

# LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES

Enrique Elías Laroza  
Profesor de Derecho Mercantil  
Pontificia Universidad  
Católica del Perú

## I. CUESTIONES PRELIMINARES.

### 1.1 Antecedentes.

*En el Perú, como en otros países en que se tiene una regulación mercantil, la escisión, como institución jurídica, ha sido precedida por normas tributarias que regularon los efectos derivados de una escisión societaria que resultaran de interés para la administración pública. Estas normas, en su expresión, aluden a la "reorganización de sociedades o empresas", y explican ésta como la resultante de la fusión o división de las mismas.*

*Sobre esta "división" de sociedades, sin embargo, no existía mayor precisión jurídica, generando así un espacio de indefinición e inseguridad respecto de este tema en nuestro sistema jurídico.*

*La Ley General de Sociedades ha recogido esta problemática y otorga una sección a la regulación de la escisión de sociedades.*

*El presente artículo es una forma adecuada de conocer el sentido de la nueva regulación respecto de este tema; y el orden de ideas que, en opinión del autor, da origen a la mencionada sección de la Nueva ley General de Sociedades.*

La escisión es una institución jurídica de reciente aparición en el Derecho Mercantil. Su primer antecedente legislativo, al menos en el ámbito estrictamente mercantil, fue la ley francesa de sociedades de 1966<sup>1</sup>; sin embargo, cierto sector de la doctrina ha pretendido encontrar el origen de la escisión en el tratamiento que se otorga a la «*scorporazione*» en la jurisprudencia italiana<sup>2</sup>.

Ahora bien, no todos los antecedentes legislativos de la escisión han sido de carácter mercantil. En los distintos países en que la escisión tiene una regulación legal de Derecho Mercantil, ella ha sido casi siempre precedida por alguna norma fiscal vinculada al régimen impositivo de las fusiones de sociedades. Este fenómeno ha ocurrido en nuestro país.

En efecto, ni en la actual Ley General de Sociedades peruana ni en su antecesora, la Ley de Sociedades Mercantiles, existieron normas sobre la escisión. Pero sí encontramos en nuestra legislación normas tributarias que regularon los efectos fiscales derivados de una escisión societaria, que fueron de interés para la Administración Pública.

<sup>1</sup> La Ley 66537 del 24 de julio de 1966. Al respecto, Justino Duque Domínguez sostiene: «Los procesos de escisión o división de sociedades, surgidos en la práctica del derecho de la reestructuración de empresas en el Derecho francés, se remonta a los años 1949 y 1952.» En «Escisión de Sociedades» de «Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría», p. 128.

<sup>2</sup> La doctrina se inclina a considerar que la *scorporazione* es una modalidad de reorganización de sociedades de distinta naturaleza a la escisión. Según Fargosi, la *scorporazione* es la decisión de los accionistas de «escindir la explotación económica en dos sociedades distintas, a cuyo efecto, la ya existente, reduce su capital y el patrimonio así liberado pasa a constituirse en aportación inicial de la nueva sociedad» (Citado por SASOT B, Miguel y SASOT, Miguel P. en «Sociedades Anónimas Constitución, Modificación y Extinción», p. 591). Volveremos sobre este tema en infra 1.6.

Es así que el Decreto Ley 25748<sup>3</sup> dispuso que la transferencia de bienes realizada como consecuencia de la reorganización o traspaso de empresas no se consideraba una operación gravada con el Impuesto General a las Ventas. El reglamento de dicha ley precisó que la «reorganización de empresas» aludida era aquella resultante de la fusión o división de las mismas. En igual sentido, el Decreto Ley 25751<sup>4</sup> dispuso que, en la transferencia de bienes realizada con motivo de la reorganización de sociedades, la ganancia que resultaba del mayor valor atribuido a los bienes transferidos no era gravable con el Impuesto a la Renta. Nuevamente la norma consideraba que la «reorganización de sociedades» se expresaba bajo las figuras de la fusión y de la «división» de sociedades. Estas normas, con ligeras variaciones, se han mantenido en nuestra legislación tributaria, sin una normativa integral de la escisión que regulase los efectos mercantiles de la institución.

El que nuestra legislación fiscal haya empleado el término de «división de sociedades» merece un comentario aparte. Es por todos conocida la pregonada autonomía del Derecho Tributario, defendida por el Fisco como una necesidad pero cuestionada desde muchos ámbitos del Derecho en los cuales se han inmiscuido, con notable desacierto, las normas fiscales, «tributarizando»<sup>5</sup> una serie de instituciones de Derecho Privado. Ese también ha sido el caso de la escisión de sociedades en nuestro país, pues la institución fue regulada -al menos en los efectos que le interesaban al Fisco- primera y fragmentariamente por el Derecho Tributario, como parte de los procesos de reorganización de sociedades.

Sin embargo, esa incipiente regulación fiscal dejaba grandes espacios de indefinición e inseguridad, pues siempre cabía preguntarse cuál era el conteni-

do jurídico de la llamada «división de sociedades», regulada como un mecanismo de reorganización societaria. Tal regulación se dio sin que existiera un marco legal que definiese los alcances y limitaciones de la misma, ni menos el proceso interno de las sociedades intervinientes.

Adicionalmente, al no ser la «división de sociedades» un término usual de nuestro Derecho Mercantil<sup>6</sup>, la delimitación jurídica de esta institución devino en una necesidad impostergradable.

Como respuesta a esta problemática y para darle un contenido preciso a la escisión<sup>7</sup>, en la actual Ley General de Sociedades<sup>8</sup> se ha dedicado toda una sección a la regulación de esta figura societaria. Esta innovación legislativa debe ser materia de reflexión y crítica por quienes están interesados en que nuestro sistema jurídico sea algo más que un conjunto de normas prácticas. El presente artículo expresa algunas reflexiones sobre una institución que responde a una realidad cambiante y a la necesidad de contar con reglas que permitan a los agentes económicos actuar con precisión.

## 1.2 Naturaleza de la escisión.

La escisión de sociedades, como otras instituciones jurídicas de incorporación relativamente reciente al Derecho Mercantil, es el producto -moderno y no deseado- de la evolución del fenómeno de la concentración empresarial. La afirmación puede parecer extraña a primera vista, pero es certera<sup>9</sup>. El progreso tecnológico y administrativo ha permitido un crecimiento acelerado de las empresas y una concentración de sus recursos y fuerzas en una sola empresa o en un solo conjunto económico. El crecimiento, a su vez, ocasiona no pocas veces otros efectos colaterales

Sin embargo, Duque Domínguez precisa, citando a Graziani y refiriéndose a la *scorporazione*, que para la opinión predominante de la doctrina italiana «la escisión no corresponde a ningún instituto jurídico individualizado y que el resultado que quiere obtener se logra mediante la combinación de varias operaciones.» Ob. cit., p. 129, negando autonomía a esta institución.

<sup>3</sup> Antigua Ley del Impuesto General a las Ventas.

<sup>4</sup> Antigua Ley del Impuesto a la Renta.

<sup>5</sup> Algunos dirían «desnaturalizando» las instituciones de Derecho Privado.

<sup>6</sup> A diferencia del Derecho Mercantil francés en el cual se denomina división a alguna de las modalidades de escisión, tal como lo señala OTAEGUI, Julio en su «Fusión y Escisión de las Sociedades Comerciales», p. 240.

<sup>7</sup> No debe olvidarse que la actora principal de la escisión es la sociedad y que los intereses que ella afecta pertenecen, esencialmente, a quienes actúan en la vida económica y social a través de la formación y constitución de sociedades mercantiles.

<sup>8</sup> Ley 26887 publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 9 de diciembre de 1997 y que entrará en vigencia el 1 de enero de 1998.

<sup>9</sup> FARGOSI, Horacio, Estudios de Derecho Societario, p. 161: «Respecto de la escisión si bien en una apreciación inicial puede presentarse como un fenómeno contrario al de la fusión y como un medio de desconcentración dirigido a la especialización, en realidad integra con aquélla el fenómeno de la concentración de empresas, aunque en la categoría de las secundarias».

inevitables. La centralización de la gestión origina deficiencias en la administración de la empresa o del grupo resultante de una gran concentración, así como también la falta de dinamismo en la conducción y la demora en la toma de decisiones.

A raíz del crecimiento, la organización empresarial concentrada tiende a perder dinamismo y, con el tiempo, origina ineficiencia en la empresa. La administración termina destinando cada vez más recursos a administrarse a sí misma antes que a la producción. Otras veces debe ocuparse de nuevas actividades que antes no tenía, pues la empresa gigante, producto de fusiones, tiende a incursionar en campos vinculados, paralelos o distintos a los de su actividad original.

Ante estas situaciones se presenta la necesidad de reorganizar la empresa o el grupo económico, para retomar la dinámica de su impulso productivo original. En ese contexto aparece la escisión, como uno de los instrumentos importantes de las reorganizaciones societarias. Coincidimos con Julio Otaegui cuando afirma que la escisión otorga «un mayor crecimiento por multiplicación, porque la excesiva centralización administrativa es un obstáculo para el desarrollo»<sup>10</sup>.

Pero ello no nos lleva a admitir la afirmación de un sector de la doctrina, que considera que la escisión es un fenómeno inverso al de la fusión<sup>11</sup>. Ello ocurre con cierta frecuencia, como por ejemplo en una sociedad que escinde en varios bloques patrimoniales, cada uno de los cuales sirve para la constitución de una sociedad nueva. Allí hay, claramente, una desconcentración empresarial.

Pero la escisión, en ese aspecto, es un fenómeno más variado y complejo que la fusión. También puede originar, en otros casos, un efecto exactamente inverso al de la desconcentración. Si una sociedad se escinde en varios bloques patrimoniales y cada uno de ellos es absorbido por distintas sociedades existentes, se producirá un efecto de concentración societaria en cada una de las absorbentes.

Un tercer caso surge cuando la escisión persigue fines de especialización empresarial. Si una empresa escinde dos bloques patrimoniales que representan líneas de producción independientes de su acti-

vidad principal, los cuales son absorbidos por dos empresas que se dedican a esas actividades, y a su vez la empresa original recibe bloques patrimoniales de las otras dos, que sí le sirven para su actividad principal, no se habrá producido ninguna concentración ni desconcentración. Las tres empresas habrían logrado, únicamente, una mayor especialización y un mayor volumen en sus actividades principales, abandonando las actividades secundarias para las cuales quizás no estaban debidamente preparadas.

De otro lado, no podemos dejar de mencionar que la escisión también resulta un instrumento de gran utilidad para la solución de conflictos internos en la sociedad que escinde, cuando existen grupos de socios con intereses contrapuestos, situación que suele ser motivo de conflictos que pueden llevar, incluso, a la parálisis de la sociedad. Ello puede ser superado mediante la escisión, en forma tal que los socios se agrupen en función a sus intereses comunes<sup>12</sup>.

Podemos concluir que la escisión es un instrumento de gran importancia en los procesos de reorganización de sociedades, que permite lograr objetivos muy diversos y complejos para las personas naturales y jurídicas involucradas. Por esta razón, consideramos que la escisión merece un tratamiento legislativo propio, pues ello otorga seguridad, orden y simplicidad al procedimiento de reorganización empresarial que, de otra forma, tendría que ser enfrentado a través de una serie de operaciones sucesivas y complejas.

La escisión no es la suma de distintas operaciones, sino un procedimiento de reorganización con caracteres propios, cuya utilidad e importancia justifican una regulación como la propuesta en la Ley General de Sociedades.

### 1.3 Concepto.

Tradicionalmente se había considerado que la escisión es una institución jurídica que regula la división del patrimonio integral de una sociedad en dos o más partes, las cuales son atribuidas a igual número de sociedades, nuevas o existentes, lo que tiene como efectos la desaparición de la sociedad escindida y la entrega a sus ex-socios de participaciones sociales en las sociedades beneficiarias de la escisión.

<sup>10</sup> «Fusión y Escisión de Sociedades Comerciales», p. 236

<sup>11</sup> «La fusión persigue la concentración de fuerzas económicas y la escisión tiende más bien, a descentralizar esas fuerzas». URÍA, Rodrigo en «Derecho Mercantil», p. 390.

<sup>12</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. Ob. cit., p. 133.

Este concepto se ha ampliado considerablemente en las legislaciones modernas, como veremos más adelante.

Las características, formas y modalidades que adopta la escisión dependen, finalmente, de la normatividad que se adopta en un sistema jurídico determinado. Como se mencionó, recién en la Ley General de Sociedades se propone regular la escisión en forma integral. Así, el artículo 367 de la Ley define a la escisión:

"Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley".

La nota característica de la escisión es el fraccionamiento patrimonial de la sociedad que escinde. Éste puede ser total o parcial; sin embargo, en ambos casos, las fracciones patrimoniales que serán atribuidas a las sociedades beneficiarias deben constituir, como veremos más adelante, bloques patrimoniales.

Ahora bien, para calificar un proceso de reorganización societaria como la escisión es necesario analizar la situación en la que quedarán la sociedad escindida y los socios de ésta. En efecto, cuando la sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos en su totalidad, la consecuencia del proceso de escisión resulta evidente: la sociedad escindida desaparece. En cambio, tratándose del caso en el cual conserva uno de los bloques en que fraccionó su patrimonio, ella conservará su existencia jurídica. En ambos casos los socios de la escindida recibirán participaciones sociales en las sociedades beneficiarias.

Debemos reiterar que el tratamiento legislativo de la escisión difiere en cada país. Por ello, en algunas legislaciones tendremos que la definición de la escisión es parcialmente distinta a la contenida en la Ley<sup>13</sup>. Para despejar dudas respecto de cuales formas de reorganización societaria deben tratarse como escisión y cuales no, la Ley ha efectuado precisiones en torno a las modalidades de escisión admitidas.

#### 1.4 Formas de Escisión.

En doctrina se menciona la existencia de dos modalidades que puede adoptar la escisión: la denominada propia y la llamada impropia.

En la escisión propia la sociedad escindida queda necesariamente extinta, pues todo su patrimonio, dividido en dos o más partes, es atribuido a sociedades beneficiarias en las cuales son recibidos los accionistas o socios de la sociedad escindida<sup>14</sup>. A esta forma se le ha denominado «división», en algunos casos.

En la escisión impropia, también llamada segregación o excorporación, la sociedad escindida no se extingue, sino que conserva una de las partes de su patrimonio fraccionado, segregando el resto a favor de una o más sociedades beneficiarias<sup>15</sup>.

Ambas modalidades tienen su correlato en la Ley General de Sociedades, cuyo artículo 367 establece que la escisión puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades existentes. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o,
2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente.

Un factor que permite distinguir a la escisión de otras formas de reorganización empresarial consiste en que en la escisión los socios de la sociedad escindida se convierten en socios de la, o las sociedades escisionarias. Ello está expresamente recogido en la última parte del artículo 367 de la Ley General de Sociedades:

"En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso".

<sup>13</sup> Por ejemplo, los Sasos definen a la escisión de la siguiente manera: «La escisión, en cuanto instituto jurídico que regula la segregación de una porción del patrimonio activo de una sociedad comercial en funcionamiento para, sin disolverse, destinarla a la formación de una nueva sociedad o incorporarse a una sociedad ya existente [...]». Ob. cit., p. 592.

<sup>14</sup> URÍA, Rodrigo. «Derecho Mercantil», p. 390.

<sup>15</sup> Ibid. p. 390.

A partir de la definición contenida en el artículo 367 de Ley General de Sociedades se puede advertir algunas notas características que tendrá la escisión en el Perú y que la diferenciarán del tratamiento legal que esta institución tiene en otras legislaciones.

### 1.5 Notas características.

La escisión societaria prevista en la Ley General de Sociedades tendrá las siguientes peculiaridades:

- a. La posibilidad de escisión no estará limitada a las sociedades anónimas. Por el contrario, la Ley contempla la escisión en otras formas societarias reguladas por la ley mercantil. Esta es una nota diferenciadora con la ley española<sup>16</sup>, en la cual la escindida sólo puede ser una sociedad anónima.
- b. La escisión podrá ser efectuada para constituir nuevas sociedades o en favor de sociedades existentes. En este punto se ha adoptado un criterio similar al de otras legislaciones.
- c. Los socios de la sociedad escindida adquirirán la condición de socios de la sociedad escisionaria. Esta característica, fundamental en la distinción de la escisión frente a otras formas de reorganización, ha sido recogida en el artículo 368 de la Ley. En esa disposición se prevé, como norma general, que las nuevas acciones o participaciones que la escisionaria emitirá serán atribuidas a los socios o accionistas de la sociedad escindida, en la misma proporción que tenían en el capital de ésta, salvo pacto en contrario. El pacto en contrario que la Ley prevé, permitirá, por ejemplo, que uno o algunos de tales socios no reciban acciones o participaciones de alguna o algunas de las sociedades escisionarias o que las reciban en proporción distinta a su participación en la sociedad escindida<sup>17</sup>.
- d. La transmisión de los bloques patrimoniales de la escindida a favor de las sociedades escisionarias

podrá realizarse a título singular o global. Esta también es una diferencia frente al criterio adoptado por las doctrinas española<sup>18</sup> y argentina<sup>19</sup>.

Ello se desprende de la regla contenida en el artículo 369 de la Ley, que al definir «bloque patrimonial»<sup>20</sup> establece que este puede ser:

- i. Un activo o un conjunto de activos de la sociedad escindida;
- ii. El conjunto de uno o más activos y uno o más pasivos de la sociedad escindida; y
- iii. Un fondo empresarial.

Como se aprecia, los bloques patrimoniales que se asignarán a las sociedades escisionarias pueden estar constituidos únicamente por activos, lo que determina que la transmisión de tales bloques se realizará a título singular. Esta posibilidad está reiterada en el numeral 4 del artículo 372 de la Ley, en el cual se precisa que en el proyecto de escisión deberá incluirse una relación de activos y pasivos, en su caso, que corresponden a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión. Evidentemente, tratándose de bloques patrimoniales que incorporen activos y pasivos, la transferencia se realizará a título global.

En consecuencia, la discusión sobre la forma en que se produce la segregación del patrimonio de la escindida ha quedado zanjada en una forma práctica, dejando a la libre voluntad de los socios inclinarse por cualquiera de las opciones señaladas.

### 1.6 Extinción o reducción de capital de la sociedad escindida.

La escisión es un procedimiento cuyos efectos redundan en todas las sociedades participantes, tanto en la escindida como en las escisionarias, en caso

<sup>16</sup> URÍA, Rodrigo. Ob.cit., p. 390.

<sup>17</sup> Cfr. Supra 1.1. La utilidad y conveniencia de la escisión también se aprecia cuando en la sociedad se producen conflictos irreconciliables entre los socios; gracias al pacto en contrario previsto en la Ley General de Sociedades, los socios en conflicto podrán desvincularse a través de su no participación en alguna o algunas de las sociedades escisionarias.

<sup>18</sup> URÍA, Rodrigo. Ob. cit., p. 391: «La transmisión a las sociedades beneficiarias de las partes en que se divida el patrimonio de la sociedad escindida se hace en bloque por sucesión universal.»

<sup>19</sup> OTAEGUI, Julio. Ob.cit., p. 242, se refiere a la Ley de Sociedades argentina: «La transmisión parcial a título universal del patrimonio de la sociedad escidente a favor de la o de las sociedades escisionarias en la excorporación, y la transmisión total a título universal del patrimonio de la sociedad escidente a favor de las sociedades escisionarias en la división (...).» Sin embargo, los Sasot señalan que, en el contexto de la Ley de Sociedades Comerciales, la ley permite únicamente la escisión imperfecta por lo que la sociedad escindida sólo fracciona una parte de su patrimonio activo y sigue soportando el pasivo social anterior a la escisión. En este caso, los Sasot concluyen que la transferencia del patrimonio no se produce a título universal (SASOT, B. Miguel y SASOT, Miguel P. «Sociedades Anónimas Constitución, Modificación y Extinción», p. 595).

<sup>20</sup> Debe recordarse también que la escisión es definida en el artículo 367 de la Ley General de Sociedades como el proceso por el cual «una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques (...).»

estas últimas se encuentren previamente constituidas. De allí se desprende que la escisión debe ser acordada por la Junta General de todas las sociedades participantes, pues la ejecución de los acuerdos de escisión modificará la estructura y composición de todas ellas. Sin embargo, tratándose de una escisión que creará nuevas sociedades, resulta evidente que el acuerdo será adoptado, respecto de las sociedades escisionarias, por los mismos socios de la escindida expresado en el acto constitutivo o fundacional, conjuntamente con los nuevos socios, si los hubiere.

Resulta importante señalar que el segundo párrafo del artículo 370 de la Ley General de Sociedades señala que, al acordarse la escisión, no resulta necesario acordar la disolución de la o las sociedades que se extinguen, de ser el caso. Al igual que en el acuerdo de fusión<sup>21</sup>, la reorganización de la sociedad por escisión no requiere del acuerdo de disolución de la misma.

La escisión tendrá entonces como consecuencia jurídica la extinción de pleno derecho de la escindida, sin que se requiera del innecesario acuerdo de disolución que se prevé en otras legislaciones y que fue admitido en la práctica mercantil nacional por aplicación analógica de las disposiciones contenidas en el artículo 354 y en el numeral 4 del artículo 359 de la Ley General de Sociedades anterior, sobre fusión.

El acuerdo de escisión, al cumplirse, conduce a la extinción de la sociedad escindida en el caso de la escisión propia. Tratándose de una escisión impropia, la sociedad escindida deberá reducir su capital en el monto que corresponde a los bloques patrimoniales transferidos. De allí que en el proyecto de escisión deberá consignarse la información correspondiente al acuerdo de reducción de capital. Sobre este tema volveremos más adelante.

### 1.7 Otras formas de reorganización de sociedades.

En el Proyecto se ha previsto que 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 emitidas por las sociedades receptoras de dichos aportes- no se

considera una escisión sino una forma de reorganización societaria distinta.

Tal como quedó señalado, es consustancial al proceso de escisión que los socios de la escindida adquieran también la condición de socios de las sociedades escisionarias. En la escisión propia la sociedad escindida se extinguirá, por lo que resulta imposible que sea ella la que adquiera las acciones o participaciones que serán emitidas por las sociedades escisionarias. Pero la Ley establece que, incluso en la escisión impropia, la sociedad escindida no adquiere para sí las acciones o participaciones emitidas por las escisionarias, pues las mismas corresponden a sus propios socios o accionistas.

En consecuencia, la reorganización de sociedades que se realiza por el aporte que hace una sociedad de parte de su patrimonio, previa reducción de su capital social y recibiendo ella a cambio las acciones emitidas por la sociedad beneficiaria del patrimonio aportado, no es una escisión.

Sobre estas operaciones, la doctrina argentina también se ha pronunciado negándoles la calidad de escisión. Es el caso, por ejemplo, de la denominada escisión-*holding*, operación en la cual una sociedad aporta sus bienes y su pasivo a dos o más sociedades constituidas al efecto, recibiendo como contraprestación participaciones sociales de las mismas. Se ha concluido que esta forma de reorganización no es verdadera escisión<sup>22</sup>.

Dudoso es el caso en el cual la sociedad aporta uno o más bloques patrimoniales a favor de dos o más sociedades, nuevas o existentes, recibiendo a cambio acciones o participaciones emitidas en parte a favor de los socios de la aportante y en parte a favor de la propia aportante. En este supuesto cabría sostener que se presenta una combinación de verdadera escisión y de mera reorganización societaria.

## II. EL PROCEDIMIENTO DE ESCISIÓN.

### 2.1 Acuerdo de escisión.

Como hemos señalado, la escisión modifica sustancialmente la composición patrimonial de la sociedad escindida. Ello es determinante para que la decisión de llevar adelante un procedimiento de escisión deba

<sup>21</sup> Artículo 345 de la Ley General de Sociedades.

<sup>22</sup> OTAEGUI, Julio. Ob. cit., p. 244. Añade el autor: «La doctrina francesa califica este supuesto de falsa escisión, y en nuestro derecho tampoco sería escisión [...]».

ser adoptada en el seno de las sociedades intervinientes, con arreglo a los requisitos que la Ley establece para la modificación del pacto social y estatutos<sup>23</sup>.

Además, el interés personal de los socios podría no coincidir con la situación de la sociedad después de la escisión. De allí que en la Ley se prevé el derecho de separación de los socios de la escindida<sup>24</sup>, con la única limitación de que los socios que se separen también responderán personalmente por las obligaciones sociales contraídas antes de la escisión<sup>25</sup>.

De otro lado, como quedó anotado previamente<sup>26</sup>, cuando de la escisión derive la extinción de la escindida, no será necesario que el órgano competente de la escindida decida la disolución de ésta.

## 2.2 Proyecto de escisión.

En la Ley se ha regulado la necesidad de que las sociedades intervinientes en la escisión cuenten con un instrumento que documente las condiciones en que se verificará tal procedimiento, así como el cumplimiento de los requisitos legales aplicables a la escisión. Este instrumento se denominará «proyecto de escisión» y recoge una práctica desarrollada por las sociedades mercantiles que se escindieron al amparo de la anterior Ley General de Sociedades<sup>27</sup>.

En cuanto al contenido del proyecto de escisión, se ha previsto con detalle los puntos sobre los cuales las sociedades intervinientes deberán pronunciarse para llevar a cabo el procedimiento. La minuciosidad con la que se deberá elaborar el proyecto de escisión tiene por finalidad que el proceso se realice de manera ordenada y con intervención de los órganos administradores, los cuales se entiende que están calificados para someter a la asamblea una propuesta elaborada en base a criterios técnicos; de esa forma se

busca garantizar que las asambleas o juntas de las sociedades intervinientes adopten la decisión que corresponda sobre la base de una información suficiente que explique las características y fundamentos de la escisión propuesta. A continuación nos referiremos a las notas más saltantes que deberá contener el proyecto de escisión.

Se ha previsto que conste el acuerdo de las sociedades intervinientes acerca de la forma de escisión que se ejecutará, definiendo qué función cumplirá cada una de ellas<sup>28</sup>.

También se contempla la inclusión de una explicación al proyecto de escisión, tanto en sus aspectos jurídicos como económicos. Dentro de estos últimos, deberá consignarse la exposición de los criterios de valoración utilizados respecto de los bloques patrimoniales que se escindirán y la relación de canje entre las respectivas participaciones de los socios de las sociedades intervinientes en la escisión.

Asimismo, deberá incluirse en el proyecto la relación de elementos del activo y del pasivo que serán adscritos a cada uno de los bloques patrimoniales resultantes de la escisión. Debe tenerse presente que los bloques patrimoniales resultantes de la escisión, tal como está proyectada, podrán estar constituidos no solamente por un conjunto de activos y pasivos, sino también por uno o varios activos o la combinación de alguno o algunos activos y uno o más pasivos, o un fondo empresarial<sup>29</sup>.

Por último, resulta de interés señalar que en el proyecto de escisión deberá precisarse la relación del reparto de las participaciones a ser emitidas por las escisionarias entre los socios de la escindida, lo que constituye la nota característica y fundamental

<sup>23</sup> Artículo 370 de la Ley General de Sociedades.

<sup>24</sup> Artículo 385 de la Ley General de Sociedades.

<sup>25</sup> El supuesto se refiere, evidentemente, a sociedades en las cuales la responsabilidad personal de los socios no está limitada al monto del aporte al capital social, como es el caso de las sociedades colectivas. De otro lado, el momento a partir del cual cesará la responsabilidad del socio secesionario será, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades, después de informada su decisión de separación a la sociedad mediante carta notarial.

<sup>26</sup> Supra 1.5.

<sup>27</sup> Así, en la derogada Ley General de Sociedades no se regulaba para la fusión la preparación de un documento en el cual queden contenidas las características y requisitos legales para la ejecución del procedimiento, pese a lo cual la práctica mercantil llevó a la necesidad de organizar y ordenar tal procedimiento con arreglo a un instrumento preciso elaborado por la administración de las sociedades intervinientes. Esta práctica también ha sido sistematizada y regulada por la Ley General de Sociedades y es común en otras legislaciones.

<sup>28</sup> Como se sabe, la Ley General de Sociedades prevé la regulación de dos formas de escisión en su artículo 367.

<sup>29</sup> Supra 1.4.

de la escisión<sup>30</sup>. Asimismo, se consignarán las compensaciones complementarias, si las hubiera, el capital social resultante en cada una de las sociedades intervinientes, las variaciones producidas y la emisión de participaciones originada, y el procedimiento para el canje de títulos, si se requiriese.

A partir de la aprobación del proyecto de escisión y hasta el momento en que se realicen las juntas generales convocadas para aprobar la escisión en cada una de las sociedades intervinientes, los administradores de estas últimas se encuentran obligados a no realizar actos o ejecutar decisiones que pudieran comprometer significativamente la relación de canje de las participaciones aprobada en el proyecto de escisión<sup>31</sup>.

El proyecto de escisión, con todos sus requisitos y con la aprobación de la administración de las sociedades intervinientes, deberá ser sometido a la votación de las juntas.

### 2.3 Aprobación del proyecto de escisión.

La escisión afecta sustancialmente la existencia de las sociedades intervinientes. Por tal razón, las sociedades participantes deberán convocar a sus juntas generales para que decidan la conveniencia y oportunidad de la escisión.

Para tal fin se ha previsto que la convocatoria se realice con un mínimo de diez días de anticipación a la fecha de realización de la junta o asamblea.

La convocatoria tiene por finalidad no solamente cumplir con una formalidad para la reorganización de la sociedad, sino también permitir que los terceros interesados en la composición de las sociedades intervinientes tengan oportunidad de apreciar si la proyectada escisión afectará de alguna manera sus intereses.

En efecto, a partir de la publicación del aviso de convocatoria a las asambleas, cada sociedad interviniente deberá poner a disposición de sus socios, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales, la siguiente documentación: (i) el proyecto de escisión y el ba-

lance anual auditado del último ejercicio de las sociedades intervinientes; (ii) el proyecto de modificación del pacto social y estatuto de la escindida, o, tratándose de escisión por absorción, las modificaciones que se incorporarán a las escisionarias; (iii) la relación de los principales accionistas y administradores de las sociedades intervinientes.

En la fecha de celebración de las juntas o asambleas, éstas también recibirán el informe de la administración de la sociedad referido a cualquier variación en la relación de canje que se hubiera producido desde la elaboración y aprobación del proyecto de escisión, el cual será aprobado por las asambleas, debiendo fijarse una fecha para la entrada en vigencia de la escisión.

Se ha previsto que la falta de aprobación del proyecto de escisión en el plazo que este mismo establezca, o en el plazo supletorio de tres meses contados a partir de la fecha de su aprobación por los administradores<sup>32</sup>, producirá la caducidad del proyecto de escisión.

### 2.4 Entrada en vigencia de la escisión.

La Ley contiene una disposición innovadora, que servirá para zanjar la discusión en torno al momento en que la escisión empieza a surtir efectos legales. Al no existir una normatividad expresa sobre esta forma de reorganización de sociedades, surgía la duda sobre cuál era el momento exacto en que la operación entraba en vigencia. Tanto la fecha del acuerdo de escisión (con el problema adicional de la existencia de varios acuerdos), como la fecha de la escritura pública e, incluso, la fecha de inscripción en el Registro, eran postuladas como las probables fechas de entrada en vigencia de la escisión. Sin embargo, la Ley define esta cuestión en favor de un momento preciso, que podrá ser elegido por las sociedades intervinientes.

El proyecto de escisión aprobado por las juntas o asambleas entrará en vigencia en la fecha establecida, momento a partir del cual se producirá la transmisión de los bloques patrimoniales a favor de las escisionarias.

<sup>30</sup> Justino DUQUE D., expresa: «[...] tampoco podrá hablarse de una escisión propiamente dicha cuando la sociedad transmite su patrimonio a otras sociedades preexistentes o que se crean *ex novo* con este fin, si las acciones (o participaciones) que recibe como contraprestación por esta transmisión no se entregan directamente a los socios de la sociedad transmitente, sino que la contrapartida representada por las acciones o participaciones sociales en las sociedades adquirentes permanecen en el patrimonio de la sociedad que se desprende de su patrimonio.» Ob. cit., p. 139.

<sup>31</sup> Conforme se dispone en el artículo 373 de la Ley General de Sociedades.

<sup>32</sup> En la Ley General de Sociedades se indica que el plazo debe computarse desde «la fecha del proyecto», referencia que, entendemos, alude a la fecha de aprobación por el directorio o por la mayoría de los administradores, con arreglo a lo establecido en el artículo 371.

En consecuencia, desde ese momento las escisionarias asumen la titularidad de las operaciones, derechos y obligaciones integrantes del bloque patrimonial que adquieren, cesando la titularidad con respecto a ellos de la o las sociedades escindidas<sup>33</sup>.

La Ley prescribe que la escisión tendrá todos sus efectos a partir de la fecha misma de entrada en vigencia, supeditado todo ello a que, posteriormente, la escritura pública de escisión se inscriba en el Registro, en la partida de todas las sociedades intervinientes.

Asimismo, la transferencia de bienes, derechos y obligaciones que integran el bloque patrimonial que se escinde asume plena vigencia desde la misma fecha.

## 2.5 Balances de escisión.

En la Ley se ha previsto que las sociedades intervinientes preparen el balance de escisión al día anterior al fijado como fecha de vigencia de la escisión. Tratándose de sociedades que serán constituidas como consecuencia de la escisión, la obligación se cumplirá con la elaboración del balance de apertura del día fijado para la entrada en vigencia de la escisión.

En la Ley se establece<sup>34</sup>, razonablemente, que los balances no deben ser insertados en la escritura pública de escisión, práctica engorrosa que aumentaba innecesariamente la documentación que se presentaba al Registro, pero de escasa o ninguna utilidad. En todo caso, la inserción del balance ha sido reemplazada con la aprobación del mismo por los administradores de la sociedad y por su puesta a disposición de los socios, obligacionistas y demás titulares de derechos de crédito o títulos especiales de la sociedad respectiva. Los balances deberán mantenerse a disposición de estas personas por un plazo no menor de sesenta días contados luego de transcurrido el plazo para su preparación, es decir, dentro de treinta días, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la escisión.

## 2.6 Formalización de la escisión.

Conforme al principio general de publicidad mercantil, cada uno de los acuerdos de escisión deberá

ser publicados con cinco días de intervalo entre cada publicación. A partir de la fecha de publicación del último aviso podrá ejercerse el derecho de separación de los socios.

La escisión debe ser formalizada mediante escritura pública. Ésta se otorgará únicamente después de vencido el plazo de treinta días contado desde la fecha de publicación del último aviso indicado en el párrafo precedente, salvo que hubiera existido oposición<sup>35</sup>.

En la Ley se ha previsto que la escritura de escisión tenga un contenido preciso y limitado. La licitud y regularidad de la escisión, así como el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a aquélla, se han manifestado desde el inicio del procedimiento; ahora, en la culminación, no se considera necesario la preparación de un documento complejo y abultado que dé cuenta de la correcta realización del procedimiento de escisión. De allí que las exigencias de la escritura de escisión, en cuanto a su contenido, son limitadas.

Cabe señalar que en dicha escritura pública de escisión deberán constar los acuerdos de las juntas de las sociedades intervinientes que aprobaron la escisión. Asimismo, los requisitos legales del contrato social y constitución de las nuevas sociedades creadas como consecuencia de la escisión, en el caso de la escisión por incorporación. También las modificaciones del contrato social de las sociedades intervinientes, en cuanto a sus estatutos y capital social, cuando así se requiera. En la escritura pública deberá consignarse, asimismo, la fecha de entrada en vigencia de la escisión y se acompañará la constancia de haber cumplido con las publicaciones que dan cuenta del inicio del procedimiento de escisión.

## 2.7 Derechos de los acreedores.

Como se ha mencionado con anterioridad, los acreedores de las sociedades intervinientes tienen el derecho de oposición. El ejercicio de ese derecho es regulado por la norma contenida en el artículo 219 de la Ley, que establece con detalle el derecho de oposición de los acreedores en el caso de reducción de capital.

<sup>33</sup> En realidad, esa «cesación» es consecuencia del acto traslativo del patrimonio escindido.

<sup>34</sup> Artículo 379 de la Ley General de Sociedades.

<sup>35</sup> Los acreedores de cualquiera de las intervinientes tienen derecho de oposición al procedimiento. Se ha previsto que la oposición de mala fe, o con notoria falta de fundamento, será sancionada por el juez con una penalidad a cargo del acreedor y en beneficio de la sociedad afectada, sin perjuicio de la indemnización que por daños y perjuicios pudiera corresponder.

## 2.8 Responsabilidad de los socios.

La Ley establece que a partir de la entrada de vigencia de la escisión las sociedades beneficiarias asumen las obligaciones que integran el pasivo del bloque patrimonial que se transfiere, sea en vía de traspaso o de absorción de ese bloque patrimonial<sup>36</sup>.

Como mencionáramos, ésa es la consecuencia natural del fenómeno traslativo que produce la escisión. Sin embargo, la norma admite el pacto en contrario a este principio. No se precisa la situación en que quedará la escindida que acuerde, en el proyecto de escisión, que permanecerá obligada respecto de las obligaciones y pasivos transferidos a las escisionarias.

En efecto, la norma no señala bajo qué modalidad quedará obligada la escindida -que podría ser solidaridad, subsidiariedad, garantía, etc.-, por lo que entendemos que las sociedades intervinientes en la escisión podrán acordar libremente sobre este punto, siempre que quede expresamente determinado en el proyecto.

Por otra parte, la Ley prevé que las sociedades escindidas responderán legalmente por el saneamiento de los bienes que integren el activo del bloque patrimonial transferido. Regla importante si se tiene en cuenta que las obligaciones de saneamiento a que se refiere el artículo 28 de la Ley<sup>37</sup> sólo son exigibles al socio aportante y, como hemos expresado anteriormente, la escisión, incluso bajo la modalidad de la escisión por incorporación, es un procedimiento societario distinto de la constitución de sociedades por reducción de capital y aporte simultáneo a la sociedad constituida.

Por último, la escindida no deberá saneamiento por las obligaciones transmitidas en el bloque patrimonial transferido. A este respecto, debemos anotar que, en estricto, no cabe la referencia al saneamiento respecto de deudas u obligaciones puesto que aquél es una institución que sólo es aplicable a los nego-

cios traslativos de derechos reales, no existiendo respecto de las deudas o posiciones pasivas. En todo caso, entendemos que la proyectada norma está referida a la existencia y exigibilidad de las obligaciones transmitidas.

## 2.9 Nulidad de la escisión.

En la Ley se ha previsto la posibilidad de solicitar y declarar la nulidad del procedimiento de escisión. A tal efecto serán de aplicación las normas que regulan la pretensión de nulidad de la fusión<sup>38</sup>.

En tal sentido, la demanda de nulidad, dirigida a invalidar una escisión inscrita en el Registro de Personas Jurídicas, sólo podrá sustentarse en la nulidad de los acuerdos de las juntas o asambleas de las sociedades intervinientes<sup>39</sup>. La demanda deberá dirigirse contra la sociedad escindida o escisionaria en la cual se hubiera incurrido en el supuesto de nulidad o vicio de invalidez del acuerdo societario.

El plazo de caducidad para interponer la demanda de nulidad será de seis meses contados a partir de la inscripción de la escisión en el Registro de Personas Jurídicas.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la escisión, la Ley prevé que las obligaciones contraídas por la sociedad en cuyo seno se originó la nulidad son válidas, siendo todas las sociedades intervinientes solidariamente responsables por el cumplimiento de tales obligaciones frente a terceros acreedores. La validez se mantendrá incluso en el caso en que la demanda de nulidad hubiera quedado inscrita cautelarmente en el Registro, pues lo que se pretende es mantener la operatividad y funcionamiento de las sociedades intervinientes en el proceso de escisión, sobre la base de que el patrimonio de las involucradas responderá, en vía de solidaridad, por todas las obligaciones contraídas por tales sociedades. Adviértase que la responsabilidad se extiende no solamente a la sociedad en cuyo seno se originó la nulidad, sino en todas las intervinientes.

<sup>36</sup> Artículo 389 de la Ley General de Sociedades.

<sup>37</sup> Norma equivalente al artículo 12 de la Ley General de Sociedades derogada.

<sup>38</sup> Artículos 365 y 366 de la Ley General de Sociedades.

<sup>39</sup> Artículos 139 y siguientes de la Ley General de Sociedades.