

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



Tutela de los acreedores en la reorganización simple

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de Maestro
en Derecho de la Empresa que presenta:

Carlos Padilla Ponce

Asesor:

Guilhermo Alceu Auler Soto

Lima, 2025


Informe de Similitud

Yo, Guilherme Alceu Auler Soto, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo de investigación titulado TUTELA DE LOS ACREEDORES EN LA REORGANIZACIÓN SIMPLE, del autor CARLOS PADILLA PONCE, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 36%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 11/08/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 14 de agosto del 2025.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Guilherme Alceu Auler Soto	
DNI: 07874701	Firma 
ORCID: 0000-0002-6059-4790	

Resumen Ejecutivo

La presente investigación aborda la problemática que se presenta ante la insuficiente protección de los acreedores en la reorganización simple, debido principalmente a la falta de una regulación idónea en nuestra Ley General de Sociedades (LGS), lo que por ejemplo se ve reflejado en la no existencia de un derecho de oposición y/o de mecanismos de protección para los acreedores en este tipo de reorganización, a diferencia de lo regulado en la fusión y escisión.

Esta carencia normativa genera riesgos significativos, toda vez que se pueden presentar situaciones como la transferencia de activos cruciales, la transferencia inmediata de las acciones que recibe la sociedad segregante y/o la cesión de pasivos sin el consentimiento del acreedor, las cuales afectan potencialmente el cumplimiento de las obligaciones de las sociedades participantes.

El objetivo principal es demostrar que estas potenciales situaciones se derivan de una mala o ausencia de regulación del derecho de oposición de los acreedores y de los efectos de una eventual transmisión de obligaciones, lo que además permitiría que las operaciones de reorganización simple puedan ser utilizadas como herramientas para incumplir obligaciones e incrementar los riesgos que el acreedor no ha previsto y respecto de los cuales de ordinario se encuentra protegido.

Finalmente, luego de analizar algunas jurisprudencias y la legislación comparada, se concluye que la actual regulación es insuficiente para salvaguardar los intereses de los acreedores, y se propone una modificación normativa que aborda integralmente esta problemática, superando las limitaciones que han sido propuestas en el último proyecto de modificación de la LGS.

Palabras clave: Reorganización simple, acreedores, derecho de oposición, transmisión de obligaciones, bloque patrimonial, cesión de pasivos, responsabilidad solidaria, Ley General de Sociedades, Perú.

INDICE GENERAL

Resumen Ejecutivo.....	1
INDICE GENERAL.....	2
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CAPÍTULO "ESTADO DEL ARTE" Y "MARCO TEÓRICO".....	8
2.1 Estado del arte.....	8
2.2 Marco teórico.....	8
2.3 Reorganización Societaria.....	9
2.3.1 Concepto de reorganización societaria e importancia jurídica económica.....	9
2.3.2 Transformación.....	12
2.3.2.1 Aspectos Relevantes.....	13
a. Responsabilidad civil de los socios.....	13
b. Sobre la participación de los socios.....	15
c. Derecho de separación.....	16
2.3.2.2 Procedimiento de Transformación.....	17
a. Acuerdo de junta general.....	18
b. Publicación del acuerdo.....	18
c. Realización del balance.....	19
d. Escritura pública y vigencia de la transformación.....	20
2.3.3 Fusión.....	20
2.3.3.1 Aspectos Relevantes.....	22
a) Tipos de fusión.....	22
(i) Fusión por creación de nueva sociedad.....	22
(ii) Fusión por absorción.....	22
b) Presupuestos constitutivos.....	24
c) Derecho de separación.....	25
d) Derecho de oposición.....	25
2.3.3.2 Procedimiento.....	26
a) Proyecto de fusión.....	26
b) Convocatoria y acuerdo de fusión.....	27
c) Acuerdo de fusión.....	28
d) Publicidad del acuerdo de fusión.....	29
e) Escritura pública de la fusión.....	30
f) Vigencia de la fusión.....	30
2.3.4 Escisión.....	31

2.3.4.1	Concepto	31
2.3.4.2	Modalidades.....	32
2.3.4.3	Funciones, objetivos y utilidad de la escisión.....	34
2.3.4.4	Derecho de separación y oposición	35
2.3.4.5	Procedimiento	36
	a) Proyecto de escisión	36
	b) Contenido del proyecto de escisión	36
	c) Convocatoria y acuerdo de escisión.....	39
	d) Información que debe ser proporcionada.....	39
	d) Acuerdo de escisión.....	40
	e) Publicidad del acuerdo de escisión	41
	f) Escritura pública de la escisión.....	41
	g) Fecha de entrada en vigencia.....	42
2.3.5	Reorganización Simple	43
2.3.5.1	Concepto	43
2.3.5.2	Modalidades.....	46
2.3.5.3	Diferencias con otras figuras jurídicas.....	47
	a) Diferencias con la escisión parcial.....	47
	b) Diferencias con el aporte	48
2.3.5.4	Procedimiento	51
	a) Proyecto de reorganización simple	51
	b) Convocatoria y acuerdo de reorganización.....	52
	c) Publicidad del acuerdo de escisión	52
	d) Escritura pública de reorganización.....	52
	e) Fecha de entrada en vigencia.....	53
2.3.6	Otras formas de reorganización.....	54
2.4	Tutela de los acreedores	54
2.4.1	Tutela de los acreedores en la legislación civil.....	54
	2.4.1.1 Tutela general de los acreedores.....	54
	2.4.1.2 Fraude a los acreedores: La acción pauliana	57
	2.4.1.3 Cuadro resumen de las acciones civiles relevantes.....	60
2.4.2	Tutela de los acreedores en la legislación societaria-el derecho de oposición	62
	2.4.2.1 Regulación referida a la distribución de utilidades	62
	2.4.2.2 Obligación del directorio de contactar a los acreedores.....	63
	2.4.2.3 Obligación de reducir el capital de manera obligatoria.....	64
	2.4.2.4 Régimen de responsabilidad ilimitada por causal de disolución.....	64
	2.4.2.5 Derecho de oposición de los acreedores	65

a) Concepto, fundamento y naturaleza jurídica.....	65
b) Regulación en el Perú.....	67
c) Presupuestos del derecho de oposición.....	68
d) Procedimiento para su ejercicio.....	70
e) Aspectos procesales.....	70
III. CAPÍTULO "PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN".....	74
3.1 Descripción del problema a investigar.....	74
3.1.1 Cambios en el objeto, activos o en el patrimonio de la sociedad que transfiere o segrega el bloque.....	74
3.1.2 La disminución del patrimonio de la sociedad segregante por actos de disposición inmediatos a la reorganización.....	75
3.1.3 La cesión de pasivos o deudas que en este tipo de reorganización se puede producir.	76
3.2 Jurisprudencial relevante.....	79
3.2.1 Casación Laboral N° 10505-2012 Junín.....	79
3.2.2 Casación Laboral N° 4573-2013 Junín.....	82
3.2.3 Casación Laboral N° 13842-2015 Lima y Expediente N° 03452-2017-PA/TC.....	85
3.2.4 Oficio 220-162006 del 05 de diciembre de 2019 emitido por la Superintendencia de Sociedades de Colombia.....	86
3.3 Legislación comparada relevante.....	88
3.3.1 Legislación colombiana.....	89
3.3.2 Legislación argentina.....	91
3.3.3 Legislación mexicana.....	93
3.3.4 Legislación uruguaya.....	96
3.3.5 Legislación española y de la comunidad europea.....	97
3.4 Intereses de los acreedores y la importancia de regular mecanismos de tutela.....	101
IV. CAPÍTULO DISCUSIÓN.....	105
4.1 Aplicación de reglas de otros institutos jurídicos.....	106
4.1.1 Aplicación de las reglas sobre aporte.....	106
4.1.2 Aplicación de las reglas sobre escisión-fusión.....	109
4.1.3 Aplicación de reglas civiles y sus contingencias.....	112
4.2 Propuesta.....	114
4.2.1 Tutela de los acreedores en la legislación comparada y su posible aplicación en el Perú	114
4.2.2 Anterior proyecto de reforma.....	116
4.2.3 Propuesta de modificación de la LGS.....	121
4.3 Conclusiones.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	125

I. INTRODUCCIÓN

Según las actuales reglas establecidas en la Ley 26887, Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”), en los procesos de reorganización simple no se le ha brindado a los acreedores un derecho de oposición, ni se ha regulado algún tipo de mecanismo de seguridad con relación a la cesión de pasivos que en este tipo de reorganización se puede producir, como sí ocurre y existe en otros casos de reorganización como lo son la fusión y escisión, donde no solo se ha brindado un derecho de oposición, sino que además se ha regulado los efectos que generan una cesión de activos y/o pasivos a efectos de diferenciarlos de los trasposos o cesiones que se generan en operaciones no societarias, las cuales se rigen bajo los dispositivos del Código Civil.

La falta de regulación de este problema puede responder a que el legislador tomo en cuenta que el patrimonio de las sociedades que efectúan la reorganización simple y transfiere un bloque patrimonial no disminuye (ya que a cambio del bloque patrimonial recibirá acciones de la empresa que lo reciba) y, por lo tanto, no habría un peligro de no pago para los acreedores, quienes seguirían teniendo el mismo patrimonio para atacar en una situación patológica de incumplimiento.

En efecto, se ha pretendido justificar la no existencia de derecho de oposición de los acreedores en la reorganización simple, alegando que en esta forma de reorganización no existe una disminución patrimonial efectiva, ya que la sociedad segrega un bloque patrimonial, pero recibe acciones (a diferencia de la escisión en donde quien recibe las acciones son los socios). Sin embargo, se deja de lado tres puntos importantes:

(i) La Sociedad puede cambiar objeto social o sus principales activos. En efecto, el hecho que se transfieran activos a cambios de acciones podría implicar, por ejemplo, que la sociedad segregante transfiera su principal o única línea de negocio a cambio de acciones de la empresa que recibe el bloque patrimonial. Es decir, dejaría de realizar el objeto social para la que se constituyó para pasar a ser una sociedad holding o inversionista. O, por otro lado, que se transfiera un activo potencialmente bueno pero que actualmente no tiene mucho valor (como un inmueble no saneado o una concesión minera no explotada).

(ii) La sociedad puede transferir las acciones recibidas en cualquier momento (inclusive en el mismo acto de la reorganización simple) disminuyendo su patrimonio de manera peligrosa para los acreedores y,

(iii) En el supuesto en que se traspasen pasivos, existirá una novación subjetiva-pasiva que pudiera entenderse no necesita de consentimiento del acreedor ya que la LGS no la requiere. Sin embargo, esta la posible cesión de pasivos es otra gran interrogante, toda vez que al no haberse regulado nada sobre el momento en que surte efecto ni sobre si se requiere de comunicación o consentimiento del acreedor, tendríamos que recurrir a los dispositivos civiles, dentro de los cuales no se ha considerado la posibilidad de transferir pasivos, deberes u obligaciones (salvo lo regulado en el marco del derecho sucesorio).

En el presente trabajo abordaré las dos posibles situaciones que se dan con relación a la poca tutela de los acreedores en los procesos de reorganización simple y que vienen referidas a (i) el hecho de que la empresa deudora transfiera un bloque patrimonial que no incluye el derecho de cobro del acreedor (pasivo), es decir, en el que no hay un cambio de titular de la deuda, pero si la posibilidad de disponer de manera inmediata de las acciones que recibe a cambio del bloque patrimonial o de transferir sus principales activos (posiblemente infravalorados); y, (ii) al escenario en el que la empresa deudora transfiere dentro del bloque patrimonial el derecho de cobro del acreedor (pasivo), generándose una novación subjetiva-pasiva, es decir, originándose un cambio de deudor.

Tales situaciones resultan de una mala o ausencia de regulación del derecho de oposición de los acreedores y de los efectos de una eventual transmisión de obligaciones, lo que permitiría que las operaciones de reorganización simple puedan ser utilizadas como herramientas para incumplir obligaciones e incrementar los riesgos que el acreedor no ha previsto y respecto de los cuales de ordinario se encuentra protegido.

Veremos en este trabajo como otras legislaciones, incluso las que no regulan este tipo de operaciones, tienen cubiertas estas situaciones con normas de carácter general para los casos de las reorganizaciones y/o de la transmisión de obligaciones. Analizaré con ocasión de esto la posibilidad de contar con dispositivos similares. Asimismo, apreciaremos como ya nuestra jurisprudencia ha tocado tangencialmente el problema dejando de aplicar normas societarias o de responder cuestiones de fondo con relación a la poca protección de los acreedores, pero

dando solución o respuesta a lo que significa el traspaso de una deuda o el cambio de deudor sin consentimiento, aviso o notificación al acreedor.

El hecho de que los acreedores de la sociedad que transfiere el bloque patrimonial en una operación de reorganización simple no cuenten con un mecanismo societario de tutela (por ejemplo, derecho de oposición o el consentimiento para la transferencia de su crédito), nos hace cuestionarnos si resulta necesario aplicar los dispositivos del Código Civil referidos los mecanismos de tutela para los acreedores en general y a los mecanismos para la transmisión de obligaciones. Analizaremos pues, lo complicado y difícil que resultaría esto, más si consideramos la dinámica que debe de caracterizar a cualquier forma de reorganización societaria.

Finalmente, veremos que actualmente el marco regulatorio peruano actual es insuficiente para tutelar los derechos de los acreedores y evitar el abuso de esta forma de reorganización, y propondremos cambios normativos para mejorar la protección de los acreedores en el marco de una reorganización simple, así como descartar la posibilidad de la aplicación de las normas que sobre el particular existen para los casos de una escisión (figura con la que tiene algunas semejanzas).

Sobre el particular, resulta pertinente mencionar que ya existió una propuesta de reforma normativa de la LGS de manera integral, dentro de las cuales se propuso algunos cambios en la sección de reorganización simple que también tienen que ver con la tutela de los acreedores, respecto de la cual adelanto que considero que no hubiera resultado suficiente, ya que solo ha abordado de manera parcial el problema materia del presente trabajo.

En conclusión, en el presente trabajo intentaré demostrar que la actual regulación de la reorganización simple resulta insuficiente de cara a la protección de los acreedores, quienes podrían verse perjudicados y no solo en los casos en que se utilice esta figura con fines de evadir el cumplimiento de las obligaciones, sino inclusive en los supuestos en los que se realice esta operación de buena fe o con fines económicos y empresariales. En ese sentido, plantearé como solución a la problemática una modificación normativa.

II. CAPÍTULO "ESTADO DELARTE" Y "MARCO TEÓRICO":

2.1 Estado del arte:

En mi investigación no he encontrado artículos o literatura que aborde el problema del derecho de oposición de los acreedores en la reorganización simple (salvo alguna nota publicada en la web o trabajo de investigación). No obstante, ello, si existe numerosa bibliografía nacional e internacional que puede darme el marco doctrinario necesario para realizar un análisis serio y de cimientos fuertes. Atendiendo a ello, puedo decir que la problemática no ha sido resuelta aún, a pesar de ser un tema de relevancia.

2.2 Marco teórico:

Atendiendo a que el central tema del presente trabajo es la tutela de los acreedores en las operaciones de reorganización simple, mi marco teórico estará referido: (i) a la reorganización societaria en general (abordando cada una de las modalidades tales como la transformación, fusión, escisión, reorganización simple, operaciones combinadas y múltiples de escisión y fusión, etc.) y, (ii) a la tutela de los acreedores en general y en la reorganización de sociedades en particular.

En ese sentido mis presupuestos teóricos serían los siguientes:

- Reorganización societaria en general.
- Transformación.
- Fusión.
- Escisión.
- Reorganización simple.
- Tutela de los acreedores en la legislación.
- Tutela de los acreedores en la legislación societaria.

Es importante que realice una presentación de los temas generales que enmarcan el tema en particular, por ello considerado relevante comenzar con la reorganización societaria en general, la cual desde un punto de vista doctrinario y legislativo comprende todas las operaciones que implica, valga la redundancia, una reorganización a nivel estructural, legal, económico, etc.

En ese sentido, será necesario abordar también los supuestos de reorganización que se encuentran regulados en nuestra LGS para entender su estructura normativa, los alcances de

cada instituto jurídico, su finalidad, etc. Ello resulta importante porque el legislador ha sido bastante conciso al estipular las reglas aplicables a la reorganización simple, por lo que será importante descartar y/o considerar la aplicación de las reglas, principios o criterios de interpretación contenidos en los demás institutos, sobre todo en la fusión y escisión, que cuentan con una estructura parecida pero que sin embargo tienen una normativa más extensa, resaltando el hecho que en ambos institutos se regula el derecho de oposición de los acreedores.

Finalmente, resulta vital para el desarrollo y conclusión del tema abordar la tutela de los acreedores en general, tanto en el marco de la legislación, doctrina y jurisprudencia civil, como en el marco de la societaria o corporativa, para en base a un conocimiento profundo del tema, intentar aplicarlo a la reorganización simple.

2.3 Reorganización Societaria

2.3.1 Concepto de reorganización societaria e importancia jurídica económica.

Actualmente, podemos dar cuenta de las enormes transformaciones que se han producido en la economía como consecuencia de su globalización, de la innovación tecnológica permanente, de la digitalización o virtualidad generada por la no presencialidad, los tratados de libre comercio, etc. Todo ello genera un proceso de alto dinamismo, flexibilidad y aceleración temporal al que no pueden estar ajeno las empresas (Lorenzetti, 2000, p. 233).

En otras palabras, el dinamismo económico de los mercados generado por la evolución del capitalismo hace que los empresarios que no alcancen niveles óptimos de competitividad queden relegados o limitados en su crecimiento. Por otro lado, una situación de crisis como la que ha podido originar Pandemia del Covid-19 también podría generar que las empresas recurran a mecanismos de cooperación o restructuración que les permitirán lograr un mejor aprovechamiento de sus recursos y poder salir airosos de una situación de crisis¹.

¹ Sobre el particular, resulta interesante la nota publicada en <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/procesos-de-reorganizacion-societaria-para-enfrentar-la-crisis-post-pandemia>

Queda claro que en el marco de sectores empresariales cada vez más exigentes y competitivos, las sociedades se ven compelidas a implementar procesos de adecuación permanente. Dichos procesos pueden materializarse a través de las diversas formas de reorganización: Por ejemplo, se realizará una fusión cuando necesite aliarme o vincularme con otro operador o empresa; o una escisión o reorganización simple cuando necesite segregación de ciertos activos o unidades de negocio para someterlos a una gestión más especializada. Estas medidas, desde una perspectiva jurídico-económica, constituyen herramientas clave para preservar la viabilidad y competitividad de la actividad económica.

En efecto, y aterrizando un poco este concepto a la reorganización simple, en mi experiencia, esta casi siempre tiene por objeto económico la especialización y concentración de las actividades principales a las que se dedica la empresa, segregando actividades o líneas de negocio complementarias que no son el *core bussines* de la sociedad que segrega el bloque.

Asimismo, las normas tributarias relativas al beneficiario final han originado que las empresas realicen diversas reorganizaciones a efectos de transparentar a las personas naturales propietarias o titulares de las acciones, siendo las principales formas la fusión (simple) y la escisión y la que empresa titular de las acciones las transfiere a la misma empresa a efectos de que sean amortizadas.

Todas estas operaciones son posibles debido a que los poderes de autonomía reconocidos a la sociedad con relación a la modificación de su estatuto social, estructura interna, y celebración de actos o negocios, puede ser ejercitado en el sentido de cambiar el tipo de organización social adoptado, o de anular la autonomía de la organización social confundiendo en una organización más amplia nueva o ya existente, o, inclusive, fraccionando la organización social originaria en distintas organizaciones, también, nuevas o existentes (Ferri, 1996, p. 499).

Damos cuenta que la organización societaria no nace con la pretensión de mantener un esquema *Ad eternum*, sino que se constituye en un instrumento abierto a los requerimientos que las circunstancias internas y externas demanden. De ahí que la finalidad de la reorganización no sea otra que la de hacer de la sociedad un mecanismo

versátil, capaz de atender y asumir realidades cambiantes que pueden tener su origen en la propia organización de la empresa o en hechos provenientes de su entorno.

En nuestra legislación, los mecanismos para que la sociedad se adecue a las necesidades de mercado están regulados en LGS en el rubro de reorganización de sociedades, que abarca institutos como la fusión, transformación, escisión, escisiones múltiples, reorganización simple, etc. Asimismo, encontramos otras referencias legales como su especial régimen o tratamiento tributario, sus alcances en el ámbito laboral, los cuales no serán abordados en el presente trabajo por ser de menor interés.

Reorganizar significa organizar una cosa de forma distinta y forma que resulte más eficaz, es un término que comprende muy bien las diversas operaciones y consecuencias materia de nuestro estudio, pues refiere a la adopción de organizaciones de integrales y muchas veces múltiples que resulten la más eficaces y solo con relación a su estructura sino también a su forma, especie, etc. de manera conjunta (Elías, 2001, p. 708).

A cada una de las figuras o formas de reorganización les será aplicable un régimen legal y procedimiento particular que, si bien pueden ser coincidir en algunas reglas y principios, en la mayoría de los casos presentarán particularidades que responden a la necesidad de proteger los específicos intereses involucrados.

Así también lo ha entendido Hernández Gazzo, cuando expone lo común que resulta que las figuras de reorganización tengan procedimientos particulares que apunten a proteger los derechos de los accionistas y de los acreedores de la sociedad (Hernández, 2003, p. 1207).

En efecto, procedimientos o institutos como el derecho de separación y el derecho de oposición resultan necesarios e indispensables para evitar que estas figuras afecten a los accionistas (quienes no necesariamente adoptan por unanimidad una reorganización) y/o a los acreedores, que ni siquiera participan o son notificados de manera directa con las operaciones de reorganización sino hasta que estas finalizan. Inclusive podemos resaltar el caso de los acreedores, quienes en la gran mayoría de los casos son ajenos al día a día de la sociedad. Sobre este último punto, es importante mencionar que cualquier persona que cuente con un crédito frente a la sociedad es considerado acreedor, por lo que lo más

común es que no tenga un vínculo con el día a día de sociedad, pero tampoco podemos descartar que así sea, tal como es el caso de un trabajador o funcionario cuya compensación o salario es un crédito y por lo tanto lo convierten en acreedor, por más que se trate de una relación contractual de prestaciones recíprocas. Asimismo, es importante precisar que dentro de las diversas clasificaciones con relación tipos de acreedores, nos centraremos únicamente en la que los clasifica en función a si tienen o no garantía: acreedores garantizados (es decir, que cuenta con un aval, fiador o una garantía real) o acreedores no garantizados; ya que como veremos más adelante uno de los requisitos para la existencia del derecho de oposición es que el mismo no se encuentre garantizado.

Característica común a las formas o tipos de reorganización es que si bien se realizan o ejecutan para la consecución de fin comercial que opera sobre la organización o estructura social, sus consecuencias terminarán dirigiéndose sobre la posición de los socios o sobre el patrimonio de la sociedad. Lo que debemos dejar en claro que todas estas consecuencias no provienen de un acto de voluntad de los socios ni de acto de disposición del patrimonio social, sino que provienen de la nueva estructura adoptada o que se le establece para la sociedad o sociedades participantes (Ferri, 1996, p. 500).

Esto último no se encuentra muy marcado en la reorganización simple, en la medida en que, como veremos más adelante, no existe una modificación organizativa, estructural o patrimonial muy marcada, lo que pareciera ser el motivo por el cual el legislador ha dejado algunos vacíos con relación a los derechos de los acreedores sobre el particular.

2.3.2 Transformación.

Con relación a este apartado, debo indicar que he tomado algunas de las ideas que he desarrollado en dos artículos de mi autoría y que indico a continuación: “Aspectos relevantes en torno a la transformación de sociedades”. En la revista *Contadores y Empresas* (2008, febrero, primera quincena); y, “¿Desea adoptar una nueva forma societaria? - Aspectos legales de la transformación de una sociedad”. En la revista *Contadores y Empresas* (2010, junio, segunda quincena).

La transformación societaria implica que una sociedad adopte un tipo jurídico diferente al que poseía originalmente, lo que conlleva adecuarse a las normas aplicables al nuevo régimen y dejar de estar sujeta a las disposiciones anteriores. Este proceso no requiere la disolución ni liquidación de la sociedad, por lo que no afecta su personalidad jurídica ni existencia.

En otras palabras, mediante la transformación, la sociedad modifica su forma jurídica inicial, eligiendo un nuevo tipo societario y sometiéndose a la regulación correspondiente.

La principal ventaja práctica de esta figura radica en que evita los procedimientos costosos y prolongados asociados con la extinción de una sociedad para constituir otra. Gracias a la transformación, es posible cambiar la estructura jurídica sin necesidad de pasar por el proceso de disolución, liquidación y cancelación registral, facilitando así la continuidad bajo un nuevo tipo societario. (Beaumont, 2007, p. 744)

2.3.2.1 Aspectos Relevantes

a. Responsabilidad civil de los socios.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 334 de nuestra norma societaria, los socios que, como resultado de la transformación societaria, asumen responsabilidad ilimitada por las obligaciones sociales, también responderán de igual manera por las deudas adquiridas con anterioridad al cambio de forma societaria.

En otras palabras, cuando una entidad pasa de ser una persona jurídica con responsabilidad limitada (donde únicamente responde el patrimonio de la sociedad) a una con responsabilidad ilimitada (en la cual los socios también responden con su propio patrimonio), como podría suceder al transformarse de una sociedad anónima a una sociedad colectiva, las obligaciones contraídas antes de la transformación también estarán respaldadas bajo la nueva modalidad de responsabilidad ilimitada.

Asimismo, cuando ocurre el proceso inverso, es decir, la conversión de una sociedad de responsabilidad ilimitada a una de responsabilidad limitada, dicha transformación

no exime a los socios de su responsabilidad ilimitada respecto a las deudas sociales previas, salvo que los acreedores involucrados acepten expresamente limitar dicha responsabilidad.

Estamos ante una de las primeras manifestaciones del régimen de tutela de los acreedores en los procesos de reorganización. En este caso, podemos apreciar que en ningún momento se disminuirá la garantía patrimonial abstracta que tienen los acreedores, incluso en uno de los supuestos se ve reforzada (cuando se asume una forma societaria de responsabilidad ilimitada habiendo tenido una anterior de responsabilidad limitada).

La finalidad de esta regulación es prevenir que, mediante el proceso de transformación societaria, los socios puedan defraudar a sus acreedores. Esto se debe a que, en general, un proveedor o una entidad financiera estará más dispuesto a otorgar líneas de crédito o financiamiento si tiene la certeza de que, en caso el patrimonio de la empresa resulte insuficiente, los socios responderán con su propio patrimonio y que, aunque decidan cambiar su forma societaria, aún se mantiene el régimen de responsabilidad (o en todo caso, que cualquier cambio sea para bien, como cuando pasa de responsabilidad limitada a ilimitada y prevalece esta última). Sin la existencia de estos mecanismos legales de protección, dicho escenario cambiaría drásticamente, dejando en una posición vulnerable a los acreedores.

Y es que en este tipo de reorganización no les asiste derecho alguno a los acreedores para oponerse, intervenir y/o detener el procedimiento de transformación si consideran que sus créditos se podrían ver afectados con relación a su exigibilidad o pago. En efecto, a diferencia de lo establecido para los supuestos de fusión y escisión, los acreedores no cuentan con un derecho de oposición para evitar que se pongan en peligro el cobro de sus créditos, por lo que resultaba necesario que la LGS establezca el marco de protección correspondiente.

Beaumont (2007) nos explica que en la anterior LGS el mecanismo de protección era el derecho de oposición, pero que ello ya no resulta necesario con el nuevo régimen legal sobre responsabilidad de los socios:

(...) en la transformación, la ALGS sí preveía la oposición, ver art. 350; en cambio, la actual LGS no contempla la figura de la oposición. Y hace bien en no hacerlo, pues se ha modificado lo concerniente a la responsabilidad, previendo en el art. 334 que la transformación no implica cambio alguno en ella (751).

Este tipo de protección, a diferencia del derecho de oposición, no brinda a los acreedores ningún tipo de poder jurídico o potestad para actuar ante la realización de la transformación, sino es la misma ley la que brinda tutela a su crédito y nos brinda una primera luz de lo que podríamos proponer como un mecanismo de solución al problema que abordamos en el presente trabajo: un régimen legal de responsabilidad (que podría ser solidaria entre las participantes, o que no se libere al acreedor inicial, etc.).

b. Sobre la participación de los socios.

El artículo 335 de la LGS dispone que, a raíz de una transformación, la proporción de participación de los socios en el capital social no podrá ser modificada sin su consentimiento explícito, salvo en los casos en que dicha variación derive del ejercicio del derecho de separación.

La norma general es que la transformación no altere la participación de los socios en el patrimonio social. No obstante, si alguno de los socios decide ejercer su derecho de separación y salir de la sociedad, ello generará un reajuste proporcional en la participación del capital restante.

Este criterio se fundamenta en un principio esencial del derecho societario: los órganos de la sociedad no pueden alterar determinados derechos de los socios sin su autorización expresa.

Sin perjuicio de lo expuesto, se está permitiendo el pacto en contra, toda vez que se indica que la participación accionaria o porcentual puede ser modificada con consentimiento expreso, se entiende, de los socios afectados. Esta regla es parecida a la contenida en el artículo 217 de la LGS, que establece que en los casos de reducción de

capital, se afecta a los accionistas a prorrata de su participación, salvo que el acuerdo de adopte por unanimidad.

Asimismo, respecto a los derechos de terceros que no se derivan directamente de acciones o participaciones en el capital —como los derechos especiales de fundadores, certificados de suscripción preferente, entre otros—, la legislación señala que estos tampoco sufrirán modificación, salvo que el titular consienta expresamente dicho cambio.

c. Derecho de separación.

En la medida en que el acuerdo de transformación puede adoptarse por mayoría, y toda vez que se trata de una decisión que conlleva a un cambio de las bases esenciales de la sociedad, la LGS ha establecido un mecanismo a través del cual los socios minoritarios no se vean sometidos contra su voluntad a una decisión de tal magnitud: el derecho de separación (Broseta Pont, 1994, p. 341).

El derecho de separación actúa como una herramienta de protección para los socios minoritarios, permitiéndoles resguardarse frente a decisiones adoptadas por la mayoría que pudieran afectar sus intereses. No obstante, el ejercicio de este derecho también puede generar efectos adversos, llegando a comprometer la estabilidad de la sociedad. Por esta razón, su aplicación se limita exclusivamente a los supuestos expresamente contemplados por la ley.

En efecto, si bien el derecho de separación fue ideado como un remedio eficaz para defender a la minoría de los abusos de la mayoría, no permitirse un uso indiscriminadamente en todos o cualquier caso, pues el apartamiento de un considerable número de socios podría hacer peligrar la estabilidad de la sociedad. De aquí que se ha limitado a los casos expresamente señalados en la ley y supeditándolo a determinadas reglas. El titular del derecho de separación es el accionista que no votó en favor del acuerdo. Esto comprendería a quienes concurriendo se abstuvieron de votar, a los que votaron en contra y a los que no concurrieron a la junta. Como la decisión constituye una declaración de voluntad unilateral no necesita que sea aceptada por parte de la

sociedad para que surta efecto, siendo suficiente que llegue a su conocimiento (Beaumont, 2007, p. 755).

En consecuencia, considerando que la transformación implica una alteración sustancial en la configuración de la sociedad, la normativa otorga a los socios la posibilidad de ejercer su derecho de separación. Para ello, deben comunicar su decisión mediante carta notarial dirigida a la sociedad, dentro del plazo de diez días contados a partir de la publicación del aviso correspondiente a la transformación.

Respecto al reembolso de las acciones de aquellos socios que opten por separarse, este se determinará por mutuo acuerdo entre el accionista y la sociedad. Si no logran fijar un valor consensuado, se aplicarán criterios objetivos: cuando las acciones estén listadas en Bolsa, se tomará como referencia el valor promedio ponderado de cotización en los últimos seis meses. En el caso de acciones no cotizadas, el reembolso se calculará conforme al valor en libros, determinado dividiendo el patrimonio neto de la sociedad entre el total de acciones vigentes, con base en los estados financieros al cierre del mes anterior a la fecha en que se ejerza el derecho (valor patrimonial de las acciones)².

Veremos que el derecho de separación es un subproceso común en los procedimientos de reorganización societaria, sin embargo, no profundizaremos en él debido que se trata de un mecanismo de tutela de los accionistas y el tema central del presente trabajo es la tutela de los acreedores. Sin perjuicio de ello, en caso tengan mayor interés en este instituto jurídico, sugiero revisar el trabajo del profesor Daniel Abramovich Ackerman “*¿El derecho de separación del accionista: una regulación insuficiente*”³ que no solo desarrollada la figura abordando sus fundamentos y supuestos en los que se da, sino que tiene una visión crítica de la misma en nuestra LGS.

2.3.2.2 Procedimiento de Transformación.

² Así lo establece el artículo 200 de la LGS, norma aplicable para este supuesto.

³ Ackerman, D. A. (2007). El derecho de separación del accionista: una regulación insuficiente. *Ius et Veritas*, (34), 169-175.

a. Acuerdo de junta general

Dentro de los requisitos para realizar una reorganización, podemos distinguir a los que son comunes y propios de una modificación estatutaria, y los particulares relacionados con la publicidad del acto por su especial trascendencia. Dentro del primer grupo se encuentra el acuerdo o decisión de transformar la sociedad, que le corresponde a la Junta General, que deberá ser convocada respetando los requisitos que exige la Ley

En cuanto al quórum, la ley exige una asistencia calificada⁴ para poder deliberar válidamente sobre la transformación. En la primera convocatoria, es indispensable la presencia de, por lo menos, dos tercios del total de acciones suscritas con derecho a voto. Si se requiere una segunda convocatoria, basta la asistencia de no menos de tres quintas partes de dichas acciones (es decir, 60% de las acciones con derecho a voto).

Para que el acuerdo de transformación sea aprobado, es necesario que la decisión sea adoptada por un número de acciones que represente al menos la mayoría absoluta del capital social suscrito con derecho a voto, es decir, el 50% más uno del total de acciones existentes en la sociedad. Debo resaltar que la mayoría absoluta hace referencia a la mayoría de acciones existentes en la sociedad, no a la mayoría de acciones presente en la junta.

b. Publicación del acuerdo.

Una vez adoptado el acuerdo de transformación por la junta general, este debe ser publicado en tres oportunidades, dejando un intervalo de cinco días entre cada aviso (es decir, si el primer aviso se publica el 1, el segundo debe ser el 7 y el tercero el 13, ya que los avisos no se publican cada 5 días sino con un intervalo de 5 días).

⁴ Recordemos que, para llevar a cabo una junta general, resulta necesario se encuentre presente él o los accionistas que representen un determinado porcentaje de acciones (quórum), que, dependiendo el tipo de acuerdo, puede tratarse de un quórum simple o calificado.

Cuando se exige un quórum simple la junta general queda válidamente constituida, en primera convocatoria, cuando se encuentre presente o representado, el cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto, siendo que, en segunda convocatoria, bastará la concurrencia de cualquier número de acciones con derecho a voto.

Cuando se exige un quórum calificado (que normalmente se exige para acuerdo de suma relevancia como lo es uno de reorganización) es necesario en primera convocatoria, cuando menos, la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto (66.6%); mientras que en la segunda basta la concurrencia de al menos tres quintas partes de las referidas acciones (60%). Es decir, sin que estén presentes al menos estos porcentajes de acciones no se podrá dar por instalada la junta ni por lo tanto abordar los temas materia de la agenda.

Dicho requisito debe leerse conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 43 de la LGS, que establece que las publicaciones deberán realizarse en el periódico designado para la inserción de avisos judiciales en el lugar donde se encuentre domiciliada la sociedad. Sin embargo, en el caso específico de sociedades domiciliadas en las provincias de Lima y Callao, el referido dispositivo dispone que dichas publicaciones deben efectuarse, al menos, en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación en Lima o Callao, según corresponda. Es decir, para las empresas con domicilio en provincia distinta a Lima y Callao bastará que se publique en un solo diario (que no necesariamente es El Peruano) mientras que para las que están en Lima y Callao, debe ser en El Peruano y en otro adicionalmente.

c. Realización del balance.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 339 de la LGS, la empresa tiene la obligación de elaborar un balance especial de transformación, correspondiente al día inmediatamente anterior a la formalización de la escritura pública que consigne dicho acto. No es exigible que dicho balance sea incorporado dentro de la escritura pública; sin embargo, la sociedad debe garantizar que esté disponible para su consulta por los socios y cualquier tercero interesado, en su domicilio social, dentro de un plazo máximo de treinta días contados desde la fecha en que se suscriba la mencionada escritura.

Este balance resulta esencial, ya que refleja detalladamente la composición de los activos y pasivos de la sociedad en las 24 horas previas a la transformación. Su relevancia radica en que permite conocer con precisión el estado patrimonial con el cual la empresa responderá ante sus obligaciones, especialmente si se ha producido un cambio en el régimen de responsabilidad de los socios. Asimismo, ofrece información clave para cualquier circunstancia en la que sea necesario tener claridad sobre la situación financiera previa a la transformación.

Finalmente, es importante resaltar que, a diferencia de lo establecido en la anterior LGS, no será necesario insertar el balance en la escritura pública de transformación,

resultará suficiente que se ponga a disposición de las personas interesadas, lo cual en la práctica hace que muchas veces no se haga, toda vez que los registradores no lo exigen.

d. Escritura pública y vigencia de la transformación.

Una vez cumplida la formalidad de publicar el acuerdo de transformación, se inicia un plazo de diez días durante el cual los socios pueden ejercer su derecho de separación. Cuando se constata la salida de aquellos socios que han optado por separarse, o bien, si transcurre dicho plazo sin que se ejerza este derecho, la transformación se formaliza mediante una escritura pública que debe incluir la constancia de la publicación de los avisos.

Por otro lado, el artículo 341 de la LGS dispone que la transformación entrará en vigor al día siguiente de la fecha de la escritura pública correspondiente, siendo condición indispensable su inscripción en el Registro para que tenga plena eficacia.

Es importante resaltar que lo regulado con relación a la vigencia y eficacia de la transformación difiere de manera considerable con lo regulado respecto a la escisión y fusión, toda vez que a diferencia de lo regulado para la transformación, en los otros casos de reorganización la empresas (salvo en la reorganización simple) participantes deciden desde cuanto está vigente la reorganización, siendo que desde esta fecha ya es plenamente eficaz, aunque la misma no se haya escriturado ni inscrito en Registros Públicos.

2.3.3 Fusión.

Es importante referir que en esta sección también he tomado algunas de las ideas que he desarrollado en dos artículos de mi autoría y que indico a continuación: “Principales aspectos de la fusión de sociedades”. En la revista *Contadores y Empresas* (2008, septiembre, primera quincena); y, “Implicancias legales sobre la fusión de sociedades”. En la revista *Contadores y Empresas* (2010, abril, segunda quincena).

La fusión de sociedades es casi un imperativo de los tiempos modernos, impuesta por la racionalización de la producción, por el progreso tecnológico y por las exigencias de la competencia que demanda constantemente la existencia de unidades empresariales

de mayor tamaño y alcance en los mercados. Estos factores prácticamente exigen la concentración de las pequeñas, medianas e inclusive de las grandes sociedades (Broseta Pont, 1994, p. 342). Por otro lado, dispositivos como los referidos al beneficiario final o cualquiera que busca transparentar a las personas naturales propietarias de las acciones han gatillado que las empresas vinculadas realicen operaciones de fusión o escisión.

Un claro ejemplo de lo señalado es el Perú, que actualmente hay un crecimiento con relación a las fusiones y adquisiciones de empresas, donde las cifras estimadas que arrojarían estas operaciones al cierre del 2023 bordean los 7,000 millones (TTRDATA, blog, 16 de enero 2024)⁵.

Podemos definir a la como aquella forma de reorganización en mérito de la cual dos o más sociedades se integran para formar una única entidad. Este proceso puede llevarse a cabo ya sea mediante la creación de una nueva sociedad que integre a todas las participantes, o a través de la absorción, en la cual una sociedad existente incorpora a las demás.

En ambos casos se efectúa la transferencia completa e integral de sus patrimonios, por lo cual los socios de las sociedades extinguidas se incorporan a la entidad resultante (esto último se conoce como la relación de canje)

En esta operación comercial el objeto es integrar dos o más empresas societarias sin llevarlas a su liquidación con el fin de formar una nueva sociedad, lo cual técnicamente importa fusión por creación de una tercera; o la disolución de aquella o aquellas que serán absorbidas por otra sociedad ya constituida, cuyo mecanismo, en este último supuesto, se denomina fusión por absorción o incorporación (Argeri, 1982. p. 226).

En la fusión el fenómeno jurídico es más complejo, la compenetración de dos o más grupos sociales en un único grupo o ente no puede ser el efecto de un acto de una sola sociedad, se trata necesariamente de un acto intersubjetivo, más si tomamos en

⁵ Ver: <https://blog.ttrdata.com/informe-anual-sobre-el-mercado-transaccional-peruano-2023/#:~:text=En%202023%2C%20se%20han%20registrado,informe%20anual%20de%20TTR%20Data.>

consideración que la compenetración se actúa entre las organizaciones sociales como tales, siendo siempre necesario un acto a través del cual se imponga el reglamento y/o estatuto que se acepta en las relaciones con otras organizaciones sociales (Argeri, 1982, p. 226).

La fusión resulta de dos momentos esenciales: (i) la deliberación de cada una de las sociedades de participar en la fusión; y, (ii) el acto de fusión entre las diversas sociedades, que constituye el medio con el cual se efectivizan los vínculos entre las sociedades participantes creando una nueva organización o ampliando una existente en la cual se confunden (integran) las organizaciones singulares (Ferri, 1996, p. 504).

2.3.3.1 Aspectos Relevantes

a) Tipos de fusión

A tenor de lo establecido por el artículo 344 de la LGS la fusión de sociedades puede adoptar alguna de las siguientes formas:

(i) **Fusión por creación de nueva sociedad.**

Consiste en la fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante, originándose 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,

(ii) **Fusión por absorción**

En este supuesto se configura la absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente originándose la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

Cabe referir otro supuesto que, si bien o configura una modalidad distinta de las dos anteriores, tiene determinadas particularidades, es el caso de la fusión simple, que se da cuando la sociedad absorbente es propietaria de todas las acciones o participaciones de

las sociedades absorbidas y que se encuentra regulada en el artículo 363 de la LGS, es decir, se da cuando una subsidiaria es absorbida por su matriz.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 363 de la LGS, si la sociedad absorbente posee la totalidad de las acciones o participaciones de las sociedades absorbidas, no será necesario cumplir con los requisitos mencionados en los incisos 3), 4), 5) y 6) del artículo 347, que se refieren a aspectos jurídicos y económicos de la fusión, como la relación de canje, entre otros. Esto resulta coherente, dado que en esta situación se trata de una empresa que es completamente propietaria de la otra, y siendo que el efecto de la fusión es que el accionista de la absorbida reciba acciones de la absorbente, en este caso, la absorbente recibiría acciones de sí misma, viéndose obligada a amortizarla y generando un efecto neutro sobre el particular.

Esta forma de fusión se puede dar por absorción o para crear una nueva sociedad, aunque lo más común sea que se trate de una fusión por absorción en la que la sociedad matriz absorba a su subsidiaria, y siendo que la absorbente es el único accionista de la absorbida producto de esta fusión no se emitirán nuevas acciones y simplemente se realizará un ajuste contable en la absorbente, sustituyendo la cuenta "inversiones en valores-acciones" por la(s) nueva(s) cuenta(s) correspondiente al valor del patrimonio absorbido (activos y pasivos de la absorbida).

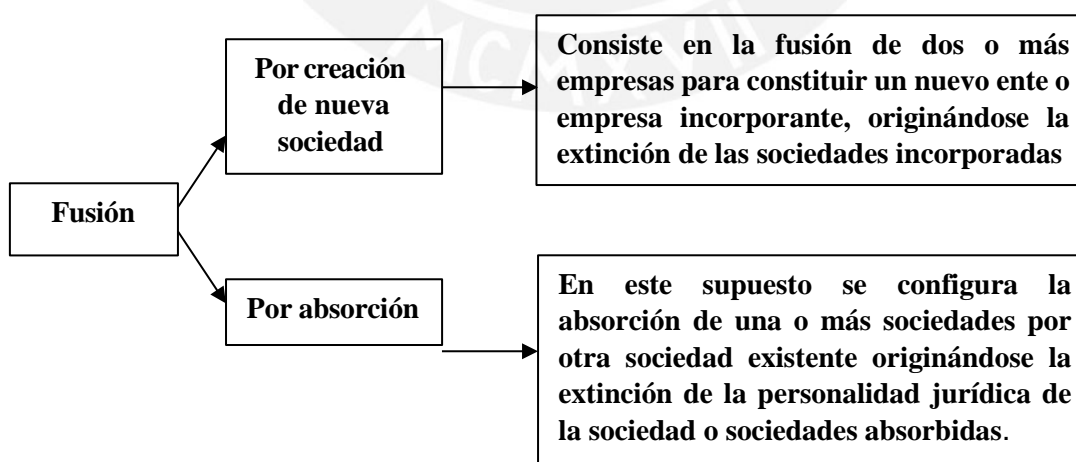


Figura 1. Tipos o formas de fusión

b) Presupuestos constitutivos:

Broseta Pont (1994, p. 343) señala y expone la necesidad de que concurren cuatro requisitos o presupuestos para que se configure una fusión válida, que son:

(i) Disolución de una, varias, o de todas las sociedades que pretenden fusionarse.

Se disolverán todas cuando se realiza una fusión para la creación de una nueva sociedad; y, se disolverán todas menos una cuando se trate de una fusión por absorción.

(ii) Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas.

Precisamente, este es el fin de la fusión: que todo el patrimonio de una sociedad o más sociedades pase a otra de nueva existencia o a la que realiza el rol de absorbente.

(iii) Inexistencia de liquidación en las sociedades extintas en el proceso de fusión.

Si liquidáramos las sociedades que se extinguen con la fusión, se tendría que repartir el haber social y realizar diversos actos que no van con la finalidad que busca la fusión.

(iv) Agrupación de todos los socios en una sola sociedad

Esto es consecuencia del hecho de que la sociedad que se crea por la fusión o la que realiza el rol de absorbente recibe el patrimonio de las demás participantes, siendo que deberá emitir acciones a modo de contraprestación a los socios de las referidas participantes. Esto último puede verse de forma relativa en los casos en los que se traslada un bloque patrimonial negativo, donde en principio no había relación de canje positiva o favorable para los accionistas de la sociedad que recibe el patrimonio, pero que sin embargo la práctica y RRS nos exponen como un posible escenario.

En efecto, el inciso d) del artículo 119 del RRS establece que *“en caso que sea negativo el valor neto del bloque patrimonial que se transfiere, se dejará constancia de su monto y esa circunstancia producirá que la absorbente no aumente su capital ni emita nuevas acciones. Tratándose de fusión por constitución, se dejará constancia de que la nueva sociedad no emite acciones o participaciones sociales a favor de los socios de la sociedad que se extingue por fusión”*.

c) Derecho de separación.

De manera similar a lo que ocurre con la transformación, la adopción de un acuerdo de fusión confiere a los socios el derecho de separación. Este derecho se puede ejercer enviando una carta notarial a la sociedad, la cual debe ser presentada a más tardar el décimo día posterior a la publicación del aviso de fusión. .

Así lo establece el artículo 256 de la LGS que señala lo siguiente: *“El acuerdo de fusión da a los socios y accionistas de las sociedades que se fusionan el derecho de separación regulado por el artículo 200.*

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

Sobre el particular, y debido a su semejanza, nos remitimos a los comentarios realizados cuando desarrollamos el derecho de separación en el marco de una operación de transformación.

d) Derecho de oposición.

Una vez acordada la fusión por las juntas generales de las sociedades participantes, siguiendo el *iter* de la fusión, se deberá publicar los acuerdos de las sociedades participantes, tal como veremos más adelante. Estos dos sucesos (acuerdo y publicación) dan inicio a la etapa de tutela de los acreedores, quienes podrán oponerse a la ejecución de la fusión en caso consideren que pueden afectarse los créditos que tengan frente a cualquiera de las sociedades participantes.

La necesidad de la tutela de los acreedores se explica en la medida en que, al confundirse el patrimonio de las sociedades participantes como consecuencia de la fusión, podría determinarse una modificación en la garantía que los acreedores de la sociedad tienen el patrimonio de aquella (Ferri, 1996, p. 506).

Nuestra LGS ha regulado el derecho de oposición de los acreedores en el artículo 359 de la LGS que establece que *“El acreedor de cualquiera de las sociedades*

participantes tiene derecho de oposición, el que se regula por lo dispuesto en el artículo 219”

Debemos mencionar que realizaremos un desarrollo más amplio con relación a la tutela de los acreedores en el siguiente capítulo.

2.3.3.2 Procedimiento

a) Proyecto de fusión.

La iniciativa del estudio de la fusión corresponde normalmente a los administradores, en quienes recaerá la tarea de negociar y realizar los estudios correspondientes para verificar la viabilidad y los términos de la fusión. Para la realización de la fusión de dos o más empresas, en principio se debe contar con un proyecto común, donde se plasmará las negociaciones realizadas por las sociedades intervinientes. Su elaboración se encuentra a cargo del directorio de cada una de las participantes en la fusión, siendo aprobado con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros (Broseta Pont, 1994, p. 345).

Para 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.

Contenido del proyecto de fusión.

A tenor del artículo 347 de la LGS el contenido mínimo obligatorio del proyecto de fusión es el siguiente:

- La denominación, domicilio, capital y los datos de inscripción en el Registro de las sociedades participantes;
- La forma de la fusión (por absorción o por creación de una nueva).
- La explicación del proyecto de fusión, sus principales aspectos jurídicos y económicos y los criterios de valorización empleados para la determinación de la relación de canje entre las respectivas acciones o participaciones de las sociedades participantes en la fusión. Sobre el particular, y atendiendo a los beneficios o régimen especial tributario que se le brinda a la fusión y a las formas

de reorganización en general, los más común es que el criterio de valorización sea el del valor contable o en libros, siendo que el traspaso de activos y/o en general del bloque no genere ganancias ni por lo tanto este afecto a impuestos. En ese sentido, es común que en los proyectos de fusión se consigne que *“los patrimonios asumidos producto de la fusión por absorción se transfieren a su actual valor neto registrado en libros”*.

- .
- El tipo y la cantidad de acciones o participaciones que la sociedad incorporante o absorbente deberá emitir o entregar, así como, en su caso, el cambio en el monto de su capital.
- Las compensaciones adicionales, en caso de ser necesarias.
- El método a seguir para el intercambio de títulos, si corresponde.
- La fecha estipulada para que entre en vigor.
- Los derechos vinculados a los títulos emitidos por las sociedades participantes que no sean acciones o participaciones.
- Los informes legales, económicos o contables que hayan sido contratados por las sociedades participantes, en caso de existir.
- Las condiciones bajo las cuales se realizará la fusión, si fuese aplicable.
- Cualquier otra información o referencia que los directores o administradores consideren relevante consignar

b) Convocatoria y acuerdo de fusión.

Cuando se trata de acuerdos referentes a temas de reorganización de sociedades, se exige determinadas formalidades adicionales que dan cuenta de que tales acuerdos representan actos de suma trascendencia para la vida societaria.

Conforme los establece el artículo 349 de la LGS cuando se somete un proyecto de fusión a la decisión de la junta general o asamblea, cada sociedad involucrada debe efectuar la convocatoria mediante aviso publicado, con una antelación mínima de diez días respecto de la fecha programada para su realización.

Además, el artículo 350 de la LGS dispone que, a partir de la publicación del aviso de convocatoria, cada sociedad participante debe poner a disposición de sus socios,

accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social, la siguiente documentación:

- El proyecto de fusión.

- Los estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes. En el caso de aquellas constituidas durante el mismo ejercicio en que se acuerda la fusión, se presentará un balance auditado correspondiente al cierre del mes anterior a la aprobación del proyecto de fusión.

- El proyecto del pacto social y estatutos de la sociedad incorporante, o, en su caso, las modificaciones a los estatutos de la sociedad absorbente.

- La lista de los principales accionistas, directores y administradores de las sociedades participantes.

Podemos apreciar que se está exigiendo que la información se debe a poner a disposición de los socios o accionistas y además a los acreedores, obligacionistas y demás tenedores de títulos especiales. Ello responde a que en la fusión se otorga a los socios el derecho de separación (artículo 356 de la LGS), mientras que a los acreedores el derecho de oposición (artículo 359 de la LGS), según el cual podrán impugnar la fusión cuando vean vulnerado o en peligro alguno de sus derechos respecto a la sociedad.

c) Acuerdo de fusión.

La decisión de reorganizar la sociedad bajo la modalidad de fusión, corresponde exclusivamente a la junta o asamblea general de las sociedades intervinientes. Esta facultad es indelegable, por lo que ningún otro órgano podrá tomar el acuerdo de fusión.

En ese sentido, el artículo 351 de la LGS señala que la junta general o asamblea de cada una de las sociedades participantes aprueba el proyecto de fusión con las modificaciones que expresamente se acuerden y fija una fecha común de entrada en vigencia de la fusión.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 351 de la LGS, corresponde a los directores o administradores, con carácter previo a la adopción del acuerdo de fusión, poner en conocimiento de los accionistas cualquier alteración relevante que haya experimentado

el patrimonio de las sociedades involucradas desde la fecha en que se fijó la relación de canje.

Por su parte, el artículo 345 de la misma norma dispone que el acuerdo de fusión debe adoptarse observando los requisitos legales y estatutarios aplicables a la modificación del pacto social y del estatuto de cada sociedad participante, sin que sea necesario, en el caso de aquellas que se extingan como consecuencia del proceso, acordar expresamente su disolución.

En consecuencia, el quórum exigido para la instalación de la junta general es el calificado, siendo que de conformidad con el artículo 126 de la LGS, en primera convocatoria, se necesita la asistencia de accionistas titulares de al menos dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto (66.6%); y en segunda convocatoria, la concurrencia de socios que representen, como mínimo, las tres quintas partes de dichas acciones (60%).

Asimismo, para que el acuerdo de fusión quede válidamente aprobado, se requiere, según lo establecido en el artículo 127 de la LGS, el voto favorable de accionistas que representen, por lo menos, la mayoría absoluta del capital suscrito con derecho a voto, es decir, el cincuenta por ciento más una acción del total.

Además, para que el acuerdo de fusión sea adoptado, es imprescindible que se cuente con la aprobación de un número de acciones que represente, como mínimo, la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto, es decir, el 50% más una del total de acciones existentes en la sociedad, ello de conformidad con el artículo 127 de la LGS.

Al respecto nos remitimos a la explicación que sobre quorum y acuerdo realizamos al abordar la transformación, toda vez que es una situación idéntica.

d) Publicidad del acuerdo de fusión.

En lo que respecta a la publicidad, a tenor de lo dispuesto por el artículo 355 de la LGS, se exige que cada uno de los acuerdos de fusión publique por tres veces, con cinco

días de intervalo entre cada aviso. Otorgando la posibilidad publicarlos en forma independiente o conjunta por las sociedades participantes.

Sobre la explicación del Intervalo y la diferencia entre sociedades de Lima y Callao con sociedades de otras provincias, me remito a lo expuesto sobre el particular al exponer el procedimiento de transformación.

e) Escritura pública de la fusión.

A tenor del artículo 357 de la LGS la escritura pública de fusión se otorga una vez vencido el plazo de treinta días, contado a partir de la fecha de la publicación del último aviso, ello si no hubiera oposición. Caso contrario, la escritura pública se otorga una vez levantada la suspensión o concluido el proceso que declara infundada la oposición.

El artículo 358 dispone que la escritura pública de fusión debe incluir:

- Los acuerdos adoptados por las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes.
- El pacto social y los estatutos de la nueva sociedad o, en su defecto, las modificaciones aplicadas al pacto social y estatutos de la sociedad absorbente.
- La fecha a partir de la cual la fusión entrará en vigor.
- La constancia de la publicación de los avisos requeridos en el artículo 355.
- Cualquier otro pacto que las sociedades participantes consideren pertinente incluir.

f) Vigencia de la fusión.

Sabemos que la escrituración e inscripción en Registros Públicos son requisitos ineludibles para hacer culminar con el procedimiento de fusión; no obstante, su vigencia o efectividad será la fecha acordada y consignada el proyecto que se aprobó.

En este sentido, el artículo 353 establece que la fusión entra en vigor en la fecha determinada en los acuerdos de fusión, siendo en ese momento cuando cesan las operaciones, así como los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, y estos son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante.

A pesar de ello, reiteremos, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en las partidas registrales correspondiente a las sociedades participantes.

El mismo artículo 353 de la LGS establece, entre los efectos derivados de la inscripción de la fusión, la extinción de las sociedades que sean absorbidas o incorporadas, según corresponda. Asimismo, dicha inscripción produce, de manera automática, la anotación en los registros pertinentes (cuando resulte aplicable) de la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones que conforman los patrimonios objeto de transmisión.

Sobre la fecha de entrada en vigencia regulada en el artículo 353 de la LGS nos detendremos un poco más al abordarlo en el rubro vigencia de la escisión, toda vez que este es un punto central que debemos analizar y que marca una diferencia importante de la fusión y escisión con la reorganización simple.

2.3.4 Escisión.

En esta sección también he tomado algunas de las ideas que he desarrollado en tres artículos de mi autoría y que indico a continuación: “Pasos y requisitos para escindir una empresa”. En la revista *Contadores y Empresas* (2008, julio, segunda quincena); “Requisitos y procedimiento para escindir una sociedad”. En la revista *Contadores y Empresas* (2010, agosto, primera quincena); y, En la revista *Contadores y Empresas* (2013, junio, segunda quincena).

2.3.4.1 Concepto

La escisión es aquella forma de reorganización consistente en fragmentar total o parcialmente el patrimonio de una sociedad en una o más partes, transmitiendo en bloque cada fracción patrimonial escindida a una o varias sociedades existentes o de nueva creación, mediante la atribución a los socios de la sociedad escindida de acciones o participaciones procedentes de la sociedad o sociedades beneficiarias (GUASH, 1993. Pág. 69-70).

A tenor de lo descrito en el artículo 367 de la LGS, por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras

sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley.

2.3.4.2 Modalidades

La escisión puede adoptar alguna de las siguientes formas:

a) Escisión propia o total: Consiste en dividir la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques, los cuales se transfieren a sociedades nuevas, se integran en sociedades ya existentes o se combinan ambas opciones. Como resultado, la sociedad original queda extinguida.

b) Escisión impropia o parcial: Se refiere a la separación de uno o varios bloques patrimoniales de una sociedad que continúa existiendo, transfiriéndolos a nuevas sociedades o a sociedades existentes, o aplicando ambas alternativas. En este caso, la sociedad escindida ajusta su capital (o patrimonio, toda vez que en ocasiones el bloque patrimonial es de mayor valor al capital inscrito) de acuerdo con el valor de los bloques segregados

Podemos verificar que en su forma más completa se trata de dividir o separar en dos o más partes, el patrimonio de una sociedad (que se extingue), para aportar cada una de ellas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes. De otro lado, en su forma menos completa, existe una empresa (que subsiste) que segrega una parte o partes de sí misma, para aportarlas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes, en un proceso también análogo a la fusión (por creación o por absorción) (Broseta Pont, 1994, p. 349).

Como quiera que se hace referencia a bloques patrimoniales, es necesario dar los alcances que en nuestra LGS se tienen de tal concepto en su artículo 369 que señala que se entiende por bloque patrimonial:

- Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida;
- El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida.
- Un fondo empresarial⁶

⁶ Fondo empresarial es el conjunto de bienes y derechos organizados por una o 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. (anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado).

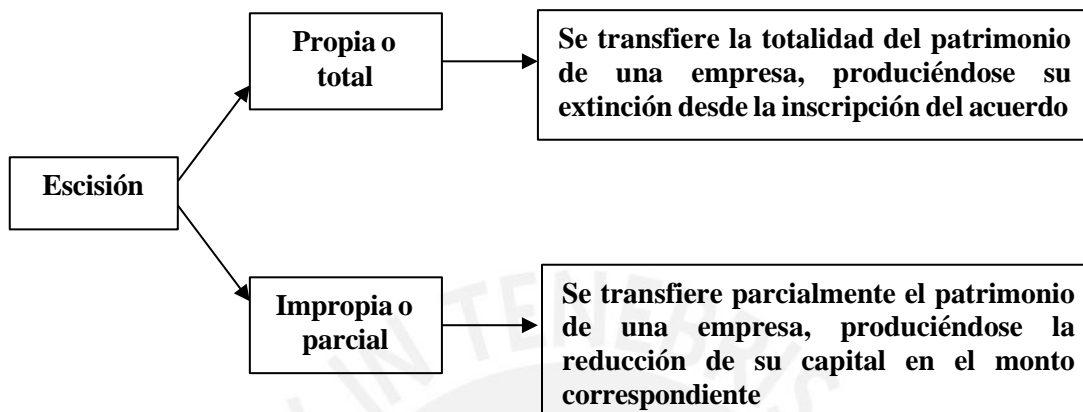


Figura 2. Tipos o formas de escisión

En conclusión, la principal diferencia en la escisión propia o total con la escisión parcial es que en la primera la sociedad que escinde los bloques patrimoniales se extingue, como consecuencia de la división y segregación de la totalidad su patrimonio, no dejando ningún activo o pasivo y por lo tanto produciéndose la extinción de la sociedad sin tener que pasar por una disolución o liquidación. Es importante resaltar que para que se de este supuesto es necesario que existan al menos dos sociedades beneficiarias que reciban todo el activo, pasivo y patrimonio de la sociedad escindida, ya que de existir solo una estaríamos ante la figura de la fusión. Finalmente, en este caso los accionistas de la sociedad escindida que se extingue pasarán a ser accionistas de las sociedades beneficiarias.

Por su parte, en la escisión impropia o parcial, la sociedad que escinde los bloques patrimoniales mantiene parte de su patrimonio, activo y/o pasivo con la finalidad de seguir funcionando u operando después de la escisión. En este siendo el principal efecto la adecuación de su capital social o de su patrimonio, el cual deberá cambiar en función al valor del bloque o de los bloques que se escinden. En este punto es importante mencionar que, si bien el artículo 367 de la LGS establece que la sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente, en la práctica los registradores (quienes califican la legalidad de la operación de la escisión) admiten que la sociedad escindida ajuste otras cuentas

patrimoniales y no solo el capital, por ejemplo, se suele consignar que el valor del bloque afectará no solo el capital social sino también la cuenta de resultados acumulados. Esto permite que se realicen operaciones de escisión con bloques patrimoniales cuyo valor sea superior al monto del capital social, lo cual es correcto, porque el capital social es una cifra estática que no refleja al patrimonio total de una empresa (el cual en todo caso vendría reflejado por el patrimonio neto).

2.3.4.3 Funciones, objetivos y utilidad de la escisión

La mayoría de los autores hacen referencia a la escisión como un mecanismo de reorganización inverso a la fusión, en la medida que a través de aquella las sociedades escidentes distribuyen su patrimonio entre otras personas jurídicas.

En efecto, mientras que la fusión responde a necesidades de concentración de las empresas en la economía moderna, la escisión, por el contrario, permite la desconcentración de una sociedad que ha alcanzado determinado crecimiento que torna difícil su administración o que requiere de una atención más especializada.

Por lo tanto, la utilidad de la escisión consiste en que a través de ella podemos realizar la redistribución de las actividades de una sociedad, que no solo sirve como medio de descentralización empresarial, sino y, además, de especialización respecto del conglomerado de actividades que eran realizadas por una única o por un grupo de sociedades.

Vicente Santos (1989), nos explica algunos de los posibles objetivos que la escisión puede perseguir y de los cuales expones los que consideramos más importantes y vigentes (págs. 218-220):

- a)** Desde una visión simplista y primaria (sic) se podría pensar en la escisión como un medio para resolver la tensión entre dos o más grupos de socios. En efecto, imaginemos una sociedad en la que la junta no pueda adoptar acuerdos por las discrepancias de los socios, una adecuada aplicación de la escisión, sobre la base de mantener las instalaciones y explotaciones, podría encontrar una salida independizando alguna línea de negocio. Sin

embargo, este objetivo hoy puede verse relegado debido a la existencia de convenios entre los accionistas, instancias arbitrales o estatutos bien elaborados.

b) Detener un crecimiento exagerado e imprudente de las unidades o conjuntos empresariales. Si bien la concentración económica puede ser muy ventajosa, no puede proseguir indefinidamente al menos de manera desordenada. En efecto, en ocasiones la escisión podrá servir como mecanismo para independizar determinados aspectos de un negocio, aislando sus propios costos y riesgos de las demás operaciones de la sociedad.

c) Permitir la expansión de actividades mediante y su especialización. Por su parte, Beaumont (2007), rescata la utilidad de la escisión de sociedades señalando la diversidad de fines que persigue, entre ellos tenemos (p. 792-793):

- Resolver los conflictos internos entre los distintos grupos de socios, lo cual puede ser una alternativa a optar por la liquidación de la sociedad.
- Controlar un crecimiento desmesurado o imprudente de las unidades o conglomerados empresariales, ya que una excesiva concentración puede llevar a que la empresa pierda competitividad al incurrir en altos costos de administración.
- Favorecer la especialización de las diferentes actividades de la empresa, separándolas en unidades que sean independientes tanto en lo económico como en lo jurídico, es decir, promover la descentralización empresarial.
- Descentralizar las operaciones de la sociedad distribuyéndolas en diversas áreas geográficas.
- Llevar a cabo el saneamiento de una empresa que desempeña múltiples actividades, especialmente cuando alguna de ellas no resulta viable.

2.3.4.4 *Derecho de separación y oposición*

De igual manera que con la transformación y fusión, cuando se adopte un acuerdo de fusión, los socios gozarán del derecho de separación y los acreedores del derecho de oposición tal como lo establecen los artículos 385 y 383 respectivamente.

Al tratarse de la misma figura y procedimientos, nos remitimos a los comentarios anteriores que realizamos sobre el particular, resaltando el hecho que con relación al derecho de oposición de los acreedores se realizará un estudio más amplio en el capítulo correspondiente a la tutela de los acreedores.

2.3.4.5 Procedimiento

a) Proyecto de escisión.

El primer paso para realizar la escisión de una sociedad es la elaboración de un proyecto, consecuencia de las negociaciones realizadas por las sociedades intervinientes. Este proyecto debe ser materia de aprobación por los administradores (directorio o gerencia, a través de un informe de gerencia o acuerdo adoptado en una sesión de directorio) dejando abierto el camino para el posterior acuerdo de escisión que compete a las juntas o asambleas de socios.

De acuerdo con el artículo 371 de la LGS, el directorio (o la administración) de cada una de las sociedades que participan en la escisión aprueba, con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, el texto del proyecto de escisión. Ahora bien, debemos precisar que en el caso de una sociedad sin directorio, se suele aceptar que el proyecto sea aprobado únicamente por el gerente general.

b) Contenido del proyecto de escisión

El contenido del proyecto de escisión resulta de suma importancia tanto a nivel formal (requisito de validez de la operación) como a nivel sustancial (en él se regula las diversas consecuencias jurídicas de la operación). Cierta sector de la doctrina considera además que el proyecto debe entenderse determinado por su función informativa: se trata de informar a los socios que han de decidir acerca de la escisión; incluso cabe ver en él también una función informativa para los terceros como por ejemplo aquellos que sean titulares de determinados títulos (Santos, 1989, p. 233).

La LGS en su artículo 372 regula cuál es el contenido mínimo obligatorio que debe tener el proyecto de escisión:

- La denominación, domicilio, capital y los datos de inscripción en el Registro de las sociedades participantes.

En este punto del proyecto se deberán consignar de manera clara los datos de las sociedades participantes.

- La forma propuesta para la escisión y la función de cada sociedad participante.

Aquí se deberá explicar la modalidad de escisión que se adopte y el rol de cada una de las intervinientes. Podríamos utilizar el siguiente texto: *“La forma de la escisión será la segregación de un bloque patrimonial en AAA que será transferido a BBB Bajo dicho supuesto, AAA cumplirá la función de sociedad escindida y BBB cumplirá la función de sociedad beneficiada”*.

- La explicación del proyecto de escisión y el valor de activos.

Es importante que se detallen muy bien los activos y/o pasivos comprendidos en el bloque patrimonial, a efectos que no haya problemas con la transferencia que se está realizando. El criterio de valorización, al igual que mencionamos en el caso de la fusión, los beneficios o régimen especial tributario conllevan a que el criterio de valorización en la gran mayoría de casos sea el del valor contable o en libros. Inclusive en la escisión, específico de lo que la cuenta contable que se traspaşa implica, salvo que se trate de bienes cuya transferencia deba quedar de forma expresa para que se anote en los registros correspondientes (por ejemplo, la transferencia de inmuebles y vehículos). En ese sentido, es común que en los proyectos de escisión se consigne que *“los activos y pasivos que conforman el bloque patrimonial materia de la escisión se transfieren a su actual valor neto registrado en libros”*.

- La relación de los elementos del activo y del pasivo, en su caso, que correspondan a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión.

Consiste en la explicación detallada de los activos y pasivos que serán segregados. Podríamos utilizar el siguiente texto: *“El bloque patrimonial a escindir de AAA. a favor de BBB. está comprendido por los activos y pasivos que se detallan en el Anexo del presente documento”*.

- La relación del reparto, entre los accionistas o socios de la sociedad escindida, de las acciones o participaciones a ser emitidas por las sociedades beneficiarias.

A tenor de lo indicado en el artículo 368 de la LGS, las nuevas acciones o participaciones que se emitan como consecuencia de la escisión deberán ser adjudicadas 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. A la referida relación de reparto también se le conoce como relación de cambio o canje, ya que, en una escisión, la sociedad escindida al desprenderse de un bloque patrimonial, usualmente, reduce su capital, por lo que deberá amortizar determinado número de acciones; sin embargo, en ese mismo acto, usualmente, se incrementará el capital de la sociedad beneficiaria que absorbe el bloque patrimonial, lo que incrementará su capital y producirá una consiguiente emisión de acciones. De esta manera se trata de un cambio o canje de las acciones de las sociedades participantes.

- Las compensaciones complementarias, si las hubiese.

Adicionalmente a la relación de canje, las sociedades participantes pueden pactar compensaciones como condición para llevar adelante la operación. Tales compensaciones deberán estar consignadas de manera clara en el proyecto.

- Como quedará el capital social de cada participante.

Es vital consignar esta información para la relación de canje y para anotar las nuevas cifras capital de las participantes.

- El procedimiento para el canje de títulos, en su caso.

Si se ha acordado algo sobre el particular, deberá ser consignado

- La fecha prevista para su entrada en vigencia.

Conforme expondremos más adelante, la escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión. Esta fecha debe ser común para todas las sociedades participantes.

Conforme a lo dispuesto en los incisos 10 al 13 del artículo 372 de la Ley General de Sociedades, el proyecto de escisión debe incluir, además:

- la determinación de los derechos inherentes a los títulos emitidos por las sociedades intervinientes que no correspondan a acciones o participaciones.
- La incorporación, en caso de existir, de los informes de carácter económico o contable contratados por dichas sociedades.
- La precisión de las modalidades específicas a las que la operación de escisión quedará sujeta, si resultara aplicable.
- Cualquier otra información o referencia que, a criterio de los directores o administradores, se estime relevante para el proceso.

c) Convocatoria y acuerdo de escisión.

Cuando se trata de acuerdos referentes a temas de reorganización de sociedades, se exige determinadas formalidades adicionales en la medida en que tales acuerdos representan actos de suma trascendencia para la vida societaria.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 374 de la Ley General de Sociedades, la convocatoria a la junta general o asamblea en la que deba debatirse y decidirse sobre el proyecto de escisión debe realizarse por cada una de las sociedades intervinientes, mediante la publicación de un aviso, con una antelación no menor a diez días respecto de la fecha fijada para la reunión

d) Información que debe ser proporcionada.

- Según lo establecido en el artículo 375 de la LGS, desde la publicación del aviso de convocatoria, cada sociedad participante debe poner a disposición de sus socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, en su domicilio social, los siguientes documentos

:

- El proyecto de escisión;
- Estados financieros auditados del último ejercicio de las sociedades participantes. Aquellas que se hubiesen constituido en el mismo ejercicio en que se acuerda la escisión presentan un balance auditado cerrado al último día del mes previo al de aprobación del proyecto;

- El proyecto de modificación del pacto social y estatuto de la sociedad escindida; el proyecto de pacto social y estatuto de la nueva sociedad beneficiaria; o, si se trata de escisión por absorción, las modificaciones que se introduzcan en los de las sociedades beneficiarias de los bloques patrimoniales; y,
- La relación de los principales socios, de los directores y de los administradores de las sociedades participantes.

Podemos apreciar que se está exigiendo que la información se debe a poner a disposición no solo de los socios o accionistas, sino y además a sus acreedores, obligacionistas y demás tenedores de títulos especiales. Ello responde a que en la escisión se otorga a estos últimos el derecho de oposición, según el cual podrán impugnar la escisión cuando vean vulnerado o en peligro alguno de sus derechos respecto a la sociedad.

d) Acuerdo de escisión.

La decisión de reorganizar la sociedad bajo la modalidad de escisión corresponde exclusivamente a la junta de accionistas o asamblea general de socios de las sociedades intervinientes. Esta facultad es indelegable, por lo que ningún otro órgano podrá tomar el acuerdo de escisión.

Es importante recordar que la escisión se acuerda aplicando los mismos requisitos establecidos por la ley y los estatutos de las sociedades participantes para modificar su pacto social y estatutos, sin necesidad de acordar la disolución de la sociedad o sociedades que se extinguen como consecuencia de la escisión.

Esto implica que se requiere un quórum de asistencia calificada. En la primera convocatoria, es indispensable la presencia de al menos dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto, mientras que en la segunda basta con la concurrencia de al menos tres quintas partes de las mismas.

Por consiguiente, para la adopción del acuerdo de escisión, se debe contar con la aprobación de un número de acciones que represente, como mínimo, la mayoría absoluta, es decir, el 50% más uno del total de acciones suscritas con derecho a voto.

Sobre los alcances del acuerdo y quorum me remito a lo expuesto sobre el particular en el caso de la transformación.

Se puede modificar el contenido del proyecto de escisión, sin embargo, tales modificatorias deberán ser aprobadas por todas las sociedades intervinientes.

Además, las juntas o asambleas deberán determinar el inicio de la fecha de escisión, claro que con la aprobación del proyecto ya se ratifica también la fecha de vigencia de la escisión, toda vez que esta debe estar contenida en el proyecto.

e) Publicidad del acuerdo de escisión.

En lo que respecta a la publicidad, la LGS exige que cada uno de los acuerdos de escisión publique por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso. Otorgando la posibilidad republicarlos en forma independiente o conjunta por las sociedades participantes.

Sobre los alcances legales de la publicación me remito a lo expuesto sobre el particular en el caso de la transformación y de fusión.

f) Escritura pública de la escisión.

Una vez transcurridos treinta días desde la publicación del último aviso mencionado en el literal anterior, y siempre que no se haya recibido oposición de parte de algún acreedor, se procede a otorgar la escritura pública de escisión. Si durante ese plazo se notifica alguna oposición, la escritura se formalizará únicamente después de levantar la suspensión o concluir el proceso judicial en que se declare infundada dicha oposición.

La escritura pública de escisión deberá incluir:

- Los acuerdos adoptados por las juntas generales o asambleas de las sociedades participantes.

- Los requisitos legales establecidos para el contrato social y estatuto de las nuevas sociedades, en su caso.
- Las modificaciones efectuadas en el contrato social, estatuto y capital social de las sociedades involucradas en la escisión, cuando corresponda.
- La fecha a partir de la cual la escisión entrará en vigor.
- La constancia del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 380 de la LGS.
- Cualquier otro pacto que las sociedades participantes consideren pertinente.

g) Fecha de entrada en vigencia.

Pese a tener como requisito la elevación a escritura pública y la inscripción en Registros Públicos, la escisión estará vigente desde la fecha acordada cuando se aprobó el proyecto.

En efecto, el artículo 378 de la LGS establece que la escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión. Siendo que, a partir de esa fecha, que debe ser común para todas las participantes, las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no.

No obstante, debemos recordar que la escisión estará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro y en las partidas correspondientes a todas las sociedades participantes. Ello no significa que no será válida antes de la inscripción ni que producirá todos sus efectos luego de esta.

Precisamente este artículo (así como el artículo 353 de la LGS que regula la vigencia de la fusión) y la regulación de la entrada en vigencia influyen directamente en la tutela de los acreedores y a su vez marca una distancia con relación a los dispositivos civiles sobre el particular. Sobre este punto volveremos en el acápite referido a la tutela de los acreedores.

2.3.5 Reorganización Simple.

2.3.5.1 Concepto

Para Hernández J. (2003 pp. 1208), la reorganización simple es una forma de reorganización societaria que consiste en el acto mediante el cual una sociedad identifica una o más porciones de su patrimonio (bloques patrimoniales) y las transfiere (aporta) a una o más sociedades siendo que como consecuencia de ello la sociedad que transfiere el bloque patrimonial recibe a cambio, acciones o participaciones de la sociedad receptora del bloque, convirtiéndose, por ende, la primera en accionista o socia de la segunda, o, en caso la primera ya fuera accionista o socia de la segunda, incrementando su participación en el capital de la receptora del bloque patrimonial.

Por su parte, para Hundskopf (2014, p. 151-152) la denominada por muchos “segregación patrimonial” consiste en la división de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad, para aportarlos a una o más sociedades nuevas o existentes, siendo la principal característica de esta institución el destino de las acciones producto de la referida segregación patrimonial, que a diferencia de lo que sucede en la escisión, en que la sociedad beneficiaria emite acciones a favor de los de la sociedad aportante como contraprestación al bloque patrimonial segregado.

A nivel comparado la figura de la reorganización simple también es conocida como segregación patrimonial o escisión impropia, siendo que si bien en concepto es similar al lo regulado en nuestra normativa, puede presentar algunas particularidades (cuyo detalle abordaremos más adelante cuando desarrollemos la legislación comparada). Sin perjuicio de ello podemos recoger algunas definiciones sobre esta forma de reorganización.

Olarra Peña (2007 p.2-3) en el marco de la legislación española y europea, analiza el procedimiento de segregación y destaca que esta operación permite a una sociedad transferir una parte de su patrimonio que constituye una unidad económica a otra sociedad, recibiendo a cambio acciones o participaciones. Indica, además, que la segregación se puede considerar una operación que está entre la escisión y la aportación in natura, pues es similar a la escisión en el sentido de la transmisión en bloque del activo y pasivo de la parte patrimonial transmitida; mientras que se parece a la aportación no dineraria en el sentido de que la propia sociedad transmitente recibe la contraprestación de la sociedad beneficiaria en vez de sus socios

En ese mismo contexto Alcalá Ruiz (2023 p.44), señala que en el caso de la segregación, también se lleva a cabo una transferencia patrimonial en bloque y bajo la modalidad de sucesión universal, comprendiendo una o más partes del patrimonio de una sociedad, siempre que constituyan unidades económicas, a favor de una o más sociedades beneficiarias, sean estas nuevas o ya existentes. La característica distintiva de esta operación radica en que la contraprestación —acciones o participaciones— es recibida por la propia sociedad segregada y no por sus socios o accionistas. Por tanto, aunque las tres figuras (escisión total, escisión parcial y segregación) implican una modificación en la estructura patrimonial de la sociedad, en las escisiones también se altera la composición del grupo de socios, lo cual no ocurre en la segregación. En esta última, los socios de la sociedad segregada no ingresan a la beneficiaria; quien lo hace es la propia sociedad segregada, que pasa a convertirse en socia o accionista de la entidad receptora.

Por su parte, en el derecho italiano, la figura del "*conferimento d'azienda*" (aporte de empresa o unidad de negocio) se asemeja a la reorganización simple peruana en que una sociedad aporta un patrimonio a cambio de acciones. Sobre el particular, Balducci, D. (2007, p. 44) explica que el conferimiento (aporte) es, una operación mediante la cual se aportan créditos u otros bienes en especie a una sociedad, sea esta de nueva constitución o preexistente.

Podemos dar cuenta que en Europa y/o España se establece que lo que se debe transferir es una unidad económica, a diferencia de nuestra regulación que no impone ningún tipo de límite en lo que se transfiere o segrega en una reorganización simple.

En efecto, y ya entrado en lo regulado en nuestra normativa, de conformidad con el artículo 391 de la LGS, la reorganización simple es el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes. De esta definición legal podemos apreciar el primer deslinde con la escisión, que es la forma de reorganización a la que más se asemeja, estableciéndose que a cambio del bloque patrimonial que segrega, recibirá acciones la sociedad y no sus accionistas.

Efectivamente, la sociedad que transfiere el bloque patrimonial recibe, en mérito a la relación de canje, acciones o participaciones representativas del capital de la sociedad receptora del bloque patrimonial, por lo que la primera sociedad (segregante o transferente)

se convierte en accionista o socia de la segunda o, en el caso de que ya lo fuera, incrementa su participación en el capital de la receptora (Beaumont 2004, p. 1063).

Nuestra LGS ha regulado a la reorganización simple como una forma de reorganización adicional a las desarrolladas anteriormente, es decir, como una figura o institución jurídicamente diferente con sus propios alcances y regulación (limitada, por cierto). Así lo podemos apreciar en la técnica normativa cuando al realizar la división de la Sección Segunda coloca a la reorganización simple en su título IV (correspondiendo los títulos I, II y III a la transformación, fusión y escisión respectivamente).

La reorganización simple es entonces una forma de reorganización diferente que en doctrina también se ha denominado como “Segregación Patrimonial” que a tenor de nuestra legislación tendría las siguientes características o particularidades (Elías Laroza, 2015, p. 541):

- Se pueden segregar o transferir uno o más bloques patrimoniales.
- La transferencia de los bloques se hace a título de aporte (expresamente se usa el término aporte).
- Se establece que la sociedad conserva en su activo las acciones que reciba por la segregación-aporte del bloque, pero esto no debe entenderse como una limitación a la transferencia de tales acciones, sino que en el marco de la reorganización simple las acciones deberán ser suscritas por la sociedad segregante, sin que esto implique que en una operación posterior (e incluso inmediata) se pueda transferir las acciones recibidas.

En conclusión, podemos decir que mediante la reorganización simple podemos transferir a otra sociedad un bloque patrimonial a cambio de acciones. Asimismo, podemos concluir que por la definición de bloque patrimonial, únicamente se limita la transmisión de pasivos de forma exclusiva (es decir, sin que sean acompañados por algún activo).

A pesar de que ya se ha desarrollado en las anteriores líneas, quiero enfatizar que en el marco de nuestra LGS la reorganización simple es una forma autónoma de reorganización, aunque solo tenga como regulación directa el artículo 391 de la LGS. Esto es importante desde el hecho que entender la naturaleza jurídica y la autonomía de este instituto nos brindará las herramientas necesarias para llegar a las conclusiones que son materia de este trabajo, toda vez que vamos a tener que analizar la posibilidad de aplicar normas de la LGS de manera analógica.

2.3.5.2 Modalidades.

A diferencia lo que ocurre con la fusión y escisión, la reorganización simple no cuenta con modalidades (ya que por decisión normativa se trata de figura que no cuenta con mayor regulación y solo se ha definido en los términos que expusimos líneas arriba), sin perjuicio de lo cual podríamos clasificarla en función del valor del bloque patrimonial que se transfiere, tal como podemos apreciar en el siguiente cuadro:

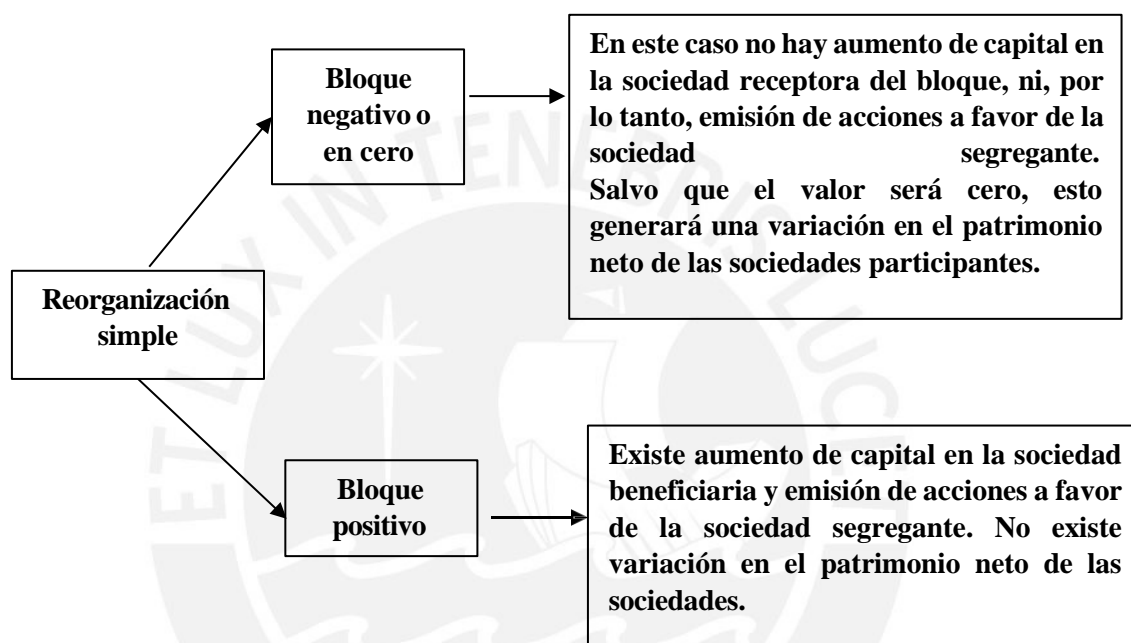


Figura 3. Clasificación de la reorganización simple según el valor del bloque.

Esta clasificación en función del valor del bloque, que encuentra asidero legal en el literal f) del artículo 130 de RRS, la realizamos con el propósito de dejar en claro que en este tipo de reorganización también puede existir una variación del patrimonio de las sociedades que participan, descartando el argumento que justificaban la falta de regulación del problema abordado en el presente trabajo que señala que atendiendo a que al no hay disminución patrimonial (a cambio del bloque patrimonial se entregan acciones) no habría un peligro de no pago para los acreedores.

En ese sentido, la clasificación que describo viene siendo de utilidad para entender que en caso se transfiera un bloque patrimonial negativo, se estaría perjudicando a los acreedores o titulares de los pasivos que se transfieren, siendo que en principio merecerían

una tutela especial o adicional, tal como lo entendieron nuestros legisladores en la propuesta de modificación integral de la LGS que más adelante abordaremos.

2.3.5.3 Diferencias con otras figuras jurídicas

Otro punto que considero importante de cara al desarrollo del presente trabajo, es deslindar a la reorganización simple con otros institutos jurídicos con los que se asemeja o con los que se les ha comparado, con el objetivo de trazar el alcance de las normas jurídicas a nivel práctico.

a) Diferencias con la escisión parcial.

Como he mencionado anteriormente, se ha comparado a la reorganización simple con la escisión parcial, ya que en ambas figuras se produce la transferencia de un bloque patrimonial sin que ello implique la extinción de la sociedad segregante, con la diferencia fundamental de que en la relación de canje quien recibe las acciones por la transferencia del bloque es la sociedad y no los accionistas.

En efecto, el esquema de la operación es el mismo, una sociedad que segrega o transfiere a otra empresa un bloque patrimonial, estableciendo para ello las reglas, valorización y todo el esquema de la operación en un proyecto elaborado por las sociedades participantes. Lo único que cambia, y que resulta fundamental, es que las acciones que emita la sociedad las recibe la sociedad que segregó el bloque (al igual que ocurre cuando hay un aporte).

En la práctica y a nivel normativo podemos apreciar además otras semejanzas y diferencias que tienen que ver con el procedimiento y con los requisitos legales para que se configuren.

Tabla 1.

Semejanzas y diferencias entre la escisión parcial y la reorganización simple.

Semejanzas	Diferencias
-------------------	--------------------

Se debe establecer una fecha de vigencia.	En la reorganización simple la relación de canje es con la sociedad segregante, no con sus accionistas.
Se pueden transferir activos y pasivos como parte del bloque patrimonial.	En la escisión es claro que deben efectuarse publicaciones en diarios.
El valor del bloque puede ser negativo, cero o positivo.	En la escisión existe derecho de oposición.
	En la reorganización simple se exige un informe de valoración por los activos materia de segregación.
	Se puede otorgar la escritura pública de manera inmediata y presentarla a Registros Públicos.

Finalmente, debo resaltar que en mi experiencia profesional he podido corroborar que los registradores a cargo de calificar las operaciones de reorganización simple no exigen mayor detalle con relación al proyecto de reorganización (a diferencia de la fusión y la escisión no está regulado), ni tampoco que se adjunten publicaciones (se entiende que no son necesarias) ni siquiera que se acredite la participación del directorio o de la gerencia

b) Diferencias con el aporte.

Si bien en la definición de reorganización simple se ha utilizado la palabra aporte, no debemos limitar sus alcances a un simple aporte o aumento de capital. Estas comparaciones empiezan a realizarse cuando en el literal f) del artículo 35 de RRS se ha regulado, en el marco de un aumento de capital y de la efectividad de la entrega de los aportes, la posibilidad de aportar: una empresa, un establecimiento comercial o industrial o de servicios, un fondo empresarial o un bloque patrimonial.

Es decir, que de manera independiente a la regulación de la reorganización simple nuestra legislación a previsto que se pueda aportar un bloque patrimonial, que es exactamente el esquema esencial de la reorganización simple. Sin embargo, la norma reglamentaria que citamos no ha tomado en consideración que todos los conceptos o

posibilidades de aporte no han sido definidos en la legislación societaria peruana, o en todo caso, no han sido definidos en la sección correspondiente al aumento de capital.

Por ejemplo, el literal f) del artículo 35 de RRS se indica que es posible aportar un fondo empresarial o un bloque patrimonial distinguiendo estas figuras o tratándolas de manera independiente. Por su parte, el artículo 369 de la LGS (que es la única norma peruana que define bloque patrimonial) establece que para efectos de la escisión se entiende por bloque patrimonial a (i) Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida; (ii) al conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y, (iii) al fondo empresarial (definido únicamente en el proyecto de la Ley Marco Del Empresariado que sustituiría al Código de Comercio como el conjunto de elementos organizados por una o más personas naturales o jurídicas, destinado a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios).

Sobre el particular, el profesor Castle (Castle, 2002, p. 262,263) ha diferenciado al aporte de un bloque patrimonial con respecto de la reorganización simple indicando lo siguiente:

- La transferencia del bloque patrimonial se realiza en un acto único en los casos de reorganización simple. Por lo tanto, no se requerirán actos posteriores para que la sociedad transfiera los activos o pasivos y para que se produzca el aumento de capital en la sociedad que lo recibe. Por su parte respecto al caso de un aporte, es necesario identificar cada uno de los bienes transferidos y la manifestación de voluntad de transferencia que confiera el título respectivo y la celebración del acto de transferencia en particular.

- En la organización simple la transferencia se realiza a título universal o el bloque con lo cual basta un acuerdo de reorganización para que los bienes, activos y/o pasivos que conforman el bloque patrimonial sean transferido, no haría falta entonces realizar actos complementarios como sesiones de créditos de derechos permutas etc.

- El aporte es un acto de administración Al importar una inversión de los recursos de la sociedad por lo que le correspondería su aprobación o gestión al directorio o la gerencia es decir a los órganos de administración de la sociedad punto Por su parte la reorganización de una sociedad siempre implica la necesidad de que la Junta se pronuncie y lo apruebe.

Por otro lado, a continuación, consigno algunas diferencias y semejanzas desde un punto de vista práctico:

Tabla 2.

Semejanzas y diferencias entre el aporte y la reorganización simple.

Semejanzas	Diferencias
Se pueden transferir activos y pasivos como parte del bloque patrimonial	El aporte puede ser efectuado con la participación de una sola empresa
La sociedad aportante recibe acciones.	En la reorganización simple se puede transferir bienes a valor cero (por ejemplo, los que estén totalmente depreciados)
Se requiere un informe de valorización y de recepción de los bienes.	En la reorganización simple no existe derecho de suscripción preferente.
	En la reorganización simple se exige una fecha de vigencia.
	La reorganización simple solo puede ser aprobada por la junta general, mientras que un aporte o aumento podría ser aprobado por la administración.

Como conclusión de este punto, he querido enfocar estas diferencias desde un punto de vista netamente práctico, ya que queda claro que desde un punto de vista teórico las diferencias con estas instituciones son bastante marcadas por el solo hecho de que se considere a la reorganización simple como una forma de reorganización, toda vez que esto implica necesariamente la realización de una operación que tenga una justificación empresarial adicional (que deberá plasmarse en el proyecto correspondiente), la que estará orientada al objetivo que las sociedades participantes busquen, siendo por ejemplo, un operación que busque el cambio su estructura interna (transformación), la agrupación con un nuevo agente de mercado (fusión) o el desprendimiento de determinadas líneas de

negocio, bienes o bloques patrimoniales para otorgarles una administración más especializada (escisión y/o reorganización simple).

2.3.5.4 Procedimiento.

A diferencia lo establecido para los casos de transformación, fusión y escisión, no se ha regulado en la LGS un procedimiento a seguir, ya que como hemos mencionado anteriormente solo contamos con el artículo 391 de la LGS que define a la reorganización simple.

Sin perjuicio de ello, sobre la base de las normas del RRS (artículos 130 al 134) y de la práctica que tengo en este tema, puedo establecer un procedimiento o línea de tiempo que se debe seguir, a la vez que analizaremos determinadas reglas que el RRS ha incluido y que podrían resultar confusas.

a) Proyecto de reorganización simple.

Como en cualquier reorganización, el primer paso es la elaboración de un proyecto que negociarán las sociedades intervinientes. Sin embargo, ni la LGS ni el RRS regulan sobre lo que debe contener el proyecto, motivo por el cual su contenido puede ser bastante limitado.

En ese sentido, considero que el contenido mínimo del proyecto debería ser el siguiente:

- La función de cada sociedad participante.
- La explicación de los principales aspectos jurídicos y económicos, los criterios de valorización empleados y el monto en que la sociedad que recibe el bloque aumente el capital.
- La relación de los elementos del activo y del pasivo.
- La fecha prevista para su entrada en vigencia.

b) Convocatoria y acuerdo de reorganización.

Me remito a mis comentarios sobre el particular cuando desarrollamos la escisión.

c) Publicidad del acuerdo de escisión.

La LGS no exige que el acuerdo de reorganización simple se publique, por lo que debería quedar claro que no es un requisito, lo que a su vez va de la mano con que no existe un derecho de oposición de los acreedores, a quienes, entre otros, se busca proteger con las referidas publicaciones.

Sin embargo, nos causa extrañeza o particular curiosidad que el artículo 131 del RRS establezca que para la inscripción de la reorganización simple no se exigirá la constancia o declaración jurada de no haberse recibido oposición por algún acreedor.

Porque se regularía en negativo un requisito, es decir, ¿por qué se indicaría que no se necesita algún documento que no se ha exigido? Entiendo que esto responder a la intención de reforzar la idea de que no se deben realizar publicaciones ni por lo tanto los acreedores tendrán derecho a oponerse.

d) Escritura pública de reorganización.

A diferencia de los casos de la fusión o escisión para el caso de la reorganización simple no existe un plazo ni un período de espera entre el acuerdo y el otorgamiento de escritura pública toda vez que no se brinda ningún derecho de oposición, separación o de interrupción del procedimiento a los terceros, acreedores y/o accionistas. Es decir, la escritura pública se puede otorgar (y también presentar) de forma inmediata al acuerdo societario de reorganización simple que adopten las sociedades intervinientes.

De conformidad con el artículo 130 del RRS, la escritura pública de reorganización simple contiene:

- Los avisos de convocatoria.
- Las actas y decisiones adoptadas en las juntas generales de las empresas participantes.

- La fecha en que entrará en vigencia.
- La declaración, realizada por el gerente general, el administrador o la persona autorizada, de haber recibido el bloque patrimonial aportado.
- El Informe de valorización, que detalle el valor total de los activos, de los pasivos y el valor neto del bloque patrimonial transferido.
- Si el valor neto del bloque aportado es positivo, el monto en que se incrementará el capital social de la sociedad receptora; en caso contrario, se dejará constancia del valor negativo.
- El reconocimiento y las disposiciones relativas al ejercicio del derecho de suscripción preferente.
- En caso de que nueva sociedad, el pacto social y el estatuto correspondiente

e) Fecha de entrada en vigencia

Pese a tener como requisito la elevación a escritura pública y la inscripción en Registros Públicos, la escisión estará vigente desde la fecha acordada cuando se aprobó el proyecto.

En efecto, el artículo 378 de la LGS establece que la escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión. Siendo que, a partir de esa fecha, que debe ser común para todas las participantes, las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no.

No obstante, debemos recordar que la escisión estará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro y en las partidas correspondientes a todas las sociedades participantes. Ello no significa que no será válida antes de la inscripción ni que producirá todos sus efectos luego de esta.

Precisamente este artículo (así como el artículo 353 de la LGS que regula la vigencia de la fusión) y la regulación de la entrada en vigencia influyen directamente en la tutela de los acreedores y a su vez marca una distancia con relación a los dispositivos civiles

sobre el particular. Sobre este punto volveremos en el acápite referido a la tutela de los acreedores.

2.3.6 Otras formas de reorganización.

El artículo 392 de la LGS establece que también deberán considerarse como reorganización societaria cualquier operación en las que se combinen o se realicen de manera múltiple, escisiones, fusiones y/o transformaciones, institutos que ya hemos desarrollado en el presente trabajo.

Consideramos que lo único pendiente por decir respecto de este punto es que estas operaciones múltiples se deben realizar en un solo acto y que independientemente de ello se deberán cumplir con cada uno de los requisitos que se exigen para cada uno de los actos societario que se realicen.

2.4 Tutela de los acreedores

En esta sección desarrollaré las herramientas que nuestro ordenamiento jurídico brinda a los acreedores tanto de manera general en el marco de operaciones civiles, así como en el marco de las operaciones de reorganización societaria.

2.4.1 Tutela de los acreedores en la legislación civil

2.4.1.1 Tutela general de los acreedores

Podríamos decir que la tutela de los acreedores en la legislación civil se encuentra regulada principalmente en el artículo 1219 del Código Civil. En efecto, Este dispositivo establece las acciones a las que tiene derecho el acreedor ante una situación de incumplimiento, Las que si bien consideramos que son bastante genéricas con relación a lo que en la práctica los acreedores pueden realizar a su vez nos permite tener asidero legal para realizar cualquier acción de cobro, tal como explicaremos a continuación.

El artículo 1219, establece que el efecto de las obligaciones es autorizar al acreedor para lo siguiente:

a) Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

En virtud de esta facultad el acreedor podrá exigir al deudor que cumpla con su obligación pendiente de pago o de cancelación ya sea de manera judicial o extrajudicial. Si bien esta facultad es bastante genérica, brinda a los acreedores la legitimidad para, por ejemplo, remitir cartas de cobranza, informar a las centrales de riesgo, iniciar procesos judiciales de dar suma de dinero y/o de cumplimiento de obligaciones.

Si tuviéramos que establecer algún límite en las medidas que el acreedor tiene con relación a esta facultad, está vendría dada por la legalidad y por los derechos fundamentales que los deudores o cualquier persona tiene. Recordemos que a nivel de normas legales únicamente tenemos regulado los mecanismos de cobranza abusivos (prohibidos) en los artículos 61 y 62 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor⁷, los que, si bien solo aplican en relaciones de consumo, podemos extrapolarlas a cualquier relación civil, toda vez que ya el Tribunal Constitucional ya ha declarado que cualquier método de cobranza que atente contra los derechos fundamentales se encuentra prohibido⁸.

Giovani Priori al comentar el artículo 1219 del Código Civil, señala que, si bien puede exigirse el cumplimiento de la obligación judicial y extrajudicialmente, esta última forma servirá si el deudor cumple voluntariamente lo que se le exige. Caso contrario, se hace preciso acudir a un órgano jurisdiccional a fin de exigir la ejecución forzosa de la prestación a cargo del deudor; lo cual no siempre termina con el

7 Artículo 62.- Métodos abusivos de cobranza A efectos de la aplicación del artículo 61, se prohíbe: a. Enviar al deudor, o a su garante, documentos que aparenten ser notificaciones o escritos judiciales. b. Realizar visitas o llamadas telefónicas entre las 20.00 horas y las 07.00 horas o los días sábados, domingos y feriados. c. Colocar o exhibir a vista del público carteles o escritos en el domicilio del deudor o del garante, o en locales diferentes de éstos, requiriéndole el pago de sus obligaciones. d. Ubicar a personas con carteles alusivos a la deuda, con vestimenta inusual o medios similares, en las inmediaciones del domicilio o del centro de trabajo del deudor, requiriéndole el pago de una obligación. e. Difundir a través de los medios de comunicación nóminas de deudores y requerimientos de pago sin mediar orden judicial. Lo anterior no comprende a la información que se proporcione a las centrales privadas de información de riesgos reguladas por ley especial, la información brindada a la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ni la información que por norma legal proporcione el Estado. f. Enviar comunicaciones o realizar llamadas a terceros ajenos a la obligación informando sobre la morosidad del consumidor. g. Enviar estados de cuenta, facturas por pagar y notificaciones de cobranza, sea cual fuera la naturaleza de estas últimas, al domicilio de un tercero ajeno a la relación de consumo, salvo que se trate de un domicilio contractualmente acordado o que el deudor haya señalado un nuevo domicilio válido. h. Cualquier otra modalidad análoga a lo señalado anteriormente

⁸ Acción de amparo N° 835-2002-AA/TC

cumplimiento de la obligación ya que puede ocurrir que a pesar de expedirse una sentencia que le ordene al deudor cumplir con su obligación, éste no lo haga, caso en el cual el acreedor podrá solicitar la ejecución forzada de la prestación (ejecución forzada en forma específica) o no pueda hacerla (Gaceta Jurídica, 2003, p.).

Para cerrar este punto es importante mencionar que uno de los medios legales que la ley otorga a los acreedores es la acción pauliana, la cual desarrollaré más adelante.

b) Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

Esta facultad le permite al acreedor buscar que el cumplimiento de la obligación la realice un tercero distinto al deudor a costa de este último. Si bien podríamos enmarcar esta facultad dentro de las que la ley le permite al acreedor, en la medida en que hay una regulación establecida en el artículo 1122 del Código Civil (con lo cual podría decirse que es redundante con la facultad anterior), el legislador ha querido resaltar esta alternativa o mecanismo de tutela.

Es importante mencionar que no siempre se podrá efectuar esta potestad ya que en ocasiones la obligación tiene el carácter de personalísima, es decir, que la misma únicamente le es útil al acreedor cuando es cumplida por el deudor originario.

c) Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

Esta facultad implica que el acreedor además de la prestación pendiente pueda exigir una indemnización por los daños que el incumplimiento del deudor le ha generado.

d) Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley.

Finalmente, en 1219 el Código Civil le permite al acreedor una doble potestad: Primero ejercer los derechos del deudor, como por ejemplo realizar una cobranza a un deudor que su deudor tenga de tal forma que se podrá procurar los fondos de esta deuda y con ella cobrarse el crédito pendiente. Si bien en este caso no es necesario la autorización del deudor si lo deberá citar al correspondiente proceso judicial. En segundo lugar, podrá personarse

un proceso para ejercer la defensa del deudor a efectos de, principalmente, cuidar el patrimonio de su deudor tomando en consideración que este viene a ser la garantía genérica que todo acreedor tiene con relación al pago de su crédito

Estas facultades claramente están vinculadas a la acción subrogatoria que el acreedor tiene y en virtud del cual se sustituyen los derechos del deudor y los ejercita, pudiendo por un lado, dirigirse contra un deudor de su deudor a fin de que obtenga algún pago y de ahí poder satisfacer su crédito; y/u oponerse a las pretensiones de cualquier tercero o cualquier acreedor de su deudor, esto más con la finalidad de preservar el patrimonio del deudor a efectos de una posterior ejecución del mismo para satisfacer su crédito.

2.4.1.2 Fraude a los acreedores: La acción pauliana.

Junto con la acción subrogatoria que mencioné en el punto anterior, la acción pauliana es uno de los principales institutos que permiten a los acreedores proteger su crédito, siendo de especial importancia para el objeto del presente trabajo, toda vez que este es el mecanismo que correspondería aplicar en el caso de que una operación de reorganización simple vulnera los derechos de un acreedor o sea utilizada como mecanismo para eludir el cumplimiento de las obligaciones.

Nuestro Código Civil regula la acción pauliana en su artículo 195, denominándola como de fraude del acto jurídico, lo cual no es correcto, toda vez que lo que realmente se presenta es un fraude o engaño por parte del deudor contra su acreedor. Como señala Franciskovic (2021), el fraude a los acreedores consiste en el actuar indebido, malicioso e incorrecto por parte del deudor, quien, con el propósito de no cumplir con la deuda a favor del acreedor, realiza actos de disposición de sus bienes, siendo el principal objetivo el que proteger su patrimonio de la ejecución por parte del acreedor.

Como señala Torres Vásquez (2024) la conducta fraudulenta del deudor que persigue deliberadamente no cumplir con sus obligaciones puede manifestarse de diferentes formas tales como: a) el acto simulado para impedir que el acreedor cobre, siendo el correspondiente remedio la acción de simulación; b) la renuncia o abdicación de sus bienes o derechos con el propósito de que el acreedor conserve la garantía general que implica su patrimonio, correspondiendo en este supuesto la acción subrogatoria u oblicua que como desarrollé líneas arriba sirve para que el acreedor pueda asumir la posición de su deudor en un proceso o procedimiento ya iniciado defendiendo los derechos del deudor y conservando

su patrimonio; y, c) el deudor puede enajenar sus bienes frustrando de este modo la posibilidad de cobro de sus acreedores. Es pues la acción pauliana el remedio que nuestra legislación brinda a los acreedores para salvaguardar sus derechos en este último escenario, pero no sólo ello, tal como está configurada la acción pauliana y desde sus inicios esta siempre ha sido modelada con el fin de defender el derecho de los acreedores pero también respetando los intereses y derechos adquiridos por terceros de buena fe.

Nuestro Código Civil regula este instituto en su artículo 195, que señala que el acreedor 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, ello, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo.

Como podemos apreciar, este dispositivo permite al acreedor iniciar un proceso judicial para que se declare ineficaces los actos gratuitos que realice el deudor que puedan perjudicar el cobro del crédito, siendo en este primer escenario necesaria la concurrencia de dos requisitos:

- Que el acto de disposición o de renuncia sea gratuito
- Que potencialmente se perjudique el crédito (sobre el punto, el artículo 195 establece que 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=.

También es factible que el acreedor solicite la ineficacia de los actos jurídicos que se hayan celebrado a título oneroso, pero la norma exige que este supuesto concorra de manera adicional los siguientes requisitos:

Tratándose de un acto realizado a título oneroso, es necesario cumplir, además, con los siguientes requisitos:

- En el caso de que el derecho de crédito se haya originado antes del acto que disminuye el patrimonio, que el tercero tuviera conocimiento del perjuicio causado a los derechos del acreedor o que, en función de las circunstancias, estuviera en una posición razonable para conocerlo o no pasarlo por alto, así como el perjuicio eventual que la disposición del patrimonio ocasiona.

- Si el acto cuya ineficacia se pretende declarar se realizó antes de que surgiera el crédito, se requiere que tanto el deudor como el tercero lo hayan llevado a cabo con la intención de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor (mala fe). Se presume esta intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes cuya existencia ya había sido notificada por escrito al futuro acreedor. De igual forma, se infiere la intención del tercero cuando este conocía o estaba en condiciones de conocer la existencia del futuro crédito y cuando el deudor carece de otros bienes registrados.

Finalmente, el artículo 195 regula sobre la carga de la prueba en el proceso judicial que el acreedor inicie de la siguiente manera:

- Corresponde al acreedor probar (i) la existencia del crédito (ii) complicidad, la mala fe del tercero y/o las posibilidades de conocer el potencial perjuicio al acreedor:
- Corresponde al deudor y/o al tercero probar la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito.

Ahora que conocemos los requisitos de la acción pauliana es importante conocer el procedimiento o proceso a través del cual el acreedor puede ejercerla, ello de cara a verificar que tan factible, oportuna y eficaz resulta su ejercicio en el marco de una reorganización simple.

Sobre el particular, el artículo 200 de nuestro Código Civil distingue el tipo de proceso judicial que se debe iniciar en función a la onerosidad o gratuidad del acto fraudulento, tal como describimos a continuación:

Tabla 3.

Tipos de proceso en la acción pauliana.

ACTO	TIPO DE PROCESO	JUEZ COMPETENTE ⁹

⁹ Ello de conformidad con los artículos 475 y 546 del Código Procesal Civil.

Acto a título gratuito (por ejemplo, donación).	Sumarísimo	Juez especializado en lo Civil
Acto a título oneroso (por ejemplo, compraventa).	Conocimiento	Juez especializado en lo Civil

Como podemos apreciar, para un acto oneroso como lo es una reorganización simple (ya que se reciben acciones a cambio del patrimonio trasferido) tenemos que recurrir a un juzgado especializado en lo Civil e iniciar un proceso de conocimiento, el mismo que podría ser objeto hasta de tres instancias (la primera, la de apelación y la de casación), lo cual ocasionaría que la causa se resuelva varios años después.

Esto, en la dinámica societaria que se presenta en las relaciones comerciales, es inaceptable, toda vez que lo que buscan las operaciones de reorganización es una variación inmediata para la consecución de un fin comercial, y la demora del proceso judicial (i) se detenga o suspenda el acto de reorganización, (ii) se anule después de varios años el acto de reorganización, y/o (iii) que las partes decidan no seguir con el acto de reorganización.

2.4.1.3 Cuadro resumen de las acciones civiles relevantes

Tabla 4.

Acciones civiles relevantes.

Acciones	Procedimiento	Ventajas
Emplear las medidas legales: <ul style="list-style-type: none"> - Remitir cartas de cobranza, - Informar a las centrales de riesgo, 	Judicial: se demandará y buscará obtener una sentencia que ordene la ejecución forzada contra el deudor.	La vía judicial no resulta idónea por los plazos. <p>Por su parte la extrajudicial dependerá la voluntad del deudor.</p>

<p>- Iniciar procesos judiciales</p> <p>- Iniciar procesos arbitrales.</p>	<p>Extrajudicial: sin intervención de una autoridad. Dependerá de la voluntad del deudor.</p>	<p>La vía arbitral resulta la óptima, pero requiere acuerdo previo con del deudor para acudir a esta vía.</p>
<p>Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor</p>	<p>Judicial: se tendría que ir a un proceso para que el deudor cumpla con asumir los costos del tercero.</p>	<p>La vía judicial no resulta idónea por los plazos.</p>
<p>Obtener del deudor la indemnización correspondiente.</p>	<p>Judicial: se tendría que ir a un proceso para que el deudor, pero se puede acumular con la exigencia de la obligación.</p>	<p>La vía judicial no resulta idónea por los plazos.</p>
<p>Ejercer los derechos del deudor</p>	<p>Judicial: se tendría que iniciar un proceso o a apersonarse a uno para ejercer los derechos de cobro o de defensa del deudor.</p>	<p>La vía judicial no resulta idónea por los plazos.</p>
<p>Acción Pauliana (la acción que en principio se debería ejercer en los procesos de reorganización simple)</p>	<p>Judicial: se tendría que iniciar un proceso para dejar sin efecto el acto de disposición</p>	<p>La vía judicial no resulta idónea por los plazos, menos a nivel societario, por lo que consideramos que la presente acción a nivel societario no presente ninguna ventaja o tutela adecuada a los acreedores.</p>

2.4.2 Tutela de los acreedores en la legislación societaria-el derecho de oposición.

La tutela de los acreedores en la normativa societaria resulta de suma importancia desde que ellos son parte importante de la operatividad de una empresa, y tiene como principal objetivo compensar las reglas que existen sobre responsabilidad limitada en la mayoría de los tipos societarios utilizados. En efecto, debemos recordar que la gran mayoría de empresas se constituyen bajo formas societarias que implican una responsabilidad que se limita al capital o al patrimonio de la empresa, siendo razonable que los acreedores tengan particular protección en los actos que afecten directamente al capital o patrimonio como lo son las operaciones de reducción de capital, escisión, fusión, etc.

Hansmann y Kraakman comentando el modelo de regulación societaria basada en los intereses de los accionistas (modelo standard), señalan que en el derecho corporativo se debe regular algunos aspectos de las relaciones entre las empresas y sus acreedores, siendo la principal razón la presencia de responsabilidad limitada como una característica estructural de la forma corporativa (2003, p. 180).

Debemos recordar que cuando hago referencia a acreedores, no solo me refiero a los proveedores de la sociedad, sino más bien en general a cualquier persona que tenga un derecho de crédito frente a la sociedad, tales como, pero sin limitarse a, los proveedores, trabajadores, personas o entidades que han brindado financiamiento, contraparte en cualquier contrato con prestaciones recíprocas, etc. no siendo relevante el tipo de crédito o de acreedor, con la salvedad de aquellos que cuenten con alguna garantía (ya que como veremos, uno de los presupuestos para el derecho de oposición es que el crédito no esté debidamente garantizado).

A continuación, enumero las principales manifestaciones de la tutela de los acreedores en nuestra LGS, siendo la más relevante para los efectos de este trabajo de investigación el derecho de oposición.

2.4.2.1 Regulación referida a la distribución de utilidades.

En este caso, el artículo 40 de la LGS exige que para distribución de utilidades las empresas cuenten con estados financieros que respalden su obtención siendo a claro que las sumas que se repartan no excedan del monto de las utilidades que se obtengan.

La tutela a los acreedores se manifiesta cuando el referido artículo 40, el cual dispone que (i) en caso de que se pierda parte del capital, no se podrá distribuir utilidades hasta que dicho capital sea restituido o se reduzca en la cantidad correspondiente, y (ii) tanto la sociedad como sus acreedores tienen el derecho de reclamar cualquier distribución de dividendos que se haya efectuado en incumplimiento de estas normas, ya sea demandando a los socios que las hayan recibido o exigiendo su reembolso a los administradores responsables del pago, quienes responderán de manera solidaria.

Queda claro en el objeto de esta norma es proteger el patrimonio de la sociedad, que es la primera garantía que un acreedor tiene con relación al pago o cumplimiento de su crédito, a tal punto que faculta a los acreedores a cobrar o repetir contra los socios y administradores.

2.4.2.2 Obligación del directorio de contactar a los acreedores.

Conforme al artículo 176 de la LGS, si al elaborar los estados financieros (entre otros, balance general y estado de ganancias y pérdidas) del ejercicio o de un período disiento se evidencia que se ha perdido la mitad o más del capital (o se pudiera inferir tal pérdida), el directorio debe convocar de inmediato a la junta general para ponerla al tanto de la situación. Asimismo, si se determina que el activo de la sociedad no alcanza para cubrir los pasivos (o se presume tal insuficiencia), el directorio, además de convocar inmediatamente a la junta general, estará obligado a reunir a los acreedores en un plazo de quince días desde la convocatoria, y, en su caso, a solicitar la declaración de insolvencia de la sociedad. En otras palabras, si la junta general no adopta una resolución que permita superar la situación y logra un acuerdo con los acreedores, el directorio deberá instar el inicio del Proceso Concursal Ordinario de la sociedad.

Con relación al directorio, es preciso advertir que el incumplimiento de las obligaciones señaladas por la LGS en el mencionado artículo 176 acarrea la responsabilidad ilimitada y solidaria de sus miembros por los daños que dicho incumplimiento pudiera generar ante sus accionistas y terceros; siendo las obligaciones del directorio, para este caso, independientes de la decisión que adopte o no la junta general de accionistas. Este régimen de responsabilidad solidaria no vendría siendo relevante para el objeto del presente trabajo por lo que no profundizaremos en él (toda vez que solo se da en una situación patológica

de pérdidas), pero si nos indica que en la LGS se admite la responsabilidad solidaria cuando exista una posible vulneración o afectación a terceros, como lo podrían ser los acreedores.

2.4.2.3 Obligación de reducir el capital de manera obligatoria.

De conformidad con el artículo 220 de LGS la reducción del capital tendrá carácter obligatorio cuando las pérdidas hayan disminuido el capital en más del cincuenta por ciento y hubiese transcurrido un ejercicio sin haber sido superado, salvo cuando se cuente con reservas legales o de libre disposición, se realicen nuevos aportes o los accionistas asuman la pérdida, en cuantía que compense el desmedro.

En este caso la tutela de los acreedores viene referida al sinceramiento del patrimonio o capital de la sociedad (que es algo que un acreedor diligente verifica antes de otorgar un crédito), toda vez que para evitar la reducción, la sociedad deberá obtener utilidades que reduzcan la pérdida a una cifra no superior al cincuenta por ciento del capital social o, alternativamente, reducir la pérdida por debajo de ese límite mediante aportes de capital, capitalizaciones, asunción de las pérdidas por los accionistas, etc.

Nótese que el artículo 220 de la LGS se refiere solamente a pérdidas superiores al 50% del capital. Sin embargo, debe entenderse que son las que superan el 50% pero que no llegan a los dos tercios del monto del capital, toda vez que para este último supuesto sería aplicable el inciso 4 del artículo 407 de la LGS que dispone la disolución de la sociedad, situación que abordaremos en el siguiente numeral.

2.4.2.4 Régimen de responsabilidad ilimitada por causal de disolución.

Conforme al inciso 4 del artículo 407 de la LGS, sociedad se encuentra en causal de disolución cuando las pérdidas reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado (no suscrito, sino efectivamente abonado), salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente. Esta causal de disolución deja trascender la preocupación del legislador por los intereses de los acreedores en aquellas sociedades en que está limitada la responsabilidad de los socios al patrimonio de la sociedad.

Debemos resaltar que, si bien se habría incurrido en causal de disolución, ésta no se producirá hasta que exista un acuerdo de la junta general en ese sentido. Sobre el particular,

la LGS determina que es el directorio el encargado de convocar a junta general para que en un plazo máximo de treinta días se realice la misma con la finalidad de adoptar el acuerdo de disolución o las medidas de reversión de la situación que correspondan.

La manifestación de la tutela de los acreedores viene referida a tenor de lo regulado en el inciso 6 del artículo 423 de la LGS, que señala que la sociedad adquiere la condición de irregular cuando continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución. Esto implica que si existen pérdidas reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado (causal de disolución) y la sociedad continúa operando será considerada irregular.

Los efectos de la irregularidad los recoge el artículo 424 de la LGS, que establece que los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad. Es decir, en casos de irregularidad se establece una excepción al principio de responsabilidad limitada que tienen la mayoría de las sociedades y en virtud del cual la responsabilidad de la sociedad solo alcanza al patrimonio de la misma.

Esta situación de responsabilidad ilimitada de los representantes tendría que ser evaluada en una instancia judicial en la que algún acreedor demande a sociedad y a sus representantes para obtener el pago de una obligación incumplida. En ese sentido, será el juez quien evaluará y calificará si existe la solidaridad y si ordena a los representantes responder por el pago de las obligaciones impagas.

2.4.2.5 Derecho de oposición de los acreedores.

a) Concepto, fundamento y naturaleza jurídica.

El derecho de oposición es aquel derecho potestativo¹⁰ que les permite a los acreedores oponerse a la ejecución de determinados acuerdos societarios, en los que principalmente se transfieran pasivos o se vea afectado el capital social o patrimonio de la empresa. En nuestra LGS, se ha otorgado derecho de oposición a los acreedores para los casos de reducción de

¹⁰ Entendido este como como aquel tipo de derecho subjetivo que otorga al titular el derecho de modificar o el poder de determinar un cambio en una situación jurídica de un tercero (Morales-Hervias, R, 2008, p. 339).

capital, escisión y fusión, siendo que en el presente trabajo nos enfocaremos únicamente en los dos últimos casos.

Para Madrigal, J. B. (2016, p. 144) la oposición del acreedor es una declaración de voluntad a la que la ley confiere consecuencias legales, esto es, constituye un acto con efectos jurídicos que debe exteriorizarse y comunicarse a la sociedad deudora afectada. En nuestro caso, la exteriorización se da con la interposición de la demanda y la comunicación con la notificación de la misma.

Con relación al fundamento del derecho de oposición la doctrina ha coincidido que se trata de la necesidad de superar las soluciones que el derecho civil patrimonial presenta para los casos de cambio de deudor o de transferencia de derechos y obligaciones la cuales resultan insuficientes y no concilian con la necesidad de favorecer las operaciones de reorganización empresarial. En efecto recordemos pues que una reorganización societaria se podría ver entorpecida si en la aplicación de los dispositivos civiles se precisara, en los casos de novación subjetiva de obligaciones, del consentimiento de los acreedores de las sociedades participantes. En efecto, si se aplicase las normas civiles se supeditaría la realización de la fusión o escisión a la voluntad de los acreedores de las sociedades, lo cual puede generar serios inconvenientes, lo que en principio quedan resueltos por el derecho de oposición que permite tanto obviar el consentimiento al acreedor en el caso de transferencia pasivos, como a su vez tutelar del derecho de los acreedores de las sociedades participantes. Desde esa perspectiva se percibe claramente que el fundamento del derecho a oposición radique en la tutela de la garantía patrimonial de la cual disfrutaban los acreedores, la misma que puede verse afectada en una operación de reorganización (Uría, R., Menéndez, A., & Olivencia R. 2008, p.351).

Asimismo, también verificamos claramente la naturaleza jurídica del derecho a oposición, el cual se trata de un derecho potestativo, esto es, un poder jurídico en virtud del cual los acreedores quedan facultados para influir sobre una situación jurídica preexistente que en este caso viene dada por el acuerdo de fusión o escisión y cuyo ejercicio produce como consecuencia la suspensión de los efectos de tales acuerdos (Uría, R., Menéndez, A., & Olivencia R. 2008, p.352).

b) Regulación en el Perú.

La tutela de los acreedores que brinda el derecho de oposición presenta algunas variantes que dependen de la técnica legislativa de cada ordenamiento jurídico. Un carácter diferenciador es el momento en que los acreedores pueden hacer efectivo su derecho de oposición en el marco de un proceso de reorganización societaria. En ese sentido, la técnica de protección de los acreedores puede materializarse (i) con anterioridad a la finalización de la ejecución del acuerdo de reorganización, suspendiéndose la finalización de la reorganización hasta que la tutela se haya hecho efectiva (sistema de protección *a priori*); o, (ii) con posterioridad a la finalización de la ejecución del acuerdo de reorganización (sistema de protección *a posteriori*). (Vara de Paz, 1991, p. 1099).

En nuestra legislación, considero que se ha optado por un sistema a priori, toda vez que el artículo 219 de la LGS (aplicable por remisión de los artículos 359 y 383 de la LGS a los casos de fusión y escisión respectivamente) establece 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.

El impacto que la elección de este sistema a priori presente lo podemos apreciar en la práctica, toda vez que en la gran mayoría de casos, independientemente de la fecha de vigencia, las sociedades que realizan alguna operación de fusión o escisión retrasan la ejecución de los acuerdos hasta que se haya vencido el plazo de oposición de los acreedores (salvo que los legalmente deban operar de inmediato, como lo sería la emisión de una factura que por ejemplo ya no podría realizar una empresa que se extinguió en una operación de fusión o escisión).

Resaltamos el hecho de que la oposición alcanza a la ejecución del acuerdo correspondiente, pero no al mismo acuerdo. Esto implica que ningún acreedor puede participar de una junta general en la que se abordará un acuerdo que le brinde derecho de oposición, ya que este se puede adoptar, siendo que los efectos de la oposición se darán con relación a la ejecución del mismo.

Si bien la redacción del artículo 219 podría ser amigable en la figura de una reducción de capital, su aplicación por remisión para los casos de fusión y escisión podría generarnos algunas dudas con relación a sus verdaderos alcances. Recordemos que una de las reglas para la ejecución de un acuerdo de reducción de capital es que el acuerdo no se ejecute

antes de que venza el plazo del derecho de oposición. En efecto, el artículo 218 de la LGS señala que cuando la reducción del capital importe devolución de aportes o la condonación de dividendos pasivos (esto es, deuda de los socios por aportaciones a la sociedad) o de cualquier otra cantidad adeudada por razón de los aportes, ella sólo puede llevarse a cabo luego de treinta días de la última publicación del aviso a que se refiere el artículo anterior. Incluso el siguiente párrafo del referido dispositivo legal establece que, si se efectúa la devolución o condonación antes del vencimiento de los 30 días, ello no será oponible al acreedor y los directores serán solidariamente responsables con la sociedad frente al acreedor que ejerce el derecho de oposición.

Para este caso, queda claro que la protección de los acreedores no será para nada afectada en tanto la ejecución del acuerdo se da con posterioridad al plazo que tienen para ejercer su derecho de oposición, siendo que de ejecutarse antes no se le podrá oponer tal ejecución e incluso les genera responsabilidad solidaria a los directores.

Ello no resulta tan claro para los casos de escisión y fusión, donde se establece que, a partir de la fecha de vigencia, las sociedades beneficiarias o absorbentes asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos o de la empresa absorbida (artículos 353 y 378 de la LGS). Por ejemplo, desde el momento de la vigencia debemos considerar que una sociedad absorbida ya dejó de existir, ello aunque no se haya inscrito su extinción.

Esto implica que el acuerdo de escisión o fusión se ejecuta desde la fecha de vigencia, la cual puede ser inclusive desde el momento del acuerdo de la junta general. En ese sentido, consideramos que la interpretación del artículo 219 del LGS para los casos de fusión y escisión debe estar referida a que la oposición no evita que el acuerdo se ejecute, sino más bien que deja sin efecto la ejecución y que condiciona la vigencia a que se levante o resuelva la oposición.

c) Presupuestos del derecho de oposición.

Para que se configure o nazca el derecho de oposición deben existir o concurrir los siguientes elementos:

- Existencia de un derecho de crédito frente a la sociedad.

El derecho de oposición presupone la existencia de una relación crediticia con la sociedad muy contenido debe ser de naturaleza patrimonial o económica. Tomar en

cuenta que un derecho de crédito no necesariamente tiene que ver una obligación de dar suma de dinero sino también podría ser una obligación de dar o de hacer. Lo importante aquí es que se trate de una obligación que pueda ser valorizada y eventualmente ejecutada o indemnizada ante un incumplimiento.

El artículo 219 De la LGS establece que El derecho del crédito inclusive podría estar sujeto a condición o plazo. Con ello el primer requisito o presupuesto es simplemente la existencia de un crédito o de una obligación pendiente cumplimiento por parte de la sociedad sin que sea necesario que la misma haya vencido o que se encuentre pendiente de cumplimiento alguna condición o acto para que se exigible.

- Que el crédito no esté adecuadamente garantizado

Recordemos que uno de los fundamentos del derecho a oposición es el referido a la protección de los acreedores y la necesidad de brindarles una herramienta ante el peligro de incumplimiento del crédito que mantiene frente a la sociedad. No queda duda de este presupuesto cuando el mismo artículo 219 señala que una de las premisas para la oposición es que el crédito no se encuentre debidamente garantizado. Lo que si puede generar alguna duda es determinar cuándo un crédito se encuentra o no debidamente garantizado.

Como señalan Uría, R., Menéndez, A., & Olivencia R. la expresión adecuadamente garantizado no es sino una cláusula general cuyo específico contenido deberá establecerse en cada caso concreto. Sobre el particular se deberán evaluar varios factores, por ejemplo, de un lado, el contenido del crédito, sus características, su cuantía, su vencimiento y del otro, también se deberá analizar al deudor (ya sea el mismo o el que adquiere el pasivo), viendo principalmente su patrimonio, estados financieros, etc. post reorganización (2008, p. 358-359).

No podemos estar más de acuerdo con la opinión de Uría, R., Menéndez, A., & Olivencia R., ya que el concepto adecuadamente garantizado se debe analizar en cada caso, ya que sería un riesgo tratar de generalizar todas las situaciones enumerando las garantías que se deben considerar adecuadas. Por ejemplo, no podríamos decir que toda obligación que cuente con un fiador se debe considerar adecuadamente garantizada, ya

que el fiador podría ser una persona que no tiene el patrimonio para responder o podría ser un banco que ha emitido una carta fianza. Lo mismo, con las garantías reales, si bien en principio éstas resultarían suficientes porque siempre afectarían a un determinado bien, se podrían presentar situaciones que no las hagan del todo idóneas como el deterioro o pérdida del valor del bien.

- Que el crédito se haya originado con anterioridad.

Si bien el artículo 219 de la Ley General de sociedades no establece como requisito el crédito sea anterior, consideramos que atendiendo a la finalidad que tiene el derecho a oposición, que viene a ser la tutela del acreedor ante el cambio que puede producir una reorganización, todos los créditos que se hayan originado con posterioridad a la publicación del acuerdo no deberían ser considerados a efectos del surgimiento del derecho a oposición, toda vez que cuando nacieron la situación patrimonial de la sociedades participantes ya se podía conocer.

d) Procedimiento para su ejercicio.

Desde la perspectiva procesal, el derecho de oposición reconocido en la LGS constituye una facultad que permite al acreedor no garantizado formular una demanda judicial para evitar que la reorganización societaria afecte sus legítimos intereses crediticios.

En efecto, de conformidad con nuestra LGS la oposición se debe efectuar mediante la interposición de una demanda judicial que tendrá la vía el proceso sumarísimo. El plazo para interponer la demanda es de 30 días contados desde la última publicación del acuerdo de fusión o escisión. Precisamente uno de los requisitos para realizar la escritura pública de fusión o escisión es la declaración jurada que tiene que efectuar el gerente general indicando que no ha habido acreedores que se opongan a los acuerdos de reorganización, la misma que puede efectuar desde el día siguiente al vencimiento de los 30 días.

e) Aspectos procesales:

(i) Pretensión:

La pretensión principal de la demanda debe plantearse de tal manera que se pueda evitar que la reorganización produzca efectos o se ejecute, virtud de su garantía general

relacionada con el principio de integridad patrimonial como garantía del crédito. En este punto es importante que la pretensión principal sea una abierta ya que podríamos no conocer desde cuando está vigente la reorganización afectada (escisión o fusión), ello en la medida en que no es un requisito que se consigne la fecha de vigencia en el aviso.

En efecto, la demanda debe contemplar la posibilidad de que la reorganización ya se encuentre vigente (podría estarlo desde la fecha de junta general de accionistas inclusive) ya que como hemos mencionado anteriormente, conforme a los artículos 353 y 378 de la LGS desde la fecha de vigencia las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales transferidos o de la sociedad absorbida y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades.

Es decir, puede que incluso cuando hayamos hecho la demanda de oposición, ya se hayan transferido operativamente y/o a nivel contable todo el bloque, con lo cual deberemos solicitar al juez que además de evitar que se continúe ejecutando el acuerdo societario respecto del cual se dio la oposición, se retrotraiga todo hasta antes de la ejecución del acuerdo o de su entrada en vigor. Pero ello lo decidirá el juez en su sentencia, por lo que también deberemos evaluar la posibilidad de ingresar una medida cautelar.

(ii) Titular de la acción

La legitimación activa corresponde a los acreedores cuyos créditos no se encuentren garantizados y hayan nacido antes de la publicación del acuerdo de reorganización, aun cuando su crédito esté sometido a condición o plazo.

(iii) Sujeto pasivo de la acción

El sujeto pasivo contra quien se dirige la acción es la sociedad que acuerda la reorganización.

(iv) Caducidad de la acción

La presente acción caduca a los treinta días naturales, contados desde la última publicación del aviso de reorganización. Pasado este plazo, aunque aún no se haya formalizado la reorganización mediante escritura o inscripción, el juez deberá rechazar de plano la demanda.

Tomando en consideración los plazos que nuestro sistema judicial se toma para admitir a trámite una demanda y para notificarla a la demandada (en este caso las sociedades que realizan la reorganización), es más que necesario que el acreedor notifique a la sociedad que ha ejercido su derecho de oposición al interponer la demanda dentro del plazo de los 30 días, siendo que con ello la sociedad deberá suspender la ejecución del acuerdo.

En caso del acreedor haya ejercido su derecho de oposición en el plazo de los 30 días, pero sin comunicar a la sociedad su ejercicio, esta última podría desconocer la oposición y seguir el procedimiento de buena fe, ya que es prácticamente imposible que el juzgado a cargo notifique dentro de los treinta días la demanda de ejercicio de derecho de oposición.

En este escenario, el gerente actuando de buena fe podrá realizar la declaración jurada de no oposición de acreedores culminar con ello el procedimiento para escriturar e inscribir los acuerdos de fusión o escisión, momento a partir del cual cualquier persona o tercero de buena fe que actúe con la sociedad no podrá ser perjudicado ante una eventual suspensión de los efectos de la fusión o escisión proveniente de la admisión o de la sentencia que emite un juez amparando el derecho a oposición de los acreedores.

Es importante que además el acreedor tome en cuenta todo los requisitos adjetivos que el Código Procesal Civil establece para la interposición de una demanda, toda vez que de interponerse de manera inadecuada y rechazarse la misma (con una improcedencia por ejemplo) el acreedor ya no podrá volver a ejercer su derecho a oposición en el marco de los plazos que tiene para hacerlo entre (30 días) y de los plazos que se toma ordinariamente un juez para revisar si una demanda es admitida a trámite o no.

(v) Carga de la prueba

La carga probatoria recae en el acreedor, quien deberá acreditar no solo la existencia y exigibilidad del crédito, sino también que la operación de reorganización pone en riesgo razonable la posibilidad de cumplimiento.

Como comentario final, considero que se debe evaluar si el mecanismo judicial resulta el más idóneo por los tiempos que podría implicar la resolución de una oposición y, por lo tanto, el tiempo de paralización de la operación societaria de reorganización. En efecto, quizá se pueda dar una forma de oposición que se realice vía notarial y que ante un eventual conflicto de posiciones se acuda a la vía judicial. O en todo caso, que no se detenga la

operación de reorganización y que en caso la oposición resulte fundada, se ordene garantizar el crédito adecuadamente o un régimen de responsabilidad solidaria.



III. CAPÍTULO "PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN"

3.1 Descripción del problema a investigar:

Como señale en la parte introductoria del presente trabajo, en la reorganización simple no se regulado algún tipo de mecanismo de protección en favor de los acreedores con relación a (i) los cambios en el objeto, activos o en el patrimonio de la sociedad que transfiere o segrega el bloque (sociedad segregante); (ii) la disminución del patrimonio de la sociedad segregante por actos de disposición inmediatos a la reorganización; y, (iii) la cesión de pasivos o deudas que en este tipo de reorganización se puede producir.

A continuación, desarrollaré cada uno de los posibles escenarios señalados, indicando los motivos por los que se pudieran ver afectados los acreedores de la sociedad segregante:

3.1.1 Cambios en el objeto, activos o en el patrimonio de la sociedad que transfiere o segrega el bloque.

Como hemos indicado anteriormente, en los procesos de reorganización simple no existe y una reducción del capital o del patrimonio de la sociedad segregante debido a que a cambio del valor del bloque patrimonial que transfiere recibirá acciones de la sociedad beneficiaria, por lo que, en principio nunca habría una disminución del patrimonio (por ejemplo, sale un bloque patrimonial de valor 100 y recibe acciones por el mismo valor).

Esto en principio implica un cambio de activos, que podría implicar, por ejemplo, que la sociedad segregante transfiera su principal o única línea de negocio a cambio de acciones de la empresa que recibe el bloque patrimonial. Es decir, dejaría de realizar el objeto social para la que se constituyó para pasar a ser una sociedad holding o inversionista. Esto podría resultar importante para algún acreedor que brindó crédito debido a la posición que la sociedad segregante por ejemplo tenía en el mercado, o a las constantes operaciones que realizaba, siendo a partir de la reorganización simple la persona jurídica que operará será otra.

Asimismo, en este tipo de operaciones los activos suelen valorarse en función a lo que se suele asignar en la contabilidad (valor contable o en libros), y, caso contrario, con criterios subjetivos sin mayor sustento (el informe de valorización exigido por la LGS y el RRS no

cuenta con ningún requisito de carácter técnico o económico). Esto implica que no necesariamente se reciban acciones por un valor real y de mercado que corresponda a los activos que conforman el bloque.

Un ejemplo de esto podría ser una sociedad que cuenta con una concesión minera que aún no ha sido explorada y/o explotada y que con la inversión correspondiente podría tener un valor mucho más elevado, o, una sociedad que transfiere un inmueble rural que con una habilitación urbana posterior podría resultar sumamente revalorizado.

Sobre el particular Julio Salas (2002, p. 163) comentando las diferencias que existe entre la legislación peruana y la española sobre la relación de canje Julio Salas resalta que, a diferencia de la normativa española, que establece como base obligatoria para la relación de canje el valor real del patrimonio social, la LGS peruana se limita a requerir que en el proyecto de fusión o escisión se consignen los criterios de valorización empleados, sin imponer un método específico.

En ese sentido, el poco control que existe con relación a la valorización de los activos puede implicar un abuso de la figura de la reorganización, infravalorando los activos que se transfieren e intercambiándolos por unas pocas acciones de la sociedad que recibe el bloque patrimonial, lo cual claramente puede terminar afectando a los acreedores.

3.1.2 La disminución del patrimonio de la sociedad segregante por actos de disposición inmediatos a la reorganización.

En este escenario, nos encontramos ante la posibilidad de que la sociedad segregante transfiera las acciones recibidas en la relación de canje que fueron emitidas por la sociedad beneficiara en cualquier momento u oportunidad (inclusive en el mismo acto de la reorganización simple) disminuyendo su patrimonio de manera peligrosa.

Lo descrito por lo menos hace cuestionable la justificación de la no existencia de derecho de oposición o de tutela de los acreedores en la reorganización simple, basada en el argumento de que no existe una disminución patrimonial efectiva (ya que la sociedad segregante si bien transfiere un bloque patrimonial, también recibe acciones de la sociedad beneficiaria).

En efecto, no existe ningún impedimento societario o civil para que las acciones que son recibidas por la sociedad segregante (en virtud de las cuales no existe una disminución patrimonial) sean transferidas. Además, recordemos que la transferencia de acciones no requiere ningún tipo de publicidad y no es un acto inscribible en Registros Públicos (artículo 4 inciso b del RRS).

Asimismo, la transferencia de acciones podría darse a título gratuito u oneroso, siendo que en este último caso la valorización de las mismas pasa por un tema subjetivo y/o de pacto entre las partes, no estando obligadas a acordar un determinado precio (quizá, el precio podría verse regulado por las normas tributarias para el caso de partes vinculadas, pero solo sería en ese escenario).

Si bien podríamos decir que en este caso se tendría la tutela general de los acreedores, es decir, la que regula nuestro Código Civil, ya hemos revisado con anterioridad que este mecanismo no resulta idóneo de cara a la inmediata garantía de los acreedores, más si tomamos en consideración que la acción que correspondería sería la pauliana, la cual exige determinados presupuestos que ante una transferencia onerosa (aunque el precio sea uno infravalorado) resultan más complicados de cumplir.

3.1.3 La cesión de pasivos o deudas que en este tipo de reorganización se puede producir.

En este escenario, dentro del bloque patrimonial se transferirán pasivos o débitos, lo que implica un cambio en la posición de deudor de la relación jurídica de crédito, es decir, existirá una novación subjetiva-pasiva.

En este escenario el posible perjuicio para el acreedor resulta evidente, se estaría cambiando a su deudor modificándose por lo tanto todo el esquema inicial del crédito referido a la garantía que el patrimonio del deudor representa.

Sobre el particular, lo primero que debemos indicar es que no resulta claro desde cuando surtirían efectos la posible cesión de pasivos, toda vez que la regulación con relación a la reorganización simple no ha desarrollado la eficacia o vigencia de la reorganización ni tampoco un régimen de responsabilidad, como si lo ha realizado para el caso de la escisión.

En efecto, debemos recordar que conforme lo establece el artículo 378 de la LGS, a partir de la fecha de vigencia de la escisión, las sociedades beneficiarias asumen automáticamente

las operaciones, derechos y **obligaciones** de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la sociedad escindida. Asimismo, el artículo 389 de la LGS señala que desde la fecha de vigencia las sociedades beneficiarias responden por las obligaciones que integran el pasivo del bloque patrimonial. Esto implica que no resulta necesario el consentimiento y ni quisiera la notificación o el aviso al acreedor para que se entienda totalmente eficaz la cesión de un pasivo en los procesos de escisión.

A diferencia de lo expuesto en el párrafo anterior, en el caso de la reorganización simple no existe un dispositivo en la LGS que establezca que desde la fecha que se indica como vigencia la sociedad que recibe el bloque patrimonial asume inmediatamente las operaciones, derechos y obligaciones contenidos en el bloque patrimonial, ni tampoco existe un dispositivo que los libere de manera expresa de las obligaciones o pasivos que se transfieren. Podemos afirmar que, respecto de la fecha de vigencia, lo único que se ha regulado es que esta debe ser parte del contenido de la escritura pública (artículo 130 del RRS).

Esto puede implicar una gran incertidumbre con relación a la eficacia de la transmisión de pasivos, toda vez que no existiendo nada regulado en la LGS, y no siendo del todo claro o posible una aplicación por analogía de las reglas establecidas para escisión (esto lo analizaremos más adelante), cualquier acreedor podría reclamar a la sociedad segregante que responda por las obligaciones que ha transferido o en todo caso que se ha debido comunicar de manera previa la transferencia del pasivo o solicitar su consentimiento previo.

Es importante mencionar que esto último es un poco más difícil de solicitar, toda vez que dada la naturaleza de una operación de reorganización societaria, no podemos interpretar que haya sido intención del legislador que se requiera el consentimiento de cada uno de los acreedores para que los pasivos puedan ser transferidos. Pero lo que sí es cierto es que la empresa segregante no podrá alegar con total certeza que la transferencia de los pasivos ha surtido efectos inmediatos desde la fecha de vigencia, como sí se podría alegar en una operación de escisión o de fusión.

La siguiente cuestión que se nos deberíamos de plantear es si resultan aplicables las disposiciones civiles en defecto de las societarias para este caso, tomando como punto de partida que ni siquiera la legislación civil ha regulado la cesión de las deudas y si bien esto

no implica que no pueda efectuarse, todo dependerá del acuerdo cesión o de asunción de deuda, en el que necesariamente el acreedor debe participar.

Así también lo ha entendido nuestra Corte Suprema cuando en la sentencia de Casación N° 19782-2015-LIMA estableció lo siguiente:

La sustitución del empleador podría ocurrir de distintas formas -por caso, fusión o escisión empresarial, sucesión hereditaria, entre otros-; empero, cuando se trata del acuerdo que tiene como objeto transmitir la obligación del deudor (empresa o empleador) a un tercero, nos encontramos ante la figura conocida en doctrina como ‘cesión de deuda. 7.7. Si bien el Código Civil contempla como única forma de transmisión de las obligaciones a la cesión de derechos -artículos 1206 y siguientes-, y no ha previsto la cesión de deudas, tampoco la ha prohibido, razón por la cual no existiría inconveniente para que las partes, haciendo uso de su libertad contractual, conviniesen una cesión de este tipo. 7.8. La cesión de deuda importa la transferencia del elemento pasivo que existe en toda obligación, representando, en buena cuenta, el otro aspecto de la negociabilidad en esta materia si se compara con la cesión de crédito o derechos. Para producir sus efectos, la cesión de deuda exige que el acreedor manifieste su conformidad, exonerando al deudor primitivo, y puede efectuarse sea por venta, permuta, donación, legado o cualquier otro título eficaz. Cabe señalar que la referida intervención del acreedor en la cesión de deuda se justifica en la finalidad que persigue este acuerdo, por ser una operación en la cual una persona que mantiene una deuda frente a otra, le cede a una tercera dicha deuda, de forma tal que sea esta última quien se haga cargo del pago; no obstante, a diferencia de una cesión de crédito -que es un bien del que se puede disponer-, una deuda no es un bien del cual el deudor pueda disponer libremente, por lo que resulta necesaria la participación del acreedor, quien debe renunciar a sus derechos frente al deudor originario para entenderse con el tercero. 7.10. En este orden de ideas, no se configurará la cesión de deuda si no se cuenta con el acuerdo expreso del deudor originario como cedente - titular primigenio de obligación de pagar la deuda- y del tercero como cesionario -quien asumirá la obligación de su ejecución-; la que debe contar a su vez, de manera necesaria, con la

aceptación del acreedor, quien liberará al deudor originario para trasladar la carga de su obligación a un nuevo deudor (tercero).

Estamos de acuerdo en que en cualquier cesión de deuda por mutuo acuerdo se requerirá siempre el consentimiento del deudor, pero esto no debería ser exigido en una reorganización societaria, toda vez que la dinámica de este tipo de operaciones exige la inmediatas en que la sociedad beneficiaria pueda seguir realizando sus actividades empresariales tomando en consideración

3.2 Jurisprudencial relevante.

Nuestro análisis parte de un vacío normativo, el mismo que en potencialmente puede perjudicar las operaciones de reorganización simple si tomamos en consideración las acciones civiles que los acreedores perjudicados podrían realizar a efectos de cautelar sus derechos. Sobre el particular ya hemos encontrado algunos casos en los que se analiza, lamentablemente de manera superficial, si resultan aplicables las normas civiles a situaciones derivadas o que son efecto de una reorganización simple, siendo que haré un breve resumen de los argumentos jurídicos que son relevantes para nuestro trabajo.

Debo resaltar que he realizado una búsqueda exhaustiva de la jurisprudencia relevante al caso materia de análisis, pero únicamente he podido encontrar estos casos que, si bien tienen como tema central un de naturaleza laboral, como indiqué, si se aborda el tema de la reorganización simple y la participación de los acreedores en el posible traspaso de acreencias.

Finalmente, es importante precisar que los casos peruanos expuestos si bien son resoluciones de la Corte Suprema o Corte Superior, éstas no se tratan de jurisprudencias de carácter vinculante o de observancia obligatoria. Por su parte, el oficio de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, si bien tampoco es de observancia obligatoria para el referido país, si resulta ser una opinión relevante ya que la expide la entidad que resuelve las eventuales situaciones que se podrían presentar y que en el Perú equivaldría a una opinión del Tribunal Registral.

3.2.1 Casación Laboral N° 10505-2012 Junín.

a) Del recurso

Se trata de (i) el recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles S.A. alegando infracciones normativas de los artículos 219 inciso 1) y 1435 del Código Civil, así como el artículo 391 de la LGS y, de (ii) el recurso de casación interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A. alegando las infracciones normativas de artículo 139 inciso 5) del Constitución Política del Perú y del artículo 1435 del Código Civil.

b) De los hechos

En una operación de reorganización simple Telefónica del Perú S.A.A. segrega un bloque patrimonial en favor de Telefónica Móviles S.A. dentro del cual se traspasan trabajadores (contratos de trabajo) siendo que un trabajador (Sr. Rómulo José Muñoz Rojas) demanda la nulidad del traspaso de trabajadores y restitución a planilla, argumentando que durante 29 años trabajó Telefónica del Perú S.A.A. en el cargo de técnico III, sin embargo, al recoger su boleta de remuneraciones en agosto del 2011, sin su consentimiento ni consulta, se le incorporó a Telefónica Móviles S.A. la cual viene abonándole sus remuneraciones mensuales. Argumenta, además, que el artículo 391 de la LGS no faculta el traspaso de trabajadores toda vez que únicamente se refiere a una segregación patrimonial

c) Hechos procesales

Mediante sentencia de primera instancia de fecha dos de agosto del 2012, el Segundo Juzgado Especializado declaró infundada la demanda señalando esencialmente que si bien nuestro ordenamiento laboral no regula el fenómeno de la reorganización empresarial, la misma resulta compensada con el principio de continuidad en el contrato de trabajo a partir de la cual se admite que el empleador puede ser sustituido de manera que la transmisión de empresa de un titular a otro no debería extinguir por sí mismo la relación laboral ni modificar su contenido tal como ocurre en el caso.

Mediante Sentencia de vista de fecha 28 de septiembre del 2012 la Segunda Sala Mixta de Huancayo revocó la sentencia en primera instancia y reformándola la declaró fundada determinando la nulidad del traslado y ordenando su restitución a Telefónica del Perú S.A.A. argumentando principalmente que la existencia de un contrato de trabajo hace que las partes se obliguen a su cumplimiento y que no se pueda modificar sin el consentimiento de ellas, sin embargo, Telefónica del Perú S.A.A. procedió en forma unilateral a ceder su posición contractual sin el consentimiento del trabajador, correspondiendo aplicar de manera supletoria lo regulado por el artículo 1435 del Código Civil que establece la posibilidad de realizar una cesión de posición contractual siempre que las partes presten su aceptación

simultáneamente o después del acuerdo de cesión, lo cual no ha ocurrido en el caso materia de análisis. Finalmente, la Corte Superior establece que al no existir manifestación de voluntad por parte del trabajador la cesión realizada es nula conforme a lo establecido en el artículo 219 de nuestro Código Civil.

d) Argumentos de los recursos de casación (relevantes para este trabajo):

- El Colegiado Superior no realiza una mención respecto de la novación subjetiva del contrato de trabajo o sustitución del empleador ni ha optado por analizar las implicancias de la reorganización simple y respecto a los contratos del trabajo de Telefónica del Perú S.A.A.

- El Colegiado Superior respecto de las reorganizaciones societarias señala que solo generan efectos patrimoniales para la empresa, estableciendo que los trabajadores deberían continuar laborando para ella toda vez que son ajenos a los acuerdos de la organización societaria que se puedan efectuar.

- La incorporación del trabajador a la planilla de Telefónica Móviles S.A. no ha significado un perjuicio o daño pues el tiempo de servicios cargo remuneración afiliación sindical y demás beneficios laborales, los cuales no han sido alterados, más si se tiene en consideración que las labores continúan desarrollándose en el mismo lugar y dirección. La incorporación del demandante a Telefónica móviles S.A. en tanto consecuencia necesaria y razonable de una reorganización simple operada entre las codemandadas ha implicado la transferencia de un fondo empresarial o unidad de negocio a título universal a Telefónica Móviles S.A. comprendiendo activos pasivos y relaciones jurídicas las cuales no requerían el consentimiento del demandante.

e) Argumentos de Corte Suprema (relevantes para este trabajo):

La reorganización societaria fue implementada en atención el artículo 391 de la LGS la cual no estableció limitación alguna no habiéndose perjudicado el trabajador de sus derechos. Se advierte que sin motivación alguna el colegiado superior analiza el presente conflicto sobre la base de los dispositivos normativos del Código Civil (invoca los artículos 219 numeral 1) y 1435 del Código Civil).

No se ha expuesto las razones por las que considera que el artículo 1435 del Código Civil resulta aplicable a los efectos de la sucesión empresarial derivada de una reorganización societaria en donde el negocio jurídico no se refiere únicamente a la modificación de la relación laboral, sino que por el contrario versa sobre la transferencia de un bloque

patrimonial. Tampoco ha expuesto el motivo por el que asume la posición del demandante respecto de que el artículo 391 de la LGS que regula la reorganización simple se refiere a bloques patrimoniales en los cuales no cabe incluir a los trabajadores ya que estos son ajenos a la empresa

La Corte Suprema declaró fundado los recursos de casación principalmente por no encontrarse bien motivada la sentencia segunda instancia. En consecuencia, declaró nula la sentencia de vista y ordenó a la segunda sala mixta de Huancayo expida una nueva sentencia.

f) Análisis personal.

En este caso, la Corte Suprema únicamente opina que el artículo 391 de la LGS no establece ninguna limitación, pero no establece de manera categórica que no resulta, por lo tanto, aplicable los dispositivos civiles sobre cesión de deudas o posición contractual. En efecto, solo establece que no se ha motivado correctamente y declara nula la sentencia de segunda instancia.

Creo que esto es relevante y da una luz de que ni siquiera la Corte Suprema tiene claro si resulta aplicable los dispositivos civiles cuando se trata de una reorganización simple. Considero que de haberse tratado de una escisión o de una fusión la Corte Suprema hubiera tenido como principal argumento la existencia del artículo 378 de la LGS que establece que desde la fecha de vigencia la sociedad que recibe el bloque asume las obligaciones que esta contiene de manera inmediata, es decir, sin ningún otro acto o comunicación.

3.2.2 Casación Laboral N° 4573-2013 Junín.

a) Del recurso

Se trata del (i) recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles S.A. al respecto y las infracciones normativas de los artículos 219 inciso 1) y 1435 del Código Civil, así como el artículo 391 de la LGS y, del (ii) recurso de casación interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A. al respecto y las infracciones normativas de artículo 139 inciso 5) del Constitución Política del Perú y del artículo 1435 del Código Civil.

b) De los hechos

Son los mismos hechos del caso anterior, con la diferencia de que el demandante es el Sr. Juan Félix Ampuero Palomino

c) *Hechos procesales*

Mediante Sentencia en primera instancia de fecha 26 de septiembre de 2012, se declaró infundada la demanda señalando esencialmente que no ha habido perjuicio para el trabajador toda vez que se vino respetando sus derechos, las funciones que realiza, y sus condiciones y relaciones laborales.

Mediante sentencia de vista de fecha 26 de diciembre de 2012 la Sala Superior revocó la sentencia en primera instancia y reformándola la declaró fundada determinando la nulidad del traslado y ordenando su restitución a Telefónica del Perú S.A.A. argumentando principalmente que los demandados procedieron en forma unilateral a ceder su posición contractual sin el consentimiento del trabajador, contraviniendo el artículo 1435 del Código Civil.

d) *Argumentos de los recursos de casación (relevantes para este trabajo):*

Similares al caso anterior.

e) *Argumentos de Corte Suprema (relevantes para este trabajo):*

La reorganización simple forma parte de una figura mayor como es la transmisión empresarial entendida como el fenómeno legal que tiene por resultado el cambio de titular de la empresa que ha sido objeto de transmisión lo que implica que la empresa se mantiene con los elementos patrimoniales y personales necesarios para continuar operando, ocurriendo una sucesión de empresarios más no una sucesión de empresas pues el cambio que opera luego del traspaso no está referida a la empresa sino al titular de la misma.

En la transmisión de empresa no es necesario el consentimiento el trabajador de la empresa originaria toda vez que el traspaso de trabajadores resulta imperativo para que la unidad económica y social (empresa) continúe desarrollando su actividad productiva. Esto implica que en incorporación del trabajador en la planilla de la sociedad beneficiara sea una consecuencia necesaria y razonable para la eficacia de la reorganización.

La Corte Superior ha aplicado indebidamente el artículo 1435 del Código Civil al calificar el traspaso del trabajador como una cesión de posición contractual y con ello exigir el consentimiento de este para su validez, debiendo señalarse que en el caso de autos no se

ha configurado la figura de la cesión de posición contractual si no la figura societaria de reorganización simple, que faculta a las demandadas en virtud de su derecho de libertad de empresa y del artículo 391 de la LGS a transferir una unidad o fondo empresarial que comprenda activos, pasivos, relaciones jurídicas, etc.

La Corte Superior a su vez hay inaplicado el artículo 391 de la LGS que faculta las empresas se efectuar válidamente una reorganización empresarial en tanto que en el escenario que sucedieron dichos hechos dicha norma estaba vigente y resultaba aplicable.

La Corte Suprema declaró fundado recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles S.A. y Telefónica del Perú S.A.A., en consecuencia, casaron la sentencia de vista y actuando como sede de instancia, confirmaron la sentencia apelada que declaró infundada la demanda.

f) Análisis personal.

Considero que el análisis de la Corte Suprema en este caso no es correcto ya que identifica a la reorganización simple como una forma de transmisión de una empresa, lo cual no es correcto. No olvidemos que desde el punto de vista societario para que se configure una reorganización simple basta la transferencia de un bloque patrimonial el cual como ya hemos analizado anteriormente puede estar conformado por un solo activo o por un activo y pasivos o por un fondo empresarial, etc. Si bien en la reorganización simple se puede transferir una unidad de negocio, tampoco es que exista alguna diferenciación en el entre la transferencia en bloque patrimonial cualquiera conformado por un activo o un activo y un pasivo y la transferencia de un bloque que sea una unidad de negocio.

No entendemos por qué la Corte Suprema establece que en estos casos no existe la necesidad de que participen los trabajadores (acreedores) ya que no existe ninguna norma que le fundamento a tal afirmación, como si lo existe para el caso de la escisión o fusión donde se establece que desde la fecha de vigencia la sociedad que recibe el bloque asume las obligaciones que esta contiene de manera inmediata, es decir, sin ningún otro acto o comunicación.

Por otro lado, la Corte Suprema tampoco explica cuál es el sustento legal para establecer que en virtud de la libertad de empresa se pueden realizar transferencias de unidades empresariales o de un fondo empresarial sin que se requiera la participación de los trabajadores (acreedores). En efecto si bien el contenido del derecho a la libertad de empresa

es muy amplio basta con que realicemos una mirada al instituto de la escisión en virtud del cual también se puede transferir una unidad de negocio, pero en la que sí se les brinda participación a los acreedores mediante el derecho de oposición.

En conclusión, consideramos que la Corte Suprema no ha tenido ningún tipo de argumento legal ni válido para excluir la aplicación del artículo 1435 del Código Civil en los supuestos de reorganización simple y sólo ha recurrido a conceptos generales como la libertad de empresa a la transferencia de un fondo o unidad empresarial sin aterrizar este concepto o analizar estas figuras en el marco de las reorganizaciones societarias que regula nuestra LGS.

3.2.3 Casación Laboral N° 13842-2015 Lima y Expediente N° 03452-2017-PA/TC.

a) Del recurso

Recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista del 24 de junio de 2015, que declaró fundada en parte la demanda sobre pago de beneficios sociales y otros interpuesta por el Sindicato Único de Trabajadores en Operaciones Tajo de la Empresa Administradora Cerro S.A.C. en contra de ella y la Empresa Administradora Cerro S.A.C.

El recurso fue declarado improcedente, siendo que esta improcedencia fue objeto de un amparo que fue rechazado. En ese sentido, solo contamos con una sentencia de segunda instancia.

b) De los hechos

Volcán Compañía Minera S.A.A., realizó una reorganización simple y en virtud de ella se creó la Empresa Administradora Cerro S.A.C., quien recibió el bloque patrimonial. En virtud de esta reorganización algunos trabajadores fueron transferidos de Volcán Compañía Minera S.A.A. a Administradora Cerro S.A.C.

c) Hechos procesales

Mediante Sentencia de vista la Sala Superior declaró fundada la demanda de nulidad de la transferencia de trabajadores, ordenándose que se reincorporen a la planilla de Volcán Compañía Minera S.A.A., argumentando que la referida transferencia fue realizada con fraude, toda vez “*se ha podido acreditar que los trabajadores que fueron transferidos de Volcán Compañía Minera SAA a Administradora Cerro SAC, no han*

percibido utilidades por los ejercicios de los años 2011 y 2012, situación de hecho distinta a cuando tenían de empleadora a Volcán Compañía Minera SAA, pues antes del traspaso de los trabajadores a la Administradora Cerro SAC sí percibían utilidades año tras años”. Asimismo, señaló que “se ha podido acreditar que se ha provocado una situación desventajosa a los trabajadores transferidos de Volcán Compañía Minera SAA a Administradora Cerro SAC, pues como se ha demostrado dicha reorganización simple ha provocado una disminución en sus ingresos económicos y por tanto en su patrimonio y en su bienestar personal y familiar”

d) Análisis personal.

En este caso podemos advertir que la Sala se ha limitado a evaluar las consecuencias económicas negativas que la reorganización simple produjo para los trabajadores, sin realizar un análisis jurídico de la figura societaria involucrada ni de su régimen específico en la LGS. El pronunciamiento se centra en constatar la disminución de ingresos y utilidades percibidas tras el traspaso, pero no examina si la operación cumplió con las formalidades, alcances y efectos que la LGS prevé para este tipo de reorganizaciones o, todo caso, si procede aplicar los dispositivos del Código Civil.

3.2.4 Oficio 220-162006 del 05 de diciembre de 2019 emitido por la Superintendencia de Sociedades de Colombia

El presente oficio expedido por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, en respuesta a la consulta de si al proceso de reorganización empresarial conocido doctrinalmente como de escisión impropia o segregación (que en el Perú equivale a la reorganización simple) le resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 222 de 1995 (*por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio* y que entre otras cosas regula la escisión) mediante el cual se establece la responsabilidad solidaria de los participantes en la operación de escisión respecto del incumplimiento de obligaciones de la sociedad beneficiaria o de la sociedad escidente. Los principales argumentos del oficio son los siguientes:

- La segregación no se encuentra regulada en la normativa colombiana. En efectos, señalan que a pesar de que la Ley 222 no la regula, es factible su realización,

de acuerdo con las normas generales contenidas en el Código de Comercio Colombiano.

- En la segregación no hay un rompimiento del patrimonio de la sociedad segregante, toda vez que esta recibe como contrapartida acciones, cuotas o partes de interés de las sociedades segregadas, su patrimonio se mantiene intacto (cambia un activo por otro).

- Con relación a la protección de accionistas y terceros, señala que no se aplican las formalidades propias de la escisión, ni las normas relativas a la protección de accionistas y acreedores, salvo que se trate de enajenación de establecimiento de comercio.

- La naturaleza jurídica de la segregación es diferente a la de la escisión, principalmente por la falta de una verdadera reducción del patrimonio de la segregante, lo cual hace que no sea necesario prevenir a los acreedores o socios acerca de potenciales riesgos que pueda implicar la operación.

- Cuando la segregación involucra no solamente la transferencia de activos, sino también de pasivos, será indispensable la autorización de los acreedores, cuyas obligaciones sean segregadas, para que pueda cumplirse la novación (Código Civil Colombiano, arts. 1694 y ss.).

- Concluye el oficio indicando que *“la segregación no es propiamente una escisión, criterio al cual se acoge plenamente esta oficina, debe tenerse en cuenta que la llamada escisión impropia no debe cumplir con las formalidades necesarias para la escisión, ni se rige por los Capítulos Segundo y Tercero de la Ley 222 de 1995, dentro de los cuales se encuentra el artículo 10 de la referida ley”*.

a) Análisis personal

Si bien es cierto que, contablemente, en la reorganización simple no hay una reducción inmediata del patrimonio porque lo que se transfiere se compensa con las acciones que emite la beneficiaria, no creo que ese argumento sea suficiente para negar un mecanismo de protección como el derecho de oposición.

Como expuse anteriormente, el problema está en que esa “no disminución” puede ser muy efímera o que no represente la realidad de la sociedad post reorganización (como cuando se transfiere el activo más valioso o alguno como mucho potencial). Nada impide que la sociedad segregante disponga de las acciones recibidas incluso en el mismo acto de la reorganización; y, como sabemos, la transferencia de acciones no es un acto inscribible ni requiere publicidad registral (art. 4 inc. b del RRS), lo que hace que un acreedor ni siquiera llegue a enterarse. Por su parte, se podría estar segregando un activo que a la larga perjudique a la sociedad.

Además, esa venta podría ser a en los términos que fijen libremente las partes. En la práctica eso podrían implicar una venta por un valor muy por debajo del real sin que exista una regla que lo impida, salvo en operaciones entre vinculadas donde aplica la regulación tributaria.

Es cierto que siempre queda la tutela general del Código Civil, como la acción pauliana, pero ya hemos visto que en la práctica este remedio no es oportuno ni eficaz, sobre todo si la venta es onerosa, aunque haya sido subvaluada.

Por todo esto, sostener que no debe haber derecho de oposición solo porque no hay una disminución patrimonial “formal” es un error, ya que a través de actos posteriores, es factible que se reduzca la capacidad patrimonial de la sociedad y se deje a los acreedores en una posición más débil.

3.3 Legislación comparada relevante

Es importante precisar que en Latinoamérica la figura de la reorganización simple si bien es aceptada como válida, no encuentra mayor regulación, tal como hemos podido apreciar en las legislaciones uruguaya, argentina y colombiana. Asimismo, es importante darle una mirada a otras legislaciones que fueron fuente para la elaboración de nuestra LGS, tales como la mexicana y la española, siendo esta última la única de las mencionadas que regula el tema materia de análisis.

Asimismo, resultará importante verificar como la legislación comparada ha regulado el derecho de oposición y la responsabilidad por la transferencia de un bloque patrimonial,

toda vez que podría brindarnos algunas luces de las posibles soluciones al problema de investigación abordado en el presente trabajo.

Finalmente quisiera precisar que, si bien comento cada una de las legislaciones que expongo, en la sección de presente trabajo referida a la propuesta revisaremos y analizaremos de manera crítica y comparativa las referidas legislaciones, toda vez que me han dado las directrices que necesitaba para realizar mi propuesta de cambio normativo.

3.3.1 Legislación colombiana:

La legislación colombiana no he regulado de manera expresa la reorganización simple, sin perjuicio de lo cual se trata de una figura que viene siendo utilizada y respecto la cual se ha indicado que no le resultarán aplicables las normas sobre la escisión, tal como hemos podido apreciar al momento de abordar el contenido del Oficio 220-162006 del 05 de diciembre de 2019, emitido por la Superintendencia de Sociedades de Colombia. Pero también es importante mencionar que señala que se deberá contar con el consentimiento de los acreedores en el caso de cesión de pasivos.

Es importante mencionar que el Código de Comercio colombiano, aprobado por Decreto 410 de 1971, ni siquiera regulaba a la escisión, sino que únicamente regulaba a la fusión y transformación como formas de reorganización (Capítulo VI, Sección I, artículos de 167 al 180). La figura de la escisión recién se regulada mediante la Ley 222 de 1995, norma que además realiza varias modificaciones al Código de Comercio.

Con relación al derecho de oposición, esta norma indica lo siguiente:

ARTÍCULO 6°. DERECHOS DE LOS ACREEDORES.

Los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, que sean titulares de deudas adquiridas con anterioridad a la publicación a que se refiere el artículo anterior, podrán, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso, exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, siempre que no dispongan de dichas garantías. La solicitud se tramitará en la misma forma y producirá los mismos efectos previstos para la fusión.

Lo dispuesto en el presente artículo no procederá cuando como resultado de la escisión los activos de la sociedad escidente y de las beneficiarias, según el caso, representen por lo menos el doble del pasivo externo.

Parágrafo. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo los administradores de la sociedad escidente tendrán a disposición de los acreedores el proyecto de escisión, durante el término en que puede ejercerse el derecho de oposición.

Verificamos que el derecho de oposición al igual que en el caso peruano tiene como premisa que los créditos no se encuentren garantizados, pero además que viene referida al patrimonio de las sociedades participantes, estableciéndose que si el activo después de la escisión es el doble del pasivo no existirá derecho de oposición.

Vemos pues que el legislador colombiano le da mucha fuerza o mucha validez a la garantía general que representa el patrimonio de las sociedades, a tal punto que limita el derecho de oposición. Pero veremos que esta limitación que establece la legislación colombiana al derecho a oposición viene compensada con el régimen de responsabilidad que se regula en el artículo 10 de la ley 222 de 1995.

ARTÍCULO 10º. RESPONSABILIDAD.

Cuando una sociedad beneficiaria incumpla alguna de las obligaciones que asumió por la escisión o lo haga la escidente respecto de obligaciones anteriores a la misma, las demás sociedades participantes responderán solidariamente por el cumplimiento de la respectiva obligación. En este caso, la responsabilidad se limitará a los activos netos que les hubieren correspondido en el acuerdo de escisión.

En caso de disolución de la sociedad escidente y sin perjuicio de lo dispuesto en materia tributaria, si alguno de los pasivos de la misma no fuere atribuido especialmente a alguna de las sociedades beneficiarias, éstas responderán solidariamente por la correspondiente obligación.

Aquí podemos apreciar cómo se introduce la figura de la responsabilidad solidaria de las sociedades participantes de la escisión en caso exista algún incumplimiento tanto de parte de la beneficiaria del bloque patrimonial como de parte de la sociedad escidente, siendo en este último caso respecto a obligaciones anteriores a la escisión. El límite de la responsabilidad viene referido únicamente al monto del activo neto que se ha recibido, es decir, por ejemplo, si se ha segregado un bloque patrimonial de valor cero o negativo claramente en este caso no existirá responsabilidad solidaria de parte de la sociedad beneficiaria.

3.3.2 Legislación argentina:

En argentina no se ha regulado la figura de la reorganización simple (que su doctrina denomina escisión impropia), siendo que únicamente han regulado la figura de la escisión en el artículo 88 de la Ley 19.550, Ley de Sociedades Mercantiles, cuyo tenor literal es el siguiente:

ARTICULO 88. — Hay escisión cuando:

I. — Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad;

II. — Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas;

III. — Una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

Requisitos.

La escisión exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) Resolución social aprobatoria de la escisión del contrato o estatuto de la escisionaria, de la reforma del contrato o estatuto de la escidente en su caso, y el balance especial al efecto, con los requisitos necesarios para la modificación del contrato social o del estatuto en el caso de fusión. El receso y las preferencias se rigen por lo dispuesto en los artículos 78 y 79;

2) *El balance especial de escisión no será anterior a tres (3) meses de la resolución social respectiva, y será confeccionado como un estado de situación patrimonial;*

3) *La resolución social aprobatoria incluirá la atribución de las partes sociales o acciones de la sociedad escisionaria a los socios o accionistas de la sociedad escidente, en proporción a sus participaciones en ésta, las que se cancelarán en caso de reducción de capital;*

4) *La publicación de un aviso por tres (3) días en el diario de publicaciones legales que corresponda a la sede social de la sociedad escidente y en uno de los diarios de mayor circulación general en la República que deberá contener: a) La razón social o denominación, la sede social y los datos de la inscripción en el Registro Público de Comercio de la sociedad que se escinde; b) La valuación del activo y del pasivo de la sociedad, con indicación de la fecha a que se refiere; c) La valuación del activo y pasivo que componen el patrimonio destinado a la nueva sociedad; d) La razón social o denominación, tipo y domicilio que tendrá la sociedad escisionaria;*

5) *Los acreedores tendrán derecho de oposición de acuerdo al régimen de fusión;*

6) *Vencidos los plazos correspondientes al derecho de receso y de oposición y embargo de acreedores, se otorgarán los instrumentos de constitución de la sociedad escisionaria y de modificación de la sociedad escidente, practicándose las inscripciones según el artículo 84.*

Cuando se trate de escisión-fusión se aplicarán las disposiciones de los artículos 83 a 87

Como bien nos indica Juan Olivera (2021), existió un proyecto de reforma a la Ley de Sociedades argentina en el que se introdujo la posibilidad de efectuar la variante denominada “escisión impropia”, a través de la introducción del artículo 88 bis que permitiría a la sociedad escidente participar como accionista en la sociedad beneficiaria. Afirma además que el referido proyecto continúa siendo el primero en proponer la figura de la escisión impropia (p.7).

El proyecto es el siguiente: *“cualquier sociedad puede resolver mediante una escisión impropia la separación de parte de su patrimonio mediante la creación de una nueva sociedad de la que será socia la propia sociedad y no sus socios, salvo que se disponga que una parte de las participaciones sociales sean atribuidas a estos últimos. Se aplican todas las disposiciones del artículo 88 relativas a la escisión”*

Queda claro que la figura de la escisión impropia que en nuestro caso se denomina la organización simple viene siendo utilizada en Argentina al punto que ha habido un intento de regulación, el cual lamentablemente hoy se encuentra archivado, sin embargo, podemos rescatar que en este proyecto de regulación simplemente se agregó la posibilidad de que las sociedades que escinden un bloque patrimonial reciban acciones de la sociedad beneficiaria, aplicándose a esta figura todas las disposiciones relativas a la escisión.

3.3.3 Legislación mexicana.

Al igual que en los casos anteriores, la legislación mexicana no ha regulado de manera expresa la reorganización simple, sin perjuicio de lo cual resulta interesante verificar cómo ha regulado su régimen de oposición y de responsabilidad societaria en el proceso de escisión. La escisión se encuentra regulada en el artículo 228 bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 228 Bis.- Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación.

La escisión se registrará por lo siguiente:

I.- Sólo podrá acordarse por resolución de la asamblea de accionistas o socios u órgano equivalente, por la mayoría exigida para la modificación del contrato social;

II.- Las acciones o partes sociales de la sociedad que se escinda deberán estar totalmente pagadas;

III.- Cada uno de los socios de la sociedad escidente tendrá inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente;

IV.- La resolución que apruebe la escisión deberá contener:

a) La descripción de la forma, plazos y mecanismos en que los diversos conceptos de activo, pasivo y capital social serán transferidos;

b) La descripción de las partes del activo, del pasivo y del capital social que correspondan a cada sociedad escindida, y en su caso a la escidente, con detalle suficiente para permitir la identificación de éstas;

c) Los estados financieros de la sociedad escidente, que abarquen por lo menos las operaciones realizadas durante el último ejercicio social, debidamente dictaminados por auditor externo. Corresponderá a los administradores de la escidente, informar a la asamblea sobre las operaciones que se realicen hasta que la escisión surta plenos efectos legales;

d) La determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida. Si una sociedad escindida incumpliera alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de la escisión, responderán solidariamente ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, la o las demás sociedades escindidas, durante un plazo de tres años contado a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas; si la escidente no hubiere dejado de existir, ésta responderá por la totalidad de la obligación; y

e) Los proyectos de estatutos de las sociedades escindidas.

V.- La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Asimismo, deberá publicarse en la gaceta oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escidente, un extracto de dicha resolución que contenga, por lo menos, la síntesis de la información a que se refieren

los incisos a) y d) de la fracción IV de este artículo, indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores en el domicilio social de la sociedad durante un plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de que se hubieren efectuado la inscripción y ambas publicaciones;

VI.- Durante el plazo señalado, cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social o acreedor que tenga interés jurídico, podrá oponerse judicialmente a la escisión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declara que la oposición es infundada, se dicte resolución que tenga por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición o se llegue a convenio, siempre y cuando quien se oponga diere fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad con la suspensión;

VII.- Cumplidos los requisitos y transcurrido el plazo a que se refiere la fracción V, sin que se haya presentado oposición, la escisión surtirá plenos efectos; para la constitución de las nuevas sociedades, bastará la protocolización de sus estatutos y su inscripción en el Registro Público de Comercio;

VIII.- Los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión gozarán del derecho a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo previsto en el artículo 206 de esta ley;

IX.- Cuando la escisión traiga aparejada la extinción de la escidente, una vez que surta efectos la escisión se deberá solicitar del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social;

X.- No se aplicará a las sociedades escindidas lo previsto en el artículo 141 de esta ley.

Vemos pues como el derecho a oposición tiene como requisito adicional el otorgamiento de una fianza a efectos de que se puedan resarcir los daños posibles por suspender la operación de escisión. Asimismo, con reacción al régimen de responsabilidad se establece

que si la sociedad escindida incumple alguna obligación asumida por ellas en virtud de la escisión responderán solidariamente ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso la o las demás sociedades durante el plazo de 3 años contado desde la última de las publicaciones, teniendo como límite el activo neto que se les haya atribuido. Vemos que al igual que en el caso colombiano, existe un régimen de responsabilidad solidaria, pero a diferencia de este, la responsabilidad solidaria viene limitado no solo al activo neto que se haya recibido, sino también al plazo de 3 años desde la última publicación y a que los acreedores no hubieran dado su consentimiento expreso.

3.3.4 Legislación uruguaya.

En la legislación uruguaya tampoco se ha regulado de la reorganización simple, pero al igual que en el caso colombiano y mexicano, si se ha regulado un régimen de responsabilidad solidaria adicional al derecho de oposición, tal como se puede apreciar en los artículos 138 y 139 de la Ley N° 16060, Ley de Sociedades Comerciales, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 138

(Responsabilidad por créditos). Las sociedades que se creen por la escisión serán solidariamente responsables entre sí y con la escindida, si ella subsiste, por los créditos denunciados en el término del artículo 126 y por los que figuren en los balances especiales.

Los pactos celebrados para la distribución de las deudas, sólo tendrán eficacia entre las sociedades creadas por la escisión. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios de la sociedad escindida, según el tipo, por las deudas anteriores a la inscripción de la escisión en el Registro Público de Comercio.

Artículo 139

(Receso y oposición de los acreedores). Los socios o accionistas podrán receder y los acreedores podrán oponerse a la escisión, siendo aplicable, en lo compatible, lo dispuesto en los artículos 128 y 129.

Las sociedades creadas y la escindida, si subsiste, serán solidariamente responsables del pago de las participaciones del socio recedente o excluido.

3.3.5 Legislación española y de la comunidad europea.

Revisar la legislación española es muy importante para la realización del presente trabajo, no solo porque regula de manera expresa el caso de la reorganización simple (que se denomina segregación), sino porque además es una legislación que ha sido una de las fuentes de nuestra LGS¹¹. Resulta pertinente mencionar también que existe una directiva para el derecho comunitario europeo la cual brinda algunas reglas generales que cada país miembro de la Comunidad Europea tendrá que adecuar a su legislación. En ese sentido, la legislación española recoge las reglas generales comunitarias y las traslada a su directiva o norma particular.

Los dispositivos que para el presente trabajo son relevantes son los artículos 58, 61, 62 y 70 del Real Decreto-ley 5/2023, de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades, etc. los cuales transcribimos a continuación

Artículo 58. Clases y requisitos.

1. La escisión de una sociedad mercantil inscrita podrá revestir cualquiera de las siguientes modalidades:

1.ª Escisión total.

2.ª Escisión parcial.

3.ª Segregación.

Artículo 61. Segregación.

Se entiende por segregación 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.

¹¹Tal como se ha indicado en la 3era sesión donde se debatía el proyecto de la LGS (diario de debates del congreso que se ubica en el siguiente link:
<https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/052564B400212FE1052565D7004FD888>

Artículo 62. Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio.

Se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria.

Artículo 70. Protección de los acreedores y responsabilidad por las obligaciones incumplidas.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones comunes sobre protección de acreedores, de las deudas nacidas antes de la publicación del proyecto de escisión y aun no vencidas en ese momento asumidas frente a los acreedores de la sociedad escindida o segregada por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas, responderán solidariamente todas las sociedades beneficiarias hasta el importe de los activos netos atribuidos a cada una de ellas en la escisión y, si subsistiera, la propia sociedad escindida, hasta el importe de los activos netos que permanezcan en ella.

2. En esos mismos términos responderán solidariamente las sociedades beneficiarias de las deudas de la sociedad escindida nacidas antes de la publicación del proyecto de escisión y no vencidas en ese momento.

3. La responsabilidad solidaria de las sociedades participantes en la escisión o segregación prescribirá los cinco años.

Lo primero es relevante que debemos mencionar es que la segregación es considerada como una forma de escisión por lo que todas las disposiciones de la escisión le son plenamente aplicables. Si tenemos que mencionar alguna diferencia con la legislación peruana, podríamos mencionar que consideran necesario que lo que se segregue o transfiera en esta operación de reorganización se sea una unidad económica (aunque en la práctica la gran mayoría de caso se utiliza a la reorganización simple para transferir una unidad de negocio). En efecto, es un requisito de esta operación establecido en el artículo 61 antes visto que en la segregación se traspase en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio que constituyan una unidad económica. Esto no ocurre en la legislación peruana (lo cual considero correcto) en la que basta que se transfiera un bloque

patrimonial de manera general el cual no necesariamente va a constituir una unidad económica pudiéndose transferir cualquier activo y pasivo de manera conjunta.

Respecto de la protección de los acreedores, así como de la responsabilidad, se establece que hay responsabilidad solidaria entre la sociedad segregada y la sociedad beneficiaria, pero limitando la responsabilidad siempre al importe del activo neto que se le atribuye a cada una de las participantes. Nuevamente, podemos apreciar un régimen de responsabilidad solidaria que se da en adición al derecho de oposición que ya existe en este tipo de operaciones. Vemos pues una tendencia legislativa (tanto en la escisión como en la segregación regulada por la normativa española) a proteger a los acreedores no sólo con el derecho oposición sino además con un régimen de responsabilidad solidaria.

Esta normativa española se condice con la directiva europea que ha brindado las líneas generales de protección de los acreedores en su artículo 146, el cual transcribimos a continuación:

Directiva (UE) 2017/1132 del parlamento europeo y del consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del derecho de sociedades

Artículo 146 Protección de los intereses de los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, responsabilidad solidaria y mancomunada de las sociedades beneficiarias

1. Las legislaciones de los Estados miembros preverán un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, para las deudas nacidas con anterioridad a la publicación del proyecto de escisión y aún no vencidas en el momento de esta publicación.

2. A efectos del apartado 1, las legislaciones de los Estados miembros preverán, al menos, que estos acreedores tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de la sociedad escindida, así como la de la sociedad a la que se haya de transferir la obligación conforme al proyecto de escisión, haga necesaria tal protección, y siempre que estos acreedores no dispongan ya de tales garantías. Los Estados miembros establecerán las condiciones de la protección contemplada en el apartado 1 y en el párrafo primero del presente apartado. En cualquier caso, los Estados

miembros garantizarán que los acreedores estén autorizados a dirigirse a la autoridad administrativa o judicial competente para obtener las garantías adecuadas, siempre que puedan demostrar, de forma convincente, que debido a la escisión la satisfacción de sus derechos está en juego y que no han obtenido las garantías adecuadas de la sociedad.

3. En la medida en que un acreedor de la sociedad a la que se ha transferido la obligación, conforme al proyecto de escisión, no hubiese obtenido satisfacción, las sociedades beneficiarias serán solidariamente responsables de esta obligación. Los Estados miembros pueden limitar esta responsabilidad al activo neto atribuido a cada una de estas sociedades distintas de aquellas a las que se hubiere transferido la obligación. Los Estados podrán no aplicar el presente apartado cuando la operación de escisión estuviere sometida a control judicial conforme al artículo 157 y una mayoría de acreedores que representen tres cuartos del importe de los créditos o una mayoría de una categoría de acreedores de la sociedad escindida, que represente los tres cuartos del importe de los créditos de esta categoría, haya renunciado a utilizar esta responsabilidad solidaria en una junta celebrada conforme al artículo 157, apartado 1, letra c).

4. El artículo 99, apartado 3, será aplicable.

5. Sin perjuicio de las normas relativas al ejercicio colectivo de sus derechos, serán aplicables los apartados 1 a 4 a los obligacionistas de las sociedades que participan en la escisión, salvo si la escisión ha sido aprobada por una junta de obligacionistas, cuando la ley nacional prevea tal junta o por los obligacionistas individualmente.

6. Los Estados miembros pueden prever que las sociedades beneficiarias respondan solidariamente de las obligaciones de la sociedad escindida. En este caso, podrán no aplicar los apartados 1 a 5.

7. Cuando un Estado miembro combine el sistema de protección de acreedores contemplado en los apartados 1 a 5 con la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias contemplada en el apartado 6, podrá limitar esta responsabilidad al activo neto atribuido a cada una de dichas sociedades.

Queda claro entonces qué tal como lo regula la legislación española, los demás países miembros de la Comunidad Europea tienen que adecuar su normativa a esta directiva lo cual implica lo siguiente:

- Se deberá generar un sistema normativo que proteja los intereses de los acreedores teniendo como única limitación que las obligaciones hayan surgido con anterioridad a la publicación del proyecto y que no hayan vencido al momento de la última publicación.
- Se regulará que en caso los acreedores no hayan obtenido una protección o una garantía adecuada podrán acudir o cobrar su crédito a las sociedades participantes quienes responderán de manera solidaria.
- Se podrán limitar la responsabilidad de los participantes al activo neto que se le haya atribuido producto de la operación de escisión.

3.4 Intereses de los acreedores y la importancia de regular mecanismos de tutela.

En los procesos de reorganización societaria en general, los acreedores ven potencialmente afectados sus derechos, de ahí que en casi todos se haya regulado algún mecanismo de tutela (en la transformación, manteniendo el régimen de responsabilidad, y en la fusión y escisión mediante el derecho de oposición).

El primer (y por qué no) principal interés que debe tutelarse es la conservación del patrimonio que garantiza el cumplimiento de las obligaciones y de las condiciones que motivaron la concesión del crédito (como lo son aquellas relacionadas con la solvencia del deudor y la composición del patrimonio que garantiza el cumplimiento de la obligación). Una modificación estructural, como la que ocurre en cualquier reorganización, puede alterar sustancialmente la posición patrimonial del obligado o incluso sustituirlo, lo que genera un riesgo para el acreedor si no se cuenta con mecanismos adecuados de tutela.

En este contexto, el derecho de oposición —cuando está reconocido por el ordenamiento jurídico— permite al acreedor objetar la reorganización si considera que compromete la posibilidad de recuperar su crédito. Sin embargo, en figuras como la reorganización simple, en las que no existe previsión normativa específica, el acreedor únicamente puede recurrir a

instrumentos alternativos, como la acción pauliana o el desconocimiento la transmisión de pasivos, con el fin de proteger su posición jurídica.

Como he señalado, son tres potenciales situaciones las que se deberían de salvaguardar¹² tutelando de manera idónea los derechos de los acreedores, pero también considerando que la tutela no perjudique ni desincentive la realización de operaciones de reorganización.

Entonces, un punto importante a desarrollar es el referido a si realmente nos encontramos en la necesidad de regular algún mecanismo de protección para los acreedores en las operaciones de reorganización simple, ya que parece que las misma vienen funcionando con total normalidad y sin inconvenientes.

Sobre el particular, Ramos, E. tiene la siguiente opinión:

El reconocimiento de estos mecanismos protectores es necesario en la medida en que sirven para hacer realidad este tipo de operaciones, en las que tiene lugar una transmisión universal del patrimonio, de las sociedades que participan en la operación a la sociedad o sociedades resultantes, ya se trate de la transmisión de la totalidad del patrimonio social, o sólo de una o varias partes del mismo. La no existencia de un sistema particular de protección para los acreedores sociales llevaría a la aplicación del artículo 1205 CC, que exige el consentimiento de los acreedores para que pueda producirse el cambio de la persona del deudor, que es lo que ocurre cuando tiene lugar la mencionada transmisión patrimonial universal. La aplicación de esta norma civil equivaldría al fracaso de prácticamente todo este tipo de operaciones. De ahí la necesidad de regular mecanismos específicos, que es lo que ha venido haciendo el legislador (Ramos, 2012, p. 244).

Tal como lo señala Esteban Ramos en el párrafo citado, la inexistencia de mecanismos específicos de protección implicaría aplicar supletoriamente el Código Civil, que exige el consentimiento del acreedor para el cambio de deudor, lo cual haría inviables muchas de estas operaciones. Por ello, el interés del acreedor no se limita al monto del patrimonio del deudor,

¹² (i) los cambios en el objeto, activos o en el patrimonio de la sociedad que transfiere o segrega el bloque (sociedad segregante); (ii) la disminución del patrimonio de la sociedad segregante por actos de disposición inmediatos a la reorganización; y, (iii) la cesión de pasivos o deudas que en este tipo de reorganización se puede producir.

sino que también abarca su calidad, la identidad del sujeto obligado y el acceso efectivo a remedios legales cuando tales elementos son alterados por decisión unilateral de la sociedad

Si bien el comentario citado se dio con referencia a una operación de fusión en el derecho español, si aborda una problemática que hoy se presentan en las operaciones de reorganización simple y que hemos presentado anteriormente: la cesión de pasivos o deudas que en este tipo de reorganización se puede producir; y qué, ante el silencio o no regulación, correspondería la aplicación de nuestro Código Civil (que solicita la participación de todas las partes en un acto de cesión), lo cual sería terrible de cara a la dinámica societaria que este tipo de operaciones exige.

El hecho de que no exista una disminución patrimonial efectiva, no implica que la garantía general de los acreedores no se vea perjudicada. En efecto, como hemos indicado en nuestro trabajo, a diferencia de escisión en la reorganización simple no se produce, en principio, una reducción patrimonial en la sociedad que transfiere parte de su patrimonio toda vez que como contraprestación recibe acciones, lo cual a nivel cuantitativo netea la operación. En efecto, esto implica una modificación cualitativa, mas no cuantitativa, en la estructura del patrimonio: la sociedad entrega determinados bienes o derechos, pero a cambio incorpora participaciones sociales de valor equivalente. Por tanto, el patrimonio de garantía frente a los acreedores permanece sin disminución aparente. Sin embargo, esto no significa que los acreedores no puedan verse afectados, ya que la transformación de la composición del activo puede generar un perjuicio económico desde un punto de vista cualitativo (Sánchez, S. R. 2012, p. 43). Sobre esta variación cualitativa, nos remitimos a lo comentado en el numeral 3.1.1 del presente trabajo.

Como explica Alcalá Ruiz (2022, p. 270), en una operación de reorganización simple (segregación para su norma española), los intereses de los acreedores de las sociedades involucradas pueden verse comprometidos por múltiples factores. En cuanto al plano material, los riesgos para los acreedores derivan principalmente de dos situaciones: la novación subjetiva del deudor (sin consentimiento), y la transformación cualitativa del patrimonio de la sociedad segregada, que recibe a cambio participaciones o acciones. También se incluyen aquí las consecuencias de la incorporación patrimonial en la sociedad beneficiaria, donde la posible concurrencia con otros acreedores puede afectar la expectativa de recuperación del crédito. La legislación española y comunitaria, reconociendo esta complejidad, ha previsto mecanismos de protección diferenciados para los acreedores: el derecho de oposición previo a la

formalización del acto y la posibilidad de exigir responsabilidad subsidiaria o solidaria en caso de incumplimiento posterior

En conclusión, considero que los intereses de los acreedores que se ven afectados ante la falta de regulación o de tutela de los acreedores en una reorganización simple son los siguientes:

- Conservación del patrimonio que representa la garantía general.
- Inalterabilidad de la persona del deudor sin consentimiento
- Acceso a mecanismos jurídicos de tutela (oposición o pauliana)

Asimismo, de la revisión doctrinaria que he realizado, no he encontrado autores que indiquen que en la segregación o reorganización simple no deba existir tutela de los acreedores, y no solo por el hecho de que se están vulnerando los intereses expuestos, sino porque ello también daría mayor dinámica y seguridad para el caso peruano, toda vez que, por ejemplo, se eliminaría la incertidumbre de si tenemos que requerir el consentimiento de los acreedores para ceder un pasivo.

Lo que sí he encontrado son opiniones con relación a que no debería existir una doble tutela (derecho de oposición más responsabilidad solidaria) o que no se debería utilizar los dispositivos de escisión de manera irrestricta ya que la reorganización simple tiene particularidades que deberían ser tomadas en cuenta.

IV. CAPÍTULO DISCUSIÓN

Actualmente, los acreedores de la sociedad que transfiere el bloque patrimonial en una operación de reorganización simple no cuentan con un mecanismo societario de tutela (por ejemplo, derecho de oposición o un régimen de responsabilidad solidaria), por lo que la única salida con la que cuentan para tutelar su derecho de crédito es la aplicación de los dispositivos del Código Civil que se encuentre referidos a los mecanismos de tutela para los acreedores en general o, en todo caso, a los dispositivos referidos a la cesión de contratos, los cuales no pueden ser materia de traspaso sin el consentimiento.

Esto como ya expusimos no resulta idóneo en lo absoluto ya que a la fecha estos mecanismos se ejecutan en la vía judicial, y con los problemas que nuestro país tiene en lo que respecta al Poder Judicial (sobrecarga, corrupción, falta de predictibilidad, etc.), prácticamente se deja desamparados a los acreedores.

Más aún, cuando hemos visto existen algunos jueces que consideran que no se aplican los dispositivos civiles en estos casos toda vez al ser operaciones societarias, corresponde aplicar únicamente la normativa societaria, tal como se pudo apreciar en Casación Laboral N° 4573-2013 Junín que hemos desarrollado líneas arriba y la que nuestra Corte Suprema señaló que es un error aplicar el artículo 1435 del Código Civil al calificar el traspaso del trabajador como una cesión de posición contractual y con ello exigir el consentimiento de este para su validez cuando este traspaso se dio en el marco o como consecuencia de una reorganización simple.

Nuestra Corte Suprema no da mayor explicación de los dispositivos societarios que sustenten que puede existir un traspaso de pasivos sin consentimiento de los acreedores, únicamente señala que la figura societaria de reorganización simple, faculta a las

sociedades en virtud de su derecho de libertad de empresa y del artículo 391 de la LGS a transferir una unidad o fondo empresarial que comprenda activos pasivos relaciones jurídicas, etc.

Sin perjuicio de que mi hipótesis es que tomando en consideración la regulación actual tanto civil como societaria, en las operaciones de reorganización simple, al no existir dispositivos jurídicos societarios que otorguen un derecho de oposición y/o que exoneren del consentimiento del acreedor en la transferencia de pasivos, serían de aplicación de los dispositivos civiles que por principio general del derecho son supletorios de todo nuestro ordenamiento jurídico, voy a tratar de descartar algunas otras alternativas que podrían entenderse posibles pero que nuestro marco jurídico desde mi perspectiva no lo permite.

4.1 Aplicación de reglas de otros institutos jurídicos:

Lo primero que tenemos que descartar es la aplicación de las reglas de los aportes de bloques patrimoniales, así como los de la escisión o fusión con relación tanto a la tutela de los acreedores (que implica el derecho de oposición, así como el régimen de responsabilidad por la cesión de pasivos) como respecto de los requerimientos que estas instituciones exigen para su perfeccionamiento o plena vigencia.

4.1.1 Aplicación de las reglas sobre aporte

Al desarrollar nuestro marco teórico ya hemos explicado las diferencias y semejanzas que existen entre la reorganización simple y el aporte. Partiendo de la premisa de que son institutos diferentes dada su naturaleza jurídica, no deja de ser cierto que cuentan con muchas semejanzas al punto que en la definición legal de reorganización simple se utiliza la palabra aporte como una de sus características principales. En ese sentido lo que tendríamos que descartar es si correspondería o no aplicar los dispositivos referidos a los aportes más cuando se encuentra regulado de manera expresa el aporte de un bloque patrimonial (así como también el aporte de una empresa un establecimiento comercial etcétera).

Considero importante mencionar que si bien en las legislaciones latinoamericanas o de la región no se ha regulado a la reorganización simple (también llamadas segregación o

escisión impropia), lo que sí se ha regulado es el aporte o la posibilidad de aportar unidades de negocio, establecimientos comerciales, empresas, etc. Inclusive, podríamos decir que la normativa española ha recogido un poco este concepto y lo ha trasladado a las reorganizaciones societarias al incorporar como una forma de la escisión a la segregación, tal como hemos visto al analizar la legislación comparada. Podríamos mencionar también que esta es una operación utilizada en Italia pero que no reencuentra una regulación dentro del grupo de institutos pertenecientes a las formas de reorganización societaria sino, que la regula de manera separada en la parte de aportes (figura denominada *Conferimenti* que se encuentra en los artículos 2342 y 2343 del Código Civil Italiano).

Si bien en la definición de reorganización simple se ha utilizado la palabra aporte, no debemos limitar sus alcances a un simple aporte o aumento de capital. Estas comparaciones empiezan a realizarse cuando en el literal f) del artículo 35 de RRS se ha regulado, en el marco de un aumento de capital y de la efectividad de la entrega de los aportes, la posibilidad de aportar: una empresa, un establecimiento comercial o industrial o de servicios, un fondo empresarial o un bloque patrimonial.

Sobre el particular, debemos analizar las reglas con relación a este tipo de aporte, las cuales son el artículo 28 de la LGS y el artículo 35 del RRS que tienen el siguiente tenor literal:

Artículo 28.- Saneamiento de los aportes

El aportante asume ante la sociedad la obligación de saneamiento del bien aportado.

Si el aporte consiste en un conjunto de bienes que se transfiere a la sociedad como un solo bloque patrimonial, unidad económica o fondo empresarial, el aportante está obligado al saneamiento del conjunto y de cada uno de los bienes que lo integran.

Artículo 35.- Efectividad de la entrega de los aportes

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

(...)

b) Si el aporte es de títulos valores o documentos de crédito a cargo del socio aportante, mediante el abono de los fondos en la cuenta de la sociedad, lo que se acreditará conforme al inciso anterior.

Cuando el obligado principal no es el socio aportante, el aporte de títulos valores o documentos de crédito se acreditará con la constancia expedida por el gerente, el administrador o la persona autorizada de haberlos recibido debidamente transferidos o endosados a favor de la sociedad;

(...)

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

Lo primero que debemos mencionar es que de aplicarse estas reglas se necesitarían de actos complementarios para entender efectiva la operación de reorganización simple-aporte, lo cual de por sí ya va contra la naturaleza jurídica de una reorganización societaria, tales como, la inscripción en el registro de bienes inmuebles y de muebles registrados el endoso de los títulos valores y/o principalmente la certificación del gerente de haber recibido el aporte.

Estas reglas Tampoco nos ayudan en el caso de la reorganización simple toda vez que parecen estar dirigidas más a la recepción de bienes y/o activos no así para la recepción o transferencia de pasivos, en los que sí está involucrado directamente un tercero interesado como lo es el acreedor. Esto claramente se ve reflejado en el artículo 28 de la LGS cuando se les exige a los aportantes realizar el saneamiento conjunto e individual de cada uno de los activos o bienes que forman el bloque patrimonial la unidad económica como etcétera.

En conclusión, nuevamente encontramos un vacío con relación a los derechos de terceros como los acreedores en el aporte de un bloque patrimonial regulado en el inciso f) el artículo 35 del RRS y en artículo 28 de LGS, toda vez que estos dispositivos no han

regulado de manera directa la transferencia de pasivos ni han previsto un mecanismo de tutela para los terceros afectados que principalmente son los acreedores sociales.

Siendo que ante este vacío se deberán aplicar los dispositivos civiles, más aún si tomamos en consideración que el gerente general de la sociedad en el caso de los aportes debe declarar bajo juramento o certificar que ha recibido los mismos; y en la medida en que con relación a la efectividad de los aportes sea regulado la realización de actos complementarios para ello, tales como el endoso de un título valor, la inscripción en el registro de propiedad mueble o inmueble de los bienes aportados (registrables) la entrega los bienes no registrados, etc. consideramos que antes de realizar esta declaración jurada de recepción de pasivos, el gerente general ha tenido que verificar la realización de actos complementarios, los cuales para este caso se encuentran regulados en la legislación civil y que son por ejemplo, un documento de asunción de deuda, un convenio tripartito, un contrato de cesión de posición contractual, etc. en virtud del cual el acreedor manifieste su conformidad con relación a la novación subjetiva que involucra la transferencia de un pasivo.

4.1.2 Aplicación de las reglas sobre escisión-fusión.

Al igual que con el aporte, en nuestro marco teórico hemos analizado las principales semejanzas y diferencias que la reorganización simple presenta con relación a la escisión, siendo esta última la figura que más se asemeja tanto por su naturaleza jurídica, como por su esquema y procedimiento. En efecto, recordemos que en ambas figuras se produce la transferencia de un bloque patrimonial sin que ello implique la extinción de la sociedad segregante (en el caso de la escisión, es la forma denominada en el Perú como escisión impropia), con la diferencia fundamental de que en la relación de canje quien recibe las acciones por la transferencia del bloque en el caso de la reorganización simple es la sociedad y no los accionistas.

La aplicación de las reglas de la escisión no es para nada descabellado ni fuera de lugar al punto que como apreciamos al momento de analizar la legislación española se ha incorporado a la reorganización simple (en su caso segregación) como una de las modalidades de la escisión lo que hace que se aplique todo el régimen legal de este instituto.

Asimismo, en el proyecto de modificación del artículo 88 de la Ley 19.550, Ley de Sociedades Mercantiles de Argentina incorporaba la figura de la reorganización simple, pero estableciendo que se aplicaban todas las disposiciones que existían sobre escisión tal como comentamos al momento de abordar la legislación argentina.

Sobre el particular, la cuestión principal en este punto sería ver la posibilidad de aplicar los artículos que regulan el derecho de oposición de los acreedores y la fecha de entrada en vigencia de la escisión, dispositivos que no existen para el caso de la reorganización simple. Para un mejor entender, a continuación, transcribimos los referidos dispositivos:

Artículo 378.- Fecha de entrada en vigencia

La escisión entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión conforme a lo dispuesto en el artículo 376. A partir de esa fecha las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no.

Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la escisión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro y en las partidas correspondientes a todas las sociedades participantes. La inscripción de la escisión produce la extinción de la sociedad escindida, cuando éste sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en sus respectivos Registros, cuando corresponda, el traspaso de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los bloques patrimoniales transferidos.

Artículo 383.- Derecho de oposición.

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

Aplicar estos dispositivos representaría tener claro que no se requiere el consentimiento de los acreedores para que la operación de reorganización se entienda plenamente vigente y eficaz, ya que en virtud el artículo 378 de la LGS a partir de la fecha de vigencia la

sociedad beneficiaria del bloque asume **automáticamente** las operaciones derechos y variaciones de los bloques patrimoniales transferidos. Con ello para la transferencia de los pasivos no se requiere ningún acto complementario lo cual implica que los acreedores no tienen por qué prestar su consentimiento o firmar algún documento de sesión o transferencia para que el pasivo se entienda transferido como parte del bloque patrimonial.

Pero claro, el artículo 378 de la LGS cobra sentido siempre que exista algún mecanismo de tutela para los acreedores que claramente pueden verse afectados al haber una innovación subjetiva en su derecho de crédito es así como la existencia del artículo 383 que brinda el derecho a oposición de los acreedores complementa de manera idónea la regla de la vigencia automática de las operaciones de reorganización.

Es como expusimos en nuestro marco teórico al desarrollar el fundamento del derecho de oposición, este no es otra cosa sino la necesidad de superar las soluciones que el derecho civil patrimonial presenta para los casos de cambio de deudor o de transferencia de derechos y obligaciones, la cuales resultan insuficientes y no concilian con la necesidad de favorecer las operaciones de reorganización empresarial.

Resulta claro que, si aplicáramos los dispositivos civiles para todas las operaciones de reorganización, éstas podrían verse frustradas o entorpecidas toda vez que requeriríamos la participación de todos los acreedores, terceros, etc. que pudieran tener algún legítimo derecho o que en virtud al derecho común deban participar en los casos de transferencia o cesión algún derecho, obligación, acto o contrato que forme parte del bloque patrimonial.

Pareciera entonces que la solución la tenemos a la mano: aplicar los dispositivos referidos a el derecho de oposición y a la vigencia de las operaciones o transferencia del bloque a la organización simple.

No quisiera fundamentar únicamente que no corresponde aplicar los dispositivos de escisión basados en la diferencia que existe debido a que en un caso las acciones las recibe la sociedad y en el otro los accionistas, tal como lo hace la Superintendencia de Sociedades de Colombia en el Oficio 220-162006 que desarrollamos líneas arriba.

En primer lugar, debemos recordar que en virtud del artículo IV del título preliminar del Código Civil no podemos aplicar por la analogía una norma que regule una excepción

o restrinja derechos, y claramente aplicar estos dispositivos en el caso de reorganización simple restringiría el derecho de las empresas de realizar la reorganización simple sin mayor requisito que la aprobación de las juntas generales de las sociedades intervinientes. Podríamos decir entonces, que se estaría restringiendo su libertad de empresa aplicando una norma que exige requisitos adicionales a los que la LGS ha previsto, solicitando que se realicen publicaciones o comunicaciones a los acreedores, esperando un plazo determinado para poder escriturar la operación de reorganización e inscribirla en Registros Públicos, etc.

Además, como expuse en el marco teórico, en la práctica y en mi propia experiencia he podido corroborar que los Registradores a cargo de calificar las operaciones de reorganización simple no exigen mayor detalle con relación al proyecto de reorganización, ni tampoco que se adjunten publicaciones (se entiende que no son necesarias) ni siquiera que adjunte una declaración de no oposición.

En segundo lugar, la aplicación analógica de las normas parte de la premisa de la existencia de una laguna o de un vacío legal. el cual desde mi punto de vista no existe ya que en este caso correspondería aplicar las reglas del Código Civil referidas a la transferencia de contratos pasivos o derechos en general.

Pero que esto no se entienda mal, no considero que la regulación actual sea suficiente, al contrario, para mi existe un déficit regulatorio que puede implicar, por un lado, el entorpecimiento de las operaciones de reorganización y, por el otro la vulneración de los derechos de los acreedores, ya que éstos aplicando los dispositivos civiles sólo tendrían la vía judicial para defender sus derechos, lo cual como expusimos, no necesariamente terminará por cautelar sus intereses.

4.1.3 Aplicación de reglas civiles y sus contingencias.

Es importante también justificar por qué considero que son la aplicación las reglas civiles, las cuales si bien son poco utilizadas en los mecanismos de reorganización societaria que regula nuestra LGS, tampoco es que resulte ajeno o extraño la utilización de los dispositivos civiles en los diversos institutos societarios, y solo por la calidad de norma supletoria que tiene nuestro Código Civil, sino también porque en actividad societaria se requieren de diversos actos regulados por el Código Civil o por otras leyes.

Por ejemplo, en el caso concreto de los aportes, que como hemos visto se asemeja mucho a la figura de la reorganización societaria ya que se permite el aporte de un bloque patrimonial se establece para la efectividad de los mismos la inscripción de la transferencia de propiedad en los bienes registrables en endoso títulos valores para transferirlos y demás actos complementarios cada uno de los cuales deberá efectuarse bajo las normas correspondientes (civiles o de títulos valores).

Por ejemplo, para endosar un título valor se deberán respetar las reglas correspondientes al endoso reguladas en la Ley de Títulos Valores, o para que se pueda inscribir la transferencia de propiedad de un bien se debe cumplir con las normas registrales (darle una valorización independiente, realizarlo por escritura pública, etc.), lo mismo para el caso de una cesión de derechos, la cual deberá ser informada al deudor, siendo necesario para una cesión de posición contractual la participación de las partes involucradas.

En conclusión, al no haberse regulado nada sobre el particular, en lo que respecta a la cesión de pasivos, se requerirá del consentimiento del acreedor antes, simultáneamente o después del acuerdo de reorganización simple (artículo 1435 del Código Civil)

Esto como hemos podido apreciar al exponer las jurisprudencias relevantes puede resultar muy perjudicial, tanto para los acreedores como para las sociedades participantes.

En efecto, en el caso de expuesto en la Casación Laboral N° 10505-2012 Junín, la Corte Suprema anuló una sentencia para exigir al juez superior que emita un pronunciamiento explicando o motivando mejor porque resultaría aplicables el artículo 1435 del Código Civil en la reorganización simple, en virtud del cual declaró nula la transferencia de contratos de trabajo al no haber participado en su cesión el trabajador. En este caso el juez superior dejó sin efecto un aspecto o una parte de la reorganización simple ordenando que se restituya al trabajador a la empresa segregada, porque consideró que se requería la participación del trabajador para ceder un contrato; lo cual implica un desincentivo importantísimo en la realización de estas figuras societarias.

Si bien hemos encontrado un caso en el que se establece que al ser la reorganización simple una forma de reorganización societaria corresponde aplicar la LGS y no el Código Civil, tal argumentación no tiene un buen sustento o explicación, solo se señala que esto debe ser así atendiendo a que existe el derecho a la libertad de empresa y que está permitida la operación de reorganización simple por la LGS (Casación Laboral N° 4573-2013 Junín).

Asimismo, la incertidumbre con relación a poca tutela de los acreedores a generado que algún juez superior explique que está operación societaria se puede realizar con fraude, siendo por lo tanto inválida (Casación Laboral N° 13842-2015 Lima y Expediente N° 03452-2017-PA/TC).

En conclusión, se hace necesario regular un mecanismo de tutela idóneo para Los acreedores en los procesos de reorganización simple que a su vez se concatene bien con la necesidad de incentivar este tipo de operación societaria o en todo caso con la necesidad de no generar trabas o desincentivos.

4.2 Propuesta.

Luego de descartar la interpretación analógica de las reglas existentes con relación a la tutela de los acreedores en los casos de escisión, y/o en la aplicación de las reglas correspondientes a los aportes, **la solución que encuentro es una modificación a la LGS**, toda vez que a la fecha este vacío legal perjudica tanto a las empresas como a los acreedores.

4.2.1 Tutela de los acreedores en la legislación comparada y su posible aplicación en el Perú

Sobre el particular, es importante verificar como se ha venido tratando la tutela de los acreedores en la legislación comparada, siendo importante revisar algunos dispositivos legales de la región como de la comunidad europea.

Tal como hemos podido verificar en el desarrollo de legislación comparada, la mayoría de países no regula la reorganización simple de manera independiente o como una forma de reorganización societaria, sin perjuicio de ello, la tutela en los acreedores está bastante desarrollada en las operaciones escisión o de reorganización en general, consagrándose casi siempre un doble mecanismo de tutela: por un lado, se brinda el derecho de oposición y por el otro se establece un régimen de responsabilidad solidaria entre las sociedades participantes.

Este doble mecanismo de tutela responde a la necesidad de hacer más dinámica las operaciones de reorganización, ya que con esto sin ningún perjuicio se podrían ejecutar los

acuerdos de la manera inmediata, pero sin descuidar el derecho de los acreedores, de tal forma que, en un primer momento (podríamos decir en una protección a priori) se le brinda el derecho de oposición a través del cual sin interrumpir la reorganización podría exigir que se le brinden determinadas garantías. Pero no solo ello, además, en un segundo momento de tutela, ante el incumplimiento de la obligación, usualmente se le brinda al acreedor la posibilidad de ir en contra cualquiera de las empresas participantes de la reorganización, esto es, se da un régimen de responsabilidad solidaria ante el incumplimiento de cualquier obligación.

Considero con esto en la práctica sería de suma ayuda toda vez, como mencioné anteriormente, las empresas que realizan una reorganización societaria siempre esperan a que venza el plazo de oposición de los acreedores para ejecutar los acuerdos, ya que de existir una oposición se puede suspender la ejecución y esto podría generar varias complicaciones prácticas (como tener que dejar sin efecto o revertir los actos ejecutados)

Hay otros matices interesantes que algunas normas tienen y que podríamos evaluar de incorporar en nuestro sistema, por ejemplo, el caso mexicano, en el que se exige que el acreedor que se va a oponer preste fianza por los daños que podría originar una oposición de mala fe; la limitación de la responsabilidad de quienes participaron en la reorganización que sólo alcanza hasta el monto del activo neto recibido (véase los casos de Europa, España, Colombia y México) y/o los casos mexicano y español donde se establece un plazo de caducidad, etc.

Tabla 5.

Regulación comparada sobre tutela de acreedores.

	EUROPA- ESPAÑA	COLOMBIA	ARG ENTINA	MÉXICO	URUGUAY
Regulación	Directiva de la Unión Europea.	No regula la reorganización simple	No regula la reorgani zación simple	No regula la reorganización simple	No regula la reorganización simple

	Real Decreto-ley 5/2023.				
Derecho de oposición	Sí.	Sí. No procede cuando el activo sea el doble del pasivo externo.	Sí.	Sí. Se solicita dar fianza.	Sí.
Responsabilidad Solidaria.	Sí.	Escisión	No	Escisión	Escisión
Límite de responsabilidad.	Prescribe a los 5 años. A los activos netos recibidos.	A los activos netos recibidos	No aplica.	Solo para acreedores que no dieron su consentimiento. Prescribe a los 3 años. A los activos netos recibidos.	No

De todo lo analizado, considero que sin problemas se podría incorporar en nuestro sistema legal el derecho de oposición y un régimen de responsabilidad solidaria tal como plasmo en mi proyecto de modificación de la LGS.

4.2.2 Anterior proyecto de reforma

No podemos dejar de mencionar que hubo un intento de reforma de la LGS (ya archivado), en el que se incluía un nuevo régimen legal para la reorganización simple, donde se abordaba, a mi criterio, de manera parcial la problemática. A continuación, comentaremos la parte pertinente para este trabajo del Anteproyecto de la Ley General de

Sociedades, la cual viene referido a los nuevos artículos que se proponen para la reorganización simple.

Artículo 375.- Reorganización simple

375.1 Se considera reorganización simple 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 que se emitan o entreguen como resultado de dicha transferencia.

375.2 La reorganización simple constituye el título de transferencia del bloque patrimonial. La transferencia es en bloque y supone que la sociedad beneficiaria asume en un solo acto todos los activos, pasivos, operaciones, derechos, obligaciones y relaciones jurídicas que correspondan al bloque patrimonial, sin necesidad de que se requiera el consentimiento de acreedores o terceros, se suscriban documentos adicionales o se realicen actos jurídicos especiales frente a acreedores o terceros.

Artículo 377.- Fecha de entrada en vigencia

377.1 La reorganización simple entra en vigencia en la fecha común fijada en el acuerdo. A partir de esa fecha, son transferidos, sin necesidad de acto jurídico o administrativo adicional, a la sociedad beneficiaria los activos, pasivos, operaciones, derechos, obligaciones y relaciones jurídicas que integran los bloques patrimoniales transferidos.

Asimismo, en la fecha de entrada en vigencia toda licencia, autorización y/o permiso, en general, vinculado con el bloque patrimonial transferido, pasa, sin necesidad de acto jurídico o administrativo adicional, a favor de la sociedad beneficiaria de dicho bloque.

Sobre la definición, queda claro que es la misma a la regulada actualmente por el artículo 391 de la LGS. Lo que sí es una novedad, es que se establece que el bloque que se transfiere es asumido en un solo acto sin necesidad de que se requiera el consentimiento de acreedores o terceros, ni que se requiera ningún acto complementario.

Esto incentivaría la realización de este tipo de operaciones sin duda, y considero que es bueno, siempre que los mecanismos de tutela de los acreedores sean idóneos, ya que como he comentado anteriormente, el incentivo o dinámica de las operaciones de reorganización deben ir de la mano con la protección de los derechos de terceros involucrados.

Asimismo, con relación a la vigencia, se toma el concepto de inmediatez recogido los artículos 353 y 378 de la LGS que ya hemos comentado anteriormente y que corresponden a la fusión y escisión respectivamente.

Artículo 378.- Reorganización simple con transferencia de bloque patrimonial de valor neto negativo

En caso de que en la reorganización simple se transfiera uno o más bloques patrimoniales de valor neto negativo, aplicarán las siguientes reglas:

1. Bajo responsabilidad del órgano máximo de administración de cada sociedad participante, cada uno de los acuerdos de reorganización simple se publica por tres veces, con al menos cinco días de intervalo entre cada aviso.

El primer aviso debe ser publicado, como máximo, hasta el quinto día posterior a la fecha de entrada en vigencia de la reorganización simple.

La publicación puede realizarse en forma individual o conjunta por las sociedades participantes, cumpliendo con lo estipulado en el artículo 54.

2. El acreedor de la sociedad beneficiaria del bloque patrimonial, aunque su crédito esté sujeto a condición o plazo, puede solicitar que se declaren ineficaces respecto de él, los actos que disminuyan el patrimonio o la capacidad financiera de la sociedad resultante del proceso de reorganización simple y siempre que dicha afectación ponga en riesgo el cobro del crédito del acreedor que se opone. En este supuesto el derecho de oposición se regula por lo dispuesto en el artículo 197.

3. La escritura pública de reorganización simple se otorga una vez vencido el plazo de treinta días, contado a partir de la fecha de la publicación del último aviso a que se refiere el inciso 1, si no hubiera oposición. En caso hubiera oposición, la escritura pública se

otorga una vez levantada la suspensión o concluido el proceso que declara infundada la oposición.

Y la gran novedad es que se regula el derecho de oposición en la reorganización simple, pero limitándose solo a los casos en los que el bloque patrimonial que se transfiere es negativo. Esta política regulatoria encuentra como sustento que la única diferencia con la escisión es que en este caso el patrimonio neto de la sociedad no se ve afectado al recibir acciones en lugar del bloque y viceversa. Sin embargo, no analiza las otras consecuencias que se generan y que hemos abordado al desarrollar la problemática del presente trabajo y que son (i) los cambios en el objeto, activos o en el patrimonio de la sociedad que transfiere o segrega el bloque (sociedad segregante); (ii) la disminución del patrimonio de la sociedad segregante por actos de disposición inmediatos a la reorganización; y, (iii) la cesión de pasivos o deudas que en este tipo de reorganización se puede producir.

Sobre el particular es importante la opinión de los doctores Montoya, A., Ferrero, G., Hundskopf, O., y Payet, J. Quienes formaron parte del grupo de trabajo que se encargó de dar un primer borrador de lo que vendría a ser la modificación a la ley de sociedades que hemos expuesto.

En opinión de Montoya, la reorganización simple requiere ser regulada con más precisión; por ejemplo, según él Dr. Montoya, *“al no haber posible daño a los acreedores no se debe hacer publicaciones o dar un derecho de oposición a los acreedores y esto permite una ejecución rápida de una transferencia patrimonial importante”*. También señala que la regulación propuesta busca alejar a la reorganización simple del aporte y acercarla más a una transferencia a título universal tal como ocurre en los casos de fusión y escisión. Finalmente indica que al regular con mayor detalle la reorganización simple busca recoger adicionalmente otros supuestos como el caso de la transferencia de un bloque patrimonial negativo a efectos de dar un derecho de oposición a los acreedores, siendo que si no lo hace de manera general es porque busca que este tipo de operación no se trabe a nivel de plazos como ocurre con la fusión y escisión (Hundskopf, Payet, Montoya & Ferrero, 2017, p. 257).

Claramente discrepo con el Dr. Montoya toda vez que como he venido indicando a lo largo de mi trabajo, el hecho de que no haya una variación cuantitativa en el patrimonio, esto es, que se haga la transferencia de un bloque patrimonial de valor cero o positivo, no implica que no se vulneren los intereses de los acreedores. Limitar el análisis al hecho de que en reorganización simple hay variación en el patrimonio, es errado porque no se han visto todas las aristas del

problema, más aún cuando con ese texto propuesto de artículo 377.1 se admite establece la inmediata transmisión, sin necesidad de consentimiento alguno, los activos, pasivos, operaciones, derechos, obligaciones y relaciones jurídicas que integran los bloques patrimoniales transferido.

Es decir, además de que puede existir un cambio cualitativo que me perjudique como acreedor (por ejemplo, que la sociedad transferente deudora transfirió uno de sus principales activos o su principal línea de negocio), ahora se ha regulado que la cesión de los pasivos (y de derechos y obligaciones en general) es inmediata a la fecha de entrada en vigencia sin necesidad de acto posterior, es decir, sin necesidad de que el acreedor de su consentimiento. Si bien estoy de acuerdo en lo que regula el proyecto en su artículo 377.1 ya que esto acaba con la incertidumbre de si requiere o no el consentimiento del acreedor para la transferencia pasivos en las reorganizaciones simples, esto tiene, que ir de la mano con una adecuada tutela de los acreedores para precisamente evitar la transferencia de pasivos de manera indiscriminada y con fines fraudulentos, tal como ocurre con la fusión y la escisión, que si bien tiene esta norma de efectos inmediatos les brinda los acreedores el derecho de oposición.

Tampoco parece haberse tomando en consideración que el fundamento principal del derecho de oposición es evitar la aplicación de los dispositivos civiles que resultan pertinentes para cualquier cesión de pasivos, independientemente del valor del bloque patrimonial.

Vemos como el proyecto brinda todas las facilidades para que se den de manera inmediata las operaciones de reorganización simple (transferencia automática de pasivos, la no exigencia de actos complementarios, etc.) pero no brinda en esa misma proporción una tutela idónea para los acreedores, ya que solo los protege en el caso de una reorganización que involucre un bloque patrimonial negativo. Es decir, cuando el bloque sea de valor cero o positivo, se podrán ceder todos los pasivos sin los que los acreedores tengan derecho alguno, ni siquiera se crea una tutela a posteriori (régimen de responsabilidad solidaria, por ejemplo), pero lo peor de todo, es que con esta regulación al acreedor ya ni siquiera le quedaría la vía judicial civil.

Respecto de los demás doctores que participaron de la mesa redonda, casi siempre se resalta la celeridad con la que opera la reorganización simple en comparación con la escisión y fusión, pero no se intenta regular ello de manera que no se vulneren los derechos de los acreedores.

Por otro lado, sí considero importante que se haya eliminado de la definición de reorganización simple la palabra aporte y que se haya reemplazado por la palabra transferencia. Hundskopf, señala que resulta cuestionable calificar como “aporte” la transferencia de bloques

patrimoniales en el contexto de una reorganización, ya que el bloque patrimonial involucrado puede no representar necesariamente un valor positivo: también podría tener un valor neutro o incluso negativo. Por tanto, clasificar esta operación como un aporte sería conceptualmente inadecuado para estos último casos (Hundskopf, Payet, Montoya & Ferrero, 2017, p. 257).

Esta propuesta me parece valiosa y la incorporaré a mi propuesta de cambio normativo que describo líneas abajo.

4.2.3 Propuesta de modificación de la LGS.

Tomando en consideración tanto la legislación comparada y la jurisprudencia que hemos señalado, así como el intento de modificación de la LGS plasmada en el anteproyecto que comentamos, mi propuesta es la siguiente:

Modificar la LGS a efectos de reconocer el derecho de oposición de los acreedores en cualquier caso de reorganización simple y plasmar un régimen de responsabilidad solidaria por un periodo de tiempo. Al mismo tiempo, se deberá establecer que desde la fecha de vigencia de la reorganización simple se transferirán sin necesidad de acto jurídico o administrativo adicional, a la sociedad beneficiaria los activos, pasivos, operaciones, derechos, obligaciones y relaciones jurídicas que integran el bloque patrimonial segregado.

Ahora bien, siendo que en la medida en que la sección segunda de la LGS que regula la reorganización de las sociedades no cuenta una parte general, se deberá cambiar o modificar el título IV de la referida sección segunda (otras formas de reorganización), agregando para el caso de las reorganizaciones simples lo siguiente:

- Establecer la aplicación de las reglas de escisión a la reorganización simple, mediante una modificación al artículo 391, cuyo nuevo tenor literal sería el siguiente:

Artículo 391.- Reorganización simple

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

Se aplican todas las disposiciones relativas a la escisión.

- Consignar un régimen de responsabilidad solidaria tanto, modificando el artículo 389 de la LGS cuyo nuevo tenor literal sería el siguiente:

Artículo 389.- Responsabilidad después de la escisión

Desde la fecha de entrada en vigencia de la escisión, las sociedades beneficiarias responden por las obligaciones que integran el pasivo del bloque patrimonial que se les ha traspasado o han absorbido por efectos de la escisión.

Las sociedades escindidas que no se extinguen, responden frente a las sociedades beneficiarias por (i) el saneamiento de los bienes que integran el activo del bloque patrimonial transferido, y (ii) de manera solidaria por las obligaciones que integran el pasivo de dicho bloque.

La responsabilidad solidaria a que hace referencia el párrafo anterior prescribe a los dos años.

Respecto de la limitación temporal de la responsabilidad solidaria, he tomado como referencia el plazo de caducidad general que establece el artículo 49 de la LGS, el cual señala que “*Las pretensiones del socio o de cualquier tercero contra la sociedad, o viceversa, por actos u omisiones relacionados con derechos otorgados por esta ley, respecto de los cuales no se haya establecido expresamente un plazo, caducan a los dos años a partir de la fecha correspondiente al acto que motiva la pretensión*”.

Considero que lo ideal hubiera sido limitar la responsabilidad solidaria no solo de manera temporal sino también con relación a su cuantía (como el caso español que lo limita al activo neto transferido). Sin embargo, como mencioné anteriormente, los activos suelen valorarse en función a la contabilidad o con criterios subjetivos sin mayor sustento, ya que el informe de valorización exigido por la LGS y el RRS no cuenta con ningún requisito de carácter técnico o económico; siendo esto un potencial peligro en caso se infravaloren los activos.

Por lo expuesto, esta propuesta resulta viable en la medida en que no estaríamos afectando la operación de reorganización simple toda vez que al igual que ocurre con la escisión se establecería que la misma tiene efectos inmediatos desde su entrada en vigencia (con lo cual lo único que cambiaría son los costos que implica la publicación en uno o dos diarios) y se tutelaría los derechos de los acreedores de manera idónea, eliminándose la incertidumbre actual sobre la necesidad de contar con el consentimiento de los acreedores en caso se cedan pasivos.

En efecto, al tener una regulación clara con relación a los derechos de los acreedores, se evitará la existencia de potenciales acciones judiciales como la pauliana o la de nulidad por falta de consentimiento de los acreedores, y, siendo que la mayoría de operaciones de reorganización se efectúan con fines económicos o comerciales, no deberían dejarse de realizarse porque se modifique la LGS para tutelar correctamente a los acreedores (en todo caso se dejarán de realizar las operaciones que tenían como finalidad la elusión del pago de los créditos).

4.3 Conclusiones.

1- En el marco de nuestra LGS, la reorganización simple es una forma autónoma de reorganización, aunque solo tenga como regulación directa el artículo 391 de la LGS. Así lo podemos apreciar en la técnica normativa cuando al realizar la división de la Sección Segunda se coloca a la reorganización simple en su título IV (correspondiendo los títulos I, II y III a la transformación, fusión y escisión respectivamente).

2- De conformidad con la LGS y con el RRS, a la fecha, los acreedores no cuentan con un derecho de oposición que les permita proteger sus derechos de algún riesgo que pueda generarse con ocasión de una reorganización simple (problemática). Esto responde a que nuestros legisladores han entendido que en el caso de reorganización simple no es necesario tutelar a los acreedores o a terceros porque no existe una disminución de patrimonial en ninguna de las sociedades participantes.

3- El hecho de que en la reorganización simple no exista una disminución patrimonial efectiva, no implica que no existan riesgos para los acreedores de las sociedades participantes toda vez que: (i) la sociedad segregante puede dejar de realizar objeto social

en la práctica (al quedarse solo con acciones de otras empresas y volverse una holding) o transferir sus principales activos; (ii) la sociedad segregante puede transferir las acciones recibidas en cualquier momento (inclusive en el mismo acto de la reorganización simple) disminuyendo su patrimonio de manera peligrosa para los acreedores dejándolos únicamente con la acción pauliana; (iii) en el supuesto en que se traspasen pasivos, existirá una novación subjetiva-pasiva que pudiera entenderse no necesita de consentimiento del acreedor ya que la LGS no la requiere.

4- Pese a sus similitudes con la escisión (en particular con la escisión parcial) y con la figura del aporte de un bloque patrimonial, debemos descartar la aplicación por analogía de la regulación de tales institutos. Con relación a la escisión no se puede aplicar la tutela de los acreedores (que implica el derecho de oposición, así como el régimen de responsabilidad por la cesión de pasivos) ni efectos inmediatos de la transferencia de activos y pasivos, siendo por lo tanto aplicable los dispositivos civiles sobre el particular. Con relación a las normas sobre aportes de bloque patrimonial, a la fecha tales reglas también presentan un vacío con relación al supuesto de cesión de pasivos, siendo que no resulta idóneo recurrir a tales dispositivos.

5- A la fecha, al no existir una regulación con relación a la tutela de acreedores resultan de aplicación los dispositivos civiles, siendo, por un lado, necesaria la participación de los acreedores en la cesión de los pasivos y con relación a los activos queda expedita la posibilidad de realizar una acción pauliana siempre que se cumplan con los presupuestos de la misma.

6- Es necesario un cambio es un cambio normativo que implique reconocer el derecho de oposición de los acreedores y la transferencia inmediata de los activos, pasivos, etc. que conforman el bloque, junto con un régimen de responsabilidad solidaria, siendo que en la medida en que estas reglas ya existen para la escisión (salvo la de responsabilidad solidaria), bastará con establecer que serán aplicables a la reorganización simple las disposiciones de la escisión (modificando el artículo 391), respecto de las cuales también se deberá modificar el artículo 389 a efectos de recoger el régimen de responsabilidad solidaria en los casos de escisión (y por lo tanto, de reorganización simple).

BIBLIOGRAFÍA:

- ALCALÁ RUIZ, P. (2022). La segregación de las sociedades de capital.
- ALONSO OLARRA PEÑA, S. (2019). *La segregación como operación de reorganización estructural: delimitación frente a la escisión y la aportación no dineraria* (Trabajo de Fin de Grado, Universidad Pontificia Comillas).
- ARGERI, S. A. (1982). *Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa*. Editorial Astrea.
- BALDUCCI, D. (2007). *Cessione e conferimento d'azienda*. Edizioni FAG Srl.
- BEAUMONT CALLIRGOS, R. (2004). Una mirada a la Ley General de Sociedades 26887 a seis años de su entrada en vigor: aciertos de su normativa y propuesta de ajustes en temas relativos a caducidad, reorganización simple y otros menores. En: Homenaje a Jorge Avendaño, Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- CASTLE ÁLVAREZ MAZA, P. (2002). ¿La reorganización simple o simple aporte?. *Advocatus*, (007), 254-267.
- DE PAZ, N. V. (1991). La protección de los acreedores en la fusión y escisión de sociedades. In *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea: estudios en homenaje a José Girón Tena* (pp. 1099-1126). Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio.
- FERRI, Giovanni; ANGELICI, Carlos (1996). *Manuale di Diritto Commerciale*. Décima Edición.
- FRANCISKOVIC INGUNZA, B. (2021). Fraude a los acreedores: la acción pauliana o revocatoria y la acción oblicua o subrogatoria. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 2(3), 125–141. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2021.v2n3.08>
- GARLATTI-VENTURINI OSORIO, A. (2024). Reestructuraciones societarias: la escisión impropia de entidades financieras. Universidad de los Andes. Disponible en: <https://hdl.handle.net/1992/74845>

- HANSMANN, H., & KRAAKMAN, R. (2003). El fin de la historia para el Derecho Corporativo. *IUS ET VERITAS*, (27), 179-200.
- HERNÁNDEZ, J. (2003). Apuntes sobre la reorganización simple en la legislación peruana. *Tratado de derecho mercantil. Tomo I. Derecho societario*.
- HUNDSKOPF-EXEBIO, O. (2015). Algunos apuntes sobre las operaciones societarias de escisión. *Ius et Praxis*, (046), 11-41.
- HUNDSKOPF-EXEBIO, O. (2014). Problemática suscitada con la denominada reorganización simple. *Ius et Praxis*, (045), 147-173.
- HUNDSKOPF EXEBIO, O., Payet Puccio, J. A., Montoya Stahl, A., & Ferrero Álvarez-Calderón, G. (2017). Mesa Redonda: Reforma de la Ley General De Sociedades en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (72), 237-257. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20252>
- JURÍDICA, G. (2003). Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas (Vol. V). Lima, Perú: Gaceta Jurídica Editores.
- LAROZA, E. E (2015). Derecho Societario Peruano. Tercera Edición, Ed. Gaceta Jurídica.
- LAROZA, E. E. (1999). *Derecho societario peruano*. Ed. Normas Legales.
- Lorenzetti Ricardo Luis (2000). Tratado de los Contratos. Tomo III.
- Madrigal, J. B. (2016). El derecho de oposición de los acreedores en la fusión de sociedades mercantiles. *REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 114-117.
- MARTORELL, R. G. (1993). *La escisión de sociedades en el derecho español. La tutela de los intereses de socios y acreedores* (Doctoral dissertation, Universitat de Barcelona).
- MORALES-HERVIAS, R. (2008). Situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*, (019), 323-360.
- OLIVERA PINO, J. I., & MATT, F. A. (2021). La escisión impropia: Evolución de la figura y elementos introducidos por el proyecto de reforma a la Ley General de Sociedades.
- PADILLA PONCE, C. (2008, febrero, primera quincena). Aspectos relevantes en torno a la transformación de sociedades. *Contadores y Empresas*.
- PADILLA PONCE, C. (2008, julio, segunda quincena). Pasos y requisitos para escindir una empresa. *Contadores y Empresas*.

- PADILLA PONCE, C. (2008, septiembre, primera quincena). Principales aspectos de la fusión de sociedades. *Contadores y Empresas*.
- PADILLA PONCE, C. (2010, abril, segunda quincena). Implicancias legales sobre la fusión de sociedades. *Contadores y Empresas*.
- PADILLA PONCE, C. (2010, junio, segunda quincena). ¿Desea adoptar una nueva forma societaria? - Aspectos legales de la transformación de una sociedad. *Contadores y Empresas*.
- PADILLA PONCE, C. (2010, agosto, primera quincena). Requisitos y procedimiento para escindir una sociedad. *Contadores y Empresas*.
- PADILLA PONCE, C. (2013, junio, segunda quincena). Requisitos y procedimiento para escindir una sociedad. *Contadores y Empresas*.
- RAMÍREZ-ZEGARRA, J. L., & Velarde-Koechlin, L. F. La Escisión: sus aspectos societarios y tributarios. *Advocatus*, (025), disponible en <https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n025.402>
- RAMOS, E. (2012). El derecho de oposición de los acreedores sociales en las operaciones de modificación estructural tras la reforma operada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. *Derecho de Sociedades*, (39), 243–255.
- SÁNCHEZ, J.S. (2002). El valor neto negativo del bloque patrimonial que se transfiere en los procesos de reorganización societaria. *Ius Et Veritas*, 13, 161-167.
- Sánchez, S. R. (2012). Instrumentos de tutela de los acreedores sociales en las operaciones de escisión. *Derecho de Sociedades*, (39), 19–49.
- TORRES VÁSQUEZ, A. (2024). La acción pauliana. *YachaQ: Revista De Derecho*, (1), 49-62. <https://doi.org/10.51343/yq.vi1.1366>
- URÍA, R., Menéndez, A., & Olivencia Ruiz, M. (2008). *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. T. IX, Fusión de Sociedades:(Artículos 233 a 251 de la Ley de Sociedades Anónimas)*.
- VIDAL RAMÍREZ, F. (2008). La tutela jurisdiccional del acreedor. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 4(4), 221-234. <https://doi.org/10.35292/ropj.v4i4.161>.