

INSTITUTO PACÍFICO

Actualidad

Civil

Al día con el Derecho

CIVIL • PROCESAL CIVIL • REGISTRAL • INMOBILIARIO

ISSN 2313-4828 (impresa)

ISSN 2415-2277 (en línea)

Febrero 2017 / Número 32 / Año 3



DERECHO COMERCIAL





DERECHO COMERCIAL

CONTENIDO



Doctrina práctica

Fusiones y adquisiciones atípicas, de sociedades y organizaciones no lucrativas

Max Salazar Gallegos 333



DOCTRINA PRÁCTICA

Fusiones y adquisiciones atípicas, de sociedades y organizaciones no lucrativas

Max Salazar Gallegos*

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO

1. Las reorganizaciones corporativas. — 2. De la compraventa a la fusión como modalidades de adquisición de una corporación. — 3. El negocio y procedimiento jurídico que permiten la transferencia y adquisición, su resultado económico y efectos. — 4. Los entes respecto de los cuales puede producirse una reorganización según la LGS y la doctrina. — 5. El valor del capital y el patrimonio de una asociación, distinciones con sociedades y las limitaciones para su transferencia. — 6. Limitaciones legales para la transferencia del patrimonio de una asociación inmersa en un procedimiento de reorganización. 7. Cuál es entonces la *ratio legis* que subyace al artículo 98 del CC y al artículo 19, literal b) de la LIR y su relación con las reorganizaciones. — 8. Derechos intrínsecos que nacen de la decisión corporativa de reorganización. — 9. El derecho de reparación hacia los socios disidentes y las soluciones contractuales en una ONL ante una reorganización. — 10. ¿Cómo y qué efectos legales se producirían por las reorganizaciones, fusiones, escisiones, reorganizaciones simples, adquisiciones y transformaciones de sociedades con asociaciones, o entre ellas mismas? — 11. Gráficos resumen de posiciones. — 12. Conclusiones. — 13. Referencias bibliográficas.



RESUMEN

El autor analiza, si las reorganizaciones societarias requieren o no de la aprobación administrativa *ex ante*, si los actos de reorganización y/o adquisición puede alcanzar diversas corporaciones no societarias y/o organizaciones no lucrativas, si se puede impedir a una asociación modificar su estructura como una organización lucrativa, entre otros.

Palabras claves: Corporación / Reorganización societaria / Reorganización de ONL

Recibido: 21-12-16

Aprobado: 03-02-16

Publicado en Línea: 23-02-17



ABSTRACT

The author analyzes if corporate reorganizations require ex ante administrative approval or not, if reorganization and/or acquisition acts can reach several non-corporate corporations and/or non-profit organizations, if an association can be prevented from modifying its structure as a lucrative organization, among others.

Keywords: Corporation / Corporate Reorganization / Reorganization of ONL

Title: Atypical mergers and acquisitions of corporations and non-profit organizations

Author: Max Salazar Gallegos

* Catedrático de los cursos de Personas Jurídicas y Derecho Registral Societario en la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Derecho Civil Patrimonial en la Maestría de Derecho de la U. de Lima. Abogado. Máster en Derecho Empresarial, U. de Lima. Posgrado en Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. Las reorganizaciones corporativas

1.1. Marco legal aplicable

En la República del Perú, las modificaciones estructurales de sociedades y otras personas jurídicas, es decir, corporaciones en general, son referidas como reorganizaciones¹ (que incluyen transformaciones, fusiones, escisiones y otras²).

Se acude entonces a determinadas normas, como son la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), el Reglamento de Registro de Sociedades (en adelante RRS), los precedentes emitidos por el Tribunal Registral sobre la materia (en adelante TR) y otras normas sectoriales, según el segmento de mercado del que se trate y los órganos reguladores que intervengan en los mismos.

Ello, únicamente en lo que comprende al acto decisorio y el procedimiento subsecuente para llevar a cabo la reorganización. Se verá después que, entre otros, el derecho tributario³ y el de competencia, hacen relación también con estos actos y procedimientos.

1 La Ley General de Sociedades peruana pretende establecer una denominación unificadora en el país que, lamentablemente, no ha sido recogida por la legislación *in totum*.

2 Para efectos de este trabajo, y como se ha dado en llamar a parte de las *restructuring activities* que envuelven algo más de lo que la LGS denomina reorganizaciones, se referirá a ellas también como operaciones de M&A, cual es el acrónimo del inglés de *Mergers and Acquisitions*.

3 Mediante las disposiciones de la Ley del Impuesto a la Renta y las resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal.

1.2. Reorganizaciones que requieren aprobación administrativa *ex ante*

En algunos casos acotados, habrá que observar la legislación especial sobre control preventivo de concentraciones y otros antes de proceder a una reorganización, que en Perú se aplica a los entes regulados por (i) la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)⁴, (ii) las empresas eléctricas,⁵ y en un caso anecdótico, (iii) a las universidades⁶.

Es necesario mencionar que, dependiendo de la actividad económica, estos actos y procedimientos se encuentran vedados, cual es el caso de algunas empresas que cuentan con licencias de telecomunicaciones y cuya regulación es prohibitiva al respecto.

En el Perú, por ahora, otros campos de la actividad económica no requieren ninguna aprobación administrativa, fiscal o judicial para ello.

En otras circunscripciones territoriales, el espectro del control preventivo se amplía ya no solo en función de ciertos segmentos de mercado, como los antes señalados, sino también en concordancia con montos involucrados y/o porcentajes de participación o cuotas de mercado —los dos elementos más comunes a fiscalizar—, que

4 Véase, al respecto la Resolución de la SBS N.º 10440-2008, Resolución de la SBS N.º 6420-2015, entre otras.

5 Véase al respecto la Ley N.º 26876.

6 Véase al respecto la Ley N.º 30220. Una curiosa ley contradictoria que, por un lado, fomenta monopolios y oligopolios y, por otro, pretende el control de fusiones.

funciona como umbrales, además del tipo de concentración que se persigue (horizontal o vertical, según), principalmente.

Si se tratara de sociedades cotizadas, habrá que referirse a las normas correspondientes emitidas por la Superintendencia del Mercado de Valores-SMV⁷.

Finalmente, mencionar que la extensión y comprensión de los conceptos de fusión, escisión, y otros —distintos de acuerdo con cada legislación—, constituyen obviamente un factor importante para el estudio y desarrollo de estos fenómenos.

1.3. Que busca la legislación *ad hoc* de reorganizaciones

Las reorganizaciones fundamentalmente pretenden encausar una modificación estructural de tipos corporativos —transformaciones— y la adquisición o transferencia de todo o parte de un patrimonio empresarial unido a una corporación hacia otra(s) corporación(es) —fusiones, escisiones y otros—, disminuyendo los costos asociados a dicha operación, mediante un acto decisorio único de cada una de las entidades involucradas que a su vez genera un procedimiento especialmente regulado. Esto también compromete la toma de control sobre las mismas; de hecho, este último efecto, también es considerado *per se*, como una reorgani-

zación en muchas legislaciones (*de facto mergers*)⁸.

Las normas sobre el particular entonces, en muchos casos, permiten o impiden, transferir, consolidar y/o adquirir todo o parte del patrimonio de una sociedad, tal vez la sociedad misma, su control, o por lo menos la de sus elementos materiales⁹.

En otros, se permite adecuar la estructura corporativa de los entes involucrados a nuevas formas de organización. Obviamente, si de adquisiciones se trata, esta viabilidad va acompañada de estructuras contractuales apoyadas en el derecho común, a veces de manera única, si bien queda claro que no es lo mismo una fusión —como concepto estrictamente societario—, ni las formas que puede adoptar, que una adquisición —como concepto contractual—.

La viabilidad de estas operaciones está sujeta a su vez al *principio corporativo de conservación o permanencia*, que valora, más allá de la forma, la preservación

7 Véase, al respecto la Resolución CONASEV N.º 009-2006-EF/94.10, entre otras.

8 Las fusiones de *facto* están basadas en la combinación de negocios y el control; habiendo generado una doctrina específica que fue configurada por las cortes. La *De Facto Merger doctrine* fue dispuesta por vez primera en el caso *Farris v. Glen Alden Corp* en 1958 por la Corte Suprema de *Pennsylvania* - USA.

9 Entendidos como los que configuran la corporación y le otorgan “materialidad”, que se distinguen de los propiamente formales. Véase, al respecto Luis NIEL PUIG, *Personas jurídicas privadas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014; Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, Madrid: Civitas, 1984; Francisco FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid: Reus, 1929.

del valor social del negocio empresarial. Este principio se podrá observar de manera nítida, por ejemplo, en la legislación concursal.

La idea u objetivo principal central, y único, es que la reorganización de personas jurídicas al amparo de la LGS, persigue un claro objetivo de orden patrimonial- económico y obligacional, que resulta en mantener las relaciones jurídicas preexistentes al acto, y en ese orden, la actividad empresarial y su continuidad —que se considera valiosa—. La reorganización parte del principio de que el patrimonio, entre los que están los intangibles y el buen nombre (no liquidable), puede permanecer bajo otra forma corporativa.

1.4. Corporaciones a fusionar y adquirir

Las formas de adquisición patrimonial de organizaciones van mucho más allá de las figuras asumidas por las normas antes sugeridas y los fallos administrativos correspondientes, así como también alcanzan a distintos tipos —y naturaleza— de corporaciones, y no solo a las sociedades.

Es mi intención aquí plantear y evidenciar de manera sucinta ciertos aspectos y efectos teóricos y prácticos en torno a la posibilidad de incluir en estos procedimientos a distintos tipos de personas jurídicas —aun cuando no a otras entidades no personificadas—, su relación con la no tan nueva legislación registral de organizaciones no lucrativas (ONL) —vigente desde el año 2009—, empero hoy rige el “Reglamento de Ins-

cripción de Personas Jurídicas” promulgado en febrero del 2013, (en adelante, RIPJ)¹⁰, las resoluciones que al respecto ha emitido el Tribunal Registral y sus repercusiones en el tráfico para estas organizaciones y las sociedades que resulten o intervengan en estos procedimientos; y, principalmente, el destino y valor del patrimonio involucrado en tales operaciones, en muchos casos inmenso.

Valga citar los casos reconocidos de ONL, como la *YMCA of the USA*, *The Salvation Army*, *United Way of America*, *America Red Cross*, *Goodwill Industries International*, *Catholic Charities USA*, *Habitat for Humanity International*, *American Cancer Society*, *The Arc of the United States*, y *Boys and Girls Clubs of America*; cada una con un valor de cientos de millones de dólares americanos, no solo como corporaciones, sino como marcas¹¹.

10 Véase, al respecto la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N.º 038-2013-SUNARP-SN.

11 Véase, al respecto, el sector de organizaciones no lucrativas, también conocido como tercer sector, u organizaciones sin fines de lucro, constituye un grupo que contribuye de manera enorme a la economía estadounidense, por ejemplo, al que proveyó del 5.4% del producto bruto interno correspondiente al año 2012, o, lo que es lo mismo, US\$ 887.3 billones de dólares americanos: Mc KEEVER, Brice S. and Sarah L. PETTIJOHN, *The nonprofit sector in brief 2014. Public charities, giving and volunteering*, Urban Institute: 2014. Para el año 2013 proveyó 5.4% del PBI en USA, o US\$ 905 billones: Mc KEEVER, Brice S., *The nonprofit sector in brief 2015. Public charities, giving, and volunteering*, Urban Institute: 2015.

Todo ello, como se ha sugerido ya, especialmente, cuando estas últimas participan de los procedimientos de reorganización y adquisición que involucran y/o se combinan con sociedades y otras corporaciones mal denominadas “lucrativas”¹².

Son estos procedimientos —que involucran sociedades y ONL en conjunto, o solo a estas últimas— los que se consideran atípicos, pues generan variaciones y consecuencias aplicables donde no existe antecedente y permisión normativa visible y tradición alguna respecto a los mismos. Sugerir que una sociedad, adquiera o integre, todo o parte de una ONL, puede resultar desde algún punto de vista, provocativo. Lo mismo ocurre en relación a la integración de dos ONL.

Primero, se desarrollará brevemente ciertos conceptos comunes y esenciales a los actos y procedimientos de reor-

12 Junto a las ya muy conocidas distinciones conceptuales de lucro objetivo y subjetivo, se cree y sustenta, que todas las corporaciones lucran, sea que respondan a los también conocidos principios o criterios causalistas, o los estructurales corporativos contenidos en la legislación civil y societaria peruana. Asimismo, el presente artículo se adquiere a aquellas posturas que señalan que las sociedades no tienen necesariamente fines de lucro —cuando sí la gran mayoría—, como se desprende claramente del texto de la LGS peruana, y lo sostiene autorizada doctrina mercantil y civilista. Finalmente, que todas las corporaciones administran y ejecutan actividades económicas. Esta línea de pensamiento, lógicamente, no se desarrollará ni sustentará aquí por obvios motivos, aun cuando los acuciosos pueden encontrar en otros artículos anteriores que el autor del presente ha realizado.

ganización y adquisición corporativos, para luego detenerme en aspectos de aplicación práctica relacionados con sociedades y ONL en conjunto. Finalmente, apuntaré algunas nociones principales que deben tener presente los reguladores.

La posición del presente artículo es a favor de la regulación de este tipo de actos en lo que concierne a entidades sin fines de lucro, ya que, demostraré, la falta de la misma genera efectos perversos e impide, por su especialidad, que sean aplicables a dichos entes, salvo casos concretos, como se releva en adelante.

El tema es discutible y perfectible, como lo es una gran parte de las soluciones que proyecta la ley y la hace interesante para el estudioso del derecho¹³.

1.5. Estructuras de adquisición privadas: formas que puede adoptar la adquisición de una corporación o parte de sus activos

Básicamente, hay tres tipos de estructuras de adquisición privada que puede utilizarse para hacerse del control de una corporación y/o sus bienes, (i) la adquisición de activos; (ii) la adquisición de títulos (acciones o participaciones) y (iii)

13 Ya había desarrollado algunas nociones al respecto en una entrega anterior, ver: SALAZAR GALLEGOS, Max, “Transformación de sociedades y otras personas jurídicas. Algunas razones legales y económicas”, en *Revista jurídica del Perú*, n.º 103, Lima: setiembre del 2009, pp. 335- 349.

las reorganizaciones societarias. Estas a su vez pueden adoptar múltiples estructuras legales, permanentes o temporales¹⁴.

Así, hoy es posible que una corporación interesada (adquiriente), respecto de: a) un bloque patrimonial, o b) de la misma corporación propietaria de un bloque (adquirida); si las condiciones y oportunidad le son apropiadas —o las acuerde legalmente para hacerlas así—, decida y pueda ingresar en alguno de los siguientes negocios:

(i) Comprarlo, (ii) permutarlo por otro(s) bien(es) equivalentes en valor, (iii) adquirirlo vía una cesión o concepción por un espacio de tiempo determinado a cambio de una contraprestación, (iv) ingresar en un procedimiento de escisión, por el cual se segregue (desprendiendo) dicho bloque del patrimonio de la adquirida para trasladarlo a favor de la adquiriente, a cambio de títulos representativos de participación social (TRPS) a favor de los socios de la primera en esta última, (v) ingresar en un procedimiento de fusión, por el cual ambas corporaciones se verían integradas en una sola, en este caso, la adquiriente —como fusionante—, por lo que los socios de la adquirida —fusionada— devendrían en socios de la primera; (vi) Ingresar en un procedimiento

de reorganización simple, por el cual se segregue dicho bloque del patrimonio de la adquirida y sea trasladado a favor de la adquiriente, a cambio de la emisión de TRPS de esta última a favor de la primera (ya no a favor de los socios como en la escisión); o una combinación de procesos de fusiones y escisiones, (vii) adquirir todo o parte de los TRPS de la adquirida directamente, negociando con los propietarios de los mismos, de manera que se adquiriera el control indirecto del bloque patrimonial de interés y pueda disponerse de él; (viii) Ingresar en un procedimiento de oferta pública de adquisición (OPA) de las acciones o participaciones de la adquirida, para también hacerse del control del bloque patrimonial de aquella, si de entidades cotizadas se tratara; (ix) Ingresar como socia controladora de la adquirida mediante un aporte y operación de aumento de capital en esta última, lo que le permitirá “disponer” de dicho bloque, directa o indirectamente; (x) capitalizar una acreencia; (xi) suscribir un contrato de *management* u otro similar que le provea del control de los activos perseguidos; entre otras formas distintas de negocios y/o procesos corporativos.

Todos estos son, y constituyen para efectos de este trabajo, negocios de adquisición corporativa (NAC).

En todos los casos resulta necesario verificar sus implicaciones (que son distintas dependiendo de cada caso concreto), para revelar el impacto económico, jurídico y social de cada una de estas formas.

14 COATES IV, John C., “Mergers, acquisitions and restructuring: types, regulation, and patterns of practice”, *Forthcoming in Oxford Handbook on Corporate Law and Governance*, Discussion paper n.º 781, Harvard Law School Cambridge: 2014. Una tipología estándar de estos actos. Recuperado de < goo.gl/cdglBM >

De ahí que se estudien los fenómenos de reorganización y adquisición de manera conjunta —a pesar de regularse como formas jurídicamente distintas, y generar también efectos distintos, como los ejemplos que se han dado— y se les califique como operaciones de concentración económica, a la par que se le otorguen designaciones como las de *Corporate Restructuring Activities*, o *modificaciones estructurales societarias*, enmarcadas en una regulación especial.

Estas manifestaciones corporativas se estructuran por un interés particular y conllevan repercusiones económicas y legales muy importantes. De hecho, las mismas, por su vital importancia, son comparables solo con la constitución y la liquidación de una persona jurídica, por los efectos que conllevan.

No constituye una cuestión menor el cambio de propiedad y/o control —sobre la organización y/o sus activos— que puedan producir, y, por tanto, de las obligaciones consecuentes relacionadas a estas; así como el uso y destino de las mismas, tanto para la comunidad como para el Estado, que son quienes las autorizan o permiten. Tales razonamientos no pueden ni deben pasar desapercibidos al normar cada una de las formas que puede adoptar una reorganización.

1.6. El bien objeto de adquisición, su valuación y los intereses involucrados. Bienes materiales e inmateriales

El objetivo de la adquisición de todo o parte de una corporación no solo puede ser un bien material, sino

uno intangible. Reparar en ello resulta de especial relevancia al momento de valorizar cualquier procedimiento y/o negocio de adquisición corporativa, ya sea el caso de una sociedad o una ONL.

Los activos intangibles de alguna de las formas antes indicadas —sociedad u ONL— pueden representar un valor importante para su actividad o negocio, incluso mayor que los tangibles.

Tal es el caso de la propiedad intelectual, llámense secretos industriales, todo o parte de un proceso productivo asimilado a un *know how*, patentes, invenciones, signos distintivos —marcas, logos, nombres comerciales—, modelos de utilidad, etc.; derechos de autor (patrimoniales en esencia); el derecho a explotar concesiones públicas de bienes y servicios (derechos asignados para la explotación de hidrocarburos, petróleo, gas, minas, agua, servicios públicos, vías y rutas de transporte, comunicaciones, salud, educación, etc.); una determinada ubicación estratégica, el alcance a un mercado geográfico y/o poblacional, social, y/o fuerza laboral; todos los que pueden ser el objetivo primario (*target*) más importante en este tipo de organizaciones¹⁵; entre otros.

15 Para procedimientos de M&A (por sus siglas en inglés), estas pueden ser entonces las denominadas *crown jewels*, la(s) unidad(es) más valiosa(s) de una corporación, tal como se definen por características como su rentabilidad, el valor de los activos y las perspectivas de futuro. Los orígenes de este término se derivan de los tesoros más valiosos e importantes que los soberanos poseían (y que hoy algunos aun poseen).

Los bienes citados pueden en muchos casos alcanzar valores muy altos, sino en otros, consistir el objeto mismo de explotación de un negocio o mercado, tanto para una sociedad, ONL u otra forma de organización empresarial.

En este sentido, por ejemplo, la administración tributaria ha emitido informes referidos a la transferencia de activos intangibles de duración limitada para el caso de fusiones y adquisiciones¹⁶.

Entonces, tango las sociedades como las ONL pueden ser titulares de este tipo de activos, y ello debe ser tomado en consideración al momento de su ingreso en un escenario de reorganización.

1.7. Fundamentos (económicos) para ingresar en una reorganización

Los fundamentos para realizar este tipo de actos y procedimientos corporativos, es muy variada. Entre otros se citan y discuten: los intereses de los miembros o directivos —económicos u otros (financieros, tributarios, etc.)— por alcanzar mayor valor o reducir costos; extensión o limitación del control de los administradores; mejoras al control de las operaciones económicas corporativas volviéndolas más eficientes; inclusión, unificación, o separación estratégica de procesos; unificación de dirección, etc. En principio, y supuestamente, ideas

vinculadas a asegurar la permanencia de la sociedad mediante la eficiencia empresarial, y generar valor para los socios —lo que ya se había puesto de relevancia en relación al *principio de conservación*—.

Lo anterior debería producir sinergia, aunque no siempre lo hace, y en algunos casos difícilmente, donde el valor del todo excede al valor de las partes (en fusiones, teóricamente, la sumatoria “debería” superar a las unidades involucradas); de esta forma, las operaciones económicas de la corporación podrían resultar más ventajosas; ya sea porque según el procedimiento utilizado podría gozar de una mejor posición de negociación en el mercado —a mayor tamaño, más poder, aumentando o protegiendo la cuota, entendida como concentración porcentual mayor de la participación—; tendería a reducir los costes transaccionales y operativos, mejorando una economía a escala —sin llegar a la superempresa—; obtendría mejores y mayores financiamientos, por aumento de capacidad de deuda, por ejemplo; le daría acceso a nuevos mercados; maximizaría incluso el beneficio económico moral de los miembros; accedería a nuevos productos y/o servicios; sustentaría un crecimiento imposible de obtener por sí mismo en el corto y mediano plazo; podría tratarse de la infravaloración de otra corporación —adquisición de gangas—; la diversificación del riesgo mediante la ampliación de las actividades; entre otros supuestos.

Las razones que empujan a estas operaciones son muchísimas; algunas

16 Véase, al respecto el Informe N.º 003-2008-SUNAT/2B0000; Informe N.º 101-2008-SUNAT/2B0000; Informe N.º 125-2010-SUNAT/2B0000, entre otros.

veces incluso las psicológicas (control y poder) prevalecen sobre las materiales, y será la intensidad de una u otra la que finalmente incida en la concreción del negocio de adquisición corporativo. Esto ha dado lugar a diversas hipótesis.¹⁷

En muchos casos, puede resultar difícil asimilar estas mismas razones para ONL. En la medida que se las vea como entidades que brindan bienes y servicios, y que participan entonces de la provisión de los mismos a la comunidad, se puede comprender que satisfacen una necesidad en un determinado segmento de mercado, y que compiten entre sí, y en muchos casos con sociedades y empresas del Estado. Por ello, muchas de las razones antes citadas, sino todas, también pueden justificar, según cada caso, la participación de una ONL en las reorganizaciones.

2. De la compraventa a la fusión como modalidades de adquisición de una corporación

Las reorganizaciones corporativas no constituyen procedimientos de acep-

tación pacífica desde siempre¹⁸, y menos aún en el campo de las ONLs, y en tanto han sido especialmente reguladas parcialmente desde el siglo antepasado para negocios entre sociedades, bajo la premisa de la continuidad empresarial o *principio de conservación*¹⁹ desarrollados y ligados principalmente a ese tipo de corporaciones, no así lo han sido para negocios entre ONL.

La historia de las corporaciones, debe recordarse, verifica que no es sino desde mediados del siglo XIX que se procura la incorporación de las mismas a un registro centralizado²⁰. El funciona-

17 Véase, al respecto, *The hubrys hypothesis of corporate Takeovers control*, es una de ellas, y que verifica parte de la tensión que puede existir en algunas corporaciones entre accionistas y directivos (problemas de agencia). Así, se señala que el orgullo arrogante de algunos directivos los impele para adquirir empresas por motivos estrictamente personales, y no económicos. Estos creen saber más que el mercado y buscan poder. Puede existir pues divergencia entre la valoración empresarial que impone el mercado y la que grafica la mente de los directivos.

18 Se han formulado acercamientos económicos y legislativos desde tres áreas principales del Derecho Mercantil al respecto: Competencia, Corporativo (o societario), y Banca y Mercado de Valores. Las OPAS, para corporaciones cotizadas, por ejemplo, fueron reguladas en USA recién después de 1965. Más atrás, todo ello, se reconoce, dio inicio con la *Sherman Act, 25 Stat. 209*, de 1890; luego, en 1903 se crea el *Bureau of corporations*, antecedente de la *Federal trade commission* de 1914, y ese mismo año el Congreso norteamericano emite la *Clayton act*.

19 Lo que resulta discutible por las distintas repercusiones del mismo en nuestra legislación y otras, además de la distancia que separa los conceptos de empresa y sociedad, fundamentalmente distintos; donde el primero no se identifica con una persona jurídica o sujeto de derechos, sino con la organización de los factores de producción, los cuales pueden constituirse alrededor de una persona natural, o una ONL.

20 Véase, al respecto ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, Instituto Pacífico: 2014, pp. 31-32; ENNECERUS, KIPP Y WOLFF, *Tratado de derecho civil. Parte general I*, t. I, Barcelona: Bosch, 1974, pp. 457-458; asimismo, SPOTA, Alberto, *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. I, vol. 3, Buenos Aires: Depalma, 1968, pp. 219-230. También FERRARA, FRANCISCO, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid: REUS, 1929, pp. 746-754.

miento de la responsabilidad ilimitada era la fórmula estándar hasta finales del XIX. Posteriormente, se empieza a reconocer la responsabilidad limitada a determinados tipos sociales, y ello se va ampliando gradualmente a otros. Lo mismo en cuanto al registro.

Desde sus inicios, los derechos que podían ejercer las corporaciones eran muy limitados y claramente no tenían ningún poder inherente ni permiso legal genérico para ingresar en procedimientos de fusión, por ejemplo. Antes de ello, cualquiera de sus actos, incluso su nacimiento, debería ser autorizado expresamente por el Estado a cada una de manera particular, como lo es hasta hoy, aunque de manera distinta (concesión registral por concesión pura y simple). Lo mismo su liquidación y posterior extinción.

Actualmente, se da por sentado los conceptos de fusión y escisión —aun cuando esta última recién empieza a expandirse como concepto a nivel mundial a partir de la segunda mitad de la década de 1960, y en el Perú recién a partir de 1998 se regula—, pero antes de ello, si el interés de una corporación²¹ (adqui-

21 Para los efectos de este artículo, el término “corporación” es utilizado en referencia a cualquier organización reconocida por el Estado como persona jurídica (es decir, cuando exista la atribución legal, y aun cuando la designación resulte equívoca, pues el ser humano también es persona jurídica, como lo señala la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948), e incluye aquellas que sin contar con el reconocimiento de dicha categoría jurídica, se comportan y actúan como vehículos jurídicos organizados

riente) recaía sobre otra (adquirida), o respecto de un bloque patrimonial de esta última, la primera podía plantearse la posibilidad de adquirirlo y/o controlarlo para sus fines de distintas maneras. Antiguamente, esto planteaba necesariamente soluciones contractuales como la compraventa, dación en pago, permuta u otra asequible.

2.1. Los problemas de costos esenciales que plantean las fusiones y adquisiciones antes de la normativa especial *ad hoc* sobre reorganizaciones

Los negocios corporativos de unión empresarial o cambio de forma societaria, planteaban múltiples y complejos problemas legales y económicos. A continuación, voy a referir brevemente hasta cinco problemas principales, como sigue: (i) de carácter contractual—obligacional; (ii) tributario; (iii) societario; (iv) laboral, y (v) administrativo.

De carácter contractual-obligacional, por las distintas formas y actos que podrían o deberían adoptarse para transferir los activos y/o pasivos materia de adquisición. Claramente, si no existe legislación especial de reorganizaciones, los contratos pueden ser de utilidad para transferir patrimonios sociales.

con fines lícitos, ya que fueran reconocidos así (*v. g.*, sociedades irregulares, asociaciones de hecho, fundaciones de hecho, etc.) y a los que en general pueda aplicarse el principio de alteridad, es decir, se pueda distinguir entre sus miembros integrantes y la estructura organizacional de carácter permanente de la que forman parte.

De carácter tributario, porque dependiendo de la estructura contractual que adopte el acto de adquisición, este dependerá a su vez de las incidencias de política económica diseñadas sobre estos aspectos —se verá más adelante que para la ONL, la administración tributaria ha emitido opiniones divergentes al respecto en muy poco tiempo—. Imagínese, por ejemplo, un bloque patrimonial a transferir, constituido por centenares de distintos tipos de bienes —entre bienes comerciales en almacén, maquinaria y equipo, repuestos, etc.— cuya transferencia individual estará afecta, por lo menos, a dos clases de tributos, impuesto a las ganancias, e impuesto al valor agregado.

De carácter societario, por los efectos que el acto de adquisición pudiera conllevar en relación a la sociedad transferente y/o sus socios. Esto es, no solo porque dicha sociedad podía quedar “vacía” o “liquidada de hecho”, al haber realizado todos sus activos y pasivos como producto de la transferencia, y lo que ello significaría en concordancia con la continuidad empresarial; sino que sus socios tendrían que enfrentarse, además, a un procedimiento adicional, esta vez de liquidación formal, y posterior extinción.

No solo ello, sino que muchas veces podía incurrir en nuevos costos transaccionales, cuando, por ejemplo, entre las sociedades involucradas en estos negocios como adquirentes y transferentes, existieran socios o administradores comunes, lo que no era

poco usual. Ello podía dar lugar no solo a conflictos de interés, que a su vez corrían el riesgo de judicializarse, sino que suponían en otros casos la estructuración de complejos mecanismos de equivalencias e ingreso de socios a las sociedades adquirentes.

De carácter laboral, ya que muchos bloques patrimoniales han de ser administrados y trabajados por personal especializado. Ello supone, como mínimo, nuevas contrataciones de orden estrictamente laboral; o la renuncia, liquidación y nueva contratación de uno o varias personas, cada fase negociada de manera individual con una persona jurídica distinta.

De carácter administrativo, pues la realización de distintas actividades, mediante determinados medios, o en determinados lugares, se encuentra sujeta a licencias y concesiones previas por parte de distintas autoridades. Su traslado o cesión, podría complicar la realización de un negocio hasta hacerlo prohibitivo. Lo mismo en materia de inscripciones registrales.

Esta situación podía materializarse, de forma anterior a la legislación de reorganizaciones, en escenarios distintos y complejos. Por ejemplo, en la adquisición de una unidad de negocio o producción que le pertenece a una sociedad. Tal unidad puede estar conformada por decenas de unidades de bienes, las maquinas que las producen, repuestos, *software* específico y técnicos calificados. Trasladarlos a otra sociedad podría significar una multiplicidad de

contratos civiles, mercantiles, laborales y societarios, todos los que hoy se pueden subsumir en un solo acto y procedimiento societario de reorganización.

En efecto, todos estos problemas se solucionan en gran parte con la normativa especial de reorganización de sociedades en sus distintas manifestaciones (transformación, fusión, escisión, etc.), y la normativa tributaria específica aplicable, que minimiza costos transaccionales.

Así como en su oportunidad, la personalidad jurídica —su nacimiento, inscripción, liquidación, su autonomía, la división de acciones, y los consecuentes derechos y obligaciones diferenciadas de los socios, y el privilegio de la responsabilidad limitada— fue fruto de una regulación permisiva *ad hoc*, las reorganizaciones no pueden asimilarse a una práctica legal —en la forma en que se conoce y desarrolla hoy en día— sin la normativa especial que las viabiliza y regula de manera específica.

2.2. Principales costos minimizados por aplicación de la LGS en materia de reorganizaciones

La normativa corporativa de reorganizaciones contenida en la LGS permite que, en base a un solo acto decisorio y un procedimiento subsecuente, se verifique que: (i) una sociedad A, se una a otra B, desapareciendo la primera de ellas; o (ii) que una sociedad C, traslade un bloque patrimonial de su propiedad a otra sociedad D, con mínima incidencia de costes, *v. g.* comparada con una

compraventa; o (iii) que una sociedad E, transforme su tipo legal, sin necesidad de disolverse o liquidarse, ni perder la personalidad jurídica, conservando casi intactas sus relaciones jurídicas²²—que es por supuesto, su objetivo primario—.

En el primer caso, la regulación posibilita que el íntegro del patrimonio de la sociedad A, se transfiera a título universal a favor de la sociedad B, así como, en consecuencia, la continuidad de todas sus relaciones jurídicas, las que permanecen indemnes; ello, merced un solo acto. No obstante, la primera sociedad desaparece —y con ella, supuestamente, sus relaciones jurídicas—. A ello se suma la no calificación como transacción gravada del acto ni el procedimiento asociado, esto último, ya no producto de la legislación societaria, sino tributaria.

En el segundo caso, la regulación habilita que el bloque patrimonial de C, sea transferido en un solo acto y como un todo a favor de la sociedad D, sea que este se encuentre conformado por activos, pasivos, e incluso por un fondo empresarial; sin que ello signifique y califique como una transacción gravada con tributos.

En el tercer caso, la regulación concede que exista solución de continuidad perfecta respecto del universo de relaciones jurídicas y patrimonio de la sociedad, cuando modifique su tipo

22 Lo que se verificará en cada caso, dados los supuestos de los derechos de separación íntegra y naturalmente asociados a estos fenómenos.

social, conservando su personalidad jurídica.

En cada uno de estos supuestos, la legislación señalará, de forma expresa también, las consecuencias respectivas para el caso del cambio de la responsabilidad de los socios relacionada con la autonomía patrimonial referida al tipo elegido.

Resulta vidente también, que se trata de una normativa especialísima, tanto para la configuración del acto decisivo, como del procedimiento que le sigue, la cual debe observarse de manera prolija, pues dicha regulación contiene características particulares que no puede soslayarse, amparando derechos de las corporaciones involucradas, los de los socios, y el propio Estado.

Se puede apreciar entonces, como es que la regulación de reorganizaciones contenida en la LGS, ayuda a minimizar gran parte de los problemas esenciales de costos que planteaban las adquisiciones antes de aquella. No obstante, también se evidencia otra rama del derecho que parece resultar esencial para que estos actos y procedimientos resulten atractivos a su realización, como a continuación se verá.

2.3. La Ley Tributaria y costos asociados a una reorganización

La LGS por sí misma no ayuda a minimizar los costos tributarios asociados a este tipo de actos y procedimientos o “adquisiciones”. Y es que lo único que regula dicha ley sobre

reorganizaciones, es lo que concierne a los aspectos corporativos o societarios, pero no puede pronunciarse —obviamente— respecto a la incidencia tributaria que los mismos puedan conllevar. Es decir, puede simplificar ciertos costos transaccionales contractuales, administrativos, registrales y societarios, entre otros. Y, aun así, estoy seguro que habrá más de una persona que señale que ello es relativo.

La LGS es una norma de carácter mercantil, no tributario. Así, la LGS resulta insuficiente para que una operación societaria de fusión, por ejemplo, sea tratada, respecto de los activos de la sociedad desaparecida, ahora en el patrimonio de la sociedad superviviente, como (i) un solo acto de adquisición y, (ii) no gravado con tributos.

De hecho, no son pocos los casos en que la administración tributaria peruana ha desconocido estos actos, al considerarlos una verdadera operación de adquisición patrimonial y no una reorganización —valorando objetivamente la operación—; lo cual pone en evidencia lo que se viene comentando al respecto, de que las reorganizaciones tienen por lo menos dos niveles generales esenciales de regulación en nuestro país, a través del derecho societario y el tributario.

Es a través de la regulación tributaria, que se pueden minimizar costos asociados a este tipo de operaciones. Los aspectos tributarios corren de manera paralela y separada a los societarios, y así como la regulación de reorganizaciones

no es inherente a las corporaciones, tampoco la regulación tributaria de reorganizaciones es inherente a la misma. De hecho, hay quien señala que no debería existir. Entonces, una reorganización puede llevarse a cabo bajo la normativa societaria, pero no necesariamente bajo la tributaria.

En el caso peruano, la legislación tributaria considera a las reorganizaciones de manera expresa, y las reconoce con un beneficio neutro que las hace fungir como un solo acto de disposición patrimonial, sin incidencia tributaria, salvo se verifiquen variables específicamente reguladas.

Todo esto, qué duda cabe, amplía el espectro de posibilidades para la realización de estos negocios, y por tanto los dinamiza.

2.4. La ley tributaria y aspectos concretos vinculados a reorganizaciones

Como se ha venido mencionado, se tiene que si bien la LGS regula reorganizaciones, a saber, la transformación (art. 333), fusión ordinaria (art. 344) y simple (art. 363), escisión (art. 367), reorganización simple (art. 391), escisiones múltiples (art. 392, e involucra una pluralidad de corporaciones escindidas), escisiones múltiples combinadas, escisiones combinadas con fusiones (entre las mismas), escisiones combinadas con fusiones (entre múltiples sociedades); reorganización de sociedades constituidas en el extranjero (art. 394); y reorganización de sucursales de sociedades extranjeras (art. 395); los

efectos producidos por las mismas, en el ámbito contable y tributario, hacen relación con la normativa contenida en la ley del impuesto a la renta (LIR²³) y su reglamento (RLIR²⁴).

La LIR a su vez regula estos aspectos en sus artículos 103 al 110, y el RLIR lo hace en los artículos 65 a 72. Allí se precisan cuáles son los actos que estarán gravados con el impuesto para el caso de reorganización de sociedades o empresas, considerando conceptos como costo computable de los bienes transferidos, revaluaciones, depreciaciones, distribuciones por mayor valor y otros sobre los mismos (temas sobre los que no se van a ahondar aquí).

En general, se reconoce que existe una genérica y permanente preferencia impositiva aplicada a las reorganizaciones societarias, incentivándolas.

En USA, por ejemplo, tal se dispuso desde que se legisló la materia en la *Revenue Act* de 1918, y continúa así hasta hoy²⁵. Ello, se reitera, no sin opiniones disidentes que reclaman un tratamiento tributario distinto, ya que la sola legislación corporativa societaria, reduce sustancialmente muchos costos asociados a estos actos, como se ha podido apreciar líneas atrás.

23 Véase, al respecto, el DECRETO SUPREMO N.º 179-2004-EF y sus modificatorias.

24 Véase, al respecto, el DECRETO SUPREMO N.º 122-94-EF y sus modificatorias.

25 Véase, al respecto, TAX CODE, REGULATIONS AND OFFICIAL GUIDANCE. Recuperado de <goo.gl/hI3WfB>.

La emisión de la *Revenue act* de 1918 explica dos cuestiones importantes: (i) el porqué, la primera ola histórica de fusiones (1893-1904)²⁶ estuvo marcada básicamente por fusiones horizontales que generaron *trusts*²⁷; y (ii) como determinados y extraordinarios acontecimientos económicos empujaron la nueva legislación, principalmente los colapsos financieros, la guerra y, por ende, la necesidad imperiosa de reactivar el comercio y la economía²⁸.

Resulta importante anotar, que, para la LIR, solo constituyen procedimientos de este tipo —reorganizaciones— la fusión, la escisión y otras formas de reorganización, más no la transformación —de sociedades—. Esto, por el hecho de que esta última no provocaría ningún efecto traslativo

de propiedad, ni la aparición de nuevos propietarios, al parecer entonces, sin hipótesis de incidencia tributaria a analizar. Se verá que más adelante que ello no es enteramente cierto para el caso de ONL.

Del mismo modo, es necesario señalar que la LIR no reconoce, con la misma amplitud que las leyes corporativas o societarias, la posibilidad de facilitar las preferencias tributarias anotadas, a todas las manifestaciones o posibilidades de reorganización respecto de distintas corporaciones. De hecho, si bien reconoce como exenta del impuesto la fusión de dos sociedades, no así la de una sociedad y una asociación, por ejemplo.²⁹ Tampoco reconoce, de otra parte, la reorganización empresarial de una empresa unipersonal (persona natural con negocio) y una empresa individual de responsabilidad limitada (E.I.R.L.)³⁰.

Esta última cuestión anotada parece tener excepciones puntuales. Basta analizar el caso de las mal denominadas transformaciones de entidades no lucrativas en sociedades (las que también se podría catalogar como *transformaciones atípicas*) para darse cuenta de que uno de sus efectos es la creación de derechos

26 Se reconocen por lo menos 5 olas históricas: (i) 1893-1904; (ii) 1916-1929; (iii) 1965-1969; (iv) 1981-1989 y (v) 1993-2000.

27 Dado que antes de la *Revenue act* de 1918 no existía legislación especial de reorganizaciones, para obtener el control de otras corporaciones entonces, se tenía que apelar a los *trusts*, *buy-outs*, y otras estructuras negociales complejas.

28 El *Great Stock Crash* en la Bolsa de New York de 1893; pero también afincado en el desarrollo de los medios masivos de comunicación, por ello se emite la autorización del *Congreso de la 1st Federal Road Agency*; se emite también la primera legislación de ferrocarriles, basada en el desarrollo de los mismos, que ayudó a unir y dinamizar el comercio; el Gran Ferrocarril del Norte une Seattle con la costa este; entre otros acontecimientos de ese mismo año. Del mismo modo, la *Revenue Act* de 1918 —firmada por el presidente el 24 de febrero de 1919— estaba limitada bajo el contexto de la gran guerra que acababa de terminar.

29 Véase, al respecto, el Informe N.º 081-2012-SUNAT/4B0000, que señala en sus conclusiones: “Para efectos del Impuesto a la Renta, la transferencia del activo ocurrida con ocasión de la absorción de una sociedad anónima por una IEP constituida bajo la modalidad de una asociación sin fines de lucro, califica como una enajenación”

30 Véase, al respecto, RTF N.º 03603-1-2015.

de propiedad *ex novo*, donde antes no existía ninguno —los asociados de la ONL, no propietarios, se convertirían en socios de una sociedad, con derechos de propiedad³¹—, cuestión que sí parece razonable contemplar con incidencia tributaria.

Así, la administración tributaria permite en el último caso mencionado, sin gravamen tributario alguno, transferir propiedad de una ONL a una sociedad, aun cuando dicha propiedad en manos de la primera haya estado sujeta a través de título distinto —sin derechos de propiedad— y exenta de tributos.

De otra parte, la Ley tributaria sí reconoce beneficios cuando en un proceso de reorganización, una fusión, por ejemplo, participan dos (02) entidades carentes de fines de lucro —aun cuando no existe regulación especial permisiva al respecto—, habiendo señalado que para efectos de lo dispuesto en el literal b) del artículo 19 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta —que establece exoneraciones tributarias a determinadas ONLs—, no existe distribución directa o indirecta de renta, en el supuesto que una asociación sin fines de lucro, inscrita en

el Registro de Entidades Exoneradas del Impuesto a la Renta, transfiera su patrimonio vía fusión por absorción a uno de sus asociados, el cual califica también como una entidad sin fines de lucro inscrita en dicho registro³².

Esto constituye una variación de un anterior criterio esgrimido por la misma administración cuando señaló que:

[...] las normas que regulan el Impuesto a la Renta sólo han considerado la reorganización de sociedades o empresas contempladas en la LGS. Por excepción, también han sido comprendidas dentro de los alcances de dichas normas tributarias las empresas individuales de responsabilidad limitada y las empresas unipersonales, señalándose expresamente el tratamiento que deben observar.

Así pues terminó indicando:

[...] se puede afirmar que las normas tributarias referidas a la reorganización de sociedades o empresas, contenidas en los Capítulos XIII de la Ley del Impuesto a la Renta y XIV de su Reglamento, no resultan de aplicación a aquella reorganización en la que se encuentre comprendida una asociación sin fines de lucro³³.

Finalmente, para la LIR y el RLIR, incluso las empresas unipersonales pueden ser pasibles de procedimientos de reorganización, siempre que se cumplan ciertos presupuestos y reglas,

31 SALAZAR GALLEGOS, Max, “Libertad de asociación, el tipo legal (corporativo), la titularidad de los miembros de una persona jurídica (lucrativa o no) y los mecanismos de acceso y salida de los que la componen en relación de la denominada *affectio societatis*”, en *Jus doctrina & práctica*, Grijley, Lima: 2007.

32 Véase, al respecto, el Informe N.º 70-2014-SUNAT/5D0000.

33 Véase, al respecto, el Informe N.º 081-2012-SUNAT/4B0000

como poder distinguir contablemente el patrimonio de la empresa, y de cada empresa de la que se es titular (como persona natural), respecto del patrimonio del titular no afectado a la actividad empresarial, entre otros.

Esto último es comprensible desde la óptica de que la fusión, por ejemplo, ha sido catalogada por parte importante de la doctrina —si no por toda— y por algunos ordenamientos jurídicos, como un fenómeno de concentración empresarial, lo que conllevaría que la misma sea aplicable a todas las formas válidas de organización de la empresa, entendida como un concepto más amplio al de sociedad y persona jurídica³⁴, lo que verifica también su aplicación a los empresarios individuales. No en vano el capítulo correspondiente de la LIR (XIII) está titulado como “De la reorganización de sociedades o empresas”.

Evidentemente, el caso de las reorganizaciones de empresas unipersonales, hay concebir desde la óptica del derecho tributario, mas no desde la del societario, como veremos más adelante.

Todo esto es importante, pues como reiteramos, la elección de la forma del negocio y del proceso de adquisición, supone el análisis de su incidencia financiera contable y tributaria, y, por ende, los mayores o menores costos

34 MARDONES OSORIO, Marcelo, “Sobre la extensión del régimen de fusión de sociedades establecido por la Ley N.º 18.046”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXVII Valparaíso: 2006, pp. 125-152.

involucrados en la operación, según sea el caso.

3. El negocio y procedimiento jurídico que permiten la transferencia y adquisición, su resultado económico y efectos

Como ya se ha sugerido líneas atrás, los negocios de adquisición corporativa (NAC) tienen distinta operatividad jurídica, pero pueden producir un mismo resultado económico en la práctica. Por ejemplo, la adquisición de un conjunto de activos corporativos mediante una compraventa (contrato), una escisión societaria (operación de reorganización corporativa), o una reorganización societaria simple (lo mismo que la anterior, pero con resultado distinto en el destinatario del intercambio de los títulos de participación social), parecen generar un mismo efecto práctico: trasladar en propiedad un determinado bloque patrimonial o activo³⁵ de la corporación adquirida u objetivo, hacia la corporación adquirente.

Sin embargo, jurídicamente los negocios y las “contraprestaciones” en cada caso enunciado son distintos, como se puede observar abajo en el cuadro 1. De ahí que en el numeral II de este trabajo se enuncia que diversas figuras jurídicas ayudan a conseguir un mismo resultado —el control de un determinado activo o patrimonio—.

35 Me refiero simplemente a “activo”, sin ingresar a la disquisición de que se debe entender por él, o si es menester acompañarlo de un pasivo.

Cuadro 1

Imaginemos que la sociedad A desea “adquirir” el activo X que le pertenece a la sociedad B. Se pueden plantear distintos escenarios para ello:

| | | | | |
|-------------------------|----------|--------------------|----------|------------------|
| Contrato (compraventa) | CC | Activo X | Dinero | Sociedad B |
| Escisión | LGS | Activo X | Acciones | Accionistas de B |
| Reorganización Simple | LGS | Activo X | Acciones | Sociedad B |
| Contrato CV de acciones | LGS y CC | Activo X (control) | Dinero | Accionistas de B |

Acto - regulación - objeto -contraprestación - beneficiario

Referencia: Como se puede apreciar, son cuatro actos distintos, que se regulan por normas también distintas, unas civiles y otras corporativas, pero que se traducen en el mismo resultado traslativo de la propiedad —control— del objeto, de A hacia B. Del mismo modo, podemos coincidir en que la contraprestación en cada caso, constituye un precio.

Aun así, este último efecto (trasladar la propiedad del bloque patrimonial o activo, que es en esencia lo que buscamos en una reorganización típica, con excepción de la Transformación) no está exento de otras consecuencias no menos importantes, y que se deben tomar en consideración, como son los efectos tributarios y financieros para cada una de las corporaciones involucradas en la operación, y que se producen según sea la modalidad del acto jurídico y procedimiento que se ejecute para la transacción (ya no solo nos estamos refiriendo simplemente a que una reorganización, fundamentada apropiadamente, y siempre que el supuesto este regulado como tal, pueda sustentarse en las normas tributarias que ofrecen los beneficios respectivos —es decir, la neutralidad—, sino en escoger

para cada caso, el negocio jurídico que mejor se adecúe a los supuestos de hecho que involucren a las partes).

En el ejemplo del cuadro 1, el negocio de adquisición corporativa regulado bajo la forma contractual estará gravado con los Impuestos a la Renta y al valor agregado (IGV), lo que no ocurre en los casos de los actos y procedimientos corporativos de reorganización encausados a través de la LGS y amparados por la legislación tributaria *ad hoc*.

Como habíamos anotado también líneas atrás, estos actos de “reorganización” y/o “adquisición” —que involucren a su vez algunos contratos, también procedimientos, y otros una mezcla de ambos, dependiendo de la forma como se estructure el negocio— pueden alcanzar asimismo a diversos tipos de corporaciones, no solo a las reguladas por la LGS, sino incluso a empresas unipersonales³⁶(que no son sociedades, como tampoco personas jurídicas), y a las EIRLs, ONLs, entre otras, siempre que se encuentren expresa y especialmente regulados.

36 Véase, al respecto la Ley del Impuesto a la Renta.

4. Los entes respecto de los cuales puede producirse una reorganización según la LGS y la doctrina

Así como hemos señalado que, la LIR y su reglamento admiten la reorganización de otros corporativos distintos a sociedades, como es el caso de las EIRL y las sociedades unipersonales, y de manera reciente, de entidades sin fines de lucro —esto no por ley, sino por interpretación extensiva de la misma, a través de decisiones administrativas cuyo sustento ha sido recogido en informes aquí citados—, vale el esfuerzo analizar si la LGS abre el espacio funcional para otras realidades corporativas.

La LGS aplica al respecto para todas las formas corporativas reguladas expresamente por ella —obviamente Sociedades, entre las que se someten las incluidas en la Ley General de Minería (LGM)³⁷—, y en algunos casos otras más.

De esta forma, se puede observar, por ejemplo, que para el caso de transformaciones, el artículo 333 de la misma dispone que:

[...] Cuando la ley no lo impida, *cualquier persona jurídica* constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley. [...]. [El resaltado ese nuestro].

La expresa permisión normativa señalada, para la aplicación del procedimiento de transformación a cualquier persona jurídica peruana, no se indica

para los otros casos de reorganización que regula la ley (v. g. fusión, escisión, etc.). Tratándose de una regulación especial, tal omisión resulta en una prohibición.

También, y como resulta obvio, el texto remite únicamente a personas jurídicas, y no compromete a entes no personificados; es decir, excluye, por ejemplo, a las asociaciones de hecho y sociedades irregulares de origen —exceptuando las sobrevenidas—.

4.1. Las sociedades y corporaciones irregulares y las reorganizaciones

En general, la doctrina, como se ha apuntado antes, no acepta la reorganización de corporaciones no personificadas, como es el caso de las ya citadas asociaciones de hecho —artículo 124 a 126 del CC— como tampoco de las sociedades irregulares de origen —artículo 423 de la LGS—. Ello responde a varias razones, dentro de las cuales se pasan a desarrollar a continuación las principales.

En primer lugar, se entiende que las reorganizaciones constituyen actos y procedimientos estrictamente regulados, una normativa especial *ad hoc*, que expresamente confiere la facultad para adoptar estas decisiones y realizar los procedimientos vinculados, pues los mismos no son comunes. Operan pues, *ope legis*.

En segundo lugar, como facultad expresa, estas verifican los supuestos correspondientes en cada caso, y, por tanto, identifica las entidades que pueden sujetarse a los mismos.

37 Las contractuales, en el artículo 184 de la LGM, y las legales, en el artículo 186 de la LGM.

En tercer lugar, porque la reorganización implica darle un nuevo orden a un ente corporativo pre existente claramente identificado, y como tal, debe quedar primero formalizado de manera regular. Recuérdese que las reorganizaciones deben inscribirse como requisito *sine qua non*.

La irregularidad de origen implica imprecisión y falta de seguridad jurídica respecto a aspectos esenciales de publicidad legal, lo cual, entendido fuera que tales se sujetan al registro para su eficacia, impregnarían a este último de esa misma imprecisión, contaminándolo.

En cuarto lugar, dado que las reorganizaciones están supeditadas a la afirmación y reconocimiento de derechos individuales esenciales, como es el caso del derecho de separación y sus consecuencias patrimoniales, su ejecución no certera —en personas y tiempo— en el caso de la intervención de un ente irregular, expondría a la misma a una incertidumbre no funcional para su eficacia.

En quinto lugar, las sociedades irregulares presuponen la validez del acto constitutivo societario, pero por falta de publicidad legal, resulta en la ineficacia respecto de terceros.

Todo lo anterior supone costos inadmisibles para un procedimiento que involucre, además de privados, la intervención de entes públicos cuyos registros y licencias deben supuestamente otorgar seguridad jurídica al tráfico.

Los problemas de incluir y aceptar a las sociedades irregulares en este tipo

de procedimientos, como podemos observar, podemos resumirlos en el factor riesgo.

Si el registro y por ende la regularidad sirven, es entre otros, para otorgar publicidad material y formal, lo que a su vez otorga certeza y garantía para terceros. Tal certeza y garantía es ajena a las irregulares, y, por tanto, tal circunstancia se arrastra al proceso de reorganización, lo que no es deseable ni eficiente.

Quizás, para una transformación, podamos admitir la inclusión de una sociedad o corporación irregular; a buena cuenta, solo participaran los socios de una entidad y los costos de negociación y exposición al riesgo, por tanto, resultan menores, pero nos resulta difícil asimilarla a una fusión, por ejemplo, por las razones ya expuestas, que enturbiarían el registro.

Sin perjuicio a lo señalado, tal como lo menciona la LGS en sus artículos 341 (transformación), 353 (fusión) y 378 (escisión), como ya hemos apuntado, estos procedimientos y cambios estructurales están supeditados a su inscripción, en lo que concuerdo que la misma es condición *sine qua non* de eficacia³⁸. Ello implica que, si bien una sociedad irregular podría ingresar en cualquiera de estos procedimientos, habrá de inscribir estos actos en el registro, regularizándose a la vez su condición.

38 ELÍAS LAROZA, Enrique, *Ley general de sociedades comentada*, n.º 7, Trujillo: Normas Legales, 1998.

4.2. No todas las sociedades y entes a reorganizar se constituyen como personas jurídicas, o el caso de la reorganización de las sociedades irregulares sobrevenidas.

Es interesante analizar que, entendido que fuera que el concepto de sociedad no coincide con el de persona jurídica, ¿podría llegar a admitirse la reorganización de sociedades irregulares sobrevenidas?

En efecto, y como lo señala la LGS, “art 6. *La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción*”; ergo, antes de su inscripción la sociedad no se constituye como persona jurídica, sino que es fruto del pacto societario, y existe. Ello hace sentido con lo expresado por la misma norma cuando regula las causales de irregularidad y declara a su vez lo siguiente:

Art. 423.- Es irregular *la sociedad que no se ha constituido e inscrito* conforme a esta ley o la *situación de hecho* que resulta de que *dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito*. En cualquier caso, *una sociedad adquiere la condición de irregular*: [...] [El resaltado es nuestro].

Se trata pues de dos fenómenos claramente identificables, sociedad y persona. Toda sociedad constituida e inscrita conforme la LGS y el RRS, se constituye como persona jurídica, y es por tanto regular —en contraste con las irregulares antes citadas—, pero no toda sociedad es persona jurídica, pues se reconoce al *pactum societatis* —voluntad privada— como generador de la

sociedad—adherida a la teoría contractual de la sociedad, de enorme arraigo en la jurisdicción peruana, y que los economistas a su vez adoptan en mayoría para su justificación³⁹, aun antes de la inscripción, y el hecho de que la forma no es constitutiva de derechos⁴⁰.

La sociedad de hecho, por ejemplo, —una variante de las irregulares—, reconocida por el artículo 423 ya citado, entonces, no es menos sociedad que la inscrita, y sus socios no menos socios tampoco.

De los preceptos aludidos, se desprende, que existen sociedades irregulares, pero el texto deja abiertas múltiples posibilidades al respecto, las que se configuran como anomalías societarias que incluyen bajo el mismo concepto (creo de forma errada y no precisa), temas que trataremos en otro estudio y que en parte he apuntado antes⁴¹.

No obstante, la doctrina se encuentra dividida sobre el particular, ya que un sector se manifiesta a favor de la inclusión de las irregulares en los procesos de reorganización, y otro no. De hecho, se dice, por ejemplo, que, al ser irregulares, no constituyen un tipo social legal pre-

39 Revisar la teoría de la firma, la de los costos de transacción, la del nexus contractual, la agencia y otros. “An Introduction to Theories of the Firm”, John Hendry, United Kingdom, 2011.

40 ROMERO, José Ignacio, *Sociedades irregulares y de hecho*, 2.ª ed., Buenos Aires: 2012.

41 SALAZAR GALLEGOS, Max, “Los conceptos de disolución y liquidación en las organizaciones no lucrativas”, en *Gaceta civil y procesal civil*, n.º 33, Lima: marzo del 2016, pp. 155-167.

visto, sino una clase de sociedades, que funcionan en infracción a las normas de forma previstas por la ley⁴².

La doctrina mayoritaria nacional, con la que no concuerdo, se encuentra a favor, pero no ha sabido prestar razones atendibles a tales supuestos.⁴³

4.3. Acto y procedimiento de reorganización y la naturaleza de las corporaciones

De cierto, y como podemos colegir, los actos y procedimientos de reorganización no son inherentes a la naturaleza jurídica de sociedades y demás corporaciones. Estas pueden afirmar o negarse a ingresar en este tipo de procedimientos, solo porque la ley lo regula especialmente y permite en cada caso concreto. Si en la LGS no existiera la sección respectiva que regula “Reorganización de sociedades”, estas difícilmente podrían ingresar en ellos.

Estos actos y procedimientos corporativos se encuentran expresamente regulados para sociedades, a efectos de minimizar los costos transaccionales asociados a la adquisición de todo o parte del patrimonio de una de ellas en un solo acto —y su permanencia en el mercado— en oposición a los supuestos contractuales, laborales, administrativos, societarios y demás involucrados, y que líneas atrás hemos explicado de manera

sucinta. Estos beneficios fueron regulados, como es obvio, para favorecer las actividades empresariales, bajo un espíritu de conservación del negocio — conforme al principio legal ya citado—.

Del mismo modo, la Ley de la EIRL regula de manera específica lo propio para tal tipo de personas jurídicas, y la Ley de Cooperativas se manifiesta al respecto para las mismas; ambas de forma especial y restrictiva.

La regulación de reorganizaciones, entonces, resulta restrictiva en cuanto establece de manera especial y concreta como procede, los casos en los que procede, y a quienes involucra. Ello tanto en el campo societario como en el tributario.

Del mismo modo, respecto de las ONL en el Perú, hay que recordar, la regulación de reorganizaciones es inexistente en el CC —que a su vez regula asociaciones, tipo social que utilizamos mayoritariamente entre las mismas—. Siguiendo esta línea legislativa, cada vez que se planteó la necesidad de reorganizar entidades no lucrativas, se expidieron leyes *ad hoc*.

Es cierto también que la ley no prohíbe expresamente la reorganización de ONL, ni existe norma general al respecto que lo impida, argumento muy socorrido por algunos para admitirlos, pero discutible, conforme ya se ha explicado, pues no analiza (i) la naturaleza jurídica de los entes involucrados, (ii) los actos decisorios permisivos, (iii) los derechos individuales involucrados y

42 NISSEN, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales comentada*, t. II, 3.^a ed., Argentina: Astrea, 2010.

43 Véase, al respecto, los apuntes de ELÍAS LAROSA y BEAUMONT CALLIRGOS.

que nacen del acto decisorio, (iv) los procedimientos subsecuentes, y (v) las distintas formas y objetos sociales que adoptan⁴⁴; como tampoco el hecho más relevante, y es que tomando en cuenta los factores antes mencionados, se legisla de manera especial al respecto.

Luego, si bien no existe ninguna norma general o específica que niegue la posibilidad para que una asociación (entre otros vehículos jurídicos no lucrativos), constituida al amparo del Código Civil⁴⁵, pueda acordar y luego participar en un procedimiento de reorganización, no resulta menos cierto que ello no se ha dejado a discreción privada, con exacto conocimiento de causa, lo cual importa su imposibilidad.

Los razonamientos hasta aquí expuestos deberían ser suficientes para arribar a esta última conclusión, no obstante, ahondaré en mi análisis aún más.

Ha de tomarse en cuenta también, que conforme a la naturaleza propia de las ONL, dependiendo del tipo, estas tienen mayor o menor autonomía. Una asociación, por ejemplo, goza de mayor autonomía que una Fundación, donde esta última se encuentra sujeta a un control administrativo permanente —Consejo de Supervigilancia de Funda-

ciones— que impide la libre disposición de todos sus bienes; no obstante, ambas formas jurídicas constituyen ONL. Esto hace lógica de porqué, conforme a su naturaleza, a las ONL, que son distintas a las organizaciones societarias y mercantiles, no les fue reguladas la posibilidad de reorganizarse.

Así, la simplificación de operaciones jurídicas que se encuentran en una fusión —o la minimización de costos si se quiere—, desde un punto de vista corporativo, no se puede amparar en ninguna otra norma que no sea la societaria. Las reorganizaciones no son consustanciales ni corresponden a la naturaleza intrínseca de las personas jurídicas, sino que operan *ope legis*, como ya se ha dejado sentado.

Recién es desde el 2009, que el RIPJ —ya antes citado—, señala que se podrían realizar este tipo de actos con la participación de una ONL, aunque su regulación sea, por decirlo de manera simple, incompleta, muy reducida, poco afinada y dubitativa, y aun no atingente —se trata de un reglamento procedimental— al reconocer que ello solo será posible de conformidad con la naturaleza que corresponda a cada persona jurídica, según su texto. Y claro, existen múltiples tipos de ONL, cada uno regulado de manera distinta, y que no corresponden a un único texto legal ordenado de aplicación general —pensar que todas se amparan en el CC resultaría omisivo—. Así, se discute si es que la legislación que establece la normativa de la asociación, esto es, el Código Civil, una

44 El objeto social, en la generalidad de los casos y legislaciones, se encuentra limitado por el principio de determinación, que es causa efecto del derecho de separación de los socios.

45 CÓDIGO CIVIL, “Artículo 80. Definición. La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo.”

ley en sentido formal, que no se pronuncia sobre reorganizaciones, puede a su vez admitir que una resolución que debe encuadrarse únicamente en aspectos formales procedimentales, emanada de un órgano regulador⁴⁶, verifique *per se* la posibilidad de su aplicación en este tipo de corporaciones, con lo que evidentemente no se puede estar de acuerdo.

De este modo, leemos en el mentado reglamento que:

Art. 2. Actos inscribibles. De conformidad con las normas de este reglamento y la naturaleza que corresponda a cada persona jurídica, son actos inscribibles: [...]

e) *La fusión, escisión y transformación y otras formas de reorganización de personas jurídicas*; [...] [El resaltado es nuestro]

Artículo 79. Inscripción del acuerdo de reorganización:

Es inscribible en el Registro el acuerdo de reorganización de una persona jurídica, siempre que la ley o su naturaleza lo permitan.

Son aplicables a la reorganización de personas jurídicas las normas relativas a la reorganización de sociedades en lo que fueran aplicables. [El resaltado es nuestro]

Obviamente, y como se ha explicado antes, habrá que dilucidar en cada caso: (i) si existe algún impedimento legal específico —no necesariamente expreso—, (ii) la naturaleza del ente, su estructura y objeto; (iii) el acto decisorio y sus requisitos; (iv) los derechos y obligaciones que se generan para la organización, los socios, el Estado, y demás *stakeholders*, y (v) el procedimien-

to a seguir; todo esto, para asegurar el derecho de los intervinientes y el de la comunidad—recuérdese, entre otros, que las licencias y autorizaciones de una ONL para funcionar aparejan beneficios tributarios varios que no pueden ser mal utilizados ni hacerse ejercicio abusivo de los mismos y que su patrimonio tiene un destino definido y finalista.

Se reitera que las reorganizaciones no son inherentes a la naturaleza de las corporaciones, sino que su régimen debe ser en cada caso expresamente regulado por la ley.

Nótese que el RIPJ, al señalar que el acuerdo solo será inscribible si la ley lo permite, concilia con las afirmaciones que se han venido realizando, no así cuando indica erróneamente la naturaleza de los entes, pues esto último no es materia de juicio.

5. El valor del capital y el patrimonio de una asociación, distinciones con sociedades y las limitaciones para su transferencia

Resulta importante verificar que las actividades de muchas ONL las llevan a reunir un gran patrimonio (de su propiedad)⁴⁷, y en las posibilidades para disponer del mismo; además de la finalidad de la organización. Ello, particularmente, porque dicho patrimonio se ha facilitado, entre otros, gracias a las exenciones fiscales dispuestas a su favor, principalmente por el no pago de

46 Véase, al respecto, la Resolución N.º 038-2013-SUNARP-SN.

47 Porque el patrimonio podría tenerlo, pero no poseerlo en propiedad.

impuestos a los ingresos, y la posibilidad de percibir donaciones, ambas relaciones y costos en que las otras corporaciones —lucrativas— que realizan actividades económicas, y agentes de mercado sí incurrir.

No está demás indicar que los donantes de una ONL esperan que ese patrimonio sea destinado a su fin específico, no lucrativo, para el cual contribuyen, que es lo mismo que esperaría la comunidad representada, en este caso, por la administración tributaria, por el goce de los beneficios al pago de impuestos *et al*, que atribuye al corporativo. Se trata pues de una inversión. Estos son intereses que no pueden ser soslayados y, por tanto, sujetos de amparo legal.

El tema central de discusión, relacionado a los procedimientos de reorganización sobre una ONL, se formula en torno a cuatro conceptos fundamentales: (i) el patrimonio de la misma, (ii) el fin propio —íntimamente ligado al anterior—, (iii) la disposición de ese patrimonio a través de distintos medios; ya que, se reitera, dicho patrimonio, al haber sido causalizado; es decir, dispuesto jurídica y económicamente a un fin —no lucrativo—, no puede tener o adoptar otro fin distinto, y (iv) los derechos de los miembros —que razonablemente confiaron en el fin, trabajaron y aportaron por él; e invirtieron en lazos con el resto de miembros—.

Se ha citado líneas atrás ejemplos de organizaciones no lucrativas y el millonario patrimonio del que pueden disponer.

Para el caso de una asociación y su paralelo con una sociedad, además, es necesario recordar que la primera no tiene un capital asignado que pueda titular a favor de sus socios y ser nexo con el reparto de utilidades, sino que generan un solo patrimonio inescindible, que no puede partirse ni retirarse a favor de los socios bajo ninguna circunstancia, sino que solo servirá de base para la construcción del plan de desarrollo social, el cumplimiento del fin trazado y como garantía integral a favor de los acreedores⁴⁸.

6. Limitaciones legales para la transferencia del patrimonio de una asociación inmersa en un procedimiento de reorganización

Conforme lo anterior, la mayoría de organizaciones de carácter no lucrativo, como son las asociaciones, no gozan de la libre disposición de su patrimonio, ni aun ante su liquidación.

De este modo, existen limitaciones legales expresas como las que se encuentran en el Código Civil (en adelante CC), la LIR, y otras que se podrían denominar de carácter ético sociales, cual es el caso de algunas instituciones organizadas como asociaciones y que brindan servicios públicos (*v. g.*, educación, salud, etc.).

Sin perjuicio de las que corresponden a los deberes de lealtad y de cuidado

48 LYON PUELMA, Alberto, *Personas jurídicas*, 4.^a ed., Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2006.

de los administradores, que tan poco tratados han sido por la doctrina y jurisprudencia en el Perú.⁴⁹

En este trabajo de investigación se adopta la concepción de asociación como organización tipo para análisis general, pues resulta ser la de más extensa regulación en el CC.

De hecho, es frecuente que cuando la mayoría de “operadores jurídicos” desconocen la naturaleza del ente corporativo que se les refiere, pero aquel no tiene “fines de lucro”, lo usual es que se le acredite el tipo de “asociación”, tal como está concebida en el Código Civil, entendiendo que aquella forma jurídica le resulta imputable, libremente, a cualquier organización, por el solo hecho de ser o gozar del atributo no lucrativo, sin que importe su estructura corporativa, lo cual es un error.

Hay que recordar que la asociación es un tipo social específico regulado entre los artículos 80 al 98 del Código Civil y que, por tanto, para imputar dicha calidad de vehículo jurídico a un corporativo, este deberá coincidir con tales preceptos legales. Caso típico es el de las universidades, que, sin haberse constituido como tales, se les imputa absurdamente el tipo de asociación; y aún más, se incurre en el despropósito legal

de referirse a una “asociatividad” como supuesto fenómeno que las explica.

Así, el Código Civil señala, en relación con las organizaciones que regula, dentro de sus preceptos generales, y en lo que es de valor para estos comentarios, lo siguiente:

Artículo 78. Distinción entre la persona jurídica y sus miembros.

La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

Este artículo plasma distintos principios esenciales en materia de corporaciones. Reconoce la dualidad existente entre la persona jurídica y sus miembros, verificando la función del *principio de alteridad*⁵⁰, que de manera muy sucinta verifica a su vez la distinción entre el corporativo y quienes lo conforman; aun cuando resulta de mucha más utilidad en los entes carentes de personificación y en aquellos que, gozando de tal categoría, devienen en irregulares.

Al mismo tiempo asume la capacidad inherente a cada uno de ellos⁵¹—siendo sujetos diferentes *la corporación* (como sujeto de derechos singular), de *quienes la conforman* (sus socios, quienes a su vez constituyen cada cual un sujeto

49 PAYET, José Antonio, “Empresa gobierno corporativo y derecho de sociedades: reflexiones sobre la protección de las minorías”, en *Temis*, n.º 46, Lima: 2003; y PERÓ, Mariano, “El buen gobierno de las entidades sin fines de lucro. Recuperado de <goo.gl/VIZKPQ>.”

50 BRECCIA, Umberto; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; Francesco D. BUSNELLI, *Derecho civil*, traducción de Fernando Hinestrosa, t. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.

51 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*, 7.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2014.

de derechos singularizado) — pues la capacidad es inherente a cada cual de manera individualizada y exclusiva, como entes distintos.

Se reconoce como consecuencia de lo anterior, el *principio de separación patrimonial*—si hay sujetos distintos, las esferas patrimoniales también lo son— dado que la propietaria del patrimonio de la corporación es ella misma⁵² y siguiendo el *principio de unidad patrimonial*—a cada individuo, ente o sujeto, le corresponde un único y exclusivo patrimonio individualizado— o también llamado *principio de radical separación entre la entidad y sus miembros*⁵³. Otros afirmaran que se corrobora el *principio de autonomía patrimonial*—supeditado a su vez en sus efectos a la formalización del ente como regular o irregular, y al tipo social— con autonomía patrimonial perfecta o imperfecta, con socios comanditarios o colectivos.⁵⁴

Finalmente, el artículo en mención verifica la aplicación en este caso de la *responsabilidad limitada* de los socios y administradores —que no constituye un principio, sino una consecuencia—, que viene dispuesta como resultado de la autonomía patrimonial, que en el caso particular de la asociación es perfecta,

total o absoluta —como también se le llama—, por mandato de la ley.

Como se ha señalado, este es un artículo situado dentro de las disposiciones generales del Código Civil, aplicable a todas las personas jurídicas que regula, por lo tanto, a la asociación, al comité y a la fundación inscritos —o regulares, si se quiere—.

Posteriormente, en la regulación propia de cada tipo social, el Código Civil señala respecto a la asociación de la siguiente manera:

Artículo 80. Definición.

La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo.

Su redacción, como se constata, podría sugerir casi cualquier forma corporativa, pues resulta absolutamente neutral. Lo que importa resaltar para efectos de este trabajo es la frase final y que corresponde al fin no lucrativo.

El paralelo con las sociedades se verifica cuando la LGS, y parte de la doctrina, han descartado la concepción *principio del fin lucrativo de las corporaciones*; ello, para trascender en sus diferencias estructurales y dinámicas en torno al tipo social, comprendiendo que resulta ineludible ignorar en todos los casos que prácticamente todas las instituciones que concurren e interactúan en cualquier segmento de las actividades de una comunidad, plaza o mercado (con fines lucrativos o no), busquen resultados positivos a su funcionamiento, que

52 DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid: Civitas, 1981.

53 LYON PUELMA, Alberto, *Personas jurídicas*, 4.ª ed., Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2006.

54 DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier, *Código civil comentado*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

les permitan seguir realizando sus actividades y cumplir con su objeto social, los que no pueden ser otros más que utilidades. El destino de esas utilidades es lo que define finalmente la naturaleza de las instituciones, y no su obtención *per se*, que es finalmente, el objetivo o fin último que se persigue.

La distinción de corporaciones, con o sin fines de lucro —que hace distancia entre la base germánica y latina en materia de corporaciones—, es de carácter didáctico legal, y está basada en el factor resultante de la organización y reparto de beneficios internos entre los miembros que las conforman, lo que se hace únicamente entre ellos, siendo que en puridad, de acuerdo a su funcionamiento, aisladamente considerados los resultados de la empresa de sus miembros, siempre se buscará el fin de lucro como expresión de una gestión eficiente y resultado esperado para continuar en actividades. Se ha dicho al respecto que “[...] es de por sí evidente que ésta habrá de generar algún tipo de ingresos que le permita seguir realizando los actos encaminados a lograr su fin”.⁵⁵

En esta línea de razonamiento, existen sociedades que no persiguen lucro para sus miembros, ni estos para sí, sino que dedican sus utilidades a favorecer a terceros. Así, se ha dicho también que:

[...] el concepto de tercer sector es más una noción socio económica que jurídica, de lo que deriva —desde esta última perspecti-

55 DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *Código civil comentado*, op. cit.

va— una cierta indefinición. En efecto, la noción tercer sector no alude a tipos jurídicos determinados, sino que comprende el difuso campo de los entes sin ánimo de lucro. Esta carencia de finalidad lucrativa se presupone en las fundaciones y asociaciones, pero no dejan de presentarse supuestos dudosos, donde confluyen solidaridad y ánimo de lucro. [...]”⁵⁶

Por supuesto, hay posiciones doctrinarias distintas, donde los fundamentos para considerar un ente como sociedad —su naturaleza— son diferentes; por ejemplo, en España, Argentina y Perú. En algunos casos es la actividad —el objeto— la que grafica la mercantilidad, en otros, la tipología —la forma—. La legislación la ha definido por la actividad, y no por la forma⁵⁷.

De allí que se haya hecho la distinción entre *lucro objetivo* y *lucro subjetivo*. El primero designa la posibilidad de obtener beneficios de la actividad de una corporación para la misma corporación, cuestión indispensable para su subsistencia y desenvolvimiento. Estos no están sujetos a reparto entre los miembros del corporativo. La segunda expresión —lucro subjetivo— implica la posibilidad de que, una vez obtenidos los beneficios por parte de la corporación, el excedente de los mismos pueda ser repartido entre los miembros de la misma.⁵⁸

56 TRIGO GARCÍA, Belén, “Entidades sin fines lucrativos. Panorama actual del tercer sector en España”, en *Revista jurídica del Perú*, n.º 56, Lima: 2004, pp. 25 y 26.

57 Véase, al respecto, el artículo 1 de la LGS.

58 Vid. PEDREIRA MENÉNDEZ, José, Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación, España: *Lex Nova*, 1999; BARASSI,

Resulta pues importante reconocer que el artículo bajo comentario concreta el *principio de causalidad o causal de corporaciones* —que es transversal a todas las formas organizacionales no lucrativas—, y que se opone al *principio estructural* de origen germánico —que importa y se refleja en la LGS, por ejemplo, conforme al artículo 1 de esta última—.

El primer principio hace depender la organización y el objeto de la misma del fin último —causal—, que ha sido, como su propio nombre lo indica, causalizado, en este caso, hacia la persecución de un fin no lucrativo. La corporación entonces está destinada a perseguir fines no lucrativos. La LGS por su parte, no sujeta los tipos sociales que regula al ánimo de lucro como elemento causal; de hecho, la palabra lucro no aparece en ninguna parte de esta última ley. Según esta, la corporación societaria se funda en un concepto amplio para el ejercicio en común de actividades económicas. La LGS no prevé expresamente tampoco, un derecho *ad nutum* al reparto de dividendos, si es que el lucro ha de visualizarse por esa senda.

Esto se refleja con mayor claridad cuando se verifica, como ya se ha escrito atrás, que es el objeto social en las sociedades el que determina su mercantilidad, y no su forma⁵⁹, que aparece como

M., La imposizioni sul reddito degli enti non commerciali, Milano: Giuffrè, 1996, p. 24; y FALSITTA, G., *Manuale di diritto tributario*, Padova: Cedam, 1997, p. 292.

59 Véase, al respecto Enrique ELÍAS LAROZA, *op. cit.*, quien señala que:

neutral. La sociedad es definida en ley peruana por el ejercicio de actividades económicas.⁶⁰ No así en otras circuncripciones.⁶¹

Resulta pues difícil en el Perú afirmar, sin una base muy sólida y extraordinariamente afincada en doctrina y en jurisprudencia, que si el legislador del Código Civil hizo coincidir los fines de las personas jurídicas que regula con sus actividades —no lucrativas—, y el legislador de la LGS hizo coincidir las actividades económicas de las corporaciones que regula con su mercantilidad —y de ahí su distinto tratamiento normativo y principios rectores— que las asociaciones puedan desarrollar actividades económicas libre e indistintamente y como eje principal, y no como un elemento puramente accesorio y eventual; y/o que puedan luego de su constitución, ingre-

“La nueva LGS abandona la concepción según la cual la naturaleza de las sociedades civiles y mercantiles es considerada distinta. Las dos formas de sociedades civiles contempladas en la LGS son tratadas como una forma societaria más. A pesar de que se mantenga la nomenclatura tradicional, actualmente solo existe una distinción meramente formal entre las sociedades mercantiles y las civiles.”

60 LEY GENERAL DE SOCIEDADES, “Artículo 1. La Sociedad. Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas.”. Ahora bien, si una sociedad es definida por su actividad, debería concordar con la idea del lucro, pero a mi juicio, faltó engranar el articulado.

61 En España, por ejemplo, el objeto es indiferente, y así lo afirma la ley: “*Ley de sociedades de capital*. Artículo 2. Carácter mercantil. Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil.”

sar en un procedimiento que así se lo permita, ya de manera exclusiva, y bajo una nueva forma, esta vez societaria.

Estas razones me impiden concordar, por ejemplo, con la Resolución N.º 79-2016-SUNARP-TR-L, emitida por el Tribunal Registral de la Sunarp, que señala que una Asociación puede realizar cualquier tipo de actividad económica o mercantil, y, que aquella este contenida en su objeto; porque, de cierto, contraviene toda la estructura que fundamenta el sistema peruano de reconocimiento de estos tipos sociales. En breve, equipara a la asociación con la sociedad, confundíendolas, lo que es claramente distinto para las normas que las regulan, que ciertamente no han sido modificadas por la emisión de tal resolución. Ello sin perjuicio a los efectos tributarios que tal implica, ya que no obtendría exoneraciones o inafectaciones.

Habrà de tomarse en consideración que las asociaciones realizan distintos tipos de actividades, algunas únicamente a favor de sus miembros (*v. g.* un club social), otras a favor de un fin caritativo; y las hay de las que transcurren por ambas situaciones. Lo mismo en torno a la forma como reúnen su patrimonio, que en algunos casos es exclusivamente a través de aportes, en otras por donaciones, y otras por la realización de actividades económicas —no habituales—; y algunas más en las que interactúan más de una de estas formas. No parece equitativo que su tratamiento sea equivalente —como no lo es para el legislador tributario, al establecer diferencias a las

organizaciones no lucrativas, según su objeto, y no su fin (véanse los artículos 18 y 19 de la LIR)—.

De ahí, que cause cierta impresión lo expresado tanto por el Tribunal Constitucional⁶², como por el Tribunal Registral⁶³ en su caso, cuando indican que no hay impedimento para que una asociación no pueda realizar cualquier tipo de actividad económica o mercantil. Esto solo puede ser de manera eventual, y como se ha explicado antes, ello no solo contraviene el marco legal asociado a las sociedades y otras formas de organización empresarial (EIRL, por ejemplo), sino que también se opone a la legislación tributaria.

Finalmente, y como fácilmente puede observarse, tal relación impone riesgos y costos altísimos a los asociados en tales organizaciones, que devendrían en disuasorios para tales emprendimientos. No es menor pues advertir que, (i) rendir el derecho de propiedad a las acciones en una sociedad, a cambio de la membresía en una asociación, o lo que es lo mismo, dejar de ser accionista —de una sociedad— para ser asociado —de una asociación—, (ii) donde la *affectio societatis* juega un factor principal, (iii) así también los deberes fiduciarios de socio y administrador, (iv) la posibilidad de una salida no negociada —expulsión o separación— sin contra-

62 Véase, al respecto la STC, Exp. N.º 1027-2004-AA/TC, Cusco, caso Melquiades Cruz Huamán y otros.

63 Véase, al respecto la Resolución N.º 079-2016-Sunarp-TR-L, Apelante: Edwin Jacinto Ramos Zea.

prestación, y (v) la negación de beneficios por parte de la administración tributaria; son todos riesgos evidentes si se adopta el modelo de asociación económica o mercantil, lo que resultaría en una decisión muy poco juiciosa —y antieconómica— por parte de un asociado aportante.

Se ha de distinguir entonces, entre el propósito que se persigue (*fin*), de la actividad que se desarrolla (objeto)⁶⁴. Por ello, se ha hecho deslinde a su vez entre el *fin inmediato* (objeto social), del *fin mediato* (causa), que sería aquello que se persigue con la creación del corporativo.⁶⁵

Se señala que la asociación persigue un fin no lucrativo (art. 80 del Código Civil), haciendo depender el diseño corporativo a una causa imposible (todas las corporaciones lucran, de lo contrario vendrían en insolventes y saldrían del mercado).

Si no se concluye como lo antes expuesto, significaría una imprecisión para el Código Civil no abordar, y por tanto no solucionar, cuál es la pauta para verificar que actividades son las propias de una asociación, cuál será su objeto, y si existen limitaciones para el mismo; lo que en efecto no hace.

Una primera respuesta es que, al no existir limitación expresa alguna, la asociación podrá abocarse a cualquier objeto, siempre que no persiga fines de lucro.

Otra será, que podrá abocarse a cualquier objeto, siempre que finalmen-

te no persiga fines de lucro —respuesta por supuesto, con la que no puedo estar de acuerdo, conforme los razonamientos anteriores—.

Una tercera respuesta se encauza en reconocer que la ley confunde y mimetiza, los conceptos de fin con objeto social.

Al leer al ponente del libro primero del Código Civil, comentando el artículo 80 se puede verificar que este manifiesta que:

En toda asociación existe un estatuto que regula lo atinente a su organización, precisa sus fines, su sistema operativo, el rol o funciones de sus diversos órganos.” y “Es importante la precisión que se formula en el artículo 80 cuando indica que *la actividad común* que realizan los asociados *no ha de ser lucrativa*, no debe pretender la obtención de beneficios económicos directos en favor de sus miembros. *La finalidad prevista debe ser* el realizar cualquier actividad en común que no tenga como propósito el lucro. En este sentido es posible imaginar *cualquier finalidad lícita*, que no atente contra el orden público y las buenas costumbres y *se ajuste a la naturaleza misma de la asociación*⁶⁶. [El resaltado es nuestro].

Del mismo modo, al comentar el artículo 81 del Código Civil, en lo que corresponde a los fines que deben estar expresados en el estatuto, el mismo ponente señala que “*El fin valioso* libremente elegido por los asociados en el acto constitutivo, *no debe tener carácter lucrativo*”⁶⁷. [El resaltado es nuestro].

64 BOZA DIBÓS, Beatriz, “La persona jurídica sin fin de lucro”, en *Themis*, n.º 12, Lima: 1998.

65 SALAS MURILLO, *op. cit.*

66 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 4.ª ed., Lima: Cultural Cuzco, 1990.

67 *Loc. cit.*

Ya que la respuesta está dada por el propio legislador —que coincide con la primera opción que antes se había anotado—, y es que se utiliza el vocablo fin como símil al de actividad, y para lo que en su caso referimos como el objeto social. En este sentido, la actividad estará definida por su carácter no lucrativo. Esto es acorde con las concepciones jurídicas imperantes en la época en las que puede haberse inspirado⁶⁸ y es perfectamente compatible con lo señalado por el legislador en la LGS. Otras respuestas resultarían, difícilmente, conciliadoras con el sistema actualmente en vigencia.

Añadiendo a la explicación y justificación hecha por el ponente, se ha dicho que

Entonces, el que una persona jurídica sea o no lucrativa no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus miembros se relacionan con ella; esto es, si buscan en la realización de las actividades un beneficio propio a través del reparto de utilidades, en cuyo caso será lucrativa, o conseguir fondos para dedicarlos a realizar su fin social, en cuyo caso será no lucrativa.⁶⁹

Se asume esta opinión en lo que se corresponde con el instituto en análisis,

y es que pueden realizar actividad económica de manera accesorio, para cumplir sus fines, pero no estipulada en su objeto —estatutario—.

Ante otra interrogante de si la asociación puede tener uno o más objetos, y por ende deba aplicarse el *principio de determinación del objeto*, debo inclinarme por argumentar que en efecto, este corporativo puede contener varias actividades que formen parte de su objeto social, acorde a su naturaleza, como ocurre con las sociedades⁷⁰. No veo el impedimento para no aplicar la misma regla establecida en sociedades, que en este caso. De hecho, la legislación tributaria ya ha respondido la cuestión, cuando permite que las asociaciones que soliciten la exoneración del Impuesto a la Renta —y la facultad de percibir donaciones— puedan verificar un objeto múltiple (art. 19 de la LIR).

En lo que refiere al principio corporativo citado, me adscribo a lo que ya propuse en otra ocasión extensamente, y es que al ceñirse al *principio causal la persona jurídica*, resulta innecesario exigir la determinación del objeto, que

68 Véase, al respecto, en el mismo sentido, TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Madrid: Revista de derecho privado, 1967. Asimismo, MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1979. También, JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, t. I, vol. I, Buenos Aires: Bosch y Cía Ed., 1950. Asimismo, MAZEAUD, Henri y León, *Lecciones de derecho civil*, vol. II, Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1959.

69 DE BELAÚNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, *op. cit.*

70 LEY GENERAL DE SOCIEDADES, “Artículo 11. Objeto social. La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto. La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.”

ya de por sí está limitado.⁷¹ La LGS por otra parte, no ha causalizado nada, configurando a las sociedades a través de una estructura neutra, la que puede ser aprovechada para cualquier finalidad.⁷², ya que es el objeto la que la somete a la mercantilidad, y no la forma.

Finalmente, citaré el siguiente artículo del Código Civil:

Artículo 98. Destino del patrimonio post-liquidación.

Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.

Es interesante hacer notar que el Código Civil no señala o indica en ninguna de sus estipulaciones, que no puede o debe haber distribución del patrimonio de la organización, directa o indirectamente entre sus miembros, antes de la disolución y liquidación. El artículo citado solo dispone que, para el caso de la liquidación, el patrimonio no puede ser destinado a los asociados. Ello resulta insuficiente e ineficiente, como se pasará a explicar a continuación.

Ante la insuficiencia atribuida al artículo citado, la doctrina más autorizada se ha visto en el trance de explicar, con motivo de la mal llamada transformación de asociaciones en sociedades (en lo que a resoluciones registrales, se refiere), lo siguiente:

Insisto en que la naturaleza de las personas no lucrativas no puede cambiar a una de carácter lucrativo. Ello entra en manifiesto contraste con la esencia de este tipo de personas jurídicas, por cuanto no se explicaría que, en una opción más extrema, como es la de extinción de la misma, se excluye la posibilidad de que los miembros se beneficien económicamente con el saldo resultante. [...] El transformar una persona jurídica no lucrativa haría que lo integrantes se beneficien directamente con el patrimonio de la persona jurídica, posibilidad que no está permitida por ley, según los artículos citados⁷³. [El autor se refiera los artículos 98, 110 y 122 del CC para el caso de liquidación de Asociaciones, Fundaciones y Comités, respectivamente].

El autor explicita lo que en este artículo también se pretende, junto a otros, se ha venido sosteniendo antes⁷⁴.

Primero, se debe comprender que, en un escenario, si cuando se ha producido la liquidación de todo el patrimonio de una asociación, esto es, la resolución de todas sus relaciones jurídicas, no existiendo acreedores que puedan reclamar

71 SALAZAR GALLEGOS, Max, "El objeto social y los fines en las sociedades y asociaciones", en *Actualidad civil*, n.º 12, Lima: junio de 2015, pp. 102-113.

72 ORTEGA PARRA, Sonia y José, EMBID, *La participación del socio en las ganancias sociales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.

73 ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*, op. cit.

74 SALAZAR GALLEGOS, Max, ¿Unificación, transformación, fusión o creación de personas jurídicas?. A propósito del caso de la adecuación de instituciones educativas, en *Actualidad jurídica*, n.º 123, Lima: febrero del 2004, pp. 59-68.

sobre los bienes, la ley impide que el haber neto resultante posliquidación pueda ser repartido entre los miembros —es decir, en la situación límite, con cero riesgos de daño a terceros—; *ergo*, en una situación menos extrema, tampoco se podrá disponer del patrimonio antes de ello, puesto que el riesgo mencionado si estaría presente. Pero ello no acaba allí, pues ella no es la justificación principal.

Segundo, la persona jurídica “asociación” se constituye con una finalidad expresa y estrictamente causalizada, sin fines de lucro, siguiendo el *principio causal*, como lo ha expresado el legislador y se deduce claramente de su texto. Tal composición organizacional implica que el patrimonio así dispuesto, solo puede perseguir y aplicarse a tal causa, hasta su agotamiento o imposibilidad⁷⁵. Este es un concepto corporativo elemental y que se verifica, (i) no solo por el tipo social —que redundante en su naturaleza—, sino (ii) por la voluntad de los socios —que debe presumirse *iure et de iure* en ese mismo sentido, al pactar la constitución del tipo social— y la confianza razonable —de los miembros— en este fin; lo mismo respecto los donantes; y (iii) por el mandato legal implícito

en el Principio citado, contenido en la regulación.

Tercero, en el transcurrir de la vida de una asociación, esta adquiere una serie de bienes, recibe donaciones⁷⁶, se ve beneficiada por mecanismos de exención de obligaciones tributarias⁷⁷ y créditos preferenciales⁷⁸. Lo mismo ocurre con cualquier ONL. Esto sucede precisamente por la naturaleza misma del instituto bajo estudio, y es que el Estado ejerce una política promocional para su desarrollo en la medida que no persigue un fin lucrativo. Por ello, el patrimonio así producido es fruto de diversos beneficios tributarios, que se ofrecen y obtienen por la naturaleza intrínseca del corporativo, y lo que se razona, será utilizado única y exclusivamente para perseguir fines no lucrativos, siempre —lo que incentiva a la sociedad, los donadores y al Estado, para los beneficios obtenidos—. Destinar ese patrimonio a una causa distinta, esta vez lucrativa, constituiría una defraudación al derecho y expectativas basadas en la causa inicial.

75 SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Parte general: t. I*, vol. III, 2.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 803; al respecto se señala refiriéndose a las fundaciones: “[...] En los supuestos de que el fin se ha tornado de imposible consecución, o se ha agotado, o el patrimonio es insuficiente, el Poder administrador puede decidir la transformación del ente si lo considera de utilidad general[...].”

76 VICTORIA LEÓN, César Luna, “El régimen patrimonial de las asociaciones civiles”, en *Themis*, n.º 5, 1986, p. 52. Comenta que: “Es de alguna manera evidente que el nuevo rol de las asociaciones civiles es financiado por donaciones o créditos promocionales [...]”

77 PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *Ley del Impuesto a la Renta*, D. Leg. N.º 774, “Artículo 19. Están exonerados del impuesto [...]: b) Las rentas destinadas a sus fines específicos en el país de fundaciones afectas y de asociaciones sin fines de lucro [...]”

78 Otorgados por COFIDE, por ejemplo.

Cuarto, finalmente, al no existir títulos representativos de participación social que determinen propiedad exclusiva sobre la persona jurídica y su patrimonio en forma de reparto de dividendos, como por ejemplo un socio con acciones —que además es un acreedor de segundo grado de la organización, con derechos residuales, inexistentes en una ONL—, se entiende y verifica que los beneficios (lucro objetivo) revierten en sí misma, sin incrementar el patrimonio personal de los asociados (lucro subjetivo); que reitero, no tienen un derecho de propiedad sobre la institución, su patrimonio o al reparto. Esto guarda sentido con las disposiciones del Código Civil (art. 98) y el destino final del patrimonio social ante una eventual extinción del sujeto corporativo en cualquier etapa de su vida.

La transformación como mecanismo de reorganización, por ejemplo, y cualquier otra forma de disposición patrimonial, por el contrario, en principio trastocaría estos supuestos de derecho.

El costo de la inobservancia de estos principios y conceptos, inherentes a las actividades de las ONL, puede resultar muy alto y parecer poco equitativo, además de una inversión inícuca para los *shareholders* y *stakeholders* de las mismas. De este modo, al permitir la desviación de los fines de las ONL, o la distribución directa o indirecta de su patrimonio —tangible o no—, en cualquier etapa de sus actividades, podría (i) fomentar un enriquecimiento indebido, (ii) la desinversión de recursos públicos, (ii)

la aplicación de preferencias tributarias sectoriales injustificadas, y (iv) hasta un ejercicio abusivo de derechos, según los casos concretos, y más preocupantes.

Ante estos argumentos, no estoy pues de acuerdo con la técnica legislativa que se verifica en el texto del artículo bajo comentario, que pudo ser mejor logrado.

Haré hincapié entonces en el principio que este artículo no ha recogido, cuando debió hacerlo, y que incide también en una reorganización, cual es el de *non distribution constraint principle*, (*principio de restricción a la distribución*) y que es la piedra angular del derecho de organizaciones no lucrativas.

Sobre el particular, como explicó H. HASMANN al respecto, una organización no lucrativa no está impedida de obtener beneficios concebidos como ganancia o lucro. De hecho, muchas corporaciones no lucrativas se muestran de manera consistente superavitarias anualmente. Más bien, la característica crítica de una organización no lucrativa es, que está prohibida de distribuir esa ganancia o lucro a las personas que ejercitan el control sobre la misma, como pueden ser sus miembros, ejecutivos, directivos u otros administradores. Todas las ganancias o lucro obtenido deben, por el contrario, ser retenidos y reinvertidos para financiar las actividades respecto de las cuales la corporación fue constituida.

Como resultado de esta “restricción a la distribución”, una corporación

no lucrativa, por definición, no tiene propietarios, esto es, ninguna persona que pueda a su vez mantener títulos de participación social que le permitan controlar y recibir beneficios residuales de la corporación⁷⁹.

Como se observa, este *principio de restricción a la distribución* determina que, toda ONL, se encuentra prohibida de distribuir sus ganancias y patrimonio obtenido entre las personas que la conforman o ejerzan control sobre la misma, ya sean sus miembros, empleados, representantes y/o directivos.

Entonces, el *principio de no distribución o de restricción a la distribución o non-distribution constraint*,⁸⁰ —el principio— aplicable en general a todas las ONL, bien podría explicarse mejor y aportarse de manera explícita por la legislación, dada la evidente polémica que ha generado su falta de precisión, y que justificaría una mejor regulación de las reorganizaciones atípicas.

Algunos ejemplos legislativos paralelos servirán de base para poder exponer y comprender mejor esta situación.

En Argentina, el Código Civil señala sobre el particular:

Artículo 168. Objeto. La asociación civil⁸¹ debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro

del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales.

No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros. [El resaltado es nuestro]

Artículo 185. Procedimiento de liquidación. El procedimiento de liquidación se rige por las disposiciones del estatuto y se lleva a cabo bajo la vigilancia del órgano de fiscalización.

Cualquiera sea la causa de disolución, el patrimonio resultante de la liquidación no se distribuye entre los asociados. En todos los casos debe darse el destino previsto en el estatuto y, a falta de previsión, el remanente debe destinarse a otra asociación civil domiciliada en la República de objeto igual o similar a la liquidada.

En España, la Ley Orgánica N.º 1/2002, emitida el 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, a su vez, verifica:

Artículo 13. Régimen de actividades.

1. Las asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades.
2. *Los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo.* [El resaltado nuestro].

79 HANSMANN, Henry B., "The role of nonprofit enterprise", en *The Yale law journal*, n.º 5, New York: abril de 1980, pp. 835-901.

80 *Loc cit.*

81 En el Perú simplemente Asociación.

En Chile, la ley número 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, dice:

Artículo 556. Las asociaciones y fundaciones podrán adquirir, conservar y enajenar toda clase de bienes, a título gratuito u oneroso, por actos entre vivos o por causa de muerte.

El patrimonio de una asociación se integrará, además, por los aportes ordinarios o extraordinarios que la asamblea imponga a sus asociados, con arreglo a los estatutos.

Las rentas, utilidades, beneficios o excedentes de la asociación no podrán distribuirse entre los asociados ni aún en caso de disolución. [El resaltado es nuestro]

Artículo 557-2. Las asociaciones y fundaciones podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines. Asimismo, podrán invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración.

Las rentas que se perciban de esas actividades sólo deberán destinarse a los fines de la asociación o fundación o a incrementar su patrimonio. [El resaltado es nuestro]

En todas estas legislaciones se explicita, como no se hace en la peruana, la imposibilidad de distribución de rentas entre los miembros —en cualquier caso—, y el destino ineludible del patrimonio conformado a la causa no lucrativa.

La normativa del Código Civil es eficiente, aun cuando incompleta, y guarda relación con determinadas características que son comunes a los entes no lucrativos; diseñada considerando entre otros, las siguientes situaciones:

(i) La inexistencia de vínculos de propiedad entre los miembros y admi-

nistradores de la corporación con el vehículo jurídico mismo. Situación distinta en una sociedad, donde los socios aportan y/o adquieren propiedad y por ello la aplicación de la regla general de libre disposición de sus títulos y su constitución como acreedores de segundo grado de la misma (cobran después que los demás acreedores en caso de liquidación, con la excepción del caso de la reducción voluntaria de capital), contabilizándose estas acreencias en el pasivo de la corporación, cuenta capital por aportes; empero, en las asociaciones no existe libre disposición y su contabilidad no refleja ningún pasivo por deuda a los socios.⁸²

(ii) La inexistencia de derecho a los dividendos ante la falta de nexo relacional válido (propiedad) con los socios, cuestión que si ocurre en sociedades.⁸³(iii) La inexistencia de una cifra capital, pues no resulta

82 Lo que deja un amplio margen de discusión respecto al derecho de propiedad en las corporaciones, especialmente en lo que se refiere a su autonomía patrimonial, pues si la sociedad es autónoma y el patrimonio se adscribe solo a ella, ¿Por qué todo lo que no es capital tiene vocación de disposición y reparto a favor de terceros? Una respuesta fundamentada únicamente en el mandato de la ley no hace sino implicar una contradicción de supuestos.

83 Véase, al respecto, aun cuando se acepta para los trabajadores por mandato legal, en el Perú, la CONSTITUCIÓN POLÍTICA, "Artículo 29. Participación de los Trabajadores. El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación."

necesaria, ya que no cumple las funciones que se verifican en una sociedad, como son entre otros, a) servir de garantía mínima a los acreedores, b) su correlativa obligación de conservarlo y denunciar su reducción a límites previamente establecidos⁸⁴, c) servir como cifra de retención para el reparto de dividendos, d) precisar el porcentaje de participación de los socios, por tanto la atribución proporcional de derechos políticos y económicos; en las asociaciones, en principio, todos los socios son exactamente iguales, tienen un solo voto y gozan de los mismos derechos y deberes, salvo discriminaciones voluntarias para derechos de goce no basadas en un perfil económico —derechos explícitos de fundadores, por ejemplo—, lo que explica porque no existen asientos registrales de capitalización en las partidas registrales de este tipo de entes.

- (iv) La inexistencia de la obligación para constituir reservas legales, relacionadas a la cifra capital, también por su inutilidad, ya que estas nacen frente al derecho a la percepción de utilidades, y por tanto se encuentran destinadas, entre otros, a evitar un desbalance deficitario y favorecer a los acreedores al aumentar el patrimonio⁸⁵. En asociaciones, el

principio de prenda general para los acreedores rige sobre todo el patrimonio de las mismas, es decir, todo el patrimonio constituye garantía al no haber vocación alguna de reparto sobre el mismo.

Así, expuestos los hechos, los socios y administradores de una asociación —y otras ONL— no tienen derecho al patrimonio de la misma, bajo ninguna circunstancia o tiempo. A esto, y para mis antiguos lectores, yo muchas veces lo llame en clase simplemente como el *principio del fin no lucrativo*, muy cercano a lo que el derecho americano ha dado en llamar la *charitable trust doctrine*, siendo este último más limitado y aplicable solo a determinadas formas corporativas.

El principio, requiere entonces que, por ejemplo, cualquier donación efectuada a favor de una entidad no lucrativa, solo debe ser utilizada para satisfacer los propósitos no lucrativos de la misma, aun cuando el donante no lo haya expresado así al momento de constituirse como tal, o así la entidad modifique su objeto, transfiera activos donados o se disuelva. Y el mismo principio persigue a todo su patrimonio, dado el fin causalizado expresado al constituirse, y los beneficios tributarios otorgados por el Estado, que representa a la comunidad toda.

Pero la normativa del Código Civil y la aparente intangibilidad del patrimonio de la asociación —y de otras ONL, que debieran seguir el principio— y la

84 Que dice relación porcentual con el patrimonio como causal de disolución, como se hace en muchas legislaciones.

85 GARRIGUÉS, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 4.ª ed., México: Porrúa.

imposibilidad de relacionarlo con los miembros y administradores, está sujeta a otras consideraciones legales que se debe atender y que líneas atrás se han esbozado.

En este camino de razones, la LIR indica:

Art. 19. Están exonerados del impuesto hasta el 31 de diciembre de 2016: [...]

- a) *Las rentas de fundaciones afectas y de asociaciones sin fines de lucro cuyo instrumento de constitución comprenda exclusivamente, alguno o varios de los siguientes fines: beneficencia, asistencia social, educación, cultural, científica, artística, literaria, deportiva, política, gremiales, y/o de vivienda; siempre que destinen sus rentas a sus fines específicos en el país; no las distribuyan, directa o indirectamente, entre los asociados o partes vinculadas a estos o a aquellas, y que en sus estatutos esté previsto que su patrimonio se destinará, en caso de disolución, a cualquiera de los fines contemplados en este inciso. [...]* [El resaltado es nuestro].

Como se puede concluir, la LIR hace relación lógica con la normativa del Código Civil, y en este sentido, genera la obligación de la asociación —y cualquier otra ONL— para cumplir con cuatro requisitos esenciales para su constitución:

- 1) Un objeto social circunscrito a las actividades que expresamente señala la ley —a lo que el *principio de determinación* viene siendo tributario— y que se vincula claramente al *principio causal*.
- 2) El destino último de las rentas obtenidas a favor del cumplimiento

único de dicho objeto social, en el país; o la aplicación del *principio del fin no lucrativo*.

- 3) La no distribución de rentas entre los asociados o partes vinculadas; o lo que es lo mismo, la aplicación del *non distribution constraint principle* o *principio de no distribución o de restricción a la distribución*.
- 4) El destino final del patrimonio, previamente determinado por ley en caso de liquidación, esto es, respetar lo que se apuntó en llamar el *principio de vinculación global* (debe entenderse así, y que la LIR erró al mencionar disolución por liquidación, pues la primera no implica un destino final para su patrimonio, lo que sí hace la liquidación, es decir, algo más o menos parecido al error que comete el legislador del 2002 al redactar la modificación del artículo 95 del Código Civil)⁸⁶.

Es cierto que, la inobservancia de estos preceptos tributarios, no constituyen óbice para la constitución de una asociación, en particular la restricción del objeto social, en este caso, ceñidos de forma exclusiva a una o más de las actividades expresamente consignadas en el artículo 19 de la LIR —solo nueve—.

Luego, se me hace difícil pensar en alguien proclive a constituir un vehículo

86 SALAZAR GALLEGOS, Max, “Los conceptos de disolución liquidación en las organizaciones no lucrativas”, en *Gaceta civil & procesal civil*, n.º 33, Lima: Marzo, 2016.

jurídico como este, no lucrativo, para a través del mismo, encausar tales actividades, sin relación de propiedad [y sus consecuencias, líneas atrás descritas—(i) rendir el derecho de propiedad a las acciones en una sociedad por la membresía en una asociación, (ii) donde la *affectio societatis* juega un factor principal, (iii) así también los deberes fiduciarios de socio y administrador, (iv) la posibilidad de una salida no negociada—expulsión o separación—sin contraprestación, y (v) la negación de beneficios por parte de la administración tributaria; todos riesgos evidentes si adoptamos el modelo de asociación económica o mercantil—] y por tanto, sin goce de la exoneración del impuesto a los ingresos, cual es el beneficio tributario fundamental que mueve a los interesados a la adopción de tal tipo corporativo, lo que resulta obvio, ¿no es así?

Dicho de otro modo, si usted no constituye una asociación bajo los criterios de la LIR, (i) no se le reconocerá ningún beneficio tributario —los más importantes: exoneración la pago de impuesto a la renta y percepción de donaciones—, (ii) por lo que tributará como cualquier sociedad afecta; (ii) y lo anterior implicará que se habrá renunciado al derecho de propiedad —la titularidad que le permite disponer de sus acciones o participaciones libremente, en la generalidad de los casos, y su derecho a ejercitar poder respecto de su cuota de aporte, entre ellos, su derecho al reparto de utilidades— sin ningún beneficio a cambio.

Cuando uno constituye una ONL o se hace parte de la misma, renuncia a su derecho de propiedad a cambio de beneficios tributarios de diversa índole, que varían de acuerdo al tipo de organización de la que se trate, o la actividad específica a la que se avoque. Beneficios sin los cuales, muchas veces, la actividad puede terminar siendo estéril.

Estas razones de intangibilidad y encausamiento finalista del patrimonio de una ONL, llevan a razonar a muchas legislaciones, y la más autorizada doctrina, en el sentido de impedir que una asociación pueda modificar su estructura a favor de una organización lucrativa.

7. ¿Cuál es entonces la *ratio legis* que subyace al artículo 98 del CC y al artículo 19, literal b) de la LIR y su relación con las reorganizaciones

A este respecto existen varios comentarios relacionados con *restructuring activities*, supuestamente aplicables a asociaciones, donde se justifica que, por el simple hecho de no encontrar impedimentos legales expresos, estas podrían hacer con su patrimonio lo que les plazca.

En este artículo no se está de acuerdo con las opiniones vertidas y se cree necesario analizar primero, la *ratio legis* de los preceptos legales del Código Civil y la Ley del Impuesto a la Renta antes citados; luego su funcionalidad, así como los costos y consecuencias de su aplicación, más la naturaleza jurídica de los entes involucrados; para finalmente concluir en uno u otro supuesto, como lo he hecho en las líneas que preceden.

Al establecer exoneraciones tributarias a ONL, el legislador pretende, entre otros, promover la realización de determinadas actividades no lucrativas —taxativamente dispuestas en los artículos 18 y 19 de la LIR—, porque las considera valiosas y de interés público, toda vez que, aparentemente, estas no están dirigidas al incremento patrimonial particular de quienes se avocan a las mismas; cumplen una función importante en la sociedad; coadyuvan a los fines del Estado; y es posible —y de hecho deseable— que no compitan con la actividad mercantil.⁸⁷

En este sentido, el erario público no se compromete a solventarlas de forma directa, haciéndolas parte del presupuesto de la República, u otorgándoles créditos; pero sí las solventa de manera indirecta, estableciendo el beneficio tributario que considere necesario, justamente porque estas son beneficiosas para la comunidad y, por tanto, deben alentarse.

Conforme a lo expuesto, otorgada la exoneración, o inafectación en su caso, la meta es resguardar que los recursos y patrimonio de las ONL que se han visto incrementados como producto de

tales beneficios tributarios (esto es, con ayuda del Estado), y que no terminen destinándose a actividades distintas a las previstas por la norma, y así se garantice la continuidad de la realización de una actividad que ha sido exonerada, o que ese patrimonio se avoque a otras actividades similares de interés social, aplicando el principio del fin no lucrativo o caritativo.

Esta situación no es única en el Perú, sino que ocurre en muchas partes del mundo.

Son todas estas consideraciones las que llevaron al legislador en el pasado a pronunciarse de forma expresa y de manera *ad hoc* determinados casos de transformación de ONL, por ejemplo. Esto mismo llevó a la doctrina nacional y extranjera a negar la posibilidad de transformación de las asociaciones en sociedades —como el caso de (i) la Bolsa de Valores de Lima, (ii) las empresas agrarias, (iii) las instituciones educativas, y (iv) los clubes de fútbol—, y cuya razón se aplica igual al momento de definir cuales procesos de reorganización resultan aplicables a las ONL.⁸⁸

De allí que no coincidimos en su oportunidad plenamente con el tribunal registral y su “solución” del instituto de transformación registral de asociaciones en sociedades; esto es, crear una *pseudo*

87 SUPERINTENDENCIA NACIONAL ADJUNTA DE DESARROLLO ESTRATÉGICO, *Informe N.º 70-2014-SUNAT/5D0000*, “De la norma citada fluye que la finalidad de la exoneración establecida en el inciso b) del artículo 19 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta es promover las actividades de las asociaciones sin fines de lucro comprendidas en los fines a que se refiere dicho inciso, que en general son fines de interés público y de utilidad social”.

88 Véase, al respecto, SALAZAR GALLEGOS, Max, “Transformación de Sociedades y otras, Personas Jurídicas. Algunas razones legales y económicas”, en *Revista jurídica del Perú*, n.º 103, Lima: setiembre del 2009, pp. 335- 349.

forma reorganizativa —lejana a la establecida en la LGS y en la legislación comparada—, que implicaría liquidar el patrimonio de la persona jurídica para luego efectuar nuevos aportes, para así llegar a una transformación; situación que se aparta de lo normado por la legislación societaria y del supuesto que la sustenta.⁸⁹

8. Derechos intrínsecos que nacen de la decisión corporativa de reorganización

Las reorganizaciones, como se ha podido comprobar, constituyen actos y procedimientos complejos corporativos, que reestructuran y modifican de manera extraordinaria y sustancial el pacto social, el estatuto, la fe pública y, por ende, la vida y continuidad intrínseca y extrínseca de la corporación. Estas se relacionan y justifican algunos derechos que a continuación mencionamos.

89 La “solución” aludida es curiosa, pues desprendida de la Transformación su razón principal, es decir, la conservación de los derechos y obligaciones del ente corporativo, para continuar sus relaciones bajo una nueva forma jurídica. La liquidación del patrimonio antes de la transformación —exigencia hecha por el TR— vacía de contenido la operación societaria —su razón de ser y la justificación para su legislación—, y deja solo el cascarón de la personalidad, o el *corporate shell*, abstrayéndola de sus relaciones jurídicas. Así, resulta mucho más costoso para el particular, en tiempo y dinero, transitar por el camino de la reorganización, mientras en paralelo tiene libre el camino de la constitución de una nueva sociedad —menos oneroso y mucho más rápido—, ya que ambos generan el mismo resultado. Sin mencionar el costo social hundido en el procedimiento burocrático registral.

8.1. El derecho de oposición

Conforme lo anterior, la decisión de reorganización, es una condición para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores de la organización.

Regulado en los artículos artículo 359 (fusión) y 383 (escisión) de la Ley General de Sociedades, no así obviamente para la transformación; el acreedor de cualquiera de las sociedades participantes tiene derecho de oposición, el que se regula por lo dispuesto en el artículo 219 de la misma ley⁹⁰.

Constituye un derecho mínimo de protección y garantía que debe ser observado, que se basa en la posibilidad de

90 LEY GENERAL DE SOCIEDADES, “Artículo 219. Derecho de oposición. El acreedor de la sociedad, aun cuando su crédito esté sujeto a condición o a plazo, tiene derecho de oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción del capital si su crédito no se encuentra adecuadamente garantizado.

El ejercicio del derecho de oposición caduca en el plazo de treinta días de la fecha de la última publicación de los avisos a que se refiere el artículo 217. Es válida la oposición hecha conjuntamente por dos o más acreedores; si se plantean separadamente se deben acumular ante el juez que conoció la primera oposición. La oposición se tramita por el proceso sumarísimo, suspendiéndose la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez, quien procede a dictar la medida cautelar correspondiente. Igualmente, la reducción del capital podrá ejecutarse tan pronto se notifique al acreedor que una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, ha constituido fianza solidaria a favor de la sociedad por el importe de su crédito, intereses, comisiones y demás componentes de la deuda y por el plazo que sea necesario para que caduque la pretensión de exigir su cumplimiento.”

debilitamiento de las garantías efectivas de los acreedores⁹¹.

8.2. El derecho de separación (o receso)

La decisión de reorganización, es una condición necesaria e inherente para el ejercicio del derecho de separación, salvo se trate de un acuerdo unánime. Se trata de un derecho típico vinculado a los cambios estructurales corporativos⁹².

Es un derecho que se le otorga a todo socio disidente de la corporación cuando esta última opta por un acto de reorganización. Se funda en las expectativas razonables de quien ingresa a una corporación, que persigue un fin determinado. La alteración sustancial de las relaciones que resulta del cambio estructural aprobado lo determina y hace efectivo, funcionando como un mecanismo de defensa a favor del socio disidente; aunque otro sector de la doctrina lo visualiza como una condición contractual implícita en el pacto societario⁹³.

Tampoco pasa desapercibida como parte de su explicación, el desarrollo de *la teoría de la liquidez*, cuando verifica que el mercado donde operan las empresas no cotizadas se caracteriza

principalmente por ser de baja liquidez, esto porque los agentes que operan en él deben incurrir en mayores costes de transacción que si operaran dentro del mercado de capitales. Esto representa bajo poder de negociación para los socios. La mayor cantidad de reorganizaciones se produce entre sociedades no cotizadas.⁹⁴

En el caso de las ONL, de acuerdo a la aplicación de los principios expuestos líneas atrás, la alteración sustantiva del corporativo resulta de particular relevancia para el miembro, que no se comporta como un inversionista común, sino que busca, la mayor parte de las veces, estrechar vínculos con otros miembros.

En este sentido, una persona socia de una corporación lucrativa, con motivo de una reorganización, tiene el derecho a formar parte y recibir acciones o participaciones de la nueva forma corporativa, u oponerse a la modificación estructural significativa que ello implica, y recibir el precio en moneda por el valor de la membresía a la que renuncia⁹⁵; derecho que resultaría en principio aplicable, ya sea en una sociedad, o en otro tipo de corporación, incluso una ONL, por supuesto, dependiendo de las circunstancias de cómo es que el miembro se relaciona con la misma.

91 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario. Parte General: Fusiones y otros actos de concentración*, t. XI, Argentina: Heliasta, 2008.

92 Ver por ejemplo, el artículo 200 de la LGS.

93 FISCHER, Daniel R., "The appraisal remedy in corporate law", en *American Bar Foundation Research Journal*, n.º 4, Lima: 1983, pp. 875-902.

94 VAYANOS, Dimitri y Jiang WANG, "Market liquidity theory and empirical evidence", en *The Paul Woolley centre working paper*, n.º 32, Cambridge: July 2012.

95 BAINBRIDGE, Stephen M., *Mergers and acquisitions*, 3.ª ed., New York: Foundation press, 2012.

Doctrina atendible, con la que estoy de acuerdo, ha señalado que la transformación de una asociación otorga a sus integrantes derechos de separación⁹⁶. En primer lugar, puede estar establecido en sus estatutos. Si estos no lo contemplaran, el derecho es atendible en virtud de la aplicación analógica del artículo 338 de la Ley General de Sociedades; comprendiendo que (i) se trata de un mecanismo de protección de minorías, (ii) es consustancial a la reorganización; (iii) la legislación que aprueba la transformación de una sociedad en asociación lo admite, por lo que no hay razón para negarlo u obviarlo a la inversa; (iv) no tiene relación y no se opone al artículo 91 del Código Civil.

Asumo también, que estas mismas razones son aplicables a las demás reorganizaciones.

En las ONL, y como hemos explicado en otros apuntes⁹⁷, la *affectio societatis* resulta de gran relevancia, de tal forma que la calidad de socio resulta difícilmente sustituible, y no es fácilmente cuantificable.

96 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. Parte General: Transformación de Sociedades*, t. X, Buenos Aires: Heliasta, 2006.

97 SALAZAR GALLEGOS, Max, "Libertad de Asociación, El tipo legal (corporativo), la titularidad de los miembros de una persona jurídica (lucrativa o no) y los mecanismos de acceso y salida de los que componen en relación de la denominada *affectio societatis*", en *JUS doctrina & práctica*, Lima: marzo del 2007.

Del mismo modo, como ha expresado H. HASMANN⁹⁸, los miembros de organizaciones sociales, como un club, por ejemplo, construyen estrechos lazos entre sí, que las más de las veces resultan ser el propósito más importante del hecho de formar parte de la asociación; es en la estrechez de dichos lazos y la estructura social que forman en la que invierte. Así, después de que una persona ha pasado a formar parte de un club por un determinado tiempo, otros clubs ya no resultan ser buenos sustitutos para el desarrollo de la actividad social, lo que ofrece una pobre compensación a la salida de los mismos. Esto no solo puede ocurrir en un club, sino en otros tipos de organizaciones no lucrativas.

Así, alrededor de la asociación, se construyen activos personales intangibles de muy difícil cuantificación. La actividad social inmersa en la mayoría de las Instituciones no lucrativas, y el comportamiento de los miembros entre sí constituye una inversión en amistades y lazos duraderos, un medio de congeniar y compenetrarse entre los mismos⁹⁹.

Entonces, se tiene que el ejercicio del derecho de separación resulta inherente y consustancial a la decisión de reorganización, pero, si en una sociedad este

98 HANSMANN, Henry, *The ownership of enterprise*, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

99 KLEIN, Benjamin; Robert CRAWFORD y Armen ALCHIAN, "Vertical Integration, Appropriable Rents & Competitive Contracting Process", en *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, 1978.

explícita y obliga al pago de una suma compensatoria por el valor de la inversión del socio, lo cual de por sí resulta complejo, en una asociación es casi imposible determinarlo, salvo el socio acepte una cantidad determinada. En dicha aceptación radica la posición legal estructural, y es que, para que el acto sea aprobado, debiera requerir de votación aprobatoria unánime¹⁰⁰, o definir contractualmente y de manera previa, tal escenario.

En sociedades, aun siendo compleja la cuantificación patrimonial, se parte de un parámetro casi unánime para valorar: el socio aportó, o adquirió de otro, una acción o participación, que lo hace inversionista, la misma que se equipara a un porcentaje sobre el patrimonio, alícuota del capital (art. 82 de la LGS), y que se paga una sola vez. De ahí se establece los criterios que expone el artículo 200 de la LGS.¹⁰¹

En una asociación, la cuantificación de las participaciones (art. 886, núm. 8 del CC), se reitera, resulta más difícil de determinar. En principio, no se requiere —necesariamente— de un aporte para asignar la calidad de asociado, salvo se establezca convencionalmente, por lo que no se compran¹⁰²; no ofrecen ninguna forma de utilidad o dividendo, y en un gran número de casos están sujetas

a la realización de aportes regulares. Los lazos sociales en que invierte el socio y la actividad que se despliega al interior a favor de la misma, resultan ser, las más de las veces, su mayor activo intangible.

Las participaciones tampoco son transferibles, salvo disponga lo contrario el estatuto (art. 89 del CC); y, aun así, esa transferencia —de producirse—, es efectuada sin la intervención patrimonial de la corporación. Tampoco hay un mercado acumulativo para las mismas.

No es menor apuntar que si bien existe la posibilidad —excepcional— de transferir una participación en una ONL, normalmente el ingreso del miembro está sujeto a la aprobación de un órgano calificador, que funciona como una barrera de acceso, restricción que en general no es común en una sociedad, salvo sea el caso de una cerrada.

Entonces, hay casos de ONL en los que existen parámetros de valor que pueden ayudarnos a establecer un “precio” de salida —cuotas de ingresos, cuotas ordinarias, cuotas extraordinarias, u otras— del miembro; lo que en una sociedad resulta más común y acorde a los mecanismos de ingreso y salida de los socios —aporte y compra de acciones o participaciones—.

9. El derecho de reparación hacia los socios disidentes y las soluciones contractuales en una ONL ante una reorganización

Si bien es cierto la decisión de reorganización gatilla el derecho de separación, se comprueba que este resulta

100 Véase, al respecto, el artículo 77 de la Ley N.º 19950 (de Argentina).

101 DÍAZ BEDREGAL, Alvaro, “La indivisibilidad de la acción, una visión funcional”, en *Ius et veritas*, n.º 25, Lima: 2002.

102 CAFARDI, Nicholas P. y JACLYN FABEAN CHERRY, *Understanding nonprofit and exempt tax organizations*, 2.ª ed., s.l.: Lexis Nexis, 2012.

en pagar o comprar la salida del socio disidente. En el caso de una sociedad ello puede llegar a cuantificarse y hace estrecha relación entre la inversión del socio y el patrimonio de la institución, conforme se aprecia de la lectura del artículo 200 de la LGS.

Para una ONL establecer un precio sobre la participación de un socio resulta más complejo aún, pues el patrimonio es un intangible en términos de disposición —de cara a dividirla entre las participaciones de los disidentes—, y la inversión social puede resultar irre recuperable para el socio, y altísima para la organización. La complejidad es casi absoluta, ante la imposibilidad de establecer equivalencias “justas” (el *fair price*)¹⁰³ ante lo que es denominado por un gran sector de la doctrina como una “causa justa” de separación. No debe olvidarse que, aun en el supuesto de que se verificara un pago por la salida del miembro, no existe ninguna seguridad que este sea aceptado en otra asociación, por lo que el universo de sustitutos se reduce aún más.

El escenario así planteado lleva a dar soluciones legales y convencionales para viabilizar una reorganización en una ONL.

De esta forma, las estipulaciones estatutarias preventivas resultan aconsejables en estos casos. No hay que olvidar que no resulta extraño a estos actos que existan previsiones estatutarias especiales

103 WERTHEIMER, Barry M., “The Shareholders-Appraisal Remedy and How Courts Determine Fair Value”, en *Duke Law Journal*, vol. 47, New York: 1998.

que las regulen. En el caso de una ONL estas resultan más importantes aún.¹⁰⁴

Se pueden plantear soluciones contractuales estatutarias, como las que asemejan a las *deadlock provisions*¹⁰⁵ que ayuden a solucionar el entrapamiento o negativa que produciría contemplar, por ejemplo, una regla de acuerdo unánime respecto a estos actos y procedimientos —con la cual, sea aclarado, estoy de acuerdo para el caso de las ONL¹⁰⁶—, mientras no exista un regulación *ad hoc*.

Puede ser que se fije un precio o equivalencia de pago para el socio disidente en el caso de una reorganización, equivalente al promedio de la cuota de ingresos de 4 instituciones similares

104 LEY GENERAL DE SOCIEDADES, “Artículo 336. Requisitos del acuerdo de transformación: La transformación se acuerda con los requisitos establecidos por la ley y el estatuto de la sociedad o de la persona jurídica para la modificación de su pacto social y estatuto”. [El resaltado es nuestro].

105 LANDEO, Claudia y Kathryn SPIERS, “Shotguns and deadlocks”, en *Yale journal on regulations*, New York: 2013.

106 Véase, al respecto, en otras legislaciones, incluso para sociedades, el requisito de la unanimidad en la adopción de estos acuerdos no resulta cuestión extraña; así, La Ley de Sociedades Comerciales argentina, hoy denominada Ley General de Sociedades, dispone en su articulado lo siguiente: “Artículo 77. La transformación exige el cumplimiento de los siguientes requisitos 1) Acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario a lo dispuesto para algunos tipos societarios; [...]”. Del mismo modo, el Código de Comercio de Colombia señala: “Artículo 168. Aprobación de transformaciones que impongan responsabilidades mayores a los socios. Cuando la transformación imponga a los socios una responsabilidad mayor que la contraída bajo la forma anterior, deberá ser aprobada por unanimidad. [...]”

previamente elegidas, a la que se añada el juicio de valor por la pérdida de la calidad de socio y la *affectio societatis*, —que pareciera encontrar tropiezo con la intangibilidad del patrimonio. Sin embargo, tal tropiezo es aparente, pues la ONL paga distintos precios por bienes y servicios, y este escenario no sería uno diferente—. Y que el socio lo acepte. No obstante, y como se ha apuntado, ello no asegura que la persona sea aceptada como miembro de otra institución.

Obviamente, siempre estará presente el caso aquel que haga un ejercicio abusivo de un derecho, con un comportamiento oportunista, si la retribución fuese muy alta; de ahí que una tasación independiente pueda surtir efectos en tales casos.

Alguien podría ofrecer como pago el valor de la cuota de ingreso actual, pero ello dejaría de lado el costo intrínseco e inmaterial de las relaciones sociales que se construyen a costa de muchos años, y el riesgo de no ser aceptado en otra asociación.

Por supuesto, un escenario de aceptación por parte del vendedor de un precio, facilitaría el negocio, pero su negativa, lo frustraría irremediamente.

10. ¿Cómo y qué efectos legales se producirían por las reorganizaciones, fusiones, escisiones, reorganizaciones simples, adquisiciones y transformaciones de sociedades con asociaciones, o entre ellas mismas?

Las reorganizaciones pueden adoptar diversas formas: reorganizaciones

entre sociedades; reorganizaciones entre ONL; y reorganizaciones entre sociedades y ONL, y sus variantes según cual adopte la posición de adquirente.

Vamos a revisar, conforme lo antes desarrollado, cada caso, brevemente:

10.1. Reorganización entre sociedades

10.1.1. Transformación

En principio, la transformación es la única forma de reorganización unilateral, pues todas las demás devienen, por la intervención de otras corporaciones, en plurilaterales.

La transformación implica un cambio radical estructural; se trata de un acto extraordinario que supone el cambio del tipo social, el cambio de forma.

Solo se pueden adoptar en función a los tipos regulados *ex ante*, conforme al *principio de tipología de las personas jurídicas, que resulta* eficiente por razones que hemos desentrañado antes en otros trabajos —la limitación de las formas a elegir por parte de los particulares, y que solo son propuestas por la ley, cierra el universo de regulación que es aplicable a las mismas, lo que minimiza costos de regulación y fiscalización, así como de negociación privada—.

Las transformaciones de sociedades se amparan en el artículo 333 de la LGS¹⁰⁷, por lo que estas se llevarían a

107 LEY GENERAL DE SOCIEDADES, “Artículo 333. Casos de transformación: Las sociedades reguladas por esta ley pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad o persona

cabo conforme a ley, y podrían transitar de muchas formas. Así, una sociedad, podría transformarse en cualquier otro tipo de sociedad, y en extenso, en cualquier otro tipo de persona jurídica, teniendo en cuenta las consideraciones siguientes.

10.1.2. Reorganizaciones sujetas a autorización

Pueden existir casos de control *ex ante* (control previo de reorganizaciones) en, a) aquellas que expresamente están reguladas como tales; y b) aquellas en las cuales se deduce por el tipo de activos involucrados (sub normativa sectorial).

10.1.3. El caso de las EIRL

Conforme al D.L. N.º 21621, *Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada*, señala lo siguiente: “Art. 31. [...] los sucesores deberán adoptar alternativamente cualquiera de las siguientes medidas: [...] c) Transformar la Empresa en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada”.

La ley también que regula la transformación, permite que una sociedad se transforme a EIRL.

Por efecto del artículo 333 de la LGS, se ha admitido que las EIRL puedan también transformarse en Socieda-

jurídica contemplada en las leyes del Perú. Cuando la ley no lo impida, cualquier persona jurídica constituida en el Perú puede transformarse en alguna de las sociedades reguladas por esta ley. La transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica.”

des, por ampliación de supuestos.¹⁰⁸ Esto conlleva a aceptar la naturaleza similar de las EIRL y Sociedades, ambas sujetas al criterio de mercantilidad¹⁰⁹.

En todos estos casos, existe una regulación específica que debe observarse, y que permite expresamente la modificación.

10.1.4. El caso de las cooperativas

Conforme al D.S. N.º 074-90-TR, *Ley General de Cooperativas* —LGC—, no regula la transformación.

De acuerdo al ya mencionado artículo 333 de la LGS, una sociedad podría transformarse en una Cooperativa. Esta posición contrasta legalmente con lo señalado en el artículo 3 de la LGC, ya que estas no comparten los denominados fines lucrativos, o la mercantilidad. En ese sentido, la sociedad cambiaría su naturaleza y fines para adoptar los cooperativos.

10.1.5. Asociaciones y otras ONL

Para la transformación de una sociedad en una asociación, la primera renunciaría a su objeto mercantil.

La sociedad, y los socios, tienen, desde un punto de vista patrimonial, plena disposición de sus bienes, y, por tanto, la modificación del régimen de la LGS hacia el CC, en principio, no vulneraría derechos de terceros.

108 Véase, al respecto, la resolución emitida por el Tribunal Registral, Res. N.º 092-2015-SUNARP-TR.

109 Que sí hace lógica relación entre sí, pues conforme al artículo 1 de la LGS y el artículo 1 de la Ley EIRL, la mercantilidad estaría dispuesta en ambas formas por el objeto.

10.1.6. Fusión

Dispuesta conforme al artículo 344 de la LGS¹¹⁰, que solo menciona sus efectos y la define a través de los mismos, como usualmente sucede en todas las legislaciones, lo que la identifica como un término empresarial más que uno corporativo.

Es un acto complejo societario que, debidamente regulado, posibilita que se produzca la unión (la LGS dice reunión, concepto que no se comparte, ya que la “unión” es más cercana al efecto práctico que produce) de dos o más sociedades y/o personas jurídicas en bloque, y a título universal —en *in universum ius*—, en una sola, a través de un procedimiento diseñado *ad hoc*.

El artículo dice “sociedades”, entonces, refiere a irregulares de origen y regulares personificadas, lo cual consti-

tuye un problema por la imprecisión e inseguridad anotadas líneas atrás, y en lo que dice en relación a las inscripciones registrales como control de legalidad.¹¹¹

El problema de incluir y aceptar a las sociedades irregulares en este tipo de procedimientos es el riesgo, como ya hemos anotado líneas atrás. Las sociedades irregulares presuponen la validez del acto constitutivo societario, pero por falta de publicidad legal, la ineficacia respecto de terceros. Si el registro y por ende la regularidad sirven, es entre otros para otorgar publicidad material y formal, lo que a su vez otorga certeza y garantía para terceros. Tal certeza y garantía es ajena a las irregulares, y, por tanto, tal circunstancia se arrastra al proceso de reorganización, lo que no es deseable ni eficiente.

No solo han de cumplirse los mandatos legales, sino estatutarios, y los de otras leyes para que estas se lleven a cabo.

No hay expresión directiva permisiva para otras corporaciones, como sí lo hace el artículo 333, y no es un fenómeno único y característico de sociedades (la ley de EIRL también las regula).

Las fusiones de sociedades se amparan en el artículo 344 de la LGS, por lo que estas se llevarían a cabo conforme a ley. Así, una sociedad, podría fusionarse

110 LEY GENERAL DE SOCIEDADES, “Artículo 344. Concepto y formas de fusión: Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: 1. La fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad; o, 2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina 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. En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.”

111 NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015. No considera a las reorganizaciones como procedimientos admisibles para sociedades no constituidas de manera regular, opinión que comparto, por el riesgo e imprecisión que comprometen.

con otra sociedad. Pero solo proceden respecto de las que la ley señale expresamente, es decir, sociedades con sociedades.

En principio, no se observan problemas de orden jurídico para permitir estas fusiones, aunque alguna doctrina ha observado que en el caso de sociedades con objetos disímiles se presentarían hasta dos supuestos para ejercer el derecho de separación por parte de los socios (art. 200 de la LGS). También, y en el mismo sentido, se argumenta que sociedades fusionadas o escindidas, según fuera, deben haber desarrollado actividades iguales o vinculadas durante un periodo mínimo previo al acto.¹¹²

El D.L. N.º 21621 las regula solo entre EIRL (art. 76-79); y el D.S. N.º 074-90-TR, las prevé también solo entre cooperativas.

10.1.6. Escisiones

Para el caso de las escisiones, los argumentos serían similares, pues las escisiones están reguladas para y entre sociedades.

No obstante, y adelantando un poco, se puede explicar, desde un punto de vista empírico —sin perjuicio a que son *de lege ferenda*— la posibilidad de que una sociedad pueda segregarse un bloque patrimonial hacia otra forma corporativa de composición plural,

112 ANICH, Juan; Sebastián PALLA y Clementina SÁNCHEZ, “Grupos, Reorganización Societaria y Contratos Asociativos”, en GEBHARDT, Marcelo (dir.), *Sociedades, según las reformas de la ley n.º 26.994*, Buenos Aires: Astrea, 2016.

ya sea con o sin fines de lucro. En tal caso, los socios de la Sociedad pasarían a ser socios también de aquellos entes —siempre que sean aceptados, cuando dicho requisito sea requerido, *v. g.* una asociación o cooperativa—. Esto, bajo los mismos argumentos utilizados para la transformación, que la sociedad, y los socios, tienen, desde un punto de vista patrimonial, plena disposición de sus bienes, y esto, en principio, no vulneraría derechos de terceros. Se señala en principio, porque aquí gravita el derecho de oposición de los acreedores, al haber disminuida su garantía. Más aún, la segregación de un bloque hacia otra sociedad guarda sentido como actividad mercantil, lo que no sucede con una asociación, aunque ello se vea más nítido en el caso de las reorganizaciones simples.

Obviamente, resulta imposible que una sociedad practique una escisión a favor de una EIRL.

Los impedimentos que se observa para estos casos, abonan en favor de la determinación de la especialidad de estos procedimientos.

10.2. Reorganizaciones entre ONL

Siguiendo la línea de pensamiento y análisis ya trazados, no existe regulación permisiva para que, en general, una ONL ingrese en un procedimiento de reorganización.

10.2.1. Transformación, fusión y escisión

Los antecedentes legales y la importancia funcional los expuse en un

anterior trabajo¹¹³, y otros se exponen y deducen aquí.

Tratándose de transformaciones, fusiones y escisiones de ONL, en principio, hoy no se encuentran reguladas de manera general, y por tanto, conforme la especialidad inherente al régimen de reorganizaciones, no podrían estructurarse como tales, pero sería deseable su correcta regulación. Esta debe tomar en consideración que no es lo mismo la unión de dos asociaciones con el mismo objeto social, que dos con objetos sociales disímiles —que genera el derecho de Separación del socio de por sí—; como tampoco lo es la unión de una Asociación con una Fundación o un Comité, sin perjuicio de otras formas corporativas de ONL bajo distinta regulación, como son los centros educativos, centros culturales, sociedades de beneficencia, organizaciones políticas, colegios profesionales, organizaciones sociales de base, entre otras.

Un tema no menor al respecto, lo constituye el hecho de que las organizaciones no lucrativas reciben autorización y beneficios tributarios como tales por parte de la administración, de manera diferenciada, según criterios también distintos, como son (i) la forma que adoptan; (ii) su objeto social, que exige sea determinado y circunscrito a ciertas

actividades; (iii) el destino final de su patrimonio; entre otras razones. Una reorganización puede verse frustrada de no atenderse a estos requerimientos. De ahí que la participación de este tipo de entidades —ONL— en uno de estos actos, requiera en general que cumplan con por lo menos dos criterios, a saber: que se trate de entidades de estructura homogénea —igualdad del tipo— y que tengan objeto idéntico o similar; a riesgo de pérdida de los beneficios adquiridos.

De otra parte, resulta no menos evidente que la administración tributaria puede desconocer estas operaciones, exigiendo los impuestos dejados de pagar conforme a los beneficios otorgados —ya sean inafectaciones o exoneraciones—.

No son ajenas a estas operaciones las denominadas cláusulas MAC o MAE¹¹⁴, por sus siglas en inglés, y que, a) favorecen la seguridad jurídica y; b) reducen la discrecionalidad de los tribunales que llevan a cabo su interpretación. Sin embargo, dejan a las partes a merced de la interpretación judicial cuando se han producido cambios adversos no previstos expresamente en dichas cláusulas. En Perú ayudan a determinar y entender la responsabilidad por “cambios significativos” pobremente regulados en la LGS. Los cambios en una ONL también se producen, ya sea porque algunas tienen un valor tangi-

113 SALAZAR GALLEGOS, Max, “Transformación de sociedades y otras personas jurídicas. Algunas razones legales y económicas”, en *Revista jurídica del Perú*, n.º 103, Lima: setiembre del 2009.

114 Véase, al respecto, el acrónimo inglés de *Material Adverse Change* y *Material Adverse Effect*.

ble o intangible importante que puede verse afectado, asociado a una licencia, concesión, una propiedad, o al mismo beneficio tributario al que esté sujeta, que puede perderse.

10.3. Reorganizaciones entre sociedades y ONL

Si las reorganizaciones de ONL entre sí no se encuentran reguladas, parece poco probable reconocer efectos respecto de aquellas que las relacionan con sociedades

De hecho, en cada ocasión en que ello se propuso, al no existir normativa permisiva, se legisló de manera específica, como lo fue el caso de las transformaciones.

En este sentido, y como se postula en la Ley de Promoción en el Sector Agrario (1991); la Ley N.º 26544; la Ley de Saneamiento de Empresas Azucareras, (1996); la *Ley de promoción de la inversión en la educación*, (1996); y la Ley N.º 27649 —que modifica la *Ley del mercado de valores*—, (2002), constituyen antecedentes en los cuales el legislador consideró pertinente promulgar una norma *ad hoc* para cada caso concreto de reorganización, en la certeza de que estos son actos de reestructuración patrimonial por su especialidad, que requieren de una autorización y reglamentación precisa.

Como ya se ha reseñado, en el 1998 aplicó en vigencia la LGS cuyo artículo 333 implica la transformación a cualquier persona jurídica peruana

en cualquiera de las sociedades por ella regulada. Sin embargo, la norma no regula ni excepciona ningún caso en concreto y se limita a establecer que ello ocurrirá, “cuando la ley no lo impida”, mención poco juiciosa en un escenario de muy poco estudio sobre el particular.¹¹⁵

Posteriormente, el Tribunal Registral (TR), a finales del 2004, decide aprobar la reorganización corporativa de asociaciones, con voto unánime de los socios y la liquidación del patrimonio como requisito previo, lo cual, si repasamos los fundamentos y regulación comprendida en la LGS, se asemeja a una transformación, sin coincidir con la misma. El TR no hace ninguna disquisición teórica al respecto de los socios disidentes, ni del tipo de ONL que pudieran estar involucradas, habida cuenta de las distintas formas y finalidades que adoptan.

Del mismo modo, acorde con los antecedentes legales citados, y un poco más tarde, la Ley N.º 29504, promueve la transformación clubes deportivos en sociedades.

115 ESPINOZA ESPINOZA, *Derecho de las personas*, ob. cit., p; CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *La persona jurídica en el derecho contemporáneo*, Lima: Jurista, 2005; CIEZA MORA, Jairo, *Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones*, Lima: Gaceta Jurídica, 2012; SEOANE, Mario, *Personas jurídicas*, Lima: Grijley, 2005; son algunos de los poquísimos trabajos peruanos de comprensión general sobre el particular.

Un sector muy autorizado de la doctrina se manifiesta en contra de la transformación de las asociaciones en sociedades, pues tal comprometería y alteraría los requisitos que caracterizan al corporativo.¹¹⁶

Del mismo modo, se indica que la transformación es solo una forma de reorganización, a través de la mutación del tipo, pero que, a través de la misma, no pueden alterarse los requisitos esenciales que caracterizan a una sociedad mercantil.¹¹⁷ Así, no se modifica el negocio jurídico, sino que se reorganiza el mismo sujeto.

Para el caso de fusiones, no obstante, y recogiendo lo anotado antes, resultaría en un despropósito jurídico y económico. Una asociación (fusionada) a una sociedad (fusionante), implicaría que los miembros de la asociación se convirtieran en propietarios de acciones, teóricamente para el lucro, entregando el patrimonio de la entidad no lucrativa a cambio, lo que colisiona con casi todos los principios y consideraciones legales imperativas que se ha venido anotando.

Cabe mencionar que la expresa permisión normativa señalada en el artículo 333 de la LGS para la aplicación del procedimiento de transformación a cualquier persona jurídica peruana, no se indica para los otros casos de

reorganización que regula la ley (v.g. fusión, escisión, etc.). Tratándose de una regulación especial, tal omisión resulta en una prohibición.

En el escenario de una escisión la situación no sería distinta, pues una asociación, al escindirse a favor de una sociedad, enriquecería a sus miembros indebidamente a costa del patrimonio de la misma. Una regulación respecto del procedimiento inverso, sin embargo, no colisionaría con derechos de terceros, salvo, por supuesto, las razones para disentir del socio, cuando parte del patrimonio se destine a una actividad que no generará ninguna posibilidad de reparto de dividendos. En otros casos, podría evaluarse la posibilidad de gozar de beneficios específicos relativos a la calidad de asociado, por los que valga el esfuerzo y disposición el pago —en función al bloque que desprenda la sociedad—. Finalmente, la relación con el objeto social y el interés y razonabilidad de la inversión destinada al lucro podrían ser atribuidos como impedimento.

11. Gráficos que resumen las posiciones antes descritas y añaden otras de interés

A continuación, se presentan gráficos compendiosos, y otros que permiten considerar supuestos adicionales de estudio y consideración.

116 NISSEN, *Curso de derecho societario*, ob. cit.

117 *Loc cit.*

Cuadro 2
Fusiones

| FUSIONANTE | FUSIONADA | PRONÓSTICO | PROBLEMA |
|---------------|------------|-------------------------|-----------------------------|
| 1. ASOCIACIÓN | ASOCIACIÓN | PROBABLE | Objeto y destino patrimonio |
| 2. ASOCIACIÓN | SOCIEDAD | PROBABLE | Ninguno |
| 3. SOCIEDAD | SOCIEDAD | PROBABLE | Ninguno |
| 4. SOCIEDAD | ASOCIACIÓN | IMPROBABLE PROHIBIDA | Destino patrimonio |

- a) En 1, si el objeto social de las involucradas difiere puede consistir en un problema. Lo mismo si alguna de ellas no goza de beneficios tributarios (arts. 18 y 19 de la LIR). Finalmente, si fueran distintos tipos de personas jurídicas tendría que verificar la regulación *ad hoc*. Y el destino de su patrimonio.
- b) En 2, han de ser aceptados como miembros de la asociación los socios de la sociedad.
- c) En 3, no existe, en principio, problema alguno. Las licencias y el objeto deben ser materia de especial atención, sobre todo en fusiones verticales, conglomeradas y heterogéneas.
- d) En 4, el destino del patrimonio y el enriquecimiento indebido constituyen per se una prohibición expresa (art. 98 del CC).

Cuadro 3
Escisiones

| ESCINDIDA | ADQUIRIENTE | PRONÓSTICO | PROBLEMA |
|---------------|-------------|-------------------------|------------------------------------|
| 1. ASOCIACIÓN | ASOCIACIÓN | PROBABLE | Destino Patrimonio |
| 2. ASOCIACIÓN | SOCIEDAD | IMPROBABLE PROHIBIDA | Destino Patrimonio Participaciones |
| 3. SOCIEDAD | SOCIEDAD | PROBABLE | Ninguno |
| 4. SOCIEDAD | ASOCIACIÓN | PROBABLE | Ninguno |

- a) En 1, podría cuestionarse la disposición patrimonial corporativa, que favorece directamente a los asociados, lo que está prohibido (art. 98 del CC) y el objeto de cada una de ellas (arts. 18 y 19 de la LIR).
- b) En 2, los argumentos en contra se repiten como en 1.
- c) En 3, no existe, en principio, problema alguno. Las licencias y el objeto deben ser materia de especial atención.
- d) En 4, en principio, no hay problema, salvo que el patrimonio se destine a una actividad que no generará ninguna posibilidad de reparto de dividendos, sin ningún otro beneficio. Lo mismo en relación al objeto social y el interés y razonabilidad de la inversión.

Cuadro 4
Reorganizaciones simples

| SEGREGANTE | ADQUIRIENTE | PRONÓSTICO | PROBLEMA |
|---------------|-------------|------------|--------------------|
| 1. ASOCIACIÓN | ASOCIACIÓN | PROBABLE | Destino Patrimonio |
| 2. ASOCIACIÓN | SOCIEDAD | PROBABLE | Destino Patrimonio |
| 3. SOCIEDAD | SOCIEDAD | PROBABLE | Ninguno |
| 4. SOCIEDAD | ASOCIACIÓN | PROBABLE | Ninguno |

- a) En 1, no debería existir ningún problema, salvo que las entidades tengan objetos distintos (arts. 18 y 19 de la LIR) y pongan en riesgo beneficios específicos.
- b) En 2, no debería existir problema y ser catalogado como una inversión corporativa. La Ley de Mercado de Valores, por ejemplo, no excluye la participación de ONL, que incluso, y de hecho existen casos, pueden emitir bonos.
- c) En 3, en general, no debería haber problema.
- d) En 4, en principio, no debería haber problema, salvo que el patrimonio se destine a una actividad que no generará ninguna posibilidad de reparto de dividendos, y salvo también exista algún otro beneficio. Lo mismo en relación con la razonabilidad de la inversión.

Cuadro 5
Adquisición simple (contractual)

| FUSIONANTE | FUSIONADA | PRONÓSTICO | PROBLEMA |
|---------------|------------|------------|----------|
| 1. ASOCIACIÓN | ASOCIACIÓN | PROBABLE | Ninguno |
| 2. ASOCIACIÓN | SOCIEDAD | PROBABLE | Ninguno |
| 3. SOCIEDAD | SOCIEDAD | PROBABLE | Ninguno |
| 4. SOCIEDAD | ASOCIACIÓN | PROBABLE | Ninguno |

En todos los casos la referencia debe ser efectuada a la planificación, desarrollo y puesta en práctica de una estructura contractual para tomar el control de la entidad objetivo. Por supuesto, estas son variables. Una fusión triangular adelantada, por ejemplo, puede ser un vehículo idóneo para ello.

Cuadro 6
Transformaciones

| TIPO ORIGINAL | TIPO RESULTANTE | PRONÓSTICO | PROBLEMA |
|--------------------------------|----------------------------|------------|--------------------|
| 1. NO LUCRATIVO/ ASOCIACIÓN | FUNDACION/ NO LUCRATIVO | PROBABLE | Destino Patrimonio |
| 2. ASOCIACIÓN | SOCIEDAD | IMPROBABLE | Destino Patrimonio |
| 3. SOCIEDAD | SOCIEDAD | PROBABLE | Ninguno |
| 4. SOCIEDAD | ASOCIACIÓN | PROBABLE | Ninguno |

- a) En 1, deberá estudiarse en cada caso la posibilidad del destino del patrimonio, y las restricciones legales de cada forma corporativa, y las contractuales, por ejemplo, de donantes. Lo mismo en relación a los efectos tributarios.
- b) En 2, el cambio de naturaleza y el destino del patrimonio, resultan en impedimentos.
- c) En 3, en principio, permitidas.
- d) En 4, en principio, también permitidas.
- Variantes o tipos de transformaciones, según su(s) objeto(s) social(es) y/o actividad(es)

Cuadro 7
Transformaciones (según regulación)

| TIPO ORIGINAL | OBJETO SOCIAL/ACTIVIDAD | PROCEDIMIENTO | PROBLEMA |
|---------------|--------------------------------------|--------------------------------------|---------------------------------|
| 1. ASOCIACIÓN | REGULACION ESPECIAL | REGULADO | Análisis / Permisos |
| 2. ASOCIACIÓN | CONCESIONADA | RENUNCIA o TRANSFERENCIA DE DERECHOS | Fé pública; Destino patrimonial |
| 3. ASOCIACIÓN | NO REGULACIÓN ESPECIAL/ NO CONCESIÓN | LIQUIDACIÓN PATRIMONIAL | Ninguno |

- a) En 1, una asociación puede estar sometida a un régimen especial, *v. g.* artículo 130 de la Ley del Mercado de Valores —LMV¹¹⁸—; Lo mismo

otro tipo de ONL, como una universidad. La autoridad habrá de verificar si la transformación requiere de una autorización, procedimiento o acto especial, o la renuncia a un derecho.

118 LEY DEL MERCADO DE VALORES, *Decreto Legislativo N.º 861*, “Artículo 130. Definición y Finalidad. Las Bolsas son personas jurídicas de especiales características que pueden adoptar la estructura legal de las asociaciones civiles o de las sociedades anónimas. Tienen por finalidad facilitar la negociación de valores inscritos, proveyendo los servicios, sistemas y mecanismos adecuados para la intermediación de manera justa, competitiva, ordenada, continua y transparente de valores de oferta pública, instrumentos derivados e instrumentos que no sean objeto de emisión masiva que se negocien en mecanismos centralizados de negociación distintos a la rueda de bolsa que operen bajo la conducción de la bolsa.

CONASEV podrá delegar en una o más bolsas las facultades que la presente Ley le confiere, respecto a las sociedades agentes y a los emisores con valores inscritos en dicha bolsa. Cuando las bolsas ejerzan función

administrativa, dicha actividad se regirá por la Ley del Procedimiento Administrativo General y por las normas complementarias que dicte CONASEV.

Asimismo, las bolsas, previa autorización de Conasev, pueden facilitar la negociación de productos constituidos por bienes de origen o destino agropecuario, minero, pesquero, industrial y servicios complementarios, títulos representativos de los mismos o contratos relativos a ellos, para lo cual se rigen por las normas correspondientes al mercado de productos, en su integridad, salvo en aquellos aspectos que Conasev determine que no resultan aplicables o compatibles con la presente Ley. Conasev puede exigir que la bolsa cuente con un capital y patrimonio adicional en función de las operaciones y actividades que realizará”.

- b) En 2, se requiere que se declaren los derechos y otros intangibles asociados a la organización, que constituyen activos y forman parte de su patrimonio, previamente a la reorganización.
- c) En 3, se considera el supuesto de “transformación” originado por las resoluciones emitidas por el TR, que no coincide con la hipótesis de la LGS, y que exige, liquidación del patrimonio, y acuerdo unánime. Debe considerar los escenarios 1 y 2 para no incurrir en ilícito.

12. Conclusiones

- La legislación y la doctrina reconocen la especialidad inherente al régimen de reorganizaciones. Estos actos y procedimientos operan *ope legis*.
- La regulación de reorganizaciones establece concreta y expresamente, el quien, como y cuando se puede producir una reorganización.
- La regulación de reorganizaciones conforma un todo orgánico especialmente estructurado que reconoce los efectos positivos y negativos que se producen o podrían generar con su aplicación, tanto a los *shareholders* como a los *stakeholders*.
- No existe un solo supuesto o una sola fórmula aplicable a todas las reorganizaciones, ya sea por las características del acto o los requisitos del procedimiento, sino que se legisla conforme los tipos sociales involucrados.
- El derecho de separación y sus consecuencias resulta aplicable en todos los casos en que el acto y procedimiento de reorganización no se apruebe de manera unánime por los miembros de las personas jurídicas involucradas.
- Las reorganizaciones de personas jurídicas distintas a las sociedades requieren el diseño y promulgación de una legislación *ad hoc*. 

13. Referencias bibliográficas

- ANICH, Juan; Sebastián PALLA y Clementina SÁNCHEZ, “Grupos, reorganización societaria y contratos asociativos”, en GEBHARDT, Marcelo (dir.), *Sociedades, según las reformas de la Ley N.º 26.994*, Buenos Aires: Astrea, 2016.
- BAINBRIDGE, Stephen M., *Mergers and acquisitions*, 3.ª ed., New York: Foundation press, 2012.
- BARASSI, M., *La imposizioni sul reddito degli enti non commerciali*, Milano: Giuffrè, 1996.
- BOZA DIBÓS, Beatriz, “La persona jurídica sin fin de lucro”, en *Themis*, n.º 12, Lima: 1998.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario. Parte General: Fusiones y otros actos de concentración*, t. XI, Argentina: Heliasta, 2008.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. Parte General: Transformación de Sociedades*, t. X, Buenos Aires: Heliasta, 2006.
- CAFARDI, Nicholas P. y Jaclyn FABEAN CHERRY, *Understanding nonprofit and exempt tax organizations*, 2.ª ed., s.l.: Lexis Nexis, 2012.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *La persona jurídica en el derecho contemporáneo*, Lima: Jurista, 2005.
- CIEZA MORA, Jairo, *Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones*, Lima: Gaceta Jurídica, 2012.

- COATES IV, John C., “Mergers, acquisitions and restructuring: types, regulation, and patterns of practice”, *Forthcoming in Oxford Handbook on Corporate Law and Governance*, Discussion paper n.º 781, Harvard Law School Cambridge: 2014. Una tipología estándar de estos actos. Recuperado de <goo.gl/cdglBM>.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid: Civitas, 1981.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid: Civitas, 1984
- DÍAZ BEDREGAL, Alvaro, “La Indivisibilidad de la Acción, una visión funcional”, en *Ius et veritas*, n.º 25, Lima: 2002.
- ELÍAS LAROZA, Enrique, *Ley general de sociedades comentada*, n.º 7, Trujillo: Normas Legales, 1998.
- ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF, *Tratado de derecho civil. Parte general I*, t. I, Barcelona: Bosch, 1974.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, Instituto Pacífico: 2014.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*, 7.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2014.
- FERRARA, FRANCISCO, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid: Reus, 1929.
- FERRARA, FRANCISCO, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid: Reus, 1929.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano*, 4.ª ed., Lima: Cultural Cuzco, 1990.
- FISCHEL, Daniel R., “The appraisal remedy in corporate law”, en *American Bar Foundation Research Journal*, n.º 4, Lima: 1983.
- GARRIGUÉS, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 4.ª ed., México: Porrúa.
- HANSMANN, Henry B., “The role of nonprofit enterprise”, en *The Yale law journal*, n.º 5, New York: abril de 1980.
- HANSMANN, Henry, *The ownership of enterprise*, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, t. I, vol. I, Buenos Aires: Bosch y Cía Ed., 1950.
- KLEIN, Benjamin; Robert CRAWFORD y Armen ALCHIAN, “Vertical Integration, Appropriate Rents & Competitive Contracting Process”, en *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, 1978.
- LANDEO, Claudia y Kathryn SPIERS, “Shotguns and deadlocks”, en *Yale journal on regulations*, New York: 2013.
- LYON PUELMA, Alberto, *Personas jurídicas*, 4.ª ed., Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile, 2006.
- MARDONES OSORIO, Marcelo, “Sobre la extensión del régimen de fusión de sociedades establecido por la Ley N.º 18.046”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXVII Valparaíso: 2006.
- MAZEAUD, Henri y León, *Lecciones de derecho civil*, vol. II, Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1959.
- McKEEVER, Brice S. and Sarah L. PETTIJOHN, *The nonprofit sector in brief 2014. Public charities, giving and volunteering*, Urban Institute: 2014.
- McKEEVER, Brice S., *The nonprofit sector in brief 2015. Public charities, giving, and volunteering*, Urban Institute: 2015.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1979.
- NIEL PUIG, Luis, *Personas jurídicas privadas*, Santa Fe: Rubinzal –Culzoni, 2014.
- NISSEN, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales comentada*, t. II, 3.ª ed., Argentina: Astrea, 2010.
- NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- ORTEGA PARRA, Sonia y José, EMBID, *La participación del socio en las ganancias sociales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- PAYET, José Antonio, “Empresa gobierno corporativo y derecho de sociedades: reflexiones sobre la protección de las minorías”, en *Themis*, n.º 46, Lima: 2003; y PERÓ, Mariano, “El buen gobierno de las entidades sin fines de lucro”. Recuperado de <goo.gl/VIZKQP>.

- PEDREIRA MENÉNDEZ, José, Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación, España: *Lex Nova*, 1999.
- ROMERO, José Ignacio, *Sociedades irregulares y de hecho*, 2.^a ed., Buenos Aires: 2012.
- SALAZAR GALLEGOS, Max, “Transformación de sociedades y otras personas jurídicas. Algunas razones legales y económicas”, en *Revista jurídica del Perú*, n.º 103, Lima: setiembre del 2009.
- SALAZAR GALLEGOS, Max, “Libertad de asociación, el tipo legal (corporativo), la titularidad de los miembros de una persona jurídica (lucrativa o no) y los mecanismos de acceso y salida de los que la componen en relación de la denominada *affectio societatis*”, en *Jus doctrina & práctica*, Grijley, Lima: 2007.
- SALAZAR GALLEGOS, Max, “Los conceptos de disolución y liquidación en las organizaciones no lucrativas”, en *Gaceta civil y procesal civil*, n.º 33, Lima: marzo del 2016.
- SALAZAR GALLEGOS, Max, ¿Unificación, transformación, fusión o creación de personas jurídicas?. A propósito del caso de la adecuación de instituciones educativas, en *Actualidad jurídica*, n.º 123, Lima: febrero del 2004.
- SALAZAR GALLEGOS, Max, “El objeto social y los fines en las sociedades y asociaciones”, en *Actualidad civil*, n.º 12, Lima: junio de 2015.
- SALAZAR GALLEGOS, Max, “Libertad de Asociación, El tipo legal (corporativo), la titularidad de los miembros de una persona jurídica (lucrativa o no) y los mecanismos de acceso y salida de los que la componen en relación de la denominada *affectio societatis*”, en *JUS doctrina & práctica*, Lima: marzo del 2007.
- SEOANE, Mario, *Personas jurídicas*, Lima: Grijley, 2005.
- SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Parte general*: t. I, vol. III, 2.^a ed., Buenos Aires: Depalma, 1968.
- SPOTA, Alberto, *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. I, vol. 3, Buenos Aires: Depalma, 1968.
- TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Madrid: Revista de derecho privado, 1967.
- TRIGO GARCÍA, Belén, “Entidades sin fines lucrativos. Panorama actual del tercer sector en España”, en *Revista jurídica del Perú*, n.º 56, Lima: 2004.
- VAYANOS, Dimitri y Jiang WANG, “Market liquidity theory and empirical evidence”, en *The Paul Woolley centre working paper*, n.º 32, Cambridge: July 2012.
- VICTORIA LEÓN, César Luna, “El régimen patrimonial de las asociaciones civiles”, en *Themis*, n.º 5, 1986.
- WERTHEIMER, Barry M., “The Shareholders-Appraisal Remedy and How Courts Determine Fair Value”, en *Duke Law Journal*, vol. 47, New York: 1998.

