



DOCTRINA PRÁCTICA

Las fusiones, modificaciones estructurales o reorganización: funciones, razones que ameritan su regulación, leyes aplicables y sus efectos. Breve referencia a la sucesión universal corporativa

Max Salazar-Gallegos*

Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima

SUMARIO

1. Introducción. — 2. Los costos que aminora la regulación de reorganizaciones. — 3. Las razones por las que opera la legislación de reorganizaciones. — 4. Las leyes de reorganizaciones y su especialidad. — 5. La Sucesión universal corporativa y las reorganizaciones. — 6. Problemas de aplicación de una legislación especial a sujetos de distinta composición estructural: sociedades y otras formas corporativas no lucrativas. — 7. Estudio sobre supuestos de reorganización de sociedades, y sociedades y asociaciones. — 8. Referencias bibliográficas.



RESUMEN

Se reflexiona al respecto de las reorganizaciones societarias, su justificación, sus funciones económicas y jurídicas, además de la sucesión universal de bienes.

Palabras clave: Reorganización / Fusión / Sucesión universal / Formas corporativas

Recibido: 04-04-18

Aprobado: 12-06-18

Publicado en línea: 02-10-18



ABSTRACT

It reflects on the corporate reorganizations, their justification, their economic and legal functions, in addition to the universal succession of goods.

Keywords: Reorganization / Fusion / Universal succession / Corporate forms

Title: Mergers, structural modifications or reorganization: functions, reasons that merit regulation, applicable laws and their effects. Brief reference to the universal corporate succession

Author: Max Salazar-Gallegos

* Profesor de los cursos de Temas de Derecho Societario, Personas Jurídicas, y Derecho Registral Societario en la PUCP, y de la maestría en Derecho Empresarial en la Universidad de Lima. Posgrado en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho Empresarial.

1. Introducción

Muchas veces se pretende estudiar una institución jurídica o económica (o atingente a ambas) sin indagar sobre los fundamentos sociales, históricos y normativos que justifican su utilidad, cuando son estos los que le brindan sentido. El contenido, extensión y comprensión de los conceptos que abordamos aquí de manera general y que corresponden a los fenómenos de fusión, escisión, y otros¹, son regulados de manera distinta de acuerdo con cada legislación y postura económica y/o dogmática jurídica o política.

En distintos países se adopta una posición diferenciada respecto a su uso, importancia y consecuencia, conforme los fines perseguidos. Un ejemplo típico es la legislación complementaria de arrastre de pérdidas tributarias (que fomenta en algunos lugares las reorganizaciones), y otra la que dice relación con las reglas competenciales de admisión de concentraciones, como son las cuotas de mercado límite (que teóricamente dificultan las reorganizaciones), o aquella que prohíba las fusiones triangulares, por mencionar solo algunas.

Del mismo modo, no todos los sistemas legales reconocen estos fenómenos

1 La fusión, escisión y transformación, y sus modalidades o combinaciones, son instituciones jurídicas y económicas que reciben en conjunto distintas denominaciones por parte de la ley, ya sea reorganizaciones (Perú), modificaciones estructurales (España), *Restructuring Activities* (USA), o M&A, sigla de *Mergers and Acquisitions*.

con el nombre de reorganizaciones, ni sus efectos, actos y procedimientos. Yo me inclino a favorecer las denominaciones de “modificaciones estructurales”, de contenido jurídico, y el de “adquisiciones”, esta última de contenido económico, aunque en estos cometarios las refiera únicamente como reorganizaciones.

IMPORTANTE

[...] las operaciones de adquisición de bienes de una corporación eran confundidas con una reorganización propiamente dicha, y los esfuerzos para llevarlas a cabo y configuraciones no eran conocidas ni publicitadas abiertamente, así como los mismos tribunales frecuentemente no sabían o identificaban erróneamente el fenómeno o estructura legal utilizada, confundiendo, por ejemplo, fusiones con una compraventa.

Cuando revisamos los textos aplicados a este campo, solemos encontrar, por lo general, una primera aproximación a través de las definiciones de los fenómenos referidos (fusión, escisión, transformación y otros), de las cuales no existe una posición unánime; para luego referirse a los procedimientos para su estructuración y sus consecuencias, que incluyen el reconocimiento de derechos de los miembros de las corporaciones involucradas y de sus acreedores; para finalmente, en algunos textos quizás, favorecer una breve reseña histórica respecto de los hitos más importantes de su expansión, que refieren cuantitativa-

mente y mayoritariamente a grandes olas de fusiones², y a sus efectos básicamente en el ámbito competitivo.

Las primeras leyes generales expedidas y conocidas en USA, y que repercutieron al resto de legislaciones sobre el particular, fueron la *Sherman Antitrust Act* de 1890, y posteriormente la *Clayton Antitrust Act* de 1914., de incidencia competitiva.

En su caso, en el Reino Unido ello ya no fue estatutario, sino dogmático y jurisprudencial, por lo que se ha dicho que “*a pesar de la existencia de una ley antimonopolio latente y embrionaria en forma de la Doctrina de la Restricción del Comercio*³, *históricamente los tribunales del Reino Unido y los legisladores tardaron en reconocer y responder a la necesidad de vigilar las actividades de importantes empresas comerciales*”⁴.

En la misma época y antes de aquella, sin embargo, leyes *ad hoc* también fueron emitidas para permitir y favorecer fusiones de corporaciones específicas en sectores económicos individualizados, con determinados efectos⁵, lo que explica de manera consecuente porque se evoluciona de una ola de fusiones horizontal (primera) a una vertical (segunda), por ejemplo.⁶

2 AYTAÇ, Ferhan, “Contemporary Look on the Historical Evolution of Mergers and Acquisitions”, *International Journal of Economics, Commerce and Management Rev.* United Kingdom, vol. iv, London: febrero del 2016. Reconoce cinco episodios (1897-1904): la primera ola (1916-1929), la segunda ola (1965-1969), la tercera ola (1981-1989), la cuarta ola y, finalmente, la quinta ola (1992-2000); si bien no hay consenso sobre su inicio y término exacto.

3 Véase, al respecto, “*The Doctrine of the Restraint of Trade*”, afinada en el célebre precedente *Mitchel v. Reynolds*. USA.

4 SCOTT, Andrew, “The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom”, en *Law, Society and Economy Working Papers*, vol. 9, London School of Economics and Political Science Law Department: 2009. Recuperado de <<https://bit.ly/2JwKmfj>>.

5 Véase, al respecto, *Act 197 de 1891*, que aprobó la *Consolidation of Street Railway and Electric Light Companies*, por ejemplo.

6 PISTOR, Katrina, YORAM, Keinan, HEISTERKAMP KLELLN, Jan & D., MARK, *The Evolution of Corporate Law. A Crosscountry Comparison*, 2002. Recuperado de <<https://bit.ly/2t2pzoO>>. Señalan que antes del año de 1913, por ejemplo, el Código Francés de Comercio no regulaba ni permitía fusiones. Hasta 1898, cuando New Jersey cambió su ley, las *corporations* en USA no podían adquirir capital y acciones en otras *corporations*, ya que tal se consideraba que estaba más allá del propósito de una corporación de fabricación o comercialización típica. En 1899, Delaware siguió el ejemplo de New Jersey y estipuló que las *corporations* podían adquirir títulos en otras *corporations* registradas en Delaware o en cualquier otro estado y ejercitar todos los derechos que tales valores le conferían como titulares propietarios. “*First State Bank v. Loch*, 113 Okla. 30, 33, 237 Pac. CO5, 609 (1925)”, donde la Corte estableció que: “*It is well settled that corporations can only consolidate when authorized by law, and then in the manner provided by law. It is conceded that there is no law in this state authorizing the consolidation of corporations, and even though some of the parties to the transaction herein involved used the words ‘consolidate’, or ‘consolidation’, same could have no legal effect. Under the law in this state a corporation can only be extinguished by the expiration of the term for which its charter was granted, or by dissolution in the district court in the manner provided by law.*” “*Merger and Consolidation of New York Business Corporations: History of Enabling Legislation*

Es importante mencionar que, a inicios del siglo pasado, las meras operaciones de adquisición de bienes de una corporación eran muchas veces confundidas con una reorganización corporativa, y al mismo tiempo, los esfuerzos para llevar a cabo una reorganización propiamente dicha y su configuración, no eran conocidas ni publicitadas abiertamente, así como los mismos tribunales frecuentemente identificaban erróneamente el fenómeno o estructura legal utilizada, confundiendo, por ejemplo, una operación corporativa de fusión con un contrato de compraventa⁷.

2. Los costos que aminora la regulación de reorganizaciones

Como ya hemos puesto de manifiesto antes⁸, la regulación *ad hoc* de

1776-1956”, Fred Freedland, *Fordham Law Review* 672 (1956). Se indica que la potestad para que dos corporaciones se fusionen fue otorgada por vez primera el 6 abril de 1849, cuando las autoincorporadas corporaciones de autopistas fueron autorizadas para ello. Desde 1937 en adelante y de manera “ordinaria”, las corporaciones de negocios de New York han gozado del poder para fusionarse como corporaciones polifuncionales, conforme los acuerdos consensuales de sus socios.

7 HILLS, George S., “*Consolidation of corporations by sale of assets and distribution of shares*”, Rev. 349. Recuperado de <<https://bit.ly/2y2D3GT>>. De hecho, ello ocurría por la misma razón por la cual escribimos estas líneas: (i) no existía una ley general de reorganizaciones corporativas, y en consecuencia (ii) no existían derechos y titularidades definidas, lo que daba cabida a pleitos judiciales, en espera que la autoridad identificara y asignara correctamente tales factores.

8 SALAZAR GALLEGOS, Max “Fusiones y adquisiciones atípicas de sociedades y organizaciones

reorganizaciones corporativas⁹ ayuda a resolver problemas complejos y burocráticos de negociación, coordinación y ejecución contractuales. Este es uno de los elementos principales que orienta estos fenómenos. Así, mediante las reorganizaciones se minimizan costos transaccionales que de otro modo podrían ser incluso prohibitivos.

IMPORTANTE

[...] los cinco principales costos relacionados y que podrían disminuirse en reorganizaciones son: (i) de carácter contractual-obligacional; (ii) tributario; (iii) societario; (iv) laboral, y (v) administrativo. Nótese que cada uno corresponde a una rama especial de derecho, específica, no subsumida en ninguna otra. No menciono los costos notariales y registrales, que merecen mi consideración, pues estos son incluidos en la legislación mercantil de la cual forman parte las sociedades, entre otros, a través de los reglamentos de inscripción registral respectivos, que son tributarios de la Ley General de Sociedades. [...]

El patrimonio corporativo que se transfiere mediante una reorganización se efectúa en un solo acto, en bloque, como si fuese un solo bien, a pesar de que esté integrado por un universo de

no lucrativas”, en *Actualidad Civil*, n.º 32, Lima: febrero del 2017, pp. 333-391.

9 Es evidente que no existe un derecho inmanente a las mismas, sino que es la legislación la que las promueve y autoriza.

aquellos y la naturaleza de los mismos sea muy distinta.

Todo esto se produce únicamente por efecto de la ley societaria, que desplaza a la ley contractual en su aplicación (que a falta de aquella debería utilizarse para transferir los bloques o unidades que los conforman de manera diferenciada).

Si no existiera la legislación especial de reorganizaciones, la ley contractual sería llamada para transferir los patrimonios societarios, aunque en algunos fuera muy costosa (y de ahí que en algunos casos sea prohibitiva su aplicación). Ello explica porque los grupos de presión económicos hayan cabildeado para que este tipo de modificaciones estructurales se aprueben legalmente y luego se produzcan con los efectos conocidos, lo que a su vez notaron como eficiente no solo los encargados de diseñar la legislación, sino también los abogados.

Sin embargo, por una especie de osmosis legal, muchos operadores jurídicos confunden la regla, estrictamente societaria, y profesan atribuir sin razón sus efectos a otras ramas del derecho (independientes), de manera omnicompreensiva, lo que ha resultado en pocos acertados comentarios, conceptos y aplicaciones, y un entendimiento errado de su funcionamiento.

En general, los cinco principales costos relacionados y que pueden disminuirse en reorganizaciones son: (i) de carácter contractual-obligacional; (ii) tributario; (iii) societario; (iv) laboral, y (v) administrativo.

Nótese que cada uno de los nombrados corresponde a una rama independiente de derecho. No menciono los costos notariales y registrales, que merecen mi consideración, pues los incluyo en la legislación mercantil de la cual forman parte las sociedades, entre otros, a través de los reglamentos de inscripción registral respectivos, que son tributarios de la Ley General de Sociedades (y sujetos a la misma). Los abogados, sobre todo los que practican derecho mercantil o de negocios, saben y organizan las operaciones de sus clientes de manera que estos costos disminuyan lo más posible¹⁰.

Veamos rápidamente cada uno por separado.

1. *Los de carácter contractual-obligacional.* Son reducidos por la Ley General de Sociedades (LGS). En vez de celebrar uno o más contratos complejos de transferencia y control, donde cada bien y/o derecho debería ser identificado y transferido de manera individual, además de cumplir con formalidades exigidas según las circunstancias, la LGS permite la transferencia de bloques (formados indistintamente por activos y pasivos) en un solo acto, evitando numerosas y complejas fórmulas jurídicas que podrían o deberían adoptarse para el traspaso.

10 GILSON, Ronald J., “*Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*”, n.º 94, Yale: Yale Law Journal, 1984. Este describe el rol de los abogados de negocios como el de un ingeniero de los costos de transacción.

2. *Los de carácter tributario.* Son reducidos por la legislación tributaria, fundamentalmente en dos clases de tributos: impuesto a las ganancias (renta) e impuesto al valor agregado (a las ventas). En vez de transferir bienes y/o derechos de manera diferenciada, y verificar la incidencia tributaria en cada caso, la ley tributaria regula expresamente las reorganizaciones, otorgándoles un efecto neutro a la transferencia de bloques patrimoniales. Los aspectos tributarios corren de manera paralela y separada a los societarios, y como la regulación de reorganizaciones no es inherente a las corporaciones, tampoco la regulación tributaria de reorganizaciones es inherente a la misma. Hay quien incluso señala que no debería existir. Una reorganización puede llevarse a cabo bajo la normativa societaria, pero no necesariamente bajo la tributaria. Para que se produzcan los efectos respectivos, la ley tributaria ha de consentirlo expresamente. En el Perú, la legislación tributaria considera a las reorganizaciones de manera expresa, y las reconoce con un efecto (beneficio) neutro que las hace fungir como un solo acto de disposición patrimonial, sin incidencia tributaria, salvo se verifiquen variables específicamente reguladas. La Ley del Impuesto a la Renta (LIR) peruana regula estos aspectos en sus artículos 103 al 110, y su Reglamento (RLIR) lo hace a su vez 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. En general, se reconoce que existe una genérica y permanente preferencia impositiva aplicada a las reorganizaciones societarias, lo que genera su incentivo. La neutralidad antes señalada tiene su base en el carácter funcionalmente no extintivo de las modificaciones estructurales: la empresa continúa en otra estructura y por ello se permite la transmisión sin alteraciones¹¹. Esta función tributaria está basada a su vez en el Principio societario de Conservación.¹² La LGS es una regla especial y reduce costos de transacción en su especialidad, no en otros sistemas y tipos. La LGS no regula consecuencias tributarias ni otras distintas, por ello, la regla de la transferencia de propiedad en bloque, de lo que en puridad es una sucesión universal (ver líneas adelante, numeral 5, la

11 Álvarez Royo-VILLANOVA, Segismundo y José Javier ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, “La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, n.º 64, Madrid: Consejo General de los Consejos Oficiales de los Corredores de Comercio.

12 SALAZAR GALLEGOS, “Fusiones y adquisiciones atípicas de sociedades y organizaciones no lucrativas”, op. cit.

sucesión universal), no implica otras concesiones legales. Cada rama de derecho es independiente, una regla reduce los costos inherentes de esa especialidad.

3. *Los de carácter societario.* Para efectos de transferir bienes y/o derechos de la sociedad, los órganos de la sociedad, sus gestores, representantes y/o apoderados, dependiendo de los actos, bienes y complejidad de las negociaciones, habrían de adoptar distintas seguridades y decisiones, por los efectos que ello pudiera conllevar en relación con la sociedad y sus socios en la responsabilidad. No solo esto, sino porque dicha sociedad podía quedar “vacía” o “liquidada de hecho”, al haber realizado todos sus activos y pasivos como producto de la transferencia de dichos bienes o derechos, y lo que tal significaría en concordancia con la continuidad empresarial; y sus socios tendrían que enfrentarse, además, a un procedimiento adicional, esta vez de liquidación formal, y posterior extinción. Ello no se produce y se reducen considerablemente los riesgos porque la LGS permite tales disposiciones patrimoniales, en un solo acto, a través de la regulación de las reorganizaciones.
4. *Los de carácter laboral.* Los bloques patrimoniales han de ser administrados y trabajados por personal especializado, que suele transferirse en función de estos fenómenos de reorganización (de hecho, en

una fusión es casi imprescindible). Ello supondría, como mínimo, nuevas contrataciones de orden estrictamente laboral; o la renuncia, liquidación y nueva contratación de una o varias personas, cada fase negociada de manera individual con una persona jurídica distinta. La LGS no puede legislar al respecto, y de hecho no lo hace. En teoría, una ley de orden laboral o que contenga especificaciones en dicha materia tendría que facultar u ordenar la situación jurídica para que haya solución de continuidad laboral en una reorganización. No obstante, mediante las Casaciones N.º 991-2005-La Libertad, N.º 951-2005-Lima, N.º 2310-2011-Ica, y N.º 1162-2013-Junín, apuntando a la transmisión empresarial producida en una reorganización, por principio de continuidad, primacía de la realidad y principio protector¹³, basados en doctrina española (que es ajena a nuestro entorno y se funda a su vez en leyes españolas que de manera expresa mencionan tales fenómenos —lo que en Perú no sucede—)¹⁴, se ha autorizado el

13 Debo manifestar que no se me ocurre como es que tales principios, salvo el primero, puedan aplicarse, ya que aparentan ser contradictorios a las decisiones jurisprudenciales citadas.

14 El problema de trasladar comentarios dogmáticos sin conocer el fundamento de los mismos es ese. En España la ley dice y regula otras instituciones: *Ley de Modificaciones Estructurales* (España) “Artículo 42. Acuerdo unánime de fusión. 1. El acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar

traslado de trabajadores producto de una reorganización. Pero no hay norma expresa que la autorice. La sucesión universal de la empresa es una institución jurídica regulada en las leyes laborales españolas, no en las peruanas. Ergo, el fundamento de nuestros jueces es falaz y tendría que regularse expresamente.

5. *Las de carácter administrativo.* La realización de distintas actividades, mediante determinados medios, o en determinados lugares, se encuentran

previamente los documentos exigidos por la ley y sin informe de los administradores sobre el proyecto de fusión cuando se adopte, en cada una de las sociedades que participan en la fusión, en junta universal y por unanimidad de todos los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho. 2. Los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre la fusión, incluida la información sobre los efectos que pudiera tener sobre el empleo, no podrán ser restringidos por el hecho de que la fusión sea aprobada en junta universal”.

Estatuto de los Trabajadores (España), “Artículo 44. La sucesión de empresa. 1. El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por actos inter vivos, el cedente, y en su defecto el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida, respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. 2. El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito”.

sujetas a licencias, autorizaciones y/o concesiones previas por parte de distintas autoridades, y su traslado y/o cesión (en los bloques patrimoniales aludidos en actividades de reorganización) podría complicar la realización de un negocio hasta hacerlo prohibitivo. Hoy, recién a partir de la promulgación del D. Leg. N.º 1310, en diciembre del 2016, ello ha sido reconocido¹⁵.

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

15 Véase, al respecto, el D. Leg. N.º 1310. “Art. 6. Reconocimiento de titularidad de registros, certificados, permisos, licencias, autorizaciones y procedimientos administrativos en casos de reorganización de sociedades y cambios de denominación social.

En los casos de fusión de sociedades, todos los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones de titularidad de las sociedades que se extinguen se entienden transferidos de pleno derecho a la sociedad absorbente o incorporante. Ninguna entidad pública puede desconocer los derechos adquiridos por las sociedades absorbentes o incorporantes como consecuencia de la fusión. Esta disposición no aplica para los casos vinculados a recursos hidrobiológicos.

[...]

6.4. Las reglas establecidas en este artículo son de aplicación también a los procesos de escisión y de reorganización simple de sociedades, respecto de los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones y procedimientos administrativos relacionados a los bienes, derechos, obligaciones u operaciones que se transfieran como consecuencia de la escisión o la reorganización simple y que se identifiquen en la escritura pública correspondiente”.

limitada— fue fruto de una regulación permisiva *ad hoc*, las reorganizaciones a su vez no pueden asimilarse a una práctica legal libre— en la forma en que se conoce y desarrolla hoy en día— que sea común y connatural a la condición de un sujeto corporativo sin la normativa especial que las viabiliza y regula de manera específica para cada forma corporativa, y por cada rama del derecho que decide acogerlas, y así hacerlas factibles y minimizar los costos de su aplicación.

Si las reorganizaciones funcionan de la manera en que están dispuestas en la LGS, es porque tal ley existe y es aplicable a los tipos que regula por especialidad (no a otros), de lo contrario no podrían producirse, pues estas leyes constituyen una excepción a la regla general de transferencia individual de bienes¹⁶.

3. Las razones por las que opera una legislación sobre reorganizaciones

En entregas anteriores ya habíamos apuntado que las reorganizaciones

como fenómenos jurídicos son guiados casi invariablemente por fundamentos económicos, que podemos resumir en la permanencia de la empresa, la generación de sinergia entre corporaciones y la maximización de riqueza, ya sea de los miembros, o de las propias sociedades (sobre esto último hay opiniones divergentes).

IMPORTANTE

Este es un concepto corporativo elemental y que se verifica (i) no solo por el tipo social —que redundaría 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 en este fin; lo mismo respecto los donantes; y (iii) por el mandato legal implícito en el principio citado, contenido en la regulación.

Ya sean los intereses de los miembros o el de los directivos de la organización, sus incentivos son los económicos financieros u otros por alcanzar, supuestamente y en general, otorgando mayor valor a la empresa. Algunas pretenden extender o limitar el control de los administradores; o mejorar la gestión de las operaciones económicas corporativas volviéndolas más eficientes; o incluir, unificar o separar estratégicamente procesos productivos, o la dirección de un negocio, entre otros. En principio, y supuestamente, ideas vinculadas a asegurar la permanencia y continuidad

16 GARCIMARTÍN, FRANCISCO, “*Company Restructurings and Universal Transfer of Assets: A Proposal to Deal with the Conflict of Law Problems*”. Recuperado de <<https://bit.ly/2y2aARy>>.

HINESCU, Arcadia, “Succinct Considerations Regarding the Merger of Companies in the New Romanian Civil Code”, en *Revista Tribuna Económica*, N° 1, Bucarest: Editorial Hamangiu, 2014.

VIVES RUIZ, Fernando, “Mecanismos de Protección de Accionistas y Acreedores en la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales”, en *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas Empresariales*, n.º 83-84, Madrid: ICADE, 2011.

del negocio mediante la eficiencia empresarial, y generar valor para los socios, movidos esencialmente por el principio societario de conservación, que protege el negocio en marcha (el principio que sujeta y favorece la regulación de este tipo de fenómenos).

4. Las leyes de reorganizaciones son especiales

Sumando y sintetizando el ejercicio que hice hace ya un tiempo atrás¹⁷, la legislación sobre reorganizaciones corporativas responde a factores importantes y propios del derecho de las personas jurídicas (o corporativo), que permite unificar actos y procedimientos, librándolos de criterios independientes, como son los siguientes:

- 1) Si bien existe una teoría general de personas jurídicas, que obviamente incluye a las sociedades, no hay una ley general de las mismas que ayude a distinguir escenarios concretos de acuerdo con su naturaleza y forma (que es diferenciada), y las reorganizaciones constituyen actos y procedimientos especialmente complejos que requieren de atención ordenada y específica por la diversidad de dichas formas, tipos y consecuentes relaciones establecidas *intra* y *extra* corpórea que inciden en las mismas.

Resulta difícil diseñar una ley de reorganizaciones de carácter general.

- 2) Cada organización responde a un tipo corporativo regulado *ex profeso*, por lo que la normativa especial se adapta a un fin específico, cuando no a una ley particular (LGS, Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Ley General de Cooperativas, Ley General de Minería, Código Civil, reglamentos y directivas de inscripción diversas, entre otros), que incluso distinguen en su aplicación por subtipos, v.g. las sociedades, lo que determina su especialidad, y por tanto, la importancia de la regulación específica y de los fenómenos que pueden afectarlas.
- 3) Algunas de las organizaciones reguladas por legislación corporativa paralela a la societaria, como es el caso del Código Civil, son de existencia, relevancia y utilización masiva (asociaciones, comunidades campesinas y nativas), a las que se aplica regulación concreta conforme sus fines y alcances, con muy limitada regulación, de ahí la labor esencial que cumple el registro público a través de las soluciones y precedentes de los registradores y el Tribunal Registral, que precisan ser complementadas, ya que estos no pueden trascender al texto legal.
- 4) El reconocimiento de que estas operaciones responden al principio jurídico de “conservación de la empresa” (nótese que no es de

17 SALAZAR GALLEGOS, Max, “Fusiones atípicas, de sociedades y organizaciones no lucrativas”, *Actualidad Civil*, n.º 32, Lima: 2017, pp. 333-391

conservación de la persona jurídica *per se*), y, por tanto, en cada caso la regulación de las mismas ha de satisfacer criterios de eficiencia y equidad, por las variables distintas que se aplican dependiendo del tipo social y su objeto, la inversión privada efectuada, de distinta magnitud y característica que distingue a su vez la de los miembros (aportes y prestaciones accesorias), la de terceros (donaciones) y la inversión pública (beneficios tributarios, facilidades para su constitución, autorizaciones para el desarrollo de actividades, etc.). Cada organización es distinta y en consecuencia no puede ser tratada de la misma forma.

- 5) Que la personalidad jurídica en el Perú nace con el registro, que es un acto administrativo concesional, que genera derechos *ex novo*, donde se legitima el tipo organizacional y las reglas aplicables al mismo, entre otros¹⁸; por tanto, esta no puede

18 SALAZAR GALLEGOS, Max “Anomalías societarias: la sociedad en formación”, en *Actualidad Civil*, n.º 45, Lima: marzo del 2018, pp. 297-314. Dice: “De allí que la personalidad jurídica nazca con la inscripción en el registro público, que es efectuada por funcionario público, el registrador, y es a través de ese acto administrativo por el que se concede la personalidad jurídica, creándose derechos *ex novo*. Para el caso del nacimiento de la personificación societaria, el registro cumple una función constitutiva de derechos, y no declarativa, como ocurre casi en la generalidad de los otros registros públicos (de bienes muebles e inmuebles), que obviamente, por su propia naturaleza, son distintos”.

desaparecer sin que se retire la concesión (inscripción de extinción). En consecuencia, tampoco podrían modificarse estos efectos por voluntad privada sin una ley específica que lo admita y el acto administrativo consecuente.

- 6) Si la sociedad como persona jurídica nace por concesión, que es un acto administrativo, este último es el que otorga la personalidad y legitima el tipo (principio de tipicidad) que a su vez ubica las reglas aplicables al modelo, y el objeto. En consecuencia, la sociedad no puede extinguirse o modificarse sin que se retire la concesión o se modifique, acto administrativo también, que no puede inferirse ni actuarse por voluntad privada, así como el acto público posterior (inscripción) ha de sustentarse en la ley correspondiente. La LGS, en lo que al “título” y “sección” que corresponde a la Reorganización, autoriza expresamente que estos fenómenos se produzcan en cada caso societario, con determinados efectos.
- 7) Si, como se ha anotado, cada forma organizativa se ha regulado de manera particular, ha de existir para cada una de ellas un procedimiento *ad hoc* que hace que se respeten derechos especialísimos, entre ellos, la oposición y la separación según su diseño tipificante (a su vez, la Ley de la EIRL y la de cooperativas guardan disposiciones especialísimas al respecto -Cada

forma corporativa ha regulado de manera particular las reorganizaciones en su caso, conforme a su naturaleza, así: la Ley de Cooperativas¹⁹, la Ley de la EIRL²⁰, la LGS, y en el caso de organizaciones no lucrativas (ONL) lo hace en general el Código Civil, si bien de manera poco certera (si bien concedemos que podrían estar reguladas). En cuanto al derecho de separación (consustancial a las reorganizaciones), existe una regla de derecho de reembolso; por ejemplo, por el valor del título representativo de participación social (según se trate de acciones o participaciones, estas últimas también reguladas en asociaciones²¹), que no necesaria-

mente será ajeno a todos los tipos de organización (en asociaciones no solo hay aportes periódicos, sino cuotas de ingreso de no menor cuantía, y en fundaciones, un aporte fundacional; y aun cuando no lo hubiera, la separación daría lugar a una indemnización). Tales derechos (separación, reembolso y oposición) respetan la supuesta causa del pacto orientado a la constitución de una sociedad y la relación jurídica establecida entre los socios y el ente creado, por la forma en que instituyó, especialmente en relación con los aportes, los intereses involucrados, y la responsabilidad consecuente. Esto ha de reconocerse en cada caso de manera especial, según el tipo social.

19 PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Decreto Supremo N.º 074-90-TR, *Ley General de Cooperativas*

“Art. 53.- La cooperativa se disolverá necesariamente por cualesquiera de las causales siguientes: [...]. 5. Por fusión con otra cooperativa, mediante incorporación total en ésta, o constitución de una nueva cooperativa que asuma la totalidad de los patrimonios de las fusionadas.

20 , D.L. N.º 21621, *Ley de la empresa individual de responsabilidad limitada*,

“Art. 31.- [...] los sucesores deberán adoptar alternativamente cualquiera de las siguientes medidas: [...]

c) Transformar la Empresa en una Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada”. La transformación se regula entre los artículos 71 a 75, y permite que una Sociedad se transforme en EIRL; y la Fusión se encuentra entre los artículos 76 a 79, entre EIRL y EIRL.

21 CÓDIGO CIVIL. Artículo 886. - Bienes muebles. Son muebles: [...]

8. Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones,

8) Las reorganizaciones están sujetas obligatoriamente a inscripción registral, justamente para que se aplique y verifique el principio de legalidad; *ergo*, el funcionario que califica debe contar con reglas claras para cada una, que prediquen predictibilidad para hacerlo por cada tipo conocido.

9) Si alguna corporación aprueba un acto e ingresa en un procedimiento consecuente de reorganización, por ejemplo, una transformación, sin inscribirse, deviene en irregular, lo que conlleva a una distinción con la

aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.
[...].”

- fusión y escisión, que tendrían que ser declaradas ineficaces de pleno derecho por el solo transcurso del tiempo —lo que la ley erróneamente no prevé—, sino que habrían de plano que caducar las negociaciones y acuerdos previos.
- 10) Los fundamentos para ingresar en una reorganización son diversos, pero esencialmente encaminados por el principio de conservación que responde a intereses económicos de los miembros, que evitan la liquidación y el proceso de constitución de una nueva organización, que a su vez permite transferir patrimonio con el crédito y demás derechos y obligaciones, lo que obviamente ha de sujetarse a un estricto control jurídico.
 - 11) La forma como se encuentra concebida la LGS y el CC (una de carácter estructural y la otra causalista), y la finalidad de cada tipo corporativo, implican la reconfiguración de una reorganización, en principio, y según el destino del patrimonio particular que cada una, con otra de igual o semejante naturaleza.
 - 12) Las corporaciones, como vehículos de disposición y encausamiento de emprendimientos de los seres humanos, están sujetas de manera restrictiva en sus actuaciones (no son omnipotentes ni gozan de todo tipo de derechos, y ciertamente no se les reconoce la “dignidad” que a personas naturales acomoda), y no son el centro mismo del derecho (sino a través de los cuales se encausan los de las personas naturales). Dicho de otro modo, los deberes y derechos a los que se someten y se les reconoce no tienen existencia *per se*, y se sujetan a su propia naturaleza²².
 - 13) No existe un derecho fundamental a reorganizarse, al contrario, existe, como hemos puesto de manifiesto y comentado, derechos limitados.
 - 14) El interés público en la vigencia de las corporaciones y la razón de su existencia ameritan el juicio de valor comprendido para los terceros, *stakeholders*, que no son los mismos para todas, ni inciden en la misma magnitud sino dependiendo del tipo de corporación.²³
 - 15) Algunas operaciones de reorganización, incluso, aun existiendo la LGS, se encuentran bajo control, por lo que deben pedir autorización *ex ante* (es el caso de las corporaciones bajo la férula de la Superintendencia de Banca Seguros y Afps, o del sector eléctrico (Comisión de Libre Competencia del INDECOPI) y el de educación superior universitaria (Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria).
 - 16) La sucesión universal.

22 LYON PUELMA, Alberto, *Personas Jurídicas*, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile Ediciones, 2003. CASTRO Y BRAVO, Federico de, *La persona jurídica*, Madrid: Editorial Civitas, 1981.

23 FREEMAN, R. E., “A Stakeholder Theory of Modern Corporations”, en *Ethical Theory and Business*, Upper Saddle River: Prectice Hall, 2004, pp.56-65.

5. La sucesión universal corporativa y las reorganizaciones

El origen común y regla general de transferencia de titularidades es de orden contractual, y la misma se ejecuta individualizando bienes o derechos de manera específica.

Las normas de reorganizaciones constituyen una excepción a la regla general de transferencia individual de bienes. En efecto, el ordenamiento jurídico de las reorganizaciones genera la mayor de las veces una sucesión universal patrimonial²⁴.

Es muy claro que, mediante una fusión, por ejemplo, se produce una sucesión universal de bienes, del bloque patrimonial que se transfiere, que únicamente por mandato de la ley abrevia la negociación, estructura y ejecución del traspaso del mismo (que puede estar integrado por un gran número de bienes y derechos heterogéneos).

Ello evita y minimiza la operatividad contractual y las formalidades del caso²⁵, que se reiterarían y replicarían por cada bien individualizado si esta no se produjera en efecto. Esta situación constituye también el porqué de las mismas, pues verifica una forma eficiente de transferencia de negocios en marcha,

que elimina los obstáculos que supone la aplicación de las reglas generales para el traspaso de titularidades (contractuales, entre otros sistemas y también de costos que hemos repasado líneas atrás) para la transmisión individualizada de derechos y obligaciones.

Todo ello opera, reiteramos, únicamente por imperio de la ley. Así, este tipo de actos y procedimientos están orientados a reducir los costos de transacción asociados a la transferencia patrimonial empresarial que se produce merced los mismos, simplificándolos, luego, necesitan una ley que las autorice, toda vez que es imposible reconocer una sucesión universal de bienes (como ocurre en las reorganizaciones) sin que una ley lo permita.

No obstante, una transferencia de activos varios (y pasivos) puede realizarse sin que tal legislación permisiva de reorganizaciones exista, pero estaría sujeta a los costos propios que genere la aplicación de una ley contractual, y lógicamente, sin sucesión universal. La legislación societaria de reorganizaciones permite ejecutar transferencias limitando costos, juntamente a la legislación tributaria y administrativa, que es complementaria de la primera.

Como consecuencia de lo anterior, se reconoce que las reorganizaciones operan *ope legis*, y la sucesión universal consecuente *ipso iure*. Por tanto, sin ley justificante y autorizativa, no puede realizarse una reorganización ni producir sus efectos.

24 Álvarez Royo-VILLANOVA y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, “La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital”, ob. cit.

MARDONES OSORIO, Marcelo, “División de sociedades y sucesión universal”, en *Ius et Praxis*, vol. 20, n.º 2, Talca: 2014.

25 Reglas de solemnidad.

Esto último siempre ha sido entendido de esta manera por el legislador peruano y el extranjero, y a su vez comprendido por la autorizada doctrina de cada uno, de lo que existen antecedentes en nuestra legislación, i.e: la Ley de Promoción en el Sector Agrario de 1991; la Ley N.º 26544 de 1995; la Ley de Saneamiento de Empresas Azucareras de 1996; el D. Leg. N.º 882 de 1996; la Ley N.º 27649 del 2002; y la Ley N.º 29504 del 2010. Esto mismo se refleja en legislación extranjera, como hemos apuntado aquí mismo, en líneas más atrás.

Es necesario hacer hincapié en una cuestión que resulta evidente, y es que no existe un derecho corporativo (general o especial) o de personas jurídicas a la sucesión universal de derechos o de bienes, (distinto es el caso de la herencia u otros que estén expresamente regulados para casos concretos no societarios²⁶, ya que para corporaciones no es otra que la regulación de fusiones).

No existe la sucesión universal como institución jurídica societaria regulada de manera general ni específica, *ergo*, la sucesión universal como derecho debe estar regulada para que se produzca.

Es necesario entonces precisar que la finalidad y la naturaleza de la suce-

sión universal en las reorganizaciones o modificaciones estructurales impone aplicar estas reglas solo en los casos en que se hubieran previsto expresamente, y no genéricamente para la transmisión de bienes. La sucesión universal se aplica también por previsión expresa de supuestos tradicionalmente discutidos como la escisión (de muy reciente regulación en el Perú).

Al margen de la normativa especial para estas operaciones, en algunos aspectos no se puede aplicar sin más el funcionamiento de la sucesión universal en la fusión. La dificultad de determinar el destino de las relaciones jurídicas para un tercero impone a las sociedades unas especiales obligaciones de información; por ejemplo, la publicidad de la operación en sí no tiene la misma eficacia que en la fusión.²⁷

La omisión de una regulación *ad hoc* de la sucesión universal para un caso concreto corporativo, constituye otro de los fundamentos para analizar la normatividad y verificar su especialidad.

6. Problemas de aplicación de una legislación especial a sujetos de distinta composición estructural: sociedades y otras formas corporativas no lucrativas

Así como nos hemos referido a sociedades, podemos hacer un ejercicio

26 De hecho, las personas naturales tienen derecho a heredar y existe la institución de la sucesión universal porque esta se haya regulada como tal en el libro correspondiente del Código Civil, no existe un derecho fundamental que la ampare.

27 Álvarez Royo-VILLANOVA y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, "La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital", *ob. cit.*, p. 320.

de aplicación para Organizaciones No Lucrativas, y verificar si las razones para que una reorganización se ejecute y su operatividad —esto es, los actos decisorios, los derechos sobrevivientes y procedimientos de estructura— se rigen por los mismos cánones y principios.

En una ONL, el principio de conservación —que es consustancial a sociedades— se relativiza, ya que responde a intereses económicos, ya no solo de los miembros, sino de la propia organización y *stakeholders*, en particular donantes y el Estado, que han coadyuvado a la integración de su patrimonio. Los socios, al contrario de lo que sucede en sociedades, no tiene derechos de propiedad, no hay nexo causal con las utilidades, ni un mercado de intercambio de títulos y votos²⁸. Si bien con una reorganización se evitan la liquidación y el proceso de constitución de una nueva organización, esto se hace para permitir transferir patrimonio, con el crédito y demás derechos y obligaciones, lo que ha de sujetarse a un estricto control jurídico, lo que, en el caso de las no

lucrativas, implica la liquidación de los incentivos tributarios que las justifican o justificaron, y que ayudaron a su acumulación patrimonial y su supervivencia con el posicionamiento que las acredita en el mercado.

El *principio de causalidad* o la causa como elemento distintivo natural de las organizaciones no lucrativas reguladas por el Código Civil²⁹ —o ley que lo sustituya o complemente—, que delimita el destino final de su patrimonio, es gravitante, conforme a su vez al *principio de restricción a la distribución*, reconocido de manera casi unánime alrededor del mundo, que obliga a diseñar una regla de derecho para estos casos.

Una fusión podría concebirse si la ley lo autoriza expresamente, y proceder a la sucesión universal de su patrimonio, o parte de él, en principio, con otro vehículo corporativo de igual naturaleza, por la causalidad asociada a su patrimonio. El reglamento de registro de personas jurídicas, como norma estrictamente procedimental, recién encontraría contenido y función con una norma de este tipo.

Es evidente, ya no solo por la causalidad apuntada, sino por la inexistencia de derechos de propiedad, y la regulación tributaria dispuesta, que las ONL son de distinta naturaleza patrimonial que las sociedades.

28 Permítame remitirme a dos trabajos previos donde abordé la materia: “El objeto social y los fines en las sociedades y asociaciones: su relación con la separación de los socios”, en *Actualidad Civil*, n.º 12, Lima: junio del 2015, pp. 102-113; y “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, pp. 481-496.

29 Conforme los artículos 80, 99 y 111 del Código Civil, y 18 y 19 de la Ley del Impuesto a la Renta.

Si ley es distinta y dispone leyes especiales para cada forma corporativa, como es el caso de las EIRL, la LGS, las ONL y cooperativas —como ya hemos apuntado—, es porque gozan de estructura diferente. Una reorganización, pues, ingresaría en conflicto directo con el destino del patrimonio de una ONL y su conformación (a propósito de los donantes, y el Estado promotor y benefactor a través de las leyes tributarias correspondientes).

Una reorganización cambia la condición de titularidad de derechos políticos en una ONL a derechos de propiedad, si tal cambio fuese a favor de adoptar una forma corporativa societaria. En algunos casos (la transformación, por ejemplo), ello haría sentido con un incremento patrimonial de los socios, que haría incidencia tributaria.

Una reorganización modifica la aplicación de otras ramas del derecho: beneficios tributarios, concesiones administrativas, laborales, entre otras, que inciden de manera distinta según el tipo social.

Cuando el legislador estimó conveniente que se produjeran tales efectos en una ONL, se promulgaron leyes *ad hoc*, respetando la especialidad técnica de esta clase de actos y procedimientos (lo que se produjo en el sector agrario, clubes de fútbol, BVL, colegios y universidades, etc.).

En las ocasiones en que el Tribunal Registral dijo resolver al respecto,

permitiendo la transformación de una asociación en sociedad, claramente actuó contra la ley, por encima de las facultades que le son concedidas, y no analizó ninguna de las razones ni situaciones anteriormente acotadas en este trabajo. Una reorganización que requiera de liquidación patrimonial claramente no es una reorganización, pues vacía de contenido la misma, relegándola a un mero procedimiento burocrático. En el caso particular de las ONL reguladas por el CC, no se puede por vía de un Reglamento operativo [RRPPJJ] ampliar supuestos de ley que el CC no regula.

Incluso la LGS solo hace permisiva (sin fundamento alguno) la extensión de los procedimientos de transformación a otras formas corporativas en caso de que no exista una prohibición, nada más, por tal (i) no puedo ampliar ese supuesto a los casos de fusiones y escisiones; y (ii) la ley no explica por qué ni cómo.

En una ONL, implicar este tipo de procedimientos sin ley autorizativa, resulta perfectamente en un mecanismo de opresión de mayorías³⁰, y violenta

30 Véase, al respecto, *Wilson v Alharayeri* 2017 SCC 39, la Corte Suprema de Canadá ha resuelto ya en 2017, una vez más “considered the operation of the oppression remedy found in section 241 of the *Canada Business Corporations Act* 1985. More specifically, the court considered the circumstances in which it was appropriate to make a director personally liable under section 241(3) in respect of oppressive or unfairly prejudicial conduct and the factors that should be considered in fashioning a remedy”.

directamente el principio de no distribución del patrimonio³¹, además del principio causal en el que está basada su normativa³².

En su caso, la persona jurídica “asociación”, como tipo, 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 imposibilidad³³.

En nuestro entorno, los estudios de COSTE, Diego y José David BOTTERI, *El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2016.

31 HANSMANN, Henry B., “*The Role of Nonprofit Enterprise*”, vol. 89, n.º 5, Yale: *The Yale Law Journal*, 1980, pp. 835-901.

HANSMANN, Henry B., “*The Ownership of Enterprise*”, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

32 El principio de causalidad o causal de corporaciones 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.

33 SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil. El sujeto de derecho. Personas jurídicas*, t. 1: Parte

Este es un concepto corporativo elemental y que se verifica (i) no solo por el tipo social —que redundaría 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 en este fin; lo mismo respecto los donantes; y (iii) por el mandato legal implícito en el principio citado, contenido en la regulación.

Si bien lo que no está prohibido está permitido, ello no implica una opción libertaria sin límites, pues siempre se ha de estar al obrar legítimo, basado en la naturaleza de las cosas, que creo haber explicado aquí de manera correcta.

7. Estudio sobre supuestos de reorganización de sociedades, y sociedades y asociaciones

Desde hace más de 5 años he venido presentado el siguiente esquema en las clases de derecho que tengo a mi cargo en la Pontificia Universidad Católica, lo que me anima a publicarlas hoy por el interés que pueda generar.

general, vol. 3, 2.^a reimp. ed., Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 803. 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 [...]*”.

A continuación, se presentan un análisis esquemático donde se ensaya la regulación de reorganizaciones entre

sociedades y asociaciones de distintos tipos, que permite considerar supuestos de estudio y de *lege ferenda*.

Cuadro 1

I. **FUSIONES**

FUSIONANTE	FUSIONADA	PRONÓSTICO	PROBLEMA
1. ASOCIACIÓN	ASOCIACIÓN	PROBABLE	Objeto y destino Patrimonial
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 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, quienes sim-

- plemente renunciarían a su derecho de propiedad.
- 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 2

II. **ESCISIONES**

ESCINDIDA	ADQUIRIENTE	PRONÓSTICO	PROBLEMA
1. ASOCIACIÓN	ASOCIACIÓN	PROBABLE	Destino Patrimonio
2. ASOCIACIÓN	SOCIEDAD	IMPROBABLE/ PROHIBIDA	Destino Patrimonio y 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 con el objeto social y el interés y razonabilidad de la inversión.

Cuadro 3

III. 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 tributarios específicos.
- b) En 2, no debería existir problema, sería catalogado como una inversión corporativa. La Ley de Mercado de Valores, por ejemplo, no excluye la participación de ONLs, 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 destinará a una actividad que no generará ninguna posibilidad de reparto de dividendos. Lo mismo en relación con la razonabilidad de la inversión.

Cuadro 4

IV. 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 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 5

V. TRANSFORMACIONES

TIPO ORIGINAL	TIPO RESULTANTE	PRONÓSTICO	PROBLEMA
1. NO LUCRATIVO/ ASOCIACIÓN	FUNDACIÓN/ 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 con los efectos tributarios. Los principios corporativos enunciados, de restricción a la distribución y otros cobran gran relevancia.

b) En 2, el cambio de naturaleza y el destino del patrimonio resultan en impedimentos. No obstante, y como lo hemos planteado³⁴, no es una restricción absoluta.

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 6

VI. 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 REGULACION ESPECIAL/ NO CONCESION	LIQUIDACIÓN PATRIMONIAL	Ninguno

a) En 1, una asociación puede estar sometida a un régimen especial, v. gr. art. 130 de la Ley del Mercado de

34 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.

Valores – LMV³⁵; 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, como requisito previo.

- b) En 2, se requiere que se declaren los derechos y otros intangibles asociados a la organización, que

35 “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”.

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 desde el año 2004, que no coincide con la hipótesis de la LGS, y que exigen liquidación del patrimonio y acuerdo unánime. Debe considerar los escenarios 1 y 2 para no incurrir en ilícito.

8. Referencias bibliográficas

Álvarez Royo-VILLANOVA, Segismundo y José Javier ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, “La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, n.º 64, Madrid: Consejo General de los Consejos Oficiales de los Corredores de Comercio.

AYTAÇ, Ferhan, “Contemporary Look on the Historical Evolution of Mergers and Acquisitions”, *International Journal of Economics, Commerce and Management Rev.* United Kingdom, vol. IV, London: febrero del 2016.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, *La persona jurídica*, Madrid: Editorial Civitas, 1981.

COSTE, Diego y José David BOTTERI, *El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires: Editora Hammurabi, 2016.

FREEDLAND, Fred, *Merger and Consolidation of New York Business Corporations: History of Enabling Legislation 1776-1956*, vol. 25, *Fordham Law Review* 672, s. l.: 1956.

FREEMAN, R. E., “A Stakeholder Theory of Modern Corporations”, en *Ethical Theory and Business*, Upper Saddle River: Prectice Hall, 2004.

GARCIMARTÍN, FRANCISCO, “Company Restructurings and Universal Transfer of Assets: A

- Proposal to Deal with the Conflict of Law Problems*". Recuperado de <<https://bit.ly/2y2aARy>>.
- GILSON, Ronald J., "Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing", n.º 94, Yale: Yale Law Journal, 1984.
- HANSMANN, Henry B., "The Role of Nonprofit Enterprise", vol. 89, n.º 5, Yale: *The Yale Law Journal*, 1980.
- HANSMANN, Henry B., "The Ownership of Enterprise", London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
- HILLS, George S., "Consolidation of corporations by sale of assets and distribution of shares", Rev. 349. Recuperado de <<https://bit.ly/2y2D3GT>>.
- HINESCU, Arcadia, "Succinct Considerations Regarding the Merger of Companies in the New Romanian Civil Code", en *Revista Tribuna Económica*, n.º 1, Bucures: Editorial Hamangiu, 2014.
- LYON PUELMA, Alberto, *Personas Jurídicas*, Santiago de Chile: Universidad Católica de Chile Ediciones, 2003.
- MARDONES OSORIO, Marcelo, "División de sociedades y sucesión universal", en *Ius et Praxis*, vol. 20, N.º 2, Talca: 2014.
- PISTOR, Katrina, YORAM, Keinan, HEISTERKAMP KLELLN, Jan & D., MARK, *The Evolution of Corporate Law. A Crosscountry Comparison*, 2002. Recuperado de <<https://bit.ly/2t2pzoO>>.
- ROLL, Richard, "The hubrys hypthesis of corporate takeovers control", en *The Journal of Business*, vol. 59, Chicago: 1986.
- SALAZAR GALLEGOS, Max, "Fusiones atípicas, de sociedades y organizaciones no lucrativas", *Actualidad Civil*, n.º 32, Lima: Instituto Pacífico 2017.
- SALAZAR GALLEGOS, Max, "El Objeto Social y los Fines en las Sociedades y Asociaciones: su relación con la separación de los socios", en *Actualidad Civil*, n.º 12, Lima: junio del 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.
- 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.
- SCOTT, Andrew, "The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom", en *Law, Society and Economy Working Papers*, vol. 9, London School of Economics and Political Science Law Department: 2009. Recuperado de <<https://bit.ly/2JwKmfj>>.
- SPOTA, Alberto G., *Tratado de derecho civil. El sujeto de derecho. Personas jurídicas*, t. I: Parte general, vol. 3, 2.ª reimpr. ed., Buenos Aires: Depalma, 1968.
- VIVES RUIZ, Fernando, "Mecanismos de Protección de Accionistas y Acreedores en la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales", en *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas Empresariales*, n.º 83-84, Madrid: Icade, 2011. 