

# Reorganización de sociedades: fusión y escisión

**Juan Luis Hernández Gazzo**

Abogado. Profesor de derecho mercantil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil Ius et Veritas.

## 1. INTRODUCCIÓN.

Dentro del actual contexto en el que se desarrolla la actividad económica de nuestro país, sumado a la proliferación de inversiones extranjeras -lideradas en muchos casos por grandes transnacionales-, el tema de la reorganización de sociedades, por medio de fusión o de escisión, se convierte en una importante herramienta para afrontar en mejores condiciones esa situación.

Es en este contexto que, con fecha 2 de marzo de 1997, se publicó en el diario oficial «El Peruano» el Proyecto de Ley General de Sociedades -en adelante, el Proyecto de LGS-, el cual fue elaborado por destacados abogados y profesores, y cuyo fin central es modernizar nuestra legislación societaria y adecuarla al nuevo marco económico que rige en nuestro país. Nuestra legislación societaria, hasta la fecha está representada por la Ley General de Sociedades -en lo sucesivo, LGS-, cuyo articulado relativo a las sociedades comerciales data de 1966, cuando se promulgó la Ley de Sociedades Mercantiles.

El presente artículo tiene por objeto efectuar algunas reflexiones en torno a la fusión y la escisión como formas de reorganización de sociedades<sup>(1)</sup>. Para ello recurriremos al texto de la LGS, del Proyecto de LGS y de ciertas normas tributarias.

## 2. LA FUSIÓN COMO FORMA DE REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES.

### 2.1. Concepto y principales características.

La fusión es la unión de dos o más sociedades,

que genera una confusión de patrimonios, los cuales pasan a ser concentrados por una sola sociedad. Los patrimonios involucrados se transfieren a título universal e incluyen tanto activos como pasivos.

Existen dos modalidades típicas de fusión que, según los nombres usados por la LGS, son las siguientes: i) fusión por incorporación, por medio de la cual una o más sociedades se extinguen (disuelven sin liquidarse, según nuestra LGS) para ser incorporadas en otra sociedad preexistente, la cual asume el patrimonio de las otras, convirtiéndose los socios de las primeras en socios de la segunda; y, ii) fusión por constitución, a través de la cual dos o más sociedades se extinguen (disuelven sin liquidarse, según nuestra LGS) para constituir una nueva sociedad, que deviene en titular de los patrimonios de las otras, pasando los socios de las sociedades extinguidas a ser socios de la sociedad recién constituida.

De acuerdo con la actividad económica que realicen las sociedades involucradas en una fusión, podemos efectuar la siguiente clasificación: i) horizontal, se fusionan sociedades dedicadas a la misma actividad económica; ii) vertical, se unen sociedades que tienen como actividad económica la realización de distintas etapas dentro de un proceso de producción, concentrándose, como consecuencia de la fusión, toda una cadena de producción en una sola sociedad; y, iii) que origina un conglomerado empresarial, consistente en la fusión de sociedades que efectúan distintas actividades económicas, convirtiéndose la sociedad incorporante o la constituida por fusión en una sociedad con varias actividades económicas<sup>(2)</sup>. Cabe resaltar,

(1) Para la obtención de una información general sobre fusión y escisión de sociedades, recomendamos: GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Bogotá: Temis, 1987; URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Madrid: Marcial Pons, 1995 y; BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Madrid: Tecnos, 1994.

(2) HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. «Fusión de sociedades: una buena alternativa». En: Gestión, 12 de junio de 1996.

que no existe limitación alguna para que sociedades que efectúan diferentes actividades económicas puedan fusionarse; esta idea se ve reforzada por el hecho de que una misma sociedad puede tener dentro de su objeto social más de una actividad económica, en la medida que éstas estén determinadas de manera clara y precisa.

De esta manera, la fusión se constituye como una forma de reorganización de sociedades en la medida que las actividades económicas realizadas por un grupo de sociedades terminan siendo concentradas en una sola sociedad, como resultado de una fusión.

Por todo lo antedicho, consideramos que son cuatro los elementos esenciales y característicos de una fusión, a saber:

- i) unión de sociedades: toda fusión supone la unión de dos o más sociedades, ya sea una unión por incorporación o una por constitución;
- ii) unión de patrimonios: como resultado de una fusión, los patrimonios de las sociedades participantes se unen, dando como resultado un patrimonio nuevo integrado;
- iii) unión de socios: producida una fusión todos los socios de las empresas que se extinguen se unen con los socios de la sociedad incorporante o se unen para formar el capital de la sociedad recién constituida, salvo pacto en contrario o ejercicio del derecho de separación por parte de los socios; y,
- iv) extinción de sociedades: por lo menos una sociedad deja de existir en una fusión por incorporación y dos en una fusión por constitución, es decir, toda fusión acarrea necesariamente una extinción de sociedades.

## 2.2. La fusión en la LGS.

Pese a la gran vigencia que en nuestros días tiene la fusión como forma de reorganización de sociedades, la LGS contiene una regulación sobre fusión muy limitada, la cual origina una serie de dudas respecto de temas sumamente trascendentes, dados los vacíos normativos existentes.

Nuestra LGS, en sus cinco artículos sobre fusión, regula básicamente tres temas: concepto, procedimiento y contenido de las escrituras públicas. Es así que el artículo 354 está destinado a definir la fusión en función de las dos formas existentes: fusión por constitución y fusión por incorporación. Asimismo, el artículo 355 de la LGS está dirigido a establecer las normas aplicables al proceso de fusión. Por último, los artículos 356, 357 y 358 pretenden dictar algunas pautas sobre el contenido de las escrituras públicas de fusión y de disolución por fusión.

Como resultado de esta limitada regulación, surgen una serie de aspectos que no hallan respuesta en la citada norma, por ejemplo: cuál es el efecto que tienen los pactos anteriores al acuerdo de fusión, celebrados por los representantes de las sociedades participantes en una fusión; cuándo entra en vigencia la fusión; cómo es el canje de acciones; publicidad del acuerdo de fusión; entre otros.

## 2.3. Algunos comentarios a la regulación sobre fusión contemplada en el Proyecto de LGS.

No pretendemos en este punto hacer un comentario exhaustivo de todas y cada una de las normas introducidas por el Proyecto de LGS en materia de fusión. Sin duda alguna, y de entrar en vigencia las normas de este Proyecto, se daría un avance fundamental en la regulación sobre fusión de sociedades en nuestro medio.

A continuación esbozamos algunos comentarios a la regulación que sobre fusión contiene el Proyecto de LGS:

### 2.3.1. Formas de fusión y su denominación.

El Proyecto de LGS, en su artículo 332, regula las dos formas de fusión conocidas, en términos similares a lo prescrito en la LGS, aclarando que las sociedades que desaparecen como consecuencia de la fusión se extinguen y no se «disuelven sin liquidarse» como dispone la LGS. Creemos que tal precisión es correcta, por cuanto la disolución en términos societarios no equivale a la «muerte» de una sociedad y como consecuencia de una fusión hay sociedades que «mueren», es decir, propiamente se extinguen.

Cabe resaltar también que de manera acertada el Proyecto de LGS aclara que el beneficio directo del proceso de fusión es en favor de los socios de las sociedades participantes en dicho proceso; beneficio que se materializa con la emisión, en nombre de los socios de las sociedades que se extinguen, de las acciones o participaciones correspondientes.

Por otro lado, el Proyecto de LGS -en lo que consideramos un cambio innecesario- introduce los términos «incorporante» e «incorporadas» para hacer referencia a las sociedades que participarían en lo que hemos definido como un proceso de fusión por constitución; y, en cambio, muestra los nombres «absorbente» y «absorbidas» para referirse a las sociedades involucradas en lo que hoy conocemos como una fusión por incorporación. Si bien estos cambios implican sólo la variación de ciertas denominaciones y no la alteración de la esencia de las formas de fusión por todas conocidas, consideramos, dada nuestra práctica jurídica

ca y comercial, innecesaria y susceptible de generar confusión tales modificaciones.

### 2.3.2. *La fusión y sus efectos en el capital.*

Pensamos que el Proyecto de LGS no toma postura de manera clara respecto de los efectos que toda fusión debe originar en el capital de la sociedad que se constituye o de la sociedad que absorbe a otras (claro está, en las sociedades donde el capital es un elemento esencial, por ejemplo, en las sociedades anónimas).

Para tener claro dicho efecto, se debe tener en cuenta la diferencia existente entre los conceptos de capital y de patrimonio<sup>(3)</sup>. Toda sociedad anónima, por ejemplo, tiene una cifra de capital y esta cifra por más diminuta que sea, nunca podrá ser negativa. Por el contrario, el patrimonio podrá ser positivo o negativo según las operaciones que efectúe la sociedad.

Es así que, con independencia del efecto patrimonial que toda fusión produce, la sociedad anónima que se constituye por fusión debería «nacer» con un capital equivalente a la sumatoria de los capitales de las sociedades anónimas que se han extinguido para constituir la, pudiendo incluso surgir dicha sociedad con un patrimonio negativo<sup>(4)</sup>.

En el mismo sentido, la sociedad anónima absorbente debería siempre aumentar su capital en el monto de los capitales de las sociedades anónimas absorbidas que se extinguen, como consecuencia del acuerdo de fusión y con independencia del efecto patrimonial -positivo o negativo- que la incorporación del patrimonio de las sociedades extinguidas ocasione en dicha sociedad absorbente.

Consideramos que este tema debió ser abordado de manera directa por el Proyecto de LGS, dado el sinnúmero de confusiones que creemos existe sobre el particular. Probablemente, la más común sea la de pretender determinar el capital de la sociedad que se constituye por fusión o variar el capital de la sociedad absorbente, en función del patrimonio neto de las sociedades que se extinguen. Esa postura nos llevaría a concluir que la sociedad que se constituye por fusión podría surgir con un capital negativo o que la sociedad absorbente se viera obligada a reducir su capital o incluso a tenerlo negativo, como resultado de una fusión de sociedades, si es que las sociedades extinguidas poseían un patrimonio neto negativo, lo cual, obviamente, constituiría un tremendo absurdo.

Empero, frente a lo que, a nuestro criterio, constituye un vacío del Proyecto de LGS, es justo mencionar que el inciso 4 del artículo 335 del citado Proyecto contiene una breve alusión a la posibilidad de la variación del capital de la sociedad absorbente, pero sin mayor precisión<sup>(5)</sup>.

### 2.3.3. *El proyecto de fusión.*

El Proyecto de LGS ha regulado el llamado proyecto de fusión -ya regulado, por ejemplo, en la Ley de Sociedades Anónimas de España-, sobre la base del reconocimiento que una fusión no se inicia con el acuerdo de Junta General o Asamblea, sino que supone un complejo proceso de negociación anterior a la realización de esa Junta o Asamblea.

La idea de elaborar un proyecto de fusión radica en el hecho de dejar constancia escrita de las negociaciones efectuadas por los administradores de

---

(3) El capital es una cifra legal permanente de la contabilidad y constituye una de las cuentas del patrimonio. El capital está representado por el conjunto de bienes que aportan los socios para que la sociedad pueda realizar sus actividades y cumplir su objeto social (conocido en doctrina como concepto activo del capital). El capital puede ser modificado sólo a través de un procedimiento formal: aumento de capital o reducción de capital.

Por otro lado, cuando hablamos de patrimonio, siendo estrictos deberíamos referirnos al concepto de patrimonio neto. El patrimonio neto es equivalente a todo lo que la sociedad tiene (activo) menos todo lo que ella debe (pasivo). Por tanto, la situación patrimonial de una sociedad se lee ya sea a través de restar de los activos los pasivos o de simplemente sumar las cuentas patrimoniales (capital, reservas, resultados acumulados, resultados del ejercicio, entre otras). El patrimonio neto de una sociedad varía en cada momento, en función del efecto que produzcan en él las operaciones que ejecute la sociedad.

(4) La constitución de una sociedad por fusión, en la mayoría de casos, genera una excepción al principio de equivalencia entre capital y patrimonio que siempre se da en una constitución simple o por aporte de bienes de los futuros socios.

De esta manera, la sociedad que se constituye por fusión puede nacer con un patrimonio superior o inferior al capital. En el caso que el patrimonio sea inferior al capital, aquél podría llegar incluso a ser negativo (por ejemplo, por pasivos superiores a los activos y por la existencia de pérdidas acumuladas y del ejercicio).

(5) La Ley de Sociedades Anónimas de España -cuyo texto refundido fuera aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989 del 22 de diciembre de 1989- da solución parcial a este tema.

El inciso 2 de su artículo 233 establece que: «Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en igual forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social en la cuantía que proceda».

Decimos que la solución de la Ley de Sociedades Anónimas de España, es parcial, por cuanto omite por completo pronunciarse sobre la formación del capital de la sociedad anónima que se constituye por fusión.

cada una de las sociedades intervinientes, fijando los puntos del acuerdo. El proyecto recogería, entonces, las posiciones adoptadas en relación a temas de vital trascendencia, como son: la forma de fusión, la relación de canje de acciones, la fecha de entrada en vigencia, las evaluaciones legales, económicas o contables, etc. Toda esa información servirá de base a la decisión que tomará la Junta General o Asamblea de cada una de las sociedades participantes.

La aprobación del proyecto de fusión es obligatoria para las sociedades que pretendan adoptar un acuerdo de esta naturaleza. Dicho proyecto de fusión será aprobado por el Directorio u otros administradores de cada una de las sociedades. Será la Junta General o la Asamblea de cada una de las sociedades las que aprueben ese proyecto de fusión con sus modificaciones <sup>(6)</sup>.

Pensamos que la introducción de la figura del proyecto de fusión en el Proyecto de LGS constituye un aporte de singular importancia.

#### 2.3.4. Fecha de entrada en vigencia de la fusión.

La actual LGS no se pronuncia sobre la fecha de entrada en vigencia de un acuerdo de fusión; el Proyecto de LGS cubre ese vacío. Del contenido del artículo 341 del Proyecto de LGS puede inferirse que la fecha de entrada en vigencia de la fusión puede ser inmediata al acuerdo adoptado por la Junta General o Asamblea, si ésta así lo dispone, o en un momento posterior que no podrá exceder de la fecha de inscripción del acuerdo de fusión <sup>(7)</sup>.

Pese a las bondades que una disposición de este tipo puede ofrecer a las sociedades intervinientes en una fusión, sería conveniente conciliar esa norma con las leyes tributarias que prescriben que, para efectos tributarios y contables, la fusión surte efectos en la fecha del otorgamiento de la escritura pública correspondiente (literal c) del artículo 64 del Decreto Supremo No. 122-94-EF, Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta y literal a) del numeral 7 del artículo 2 del Título I del Reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo -Decreto Supremo No. 29-95-EF-, sustituido por el Decreto Supremo No. 136-96-EF).

Imaginemos, por ejemplo, que el proyecto de fusión, aprobado por la Junta General de Accionistas de

cada una de las sociedades anónimas involucradas en una fusión, establece como fecha de entrada en vigencia de la fusión el mismo día de la adopción del acuerdo. Evidentemente, ese día va a ser anterior al día de otorgamiento de la escritura pública de fusión. ¿Cuándo se entenderán transferidos los patrimonios de las sociedades extinguidas en favor de la sociedad que se constituye por fusión o de la sociedad absorbente? ¿el día del acuerdo o el día de la escritura pública?, ¿podríamos acaso decir que existirán dos fechas distintas, una para efectos comerciales y otra para efectos tributarios y contables?, ¿qué pasaría en un caso de fusión por constitución? ¿la sociedad que se pretende constituir sería titular del patrimonio de las sociedades que se extinguirían pese a que la sociedad que se pretende constituir aún no tiene ni siquiera escritura pública?

Somos de la opinión, dada la importancia de esta materia, que este tema debe ser revisado y solucionado de manera integral.

---

*“ La fusión se constituye como una forma de reorganización de sociedades en la medida que las actividades económicas realizadas por un grupo de sociedades terminan siendo concentradas en una sola sociedad ”*

---

#### 2.3.5. Elaboración y presentación de balances.

La actual LGS prescribe que a las escrituras públicas de fusión y de disolución por fusión debe insertarse, por cada sociedad, un balance general al día anterior al del acuerdo de fusión y un balance general final al día anterior al del otorgamiento de la escritura

---

(6) Sobre el proyecto de fusión ver: SALAS SÁNCHEZ, Julio. «Fusión y Escisión de Sociedades». En: Valores. Año V, No.17, Revista Especializada de la Comisión Nacional de Empresas y Valores (CONASEV). pp. 19-22.

(7) El segundo párrafo del artículo 341 del Proyecto de LGS alude a la inscripción de la escritura pública de fusión. Consideramos defectuosa esta redacción, por cuanto en los Registros Públicos se inscriben actos o negocios jurídicos, no escrituras públicas, cuya única función es dar fecha cierta a la realización de esos actos o negocios jurídicos.

pública. Ésta es a nuestro criterio una exigencia a todas luces irracional, ¿cómo cerrar un balance general final el día anterior en el cual tengo que presentarlo para que el notario me otorgue la escritura pública correspondiente, teniendo en cuenta, sobretodo, a sociedades con un gran volumen de operaciones diarias?

Esta absurda exigencia ha sido eliminada del Proyecto de LGS, y siguiendo en parte lo dispuesto por cierta legislación comparada moderna, ha establecido lo siguiente respecto de la elaboración y presentación de balances: a) desde la publicación del aviso de convocatoria a Junta General o Asamblea se debe poner a disposición de los socios, accionistas, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, el balance anual auditado del último ejercicio de las sociedades participantes y, en el caso, de las recién constituidas en ese ejercicio, un balance auditado cerrado al último día del mes previo al de la aprobación del proyecto de fusión; y b) dentro de un plazo de treinta días contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la fusión, las sociedades que se extinguen por fusión formularán un balance al día anterior de la entrada en vigencia de la fusión, mientras que la sociedad constituida por fusión o la sociedad absorbente formularán un balance de apertura al día de entrada en vigencia de la fusión.

Creemos que de esta manera se racionaliza la elaboración y presentación de balances dentro de un proceso de fusión.

### 3. LA ESCISIÓN COMO FORMA DE REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES.

#### 3.1. Concepto y principales características.

La escisión de sociedades supone la transferencia en un solo acto, a una o más sociedades, de uno o más patrimonios netos -conjunto de activos y pasivos- vinculados a una o más líneas de producción, comercialización o servicios <sup>(8)</sup>.

En términos genéricos, las modalidades de escisión son: i) escisión total -llamada también división-, en virtud de la cual una sociedad, que tenga por lo menos dos líneas de producción, comercialización o servicios, se extingue, pasando cada una de sus líneas a

constituir nuevas sociedades (escisión total por constitución), o a ser absorbidas por sociedades preexistentes (escisión total por absorción), o, al menos, una línea a constituir una nueva sociedad y otra a ser absorbida por una sociedad preexistente (escisión total mixta); ii) escisión parcial, por medio de la cual una sociedad, sin extinguirse, que tenga por lo menos dos líneas de producción, comercialización o servicios, y siempre que mantenga, al menos, una línea en su patrimonio, pasa una o más líneas a constituir nuevas sociedades (escisión parcial por constitución), o a ser absorbidas por sociedades preexistentes (escisión parcial por absorción), o, al menos, una línea a constituir una nueva sociedad y otra a ser absorbida por una sociedad preexistente (escisión parcial mixta).

En toda escisión de sociedades, los beneficiarios directos de la misma son los socios de la sociedad que adopta el acuerdo de escisión, son ellos los que reciben las participaciones o acciones -según sea el caso- que emite cada una de las sociedades que ha recibido una línea de producción, comercialización o servicios <sup>(9)</sup>.

#### 3.2. Regulación sobre escisión: normas tributarias.

Pese a la importancia de esta figura de reorganización empresarial y a su gran vigencia práctica, nuestra legislación no ha regulado esta figura de manera integral. La LGS sólo tiene una mención a dicha figura en el artículo 108 -según texto modificado por la Ley No. 26356- para el caso de las acciones sin derecho a voto. Por otro lado, han sido las normas tributarias las que han ensayado una definición sobre esta forma de reorganización de empresas, bajo la denominación de división; empero, es justo aclarar que en materia de escisión muchos ordenamientos jurídicos, al igual que el nuestro, han iniciado su tratamiento a través de normas tributarias, tal es el caso, por ejemplo, de Francia, Italia y Argentina <sup>(10)</sup>.

Actualmente, el literal a), numeral 7 del artículo 2 del Título I del Reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo -Decreto Supremo No. 29-95-EF-, sustituido por el Decreto Supremo No. 136-96-EF publicado el 30 de di-

(8) Sobre escisión de sociedades, básicamente acerca de sus modalidades, aconsejamos: DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. «La escisión de sociedades». En: Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría. Madrid: Civitas, 1978. pp.126-155.

(9) HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. «Escisión de sociedades». En: Gestión, 11 de setiembre de 1996.

(10) OTAEGUI, Julio. Fusión y Escisión de Sociedades Comerciales. Depalma, 1981. pp.238 y ss.

ciembre de 1996 en el diario oficial «El Peruano», establece lo siguiente:

«( . . ) Se considera división de empresas cuando el patrimonio vinculado a una o más líneas de producción, comercialización, servicio o construcción, en su integridad es aportado por una empresa a otra nueva.

También es división de empresas, cuando el patrimonio vinculado a una o más líneas de producción, comercialización, servicio o construcción es transferido en su integridad a los accionistas, socios o titular de la empresa que es materia de la división, con la consiguiente reducción de capital y a condición, que quienes reciban dicho patrimonio lo exploten a través de una nueva empresa ( . . )».

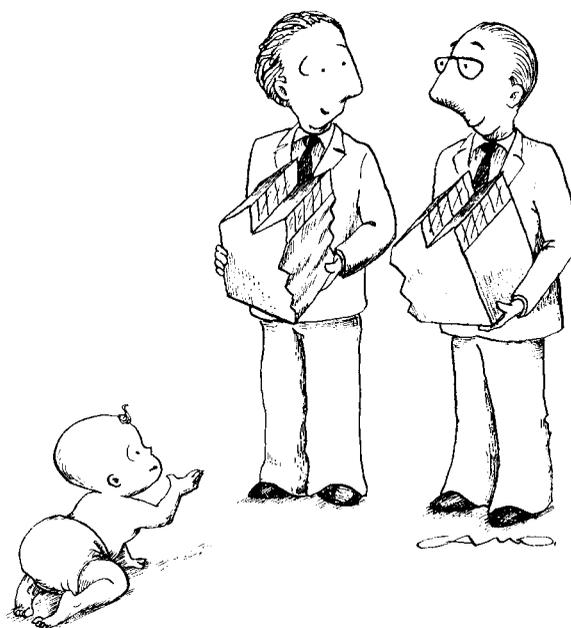
Como se puede apreciar esta regulación tributaria sobre escisión se limita a una definición de esta figura mercantil, mas no pretende elaborar una normatividad integral sobre esta forma de reorganización de empresas. Ante la ausencia de una norma mercantil, la legislación tributaria, para efectos de establecer ciertas exoneraciones, se ha visto obligada a desarrollar su propia definición.

Si comparamos esta definición de división otorgada por normas tributarias con las modalidades de escisión que hemos detallado en el literal a) anterior, llegaremos fácilmente a la conclusión de que la definición tributaria de división es parcial -por no decir incorrecta en ciertos aspectos- y no incluye todas las modalidades que sobre escisión ha desarrollado la doctrina y la legislación comparada mercantil. Por citar sólo algunos ejemplos, podríamos afirmar que las normas tributarias omiten la descripción clara de la escisión total con todas sus variantes e incurrir en error al pretender definir a la escisión parcial como una sumatoria de actos mercantiles, primero una reducción de capital y luego un aumento de capital por aporte de una línea.

En conclusión, y por lo mencionado anteriormente, podemos decir que las normas tributarias han ensayado un concepto de división, parcial e incorrecto en ciertos aspectos. Asimismo, existe la ausencia de una regulación integral sobre escisión en nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha originado que aspectos tan centrales de la escisión de sociedades, como sus características, modalidades, efectos de las negociaciones previas, participación de los administradores, contenido del proyecto de escisión, procedimiento de toma de acuerdos, determinación del alcance del concepto de líneas de producción, comercialización o servicios, derecho de separación de los socios, derecho de oposición de los acreedores, entre otros, no tengan aún una respuesta clara en nuestro ordenamiento.

### 3.3. Algunos comentarios a la regulación sobre escisión contenida en el Proyecto de LGS.

Al igual que en la fusión, no pretendemos en este punto hacer un comentario exhaustivo de todas y cada una de las normas introducidas por el Proyecto de LGS en materia de escisión. Con mayor razón que en el caso de la fusión, dada la carencia legislativa sobre el tema, de entrar en vigencia las normas de este Proyecto, se daría un avance sustancial en cuanto a la regulación de reorganización de sociedades en nuestro medio.



#### 3.3.1. Modalidades de escisión.

El artículo 355 del Proyecto de LGS regula, de manera acertada, los dos grandes tipos de escisión con todas sus variantes, a saber: i) escisión total -llamada también división-, incluyendo la escisión total por constitución, la escisión total por absorción y la escisión total mixta; ii) escisión parcial, regulando la escisión parcial por constitución, la escisión parcial por absorción y la escisión parcial mixta.

#### 3.3.2. La escisión parcial y su efecto patrimonial en la sociedad escindida.

En el caso concreto de la escisión parcial -regulada en el inciso 2 del artículo 355 del Proyecto de LGS- se establece que «La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente». De acuerdo a esta disposición parecería claro que el Proyecto de LGS

habría tomado posición respecto de la incidencia en el capital social que produciría todo acuerdo de escisión parcial en la sociedad escindida. Podríamos entender, de acuerdo a lo establecido en el Proyecto de LGS, que el capital de la sociedad escindida se ajustaría en el monto del patrimonio neto escindido (activos menos pasivos, de ser el caso), denominado bloque patrimonial por el citado Proyecto.

Cabría preguntarse entonces por qué el monto del patrimonio neto escindido tendría que cargarse sólo contra una cuenta patrimonial como el capital; ¿qué sucedería, entonces, en el caso que el monto del patrimonio neto que se pretende escindir iguale o supere la cifra del capital social de la sociedad escindida?, ¿quedaría impedida esa sociedad de acordar una escisión, pese a tener un patrimonio superior a su capital? Por otro lado, ¿qué problema podría existir para que el monto del patrimonio neto escindido sea cargado contra otra cuenta patrimonial, por ejemplo, resultados acumulados positivos, utilidades del ejercicio, reservas de libre disposición, prima suplementaria de capital o contra varias de esas cuentas a la vez por montos parciales?

Algunos podrían sostener que la discusión es intrascendente, porque en el caso de que el monto del patrimonio neto que se pretende escindir iguale o supere la cifra del capital social de la sociedad escindida y en la medida que el patrimonio sea superior al capital, podría esa sociedad primero aumentar su capital, capitalizando, por ejemplo, los resultados acumulados positivos, las utilidades del ejercicio, las reservas de libre disposición o la prima suplementaria de capital, y luego reducir su capital en el monto del patrimonio neto escindido.

Empero, creemos absurda una exigencia de tal tipo, dado que estarían obligando a aumentar el capital para luego reducirlo, en lugar de permitir una solución abreviada y con idéntico efecto patrimonial, como sería la de conceder a la sociedad escindida la posibilidad de cargar el monto del patrimonio neto escindido, contra alguna otra cuenta patrimonial, como las ya mencionadas <sup>(11)</sup>.

En síntesis, pensamos que el Proyecto de LGS debió permitir que la sociedad escindida, luego de separar uno o más bloques patrimoniales o líneas de producción, comercialización o servicios, pueda a su elección ajustar el capital u otra cuenta patrimonial -por ejemplo, resultados acumulados positivos, las utilidades del ejercicio, las reservas de libre disposición o la prima suplementaria de capital-

### 3.3.3. *Efectos en el capital de las sociedades receptoras de bloques patrimoniales en una escisión.*

Dado que nos encontramos frente a una figura societaria que sería regulada por primera vez en nuestro medio de manera integral, y pese a que en la práctica mercantil su uso se haya difundido, consideramos que el Proyecto de LGS debió resolver el tema de los efectos en el capital de las sociedades receptoras de bloques patrimoniales en una escisión; es decir, cómo se forma el capital de la sociedad que se constituye por escisión y si varía -y en qué medida- el capital de la sociedad existente que absorbe un bloque patrimonial como parte de un proceso de escisión.

### 3.3.4. *Los bloques patrimoniales.*

Hasta la fecha, y de acuerdo a las normas tributarias, para el caso de la escisión -llamada por esas normas división- se estableció el concepto de líneas de producción, comercialización o servicios y, de alguna manera, se entendió que formaba parte de una línea todo el patrimonio neto -conjunto de activos y pasivos- vinculado a esa línea.

El Proyecto de LGS abandona el concepto de línea de producción, comercialización o servicios que habían introducido las normas tributarias y establece el término «bloque patrimonial», para hacer referencia a las partes del patrimonio que se separan en una escisión de sociedades. Cierta doctrina y legislación comparada usa, también, la denominación «fondo de comercio».

Sin embargo, y más allá de los nombres, la gran innovación del Proyecto de LGS estaría dada por el hecho de haber definido, de manera clara y precisa, lo que entiende por bloque patrimonial. Es así que el artículo 357 del Proyecto de LGS define al bloque patrimonial como: i) un activo o conjunto de activos de la sociedad escindida, o ii) el conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida.

En consecuencia, de entrar en vigencia esta norma, correspondería a la sociedad escindida determinar cómo formaría el bloque patrimonial a ser transmitido, sólo con activos o además con pasivos. Adicionalmente, no sería necesaria la existencia de vinculación alguna entre los activos seleccionados o los pasivos escogidos, y tampoco entre dichos activos y pasivos.

Pese a lo beneficioso de determinar el contenido del término «bloque patrimonial» y a la flexible definición que, en favor del interés de las sociedades, se

---

(11) Para mayor abundamiento, recomendamos estudiar la experiencia argentina sobre este tema, la cual explica: OTAEGUI, Julio. Op.cit., pp.235-260.

ha estipulado, nos parece que esa amplia definición podría prestarse a un uso excesivo de la figura de la escisión.

Por citar sólo un ejemplo, podría darse el caso que una sociedad que pretende transferir un determinado bien mueble o inmueble, en lugar de efectuar dicha transferencia por medio de un contrato de compraventa, se anime a usar la figura de la escisión -teniendo en cuenta la definición de bloque patrimonial dada por el Proyecto de LGS-, con el fin de que le sean aplicables a dicha transferencia todos los beneficios tributarios que para las formas de reorganización de empresas -fusión y escisión- contempla nuestra legislación tributaria. Siguiendo con el ejemplo, una sociedad acuerda escindir de su patrimonio un sólo activo -bien mueble o inmueble- transfiriendo ese bloque patrimonial a otra sociedad, la cual emitiría acciones en favor de los accionistas de la sociedad escindida, luego dichas acciones se transfieren a la sociedad escindida, la cual en un momento posterior las vende; de esta manera, habríamos logrado el mismo efecto de una compraventa -transferencia de un bien a cambio de dinero- pero sin costo tributario alguno, tal como lo explicaremos más adelante.

Tal vez hubiera sido más conveniente fijar un cierto marco al concepto de bloque patrimonial y definirlo en función de una cierta vinculación empresarial entre los activos y pasivos materia de escisión. Entendemos que la idea ha sido flexibilizar el uso de la escisión. En ese sentido, sólo por medio de la práctica comercial y de la aplicación concreta de una norma de ese tipo, podremos medir si sus bondades son superiores a los costos que su mal uso pudiera generar.

En relación al proyecto de escisión, a la entrada en vigencia del acuerdo de escisión y a la presentación y elaboración de balances, nos remitimos a los argumentos vertidos al tratar la regulación del Proyecto de LGS en materia de fusión.

## 4. FUSIÓN Y ESCISIÓN: BENEFICIOS.

### 4.1. Beneficios comerciales y administrativos.

Una de las características más importantes de una fusión es el fortalecimiento patrimonial que se

produce como consecuencia de que sea una sociedad la que asuma el patrimonio de varias otras sociedades. Ese fortalecimiento patrimonial puede otorgarle una serie de beneficios comerciales a la sociedad incorporante o a la constituida por fusión, competir con mayor fuerza con otras empresas, ampliar sus actividades, obtener financiamiento de bancos o de terceros inversionistas -emitiendo bonos o instrumentos de corto plazo, por ejemplo-, captar capitales de trabajo -participando en el mercado de valores-, etc. Cabe resaltar, además, que una fusión de sociedades genera una reducción de costos administrativos, al extinguirse una serie de sociedades, simplificándose el manejo al concentrarse éste en una sola sociedad.

Por otro lado, la escisión cumple el objetivo de descentralizar las actividades de una sociedad, apuntando a una mayor eficiencia y especialización en el desarrollo de esas actividades, permitiendo, además, reestructurar la participación de los socios en las sociedades involucradas en la escisión.

### 4.2. Beneficios tributarios <sup>(12)</sup>.

4.2.1. En la actualidad existe un régimen legal que otorga beneficios especiales, de manera extraordinaria y temporal, a los supuestos de reorganización de empresas, específicamente, la fusión y la escisión.

Cabe resaltar que las normas tributarias aluden siempre al término «división» en lugar de «escisión». Como hemos visto, desde el punto de vista mercantil, la división es en realidad uno de los dos tipos de escisión, a saber, la llamada escisión total. Por lo tanto, en principio, el término «división» no incluiría a la escisión parcial. Empero, concordamos con el profesor Salas, en el sentido de que el legislador tributario al usar el término «división» no ha querido referirse sólo a la figura de la escisión total, sino a la escisión en general, sea ésta parcial o total <sup>(13)</sup>.

4.2.2. En cuanto a los beneficios aplicables a los casos de fusión y de escisión de sociedades, debe tenerse en cuenta que hasta el 31 de diciembre de 1997 -según la prórroga dispuesta por la Ley No. 26733-, salvo su derogación anticipada o una nueva prórroga, regirá la exoneración de todo tributo, incluido el Impuesto a la Renta -IR- y los derechos de inscripción en

---

(12) Para profundizar en relación a un régimen tributario permanente en materia de fusión de empresas, recomendamos: HERNÁNDEZ BERENGUEL, Luis. «Una propuesta preliminar de un Régimen Tributario permanente que facilite las Fusiones de Empresas». En: Cuadernos Tributarios No.15, Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo Peruano. pp.43-65.

(13) SALAS SÁNCHEZ, Julio. Op.cit., p.22.

los Registros Públicos, que pudiera gravar la formación y otros actos, contratos y transferencias patrimoniales, derivados de acuerdos de fusión y de división -léase escisión- de toda clase de personas jurídicas, ya sean mercantiles, civiles o cooperativas, exoneración que fuera establecida mediante la Ley No. 25601 y prorrogada sucesivamente por las Leyes Nos. 25877, 26283, 26416, 26561 y 26733.

4.2.3. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por la Ley No. 26733 y de acuerdo con el Decreto Supremo No. 120-94-EF, hasta el 31 de diciembre de 1997 las ganancias que se deriven de la revaluación voluntaria de activos con motivo de la fusión o la escisión, no están gravadas si se capitalizan en acto previo a la fusión.

En efecto, el primer y segundo párrafos del artículo 1 del Decreto Supremo No. 120-94-EF disponen que:

«La ganancia que se derive de la fusión o división -léase escisión- de personas jurídicas efectuada al amparo de la Ley No. 26283, no está gravada con el Impuesto a la Renta.

Si las sociedades o empresas acordaran la revaluación voluntaria de sus activos, con motivo de la fusión o división -léase escisión-, la diferencia entre el mayor valor pactado y el costo computable determinado de acuerdo con el Decreto Legislativo No. 627 modificado por la Ley No. 25381, no estará gravada para el que la efectuó, siempre que sea capitalizada en acto previo a la fusión o división -léase escisión-. La ganancia resultante de activos que no tengan expresión contable, también deberá ser capitalizada en acto previo a la fusión o división -léase escisión-» (la mención al Decreto Legislativo No. 627, actualmente derogado, debe entenderse ahora referida al Decreto Legislativo No. 797).

En virtud a las normas citadas, las empresas que se extingan por fusión o por escisión podrían revaluar los bienes conformantes de su activo -todos o parte de ellos-, con el goce de los beneficios tributarios descritos en los párrafos anteriores, siempre que acordaran capitalizar el excedente de revaluación, y posteriormente proceder a la fusión o a la escisión transfiriéndose dichos bienes conformantes del activo de las sociedades extinguidas a la sociedad incorporante o a la nueva que se constituya.

4.2.4. De acuerdo con el artículo 2 del Decreto Supremo No. 120-94-EF, para efecto del IR, los bienes transferidos como consecuencia de la fusión y de la escisión tendrán como costo computable para el adquirente -sociedad incorporante o sociedad constituida- el valor al que fueron transferidos, el cual no podrá exceder del

valor de mercado, debidamente sustentado, a que se refiere el artículo 32 de la Ley del IR.

4.2.5. Por otro lado, según el primer y el segundo párrafos del artículo 4 del Decreto Supremo No. 120-94-EF, en el caso de fusión y de escisión de personas jurídicas, las pérdidas arrastrables se transferirán en forma proporcional al valor de los activos transferidos. Agrega el citado artículo 4, en su tercer párrafo, que el monto de la pérdida arrastrable se reducirá en el monto equivalente al valor transferido de los activos fijos e intangibles que la adquirente -sociedad incorporante o sociedad constituida- no mantenga desde que ingresan a su patrimonio hasta cumplir los doce meses, contados a partir del ejercicio siguiente al de la fecha de otorgamiento de la escritura pública de fusión o de escisión, salvo que se trate de caso fortuito o fuerza mayor.

En cuanto al beneficio del arrastre de pérdidas por el adquirente, este arrastre se efectuará, de conformidad con el artículo 107 de la Ley del IR, por el resto del plazo establecido en el artículo 50 de la Ley del IR y en la forma prevista en dicho artículo.

---

*“ En toda escisión de sociedades,  
los beneficiarios directos de la  
misma son los socios de la  
sociedad que adopta el acuerdo  
de escisión ”*

---

El primer párrafo del artículo 50 de la Ley del IR dispone que los contribuyentes domiciliados en el país compensarán la pérdida neta total de tercera categoría -de fuente peruana- que registren en un ejercicio gravable, imputándola año a año, hasta agotar su importe, con las rentas netas que obtengan en los cuatro ejercicios inmediatos posteriores computados a partir del ejercicio en que obtengan utilidades. El saldo que no resulte compensado, una vez transcurrido el indicado período, no podrá computarse en los ejercicios siguientes.

4.2.6. Adicionalmente, la exoneración de todo tributo a la formación y otros actos, contratos y transferencias patrimoniales, derivados de acuerdos de fusión y de escisión, es relevante respecto de:

- a) las transferencias de bienes muebles que se puedan efectuar, que estarán exoneradas del Impuesto General a las Ventas -IGV- y del Impuesto de Promoción Municipal -IPM-, cuya tasa conjunta asciende a 18%. Cabe señalar que según el Decreto Legislativo No. 821, esta transferencia está inafecta a ambos tributos, siendo distintos los conceptos de exoneración e inafectación, aunque ambos impliquen finalmente que no se pague impuesto alguno al Fisco;
- b) las transferencias de inmuebles que se puedan realizar, que estarán exoneradas del Impuesto de Alcabala; y,
- c) la inscripción en los Registros Públicos, que pudieran generarse por los actos, contratos y transferencias patrimoniales derivados de los acuerdos de fusión y de escisión, que estará exonerada del pago de los derechos correspondientes.

4.2.7. Cabe indicar que el Impuesto Selectivo al Consumo, al necesitar de una exoneración expresa, no estaría dentro de los alcances de la exoneración contemplada en la Ley No. 26733 y en el Decreto Supremo No. 120-94-EF.

4.2.8. Es importante señalar que para efectos de la inafectación al Impuesto Mínimo a la Renta que estable-

ce el inciso a) del artículo 116 de la Ley del IR, modificado por el Decreto Legislativo No. 799, no se consideran empresas nuevas -entre otros casos- a aquellas que se constituyan o establezcan por fusión o escisión de empresas o sociedades ya existentes.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Consideramos que nuestra legislación vigente en materia de fusión y de escisión de sociedades debe ser revisada y tratada con la importancia que temas de tales características ameritan. En tal sentido, creemos que el Proyecto de LGS constituye un avance sustancial para una regulación moderna y acorde con la relevancia que un mercado emergente como el nuestro requiere.

La amplitud y la vastedad de los temas involucrados en una fusión y una escisión de sociedades, nos han obligado a tratar sólo determinados aspectos -los que a nuestro criterio podrían haber sido los más relevantes-. En tal sentido, en esta hora de debate sobre el Proyecto de LGS, esperamos que las reflexiones aquí efectuadas puedan contribuir en algo a la discusión sobre estos temas.

Lima, 25 de abril de 1997. 𐄂