

Los límites al fijar la fecha de entrada en vigencia de las reorganizaciones societarias

Autor: Jhon Edward Orbezo Rivera

Las normas que regulan la fecha de entrada en vigencia de la fusión, escisión y reorganización simple^[1], coinciden en otorgar libertad de fijar la fecha a las partes intervinientes en dichas reorganizaciones. Si bien, como señala Elías Larosa, esta regla soluciona varios problemas que la anterior ley de sociedades tuvo^[2], hasta ahora no ha habido mucha discusión de si existen límites a la voluntad de las partes en fijar la fecha de entrada vigencia.

A nivel registral, se han dado dos pronunciamientos relacionados al tema por parte del tribunal registral. Una de ellas resuelve la cuestión de si es posible que la fecha de entrada en vigencia sea anterior al acuerdo de escisión (se puede considerar lo mismo en los casos de Fusión y reorganización simple). En la otra, entre las consideraciones del tribunal, se aborda la cuestión de si es posible que la fecha de entrada en vigencia pueda ser posterior a la inscripción.

A partir de estas dos resoluciones, hare un breve análisis sobre los alcances de la fecha de entrada en vigencia, considerando las normas que la regulan y las particularidades de cada tipo de reorganización.

¿Fecha de entrada en vigencia anterior al acuerdo?

Dicho de otro modo, ¿las reorganizaciones societarias pueden tener efecto retroactivo? El Tribunal Registral dio respuesta a este asunto en la Resolución n° 1593-2009- SUNARP-TR-L, en donde las sociedades Enterprise Galaxy S.A.C. y Sombrillas Club S.A.C. habían acordado una escisión parcial con fecha 08/04/2008, y establecieron como fecha de entrada en vigencia el 01/04/2008. En su apelación el usuario solo argumentaba que no existía prohibición alguna para fijar una fecha anterior al momento del acuerdo, por lo que debía prevalecer la autonomía de la libertad de las partes.

No obstante, y de forma acertada, el tribunal registral confirmó la observación de la primera instancia, señalando entre sus consideraciones lo siguiente: “... *sin embargo, la fecha de entrada en vigencia no podría ser, en ningún caso, anterior al acuerdo de escisión tomando en consideración que la fecha de entrada en vigencia en el caso de una escisión tiene como efecto inmediato el cese de las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades respecto al bloque patrimonial escindido, el que es asumido por la sociedad beneficiaria del bloque patrimonial, ya sea que estas se extingan o no, ello de conformidad con el artículo 378 de la LGS.*”^[3] (El énfasis es mío). Es necesario recalcar que, si bien el caso trataba de una escisión, el mismo criterio es aplicable en una fusión o reorganización simple.

De acuerdo con el tribunal, sería cuestionable que la transferencia del bloque patrimonial o patrimonio –en una fusión- se retrotraiga a un momento anterior al acuerdo de reorganizarse. Cabe precisar que el patrimonio o bloque patrimonial se encuentra conformado por activos y pasivos de los cuales los terceros pueden tener algún interés. Una opinión similar y de forma más genérica es la que realiza Manuel de la Puente y Lavalle, quien al hablar sobre la irretroactividad del contrato menciona lo siguiente: *“Las partes contractuales pueden acordar que la relación obligatoria que están creando en este momento las vincule desde el 10 de enero, pero este acuerdo es impotente para tener el efecto deseado porque la voluntad humana no puede volver posible lo que escapa a sus alcances. Similarmente a lo que hemos visto ocurre con la ley, el contrato no puede hacer que exista lo que no existe. Quien era ocupante precario el 10 de enero no puede verse convertido desde esa fecha en arrendatario por virtud de un contrato celebrado hoy. El orden natural no lo permite.”*^[4] Y a manera de conclusión señala: *“Tampoco, pues, desde el punto de vista de la naturaleza del contrato puede admitirse la retroacción del mismo, lo cual justifica el título del presente artículo”*^[5]

Una cuestión aparte que surge y que tiene cierta relación con este tema, es sobre qué se entiende por “supeditada a la inscripción”. Así, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 353 de la LGS establece lo siguiente: “... Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura en el Registro, en la partida correspondiente a las sociedades participantes...” De forma similar, el segundo párrafo del artículo 378 señala: “... Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la escisión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro y en la partida correspondiente a todas las sociedades participantes...” Esto significa que los efectos de la reorganización están condicionados a la fecha de la inscripción? Se podría afirmar que sí, dado que en los mencionados artículos se establece que por mérito de la inscripción de la reorganización, se inscriben también en sus respectivos Registros, el traspaso de los bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio o los bloques patrimonial. Sin embargo, si la inscripción en el Registro es constitutivo y no declarativo, ¿Cuál sería la función de dar libertad a las partes de establecer la fecha de entrada en vigencia?

Acorde con mis cuestiones, Luz Israel Llave y Alfredo Filomeno Ramírez realizan las siguientes preguntas: *“¿Qué significa que la fusión “queda supeditada” a la inscripción en los Registros Públicos? ¿Acaso la fusión no entra en vigencia en la fecha fijada en el acuerdo de fusión? ¿Resulta compatible, por un lado, otorgar libertad para fijar la fecha de entrada en vigencia a las sociedades intervinientes y, por otro lado, “supeditar” la fusión a la inscripción en los Registros Públicos? ¿Cuál es el grado de oponibilidad frente a terceros de una fusión que ha entrado en vigencia pero que aún no ha sido inscrita? ¿Se consideran como válidos los efectos de la fusión en el lapso existente entre la fecha de entrada en vigencia y la inscripción –asumiendo que la primera es anterior a la segunda–, si la inscripción es finalmente rechazada por los Registros Públicos? ¿Cuál es la naturaleza de la condición de inscripción de la fusión impuesta por la ley, resolutive o suspensiva?”*^[6]

Es notorio que la norma no es muy clara al respecto, y por su amplitud, lo abordaré con mayor extensión en un siguiente artículo. Lo que si queda claro es que no resulta posible

que los efectos de la reorganización societaria que se adopte se retrotraiga a una fecha anterior al acuerdo correspondiente. En ese sentido, las partes intervinientes en una reorganización solo podrían determinar que la fecha de entrada en vigencia sea en el mismo momento del acuerdo o posterior a este, mas no anterior

Fecha de entrada en vigencia posterior a la inscripción

Este es un tema discutible y en donde he hallado dos posiciones contrarias. Sin embargo, antes de entrar al debate, me parece necesario comentar el caso particular que se dio en Registros Públicos.

En un primer momento, se presentó a Registros Públicos una escisión celebrada por las sociedades Naviera Petral S.A. (en adelante, Naviera) y la sociedad Marcona Inversiones Portuarias S.A. (en adelante, Marcona) el día 16/11/2012. Lo curioso de esta escisión es que en el acuerdo se estableció como fecha de entrada en vigencia lo siguiente: “La fecha de entrada en vigencia de la escisión estará sujeta a la aprobación previa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de la transferencia de la autorización definitiva de uso de área acuática y franja ribereña que fuera concebida mediante Resolución Suprema N° 017-2011- MTC de conformidad con el artículo 33 del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional.” **[7]** Es decir, se establecía una condición suspensiva para que entre en vigencia la escisión. A pesar de la controversia que generó la particularidad de la fecha de entrada en vigencia, la escisión se inscribió en las partidas de las sociedades, indicándose en los asientos la fecha de entrada en vigencia tal como acordaron las partes y que detallé en el párrafo anterior.

En un segundo momento, se presentó en este año un título en el cual se solicitaba la revocatoria del acuerdo de escisión, por cuanto, indicaban que la condición que establecieron para que entre en vigencia la escisión nunca se cumplió, y por consiguiente deseaban revocar el acuerdo de escisión y volver el capital social de ambas sociedades al monto anterior de la escisión.

Luego de ser tachado sustantivamente tres veces, se elevó el asunto al Tribunal Registral, quien mediante Resolución n° 2064- 2018-TR-L, resolvió revocar la tachadura y disponer la inscripción del acuerdo de revocatoria de escisión.

En lo referente a la revocatoria del acuerdo de escisión, coincido con el Tribunal Registral cuando afirma lo siguiente: *“Si entonces la condición para la vigencia de la escisión no se cumplió, no podría argumentarse que entró en vigencia porque como lo explicáramos inicialmente, su inscripción es obligatoria, mas es diferente de la vigencia, momento este que queda a la voluntad de lo pactado por las partes. Consecuentemente, no podría ser suficiente argumento para denegar la solicitud de inscripción, que la escisión ya está inscrita porque según se publicita en el mismo asiento no ha entrado en vigencia y si no entro en vigencia entonces no surtió efecto alguno, por ello quienes acceden al Registro no podrán desconocer los términos en que fue extendido el asiento.”* **[8]** De este modo se daba una salida a las sociedades intervinientes en la escisión, quienes se veían entrampados ante una escisión que no había generado efectos y que la primera instancia registral les denegaba la inscripción de la revocatoria del acuerdo de escisión por argumentos no consistentes. En relación a la fecha de entrada en vigencia, entre sus

consideraciones, el Tribunal Registral señala: “... *La entrada en vigencia de la sociedad será entonces la establecida en el proyecto de escisión aprobado por la junta; sin perjuicio a dicha vigencia se establece la obligatoriedad de la inscripción de la escisión en el Registro. Entonces la vigencia y la inscripción no necesariamente coinciden, siendo lo óptimo que la inscripción en el Registro se realice una vez vigente la escisión, porque el Registro publicita situaciones jurídicas consolidadas.*”[9] Luego, sin más, concluye que la inscripción en el Registro debe darse con posterioridad a la entrada en vigencia por los mismos efectos que genera la inscripción, como es el caso de las sociedades que se extinguen como consecuencia de la escisión [10].

Considero importante en este punto detenerme a analizar los efectos que genera la inscripción de una reorganización societaria. Al respecto, en el caso de una fusión, el último párrafo del artículo 353 de la LGS establece: “*La inscripción de la fusión produce la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas, según sea el caso. Por su solo merito se inscriben también en los respectivos registros, cuando corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los patrimonios transferidos.*” De forma similar, en el caso de la escisión, el artículo 378 de la LGS, dispone lo siguiente: “*La inscripción de la escisión produce la extinción de sociedad escindida, cuando este sea el caso. Por su solo merito se inscriben también en sus respectivos registros, cuando corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los bloques patrimoniales transferidos.*” En ambos párrafos se observa que la inscripción produce la extinción de la sociedad absorbida o escindida, y por su solo mérito se inscriben la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones en los respectivos Registros. De esta manera se puede concluir que si bien las normas en mención no establecen límite al fijar la fecha de entrada en vigencia, de la lectura del último párrafo de ambos artículos se entiende que la fecha no podría ser posterior a la fecha de inscripción. No obstante, algunos especialistas en el tema y con quienes he podido conversar, afirman que no habría problema establecer una fecha de entrada en vigencia posterior a la inscripción. Tal vez, considero que la discusión se podría dar tratándose de una escisión parcial en donde la sociedad beneficiaria sea una existente, mas no sería posible en los demás casos, por cuanto, como señalé, de haber extinción la norma expresamente establece que la inscripción produce la extinción. Asimismo, en el caso que se constituya una sociedad como consecuencia de una escisión, la fecha de entrada en vigencia debería ser a la fecha de la escritura pública para no contravenir lo dispuesto en el artículo 5 de la LGS[11].

Los que se encuentran a favor de que la fecha de entrada en vigencia sea posterior a la inscripción, argumentan, en primer lugar, que las normas al respecto no establecen límite alguno. Del mismo modo, afirman que no existe ningún problema que se genere al fijar una fecha posterior. Sobre este último, considero que el único inconveniente existente es que la norma establece que por el solo mérito de la inscripción de la reorganización, se inscribe el traspaso de los bienes, derechos y obligaciones individuales que conforman el patrimonio o bloque patrimonial en los respectivos registros. No obstante, se podría objetar que la fecha de entrada en vigencia se indica en el asiento, y en consecuencia, es de conocimiento público; por lo que tendría que considerarse este dato antes de realizar el traspaso de los bienes correspondientes.

Quisiera terminar señalando que, a pesar de las conclusiones que arribo de la lectura de las normas que regulan la fecha de entrada en vigencia de las reorganizaciones societarias, continúan dándose casos en donde se establecen fechas de entrada en vigencia posteriores a la inscripción. Finalmente, y a propósito de la publicación del anteproyecto de la ley general de sociedades, considero que debería de precisarse en los artículos correspondientes los alcances de la fecha de entrada en vigencia de cada una de las reorganizaciones societarias.

Publicado el 31 de octubre del 2018

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

1. En mi análisis exceptúo a la transformación de sociedades, por cuanto, en este la fecha de entrada en vigencia ya ha sido fijada por la misma LGS en el siguiente artículo: "Artículo 341 (LGS).- Fecha de vigencia - La transformación entra en vigencia al día siguiente de la fecha de la escritura pública respectiva. La eficacia de esta disposición está supeditada a la inscripción de la transformación en el Registro." Además, que la LGS establezca una determinada fecha de entrada en vigencia para las transformaciones no conlleva ningún problema a diferencia de las otras reorganizaciones societarias, dado que solo se trata de una sociedad que cambia de tipo societario.

2. LAROZA, E. (2015). Derecho Societario Peruano. Lima, Perú. Gaceta Jurídica. p. 438.

3. Resolución n° 1593-2009-SUNARP-TR-L. 4. DE LA PUENTE, M. (2005). "La irretroactividad del Contrato". Revista Derecho & Sociedad N° 25. pp.286-290.

4. DE LA PUENTE, M. (2005). "La irretroactividad del Contrato". Revista Derecho & Sociedad N° 25. pp.286-290.

5. Ídem.

6. ISRAEL, L. y FILOMENO, A. (2003). La fusión y la escisión en la nueva ley general de sociedades. En Tratado de Derecho Mercantil Tomo I. (p.1168). Lima, Perú. Gaceta Jurídica.

7. Resolución n° 2064-2018-SUNARP-TR-L.

8. Ídem.

9. Ídem.

10. Ídem.

11. Artículo 5°.- Contenido y formalidades del acto constitutivo La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. (...)