

¿LA REORGANIZACIÓN SIMPLE O SIMPLE APORTE?

PERCY CASTLE ALVAREZ-MAZA

Abogado por la Universidad de Lima.
Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Lima.

SUMARIO

- I. Introducción.- II. Alcances generales de la Reorganización Simple en la legislación peruana.-
III. Naturaleza jurídica de la Reorganización Simple:
1. ¿La Reorganización Simple es en realidad una Forma de Reorganización?;
2. La Reorganización Simple y las demás Formas de Reorganización.-
IV. ¿Reorganización Simple o Simple Aporte?: 1. Transferencia del bloque patrimonial;
2. Acuerdo de Reorganización; 3. Reorganización Simple y Tributación.-
V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Motivada por la experiencia empresarial nacional durante los últimos veinte años, la legislación peruana ha incorporado diversa regulación relacionada con las denominadas reorganizaciones empresariales y de sociedades¹. La Ley General de Sociedades ("LGS") vigente desde el año 1998 es un hecho palpable de esta situación, si la comparamos con la regulación existente hasta entonces.² Si a ello se agrega el recientemente promulgado Reglamento del Registro de Sociedades ("RRS"), la regulación acerca de la reorganización societaria es considerable, tanto más cuando en términos generales contempla adecuadamente los aspectos que el empresario requiere para reestructurar su organización de la manera que considere más eficiente, sin que el derecho sea un obstáculo en su camino.

Conforme a estas nuevas disposiciones si bien no se ha definido la reorganización societaria, se ha incorporado dentro de su ámbito a distintas figuras o modalidades. Así, la LGS ha incluido a la Transformación como una forma de reorganización; ha dictado con detalle normas sobre las Fusiones y Escisiones; y ha regulado lo que según ella son Otras Formas de Reorganización, estableciendo en esta parte -o simplemente citando- diversas modalidades.³ Entre estas últimas se encuentra la denominada Reorganización Simple.

El propósito del presente trabajo es intentar un detallado estudio que nos permita arribar a conclusiones acerca de lo que nuestra legislación societaria ha querido regular bajo la modalidad mecanismo de la Reorganización Simple y, en ese sentido, determinar una idea precisa acerca de lo que serían sus alcances y efectos a la luz de las distintas posiciones que pudieran existir sobre su naturaleza.

¹ Para la historia, debe reconocerse que la experiencia adquirida no sólo ha sido fruto de la apertura de nuestro país en los últimos diez a quince años al mercado internacional sino, en particular, por la existencia de disposiciones tributarias que otorgaban una serie de beneficios (exentos hasta el año 1999 inclusive).

² Ley N° 26887 con vigencia desde el 1 de enero de 1998 que ha incorporado en la Sección Segunda del Libro IV a las formas de reorganización sociedades.

³ La LGS y el RRS tienen normas específicas sobre Reorganización de Sociedades Extranjeras, y la Reorganización de Sociedades de Sociedades Extranjeras. Asimismo señala como reorganizaciones a las escisiones múltiples y combinadas, y a cualquier otra operación en que se combinen transformaciones, fusiones y escisiones.

II. ALCANCES GENERALES DE LA REORGANIZACIÓN SIMPLE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Dentro del marco de la LGS, podemos señalar que la Reorganización Simple está regulada de manera directa sólo por los artículos 391 y 393 que citamos a continuación⁴:

"Artículo 391º.- Reorganización simple.

Se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes".⁵

"Artículo 393º.- Operaciones simultáneas.

Las reorganizaciones referidas en los artículos anteriores⁶ se realizan en una misma operación, sin perjuicio de que cada una de las sociedades participantes cumpla con los requisitos legales prescritos por la presente ley para cada uno de los diferentes actos que las conforman y de que de cada uno de ellos se deriven las consecuencias que les son pertinentes.

En ese sentido, mediante la Reorganización Simple la sociedad segrega, aparta, separa su patrimonio en dos o más bloques identificables y "aporta" (señala el propio artículo), uno o varios de ellos a una o más sociedades para conservarlo. Cada sociedad que recibe un bloque patrimonial entrega a la sociedad aportante acciones o participaciones de propia emisión.

Si nos atenemos al tenor del texto del artículo 393, la Reorganización Simple se realiza en una misma operación. Asimismo, como consecuencia de dicha Reorganización las sociedades involucradas deben de cumplir con los requisitos establecidos por la LGS para cada uno de los actos y consecuencias que impliquen ejecutar esta reorganización.

Dado que esto es lo único que a primera vista puede concluirse de la revisión de los referidos artículos, sólo queda claro que nada queda claro. Basta además leer los comentarios que sobre el particular ha escrito la doctrina nacional, para evidenciar los diferentes alcances que se le da la Reorganización Simple.⁷

Por tanto, sobre la base de los pocos artículos señalados, trataremos de trazar una ruta que nos lleve a alguna conclusión objetiva sobre la naturaleza de esta modalidad de reorganización y, en ese sentido, sus efectos y consecuencias.⁸

⁴ La Reorganización Simple tiene dentro de la LGS una serie de disposiciones que la regulan de manera indirecta, respecto de los cuales nos referiremos en el transcurso del presente trabajo.

⁵ Habría faltado la palabra "simple" después de la de "reorganización", pues bajo su tenor actual pareciera que el artículo define a la REORGANIZACIÓN, tanto más cuando la Primera Disposición Final de la LGS señala que los títulos de los artículos con números indicativos y no deben tomarse en cuenta para la interpretación del texto de la Ley.

⁶ El artículo 391 de la LGS citado está en duda con respecto a lo que este artículo se refiere por "artículos anteriores".

⁷ Nos referimos tanto a las obras sobre comentarios a la LGS como a trabajos similares a este desarrollados por destacados juristas nacional, algunos de ellos miembros de la Comisión Redactora y otros de la Comisión Especial Revisora del Congreso de la República que se ocuparon en elaborar la LGS.

⁸ Debemos admitir que en este espacio del trabajo no hemos querido entrar en detalle sobre las normas contenidas en el RRG acerca de la Reorganización Simple, tomando en consideración que su función reglamentaria, su pre-disposición registral y el rango normativo que le asienta no tendrían por qué cambiar el sentido sustantivo de las normas de la LGS citadas. Por otro lado, si nuestras conclusiones fueran contrarias a las normas contenidas en el RRG, tales disposiciones tendrían la sanción legal pertinente (inaplicabilidad, ineficacia, nulidad, invalidez, según sea el caso).

La cuestión no es meramente teórica. En realidad es esencialmente práctica y de efectos relevantes para la subsistencia de la figura, la que por cierto ha estado presente en muchas reorganizaciones empresariales desde la dación de la LGS.

Sólo para llamar el interés del lector, podemos adelantar que si se considerará a la Reorganización Simple como un simple aporte, la transferencia de los activos que conforman el bloque patrimonial no se realizaría en bloque o a modo de sucesión universal generándose las consecuencias e inconvenientes prácticos de transmitir cada bien del activo según su condición jurídica, aspecto que en la práctica podría hacer inútil esta modalidad.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA REORGANIZACIÓN SIMPLE

Bajo el riesgo de que algunos puedan creer que determinar la naturaleza jurídica de una modalidad de reorganización como la que venimos a comentar pueda ser un exceso, nos atreveremos a buscarla con el objetivo práctico que tiene en derecho el buscar la naturaleza de cualquier institución, es decir, establecer cuales son los derechos, obligaciones, efectos, consecuencias y legislación aplicable para las partes que intervienen, así como para las autoridades administrativas o judiciales que se avoquen a conocer de un caso relacionado con el uso de la Reorganización Simple.

Atendiendo al espacio que tenemos, en concreto **el tema medular de este trabajo es establecer si la Reorganización Simple es una modalidad autónoma de reorganización; es en realidad una forma de escisión; o es simplemente un aporte.**

En ese sentido, debemos comenzar por establecer cada uno de los elementos o aspectos que envuelven a esta figura.

Partamos por lo básico. De acuerdo al objetivo del texto de la LGS la Reorganización Simple ha sido establecida por la LGS como una de las Otras Formas de Reorganización según se lee del encabezado del Título IV de la LGS donde está regulada. Así, de una mera visión legislativa (sin entrar a diferencias específicas), podemos arribar a las siguientes conclusiones básicas y por tanto preliminares para intentar nuestro cometido.

- a) La Reorganización Simple es una forma de reorganización;
- b) Es distinta a las demás formas de reorganización que expresamente regula la LGS, no siendo por tanto igual a la transformación, fusión o escisión, ni cualquier operación en que se combinen dichas formas de reorganización.⁹ Es, según el texto de la ley simplemente Reorganización Simple.

1. ¿La Reorganización Simple es en realidad una Forma de Reorganización?

El vocablo reorganización refleja el hecho de volver a ordenar una cosa, "organizar una cosa de manera distinta y de forma que resulte más eficaz".¹⁰ En sentido mercantil y empresarialmente hablando, la reorganización constituye un objetivo, derivado de un sin número de motivos, principalmente de tipo económico y administrativo, destinados a la alteración de estructuras empresariales y legales tendientes a la concentración, división o a la eficiente prosecución de algún otro objetivo empresarial.

⁹ A favor de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 382 de la LGS.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española vigésimo segunda edición.

Dado el carácter mercantil de la reorganización societaria, está íntimamente relacionada con los objetivos empresariales, de ahí que podemos señalar que la relación de la reorganización empresarial y la reorganización societaria es una de género a especie. La reorganización societaria de la que se ocupa la LGS, el RRS y algunas otras disposiciones relacionadas (como por ejemplo las del Mercado de Valores) están por tanto relacionadas a los actos y efectos de las reorganizaciones empresariales que involucran a las sociedades.

En efecto, la finalidad del derecho societario en el campo de la reorganización empresarial debe tender a generar los canales de comunicación entre los objetivos comerciales, financieros, administrativos o de cualquier otra índole que la empresa busca en su reorganización y las estructuras legales-societarias que soportan a la empresa, respectivamente, independientemente a la entidad legal que la envuelve. De ahí que la doctrina y legislación relacionada con las distintas ciencias y disciplinas que se ocupan del fenómeno de la reorganización empresarial son, a nuestro entender, la base sobre la que se apoya la reorganización de sociedades. No podemos por tanto desligar una de la otra.

En este sentido, la reorganización empresarial en general y societaria en particular se genera por un sin número de motivos complejos e interconectados. Resaltan entre las causas más reiteradas:

- Búsqueda de efectos sinérgicos, es decir, el deseo de multiplicar las eficiencias individuales mediante la concentración o desconcentración de los bienes, gestión y actividad empresarial, de suerte tal que se obtenga una significativa reducción de las ineficiencias existentes;
- Medio de adquisición de activos tangibles o intangibles, o de beneficios futuros;
- Alternativa para establecer estrategias de mercadeo y posicionamiento en el mercado;
- Aprovechamiento de economías de escala por medio de integraciones horizontales o verticales;
- Racionalización de procesos productivos;
- División de áreas de negocios altamente especializadas;
- Estrategias de grupos económicos;
- Solución de ineficiencias en la gestión o de conflictos en la propiedad o administración; y,
- Obtención de ventajas fiscales; entre otras tantas.

Aun cuando las finalidades descritas son algunas de las más conocidas, en realidad cada proceso de reorganización, cualquiera sea la entidad legal¹⁷ por la que la empresa se canalice, contiene de manera individual un objetivo propio y único con metas y efectos particulares.

¹⁷ En el Perú la reorganización de empresas en cualquier de sus formas es admisible tanto respecto de sociedades civiles como comerciales en las distintas formas de constitución establecidas por la Ley General de Sociedades, como respecto de otro tipo de personas jurídicas como es el caso de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada regulada por la Ley N° 21621A (Artículos 71 a 76 que sólo se refieren a la Transformación y Fusión). En el caso de las Asociaciones, Fundaciones, Comités reguladas por el Código Civil, no existe norma expresa ni regulatoria sobre los casos de reorganización ni su procedimiento, sin embargo no existe prohibición.

En este contexto, la reorganización presenta un sin número de complejidades de distinta índole en cualquiera de sus etapas de formulación, es decir, (i) en la elección del medio de reorganización en función al objetivo buscado; o (ii) en la ejecución del proceso de reorganización; o, (iii) en la adecuación al cambio *ex-post*, es decir, concluido el proceso.

Encarar tales complejidades implica establecer estrategias de orden legal, contable, financiero, administrativo, laboral, organizacional, comercial, operativo, técnico, entre otros similares, con la finalidad de armonizar mecanismos que, en lo posible, neutralicen y minimicen en tiempo, costo y volumen los efectos contradictorios propios de cualquier cambio.

En este orden de ideas, con el peligro de las deficiencias que se encuentran al definir instituciones o figuras jurídicas (sobre todo cuando estas responden al derecho mercantil, informado y alimentado de criterios tan flexibles y mutantes como la empresa misma), esbozaremos una definición de la Reorganización de Sociedades que por lo menos tenga la virtud de darle parámetros claros a los objetivos del presente artículo.¹² *En este sentido, podemos señalar que para el derecho la Reorganización de Sociedades debe ser entendida como un objetivo empresarial constituido por un acto o una serie de actos jurídicos a través de los cuales se altera parcial o totalmente la estructura legal de una sociedad.*

Todo lo anterior nos lleva a un complicado cuestionamiento ¿Acaso podemos señalar que para el derecho sólo habrá transformación, fusión, escisión, reorganización simple y otras formas de reorganización si ella se sustenta en una reorganización empresarial? Por su parte, dado que la reorganización societaria de la que se ocupa la LGS (y que es materia de estas líneas) es aquella relacionada con las operaciones que involucran exclusivamente a las sociedades, ¿Acaso sólo podemos señalar que para el caso exclusivo del derecho de sociedades sólo habrá transformación, fusión, escisión, reorganización simple y otras formas de reorganización si ella se sustenta en una reorganización empresarial?

No nos cabe la menor duda que la reorganización de sociedades no parte ni se sustenta en la simple voluntad de sus órganos sociales de modificar el tipo o la estructura societaria, pues atrás siempre estará presente alguna causa empresarial. **En consecuencia en nuestra opinión, la reorganización societaria siempre tendrá su justificación en una reorganización empresarial.**

Sin embargo, nos encontramos aquí con el problema que la causa subjetiva como soporte para la validez de los actos jurídicos es la excepción en el derecho, siendo por tanto la causa objetiva la regla para determinar la validez o no de un acto jurídico determinado.

En ese sentido, podemos señalar que la existencia y validez jurídica de una figura o modalidad de reorganización deberá ser evaluada según el área del derecho de la que se trate, es decir, del área dentro de la cual quiera resolverse un aspecto legal de la reorganización, tomando para ello en cuenta cómo la legislación y principios que informan a la respectiva área exija o no la presencia o justificación de una causa

¹² Sin perjuicio de ello, consideramos necesario que la doctrina y la jurisprudencia nacional establezcan y unifiquen criterios relativos sobre los alcances legales de la Reorganización Empresarial en general y Societaria en particular. Operaciones como la Reorganización Simple incorporada a nuestra legislación por la vigente LGS genera una serie de dificultades para ser distinguida de actos como el apote o la venta.

subjetiva o una objetiva para el reconocimiento, existencia, validez y eficacia de la modalidad de reorganización adoptada. Asimismo, desde el punto de vista de la causa objetiva, deberá determinarse el grado exigido por la legislación particular.

Si bien la complejidad y extensión del tema referido en el párrafo precedente, escapa largamente al propósito de este trabajo, es sin embargo imprescindible ver el alcance societario del mismo para el caso de la Reorganización Simple.

Para ello es interesante revisar algunos de los artículos de la LGS respecto a la fusión y escisión de sociedades. En ambos casos, recordemos que el Directorio o la gerencia según sea el caso, debe aprobar y llevar a consideración de la Junta de Accionistas el proyecto de fusión o de escisión, el cual, además, debe estar a disposición de los socios o accionistas desde la publicación de la convocatoria a Junta conjuntamente con toda otra información adicional que les permita evaluar la propuesta de fusión o escisión planteada por la administración de la sociedad.¹³

Sobre el particular, los artículos 347 y 372 de la LGS contienen interesantes disposiciones para nuestro dilema, relacionadas con el contenido de dichos proyectos. Así respecto de la fusión el proyecto debe de contener, entre otros, la explicación del proyecto de fusión, sus principales aspectos jurídicos y económicos y los criterios de valorización empleados para la determinación de la relación de canje entre las respectivas acciones o participaciones de las sociedades participantes en la fusión; así como los informes legales, económicos o contables contratados por las sociedades participantes, si los hubiere. En el caso de la escisión, los dos requisitos señalados son igualmente exigibles.

En estos mismos procesos, los socios o accionistas pueden ejercer su derecho de separación¹⁴ sin necesidad de justificación alguna siguiendo el procedimiento señalado por el artículo 200 de la LGS¹⁵, mientras que los acreedores pueden oponerse al acuerdo si consideran que como consecuencia de la ejecución del acuerdo su crédito no se encontrará adecuadamente garantizado¹⁶, situación que debe ser probada en el procedimiento judicial de oposición (sumarísimo) dispuesto por el artículo 219 de la LGS.¹⁷

Cabe también recordar que la adopción de un acuerdo de fusión o escisión prescindiendo de los requisitos señalados precedentemente otorga a los socios o accionistas el derecho de impugnar la validez del acuerdo y por tanto su eficacia jurídica, por contravenir las disposiciones de la ley o del estatuto. Conforme al artículo 139 de la LGS, la impugnación también es procedente si el acuerdo lesiona, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Finalmente, de acuerdo al artículo 150 de la LGS cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos de fusión o escisión contrarios a normas imperativas o que importen nulidad prevista en la ley.

La lectura de los alcances societarios mencionados para la fusión y escisión - dos modalidades de reorganización innatas -, nos lleva a la conclusión que el elemento

¹³ Artículos 348, 349, 350, 351, 371, 374, 375 y 376 de la LGS.

¹⁴ Artículo 200 y 205 de la LGS.

¹⁵ Artículo 200 de la LGS.

¹⁶ Artículos 360 y 363 de la LGS.

¹⁷ Artículo 219 de la LGS.

diferenciador de estas con otras figuras similares (liquidación, aporte, constitución) está sin duda en la preexistencia de una causa o razón que soporta o justifica una reorganización. Por tanto, hoy por hoy el acuerdo de fusión o escisión llano y puro no es suficiente para poder establecer su validez. De no existir la causa subjetiva (sustentada en el proyecto respectivo presentado por los administradores y aprobado por los socios), el acuerdo podrá haber formado una serie de decisiones societarias, pero en todo caso distintas a las de una reorganización vía fusión o escisión.

Sin embargo, esto que puede ser evidente en las fusiones o escisiones no lo es por ejemplo en el caso de la Transformación, donde basta el acuerdo adoptado por los socios en cambiar su forma societaria actual por otra distinta, para que ello suceda, con lo cual la existencia y prueba de una causa reorganizativa es indiferente.

Por tanto, no en todos los supuestos de reorganización es necesaria una causa subjetiva sino que la sola causa objetiva (acuerdo de los socios en transformar la sociedad) es suficiente.

Sin embargo, consideramos que en aquellas otras modalidades de reorganización, como es el caso de la Reorganización Simple, que no cuentan con regulación similar a la analizada (para arribar a una conclusión acerca de la necesidad de una causa objetiva o subjetiva), el asunto no es tan sencillo. Siendo indispensable repasar lo que la doctrina y historia de la Reorganización Simple nos dice.

2. La Reorganización Simple y las demás Formas de Reorganización

En beneficio del espacio no creemos que exista necesidad de precisar las diferencias de la Reorganización Simple con la transformación ni con la fusión, como sí es necesario hacerlo con la escisión.

En ese sentido, en cuanto a la escisión la diferencia es sin duda que mientras que en ésta las acciones o participaciones que se entregan a cambio del bloque patrimonial que se aporta van a manos de los socios o accionistas de la sociedad escindida, en la Reorganización Simple tales partes sociales son entregadas a la propia sociedad que segrega su patrimonio. Como consecuencia, en la escisión, en principio, la sociedad escindida sufre un detrimento patrimonial al desprenderse de un bien sin recibir nada a cambio, lo que en la mayoría de los casos la obliga a reducir su capital social.¹⁶ En la Reorganización Simple en cambio (y también en principio), la sociedad no sufre tal detrimento pues intercambia el valor de su bloque por un valor equivalente en acciones o participaciones.¹⁷ Además, como consecuencia de lo anterior, la relación de participación, canje y entrega de las acciones, esencial en la escisión, no se da en la Reorganización Simple.

Independientemente a las diferencias anotadas, no cabe duda que la presencia e inclusión de la Reorganización Simple en la LGS se ha generado de la clasificación

¹⁶ Irónicamente en ciertos casos la sociedad que recibe puede no reflejar una disminución de su patrimonio, como sería el caso que el valor del bloque patrimonial sea negativo, por señalar un crédito, cuando los pasivos del bloque son mayores que los activos, o también, aun no habiendo disminución podría no ocurrir una reducción del capital social, como es el caso que el valor del bloque sea cero o existan reservas que puedan ser capitalizadas.

¹⁷ No queremos ser absolutos en este efecto, pues esta diferencia dada por toda la doctrina sólo tiene una visión sobre el valor contable de los bienes que se intercambian (bloque patrimonial por acciones o participaciones), dejando de lado en ciertos casos valores que ni el costo de adquisición o el de mercado pueden considerar. Pero en todo caso, visto desde una perspectiva contable puede también ocurrir que los valores de valoración de los patrimonios que se intercambian si bien en un mismo momento puedan tener un valor igual por un criterio de igualdad, de inmediato estos pueden sufrir variaciones según cómo estén en cabeza de cada sociedad los bienes recibidos y las partes sociales entregadas a cambio.

dada por la doctrina nacional e internacional a la escisión, y de la experiencia peruana en la aplicación práctica de la escisión de empresas. Hagamos un poco de historia sobre el particular.

La reorganización de sociedades si bien estuvo presente desde el año 1968 con la Ley de Sociedades Mercantiles en las figuras de la transformación y la fusión, no es sino hacia finales de los años ochenta que la aplicación práctica de las reorganizaciones se activa.

En el mundo las fusiones, escisiones y demás formas de reorganización tenían en la práctica societaria y empresarial mundial vívida ejecución desde los años sesenta y setenta del siglo pasado. Sin embargo, la situación política-económica nacional en tales décadas y los costos tributarios de ejercitarlas durante principios de los ochenta hizo que no se adoptaran como mecanismo de reorganización o reestructuración empresarial.

El cambio promotor rotundo e inmediato expuesto en la legislación tributaria²⁰ desde inicios de los años noventa del siglo pasado, con la finalidad expresa y directa de promover las reorganizaciones empresariales, fue sin duda el hito que permitió al derecho y la práctica legal el desarrollo de las reorganizaciones societarias. Sin embargo, como suele suceder la legislación societaria no avanzó con la misma velocidad a la impuesta por los empresarios, por tanto la ejecución de las reorganizaciones societarias tuvieron que valerse de la deficiente normatividad existente en la Ley General de Sociedades.²¹

En ese punto y contexto, existía una dualidad. Por una parte, la legislación tributaria permitía la escisión como una forma de reorganización empresarial, con indudables beneficios para los contribuyentes (la cual definía parcialmente), pero sin embargo dicha figura no estaba regulada por el derecho societario. Ello sin embargo, no amilanó a los empresarios y asesores y, en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad que inspira la vida del derecho mercantil, la práctica jurídica nacional creó su propio esquema de escisiones sobre la base de lo que señalaba la legislación tributaria (dado que, lo importante era encajillarla dentro de los parámetros de la legislación para lograr los beneficios que ésta concedía).

Si bien hasta entonces la escisión fue ejecutada básicamente de la manera como hoy la define y desarrolla la LGS, es decir, la segregación patrimonial a cambio de acciones o participaciones entregadas a los socios de la sociedad escindida, hubo otras prácticas ejecutadas en virtud a lo que la doctrina ha denominado como **Escisiones Impropias** (en contraposición a las propias que son las explicadas y hoy por hoy regulada como escisión por la LGS), y que no son otra cosa que lo que nuestra actual LGS denomina Reorganización Simple.²²

Cabe sin embargo reconocer el hecho que la doctrina no ha sido unánime sino más bien dividida en reconocer a la Escisión Impropia como una forma de escisión. La

²⁰ Decretos Leyes N° 25601 y 25677, Ley N° 26303, Decreto Supremo N° 120-84-EF y sus respectivas modificaciones.

²¹ Dado que la legislación de beneficios tributarios a las reorganizaciones fue modificada en el año 1999 y que al boom de la economía nacional y mundial de los años noventa del siglo pasado perdió su trascendencia (principalmente sobre todo en inversiones extranjeras), la mayoría y más importantes reorganizaciones llevadas a cabo se dieron bajo la Ley General de Sociedades vigente hasta el año 1997.

²² El caso más reciente sobre escisión impropia fue la estructura desarrollado por el Estado con la finalidad de privatizar las empresas eléctricas.

propia doctrina nacional ha tenido esta misma división de opiniones. Es además de esta división de donde se separan las posiciones principales acerca de la naturaleza de la Reorganización Simple, en el sentido de si es una forma de escisión o un simple aporte.

Enrique Elías Larroza²⁹ señala que en el proceso evolutivo de la escisión primero se consideró como tal si producía la extinción de la personalidad jurídica (escisión total), para luego admitir la escisión parcial en la que se desgajan uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue (escisión parcial). Asimismo indica, que a ellas podría sumarse una tercera forma de escisión, que un sector de la doctrina denomina "segregación patrimonial", la que es una variante de la escisión parcial, y responde a nuestra actual Reorganización Simple, modalidad que sin embargo ni la doctrina ni el derecho comparado admiten como escisión.

Como se ha indicado líneas arriba cualquier discusión sobre la apreciación de la Reorganización Simple como una forma de escisión (la impropia según la doctrina), termina siendo ociosa pues la legislación ya la calificó como Otra Forma de Reorganización. En todo caso, descartamos cualquier igualdad.

Sin embargo, siendo el símil entre ambas relevante, consideramos que la existencia y ejecución (acuerdo de los socios) de la Reorganización Simple requiere de una causa subjetiva. Es decir, no basta que los socios simplemente acuerden que la sociedad se reorganice utilizando esta figura, sino que, creemos que los administradores, al igual que en el caso de la escisión o la fusión, debé explicar las causas que motivan esta propuesta a los socios y estos deberán soportar su decisión en ella.

De lo contrario, consideramos que el acuerdo no será uno que importe a la Reorganización Simple de la sociedad sino que en ese caso se estará sólo ante un simple aporte.

IV. ¿REORGANIZACIÓN SIMPLE O SIMPLE APORTE?

De lo expuesto en los puntos anteriores creemos haber dejado en claro nuestra posición en el sentido que consideramos a la Reorganización Simple como un supuesto de reorganización societaria.

Asimismo, también creemos haber establecido con la transparencia que nos ha permitido el tema, que la Reorganización Simple debe estar amparada en una causa subjetiva y que esta causa no es distinta a la que motiva a la reorganización empresarial según ha quedado definida líneas arriba.

Finalmente, hemos indicado que según nuestro parecer de no estar presente dicha causa, la Reorganización Simple será un simple aporte.

Lo anterior es absolutamente relevante desde un punto de vista práctico por las siguientes razones:

1. Transferencia del bloque patrimonial

Los procesos de reorganización por esencia se caracterizan por las siguientes

²⁹ ELÍAS LARROZA, Enrique: *Ley General de Sociedades Comerciales*. Editora Normas Legales, Segundo Volumen, Lima - 1998, pgs. 791 - 792.

circunstancias en cuanto a la transferencia de él o los bloques patrimoniales involucrados:

(i) Se realizan en acto único, por tanto el acuerdo de los socios de reorganizar la sociedad bajo la modalidad de Reorganización Simple importará, a su vez, el haber acordado celebrar cualquier acto jurídico, contrato, obligación o mandato necesario para ejecutar y formalizar el proceso. En consecuencia, no se requerirá que luego las partes involucradas deban celebrar otros actos para que por ejemplo, la sociedad reorganizada transfiera los activos o pasivos, o que la sociedad que recibe el patrimonio tenga que aumentar el capital social y crear, emitir y entregar las acciones o participaciones a favor de la sociedad que segrega el patrimonio.

Al respecto cabe recordar que conforme al artículo 393 de la LGS, las Reorganización Simple se realiza en una misma operación.

(ii) La transferencia a título universal o en bloque²³, con lo cual el solo acuerdo de reorganización importa a su vez que todos los activos del bloque identificado a ser segregado sean transferidos sin que para ello se requiera necesariamente su identificación singular. En consecuencia, no es necesaria la individualización de cada activo a efecto de ser objeto de declaraciones singulares de transferencia (compraventa, cesión de créditos, cesión de derechos exclusivos o no, permutas, etc.).

Por el contrario, en el caso del aporte, sea que este se realice sobre bienes individuales o sobre una unidad económica o bloque patrimonial, la transferencia de los activos involucrados requerirá la identificación de cada uno de los bienes, la manifestación de voluntad específica de transferencia que confiera el título respectivo y la celebración del acto de transferencia particular. Además en el caso del aporte, éste requiere cumplir con los requisitos establecidos por la LGS²⁴ según se trate de aportes dinerarios o no y, en consecuencia, con la necesidad que el acto que formalice el aporte contenga las exigencias señaladas también por el RRS.²⁵

2. Acuerdo de Reorganización

Por otra parte, conforme al numeral 7 del artículo 115 de la LGS, el acordar la reorganización de la sociedad le compete a la Junta General de Accionistas, pues es una decisión de gobierno general y no de administración.

El aporte por el contrario es un acto de administración al importar una inversión de los recursos o bienes de la sociedad, por lo que en esencia le corresponde al Directorio o Gerencia, según sea el caso, acordar el aporte. El hecho que el numeral 5) del artículo 115 de la LGS exija la participación de la Junta General de Accionistas en los acuerdos de la enajenación de activos que superen contablemente el 50% del capital social no altera para nada la naturaleza administrativa de la decisión. Esta

²³ De acuerdo a nuestra LGS en el caso de la Fusión la transferencia de los bloques patrimoniales se realiza en bloque y a título universal (artículo 344 de la LGS), mientras que en el caso de la Escisión sólo en bloque (artículo 367). Debemos advertir que si bien existen diferencias sobre una u otra posición acerca de la forma de transferencia, sobre todo para el caso de las acciones parciales de bloques patrimoniales (Ver el estudio de EUGEN LAPOZA, Enríquez y sus citas en: *La Ley General de Sociedades Cambiadas*, Segundo Volumen, Editorial Normas Legales, Tucumán - Perú 1999, pp. 751 - 757), somos de la opinión que en esencia no existen diferencias entre uno y otro concepto. De hecho, los propios autores que se ocupan del tema, si bien señalan la diferencia conceptual de manera práctica, de embargo destacan que en ambos casos se evitan las transferencias singulares.

²⁴ Artículos 23 - 25, 74, 77 y 79 de la LGS.

²⁵ Entre otros pueden verse los artículos 35 - 37 y 40.

última disposición se relaciona más con el derecho de protección y fiscalización (en este caso previa) que tiene la Junta.

Cabe recordar que el artículo 130 del RRS exige también que el acuerdo de Reorganización Simple se adopte por Junta, con lo cual la norma ratifica a nuestro entender el hecho que la modalidad bajo comentario no es un acto de administración sino de estructura y gobierno general de la sociedad, que como repetimos, permite darnos un elemento importante que diferenciar a la Reorganización Simple del aporte.

En este orden de ideas, somos de la consideración que la Reorganización Simple, en tanto no tenga una causa de reorganización empresarial manifestada por los socios en el acuerdo respectivo (cualquiera fuera esta), será simplemente un aporte que realiza la sociedad que segrega su patrimonio en beneficio de aquella que lo recibe y, por tanto, tal acto debe cumplir con todos los requisitos exigidos por la ley para el aporte del patrimonio elegido. Caso contrario, de haber un proyecto de reorganización sustentado por la administración a satisfacción de los socios se estará efectivamente reorganizando la sociedad.

Cabe advertir sin embargo que ciertos autores parecieran señalar tajantemente que la Reorganización Simple es tan sólo un aporte.

Enrique Elías Larroza²⁷, señala que:

"... el destino de las acciones o participaciones de las beneficiarias, nos lleva a caracterizar a la "segregación patrimonial" (o "reorganización simple", según el artículo 391, bajo comentario), como una operación que no difiere en absoluto de un simple aporte de una sociedad a otra o a otras. (...) Tal como manifestamos en el punto 5.3. de nuestro comentario a los artículos 367 al 369 de la Ley, ello nos lleva a concluir que la llamada "segregación patrimonial" no es otra cosa que un aporte de una sociedad a otra..."

Ricardo Beaumont Callrgos²⁸, señala por su parte que:

"II. La reorganización simple o "segregación patrimonial" es una operación que no difiere en absoluto de un simple aporte de una sociedades a otra o a otras. Ella no es más que arrancar "bloques patrimoniales" a partir de una sociedad existente, quien los aporta a otras, nuevas o preexistentes, a cambio de acciones o participaciones".

Debemos apuntar que bajo esta posición los efectos del aporte señalado se cumplirían en detrimento del avance de la Reorganización Simple tanto más cuando en el mercado este tipo de reorganizaciones ya se habrían ejecutado corriendo el riesgo, según cada caso en particular, que el proceso no haya cumplido con las exigencias de la LGS para el caso de los aportes.

Si bien lo óptimo sería que legislativamente se reconozca esta situación y, sobre todo se establezcan las reglas de actuación para formalizar y ejecutar la Reorganización Simple, hasta tanto ello no suceda y dado que opinamos en el sentido que ella es una figura distinta al simple aporte, el proceso deberá adoptar las seguridades necesarias para comprobar que se está ante una reorganización en beneficio de las sociedades involucradas, los socios minoritarios, y los terceros (elaboración de un proyecto por la

²⁷ ELÍAS LARROZA, Enrique. Ob. Cit. página 730

²⁸ BEAUMONT CALLRGOS, Ricardo. Ob. cit. página 733

administración con requisitos similares de causa y forma señalados para el caso del proyecto de escisión; el debido sustento ante los socios; y la aprobación de la reorganización única y exclusivamente por la Junta).

Caso contrario, el acuerdo podría ser: (i) objeto de impugnación por los socios al no haberse cumplido los requisitos de la ley (aporte versus reorganización); (ii) opuesto por lo terceros; y, (iii) hasta objeto de pretensiones de responsabilidad de los administradores según permite la LGS y el derecho común.

3. Reorganización Simple y Tributación

A la posición sobre si la Reorganización Simple es o no un aporte queremos agregar un elemento práctico adicional que está contenido en la legislación tributaria y en particular en la Ley del Impuesto a la Renta.

En efecto, en materia tributaria la presencia de una reorganización implica la aplicación normativa del principio de neutralidad, en base al cual las disposiciones legales de carácter tributario deben evitar exigir imposición derivada de la aplicación directa de la reorganización y de los actos necesarios para ejecutarla, como también evitar el beneficio directo de los contribuyentes involucrados por el mero acto de reorganización, dado que la causa del acto no tiene por finalidad obtener un beneficio económico directo (renta o consumo) del "proceso" de reorganización sino en todo caso de la reorganización misma. Lo contrario importaría gravar las ineficiencias y no las rentas o los consumos.

Es por ello que nuestra legislación tributaria, en cuanto al Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas, tienen disposiciones de neutralidad entorno a las reorganizaciones empresariales dentro de las cuales se encuentra la Reorganización Simple.²⁹

Ahora bien, en base al principio de autonomía del derecho tributario la aplicación de dichas normas legales a las Reorganizaciones Simples es perfecta y válida a la fecha. Sin embargo, si se optara por el criterio de la Reorganización Simple es sólo un aporte no habría razón alguna para que la legislación tributaria haya asimilado dentro del supuesto de reorganizaciones empresariales a la reorganización simple.

Visto por el contrario desde nuestro punto de vista, la legislación tributaria ha actuado adecuadamente por cuanto la Reorganización Simple (en tanto cumpla con los requisitos que nos permitan ver la existencia de una causa reorganizativa), es sin duda una modalidad de reorganización empresarial.

V. CONCLUSIONES

- 1.- La legislación peruana ha incorporado diversa regulación relacionada con las denominadas reorganizaciones empresariales y de sociedades, conceptos que si bien no han quedado definidos están íntimamente ligados de genero a especie.
- 2.- La escasa regulación de la Reorganización Simple no nos permite establecer su naturaleza y, en ese sentido, sus efectos y consecuencias, aspecto que

²⁹ Correlativo al artículo 65 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta y al artículo 2 numeral 7) del Reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas, se excluye por reorganizaciones empresariales la reorganización simple a que se refiere el artículo 301 de la LGS.

resulta relevante y que en concreto fluctúa en establecer si la Reorganización Simple es una modalidad autónoma de reorganización; es en realidad una forma de escisión; o es simplemente un aporte,

- 3.- La reorganización de sociedades no parte ni se sustenta en la simple voluntad de sus órganos sociales de modificar el tipo o la estructura societaria. Siempre estará presente alguna causa empresarial. En consecuencia, somos de la opinión que la reorganización societaria siempre tendrá su justificación en una reorganización empresarial.
- 4.- La Reorganización Simple que se sustente en una "causa" que importe una reorganización empresarial será siempre una modalidad de reorganización, distinta a la escisión desde que la propia legislación la ha calificado como una forma de reorganización distinta.
- 5.- Para fines jurídicos, la causa puede ser subjetiva o simplemente objetiva. En cuanto a la reorganización la causa requerida deberá ser evaluada según el área del derecho de la que se trate, tomando en cuenta la legislación y principios que la informan.
- 6.- Dentro del campo del derecho societario y en particular en el caso de la Reorganización Simple consideramos que se requiere de la presencia de una causa subjetiva, cuyo soporte esta en el hecho práctico que los administradores (al igual que en el caso de la escisión o la fusión), deben explicar las causas que motivan esta propuesta a los socios y estos deberán soportar su decisión en ella. De lo contrario, consideramos que el acuerdo no será uno que importe la Reorganización Simple de la sociedad sino que estaremos ante un simple aporte.
- 7.- Diferenciar a la Reorganización Simple del aporte es relevante desde un punto de vista práctico, por cuanto la transferencia de ser sólo un aporte él o los bloques patrimoniales involucrados no se realizarían en acto único, a título universal o en bloque. Por tanto, los socios tendrían que celebrar una serie de actos jurídicos, contratos, obligaciones o mandatos necesarios para formalizar el proceso; e individualizar cada activo a efecto de que cada uno, según su naturaleza (muebles, inmuebles, derechos), sean objeto de declaraciones singulares de transferencia, lo que haría difícilmente practicable un proceso que ha sido establecido en beneficio de la celeridad mercantil.
- 8.- El acuerdo destinado a reorganizar la sociedad le compete a la Junta General de Accionistas, pues es una decisión de gobierno general y no de administración. El aporte por el contrario es un acto de administración por lo que sólo requiere de la actuación de los órganos administrativos de la sociedad.
- 9.- Hasta que no se establezca legislativamente los actos precisos que debe seguir el proceso de Reorganización Simple, en base a nuestras conclusiones, éste deberá adoptar las seguridades necesarias para comprobar que se está ante una reorganización en beneficio de las sociedades involucradas, los socios minoritarios, y los terceros.
- 10.- Si bien en base al principio de autonomía del derecho tributario la incorporación de la Reorganización Simple como una forma de reorganización empresarial es perfectamente válida cualquiera sea la posición mercantil. Consideramos

que de admitirse la naturaleza del aporte, la legislación tributaria no tendría mayor sustento para seguir tratando a la Reorganización Simple como una forma de reorganización empresarial dentro del marco tributario neutral. Esto sería injusto y creemos contrario al propósito de la propia LGS.

ESTUDIO LINARES
A B O G A D O S

Av. Santa María 250 - Miraflores Tel. 421 2674