

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



EL DERECHO DE OPOSICIÓN EN LA REORGANIZACIÓN SOCIETARIA SIMPLE

Tesis para optar por el grado académico de maestro en derecho empresarial

Julio César García Soto

Código 20142481

Asesor: Eduardo Leturia López

Lima – Perú

Mayo de 2017





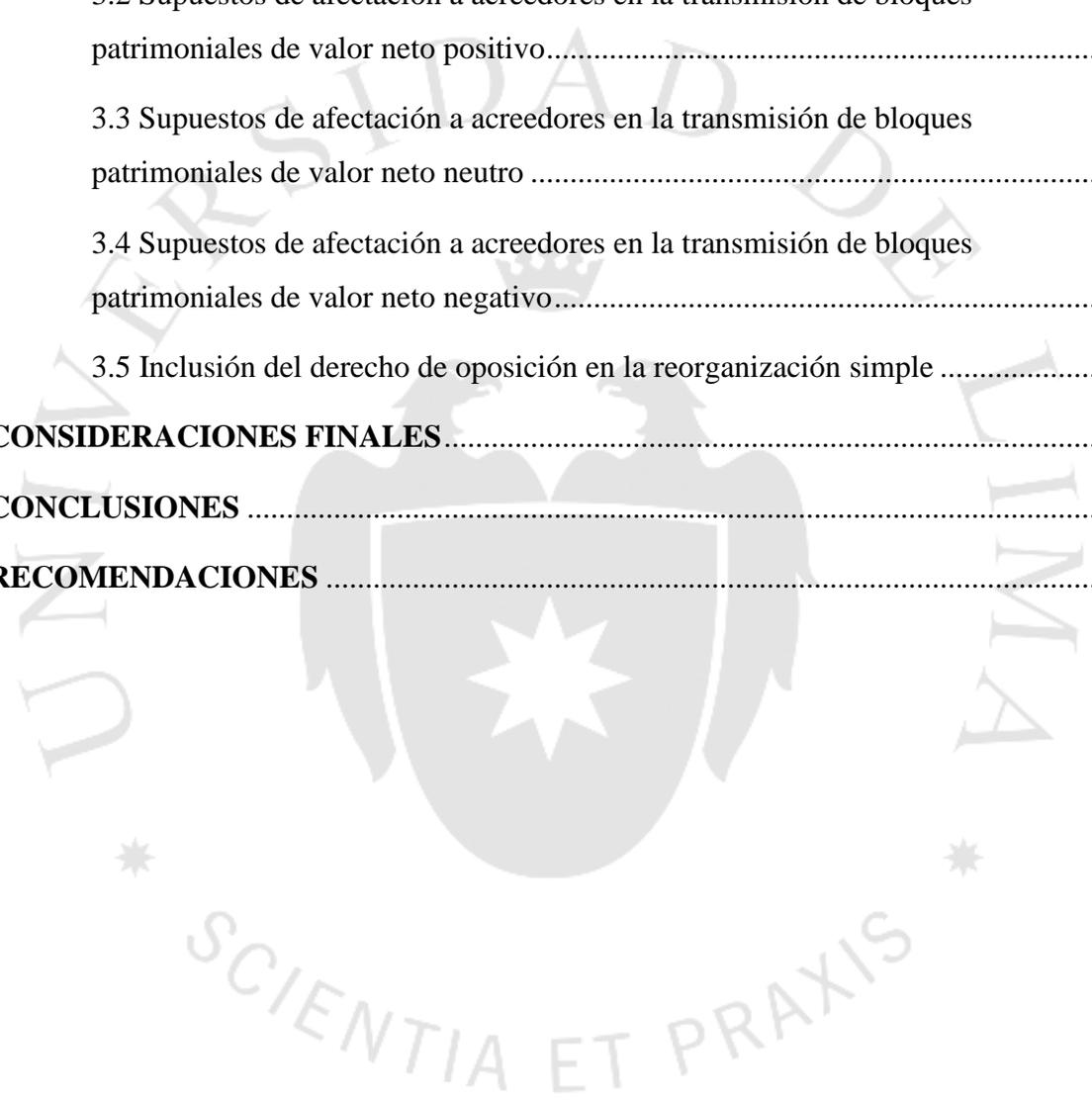
**EL DERECHO DE OPOSICIÓN EN LA
REORGANIZACIÓN SOCIETARIA SIMPLE**

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I: LA REORGANIZACIÓN SOCIETARIA	2
1.1 Transformación.....	5
1.1.1 Formalidades Exigidas	6
1.1.2 Derechos de los socios.....	8
1.1.3 Responsabilidad de los socios	8
1.1.4 Derechos de terceros.....	9
1.1.5 Nulidad de la transformación	10
1.2 Fusión	10
1.2.1 Formalidades exigidas	12
1.2.2 Derechos de los socios.....	14
1.2.3 Responsabilidad de los socios	15
1.2.4 Derechos de terceros.....	16
1.2.5 Nulidad de la fusión.....	17
1.3 Escisión.....	17
1.3.1 Formalidades exigidas	19
1.3.2 Derechos de los socios.....	21
1.3.3 Responsabilidad de los socios	21
1.3.4 Derechos de terceros.....	22
1.3.5 Nulidad de la escisión.....	22
1.4 Reorganización Simple.....	23

1.4.1 Práctica societaria antes de su regulación en la LGS.	23
1.4.2 Regulación en la normativa societaria.....	24
1.4.3 Definición	25
1.4.4 Diferencias con la escisión	26
1.4.5 Diferenciación con el aporte de capital	28
1.4.6 Bloque Patrimonial.....	30
1.4.7 El aporte en la reorganización societaria.....	33
1.4.8 Reorganización simple con aporte de bloque patrimonial de valor neto positivo	33
1.4.9 Reorganización simple con aporte de bloque patrimonial de valor neto negativo	34
1.4.10 Reorganización simple con aporte de bloque patrimonial de valor neto neutro	35
CAPITULO II: MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA REORGANIZACIÓN SOCIETARIA	36
2.1 El derecho de oposición.....	36
2.1.1 El derecho de oposición en la Ley General de Sociedades	368
2.1.2 El derecho de oposición en el Derecho Comparado.....	41
2.1.2.1 Italia	41
2.1.2.2 España.....	41
2.1.2.3 Alemania.....	42
2.1.2.4 Inglaterra.....	42
2.1.2.5 Brasil.....	43
2.2 Nulidad de acuerdos societarios	43
2.3 La Acción Pauliana.....	45

2.3.1 La Acción Pauliana en el Código Civil Peruano	46
CAPITULO III: LA NECESIDAD DE MODIFICAR LA REGULACIÓN DE LA REORGANIZACIÓN SIMPLE E INCLUIR EL DERECHO DE OPOSICIÓN	49
3.1 ¿Transferencia o aporte?.....	49
3.2 Supuestos de afectación a acreedores en la transmisión de bloques patrimoniales de valor neto positivo.....	51
3.3 Supuestos de afectación a acreedores en la transmisión de bloques patrimoniales de valor neto neutro	51
3.4 Supuestos de afectación a acreedores en la transmisión de bloques patrimoniales de valor neto negativo.....	52
3.5 Inclusión del derecho de oposición en la reorganización simple	53
CONSIDERACIONES FINALES.....	60
CONCLUSIONES	60
RECOMENDACIONES	64



INTRODUCCIÓN

Las sociedades para crecer y desarrollarse con la rapidez que les exige actualmente el mundo globalizado, requieren llevar a cabo procesos de reorganización societaria.

La finalidad de realizar estos procesos, es sin duda, una de carácter económico, sustentada muchas veces en la obtención de sinergias, estrategias comerciales, posicionamiento en el mercado, obtención de activos o beneficios futuros, etc.; lo cual conllevan necesariamente a la evaluación de diversos aspectos legales, financieros, tributarios, entre otros.

En dicho contexto en el Perú se regulan distintos tipos de reorganización societaria, a través de las cuales las sociedades participantes pueden obtener las finalidades antes descritas; sin embargo estos procesos a su vez pueden traer situaciones adversas para los socios o accionistas, o también para los terceros acreedores de dichas sociedades.

Ante ello, la legislación societaria peruana, dota tanto a los socios como a los terceros acreedores, de mecanismos de protección de sus derechos ante estas situaciones desfavorables; no obstante ello, estos mecanismos no se regulan en todos los tipos de reorganización societaria contemplados en nuestra legislación.

Este es el caso de la reorganización simple, la cual de acuerdo a su redacción vigente, no contempla un mecanismo regulado para la defensa de los acreedores, que si se encuentra regulado para otros tipos de reorganización societaria, lo cual puede llevar en determinados supuestos que estos vean afectados las garantías para hacer efectivo el cobro de sus acreencias producto de las transferencias patrimoniales propias de este tipo de procesos, sin tener la posibilidad de oponerse.

CAPITULO I: LA REORGANIZACIÓN SOCIETARIA

En el Perú, la reorganización societaria o reorganización de sociedades, se encuentra regulada en la sección segunda del Libro Cuarto de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (en adelante LGS), la cual está vigente desde el 01 de enero de 1998.

Al respecto, debe precisarse que si bien, con la Ley de Sociedades Mercantiles de 1966¹, ya se establecían normas para la transformación y fusión de sociedades², no es sino hacia finales de los años ochenta que la aplicación práctica de las reorganizaciones se activa, debido a la situación política-económica nacional y los altos costos tributarios de dicha época. (Castle Álvarez Maza, 2002, p. 261).

Con los cambios tributarios de principios de los noventa³, se incentivaron las reorganizaciones empresariales, y con ello el uso de los tipos de reorganización societaria reguladas hasta esa época, e incluso a aquellas figuras que si bien no se encontraban desarrolladas en las normas societarias, eran tratadas en las normas tributarias⁴, por lo que fueron adoptadas en la práctica empresarial.

En dicho contexto, la LGS no solo moderniza la regulación de la transformación y la fusión, sino que incluye a la escisión y a las denominadas otras formas de reorganización, que si bien no están comprendidas tradicionalmente entre las tres anteriores, representan igualmente formas distintas de reorganización de sociedades (Elías Laroza, 2002, p. 707), comprendiendo entre ellas a la reorganización societaria simple, operaciones de escisiones, fusiones y transformaciones múltiples, la reorganización de sociedades constituidas en el extranjero y la reorganización de sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.

¹ Cabe precisar que si bien la Ley de Sociedades Mercantiles (Ley 16123), fue modificada por el Decreto Legislativo 311 publicado el 13 de noviembre de 1984, pasando a denominarse Ley General de Sociedades, preferimos usar su anterior denominación a efectos de evitar confusiones con la Ley N° 26887.

² En su sección segunda y tercera –respectivamente– de su Libro Tercero.

³ Entre ellos, los Decretos Leyes N° 25601 y 25877, la Ley N° 26283 y el Decreto Supremo N° 120-94-EF, entre otros.

⁴ Como el caso de las escisiones, que en la normativa tributaria de dicha época se denominaban divisiones.

En este punto es preciso mencionar que si bien, la LGS incluye en su regulación los mencionados tipos de reorganización, no define que se entiende por reorganización societaria.

En principio debemos tener en cuenta, que si bien nuestro legislador optó por dicho termino, pudo optar por algún otro toda vez, que en el derecho comparado, no el único término utilizado para denominar a las operaciones antes referidas (fusión, escisión, transformación, etc.).

Solo a modo de ejemplo, cabe citar que la legislación española, regula dichos procesos en su Ley 3/2009⁵ bajo la denominación de “modificaciones estructurales”, y las define en su preámbulo como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad.

Ahora bien, conforme lo señalado por Elías Laroza (2002), en nuestra legislación no existía un concepto claro sobre la integridad de las operaciones a las que se puede aplicarse la denominación de “reorganizaciones societarias”, pudiéndose haber escogido entre varias otras de carácter general, como reestructuración, cambio de especie, cambio de modelo empresarial, reforma sustancial, cambio estructural o cualquier otra, sin embargo nuestra legislación escogió reorganización societaria, el cual comprende mejor, en nuestra opinión, a la integridad de la operaciones societarias que nos ocupan, pues se refiere a la adopción de organizaciones integrales y muchas veces múltiples, que resulten las más eficaces, y no solamente a cambios de estructura, de forma, de especie, de modelo o de sustancia, sino que comprenden todo ello y no solamente uno o más de esos aspectos (p. 708).

Al respecto, coincidimos con la opinión anterior, en el sentido que la denominación “reorganización societaria” incluye operaciones múltiples, las cuales no solamente comprenden los cambios de estructura o forma. Sin embargo, creemos importante mencionar que dadas las motivaciones que conllevan estos procesos⁶, esta denominación también incluye aquellas operaciones que permiten trasladar activos y pasivos estratégicos, y así obtener un mejor posicionamiento empresarial, lo cual no modificará necesariamente

⁵ Ley sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles.

⁶ Establecimiento de estrategias de mercado, multiplicación de eficiencias individuales, sinergias comerciales, adquisición de activos estratégicos, entre otros.

de forma sustancial la estructura de las sociedades participantes, como es el caso de la denominada reorganización simple.

De otra parte, debemos precisar que la LGS no cuenta con un reglamento, sin embargo, los requisitos y formalidades específicas de cada uno de los procedimientos societarios registrales están contenidos en el Reglamento del Registro de Sociedades (RRS) aprobado mediante la Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN⁷, el cual complementa de ese modo, los aspectos procesales de la LGS e incorpora lineamientos generales a los requisitos y formalidades establecidos en dicho cuerpo legal (Hundskopf Exebio, 2004, p. 240).

En efecto, el RRS no es un reglamento de la LGS en sentido formal, sin embargo en este se regulan las inscripciones que se realizan en el Registro de Sociedades, las cuales en muchos casos son formalidades exigidas por la LGS para que ciertos actos sean eficaces, dada su relevancia para las mismas sociedades y los terceros.

En tal sentido, si bien no todos los actos que realiza una sociedad tienen naturaleza inscribible, si lo son las reorganizaciones societarias, en la medida de su relevancia para los mismos socios de las sociedades participantes así como los terceros.

En esa línea, dentro de la lista taxativa de los actos que son inscribibles en el Registro de Sociedades, contenida en el artículo 3° del RRS, se incluye en el literal g) de dicho artículo a la fusión, escisión, transformación y otras formas de reorganización de sociedades.

Asimismo, el RRS dispone en el capítulo II de su Título IV, las normas aplicables al registro de las reorganizaciones de sociedades, específicamente, la transformación, la fusión, la escisión, la reorganización simple, la reorganización de sociedades constituidas en el extranjero y la reorganización de una sucursal establecida en el Perú por una sociedad constituida en el extranjero.

En dicho contexto, si bien el título del presente capítulo es la reorganización societaria, solo abordaremos los tipos de reorganización societaria más importantes regulados por nuestra LGS, es decir: la transformación, la fusión, la escisión y –la que es medular en este trabajo de investigación– la reorganización simple.

⁷ Publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de julio de 2001.

1.1 Transformación

La transformación consiste en la adopción por la sociedad, de un tipo distinto al adoptado antes, sometiéndose en lo sucesivo al régimen correspondiente al nuevo tipo, quedando libre de las normas que la regían hasta ese momento (Ferrara, 1998, p. 376).

Este tipo de reorganización societaria, implica un cambio en la “forma” o “tipo” de la persona jurídica la cual, en virtud de dicha operación, si bien varía en su estructura y/o funcionalidad no por ello altera la subjetividad jurídica que le es propia (Echevarría Calle, 2015, p. 3).

En tal sentido, la transformación no implica la disolución de la sociedad transformada, su consiguiente liquidación y la sucesiva constitución de otro tipo de sociedad; sino la continuación de la misma persona jurídica⁸, aunque modificada en la forma, conservando su anterior substrato personal y patrimonial⁹.

De otra parte, conforme a lo regulado en el artículo 333° de nuestra LGS, las sociedades reguladas por dicha ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona jurídica contemplada en las leyes del Perú¹⁰. Asimismo, cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por la LGS.

En tal sentido, conforme a nuestra LGS, la transformación abarca a todas las clases de personas jurídicas¹¹ reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, salvo disposición legal en contrario. De ello que podamos afirmar que las sociedades no solo pueden cambiar de

⁸ Ello es señalado expresamente en el último párrafo del artículo 333° de la LGS, y de forma similar en la legislación española, en el artículo 3° de la Ley 3/2009, que define a la transformación como la adopción por una sociedad de un tipo social distinto, con conservación de su personalidad jurídica.

⁹ Al respecto, Garrigues precisa que: “El dato de la conservación de la misma personalidad jurídica es esencial dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para distinguir la transformación de una sociedad, de aquel otro supuesto que consiste en la disolución de una compañía y simultánea constitución de otra nueva sociedad con el patrimonio de la sociedad disuelta, pues en este caso no se conserva la misma personalidad jurídica”. (p. 575).

¹⁰ Cabe precisar que acorde con el artículo 342° de la LGS, incluso una sociedad en liquidación puede transformarse, claro está 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 y siempre que no se haya iniciado el reparto del haber social entre sus socios; para lo cual deberá revocar previamente el acuerdo de disolución.

¹¹ Debe tenerse en cuenta que dicha redacción refiere a un procedimiento exclusivo de personas jurídicas, por lo que solo aquellos sujetos de derechos que tienen esa cualidad pueden optar por transformarse.

tipo societario sino adoptar la forma correspondiente a otra persona jurídica distinta a las sociedades, siempre y cuando este regulada en la legislación nacional y no exista impedimento legal para ello¹².

1.1.1 Formalidades Exigidas

La transformación, dada su relevancia, requiere del cumplimiento de las formalidades exigidas en la LGS y el respectivo estatuto de la sociedad o persona jurídica objeto de la transformación.

Al respecto, el artículo 336° de la LGS precisa que la transformación se acuerda con los requisitos establecidos por la ley y el estatuto de la sociedad o de la persona jurídica para la modificación de su pacto social y estatuto (por junta general, con quórum calificado y mayoría absoluta)¹³.

A fin de contextualizar la formalidad exigida para este tipo de reorganización en derecho comparado, debemos precisar que en el caso español, la Ley 3/2009 establece como un requisito para la transformación, la puesta a disposición de los socios por parte de los administradores de un informe que justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación¹⁴.

Al respecto, debe señalarse que dicho requisito no es exigido en nuestra LGS para los casos de transformación, sin embargo si es exigido en los casos de fusión y escisión,

¹² Debemos mencionar que, no obstante el presente trabajo no abarca la transformación de asociaciones en sociedades, existen pronunciamientos del Tribunal Registral a favor de dicho proceso, así como posturas doctrinarias a favor y en contra del mismo. (Con dicho fin revisar la Resolución N° 147-2004-SUNARP-TR-T del 06 de agosto de 2004 y el artículo de Javier Enrique Echevarría Calle: “¿Transformando la transformación? Apuntes sobre la transformación de asociación a sociedad en la jurisprudencia registral”. En Derecho y Cambio Social N° 40, Año XII, Lima, 2015).

¹³ Acorde con el artículo 198° de la LGS, la modificación del estatuto se acuerda por Junta General de Accionistas, requiriendo que:

- En la convocatoria de la junta general, se exprese con claridad y precisión, los asuntos cuya modificación se someterá a la junta.
- El acuerdo se adopte con quórum calificado (concurencia en primera convocatoria de al menos 2/3 de las acciones suscritas con derecho a voto y de 3/5 partes en segunda convocatoria) y mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

¹⁴ Artículo 9° de la Ley N° 3/2009.

como parte de la información que debe contener el respectivo proyecto de fusión o escisión¹⁵.

Ahora bien, continuando con las formalidades exigidas en nuestra legislación para el caso de la transformación, debemos señalar que conforme al artículo 337° de la LGS, una vez tomado el acuerdo de transformación, éste debe ser publicado por tres veces¹⁶, con cinco días de intervalo entre cada aviso¹⁷, y posteriormente, de conformidad con el artículo 340° de la LGS, deberá formalizarse mediante escritura pública¹⁸, la cual contendrá la constancia de las referidas publicaciones.

Al respecto, el último párrafo del artículo 117° del RRS dispone que en caso que el acuerdo de transformación se adopte en junta universal, no se exigirá que la escritura pública contenga la constancia de la publicación de los avisos establecida en el artículo 340° de la LGS.

Conforme a ello, podemos concluir que la publicidad exigida como formalidad de la transformación, está orientada a que los socios tengan la posibilidad de conocerla –lo cual se cumple con la junta universal–, y no tanto a cautelar a los acreedores, en tanto que este tipo de reorganización societaria, no supone un riesgo a éstos, dadas las disposiciones de la Ley sobre la responsabilidad de los socios ante la transformación.

Finalmente, debe precisarse que acorde con el artículo 341° de la LGS, si bien la vigencia de la transformación, es a partir del día siguiente de la fecha de la escritura pública respectiva, está supeditada a su inscripción en los registros públicos.

¹⁵ En efecto, conforme al numeral 3 del artículo 347° (en el caso de la fusión) y el numeral 3 del artículo 372° (en el caso de la escisión), ambos de la LGS, el respectivo proyecto de fusión o escisión contiene –entre otros– la explicación del proyecto, así como sus principales aspectos jurídicos y económicos.

¹⁶ Al respecto debe tenerse en cuenta que acorde con el artículo 337° de la LGS, el plazo que tiene el socio o accionista para ejercer el derecho de separación empieza a contarse a partir del último aviso.

¹⁷ Cabe precisar que acorde con el artículo 43° de la LGS, 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.

¹⁸ Conforme al artículo 339° de la LGS, la sociedad está obligada a formular un balance de transformación al día anterior a la fecha de la referida escritura pública, la cual no requiere llevar inserto dicho balance, pero debe ser puesto 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 dicha escritura pública.

1.1.2 Derechos de los socios

La transformación puede alterar profundamente la condición de los socios, en especial, en temas vinculados al tipo de responsabilidad a asumir. Por dicha razón, la LGS ha previsto el derecho de separación en este tipo de reorganización societaria.

En efecto, conforme al artículo 338° de la LGS, el acuerdo de transformación da lugar al ejercicio del derecho de separación regulado por el artículo 200° de dicha ley. Sin perjuicio de ello, 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

Ahora bien, de acuerdo al artículo 200 de la LGS, el ejercicio del derecho de separación corresponde a aquellos socios o accionistas que en la junta en que se acordó la transformación 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.

A efectos de ejercer el derecho de separación, la LGS otorga un plazo de diez días desde la última publicación que señala el artículo 337° de la LGS. Verificadas las separaciones de los socios que ejercieron ese derecho o transcurrido dicho plazo sin que lo hagan, se habilita a la formalización del acuerdo mediante escritura pública.

Finalmente, debe precisarse que acorde con el artículo 335° de la LGS, la transformación no modifica la participación porcentual de los socios en el capital de la sociedad, sin su consentimiento expreso, salvo los cambios que se produzcan como consecuencia del ejercicio del derecho de separación.

1.1.3 Responsabilidad de los socios

La transformación en ciertos casos, puede conllevar al cambio de responsabilidad de los socios con las deudas sociales, quienes podrían experimentar producto de este tipo de reorganización societaria, un cambio de responsabilidad limitada a ilimitada o viceversa.

En dicho contexto, el artículo 334° de la LGS dispone que 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 transformación.

Ello entendemos es para proteger a los acreedores anteriores a la transformación, quienes de esa forma no se verían perjudicados, por el cambio de responsabilidad ante las deudas sociales, en tanto se evitaría la diferenciación con la responsabilidad que asumirán los socios con los acreedores posteriores a la transformación.

De otra parte, la transformación 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 transformación, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor la acepte expresamente.

En base a ello, podemos concluir que con este tipo de reorganización societaria, no se perjudicaría a los acreedores que tuviera la sociedad previamente a acordar la transformación, toda vez que la LGS dispone que ante un cambio de responsabilidad de los socios producto de la transformación, éstos responden de forma ilimitada por las deudas sociales contraídas antes de la transformación.

Conforme a ello, afirmamos que en este tipo de reorganización societaria no tendría sustento la inclusión de la regulación del derecho de oposición de los acreedores.

1.1.4 Derechos de terceros

Acorde con el artículo 335° de la LGS, la transformación no afecta los derechos de terceros emanados de título distinto de las acciones o participaciones en el capital, a no ser que sea aceptado expresamente por su titular.

Al respecto, coincidimos con Elías Laroza (2002) cuando con ocasión de comentar lo dispuesto en el artículo 335° de la LGS señala que:

Esta norma debe entenderse en su más amplio sentido, pues debe comprender toda clase de derechos que la sociedad haya reconocido en favor de terceros que no sean acciones ni participaciones en el capital. No nos referimos ciertamente a pasivos u obligaciones contractuales frente a terceros que la sociedad hubiera asumido, tales como deudas a proveedores o las originadas en la emisión y colocación de obligaciones u otros títulos de

deuda. Éstas emanan de contratos que la sociedad no puede desconocer, desde que una decisión unilateral de transformación, por parte de la persona jurídica no puede afectar a sus acreedores. (p. 721).

En efecto, no pueden tratarse de deudas sociales (las cuales fueron cauteladas con las disposiciones de responsabilidad de los socios señaladas anteriormente), sino como señala Elías Laroza (2002), de derechos emanados de títulos o acuerdos de carácter especial aprobados por la persona jurídica en favor de terceros, como los convenios señalados en el artículo 8 de la LGS, las opciones de adquisición de acciones reguladas en artículo 103 de la LGS, los beneficios de los fundadores previstos en el artículo 72° de la LGS, y otros similares. (p. 721).

1.1.5 Nulidad de la transformación

De conformidad con el artículo 343° de la LGS, 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.

Asimismo, dicha pretensión tramitarse en el proceso abreviado, y ser dirigida contra la sociedad transformada, en un plazo que caduca a los seis meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de transformación.

1.2 Fusión

Desde un punto de vista económico, la fusión de sociedades constituye un procedimiento tendente a la concentración e integración de empresas, que a su vez viene impuesta por la racionalización de la producción, y por las exigencias de la competencia que demanda constantemente la existencia de mayores unidades empresariales (Broseta Pont, 2012, p. 573).

Ahora bien, legalmente la fusión es definida en el artículo 344° de la LGS como aquel tipo de reorganización societaria por el cual dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos en dicha ley, pudiendo adoptar alguna de las siguientes formas:

- Fusión por creación.- Consistente en la fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante, originando 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; o,
- Fusión por absorción.- Consistente en la absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente, originando la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la sociedad absorbente¹⁹.

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.

De la definición de la fusión y sus tipos que nos da el artículo 344° de la LGS, podemos concluir que la fusión tiene los siguientes caracteres:

- a) La extinción de una, varias o todas las sociedades que intervienen en la fusión. Al respecto, se precisa que acorde con el artículo 345 de la LGS la extinción de dichas sociedades opera producto de la fusión, sin que se requiera acordar su disolución y se efectúe su liquidación²⁰.
- b) La transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas. Esta transferencia implica que la sociedad resultante adquiere tanto el activo como el pasivo de las sociedades que se fusionan en unidad de acto y a título universal.
- c) La agrupación de todos los socios en una única sociedad resultante de la fusión. En tanto que la sociedad absorbente o resultante de la fusión recibe el patrimonio de las demás sociedades fusionantes y en contraprestación otorga a los socios de dicha sociedades, acciones o participaciones de la nueva sociedad

¹⁹ Al respecto, Ripert (como se citó en Hundskopf Exebio, 2003) en alusión exclusiva a la fusión por absorción señala que: “Para la sociedad absorbente se trata simplemente de realizar un aumento de capital representado por el aporte de bienes de la sociedad absorbida, para esta última la decisión es más grave, pues lleva consigo a la desaparición de la sociedad como persona moral”. (p. 100).

²⁰ Sobre el particular, Gonzales Barrón (2001) comentando la fusión de sociedades precisa que: “(...) no es necesario que se acuerde la disolución de las sociedades que se extinguen por la fusión, ya que se considera que este efecto no se produce en el acuerdo de fusión, ni siquiera en forma implícita”.

o del aumento de capital de la sociedad absorbente (Broseta Pond, 2012, p 574).

En este punto, y ya habiendo definido las características de la fusión, debemos mencionar, que existen practicas afines a la fusión, en los que si bien se obtienen resultados económicos similares, no conllevan todos los caracteres de la fusión que fueron antes mencionadas. A estas prácticas las cuales doctrinariamente se les conoce como fusiones impropias²¹.

Particularmente queremos mencionar el caso de la denominada venta-fusión, en la que una sociedad transmite a otra su patrimonio, la cual al recibirlo, aumenta su capital según el valor de lo recibido, entregando las acciones representativas de su aumento a la sociedad transmitente o aportante. Esta sociedad sustituye en su patrimonio su anterior activo empresarial por las nuevas acciones emitidas por la sociedad receptora de la empresa. La sociedad receptora de las acciones puede, o bien conservarlas en su patrimonio, o bien (lo que es más propio de las ventas-fusión) disolverse entregando las acciones a sus socios (Broseta Pont, 2012, p. 575).

Cabe precisar que esta denominada venta fusión tiene ciertas similitudes con otro tipo de reorganización societaria regulada en nuestro país, la reorganización simple, que si bien será objeto de análisis más adelante, debemos precisar que se distingue de este tipo de *fusión impropia* en que en la reorganización simple la transmisión del patrimonio a la sociedad receptora, se hace en acto único y en bloque, no siendo necesaria la individualización de cada activo a transferir mediante declaraciones singulares de transferencia, como si lo sería en el caso de la venta fusión.

1.2.1 Formalidades exigidas

De acuerdo al artículo 345° de la LGS, la fusión se acuerda con los requisitos establecidos por la ley y el estatuto de las sociedades participantes para la modificación de su pacto

²¹ Al respecto Broseta Pont (2012), señala como estas prácticas a la transmisión (cesión) de todo el patrimonio de una sociedad a otra, la venta fusión, y la transmisión o venta de todas las acciones o participaciones de una sociedad (p. 575).

social y estatuto. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no se requiere acordar la disolución y no se liquida la sociedad o sociedades que se extinguen por la fusión.

Al respecto, Elías Laroza (2002), comentando los caracteres esenciales de la fusión, señala que el verdadero carácter esencial de la fusión es la de la extinción automática de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas o incorporadas como resultado directo de la operación de fusión. La personalidad jurídica no se disuelve, como tampoco se disuelve el vínculo social, ni se liquida, simplemente se extingue (p. 747).

De otra parte, el artículo 346° de la LGS precisa que el directorio²² de cada una de las sociedades que participan en la fusión aprueba²³, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, el texto del proyecto de fusión, el cual deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 347° de la LGS.

Asimismo, conforme al artículo 351°, este proyecto es sometido a consideración²⁴ de la junta general o asamblea²⁵ de cada una de las sociedades participantes, la cual aprueba el proyecto de fusión con las modificaciones que expresamente se acuerden y fija una fecha común de entrada en vigencia²⁶ de la fusión.

Al respecto, consideramos como Gonzales Barrón (2001) que cuando nos encontremos ante junta universal, no será necesaria la convocatoria previa a la junta, así como tampoco será necesario el proyecto de fusión, ya que este solo tiene como finalidad informar debidamente a los socios de los alcances de la fusión que se pretende debatir, y siendo que en la junta universal los socios aceptan por unanimidad la agenda a tratar, resulta innecesario exigir un requisito al cual han renunciado (p. 439).

²² 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.

²³ De conformidad con el artículo 348° de la LGS, la aprobación del proyecto de fusión implica la obligación del directorio o los administradores de las sociedades, 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.

²⁴ Los directores o administradores deberán informar, antes de la adopción del acuerdo, sobre cualquier variación significativa experimentada por el patrimonio de las sociedades participantes desde la fecha en que se estableció la relación de canje.

²⁵ La cual debe ser convocada cumpliendo con los requisitos establecidos en los artículos 349° y 350 de la LGS.

²⁶ Cabe precisar que de acuerdo al artículo 353° de la LGS, 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.

Adicionalmente, conforme al artículo 355° de la LGS, una vez tomado el acuerdo de fusión, éste debe ser publicado²⁷ por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso²⁸, y posteriormente, de conformidad con el artículo 357° de la LGS, deberá formalizarse mediante escritura pública, la cual contendrá la constancia de las referidas publicaciones.

En este punto debe precisarse, que a diferencia de la transformación en la fusión la publicidad del acuerdo de fusión que exige la LGS, no se sustenta solo en la tutela de los accionistas, sino en especial, a los acreedores, quienes el derecho de oponerse a dicho acuerdo si consideran que su crédito no está suficientemente garantizado.

En esa línea el artículo 119° del RRS dispone que la escritura pública de la fusión deberá contener –entre otros– 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.

De otra parte, de conformidad con el artículo 354° de la LGS, las sociedades que se extinguen están obligadas a formular un balance al día anterior a la fecha de la vigencia de la fusión, así como la sociedad absorbente o incorporante debe formular un balance de apertura al día de la fusión.

Finalmente, debe precisarse que acorde con el artículo 353° de la LGS, si bien la vigencia de la fusión es fijada en los acuerdos de fusión, está supeditada a la inscripción de la respectiva escritura pública en los registros públicos.

1.2.2 Derechos de los socios

Conforme al artículo 356° de la LGS, el acuerdo de fusión da lugar al ejercicio del derecho de separación regulado por el artículo 200° de dicha ley. Sin perjuicio de ello, el ejercicio

²⁷ Es preciso indicar, que la legislación española, a diferencia de la nuestra, posibilita que el requisito de publicación no será necesario cuando el acuerdo de fusión se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores (numeral 2 del artículo 42° de la Ley 3/2009).

²⁸ Cabe precisar que acorde con el artículo 43° de la LGS, 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.

del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponda por las obligaciones sociales contraídas antes de la fusión.

A efectos de ejercer el derecho de separación, la LGS otorga un plazo de diez días desde la última publicación del acuerdo de fusión, que señala el artículo 355° de la LGS.

A fin de contextualizar en el derecho comparado, la inclusión del derecho de separación en casos de fusión, debemos señalar que a diferencia de nuestra legislación, en la española no se incluye al derecho de separación en los casos de fusión. Ello evidencia que el legislador español: “ha dado prioridad al interés de la sociedad frente al eventual interés del socio en abandonar una sociedad distinta de aquella en la que ingreso (Broseta Pont, 2012, p. 584).

1.2.3 Responsabilidad de los socios

De acuerdo al artículo 361° de la LGS, cuando la fusión origine un cambio de responsabilidad de los socios o accionistas, es aplicable el artículo 334°, que establece las reglas aplicables ante el cambio de responsabilidad de los socios ante una transformación²⁹.

En este punto y dada la posibilidad del cambio de responsabilidad de los socios que señala el artículo 361° de la LGS, podemos concluir, de igual modo que Gonzales Barrón (2001) en que la fusión es una figura aplicable a cualquier sociedad, de tal manera que es admisible la fusión de distintos tipos societarios, ya sean sociedades anónimas, limitadas, colectivas, civiles, etc. (p. 435).

De otra parte es necesario mencionar que en nuestra legislación no se exige que para el cambio de responsabilidad de limitada a ilimitada de los socios producto de la fusión, se requiera la aceptación de todos los socios.

Al respecto, conforme señala Gonzales Barrón (2001), mientras que en otras legislaciones se contempla que, si la nueva sociedad resultante o la absorbente es colectiva

²⁹ Al respecto, si los socios que en virtud de la fusión asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales –entendido este caso cuando la sociedad absorbente o resultante, a diferencia de las extinguidas, es una en donde los socios tienen responsabilidad ilimitada–, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la fusión. Asimismo, si producto de la fusión la responsabilidad de los socios se convierte de ilimitada a 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.

o civil ordinaria, el acuerdo de fusión requerirá el consentimiento previo de todos los socios que por virtud de la fusión, pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales; en la LGS no se señala nada al respecto, por lo cual es posible que socios que no votaron a favor del acuerdo, pasen a responder con su patrimonio personal por las deudas sociales. En este caso, los socios deberán ejercer el derecho de separación (p. 435).

1.2.4 Derechos de terceros

Acorde con el artículo 359° de la LGS, el acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el que se regula por lo dispuesto en el artículo 219° de la LGS.

Sin perjuicio del desarrollo de este derecho en el capítulo II del presente trabajo de investigación, debe señalarse que la fusión no podrá inscribirse antes que transcurra el plazo de 30 días desde la última publicación del acuerdo de la fusión.

Asimismo, debemos señalar que si bien la LGS no lo precisa, consideramos que para que proceda la oposición, los acreedores deben contar con un crédito que haya nacido antes de la fecha de publicación del acuerdo.

A su vez, de acuerdo a lo señalado en el artículo 219°³⁰ de la LGS, el crédito objeto de la oposición no debe encontrarse debidamente garantizado.

Adicionalmente el artículo 360° de la LGS, precisa que 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.

Finalmente, el artículo 362° de la LGS, precisa que los titulares de derechos especiales que no sean acciones o participaciones de capital disfrutan de los mismos derechos en la sociedad absorbente o en la incorporante, salvo que presten aceptación

³⁰ **Artículo 219°.- Derecho de oposición.**

El acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tiene derecho de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado. (...) (Subrayado agregado).

expresa a cualquier modificación o compensación de dichos derechos. Cuando la aceptación proviene de acuerdo adoptado por la asamblea que reúne a los titulares de esos derechos, es de cumplimiento obligatorio para todos ellos.

1.2.5 Nulidad de la fusión

De conformidad con el artículo 365° de la LGS, la pretensión judicial de nulidad contra una fusión inscrita en el Registro sólo puede basarse en la nulidad de los acuerdos de la junta general o asamblea de socios de las sociedades que se fusionan.

Asimismo, dicha pretensión tramitarse en el proceso abreviado, y ser dirigida contra la sociedad absorbente o incorporante, según sea el caso, en un plazo que caduca a los seis meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de fusión.

Finalmente, acorde con el artículo 366° de la LGS la declaración de nulidad no afecta la validez de las obligaciones nacidas después de la fecha de entrada en vigencia de la fusión. Todas las sociedades que participaron en la fusión son solidariamente responsables de tales obligaciones frente a los acreedores.

1.3 Escisión

Desde un punto de vista económico, la función de la escisión es compleja. De una parte, una sociedad (que dependiendo de la modalidad de escisión se extingue o subsiste) divide su patrimonio en dos o más partes (desconcentración) para aportarlas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes (concentración). Se advierte así, pues que la escisión puede servir para varias finalidades, tanto de desconcentración como de concentración de empresas (Broseta Pont, 2012, p. 586).

Ahora bien, centrándonos en la regulación de la escisión en nuestra legislación, debemos precisar que de acuerdo al 367° de la LGS, la escisión como aquel procedimiento de reorganización societaria, por el cual una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más

bloques³¹ para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por dicha ley.

Existen dos formas de escisión, las cuales son señaladas en dicho artículo, y que son conocidas en la doctrina como escisión total y escisión parcial. Cabe precisar que en ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones³² como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso.

La escisión total, consiste en la división de la totalidad del patrimonio de una sociedad (que producto de dicho proceso se extingue) en dos o más bloques patrimoniales que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez.

A su vez, la escisión parcial consiste en la segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad (que no se extingue pero deben ajustar su capital en el monto correspondiente) que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez.

Cabe precisar que si bien, en la escisión parcial, la sociedad escindida producto de la segregación de su patrimonio generalmente debe ajustar su capital en el monto correspondiente a la segregación, en ciertos casos la sociedad que escinde puede no reflejar una disminución de su patrimonio, como cuando los pasivos sean mayores a los pasivo y el bloque escindido, o cuando el bloque sea neutro, o cuando aun habiendo disminución existan reservas por ser capitalizadas y por lo tanto no ser necesaria la reducción del capital (Castle Álvarez-Maza, 2002, p. 260).

Con el objeto de contextualizar la regulación de la escisión en el derecho comparado, debemos mencionar que la legislación española, a diferencia de nuestra LGS,

³¹ Acorde con el artículo 369° de la LGS, se entiende por bloque patrimonial: i) un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida, ii) el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida, o iii) un fondo empresarial.

³² Conforme al artículo 368° de la LGS, 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, salvo pacto en contrario. El pacto en contrario puede disponer que uno o más socios no reciban acciones o participaciones de alguna o algunas de las sociedades beneficiarias.

añade una tercera forma de escisión, denominándola segregación³³, y definiéndola como el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias³⁴.

En palabras de Broseta Pont (2012), la diferencia fundamental frente a la escisión “tradicional”, reside en el hecho de que, en la segregación es la propia sociedad segregada y no sus socios, la que recibe las acciones o participaciones en la sociedad beneficiaria (p. 587).

En este punto debemos cuando menos precisar que si bien, la legislación española regula como un tipo de escisión a la operación por la cual una sociedad segrega parte de su patrimonio y los transfiere a otra sociedad a cambio de acciones o participaciones. Dicha operación es regulada por nuestra LGS como reorganización simple.

Llama la atención la similitud de esta denominada segregación con la reorganización simple que regula nuestra LGS, por lo que sin perjuicio del desarrollo de su diferenciación en el punto 1.4 del presente trabajo, debemos precisar que en nuestra opinión la reorganización simple es un tipo de reorganización independiente y distinto de la escisión.

1.3.1 Formalidades exigidas

De acuerdo al artículo 370° de la LGS, la escisión 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. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no se requiere acordar la disolución y no se liquida la sociedad o sociedades que se extinguen por la escisión.

Al respecto, el artículo 371° de la LGS precisa que el directorio³⁵ de cada una de las sociedades que participan en la fusión aprueba³⁶, con el voto favorable de la mayoría

³³ Inciso 3 del artículo 68° Ley 3/2009.

³⁴ Artículo 71° de la Ley 3/2009.

³⁵ En el caso de sociedades que no tengan directorio el proyecto de escisión se aprueba por la mayoría absoluta de las personas encargadas de la administración de la sociedad.

absoluta de sus miembros, el texto del proyecto de escisión, el cual deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 372° de la LGS.

Asimismo, conforme al artículo 376°, este proyecto es sometido a consideración³⁷ de la junta general o asamblea³⁸ de cada una de las sociedades participantes aprueba el proyecto de escisión con las modificaciones que expresamente se acuerden y fija una fecha común de entrada en vigencia³⁹ de la escisión.

Adicionalmente, conforme al artículo 380° de la LGS, una vez tomado el acuerdo de escisión, éste debe ser publicado por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso⁴⁰, y posteriormente, de conformidad con el artículo 381° de la LGS, deberá formalizarse mediante escritura pública, la cual contendrá la constancia de las referidas publicaciones.

Cabe precisar, que de conformidad con el artículo 379° de la LGS, las sociedades participantes están obligadas a formular un balance al día anterior a la fecha de la vigencia de la fusión, con excepción de las nuevas sociedades que se constituyen, que deberán formular un balance de apertura al día de la vigencia de la escisión.

Finalmente, debe precisarse que acorde con el artículo 378° de la LGS, si bien la vigencia de la escisión es fijada en los acuerdos de escisión, está supeditada a la inscripción de la respectiva escritura pública en los registros públicos.

³⁶ De conformidad con el artículo 373° de la LGS, la aprobación del proyecto de escisión implica la obligación del directorio o los administradores de las sociedades, 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 escisión.

³⁷ Los directores o administradores deberán informar, antes de la adopción del acuerdo, sobre cualquier variación significativa experimentada por el patrimonio de las sociedades participantes desde la fecha en que se estableció la relación de canje.

³⁸ La cual debe ser convocada cumpliendo con los requisitos establecidos en los artículos 374° y 375° de la LGS.

³⁹ De acuerdo al artículo 378° de la LGS, en esa fecha las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos (bloques escindidos) las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no.

⁴⁰ Cabe precisar que acorde con el artículo 43° de la LGS, 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.

1.3.2 Derechos de los socios

Conforme al artículo 383° de la LGS, el acuerdo de escisión da lugar al ejercicio del derecho de separación regulado por el artículo 200° de dicha ley. Sin perjuicio de ello, 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.

A efectos de ejercer el derecho de separación, la LGS otorga un plazo de diez días desde la última publicación que señala el artículo 380° de la LGS.

En este punto cabe precisar que –al igual que el caso de la fusión– en la legislación española no se regula el derecho de separación de los accionistas de las sociedades participantes de una escisión.

1.3.3 Responsabilidad de los socios

De acuerdo al artículo 388° de la LGS, cuando la escisión origine un cambio de responsabilidad de los socios o accionistas, es aplicable el artículo 334°, que precisa las reglas aplicables ante el cambio de responsabilidad de los socios ante una transformación⁴¹.

En este punto y dada la posibilidad del cambio de responsabilidad de los socios que señala el artículo 388° de la LGS, podemos concluir –al igual que en las fusiones– que la escisión puede aplicarse a los distintos tipos societarios.

De igual modo debemos precisar que en nuestra legislación no se exige que para el cambio de responsabilidad de limitada a ilimitada de los socios producto de la escisión, se requiera la aceptación de todos los socios; por lo que en caso algunos socios votaran en contra del acuerdo de escisión, tendrían la opción de ejercer el derecho de separación.

⁴¹ De acuerdo a dichas reglas, si los socios que en virtud de la escisión asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales –entendido este caso cuando la sociedad absorbente o resultante, a diferencia de las escidentes, es una en donde los socios tienen responsabilidad ilimitada–, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la escisión. Asimismo, si producto de la escisión la responsabilidad de los socios se convierte de ilimitada a 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.

1.3.4 Derechos de terceros

Acorde con el artículo 383° de la LGS, el acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición⁴², el que se regula por lo dispuesto en el artículo 219°. Sin perjuicio de ello el artículo 384°, precisa que 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.

Finalmente, el artículo 387° de la LGS, precisa que los titulares de derechos especiales en la sociedad que se escinde, que no sean acciones o participaciones de capital, disfrutan de los mismos derechos en la sociedad que los asuma, salvo que presten su aceptación expresa a cualquier modificación o compensación de esos derechos. Si la aceptación proviene de acuerdo adoptado por la asamblea que reúna a los titulares de dichos derechos, es de cumplimiento obligatorio para todos ellos.

1.3.5 Nulidad de la escisión.

La nulidad se rige por lo señalado en los artículos 366° y 365° de la LGS. En tal sentido, la pretensión judicial de nulidad contra una escisión inscrita en el Registro sólo puede basarse en la nulidad de los acuerdos de la junta general o asamblea de socios de las sociedades que se escinden.

Asimismo, dicha pretensión tramitarse en el proceso abreviado, y ser dirigida contra la sociedad escidente o escindida, según sea el caso, en un plazo que caduca a los seis meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la escritura pública de escisión.

Finalmente, acorde con el artículo 366° de la LGS la declaración de nulidad no afecta la validez de las obligaciones nacidas después de la fecha de entrada en vigencia de la escisión. Todas las sociedades que participaron en la escisión son solidariamente responsables de tales obligaciones frente a los acreedores.

⁴² Si bien este derecho será desarrollado en el Capítulo II del presente trabajo, dada la similitud de su regulación, nos remitimos a los comentarios que hicimos sobre este derecho en el caso de la fusión.

1.4 Reorganización simple

La reorganización simple es un tipo de reorganización societaria que no tuvo un antecedente en la anterior Ley General de Sociedades⁴³, y recién fue incluida en nuestra legislación societaria por la LGS, que la regula dentro de su Libro IV (Normas Complementarias), Sección Segunda (Reorganizaciones Societarias), Título IV (Otras formas de reorganización), y específicamente en su artículo 391°, donde la define como 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.

1.4.1 Práctica societaria antes de su regulación en la LGS.

En el Perú, el acto consistente en segregar parte del patrimonio de una sociedad y aportarlo a otra a cambio de acciones o participaciones que serán conservados en el activo de la sociedad aportante, antes de ser regulado en la LGS como reorganización simple, era una práctica societaria asemejada a la escisión (o división como era regulada en ese entonces por las normas tributarias), que fue utilizada con el objeto de obtener los beneficios de las normas tributarias de inicio de la década de los noventa.

En efecto como lo señala Castle Alvarez-Maza (2002), la legislación tributaria de inicio de los noventa, con la finalidad de promover reorganizaciones empresariales, permitía la escisión como una forma de reorganización empresarial, con indudables beneficios para los contribuyentes, sin embargo ésta no era regulada en la legislación societaria de ese entonces. En dicho contexto, el empresariado creó su propio esquema de escisiones sobre la base de lo que señalaba la legislación tributaria (dado que lo importante era encasillar la reorganización dentro de los parámetros de la legislación para lograr los beneficios que esta concedía). Dentro de dicho esquema, hubieron algunas prácticas ejecutadas en virtud a lo que la doctrina ha denominado como escisiones impropias (en contraposición a las propias que actualmente son reguladas como escisión por la LGS), y que no son otra cosa que lo que nuestra actual denomina reorganización simple (p. 261).

⁴³ Ley de Sociedades Mercantiles (Ley 16123), que fue modificada por el Decreto Legislativo 311 pasando a denominarse Ley General de Sociedades y fue derogada por Ley N° 26887.

1.4.2 Regulación en la normativa societaria

La reorganización simple, si bien ha sido regulada por la LGS dentro de su sección referida a las reorganizaciones societarias, a diferencia de otros tipos de reorganización como la transformación, fusión y escisión, no ha sido desarrollada en un amplio articulado que contemple detalladamente aspectos fundamentales como el procedimiento, requisitos y formalidades requeridas para su aprobación, entre otros.

Dentro del título denominado otras formas de reorganización, encontramos los dos artículos aplicables directamente a la reorganización simple, el artículo 391° y el 393° de la LGS, que literalmente precisan lo siguiente:

Artículo 391.- Reorganización simple:

Se considera reorganización 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.

Artículo 393.- Operaciones simultáneas:

Las reorganizaciones referidas en los artículos anteriores se realizan en una misma operación, sin perjuicio de que cada una de las sociedades participantes cumpla con los requisitos legales prescritos por la presente 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 una parte, el artículo 391° define a la reorganización simple y del otro el artículo 393° establece disposiciones aplicables de modo común para los tipos de reorganización desarrollados en ese título (IV), entre ellas la reorganización simple

Al respecto debemos precisar que si bien esos dos artículos de la LGS son los que se aplican directamente a la reorganización simple, conforme el propio artículo 393° lo precisa, la reorganización simple requiere que se cumplan con los requisitos prescritos por la LGS para cada uno de los diferentes actos que las conforman, como que el acuerdo se apruebe por la junta general⁴⁴, con el quórum correspondiente⁴⁵, entre otros.

⁴⁴ Numeral 7 del artículo 115° de la LGS.

Finalmente, el RRS desde su artículo 130° al 134°, regula los requisitos que debe contener la escritura pública del acuerdo de reorganización simple, las inscripciones de transferencia de los bienes y derechos que integran el bloque patrimonial aportado, y la reglas aplicables en caso que participen sociedades con domicilios distintos, así como cuando producto de dicha reorganización se constituya una nueva sociedad.

1.4.3 Definición

De acuerdo a Hundskopf Exebio (2014), la reorganización simple consiste en la división de uno o más bloques patrimoniales de la sociedad, para aportarlos a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes. (p. 151-152)

Por su parte, Elías Laroza (2002) refiriéndose a la reorganización simple señala que este mecanismo no es otra cosa que desgajar bloques patrimoniales de una sociedad existente, quien los aporta a otras, preexistentes o nuevas, a cambio de acciones o participaciones de la sociedad o las sociedades que reciben el aporte. Asimismo, precisa este tipo de reorganización tiene las siguientes particularidades: i) los bloques patrimoniales segregados pueden ser uno o más en la misma operación, ii) la ley califica de aportes a las transferencias de los bloques patrimoniales a las sociedades que los reciben, sean nuevas o preexistentes y, iii) la norma señala que las acciones o participaciones que emiten a cambio las sociedades receptoras corresponden a la aportante, quien las recibe y las conserva en sus activo (p. 841-842)

A su vez, Hernández Gazzo (2005) define a la reorganización simple como el acto mediante el cual una sociedad transfiere (aporta) una o más porciones de su patrimonio (bloques patrimoniales) a una o más sociedades, sean éstas sociedades que ya existen o que se constituyen al efecto. La sociedad que transfiere el bloque patrimonial, recibe a cambio acciones o participaciones representativas de capital de la sociedad receptora del bloque, por lo que, la primera se convierte en accionista o socia de la segunda, o en caso ya lo

⁴⁵ Artículo 126° de la LGS.

fuera, incrementa su participación en el capital de la receptora del bloque patrimonial. La sociedad transferente, no se extingue y mantiene aún cierto patrimonio (p. 1208).

En dicho contexto, definimos a la reorganización simple como un tipo de reorganización societaria por el cual: i) una sociedad divide parte de su patrimonio para transferirlo en bloque y en solo acto a otra sociedad o sociedades, sean estas nuevas o ya existentes, ii) la sociedad o sociedades receptoras del patrimonio transferido otorgan como contraprestación acciones o participaciones representativas de su capital, iii) dichas acciones o participaciones pasan a formar parte del activo de la sociedad transferente que se convierte en accionista o socia de las sociedades receptoras de su patrimonio.

Definida la reorganización simple debemos precisar que doctrinariamente ha sido confundida con otras instituciones societarias como la escisión o el aporte de capital. En tal sentido en los siguientes puntos comentaremos sus diferencias.

1.4.4 Diferencias con la escisión

En este punto debe precisarse que si bien en sus inicios la reorganización simple fue equiparada en la práctica empresarial a un tipo de escisión para fines tributarios, no deben confundirse ambos tipos de reorganización societaria.

En efecto, conforme señala Elías Laroza (2002), la LGS solo admite a la escisión total y la escisión parcial, por lo que todo proceso que se realice en forma diferente a las dos señaladas, no tendrá legalmente la condición de una escisión (p. 796). *

Si bien, el mismo autor reconoce que en doctrina se discute –entre otros– si la denominada “segregación patrimonial” es considerada otra forma de escisión, luego concluye que: “la “segregación patrimonial” no es otra cosa que un aporte de una sociedad a otra, a cambio de acciones o participaciones de la que recibe el aporte, en favor de la que lo realiza. Por ello, la Ley, correctamente, no la considera una forma de escisión y la denomina “reorganización simple”, cuya regulación encontramos en el artículo 391 de la Ley (Elías Laroza, 2002, p. 797).

A su vez, con ocasión de la diferenciación de la segregación patrimonial con la escisión parcial, Guashc Martorell (como se citó en Elías Laroza, 2002) señala que:

La distinción fundamental con la escisión parcial viene dada por el destino atribuido a las acciones o participaciones entregadas por las sociedades beneficiarias de la aportación, por cuanto no se distribuyen entre los socios de la sociedad segregada, sino que la contraprestación a la aportación patrimonial efectuada se atribuye directamente a la propia sociedad aportadora (p. 797).

En este punto es preciso mencionar el caso español, en donde además de las escisiones total y parcial, sí se regula un tercer tipo de escisión denominada “segregación”. Al respecto, Broseta Pont (2012), con ocasión de comentar la Ley 3/2009 (Ley de Modificaciones Estructurales – LME) española, precisa sobre la segregación:

A las anteriores [escisión total y parcial] la Ley vendría a añadir expresamente la “segregación”, muy frecuente en el tráfico. Por tal se entiende el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, *recibiendo a cambio la sociedad segregada* acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. (art. 71 LME). Se trata, en realidad, de la operación que la práctica conocía como aportación de rama de actividad a otra sociedad, es decir una aportación no dineraria a una sociedad (sea en el momento de la constitución, sea como consecuencia de un aumento de capital) (p. 587).

Ahora bien, con relación al concepto de unidad económica al que refiere la segregación, Broseta Pont (2012) señala que: aunque no parezca que deba tratarse, siempre y en todo caso, de una empresa, sí es necesario que se trate de una parte de ella que pueda ser objeto de explotación o, al menos, de un conjunto patrimonial dotado de una cierta homogeneidad o congruencia. (p. 587)

Sobre el particular, debemos señalar que en principio, en nuestra legislación la transferencia de uno o más bloques patrimoniales a una o más sociedades (creadas o por crearse) a cambio de acciones o participaciones a sido regulada bajo la denominación de reorganización simple, y como tal es una forma de reorganización distinta a la escisión. En tal sentido, si bien en España se ha regulado una institución con similares características – mas no idénticas– como un tipo de escisión, ello es en la legislación española y no en la peruana.

Ahora bien, las características de la segregación y la reorganización simple no son idénticas, toda vez que mientras en la *reorganización simple* el bloque a transferir puede ser cualquier activo que forma parte del patrimonio (o también conjuntamente con pasivos como veremos más adelante) en la *segregación* lo transferido es una unidad económica entendida como un conjunto patrimonial dotado de cierta homogeneidad, lo cual puede ser equiparado a un fondo empresarial, que también puede ser transferido en la *reorganización simple*, mas no es lo único que se puede transferir.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la legislación nacional, la principal característica que distingue a la reorganización societaria de la escisión es el destino de las acciones producto de la segregación patrimonial. En efecto, no sucede como en la escisión, en que la sociedad beneficiaria emite acciones a favor de los socios de la sociedad de la sociedad que se escinde, sino que las acciones emitidas como contraprestación al bloque patrimonial segregado son emitidas a favor de la sociedad misma (Hundskopf Exebio, 2014, p. 152). Es por ello, que en la reorganización simple incluso no hay necesidad de una relación de canje como en la escisión.

1.4.5 Diferenciación con el aporte de capital

En la doctrina nacional, existen posturas que definen a la reorganización simple como un simple aporte de capital de una sociedad a otra.

Por ejemplo, Elías Laroza (2002), con ocasión de diferenciar a la reorganización simple (a la cual denomina segregación patrimonial) de la escisión, señala que hay dos elementos fundamentales distintivos, pero de tal magnitud que hacen que la “segregación patrimonial” no sea otra cosa que un simple aporte de uno o más bloques patrimoniales, que no tiene las características de una escisión: i) las acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria no se entregan a los socios de la escidente sino a la misma sociedad aportante del bloque patrimonial; y ii) la sociedad aportante no sufre merma alguna en su patrimonio, desde que, a cambio del bloque patrimonial que aporta a otra, recibe, ella misma las acciones o participaciones correspondientes al bloque que transfiere. (p. 797)

Al respecto, si bien coincidimos con Elías Laroza en que queda clara la diferenciación entre la escisión y la reorganización simple, no compartimos su afirmación respecto a que esta última no es más que un simple aporte.

En primer lugar, debemos precisar que el legislador ha regulado la reorganización simple como un tipo de reorganización societaria y no como una modalidad de aporte, ya que, de haberlo querido así, hubiera regulado esta figura en el libro segundo de la LGS –en el cual se trata a los aportes–, por lo que no podría restringirse su alcance al de un simple aporte (Hundskopf Exebio, 2014, pp. 156-157).

En efecto, si bien el artículo 391° de la LGS al definir a la reorganización societaria señala que los bloques patrimoniales que se segregan son aportados a otra sociedad, este “aporte” debe ser interpretado como la transferencia realizada en virtud de este tipo de reorganización societaria, y no como un simple aporte de bloque patrimonial, el cual ya se encuentra previsto en el artículo 28° de la LGS⁴⁶, sin embargo dicha modalidad de aporte está sujeta a la valorización exigida por la misma LGS, es decir cada bien tendrá que ser valorizado por separado e inscrito a favor de la sociedad de forma unitaria. (Hundskopf Exebio, 2014, pp. 157-158).

En esa línea, interpretar el término aporte que utiliza el artículo 391° de la LGS, de modo que se considere a la reorganización societaria simple como un simple aporte, conllevaría a que la transferencia de activos que conforman el bloque patrimonial transmitido vía reorganización simple, no se realicen bloque o a modo de sucesión universal, sino que sería necesario transmitir cada activo del bloque de forma individual, desnaturalizándose esta modalidad de reorganización. (Castle Álvarez- Maza, 2002, p. 256).

En ese mismo sentido, Hundskopf Exebio (2014) precisa que: “si al término aporte, mencionado expresamente en el artículo 391 de la LGS, le damos una interpretación literal,

⁴⁶ Al respecto, Hundskopf Exebio (2014) señala que al ya encontrarse regulado el aporte de bloque patrimonial en el artículo 28 de la LGS, no habría razón entonces para regularlo nuevamente, en el artículo 391 de la LGS. Ahora bien, en el entendido de que las normas deben interpretarse en el sentido que les otorgue eficacia normativa, consideramos que habría que entender el término aporte, empleado por el legislador, no en un sentido jurídico, sino en uno coloquial; de lo contrario, se estaría derogando en forma tácita la norma, puesto que lo supuestamente regulado por el artículo sub examine ya habría sido sancionado por el artículo 28 (p. 158).

existirían demasiados costos de transacción que harían ineficiente dicha forma de reorganización, producto de la aplicación de las normas generales sobre aportes” (p. 158).

Hecha la diferenciación de la reorganización simple con un simple aporte de capital, debemos precisar que, en tanto que de acuerdo a la definición establecida en el artículo 391°, la reorganización simple consiste en la segregación de uno o más bloques patrimoniales para aportarlos a una o más sociedades nuevas o existentes, resulta esencial determinar que se entiende por bloque patrimonial y que se entiende por aporte.

1.4.6 Bloque Patrimonial

Dentro de la LGS, la definición de bloque patrimonial, que es importante para entender a la reorganización simple, no la encontramos en el artículo 391° de la LGS, más si la encontramos en el artículo 369° de dicha ley; sin embargo, en tanto este es un artículo que se encuentra dentro título referido a la escisión, podría cuestionarse su aplicación a la reorganización simple.

Al respecto Hunskopf Exebio (2014) comentando la aplicatoriedad a la reorganización simple de las definiciones de bloque patrimonial contenidas en el artículo 369° de la LGS, señala que:

Las definiciones contenidas en este artículo acerca de los bloques patrimoniales son perfectamente aplicables a la reorganización simple, aunque dicha norma haya sido incluida en el título correspondiente a la escisión, porque la LGS otorga a ambas figuras societarias, prácticamente, la misma naturaleza jurídica; es decir, son dos mecanismos de reorganización societaria, razón por la cual se encuentran reguladas en una misma sección, la sección segunda del libro cuarto de la LGS, manteniendo cada una sus propias particularidades. Por lo expuesto, consideramos perfectamente aplicable a la reorganización simple la definición que la LGS hace del bloque patrimonial en su artículo 369, aun cuando esta norma, como se ha mencionado, está ubicada en el título referido a la escisión como una forma específica de reorganización empresarial. (p. 153 – 154)

En efecto, si un término ya se encuentra definido en una norma, no se requiera una nueva definición cada vez que se vuelva a usar en la misma norma. Solo bastará que ese término sea interpretado con la definición ya establecida.

En esa línea, en tanto que la definición de bloque patrimonial ya se encuentra definida en la LGS, ésta resulta plenamente aplicable para interpretar la reorganización simple, no siendo un impedimento que se encuentre dentro de los artículos referidos a la escisión (art. 369°), tanto más si ambas son formas de reorganización societaria.

Conforme a ello, para los efectos de la reorganización simple se entiende por bloque patrimonial: 1) Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida; 2) El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y, 3) Un fondo empresarial. En tal sentido, un bloque patrimonial puede tener tres tipos valores netos: positivo, negativo y neutro.

En el primer supuesto, “*activo o conjunto de activos*”, el bloque patrimonial al estar integrado solo por activos y no incorporar pasivos, siempre tendrá un valor neto positivo.

En el segundo supuesto, “*conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos*” el bloque patrimonial al estar integrado de al menos un pasivo, su valor neto puede ser: a) positivo, cuando el activo o los activos tengan un valor superior al pasivo o a los pasivos, b) negativo, cuando el activo o los activos tengan un valor inferior al pasivo o a los pasivos, y c) neutro, cuando el activo o los activos tengan el mismo valor inferior al pasivo o a los pasivos.

Con relación a la posibilidad de la transferencia de un bloque patrimonial de valor neto negativo, Salas Sanchez (como se cita en Hundskopf Exebio, 2014) señala que: “la circunstancia de que en la generalidad de los casos los bloques patrimoniales que se transfieren por la reorganización tengan un valor neto positivo, en el que los activos tengan un valor superior al de los pasivos que integran el mismo bloque, no debe llevar a ignorar el caso opuesto dejándolo sin regulación alguna” (p. 156).

En efecto, dada la definición de bloque patrimonial como un conjunto de activos y pasivos, la transferencia de un bloque de valor neto negativo producto de una reorganización societaria, es plenamente posible, tanto más si el literal f) del artículo 130° del RRS, contempla dicha posibilidad, cuando precisa que en caso que el valor del bloque

patrimonial transferido sea negativo, se dejará constancia del mismo, y no se aumentará el capital de la sociedad receptora de dicho bloque patrimonial⁴⁷.

Finalmente, con relación al tercer supuesto, “fondo empresarial”, debemos precisar que su definición no se encuentra en ninguna norma del ordenamiento jurídico peruano, siendo la única referencia el anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, que lo define como: “el conjunto de bienes y derechos organizados por una ó más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios, el cual una vez registrado limita la responsabilidad del empresario”⁴⁸.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que en Italia, el fondo empresarial es denominado fondo de comercio, y es definido en palabras de Di Guglielmo (como se cita en Gonzales Barrón, 2001), como: “el conjunto de fuerzas productivas y de bienes homogéneos y heterogéneos, relativos a un determinado ejercicio comercial o industrial y que, como organismo económico compacto en función y existente con independencia de la vida del fundador y sus sucesores, está llamado a atraer una clientela. (p. 277)

En dicho contexto, coincidimos con Hernández Gazzo (2005) que este término puede ser reconducido hacia una definición como las de los incisos 1 y 2 del artículo 369° de la LGS, pero complementada con la idea de que esos activos y pasivos estén vinculados entre ellos y afectados a la realización de una línea de negocio, actividad empresarial o unidad de producción (p. 1215).

Conforme a ello, del mismo modo que en los supuestos anteriores, si el bloque patrimonial conformado por un fondo empresarial, está compuesto solo por activos, su valor neto será positivo, por el contrario, si está integrado también por uno o más pasivos, podría tener adicionalmente un valor negativo o neutro.

⁴⁷ Artículo 130.-Contenido de la escritura pública

La escritura pública de reorganización simple a que se refiere el artículo 391 de la Ley debe contener:

(...)

- f) En caso que sea positivo el valor neto del bloque patrimonial que se aporta, el 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;

(...)

⁴⁸ Visto en: http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/r_codigos/codigo31.htm.

1.4.7 El aporte en la reorganización societaria

Con relación al término aporte, debe precisarse que si bien este podría en otro contexto entenderse como la transferencia patrimonial de valor neto positivo, para el caso de la reorganización simple, conforme lo señalado anteriormente, el bloque patrimonial que se transfiere puede también tener un valor negativo o neutro. En tal sentido, el término aporte, para la reorganización simple debe entenderse como transferencia de valor neto positivo, negativo o neutro, según los intereses de las partes involucradas.

Conforme a ello, una reorganización simple puede tener tres supuestos, dependiendo de si el bloque (o bloques) patrimonial que se aporta tiene valor neto positivo, negativo o neutro. A continuación, precisaremos estos tres escenarios.

1.4.8 Reorganización simple con aporte de bloque patrimonial de valor neto positivo

Este supuesto, podría darse cuando el bloque patrimonial que se aportaría esté integrado solo por activos, o por un activo o conjunto de activos que tengan un valor superior al pasivo o conjunto de pasivos integrantes del bloque.

En este supuesto, una sociedad (aportante) identifica dentro de su patrimonio un bloque patrimonial de valor neto positivo, y lo transfiere vía aporte de capital a otra sociedad (receptora), la cual ingresa ese bloque patrimonial generando un aumento de capital por su valor neto en el mismo valor, y como resultado de dicho aumento, emite acciones a favor de la sociedad aportante.

Como consecuencia de lo anterior, la sociedad aportante no habría variado su capital como parte de esta reorganización simple, así como no habría afectado su patrimonio neto, puesto que recibe acciones emitidas por la sociedad receptora por el mismo valor del bloque segregado, las cuales constituyen activos de la sociedad aportante (inversión en valores).

1.4.9 Reorganización simple con aporte de bloque patrimonial de valor neto negativo

Este supuesto, podría darse cuando el bloque (o bloques) patrimonial que se aportaría esté integrado por un activo o conjunto de activos que tengan un valor inferior al pasivo o conjunto de pasivos integrantes del bloque.

En este supuesto, una sociedad (aportante) identifica dentro de su patrimonio un bloque patrimonial de valor neto negativo, y lo transfiere a otra sociedad (receptora), la cual ingresa ese bloque patrimonial negativo.

Al respecto, coincidimos con la opinión de Hernández Gazzo (2005), quien señala que en dicho caso no podría generarse un aumento de capital en la sociedad receptora, así como que se produciría una disminución en su patrimonio neto en el monto del valor neto del bloque patrimonial recibido (p. 1221).

Ahora bien, en el supuesto antes referido, sería una consecuencia lógica que el capital social de la receptora se vea reducido, sin embargo hay posturas doctrinarias que señalan, que esto no sería necesariamente así, en tanto que la receptora podría no efectuar reducción alguna, en cuyo caso se produce una afectación patrimonial que no genera disminución de capital⁴⁹.

Sin perjuicio de ello, debemos precisar que de conformidad con el artículo 391° de la LGS, la reorganización simple consiste en el aporte de un bloque patrimonial, a cambio de acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes, por lo que independientemente del valor neto negativo que tenga el bloque transferido, la aportante debe recibir acciones (o participaciones) por dicho aporte, las cuales conforme lo señalado anteriormente no pueden provenir de un aumento de capital, es decir, debe recibir acciones que ya se encuentren emitidas.

Como consecuencia de la operación descrita, la aportante mejoraría su posición patrimonial, en tanto recibiría acciones producto de transferir un bloque patrimonial de valor neto negativo, mientras que la receptora vería disminuido su situación patrimonial en razón al valor negativo del bloque recibido.

⁴⁹ Al respecto Hernández Gazzo (2005) señala que acorde con nuestra legislación societaria, la reducción de capital es obligatoria solo en determinados supuestos (p.1221).

1.4.10 Reorganización simple con aporte de bloque patrimonial de valor neto neutro

Este supuesto, podría darse cuando el bloque (o bloques) patrimonial que se aportaría esté integrado por uno o más activos que tengan un valor equivalente al pasivo o conjunto de pasivos integrantes del bloque.

En este supuesto, una sociedad (aportante) identifica dentro de su patrimonio un bloque patrimonial de valor neto neutro, y lo transfiere a otra sociedad (receptora), la cual ingresa ese bloque patrimonial neutro.

Al respecto, la recepción del bloque patrimonial de valor neto neutro, como en el caso del bloque valor neto negativo, no podría generar un aumento de capital, sin embargo a diferencia de dicho supuesto, tampoco generaría una reducción de capital.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 391° de la LGS, la reorganización simple consiste en el aporte de un bloque patrimonial, a cambio de acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes, por lo que independientemente del valor neto neutro que tenga el bloque transferido, la aportante debe recibir acciones (o participaciones) por dicho aporte, las cuales conforme lo señalado anteriormente no pueden provenir de un aumento de capital, es decir, debe recibir acciones que ya se encuentren emitidas.

Como consecuencia de la operación descrita, la aportante mejoraría su posición patrimonial, en tanto recibiría acciones producto de transferir un bloque patrimonial de valor neto neutro, mientras que la receptora no vería ni disminuida ni incrementada su situación patrimonial.

CAPITULO II: MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES EN LA REORGANIZACIÓN SOCIETARIA

La reorganización societaria, en todas sus modalidades, presenta múltiples efectos que pueden traer como consecuencia un cambio en la situación patrimonial de las sociedades participantes, por lo que, podrían afectar legítimos intereses de sus respectivos acreedores.

Al respecto, para su perfeccionamiento, la reorganización societaria, requiere un régimen especial de publicidad de los acuerdos en que se sustenten, así como los mecanismos destinados a cautelar los derechos de los terceros involucrados.

Cabe precisar que, no todos estos mecanismos los encontramos en las normas societarias, así como que no son regulados para todos los tipos de reorganización societaria; sin perjuicio de lo cual, serán desarrollados en el presente capítulo.

En dicho contexto, en los siguientes párrafos serán materia de análisis, el derecho de oposición de los acreedores, y la acción de nulidad de acuerdos societarios, ambos regulados en la LGS; asimismo se desarrollará la Acción Pauliana contemplada en el Código Civil.

2.1 El derecho de oposición

El derecho de oposición de los acreedores es una de las múltiples atribuciones que la ley otorga a los acreedores en defensa de sus créditos. Se trata de un elemento accesorio de esos créditos, que no puede ser transferido de forma independiente al crédito que se refiere (Cabanellas De las Cuevas, 2008, p. 331).

El sustento para este derecho está en el posible debilitamiento de las garantías efectivas a los acreedores en el marco de la transferencia patrimonial en los procesos de reorganización societaria. Así, independientemente que los acreedores sigan ostentando dicha condición, las garantías de ese crédito y su probabilidad de cobro pueden verse afectadas.

El debilitamiento de la posición de los acreedores, producto de los procesos de reorganización societaria, puede tener diversos orígenes. A modo de ejemplo puede darse el caso, en el que los activos transferidos no sean suficientes para atender los pasivos transferidos, por lo que ante un eventual cobro, tendrá que ejecutarse otros activos debilitando así la posición de los otros acreedores que tenían asegurados sus créditos en proporción a dichos activos⁵⁰.

Incluso puede darse un debilitamiento de dicha situación, cuando –por ejemplo en el caso de una fusión– los negocios de una de las sociedades fusionantes son de alto riesgo, con lo cual pondría en peligro la estabilidad de la nueva sociedad formada a partir de la fusión (Cabanellas de las Cuevas, 2008, p. 328).

Así también, podría resultar que producto de la reorganización, se altere la estructura de control y de administración de las sociedades participantes, apartando de tal control y administración a las personas cuyo prestigio y trayectoria habían llevado a los acreedores a otorgar su crédito a la sociedad deudora (Cabanellas de las Cuevas, 2008, p. 328).

Ahora bien, descritos esos escenarios, resulta evidente que el sustento del derecho de oposición se encuentra en un posible debilitamiento de las garantías efectivas a los acreedores, o el cambio de condiciones que posibilitaron el otorgamiento de dichos crédito, en el marco de la transferencia patrimonial en los procesos de reorganización societaria.

De otra parte, debe precisarse, que en tanto el derecho de oposición se sustenta en esa posible afectación a los acreedores, resultante de un proceso de reorganización societaria sobreviniente al otorgamiento de sus créditos, quienes tendrán ese derecho, serán aquellos que tenían esa calidad con fecha anterior a la publicación del acuerdo que sustenta la reorganización.

A su vez debe tenerse en cuenta que, como elemento accesorio al crédito, el derecho de oposición será renunciable en la medida que el crédito también lo sea, y será transferible

⁵⁰ Como en el caso que se transfiera un inmueble valorizado en S/. 500,000 junto con un pasivo de S/. 700,000. O en el caso que no obstante el valor del inmueble sea mayor al del pasivo transferido, la exigibilidad del pasivo sea a un plazo menor al de realización del inmueble.

junto con ese crédito. Asimismo quedará extinguido respecto a la reorganización mediante su no ejercicio por el acreedor (Cabanellas de las Cuevas, 2008, p. 330).

Hechas esas precisiones, abordaremos el tratamiento del derecho de oposición en la Ley General de Sociedades peruana.

2.1.1 El derecho de oposición en la Ley General de Sociedades

El derecho de oposición en nuestra legislación, se encuentra regulado en el artículo 219° de la LGS, en cuyo primer párrafo señala que: “El acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tiene derecho de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado”.

Cabe precisar que si bien en principio el precitado artículo está referido a un derecho de los acreedores frente a la reducción de capital⁵¹, son los propios artículos 359° y 383° de la LGS los que precisan que dicho derecho se aplica a la fusión y escisión – respectivamente–, los cuales conforme lo señalado anteriormente son tipos de reorganización societaria.

A su vez, el segundo párrafo del artículo 219° de la LGS señala que:

El ejercicio del derecho de oposición caduca en el plazo de treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos a que se refiere el artículo 217. Es válida la oposición hecha conjuntamente por dos o más acreedores; si se plantean separadamente se deben acumular ante el juez que conoció la primera oposición.

En efecto, si bien la LGS brinda este derecho a los acreedores de las sociedades participantes en una reorganización societaria⁵², en la medida que éste se perfeccionará luego de las publicaciones, de no ejercer este derecho dentro del plazo establecido, los acreedores se verán imposibilitados de hacerlo posteriormente.

Finalmente el tercer párrafo del artículo 219° de la LGS señala que:

⁵¹ Regulada en el Título III de la Sección Quinta del Libro II de la Ley General de Sociedades. Cabe precisar que los efectos de las reducciones de capital pueden ser diversos, depende si se analiza, para la sociedad, los accionistas o los acreedores.

⁵² Claro está que de acuerdo a nuestra vigente LGS solo lo ha previsto para el caso de la fusión y la escisión.

“La oposición se tramita por el proceso sumarísimo, suspendiéndose la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez, quien procede a dictar la medida cautelar correspondiente. Igualmente, la reducción del capital podrá ejecutarse tan pronto se notifique al acreedor que una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, ha constituido fianza solidaria a favor de la sociedad por el importe de su crédito, intereses, comisiones y demás componentes de la deuda y por el plazo que sea necesario para que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento”.

A su vez, de acuerdo al artículo 119° del RRS, que regula los requisitos que debe contener la escritura pública de fusión, precisa en su literal a) que ésta deberá contener 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. Por su parte, el artículo 124° del RRS, regula de forma similar los requisitos que debe contener la escritura pública de escisión.

Al respecto, Gonzales Barrón (2001), señala que el plazo de 30 días establecido en la LGS para que se notifique la demanda de oposición no es razonable, toda vez que resulta excesivamente corto para preparar e interponer una demanda, que luego se le admita, y además finalmente sea notificada; por lo que debería modificarse a efectos que solo se requiera la interposición de la demanda en dicho plazo (p. 443).

Sobre el particular, coincidimos con el citado autor en que el plazo de 30 días para el emplazamiento de una demanda de oposición no es razonable, toda vez que la admisión y la notificación de una demanda no depende del demandante sino del juzgado, por lo que solo debería requerirse la interposición de la demanda en dicho plazo, lo cual debería acreditarse por vía notarial, adjuntándose el cargo de recepción de la demanda de oposición. Ello si bien no se encuentra en la norma, es lo que se presenta dentro de la práctica societaria actual, por lo que sería recomendable su inclusión en la normativa societaria.

Ahora bien, de haberse producido oposición dentro del plazo (y puesta en conocimiento de la sociedad), de conformidad con el artículo 119° del RRS (en el caso de la fusión) y el artículo 124° (en el caso de la escisión), dichos tipos de reorganización

societaria solo podrán inscribirse, si en sus respectivas escrituras públicas se inserta, o se acompaña, la resolución judicial que declare: i) la aceptación del desistimiento del acreedor, ii) que se ha pagado del crédito que sustenta la oposición, iii) que se ha garantizado dicho crédito a satisfacción del Juez o, iv) se ha notificado al acreedor por parte de una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la constitución de una 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 dicho contexto, debe señalarse que, en la medida que lo que se quiere proteger es el debilitamiento de las garantías efectivas a los acreedores, al pagarse el crédito o garantizarse adecuadamente, no existe mayor sustento para la oposición al proceso de reorganización.

La opción prevista en la normativa societaria, de garantizar el crédito a efectos de poder inscribir la reorganización societaria pese al ejercicio del derecho de oposición, protege estos procesos, sin descuidar los derechos de los acreedores, con lo cual el mecanismo previsto en el artículo 219° no se convertiría en una traba para los procesos de reorganización.

En este punto debemos precisar, que como señalamos que viene dándose en la práctica societaria actual y que debería precisarse en la normativa dado el plazo de 30 días, lo que se comunica a la sociedad no es la admisión⁵³ de la demanda de oposición, sino su interposición. Al respecto, ello podría generar que una situación en la que los acreedores ejerzan su derecho de oposición a su solo criterio y sin ningún fundamento, de modo que se convierta en una traba para estos procesos.

Ante ello, creemos que lo dispuesto en los artículos 360° y 384° de la LGS, podría disuadir dicha conducta de los acreedores, preservando este tipo de reorganizaciones societarias. En efecto, dichos artículos han previsto que a fin que el derecho de oposición no sea empleado como un mecanismo de entorpecimiento del proceso de reorganización (fusión y escisión respectivamente), el juez puede sancionar la oposición promovida de

⁵³ Cabe precisar que incluso la resolución de admisión de la demanda no garantiza que la oposición ejercida tenga sustento, en tanto que en esta solo evalúa de modo preliminar los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda.

mala fe o con notoria falta de fundamento, imponiendo al acreedor demandante una penalidad de acuerdo con la gravedad del asunto, así como el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad.

Finalmente, debe señalarse, que aunque no lo señale la LGS ni el RRS, se entiende que la inscripción de la reorganización societaria también podrá realizarse cuando la demanda de oposición sea declarada infundada, se estime una excepción, o se declare el abandono, y que esa resolución sea firme.

Habiendo desarrollado el tratamiento del derecho de oposición en la normativa societario peruana, a continuación precisaremos su tratamiento en el derecho comparado.

2.1.2 El derecho de oposición en el Derecho Comparado

En el Derecho Comparado, encontramos que el derecho de oposición, como mecanismo de protección del crédito ante los procesos de reorganización societaria, ha sido regulado de forma diversa.

2.1.2.1 Italia

Por ejemplo en Italia, el artículo 2503 del Código Civil regula un régimen de oposición por los acreedores, en el que la fusión puede llevarse a cabo, no obstante haberse producido tal oposición, si la sociedad procede al pago de sus créditos, efectúa el depósito bancario de la suma correspondiente a tales créditos o da una garantía adecuada a criterio del tribunal interviniente. Asimismo, puede proseguirse con la fusión si los acreedores dan su consentimiento a ello (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pp. 328 -329).

2.1.2.2 España

En el caso de España, de acuerdo a la Ley 3/2009 (Ley de Modificaciones Estructurales – LME), el derecho de oposición ha sido reconocido a los acreedores en los procesos de reestructuración empresarial de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo.

Al respecto, si bien en el numeral 3 de su artículo 44° de la LME, se establece que la fusión⁵⁴ no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad no preste garantía a satisfacción del acreedor o le notifique a este la presta con de fianza solidaria a favor de la sociedad a favor de la sociedad por una entidad de crédito, el numeral 4 de dicho artículo –introducido por la Ley 1/2012– reconoce expresamente la posibilidad de que, a pesar de haberse ejercitado en plazo y forma el derecho de oposición, la fusión se lleve a cabo sin prestar garantías⁵⁵.

2.1.2.3 Alemania

A su vez en Alemania se prevé la posibilidad que en los procedimientos de fusión, los acreedores soliciten una garantía respecto de sus créditos, luego de inscrita la fusión, de modo que no impida la concreción de la misma. La protección de los acreedores, se complementa con reglas que hacen a los administradores responsables respecto de los perjuicios que la fusión pueda ocasionar a los acreedores preexistentes a la fusión (Cabanelas de las Cuevas, 2008, p. 329).

2.1.2.4 Inglaterra

En el Derecho inglés, se destacan varios mecanismos que no se encuentran recogidos en los Derechos de origen continental europeo. En su regulación, el juez interviniente en la operación, deberá aprobarla teniendo en cuenta, entre otros elementos, sus efectos sobre los acreedores. Asimismo, se ha previsto que el tribunal, a pedido de algún acreedor, exija

⁵⁴ Cabe precisar que de acuerdo al numeral 1 del artículo 73° de la Ley 3/2009, la escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión en esta Ley. Asimismo, conforme al numeral 2 del artículo 88°, en el caso de la cesión global de activos y pasivos, los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión.

⁵⁵ Al respecto Fernández de Córdova (2013) comentando la modificación a la norma señala que el legislador se ha mostrado consciente de que, inmerecidamente, el derecho de oposición integraba, junto con la fiscalidad, el *core* de la estrategia a seguir en los procesos de reestructuración empresarial, la pieza clave de la hoja de ruta —con la banca al acecho como el acreedor protegido por antonomasia— capaz por sí sola de frustrar el reajuste empresarial. Un derecho tan fuerte como éste admitía poca defensa en tiempos tan convulsos como los presentes. La reforma se inscribe, por tanto, en una legislación de crisis, que impone el lógico sacrificio de intereses particulares sobredimensionados en pro del superior beneficio social que representan el mantenimiento del tejido empresarial y la existencia de herramientas legales capaces de propiciar su más eficiente reordenación. (pp. 74 -75).

que una fusión sea sometida al voto de los acreedores, sin cuyo voto favorable (de una mayoría especial) no se concretará la fusión (Cabanellas de las Cuevas, 2008, p. 329).

2.1.2.5 Brasil

En el caso brasileño, los acreedores tienen un término de sesenta días, desde la publicación de la fusión, durante el cual el acreedor anterior tendrá derecho a pedir la separación de los patrimonios para que los créditos sean pagados con los bienes de las respectivas masas (Cabanellas de las Cuevas, 2008, p. 329).

2.2 Nulidad de acuerdos societarios

La LGS contempla la posibilidad de cuestionar judicialmente la validez de los acuerdos societarios cuyo contenido, se oponga al estatuto o al pacto social, o lesione los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, sea contrario a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en la LGS o en el Código Civil.

Al respecto, la LGS prevé la impugnación (art. 139°) y la acción de nulidad (art. 150°), los cuales son mecanismos procesales por los cuales se cuestiona la validez de los acuerdos societarios (en el primer caso por adolecer de nulidad relativa mientras que en el segundo de nulidad absoluta) y cuya estimación trae como consecuencia la nulidad de dichos acuerdos.

A su vez, el artículo 151° de la LGS dispone que no se admitirán otras acciones destinadas a cuestionar la validez de los acuerdos de una junta general o de sus efectos, que no sean las antes referidas.

En este punto, debemos precisar que si bien los dos mecanismos antes señalados (impugnación y acción de nulidad), buscan cuestionar la validez de los acuerdos societarios, los acreedores no poseen la legitimidad pasiva para interponer ambos.

En efecto, en el caso de la impugnación, que conforme al artículo 139° de la LGS, cuestiona la validez de los acuerdos societarios cuyo contenido, se oponga a dicha ley, el

estatuto o al pacto social, o lesione los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas; solo puede ser interpuesta por los accionistas⁵⁶ que: i) no hubiesen asistido a la junta, ii) hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto, o iii) hubiesen hecho constar su oposición al acuerdo en el acta de la junta general⁵⁷.

Conforme a ello, ante una reorganización societaria –entre ellas la reorganización simple–, la *impugnación* solo podría ser utilizada por los accionistas, y en la medida que el acuerdo se hubiera adoptado contraviniendo la LGS o los estatutos de las sociedades participantes, o si con dicha operación se lesionara los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas.

Por su parte, en el caso de la acción de nulidad, el artículo 150° de la LGS dispone que pueden ser objeto de la misma, los acuerdos societarios cuyo contenido sea contrario a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en dicha ley o en el Código Civil. Asimismo, dicho artículo dispone que puede ser interpuesta por cualquier persona que tenga legítimo interés, dentro del año de la adopción del respectivo acuerdo, luego de lo cual caducará la acción.

En tal sentido, ante un acuerdo de reorganización societaria –como la reorganización simple–, la *acción de nulidad* podría ser utilizada dentro del plazo señalado, por los accionistas, los directores, los acreedores, y cualquier tercero con legítimo interés, en la medida que el acuerdo se hubiera adoptado contraviniendo normas imperativas o incurriendo en causales previstas en el Código Civil⁵⁸.

En esa línea, si el acuerdo se hubiera tomado sin contravenir normas imperativas o incurrir en otras causales de nulidad, no podría servir como un medio efectivo de defensa

⁵⁶ Al respecto Hundkopf Exebio (1998) señala que si bien el artículo 95° de la LGS al enumerar los derechos mínimos del titular de acciones con derecho a voto, no incluye el derecho a la impugnación de acuerdos societarios, es la propia ley la que en su artículo 140° se lo reconoce. Asimismo señala que éste es: i) un derecho potestativo (ya que el accionista tiene la facultad o no de ejercerlo), ii) un derecho personal (porque es inherente a la condición de accionista), y iii) un derecho subjetivo (por cuanto se le concede al accionista dicho derecho para formular su pretensión en base a su apreciación personal, la misma que debe compatibilizarse con el interés social). (p. 89-90).

⁵⁷ Artículo 140° de la LGS.

⁵⁸ Al respecto, el artículo 219° del Código Civil señala que el acto jurídico es nulo cuando: i) Falta la manifestación de voluntad, ii) se haya practicado por persona absolutamente capaz, iii) su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable, iv) cuando su fin sea lícito, v) cuando su fin sea ilícito, vi) cuando no revista la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad, vii) cuando la ley lo declara nulo, y viii) sea contrario al orden público o las buenas costumbres.

para un acreedor que quiera impedir o suspender los efectos de la reorganización por el solo mérito de que su crédito no se encuentre debidamente garantizado en dicha operación.

Conforme a ello, atendiendo a los distintos escenarios en los que un acreedor puede considerar que su crédito no se encuentra debidamente garantizado con ocasión de una reorganización societaria, consideramos que la acción de nulidad no supliría al derecho de oposición en la tutela de los intereses del acreedor, en tanto que este último cautelaría de manera más efectiva su derecho de crédito en estos procesos de reorganización.

2.3 La Acción Pauliana

La acción pauliana o también llamada revocatoria, es un medio de conservación del patrimonio del deudor en su función de garantía de los acreedores y, al mismo tiempo, efectos de las obligaciones. Como precisa García Amigo (como se cita en Berrocal Lanzarot, 2013), son efectos que la Ley otorga a todo acreedor o, si se quiere, efectos *ex lege* que integran el contenido de poderes y facultades correspondientes a la posición jurídica de todo acreedor (p. 67).

Esta acción legitima al acreedor para revocar o impugnar actos o negocios celebrados por el deudor con terceros con manifiesta intención de defraudar a su acreedor o acreedores, esto es, de vaciar o minusvalorar su patrimonio con transmisiones fraudulentas, restituyendo los bienes salidos del patrimonio de aquél como consecuencia de tales actos o negocios (Berrocal Lanzarot, 2013, p. 318).

En efecto, en la medida que ciertos actos fraudulentos del deudor pueden producir una afectación efectiva en su patrimonio que impide al acreedor cobrar su crédito, la acción pauliana le permite a este último impugnar los actos que el deudor hubiera realizado en fraude del derecho de crédito.

De esta manera, la acción pauliana, está dirigida a privar de eficacia a los actos de enajenación fraudulentos realizados por el deudor, siendo realizada en nombre propio y con carácter personal (Jordano Fraga, 2001, pp. 30-31).

Ahora bien, para su ejercicio, la acción pauliana, requiere los siguientes presupuestos:

- La existencia de un crédito anterior al acto cuya ineficacia se solicita, a favor de quien ejercita la acción⁵⁹, salvo que el deudor y el tercero hubiesen celebrado dicho acto con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor.
- La realización por el deudor de un acto que le ocasione una disminución patrimonial económica en perjuicio del acreedor (eventus damni), que le impide satisfacer el crédito en su integridad.
- Que al acto de cuya impugnación se trata sea un acto fraudulento; es decir, realizado de común acuerdo con ánimo de defraudar por el deudor y el tercero que ha sido parte en el acto “consilium fraudis”⁶⁰.

2.3.1 La Acción Pauliana en el Código Civil Peruano

La acción pauliana en el Perú, se encuentra regulada en el artículo 195° del Código Civil, en cuyo primer párrafo preceptúa que:

“El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro”.

Asimismo, en su segundo párrafo precisa que:

“Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos: 1) Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos; 2) Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la

⁵⁹ Ello en la medida que si el crédito no fuera anterior, ya nacería con las garantías disminuidas, es decir, el acto cuya ineficacia se pretende, no importaría una disminución a su patrimonio al momento de contraer el crédito.

⁶⁰ Al respecto, conforme señala Berrocal Lanzarot (2013), la acción revocatoria precisa probar que el acto —a título oneroso— determine que la insolvencia responde a una intención de defraudar que concurre tanto en el deudor como en el tercero. (p. 341).

satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados”.

Finalmente, el último párrafo del referido artículo señala que:

“Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito”.

Al respecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema, puede afirmarse que el artículo 195° del Código Civil, condiciona el ejercicio de la acción pauliana a tres elementos: 1) El *eventus damni*, o perjuicio del acreedor; 2) El *consilium fraudis*, o intención del deudor de causar perjuicio a su acreedor o ser consciente del perjuicio que causa, y 3) al *consciis fraudes*, o el conocimiento que tiene el tercero que contrata con el deudor en cuanto al perjuicio que se irroga al acreedor de este último⁶¹.

De ese modo, y de acuerdo a lo señalado por Lohmann Luca de Tena, el artículo 195° del Código Civil regula la facultad que la ley otorga al acreedor para pedir la declaración de inoponibilidad o ineficacia respecto de él, de ciertos actos dolosos o negligentes mediante los cuales el deudor dispone de su patrimonio o lo grava, y que causen perjuicio a sus derechos, hasta el límite de ellos (Lohmann Luca de Tena, 2007, p. 628).

En dicho contexto, debemos precisar que si bien este es un medio de protección para los acreedores que sienten vulnerada la garantía de sus créditos, conforme su regulación, solo privaría de eficacia –respecto de él– a aquellos actos por el cual su deudor menoscabe su patrimonio de forma fraudulenta.

En tal sentido, ante operaciones en las cuales, no se presente este elemento (intención del deudor de causar perjuicio o ser consciente del perjuicio que causa), o no se

⁶¹ Casación N.º 781-2002 (El SANTA). (2003). Corte Suprema de Justicia de la República: Sala Civil Permanente. Recuperado del portal jurídico en español vLex: <https://vlex.com.pe/vid/-472374654>

pueda probar (recordemos que el acreedor tiene la carga de la prueba), no procedería la acción pauliana, por lo que en estos casos estaría desprotegido.

Conforme a ello, consideramos que si bien la acción pauliana es un medio efectivo de protección de créditos, no es el que otorgue mayor tutela a un acreedor ante un proceso de reorganización societaria, como lo es una reorganización simple.



CAPITULO III: LA NECESIDAD DE MODIFICAR LA REGULACIÓN DE LA REORGANIZACIÓN SIMPLE E INCLUIR EL DERECHO DE OPOSICIÓN

Conforme a lo señalado en el Capítulo I del presente trabajo, la reorganización simple a diferencia de otros tipos de reorganización societaria, como la transformación, fusión o escisión, no tiene un amplio desarrollo normativo en la LGS.

En efecto, su regulación directa⁶² la encontramos sólo en los artículos 391° y 393° de la LGS, sin embargo éstos no contemplan –ni por remisión– algún mecanismo de defensa de los acreedores, como el derecho de oposición, que si se encuentra regulado para los casos de fusión y escisión.

Ello podría deberse, según algunos autores, a que el legislador no consideró que con este tipo de reorganización se pueda vulnerar los derechos de los acreedores. Sin embargo, esa no es nuestra posición, en tanto que sostenemos que, desde que este tipo de reorganización implica la transferencia de bloques patrimoniales de una sociedad a otra, pueden generarse situaciones en los cuales los acreedores de dichas sociedades consideren que sus créditos no se encuentran debidamente garantizados.

3.1 ¿Transferencia o aporte?

Ahora bien, antes de señalar los supuestos en que podrían vulnerarse las garantías del crédito de un acreedor en la reorganización simple, debemos precisar que la reorganización simple permite el traslado de bloques patrimoniales de una sociedad a otra, con

⁶² Señalamos regulación directa, en tanto que el artículo 393° dispone que la reorganización simple requiere que se cumplan con los requisitos prescritos por la LGS para cada uno de los diferentes actos que la conforman.

independencia de su valor neto, siempre que por lo menos se traslade un activo en dicho bloque⁶³.

En efecto, acorde con la definición de bloque patrimonial de la LGS, toda reorganización simple, pueden tener tres valores netos: positivo, negativo y neutro⁶⁴; lo cual se condice con el literal f) del artículo 130° del RRS, que regula el supuesto en el que el valor neto del bloque transferido sea negativo⁶⁵.

Al respecto, se precisa que el término usado en el artículo 391° de la LGS, cuando define la transferencia patrimonial de una sociedad a otra en la reorganización societaria, es el aporte, lo cual puede inducir a interpretar que solo puede transferirse bloques patrimoniales de valor neto positivo, en la medida que el término usado tiene un sentido positivo.

En ese sentido, creemos que debería modificarse el artículo 391° de la LGS, de forma que se cambie el término de “aporte” por el de transferencia, para evitar confusiones respecto al contenido del bloque patrimonial a transferirse en la reorganización simple. Asimismo, en dicho artículo debería precisarse los valores netos que podrían tener los bloques patrimoniales que se transfieren.

Artículo 391.- Reorganización simple.

Se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los transfiere a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

Los bloques patrimoniales a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, pueden tener valor neto positivo, negativo o neutro.

⁶³ Al respecto, a opinión de Hernández Gazzo (2005) dicha restricción (la del traslado de al menos un activo) es absurda en la medida que el traslado del bloque patrimonial puede ser de contenido negativo (p. 1218).

⁶⁴ Sin embargo, como refiere Hernández Gazzo (2005) a efectos de evitar confusión en la interpretación, en la redacción del vigente artículo 391° de la LGS, debería modificarse “aporte” por “transferencia”, en la medida que aporte debería estar restringido para aquellos bloques patrimoniales de valor neto positivo, lo que no es el único supuesto de aplicación de la reorganización societaria simple (pp. 1220 – 1221).

⁶⁵ Las razones para que tanto la sociedad transferente del bloque patrimonial como la receptora estén interesadas en la transferencia de un bloque de valor neto negativo, pueden ser diversas; por ejemplo desde la perspectiva de la sociedad transferente, puede ser el fortalecer su patrimonio eliminando determinado bloque negativo, o desde la perspectiva de la receptora, el adquirir valores que no se pueden ver reflejados en los estados financieros por su naturaleza de bienes intangibles, pero que le otorgan un valor significativo al bloque patrimonial (Hundskopf Exebio, 2014, p. 159).

3.2 Supuestos de afectación a acreedores en la transmisión de bloques patrimoniales de valor neto positivo

En la reorganización simple que implique la transferencia de un bloque patrimonial positivo, la sociedad aportante no habría variado su capital como parte de esta reorganización simple, así como no habría afectado su patrimonio neto, puesto que recibe acciones emitidas por la sociedad receptora por el mismo valor del bloque segregado, las cuales constituyen activos de la sociedad aportante (inversión en valores).

En este caso, en principio podría considerarse que ningún acreedor de las sociedades participantes podría sentirse afectado por dicha segregación patrimonial, y de ese modo, encontrarse justificado que se aplique el mismo procedimiento del aporte de capital; sin embargo, también podría darse el caso, en el que dentro del bloque patrimonial de valor neto positivo, se transfiera un activo que a criterio de un acreedor de la sociedad transferente garantizaba su crédito, mientras que las acciones recibidas a cambio, no lo hacen adecuadamente.

Asimismo, teniendo en cuenta que el bloque patrimonial valor positivo, puede incluir uno o más pasivos (en la medida que no excedan el valor de los activos), podría darse el caso, en el que el acreedor cuya acreencia fue transmitida en el bloque patrimonial a otra sociedad producto de una reorganización simple, considere que su crédito no está debidamente garantizado en esta nueva sociedad.

3.3 Supuestos de afectación a acreedores en la transmisión de bloques patrimoniales de valor neto neutro

En la reorganización simple que implique la transferencia de un bloque patrimonial neutro, la aportante, en el balance, mejoraría su posición patrimonial, en tanto recibiría acciones producto de transferir un bloque patrimonial de valor neto neutro, mientras que la receptora no vería ni disminuida ni incrementada su situación patrimonial.

En este supuesto, al igual que el caso de la transmisión de bloques de valor neto positivo, se podría transferir un activo que a criterio de un acreedor de la sociedad

transferente garantizaba su crédito, mientras que las acciones recibidas a cambio, no lo hacen adecuadamente.

A su vez, en el caso de la transmisión de un pasivo que integre el bloque patrimonial de valor neto neutro, el acreedor titular de dicha acreencia (transmitida en el bloque patrimonial) podría considerar que su crédito no está debidamente garantizado en la sociedad receptora del bloque.

3.4 Supuestos de afectación a acreedores en la transmisión de bloques patrimoniales de valor neto negativo

En la reorganización simple que implique la transferencia de un bloque patrimonial negativo, la aportante mejoraría su posición patrimonial, en tanto recibiría acciones producto de transferir un bloque patrimonial de valor neto negativo, mientras que la receptora vería disminuido su situación patrimonial en razón al valor negativo del bloque recibido.

En este escenario los acreedores pueden ver afectadas o debilitadas sus garantías para hacer efectivo el cobro de sus acreencias, en tanto que el patrimonio neto de la receptora del bloque patrimonial de valor negativo empeora, sin que los acreedores tengan la oportunidad de oponerse a tal reorganización, en tanto que las garantías y con ello la posibilidad de cobro de su crédito podrían verse seriamente afectadas.

Asimismo, conforme a los supuestos anteriores, se podría transferir un activo que a criterio de un acreedor de la sociedad transferente garantizaba su crédito, mientras que las acciones recibidas a cambio, no lo hacen adecuadamente.

Así también, en el caso de la transmisión de un pasivo que integre el bloque patrimonial de valor neto negativo, el acreedor titular de dicha acreencia podría considerar que su crédito no está debidamente garantizado en la sociedad receptora del bloque.

3.5 Inclusión del derecho de oposición en la reorganización simple

Conforme a los supuestos anteriormente mencionados, el procedimiento para ejecutar un acuerdo de este tipo (reorganización simple), debe contar con la posibilidad que los acreedores se opongan a tal acuerdo si consideran que las garantías del cobro de su crédito se vería afectado, tal como sucede en una reducción de capital, en una fusión o en una escisión, para cuyos supuestos sí se ha regulado el derecho de oposición.

En dicho contexto, si bien en todos los supuestos de una reorganización simple no existirá una efectiva afectación a las garantías para el cobro efectivo del crédito de los acreedores de las sociedades participantes, si existe potencialmente esa afectación, por lo que si tal derecho está previsto en nuestra LGS para los casos de fusión y escisión, no habría por que hacer una distinción en la reorganización simple.

Asimismo, debemos precisar que si bien actualmente, los acreedores de las sociedades participantes en una reorganización simple, pueden cuestionar la validez del acuerdo vía una acción de nulidad, este no es un medio efectivo de defensa para un acreedor que quiera impedir o suspender los efectos de la reorganización por el solo mérito de que su crédito no se encuentre debidamente garantizado en dicha operación, en tanto que la acción de nulidad, solo procederá si el acuerdo se hubiera adoptado contraviniendo normas imperativas o incurriendo en causales previstas en el Código Civil.

A su vez, si bien los acreedores de las sociedades participantes en una reorganización simple, pueden recurrir a la acción pauliana, ante una vulneración de la garantía de sus créditos; sin embargo, conforme su regulación, solo privaría de eficacia – respecto de ellos– a aquellos actos por el cual su deudor menoscabe su patrimonio de forma fraudulenta.

En tal sentido, ante operaciones en las cuales, no se presente la intención del deudor de causar perjuicio o ser consciente del perjuicio que causa, o no se pueda probar, no procedería la acción pauliana, por lo que en estos casos estaría desprotegido. De ahí que señalemos que esta acción no es la que otorgue mayor tutela a un acreedor ante un proceso de reorganización societaria, como lo es una reorganización simple.

En dicho contexto, a efectos de contar con un mecanismo efectivo ante la potencial afectación a las garantías para el cobro efectivo del crédito de los acreedores de las sociedades participantes en una reorganización simple, debe regularse el derecho de oposición en este tipo de reorganización.

Al respecto, consideramos que debería incluirse el artículo 391-A en la LGS, que habilite el ejercicio del derecho de oposición en la reorganización simple, con el siguiente detalle:

Artículo 391-A.- Derecho de oposición.

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

A su vez, consideramos que el ejercicio de este derecho debe limitarse, a efectos que no se utilice mala fe o sin ningún fundamento, evitando de eso modo que se convierta en una traba innecesaria a dichos procesos de reorganización empresarial.

Al respecto, proponemos la inclusión del artículo 391-B, que contenga una sanción ante la interposición de este derecho sin fundamento, con la siguiente redacción:

Artículo 391-B.- Sanción para la oposición de mala fe o sin fundamento.

Cuando la oposición a la reorganización simple se hubiese promovido con mala fe o con notoria falta de fundamento, el juez impondrá al demandante, 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.

En esa misma línea, consideramos que a efectos de cautelar los derechos de los acreedores de las sociedades participantes en esta reorganización simple, se incluya como requisito para la inscripción de dicha reorganización en el Registro de Sociedades, las publicaciones de los avisos en los cuales conste el respectivo acuerdo, así como una constancia emitida por las sociedades participantes, que acredite que no se les ha puesto en conocimiento demandas de los acreedores oponiéndose a la reorganización simple.

En tal sentido, debe derogarse el artículo 131° del RRS, en tanto que precisa que, para la inscripción de la reorganización simple no se exigirá la constancia de no haberse

formulado oposición por los acreedores. Asimismo, debe modificarse el literal a) del artículo 130° de dicho reglamento, de la siguiente manera:

Artículo 130.- Contenido de la escritura pública La escritura pública de reorganización simple a que se refiere el artículo 391° de la Ley debe contener:

- a) Las publicaciones del aviso de los acuerdos de reorganización simple así como la constancia expedida por el gerente general o por la persona autorizada de cada una de las sociedades participantes en la reorganización simple, de que la sociedad no ha sido demandada ante el Poder Judicial por los acreedores oponiéndose a la reorganización simple.

Si se hubiere producido oposición notificada dentro del plazo previsto en el artículo 219 de la Ley, la reorganización simple 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 219 de la Ley o la aceptación del desistimiento del acreedor.

Estas modificaciones propuestas creemos que dotaran de mayores garantías ante este tipo de reorganización societaria, protegiendo a los acreedores de las sociedades participantes, lo cual repercutirá en su propio beneficio.

CONSIDERACIONES FINALES

Los procesos de reorganización societaria, como bien señalamos anteriormente, pueden generar situaciones en las que se afecten diversos intereses, entre ellos el de los acreedores, aunque también el de los accionistas minoritarios.

En dicho contexto, en los siguientes párrafos, hemos querido incluir el caso de la protección de los accionistas minoritarios en la reorganización simple, que si bien no es materia del presente trabajo de investigación, queremos señalar algunas ideas que podrían mejorar su regulación

En primer lugar debemos precisar que actualmente, los accionistas de una sociedad participante de una reorganización societaria cuentan con el derecho a cuestionar la validez del acuerdo societario de reorganización, a través de la *impugnación* regulada en el artículo 139° de la LGS y la *acción de nulidad* regulada en el artículo 150° de la LGS.

Al respecto, podrán utilizar la impugnación para cuestionar la validez de dicho acuerdo en la medida que su contenido, se oponga a la LGS, al estatuto, al pacto social, o lesione los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas.

A su vez, podrán utilizar la acción de nulidad para cuestionar el acuerdo de reorganización simple, en tanto su contenido sea contrario a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en dicha ley o en el Código Civil.

Fuera de esos supuestos, un acuerdo societario de reorganización societaria, no podría ser cuestionado por dichas acciones, por lo que de no estar de acuerdo con él⁶⁶, los accionistas podrían optar por hacer ejercicio del derecho de separación⁶⁷.

⁶⁶ Recordemos que en los casos de reorganizaciones societarias, la LGS no exige que estos acuerdos se adopten por unanimidad.

⁶⁷ En palabras de Elías Laroza (2002), el derecho de separación, también llamado derecho de receso, es una institución que aparece en el derecho italiano con el objeto de preservar a los accionistas minoritarios frente a determinados acuerdos de modificaciones del estatuto que entrañan cambios excepcionales y drásticos en la estructura de la sociedad y sus acciones o en determinadas operaciones societarias, poniendo al accionista en

Al respecto, debe precisarse que si bien, el derecho de separación ha sido regulado para los casos de transformación, fusión y escisión, no lo ha sido para la reorganización simple.

Dicha diferenciación no tendría sustento, en la medida en este último tipo de reorganización, también podrían generarse cambios en la estructura de la sociedad⁶⁸, que ameritarían la necesidad de tutela de los intereses de los accionistas minoritarios, y sustentarían la inclusión del derecho de separación en la reorganización simple.

En este punto cabe precisar, que de acuerdo a su regulación en el artículo 200° de la LGS, el derecho de separación presenta las siguientes características:

- Es un derecho de los accionistas con y sin derecho a voto⁶⁹.
- Consiste en el retiro del accionista de la sociedad y el reembolso del valor de sus acciones⁷⁰.
- Solo opera ante la adopción de acuerdos en los casos previstos por ley o el estatuto⁷¹.
- Los acuerdos que dan opción al derecho de separación deben ser publicados⁷².

una situación difícil, que era totalmente imprevisible al momento que se decidió formar parte de la sociedad. Es una excepción al principio de mando de las mayorías. (p. 407)

⁶⁸ Como en el caso que producto de una reorganización simple, una sociedad segregue todo su patrimonio a cambio de acciones de otras sociedades convirtiéndose en un *holding*.

⁶⁹ Sobre el particular, Hundskopf Exebio señala que: “actualmente, este derecho está considerado específicamente como uno de los derechos fundamentales de los accionistas titulares, tanto de acciones con derecho a voto (inciso 5 del artículo 95) como de acciones sin derecho a voto (inciso 4 del artículo 96 de la LGS)” (p. 233).

⁷⁰ Conforme a ello, la sociedad tendrá dos opciones: i) adquirir las acciones con cargo a reservas de libre disponibilidad, manteniéndolas en cartera o repartiéndolas entre los socios de acuerdo a su proporción, o ii) En caso que no haya reservas disponibles para cancelar el monto que se retira del capital social se deberá efectuar una reducción de capital. (Hundskopf Exebio, 2009, p. 221-222)

⁷¹ Al respecto, Hundskopf Exebio (2009) señala que el derecho de separación tiene como característica propia el hecho de que solo puede ser ejercitado en los casos taxativamente señalados en ley y el estatuto, por constituir por su propia naturaleza un derecho de excepción al principio esencial de mando existente en toda sociedad anónima y que se encuentra recogido en el artículo 111° de la LGS, por el cual los accionistas constituidos en junta general, debidamente convocada y con el quórum correspondiente, deciden con la mayoría de votos establecida en la propia ley, los asuntos propios de su competencia, quedando sometidos todos los accionistas a los acuerdos adoptados, incluso los accionistas disidentes, y los que no hubieran participado en sesión (p. 233).

⁷² El aviso donde conste el acuerdo debe ser publicado dentro de los 10 días siguientes a su adopción, por una vez, salvo los casos en que la LGS disponga más veces, como por ejemplo en el caso de la fusión y la escisión que dispone su publicación por tres veces con cinco días de intervalo entre cada aviso.

- No puede ser ejercido por quien voto a favor del acuerdo⁷³.
- Es nulo todo pacto que excluya su uso o lo haga más gravoso.

De otra parte, debe precisarse que si bien actualmente no se contempla el derecho de separación en la reorganización simple, en caso de hacerlo, creemos que el ejercicio de este derecho no debería impedir el registro de la reorganización, al igual que en los casos de una modificación de estatutos, en donde su inscripción no requiere la presentación de los avisos que dan lugar al derecho de separación⁷⁴.

Al respecto, debe precisarse que si bien, en los casos de la fusión y la escisión (cuyos acuerdos dan lugar al derecho de separación), la publicación del aviso donde conste la publicación de dichos acuerdos, es requisito para su inscripción en el Registro de Sociedades⁷⁵, esta exigencia se sustenta en el derecho de oposición, cuyo ejercicio –a diferencia del derecho de separación– si impide el registro de dichos acuerdos de reorganización societaria.

Finalmente, queremos precisar, que de incluirse dentro de la regulación de la reorganización simple, tanto el derecho de separación como el derecho de oposición, podrían ejercitarse coincidentemente, de modo que, de un lado se ejercite por un accionista el derecho de separación y de otro lado algún acreedor ejercite el derecho de oposición⁷⁶.

Al respecto, coincidimos con Hundskopf (2009) en el sentido que la interposición del derecho de oposición, si bien suspendería la ejecución del acuerdo que dio lugar al ejercicio de ambos derechos, no puede detener o demorar el reembolso de las acciones al accionista que ejerció su derecho de separación, salvo si la propia sociedad, conforme al artículo 200° de la LGS, haya recurrido al juez para obtener plazos y formas de pago diferentes. (p. 238).

⁷³ Contrario sensu y conforme lo dispone la LGS, puede ser ejercido por: i) los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar su oposición al acuerdo, ii) los accionistas que no concurrieron a la junta, iii) los accionistas que hubiesen sido ilegítimamente privados de emitir su voto, y iv) los titulares de acciones sin derecho a voto, que por su propia naturaleza no concurran a la junta.

⁷⁴ Artículo 62° del Reglamento de Registro de Sociedades.

⁷⁵ Literal a) del artículo 119° del RRS en el caso de la fusión, y literal a) del artículo 124° del RRS en el caso de la escisión.

⁷⁶ El plazo para la interposición del primero es de 10 días y del segundo de 30 días.

Con estas ideas finales hemos querido concluir el presente trabajo de investigación, no sin antes destacar que son muchos los puntos controvertidos con relación a este tipo de reorganización societaria, y sin duda se presentan una variedad de problemas de aplicación práctica, los cuales esperamos reducir con las propuestas planteadas en el presente trabajo.



CONCLUSIONES

- Con el término de reorganizaciones societarias, se regulan en el Perú a aquellos procesos tendientes a la concentración o desconcentración empresarial, a través de la modificación de las estructuras societarias (como el caso de la fusión y la escisión); sin embargo, también incluye otras operaciones de reorganización por las cuales pueden trasladarse activos y pasivos estratégicos, sin modificar sustancialmente la estructura de las sociedades participantes (como el caso de la reorganización simple).
- Los distintos tipos de reorganización societaria contemplados en la legislación nacional, pueden traer situaciones adversas para los socios o accionistas, o también para los terceros acreedores de dichas sociedades, por lo que es necesario que cuente con mecanismos que cautelen sus intereses.
- La reorganización simple, ha sido regulada en la Ley General de Sociedades, como un tipo de reorganización societaria, y como tal tiene un tratamiento distinto a un simple aporte de capital de una sociedad a otra. Asimismo, si bien comparte algunas características similares con otros tipos de reorganización, es en esencia distinta, por lo que no deben confundirse.
- Si bien es cierto que la definición de bloque patrimonial no la encontramos en la regulación de la reorganización simple, al ya estar precisada en la LGS, resulta plenamente aplicable para interpretar la reorganización simple, no siendo un impedimento que se encuentre dentro de los artículos referidos a la escisión, tanto más si ambas son formas de reorganización societaria.
- De acuerdo con la definición de bloque patrimonial de la LGS, toda reorganización simple, pueden tener tres valores netos: positivo, negativo y neutro, por lo que el término adecuado para trasladar dichos bloque de una sociedad a otra, sería el de transferencia y no de aporte, que tiene un contenido positivo.

- En la reorganización simple que implique la transferencia de un bloque patrimonial positivo, la sociedad aportante no habría variado su capital como parte de esta reorganización, así como no habría afectado su patrimonio neto, sin embargo pueden generarse situaciones en las cuales los acreedores de ambas sociedades pueden considerar que su crédito no se encuentra debidamente garantizado.
- En la reorganización simple que implique la transferencia de un bloque patrimonial neutro, la aportante mejoraría su posición patrimonial, en tanto recibiría acciones producto de transferir un bloque patrimonial de valor neto neutro, mientras que la receptora no vería ni disminuida ni incrementada su situación patrimonial; sin embargo pueden generarse situaciones en las cuales los acreedores de ambas sociedades pueden considerar que su crédito no se encuentra debidamente garantizado.
- En la reorganización simple que implique la transferencia de un bloque patrimonial negativo, la aportante mejoraría su posición patrimonial, en tanto recibiría acciones producto de transferir un bloque patrimonial de valor neto negativo, mientras que la receptora vería disminuido su situación patrimonial en razón al valor negativo del bloque recibido, por lo que los acreedores de la sociedad receptora puede ver afectadas sus garantías para hacer efectivo el cobro de sus acreencias. Así también, pueden generarse situaciones en las cuales los acreedores de la sociedad transferente pueden considerar que su crédito no se encuentra debidamente garantizado.
- La reorganización simple, independientemente del valor neto del bloque patrimonial transferido, presenta potencialmente efectos que pueden traer como consecuencia la afectación de los legítimos intereses de los acreedores de las sociedades participantes, por lo que se debe incluir un mecanismo para que estos puedan cautelar sus intereses.
- Si bien un acreedor de una sociedad participante en una reorganización simple puede cuestionar dicho acuerdo a través de una acción de nulidad, solo procederá si el acuerdo se hubiera tomado contraviniendo normas imperativas o incurriendo en otras causales de nulidad, por lo que no serviría como un medio efectivo de defensa para un acreedor que quiera impedir o suspender los efectos de la reorganización por el solo mérito de que su crédito no se encuentre debidamente garantizado en dicha operación.

- Los acreedores de las sociedades participantes en una reorganización simple, pueden recurrir a la acción pauliana, ante una vulneración de la garantía de sus créditos; sin embargo, conforme su regulación, solo privaría de eficacia –respecto de ellos– a aquellos actos por el cual su deudor menoscabe su patrimonio de forma fraudulenta.
- El procedimiento para ejecutar un acuerdo una reorganización simple, debe contar con la posibilidad que los acreedores se opongan a tal acuerdo si consideran que las garantías del cobro de su crédito se vería afectado, tal como sucede en una reducción de capital, en una fusión o en una escisión, para cuyos supuestos sí se ha regulado el derecho de oposición. Asimismo, debe incluirse en su regulación un mecanismo que desincentive el uso de este derecho de mala fe o sin tener algún sustento.
- A efectos de cautelar los derechos de los acreedores de las sociedades participantes en esta reorganización simple, es necesario que se incluya como requisito para la inscripción de dicha reorganización en el Registro de Sociedades, las publicaciones de los avisos en los cuales conste el respectivo acuerdo, así como una constancia emitida por las sociedades participantes, que acredite que no se les ha puesto en conocimiento demandas judiciales de los acreedores oponiéndose a la reorganización simple.
- El plazo de 30 días para el emplazamiento de una demanda de oposición –como lo contempla su regulación actual para la fusión y escisión–, no es razonable, toda vez que la admisión y la notificación de una demanda no depende del demandante sino del juzgado, por lo que solo debería requerirse la interposición de la demanda en dicho plazo, lo cual debería acreditarse por vía notarial, adjuntándose el cargo de recepción de la demanda de oposición.
- Aunque no lo señale la Ley General de Sociedades ni el Reglamento de Registro de Sociedades, la inscripción de la reorganización societaria también podrá realizarse cuando la demanda de oposición sea declarada infundada, se estime una excepción, o se declare el abandono, y que esa resolución sea firme.
- El derecho de separación ha sido regulado para los casos de transformación, fusión y escisión, pero no lo ha sido para la reorganización simple. Dicha diferenciación no tendría sustento, en la medida en este último tipo de reorganización, también podrían

generarse cambios en la estructura de la sociedad que ameritarían la inclusión de este derecho.



RECOMENDACIONES

Conforme lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, a efectos de cautelar los intereses de los acreedores que pueden verse vulnerados con ocasión de una reorganización simple, recomendamos las siguientes modificaciones a la legislación societaria.

- Modificaciones a la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades:

Proponemos la modificación del artículo 391° y la inclusión de los artículos 391-A y 391-B con la siguiente redacción:

Artículo 391.- Reorganización simple

Se considera reorganización 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.

Los bloques patrimoniales a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, pueden tener valor neto positivo, negativo o neutro.

Artículo 391.- Reorganización simple.

Se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los transfiere a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

Los bloques patrimoniales a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, pueden tener valor neto positivo, negativo o neutro.

Artículo 391-A.- Derecho de oposición.

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

A su vez, consideramos que el ejercicio de este derecho debe limitarse, a efectos que no se utilice mala fe o sin ningún fundamento, evitando de eso modo que se convierta en una traba innecesaria a dichos procesos de reorganización empresarial.

Artículo 391-B.- Sanción para la oposición de mala fe o sin fundamento.

Cuando la oposición a la reorganización simple se hubiese promovido con mala fe o con notoria falta de fundamento, el juez impondrá al demandante, 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.

- **Modificaciones a la Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN – Reglamento del Registro de Sociedades:**

Proponemos la derogación del artículo 131° y la modificación del literal a) del artículo 130° de dicho reglamento, conforme a la siguiente redacción:

Artículo 130.- Contenido de la escritura pública La escritura pública de reorganización simple a que se refiere el artículo 391° de la Ley debe contener:

- a) Las publicaciones del aviso de los acuerdos de reorganización simple así como la constancia expedida por el gerente general o por la persona autorizada de cada una de las sociedades participantes en la reorganización simple, de que no se ha puesto en conocimiento de la sociedad una demanda judicial de los acreedores oponiéndose a la reorganización simple.

Si se hubiere producido oposición notificada dentro del plazo previsto en el artículo 219 de la Ley, la reorganización simple 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 219 de la Ley o la aceptación del desistimiento del acreedor.

Estas modificaciones propuestas creemos que dotaran de mayores garantías ante este tipo de reorganización societaria, protegiendo a los acreedores de las sociedades participantes, lo cual repercutirá en su propio beneficio.



REFERENCIAS

- Berrocal Lanzarot, A. I. (2013). La Acción Rescisorias por Fraude de Acreedores o Acción Pauliana. A propósito de la sentencia del TS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de septiembre de 2012. *Cuadernos de Derecho y de Comercio*, (59). 315-354.
- Broseta Pont, M. (2012). *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I. Madrid: Tecnos.
- Cabanellas De Las Cuevas, G. (2008). *Derecho Societario Parte General*. Tomo 11. Buenos Aires: Heliasta.
- Castle Álvarez-Maza, P. (2002). ¿La reorganización simple o simple aporte?. *Advocatus*, (7). 254 -267.
- Echaiz Moreno, D. (2009). *Un nuevo enfoque jurídico de los Temas Societarios*. Lima: Gaceta Jurídica. 2009.
- Echevarría Calle, J. E. (2015). ¿Transformando la transformación? Apuntes sobre la transformación de asociación a sociedad en la jurisprudencia registral. *Derecho y Cambio Social*, (40). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5460334>
- Elías Laroza, E. (2002). *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Trujillo: Editora Normas Legales S.A.C.
- Fernández De Córdova Claros, Í (2013). El nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales. *Cuadernos de Derecho y de Comercio*, (59). 71-84.
- Ferrara, F. (1948). *Empresarios y Sociedades*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Garrigues, J. (1984). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. México D. F.: Porrúa S.A.
- Gonzales Barrón, G. (2001). *Tratado de Derecho Registral Mercantil*. Lima: Jurista Editores.
- Hernández Gazzo, J. L. (2005). Apuntes sobre la Reorganización Societaria Simple en la legislación peruana. *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, (pp. 1207 - 1225). Lima: Gaceta Jurídica.
- Hundskopf Exebio, O. (1998). El derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas en la nueva Ley General de Sociedades y su ejercicio a través de acciones judiciales. *Ius et Veritas*, (17). 88-100.

- Hundskopf Exebio, O. (2001). Apuntes sobre la relación capital social y patrimonio neto en la sociedad. *Ius et Praxis*, (32). 47-58.
- Hundskopf Exebio, O. (2003). Fusión de sociedades y tracto sucesivo registral. *Dialogo con la Jurisprudencia* (60). 95-104.
- Hundskopf Exebio, O. (2004). La Ley General de Sociedades y su tratamiento en la jurisprudencia registral. *Advocatus* (11). 240-250.
- Hundskopf Exebio, O. (2009). *Jurisprudencia Societaria Comentada*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.
- Hundskopf Exebio, O. (2014). Problemática suscitada con la denominada reorganización simple. *Ius et Praxis*, (45).147-173.
- Jordano Fraga, F. (2001). *La acción revocatoria o pauliana*. Granada: Comares.
- Lohmann Luca De Tena, J. G. (2007). Requisitos de la Acción Pauliana o Revocatoria. *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas (2.ª ed.)*. Tomo I, (pp. 619 – 626). Lima: Gaceta Jurídica., Segunda Edición, 2007.

