

TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES. PERSPECTIVA BAJO EL MARCO DE LA NUEVA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Alonso Morales Acosta
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Lima

1 DEFINICIONES DOCTRINARIAS

Nuestro ordenamiento legal vigente regula el proceso de transformación de sociedades en forma sucinta y precisa. En tal sentido, comienza por determinar que «la transformación no entraña cambio de la personalidad jurídica» (artículo 333).

De esa forma, Ferrara nos explica lo siguiente:

«... La transformación consiste en la adopción por la sociedad, de un tipo jurídico distinto al adoptado antes, con la consecuencia de tenerse que someter (en lo sucesivo) al régimen correspondiente al nuevo tipo, quedando libre de las normas que la regían hasta ese momento.»¹

Podría complementarse esta definición manifestando que:

«... la transformación consiste en un acto jurídico unilateral e interno del titular de una empresa, mediante el cual cambia su propia organización por una más adecuada a sus necesidades, (...) como puede apreciarse, la transformación no implica disolver, ni tampoco liquidar la organización del titular. Supone, simplemente, el cambio de su estructura y régimen legal a otro de clase diferente sin afectar su existencia.»²

De igual manera, Saúl Argeri define a la transformación del siguiente modo:

El Derecho Societario reconoce diversas modalidades de organización a través de las cuales las sociedades pueden optar por regularse. Los accionistas, a su vez pueden, con el fin de obtener mayores beneficios, modificar el tipo societario elegido al momento de su constitución; pero, podrían presentarse diversos problemas con los terceros acreedores que se relacionan con la sociedad, esto debido a las diferencias significativas en materia de obligaciones y responsabilidades de los accionistas sobre las deudas sociales que existen entre los distintos tipos societarios.

El autor, especialista en la materia, describe la manera cómo se ha regulado el tema de transformación de sociedades en la nueva Ley General de Sociedades, señalando algunos inconvenientes en su regulación por nuestro ordenamiento.

¹ FERRARA, Francisco. *Empresarios y Sociedades*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. p. 376.

² MORALES ACOSTA, Alonso. "Cambios en el Titular de la Empresa: Transformación, Fusión y Escisión". En: *El Titular de la Empresa*. Revista Peruana del Derecho de la Empresa: Asesorandina Publicaciones, 1991.

«...Adopción por los titulares o accionistas de la sociedad, ajustándose a la Ley y a los estatutos sociales, de un nuevo tipo societario. Se ha dicho que la transformación no importa la pérdida de la identidad de la sociedad primitiva, pues sólo cambia su aspecto exterior.»³

Como podrá apreciarse, es posible decir que la transformación de sociedades consiste en el cambio experimentado de una sociedad a otro tipo de sociedad o persona jurídica de diferente régimen legal, conservando paradójicamente la misma personalidad jurídica.

En ese sentido, la existencia ininterrumpida de la misma personalidad jurídica permite verificar que por la «transformación» no cambia su personería, sino que, más bien, continúa subsistiendo bajo una forma nueva, persistiendo el mismo sujeto (titular) y manteniendo los mismos derechos y obligaciones que tenía bajo la forma abandonada.

La transformación no implica la disolución de la sociedad transformada, su consiguiente liquidación y la sucesiva constitución de otro tipo de sociedad; pues simplemente continúa la misma persona jurídica, aunque modificada en la forma, conservando su anterior substrato personal y patrimonial.⁴

En ese orden de ideas, con la regulación de la «transformación» como modalidad y opción para la «reorganización de sociedades», se evita pues, el engorroso, costoso e infructuoso proceso indicado (disolución, liquidación y constitución de otra sociedad), que incluso podría afectar severamente el crédito de la sociedad que se transforma.

Ferrara (hijo) corrobora lo que hemos venido explicando en los términos siguientes:

«... la transformación no supone la extinción de la sociedad seguida del nacimiento de otra sociedad distinta; la sociedad permanece siempre viva y es siempre la misma, sólo cambia su ropaje legal.»⁵

De lo expuesto se infiere que, con la conservación de la personalidad jurídica en la transformación, permanecen aquellos elementos esenciales de la sociedad capaces de trascender a cualquier tipo o forma jurídica; como por ejemplo su domicilio, el objeto social o el capital (salvo que algunos socios hagan uso del derecho de separación).

En ese orden de ideas, con la transformación se consigue que la estructura general de la sociedad, tanto en su organización como en su funcionamiento, se adapte a una nueva forma sin dejar de ser la misma persona jurídica.⁶

2 LA TRANSFORMACIÓN EN LA DEROGADA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

La derogada Ley General de Sociedades establecía que, por la transformación, las sociedades constituidas legalmente podían transformarse en cualquiera de las otras clases de sociedades consideradas en dicha Ley⁷.

En ese aspecto radica la novedad del artículo 333 de la nueva Ley General de Sociedades, el mismo que permite la adaptación de las sociedades, no solamente a otras formas societarias sino también a otros tipos de personas jurídicas contempladas en las leyes del Perú.

Ello significa que es perfectamente posible que la sociedad que se transforma pueda adoptar la forma de una cooperativa, asociación, fundación, comité, etc., y viceversa (por ejemplo una cooperativa podría transformarse en sociedad anónima).

³ ARGERI, Saúl. Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982. p. 226.

⁴ Sobre el particular Joaquín Garrigues es categórico:

“El dato de la conservación de la misma personalidad jurídica es esencial dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para distinguir la transformación de una sociedad, de aquel otro supuesto que consiste en la disolución de una compañía y simultánea constitución de otra nueva sociedad con el patrimonio de la sociedad disuelta, pues en este caso no se conserva la misma personalidad jurídica”.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. México: Editorial Porrúa S.A., 1984. p. 575

⁵ FERRARA, Francisco. Empresarios y Sociedades. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. p. 376.

⁶ “...pero aún circunscrita la transformación al mero cambio de forma, sus efectos no se limitan, sin embargo, al orden puramente externo, ya que la forma decide siempre la interna estructura de la sociedad, la organización de los poderes en el seno de la misma y la sumisión de sus relaciones con los socios y con terceros a un régimen jurídico peculiar”.

URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Madrid: Marcial Pons. 1994. p. 395.

⁷ En realidad, el texto de la derogada Ley General de Sociedades correspondía al aprobado por la Ley 16123 en 1966, que fue simplemente perfeccionado para recibir a las sociedades civiles en su cuerpo normativo en 1985, mediante Decreto Legislativo 311.

3. EL ACUERDO DE TRANSFORMACIÓN

3.1 Requisitos para el acuerdo de transformación

La transformación, por su gran importancia, exige el cumplimiento estricto de los requisitos que señala la Ley General de Sociedades y su estatuto, dado que este último será modificado sustancialmente.

Bajo este orden de ideas, el artículo 336 de la nueva Ley General de Sociedades señala que es indispensable que la transformación se acuerde «...con los requisitos establecidos por la Ley y el estatuto de la sociedad o de la persona jurídica para la modificación de su pacto social y estatuto».

En ese sentido, si se va a transformar una sociedad anónima en otra persona jurídica requerirá para la validez del acuerdo, que la convocatoria a junta general cuente para su instalación con «quórum calificado» (conurrencia) de por lo menos dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto en primera convocatoria y, en segunda convocatoria, de por lo menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto (artículos 126 y 127 de la Ley General de Sociedades).⁸

El acuerdo de transformación, además, se adoptará por lo menos, con la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

3.2 De la publicidad del acuerdo

La publicidad del acuerdo de transformación permite que los socios tengan acceso a la mayor cantidad de elementos de juicio, que les permitan tomar una decisión correcta (en relación a la conveniencia o inconveniencia de la transformación) acerca de su permanencia en la sociedad o su separación.

En virtud de ello, la Ley General de Sociedades determina que el acuerdo de transformación sea publicado por tres veces, con cinco días de intervalo entre cada aviso, con la finalidad de que los socios puedan ejercer su derecho de separación (véase punto 4.1.1).

3.3 La Escritura Pública

La transformación tiene un carácter rigurosamente formal, es por ello que verificada la separación de aquellos socios que ejercieron este derecho o trans-

currido el plazo prescrito sin que hagan uso del mismo, la transformación se formaliza por Escritura Pública que contendrá la constancia de los avisos mencionados en el punto 3.2.

Cabe resaltar que la sociedad se encuentra obligada a **formular un balance de transformación el día anterior a la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública**. Ello tiene por objeto que socios y terceros puedan conocer la situación patrimonial de la sociedad al momento en que la transformación se realice. No es requisito que este balance sea insertado en la Escritura Pública.

A diferencia de la Ley General de Sociedades derogada, no se exige la formulación de dos balances (uno «cerrado al día anterior del acuerdo» y otro «cerrado al día anterior del otorgamiento de la Escritura Pública»). Sólo es necesario este último y como ya mencionáramos, no se exige su inserción en la Escritura Pública.

En relación al tema de la fecha de otorgamiento de la Escritura Pública, encontramos que dicho día se encuentra desubicado en cuanto al efecto de la transformación. En efecto, existe un desfase entre la fecha de cierre del balance «...al día anterior a la fecha de la Escritura Pública...» (artículo 341) y la fecha de entrada en vigencia de la transformación. Empero, ¿qué sucede con el día del otorgamiento de la Escritura Pública de transformación? La ley es categórica, pues sólo entra en vigencia la transformación a partir del día siguiente del otorgamiento de la Escritura Pública (y supeditada a su inscripción en el Registro Público), de conformidad con el artículo 341; de tal manera que en la práctica ello exigirá que el balance de cierre se rectifique en su oportunidad para incluir al día de otorgamiento de la Escritura Pública.

La sociedad debe poner el balance a disposición, en el domicilio social, de **los socios y de los terceros interesados**, en un plazo no mayor de treinta días contados a partir de la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública. No obstante señalarse un plazo límite para su formulación, no se indica durante qué plazo debe quedar a disposición de aquéllos dicha información. Entendemos que por aplicación analógica de la regla establecida para los casos de fusión y escisión (otras modalidades de reorganización) éste deberá ser «...no menor de sesenta días luego del plazo máximo para su preparación».

⁸ Empero, si se está transformando una sociedad anónima abierta, se requerirá en la primera convocatoria el cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derechos a voto, en segunda convocatoria la concurrencia de al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto y en caso no se logre este *quórum*, se realizará en tercera convocatoria bastando la concurrencia de cualquier número de acciones con derecho a voto (artículo 257).

En buena cuenta, la puesta a disposición del balance permitirá a los socios y a terceros apreciar la real situación de la sociedad, les permitirá conocer el valor de su patrimonio y decidir sobre el ejercicio o no de su derecho de separación (artículo 338).

3.4 Entrada en vigencia de la transformación

La transformación entra en vigencia al día siguiente de la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública.

Es menester resaltar que en tanto el balance de transformación se formula al día anterior al otorgamiento de la Escritura Pública (ver punto 3.3), apreciamos que la transformación entra en vigencia al día siguiente del otorgamiento de la misma.

Ello significa que el balance de transformación no considerará el día del otorgamiento de la Escritura Pública, día que quedará sin reflejo contable, desfasándose el balance en por lo menos un día. Sobre el particular, nos remitimos a lo ya explicado en el punto anterior (3.3).

3.5 La inscripción del acuerdo de transformación en el registro

Es preciso resaltar que, no obstante que la transformación entra en vigencia al día siguiente de la fecha de la Escritura Pública respectiva, la eficacia de esta disposición se encuentra supeditada a su inscripción en el Registro.

La inscripción en el Registro pone fin al proceso de transformación, por lo que el registrador revisa íntegramente el proceso de transformación durante la calificación del título.

Para el efecto, no sólo califica la legalidad de los documentos presentados, sino que también tiene en cuenta «...la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos» (artículo 2011 del Código Civil).

Otro aspecto a resaltar acerca de la importancia de la inscripción, radica en que constituye el medio adecuado para que socios y terceros no informados puedan finalmente conocer la existencia de este acuerdo y ejercer su pretensión judicial de nulidad, si así lo consideran pertinente (véase el punto 7).

4. LA SITUACIÓN DE LOS SOCIOS, LOS ACREEDORES Y LOS TERCEROS QUE TENGAN DERECHOS EMANADOS DE TÍTULO DISTINTO DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES EN EL CAPITAL

Naturalmente, al hacer referencia a la transformación de sociedades, debemos considerar a los «grupos de interés» de la sociedad que pueden ser afectados por un acto tan trascendente como el que venimos tratando. Estos son los propios socios, los acreedores y los terceros que tengan derechos emanados de título distinto a las acciones o participaciones en el capital.

4.1 La situación de los negocios

Indudablemente, la transformación puede modificar la situación jurídica de los socios, cambiando ciertas reglas de juego corporativas relativas a sus derechos y obligaciones. Ello porque su situación no será más la que les correspondía antes de la transformación, sino la que prevé la ley para el tipo de sociedad o persona jurídica que se adopte.

Para tal efecto, la ley establece el derecho a la información del socio, que se pretende facilitar a través de la publicidad que corresponde a la convocatoria a junta general⁹, así como de la publicación del acuerdo de transformación, y se complementa con la puesta a disposición del balance de transformación con posterioridad al otorgamiento de la Escritura Pública (artículo 339).

No obstante lo indicado, la transformación tiene sus limitaciones; por ejemplo: no puede modificar las participaciones de los socios en el capital, salvo que medie su consentimiento expreso o que se deba al ejercicio del derecho de separación.

4.1.1 El derecho de separación de los socios

Acordada la transformación, lógicamente no se puede obligar a los socios disidentes a permanecer en la sociedad en contra de su voluntad.¹⁰

En virtud de ello, la Ley General de Sociedades reconoce el derecho de separación, el cual consiste en que el socio que se separa tiene derecho a recibir la participación que le corresponda en el capital social de la sociedad que se transforma.

⁹ Véase el artículo 336 en concordancia con los artículos 116, 268, 281, 282, 294 (último párrafo) y 301.

¹⁰ Excepción a la regla general: "todos los accionistas incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general" (artículo 111)

Sin embargo, de conformidad con el artículo 337 de la Ley General de Sociedades, el acuerdo de transformación entraña el derecho de separación, pero de acuerdo a lo regulado en el artículo 200 del mismo cuerpo normativo.

En tal sentido, sólo están facultados para ejercer dicho derecho: 1) los presentes que se hubieren opuesto en la junta general u órgano equivalente al acto de transformación dejando constancia en el acta pertinente, 2) los ilegítimamente privados del derecho a emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto.

El derecho de separación se ejerce mediante carta notarial entregada a la sociedad correspondiente hasta el décimo día posterior contado a partir de la fecha de la última publicación del acuerdo de transformación (artículo 3 de la Ley General de Sociedades).

El artículo 200 de la Ley General de Sociedades establece los criterios a los que se sujetará la valoración de las participaciones sociales que se van a reembolsar, así como el plazo que se considerará para estos efectos (que no deberá exceder de dos meses desde la fecha del ejercicio del derecho de separación).

Naturalmente, el ejercicio del derecho de separación no libera al socio de la responsabilidad personal que le corresponde por las obligaciones sociales contraídas antes de la transformación.

4.1.2 La responsabilidad de los socios

No cabe pensar que la transformación pueda servir para la elusión de las reglas de responsabilidad que alcanzan a los socios dentro de un tipo social, de acuerdo a lo prescrito por la Ley General de Sociedades.

En tal sentido, la transformación de una sociedad de responsabilidad ilimitada (v.gr.: sociedad colectiva) a una de responsabilidad limitada (v. gr.: sociedad anónima), no libera a los socios en el nuevo tipo social de responder solidaria y personalmente con sus bienes personales por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la sociedad.

De ese modo, la transformación de la sociedad no puede afectar a los derechos adquiridos frente a la sociedad y frente a los socios con anterioridad al acuerdo social, salvo, desde luego, que medie consentimiento de los acreedores liberando a los socios.

En ese orden de ideas, la Ley General de Sociedades establece lo siguiente:

«Artículo 334.- (...) La transformación a una sociedad en que la responsabilidad de los socios es limitada, no afecta la responsabilidad ilimitada que corresponde a estos por las deudas sociales contraídas antes de la transformación, salvo en el caso de aquellas deudas cuyo acreedor lo acepte expresamente.»

Este acuerdo puede consistir en un pacto de pago anticipado, en el otorgamiento de garantías o simplemente en el establecimiento de mejores condiciones en la relación crediticia.

De otro lado, la Ley General de Sociedades dispone que si la sociedad contaba con «responsabilidad limitada y se transforma en un modelo con responsabilidad personal e ilimitada» para los socios, éstos responderán de la misma manera respecto de las deudas sociales anteriores.

Es decir, al adoptarse un tipo social más exigente con el patrimonio personal del socio, su responsabilidad incluirá deudas anteriores contraídas bajo el antiguo régimen (de responsabilidad limitada). Ello, además, no desvirtúa el modelo societario que se está adoptando, todo lo cual obliga a los socios a evaluar detenidamente su decisión de transformación.

Este criterio ha sido recogido por el mismo artículo 334 de la Ley General de Sociedades de la siguiente manera:

«Artículo 334.- Los socios que en virtud de la nueva forma societaria adoptada asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, responden en la misma forma por las deudas contraídas antes de la transformación».

4.2. La situación de los acreedores

Del texto de la Ley General de Sociedades podemos apreciar que la situación de los acreedores no se va a ver afectada como consecuencia de la transformación de la sociedad.

En ese contexto, pues, carece de sentido reconocer un derecho de oposición del acreedor tal cual se ha conferido en los demás casos de reorganización de sociedades, puesto que, como se ha explicado, existen suficientes mecanismos de protección.

En efecto, los mecanismos de protección para las acreencias pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1) La conservación de la misma personalidad jurídica;

2) Los criterios de responsabilidad ilimitada de los socios;

3) La no liberación de responsabilidad por las acreencias del socio que se separa;

De esta manera, el legislador fortalece al acreedor y brinda seguridad a su crédito sin perjudicar la viabilidad de esta forma de reorganización.

4.3 La situación de los terceros que tengan derechos emanados de título distinto a las acciones o participaciones en el capital

La transformación de sociedades no afecta los derechos de terceros emanados de título distinto a las acciones o participaciones en el capital, ya se hallen representados por «bonos», por «certificados de suscripción preferente» o por «títulos de participación en las utilidades».

Es decir, que los titulares de los derechos señalados mantendrán una situación equivalente salvo que medie variación por aceptación expresa de los mismos.

Sin embargo, cabe resaltar que es necesario que los socios adopten una posición y lleguen a un acuerdo con los terceros respecto a los «certificados de suscripción preferente», pues obviamente no se puede mantener tal cual el derecho en un tipo societario distinto a la sociedad anónima; por ejemplo, en el caso de la transformación de una sociedad anónima a una sociedad colectiva o a una sociedad comercial de responsabilidad limitada.

5. TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN

Las sociedades en liquidación pueden transformarse revocando previamente el acuerdo de disolución,

en tanto no se haya iniciado el reparto del haber social a los socios.

Este tipo de transformación procede siempre y cuando la liquidación de la sociedad que se transforma no sea consecuencia de la declaración de nulidad del pacto social o del estatuto, o del vencimiento del plazo de su duración (artículo 342).

6. OTROS CASOS DE TRANSFORMACIÓN

La nueva Ley General de Sociedades contempla también otros casos de transformación, tales como la transformación de personas jurídicas extranjeras (artículo 394) y de sucursales (artículo 395).

Adicionalmente, se considera como otras formas de reorganización a cualquier operación que combine transformaciones con fusiones o escisiones (artículo 392, inciso 5).

7. PRETENSIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DE TRANSFORMACIÓN INSCRITA EN EL REGISTRO

Cabe la posibilidad de pretender judicialmente la nulidad de una transformación inscrita en el Registro, pero únicamente basada en la nulidad de los acuerdos de la junta general o asamblea de socios de la sociedad que se hubiera transformado.

En ese sentido, la pretensión será dirigida contra la sociedad transformada, debiendo tramitarse dicha nulidad vía proceso abreviado.

El plazo para el ejercicio de la pretensión de nulidad de una transformación caduca a los seis meses, contados a partir de la fecha de inscripción de la Escritura Pública de transformación en el Registro (artículo 343).