización (Expediente N° 0206-2005-PA/TC). Para ello creó las categorías denominadas “despido incausado” (sin causa justificada) y “despido fraudulento” (hechos, faltas inventadas por el empleador). Esto como recordemos generó una absurda “amparización” de las demandas laborales. La Corte Suprema de Justicia no se quedó atrás y en el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia



“EL PLENO POR MAYORÍA OPTÓ POR LA PONENCIA FAVORABLE A LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL, SIENDO EL ACUERDO EN ESTE ASPECTO QUE, SÍ DEBE PRESUMIRSE EL DAÑO MORAL, PUES EL SOLO HECHO DE SER DESPEDIDO SIN JUSTIFICACIÓN MERMA EL ESTADO EMOCIONAL Y PSÍQUICO DEL AFECTADO, Y EN CONSECUENCIA CORRESPONDE APLICAR PARA FIJARSE EL QUANTUM INDEMNIZATORIO EL ARTÍCULO 1332 DEL CÓDIGO CIVIL”.

laboral (2012) extendió la posibilidad de que se obtuviera la reposición en un juicio laboral ante un despido incausado o fraudulento y no solamente mediante el amparo.

Posteriormente, en la Casación N° 699-2015 Lima se ordenó el pago de la indemnización por daño moral a un gerente que había previamente ganado judicialmente el abono de la indemnización por despido arbitrario. Equivocadamente se indicó que el despido arbitrario generaba en automático el daño moral. Este pronunciamiento provino de la Sala Civil de la Corte Suprema, no de la sala que regularmente ve los juicios laborales. Dicha casación tuvo como efecto una catarata de demandas de cobro de indemnización por daño moral, sin prueba alguna, y con montos irreales. Muchos jueces han respondido a esas demandas otorgando las sumas de dinero de manera automática, hecho que ha incentivado a malos abogados a interponer un sinnúmero de demandas, generando una excesiva carga judicial.

Pocos años después, la Corte Suprema, el V Pleno Supremo (2016), cambió su criterio, sosteniendo que el daño moral debía acreditarse, con la cual se dejó de lado el criterio de que era inherente al despido arbitrario, pero añadió como castigo al empleador el pago de los daños punitivos, cuyo máximo era lo que hubiera aportado el extrabajador a su fondo pensionario de haber seguido laborando en la empresa. Cabe citar como ejemplo una senten-

cia de la Sala Civil de la Corte Suprema en la que se resolvió que, si bien todo despido afecta el ánimo del trabajador, este no es suficiente para concluir que el daño moral se deriva de la extinción de la relación laboral. Nos referimos a la Casación N° 4385-2015-Huancavelica.

La Corte Suprema en esta ilustrativa sentencia señala que compensar el daño moral en atención a la aflicción psicológica que causa la pérdida de la fuente de ingresos es incorrecto pues supone dar por sentado que en todos los casos existirá dicho impacto anímico en el trabajador.

En el pleno bajo comentario los vocales han asumido lo contrario. Señalan que “el solo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del afectado”. Frente a esa afirmación nos preguntamos, cuál es la base científica para asumir dicha situación. ¿Acaso las decisiones judiciales se toman por la mera intuición?

El profesor Felipe Osterling sostuvo con lucidez en uno de sus trabajos que “el mero estado de inseguridad o el eventual fracaso del interés contractual, no justifica la reparación de un daño moral. La incertidumbre, molestias y demás padecimientos que soporte un contratante cumplidor frente al incumplidor, no son, como dicen algunos, entidad suficiente para considerarlos como daño moral. Así, se establece como principio general que en materia contractual el daño moral no se presume, y quien invoque dicho agravio debe probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia” [2].

Añade que, “los jueces deberán en estos casos analizar en particular las circunstancias fácticas y así poder determinar si los hechos tienen ‘capacidad’ suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas del accionante que reclama indemnización”.

Entonces, es equivocado sostener que el daño moral se presume ante un despido, resultando contradictorio la remisión al artículo 1332 del Código Civil que establece la forma de fijar la reparación omitiendo el artículo 1331 que contempla la exigencia de la prueba de los daños.

Finalmente, ¿cómo queda la decisión de la Corte Suprema en el V Pleno Jurisdiccional Supremo? ¿Qué ocurrirá cuando este tipo de casos llegue a la Corte Suprema? El supremo tribunal debería mantener su posición y desestimar el pago del daño moral si este no es probado, revocando las sentencias que dispongan lo contrario.

Por otro lado, se ha acordado que el valor del resarcimiento por el daño moral debe ser fijado por el juez de manera equitativa, este aspecto resulta muy subjetivo, esperamos prudencia al fijar los montos. ►

[1] Tomado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/. Acceso el 30 de setiembre de 2018.

[2] <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf>



LA SOCIEDAD POR ACCIONES CERRADA SIMPLIFICADA

Una nueva forma de constituir empresa



**HAROLD
MANUEL TIRADO
CHAPOÑÁN**

Abogado con experiencia
en asuntos corporativos,
gubernamentales y de
dirección de capital humano.

Mediante Decreto Legislativo N° 1409, publicado el 12/9/2018 en el Diario Oficial *El Peruano*, se crea una nueva figura societaria denominada Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada (en adelante S.A.C.S.). Este tipo societario tiene como objetivo impulsar el desarrollo productivo de la micro y pequeña empresa, así como alentar la formalización de las diversas organizaciones empresariales. Es importante resaltar que su incorporación en la normativa

peruana se inspiró en la legislación colombiana, argentina y mexicana, ordenamientos en los que ya se utiliza esta forma societaria para hacer negocios.

Modelo societario

Esta normativa ha adicionado a nuestras opciones empresariales un modelo societario cuya formación es mucho más simple y dinámica que el proceso formativo tradicional exigible al resto de sociedades –y, en general, la mayoría de las personas jurídicas–, pues conforme al artículo 6 de la mencionada norma, para la constitución de la S.A.C.S., se prescinde de la escritura pública y, por tanto, de la intervención del notario. Es preciso señalar que la norma ha previsto una serie de requisitos para que el diseño de la sociedad a constituir calce con la configuración del nuevo tipo societario (entre los más resaltantes tenemos que se efectúe el pago del íntegro del capital y que además esté constituido únicamente por el aporte dinerario o el aporte de bienes muebles no registrables).

“ESTA NUEVA NORMATIVA HA ADICIONADO A NUESTRAS OPCIONES EMPRESARIALES UN MODELO SOCIETARIO CUYA FORMACIÓN ES MUCHO MÁS SIMPLE Y DINÁMICA QUE EL PROCESO FORMATIVO TRADICIONAL EXIGIBLE AL RESTO DE SOCIEDADES”.

Ahora bien, el artículo 7 del decreto legislativo establece que el documento privado de constitución debe contar con las firmas digitales de los accionistas y también debe ser generado mediante la plataforma SID- Sunarp (Sistema de Intermediación Digital). En cuanto a lo primero, podemos decir que, en líneas generales, la firma digital es un método criptográfico seguro que asocia la identidad de una persona al mensaje o documento, lo que permitiría mitigar el riesgo en la suplantación de identidad de las personas intervinientes en el acto de constitución.

Respecto de lo segundo, esto es, la plataforma SID-Sunarp, está pendiente por implementar la configuración e interface debida para el procedimiento de constitución de la S.A.C.S.; a partir de la mencionada implementación, la presente norma adquirirá plena eficacia, conforme ha sido regulado en la Quinta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1409.

Es claro que el objetivo es que todos los ciudadanos directamente, y mediante esta interface, procedan a la firma digital del documento de constitución de S.A.C.S. por medio de la utilización del documento nacional de identidad (DNI) electrónico. De esta manera, se podrá verificar la autenticidad de las firmas de los socios fundadores de la S.A.C.S.

En atención a estas consideraciones, la incorporación de la S.A.C.S. puede implicar un ahorro económico para los usuarios que deseen optar por esta forma empresarial, pues la simplificación de pasos en la constitución de este tipo societario constituye un mecanismo importante en la formalización empresarial y laboral; ventajas que también pueden coadyuvar, en última instancia, a la dinamización de la micro, pequeña y mediana empresa.

Más disposiciones

Sin embargo, ello no significa que se puedan plantear algunos temas a fin de optimizar las mencionadas disposiciones normativas. Así, tenemos la incorporación de la sociedad unipersonal y la posible extensión de este tratamiento a la empresa individual de responsabilidad limitada (E.I.R.L.). Por otra parte, pueden surgir otros aspectos por dilucidar sobre esta nueva figura societaria, como la posibilidad de insertar la declaración jurada del gerente por medio del SID-Sunarp para el caso de los aportes de bienes no registrables o el cumplimiento de las acciones de control o debida diligencia en materia de prevención de lavado de activos, que a la fecha desarrollan los notarios para este tipo de actos.

En este punto, es importante recordar que la propia exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1409 ha previsto que las disposiciones normativas de dicho decreto no restringen las competencias registrales y notariales, con lo cual será importante que el reglamento de dicha norma o la jurisprudencia del Tribunal Registral, formulen las precisiones o aclaraciones que resulten necesarias, a fin de viabilizar el adecuado funcionamiento de esta nueva forma societaria. ▀

PRINCIPALES MODIFICACIONES AL REGLAMENTO

La dinámica del régimen O x I

**KAREN ANGELES****Abogada.** Miembro del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados.

perfeccionarlo, a fin de dar soluciones efectivas a situaciones no reguladas o generadas por una inadecuada aplicación de las normas. En esa línea, se aprobaron en el 2018 el Decreto Legislativo N° 1361 y el Decreto Supremo N° 212-2018-EF, los cuales contemplan modificaciones al régimen O x I y a su reglamento, respectivamente.

La modificación del reglamento de O x I incluye nuevas disposiciones y criterios relacionados a las fases de priorización, actos previos, proceso de selección y ejecución del proyecto. Así, destacamos las principales modificaciones que tienen impacto en la ejecución del proyecto: (i) Penalidades: se aplican de acuerdo al valor

de la prestación que se viene ejecutando; (ii) Garantías por prestación: la empresa privada debe presentar una garantía del 4% por el valor del expediente técnico y otra del 4% por valor de la ejecución de la obra; (iii) Sustitución de los profesionales y/o especialistas del ejecutor del proyecto: siempre que reúnan iguales o superiores requisitos a las bases; (iv) Suspensión del plazo de ejecución: cuando la entidad pública no cumplan con solicitar un CIPRL o CIPGN trimestral conforme a lo señalado en el reglamento.

Además, (v) Variaciones o modificaciones al monto total de inversión: se reconocen por la entidad pública las variaciones hasta el 30%

Gastos generales

No menos relevante para las empresas privadas, además, es la inclusión de un nuevo concepto en el reglamento de O x I, “gastos generales”, definido como costos indirectos necesarios en que incurre la empresa privada, derivados de su propia actividad empresarial, que deben efectuar para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo para la ejecución del proyecto, por lo que no pueden ser incluidos en los costos directos del proyecto o en las partidas

de las obras. Esta nueva definición permitirá que las empresas privadas financistas contemplen en la partida de gastos generales de sus proyectos: (i) costos para el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el convenio de inversión y (ii) costos en la ejecución del proyecto, los mismos que no están relacionados o están directamente relacionados con el plazo de ejecución y pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución del convenio.

del monto total de inversión del convenio inicial, en caso cuente con expediente técnico y hasta el 50% del monto total de inversión del convenio inicial, en caso no cuenten con expediente técnico. La aprobación es competencia del consejo regional o municipal y se aplicará a los nuevos convenios que se suscriban; (vi) Recepción parcial del proyecto: cuando ello se hubiera previsto expresamente en las bases o en el convenio; (vii) Trato directo: no se puede resolver por trato directo los aspectos relacionados con la aplicación de penalidades; (viii) Resolución de convenio: cuando la entidad pública no cumpla con las condiciones para iniciar el plazo de ejecución del proyecto, no contrate los servicios de la entidad privada, e incumpla injustificadamente con solicitar la emisión de CIPRL o CIPGN u otras obligaciones esenciales para su emisión; y (ix) Cesión de posición en el convenio: la empresa privada pueda ceder a otra su posición contractual en el convenio cuando por caso fortuito o fuerza mayor quede imposibilitada para continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el convenio.

Respecto a la fase de proceso de selección del régimen O x I destacamos lo siguiente: (i) Procedimiento de adjudicación directa: con plazos abreviados para aquellos casos en que exista una sola expresión de interés para desarrollar un proyecto bajo el mecanismo de obras por impuesto; e (ii) Impedimentos: se detallan trece supuestos de impedimento para participar en los procesos de selección, similares a los regulados por las normas de contratación pública. ▀

El régimen de obras por impuesto (O x I) es dinámico y proactivo por los cambios interesantes en la regulación de los últimos años que prueban el interés del Estado de evolucionar y