

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES(*) (747)

NORBERTO R. BENSEÑOR

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

La ley 19550 se adscribe en la corriente que concibe la sociedad como un contrato plurilateral de organización. La tesis contractualista recibe de esta forma una consagración acorde con lo que hoy se considera compatible con la evolución actual de la ciencia del derecho(1)(748).

Vale la pena destacar que si bien esta noción es la que más adeptos agrupa, no presupone adoptar una concepción contractual provista de ribetes clásicos, donde el contrato social queda asimilado y confundido con cualquier otro contrato, provocando la existencia de verdaderas lagunas, al no ponderar un sinnúmero de cuestiones que exceden tal equiparación. En este sentido, el moderno criterio de calificar el acto fundacional de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad como acuerdo plurilateral se distingue de aquel referido más bien a los negocios de cambio o crédito (compraventa, mutuo, locación, etc.), donde imperan la interrelación y reciprocidad de las prestaciones y la coexistencia de dos partes, polarizadas una de otra, sin que ello menoscabe la posibilidad de que, a su vez, una de ellas pueda estar compuesta de varios sujetos. En estos contratos, las prestaciones son una o varias, pero siempre están determinadas. No solamente la legislación comercial acoge el concepto de contrato plurilateral. La doctrina civil lo considera, aunque como una excepción de los casos más frecuentes donde la bilateralidad es la regla(2)(749) .

El contrato plurilateral ostenta dentro de la 19550 las siguientes características: a) crea un sujeto de derecho (art. 2º, ley 19550); b) lo dota de organización (art. 1º, ley 19550); c) establece una relación basada en la ejecución continuada (arts. 11, inc. 5; 36, 112 ley 19550)(3)(750). Ello se manifiesta principalmente con la adopción de alguno de los tipos sociales(4)(751).

El reconocimiento de que sujetos no humanos tienen personalidad jurídica (art. 33, Cód. Civil y art. 2º, ley 19550) consagra, al margen de las fundamentaciones que puedan ofrecer las distintas teorías que concurren a dicho debate, un recurso o sistema mediante el cual la actuación colectiva, siempre y cuando se dé dentro de ciertas condiciones, derive los efectos de tal actuación hacia el sujeto colectivo, fenómeno éste que ha sido bautizado como "imputación diferenciada". Kelsen(5)(752) sostiene que la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Puede tratarse de la personificación de un orden jurídico parcial, como el caso de los estatutos de una asociación, o un orden jurídico total que comprende el conjunto de órdenes jurídicos parciales y se designa con el nombre de Estado. Se produce, así, lo que se llama la unificación o reducción a uno, de la pluralidad de personas.

El orden jurídico parcial, que consecuentemente constituye el contrato social, tiene que manifestarse dentro de ciertas condiciones normativas que le impone el ordenamiento total, a través de lo que se considera como régimen de adecuación legal, para concebir una existencia válida; entroncándose con la necesidad ya indicada anteriormente de elegir un tipo social.

El principio de "tipicidad" está expresado en el propio artículo 1º de la ley 19550, que impone organizarse conforme uno de los tipos previstos, complementándose la exigencia con la sanción del artículo 17, que nulifica a las sociedades que se aparten de ellos. El tipo social constituye un modelo, estructurado por la ley, para cumplir las distintas funciones, sean jurídicas o económicas. La organización colectiva se distribuye dentro del molde elegido y a través de él se viste típicamente. La tipología societaria constituye, por lo tanto, el estudio de las notas propias de cada clase de sociedad. Cada categoría social posee ciertas características que le son propias, lo cual le permite distinguirse de otra. Los tipos sociales son *numerus clausus*. Es decir, existen los que han sido previstos y no otros. La

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elección de un modelo determina necesariamente la exclusión de los demás. No es factible acudir a combinaciones entre los mismos ni mixturas respecto de ellos. Tampoco es legítimo incluir ingredientes extraños o que en definitiva resulten incompatibles con sus principios y estructuras generales.

No es tarea simple determinar cuáles son los elementos tipificantes dentro de cada clase de sociedad. Exige indudablemente una labor hermenéutica ya que la ley no los menciona directamente.

En un trabajo anterior indicamos que cuando la ley 19550 describe la caracterización de cada clase de sociedad, encabezando así el articulado de la sección respectiva, informa los presupuestos típicos sobre los cuales reposa el modelo legislado (ver arts. 125, 134, 141, 146, 163, 315, 361). Si bien esta suerte de caracterización se relaciona con el régimen de responsabilidad de los socios, también son notas típicas la representación del capital (acciones, cuotas, partes) o la existencia de órganos necesarios para el funcionamiento de determinado tipo (directorio, asamblea sindicatura, gerencia)(6)(753).

Los distintos tipos sociales son configurados en el capítulo II de la ley 19550, denominado "De las sociedades en particular", y a través de nueve secciones. La sociedad colectiva es el primer tipo tratado y exhibe un sistema de organización muy simple. Las estructuras de los demás tipos muestran una paulatina evolución, la que aumenta a medida que son legislados. La sociedad anónima constituye el modelo más desarrollado y cuenta con órganos nítidamente diferenciados unos de otros.

2. CONCEPTO

La constitución de una sociedad que constituya un instrumento apto para el desarrollo regular de su objeto social presupone, en consecuencia, la adopción de alguna de las estructuras típicas que le ofrece la legislación vigente. La elección, indudablemente, determinará el cumplimiento de las particularidades que emerjan del tipo selecto y las cargas procesales e inscriptorias que le correspondan.

El concepto de transformación se enraíza, precisamente, en la posibilidad de sustituir el tipo ya conformado por otro, sin tener que recurrir a la disolución de la sociedad, para luego constituir una nueva. La factibilidad técnica de efectuar un cambio de vestimenta sin alterar la sustancia da fundamento al instituto que comentamos.

El artículo 74 de la ley 19550 define la transformación como el acto mediante el cual una sociedad adopta otro de los tipos previstos, no produciéndose la disolución de la misma ni alterándose sus derechos y obligaciones.

Farina(7)(754) acota una observación interesante: si la transformación consiste en abandonar el tipo primitivamente adoptado por otro, en realidad no se cambia la forma, ya que ésta es el conjunto de solemnidades impuestas por la ley al tiempo de celebrarse el acto (art. 973, Cód. Civil). Por ello indica que tal vez fuere preferible aceptar que la expresión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"transtipificación" utilizada por la doctrina germana sea más adecuada para designar este proceso, aunque el uso continuo de la voz transformación le haya concedido carta de ciudadanía.

La transformación designa un medio oportuno para mejorar el instrumento apto para el cumplimiento del objeto social. En efecto, pueden existir sociedades cuya evolución en la marcha de sus negocios aconseje dotar a la empresa subyacente en ellas de una estructura legal más desarrollada, como puede ser, tal vez, la administración colegiada, o la factibilidad de que el ingreso o egreso de los socios pueda realizarse sin necesidad de modificar el contrato social, con sólo transmitir las acciones correspondientes. Este supuesto constituye un claro ejemplo de cómo una categoría social puede convertirse en impropia, de acuerdo con la proyección contemporánea de la entidad. También puede producirse el caso inverso, es decir, sociedades con estructuras complejas, que, por lo tanto, deben cumplimentar y atender las consiguientes cargas administrativas y de control correspondientes, ocasionando erogaciones en muchos casos onerosas para su situación económica y que, por lo tanto, deben acudir a la transformación para obtener un tipo más sencillo o simple, con lo que, descendiendo en la escala tipológica, puedan encontrar el modelo que mejor se adecue a su realidad circundante y operativa.

Durante el corriente año 1982 se cumple el plazo de diez años establecido por el artículo 360 inciso h) de la ley 19550 (ref. por la ley 19880), concedido para que las sociedades anónimas y en comandita por acciones, que formen parte de sociedades que no sean por acciones, enajenen sus cuotas o partes de interés, quedando en caso contrario sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente(8)(755). Esta disposición implica poner en vigencia respecto de tales sociedades la norma del artículo 30 de la ley 19550. Un remedio que evite, por una parte, caer en la sanción de irregularidad impuesta sin tener que acudir a la enajenación de cuotas o partes sociales, es resolver la transformación de la sociedad comprendida en una de tipo permitido, según el artículo 30 antes citado, con lo que el obstáculo legal desaparecería.

Como ya señalamos precedentemente, la transformación determina introducir un cambio en el ordenamiento específico que regula la organización. Fundamentalmente, señalemos que la ley de sociedades se ha ocupado de precisar algunos conceptos respecto de este instituto, que precisamente consagró en dos normas a las que calificó de docentes, a fin de que a partir de ellas se elabore la comprensión íntegra de este instituto dentro de las líneas trazadas sin desviaciones respecto del verdadero contenido impreso en la legislación. Estas normas, fundamentales de por sí, son, primero la contenida en el artículo 74, segundo párrafo, que declara que la sociedad no se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones, y la segunda, en el artículo 81, que excluye expresamente la aplicación, en este caso, de las disposiciones de la ley de transferencias de fondos de comercio. La ratio legis de ambas disposiciones son hartamente comprensibles teniendo en cuenta la evolución histórica de la transformación dentro de nuestro derecho comercial y que veremos más adelante, la que se vio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

condicionada en cuanto a su amplitud de efectos por las concepciones que veían en todo caso la sustitución de una sociedad por otra distinta o una transmisión patrimonial en desmedro de los acreedores. No se comprendía que una sociedad pudiera desligarse de las disposiciones relativas a su tipo para someterse a las nuevas derivadas del elegido, sin que se alterase la identidad del sujeto de derecho. La ley de tal modo brinda un sentido definido a la configuración conceptual de la transformación acorde con las líneas de pensamiento vigente.

Recordemos a tal fin que Vivante(9)(756), a su tiempo, acentuó que las formas jurídicas son subsidiarias, destacando que constituirá un verdadero atentado contra el fin perseguido si se atribuyese una nueva personalidad a lo que es sólo un nuevo tipo. Muta el tipo, no la existencia ni la identidad.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. EL PROBLEMA DE LA IDENTIDAD DEL SUJETO DE DERECHO

Con la sanción de la ley 19550, la transformación es debidamente tratada y estructurada, brindándose solución a los problemas que plantea su aplicación. El Anteproyecto de Malagarriga y Aztiria contemplaba la inclusión del instituto comentado en nueve artículos, los que prohibieron prácticamente el régimen vigente, tras el despacho de la Comisión Revisora(10)(757).

Sin embargo, dentro del Código de Comercio la transformación no era desconocida totalmente. El art. 317 del Cód. de Comercio prohibía a la sociedad anónima transformarse en sociedad de otro tipo distinto. El art. 312 del mismo cuerpo legal contemplaba una suerte de transformación al permitir que las compañías colectivas reciban un socio comanditario, operándose de tal modo la conversión de la sociedad en comandita y también cuando el artículo 380 disponía que una sociedad en comandita podía dar acciones, con lo que se obtenía la transformación de la sociedad comanditaria simple en sociedad en comandita por acciones(11)(758).

La ley 11645 de sociedades de responsabilidad limitada estableció a su tiempo, en el artículo 23, que las sociedades civiles y comerciales existentes podían transformarse en sociedades de responsabilidad limitada, sin perjuicio de terceros. El texto comentado no fue de pacífica elaboración. En efecto, el Proyecto Laurencena, en su artículo 41, disponía que la transformación de una sociedad constituida con responsabilidad ilimitada de todos o algunos de los socios, en responsabilidad limitada, no afectaría la limitación de responsabilidad con respecto a los acreedores de aquélla por los créditos existentes al momento de operarse la transformación. A continuación agregaba que esto no importaba la constitución de una nueva sociedad. Sin embargo, el proyecto de la Comisión del Senado no reprodujo la norma en cuestión. Al ser considerado el despacho respectivo, el nombrado Laurencena propuso agregar al actual artículo 23 un párrafo que estableciera que la transformación no determinaba la constitución de una nueva sociedad. Castillo, que también formaba parte del Senado, se opuso a la inclusión comentada, sosteniendo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que siempre la transformación hacía nacer una sociedad nueva. Se intentó, finalmente, proponer un aditamento a la citada norma, que dispusiera que la transformación no comportaba la celebración de nueva sociedad a los efectos civiles y fiscales, siempre que no hubiera alteración de personas de capital o del plazo de duración del contrato social, moción ésta que tampoco prosperó, sancionándose, en consecuencia, el artículo 23 tal cual hoy se lo conoce(12)(759).

Malagarriga cita casos en que sociedades de tipo distinto solicitaron su inscripción en el Registro Público de Comercio como de responsabilidad limitada, resolviéndose en uno de ellos, en primera instancia, denegar la inscripción, ya que se entendía que en ningún modo el art. 23 de la ley 11645 podía derogar los trámites de disolución y liquidación del tipo social anterior, dejando de lado, por otra parte, la aplicación de las leyes fiscales. Este pronunciamiento, al ser apelado, es revocado por la Cámara, resolviéndose la cuestión por el sencillo expediente de considerar que la publicidad efectuada en cumplimiento de la ley 11645 bastaba al solo efecto de hacer procedente la inscripción del contrato social. En otro de los casos comentados, el tribunal consideró innecesario hacer saber por edictos la disolución de la sociedad anterior, bastando publicar la constitución de la nueva sociedad(13)(760) .

La doctrina nacional imperante durante la vigencia del Código de Comercio podía resumirse de la siguiente manera:

a) opiniones que consideraban que la sociedad transformada se disolvía, dando nacimiento a un nuevo ente social: Castillo, Molinari Paunero, Garo(14)(761);

b) opiniones que proclamaban la subsistencia e identidad del sujeto societario: Halperín(15)(762), Cámara(16)(763), Fortín y Zaldívar(17)(764), W. Arechal(18)(765);

c) opiniones que condicionaban la subsistencia del sujeto social. Dentro de este grupo citaremos a Bomchil, quien, partiendo de la base de que la interpretación que fluye del debate parlamentario del artículo 23 de la ley 11645 abona la tesis que ve en la transformación la disolución de la sociedad anterior, propone distinguir entre los casos en que los estatutos sociales prevean o no la posibilidad de efectuar la transformación de la sociedad; sosteniendo que subsistiría la personalidad de la sociedad en el primer caso, mientras que no lo haría en el segundo, ocasionándose la disolución. Apunta como remedio de esta situación que cabría reformar previamente el contrato en este sentido, para luego transformar la sociedad(19)(766). Fernández, por su parte, manifestándose partidario de sostener la conservación de la personalidad, la condiciona a la circunstancia que no se afecten elementos básicos del contrato social, lo cual no invalidaría la posibilidad de introducir algunas modificaciones en cuanto al número de socios, capital, objeto, siempre y cuando no excedan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de ciertos límites, todo lo cual constituye, a su vez, una cuestión de hecho librada a la apreciación judicial(20)(767). Malagarriga, luego de analizar con sentido crítico las distintas posturas, concluye diciendo que la transformación no importa la creación de una sociedad nueva, cuando dicha transformación se limite al cambio de tipo, pero, a la inversa, habrá disolución de la sociedad primitiva y creación de una nueva cuando la transformación incluya el cambio de objeto o el del elenco de socios(21)(768).

La diversidad de criterios precedentemente expuestos fueron suficientes para crear un mosaico de situaciones que no alcanzaban una justa y definitiva situación. Las consecuencias de considerar que en un caso determinado no existía transformación y sí disolución de la sociedad anterior, con creación de una nueva, acarrearán consecuencias gravísimas en cuanto a los efectos, procedimientos y erogaciones que ello ocasionaba. En efecto, se comprometía el giro societario al concluirse que se hacía necesario cancelar el pasivo aún no vencido; el activo inmobiliario debía ser transferido a la nueva sociedad, debía oblar el impuesto de sellos sobre el capital social, se afectaba la estabilidad del personal; cabría la necesidad de contar con el certificado de libre deuda expedido por la Caja Nacional de Previsión Social (ley 14449), no se brindaba solución al problema de la cesión de los contratos en curso de ejecución.

En alguna medida, contribuyeron a sentar algunas bases al respecto la sanción de leyes tributarias que consideraban la transformación como una operación exenta siempre y cuando se realizara ella sin modificar el objeto social, o ampliar el plazo, aumentar el capital o modificar el elenco de socios. Estas pautas, legisladas al solo efecto de determinar la imposición fiscal, fomentaron inmediatamente la idea de que, mientras dichos cuatro elementos no fueren alterados, la transformación se producía sin ocasionar la disolución de la sociedad preexistente. Indudablemente, si bien podía considerarse que de alguna manera dichos elementos marcaban un criterio legal al respecto, no debía perderse de vista que las leyes fiscales solamente gravan los hechos imponibles por su sola existencia, sin tomar en cuenta la eficacia o valoración jurídica que de ellos emanen.

Finalmente, el problema de la identidad del sujeto societario queda resuelto definitivamente con la sanción de la ley 19550 y la enfática declaración del artículo 74 de que no se disuelve la sociedad, ni se alteran sus derechos y obligaciones. Sin embargo, Colombres, desde un punto de vista normativo, entiende que todo cambio de tipo importa cambio de sociedad, por la inescindible relación que existe entre el sujeto de derecho y el acto constitutivo, y por ello interpreta que la transformación, tal como la ha concebido y legislado la ley 19550 importa un convenio expreso o presumido *juris et de jure* por la ley, por el cual los acreedores de la sociedad anterior aceptan una novación, respecto del nuevo sujeto, de relaciones jurídicas contraídas de acuerdo con una forma societaria anterior y de una disposición de la ley en virtud de la cual se sustituyen los trámites y gravámenes de la disolución de la sociedad y la creación de una nueva por otros trámites y gravámenes peculiares(22)(769). Escuti sostiene,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

respondiendo a tal argumentación, que es preciso distinguir entre el sujeto de derecho como medio técnico que posibilita la actuación de dos o más sujetos permitiendo una sola imputación normativa, y la manera o modo estructural como se manifiesta. Cualquier cambio de la modalidad estructural no cambia el centro de imputación normativa(23)(770). Por nuestra parte, creemos que no es posible sostener una relación tan estrecha entre personalidad jurídica y tipicidad a punto tal que pueda afirmarse que la atribución de la personalidad queda condicionada a la tipicidad. La personalidad jurídica importa reconocimiento de que la actuación colectiva de individuos genera, dentro de cierto orden especial, la facultad de proyectar los efectos vinculatorios al ente grupal, sin distribuir la imputación efectiva entre los miembros individualmente considerados de esa agrupación. Por ello puede decirse que no desaparece la individualidad, sino que queda unificada. La vinculación derivada del acto que traba la relación jurídica se detiene en un solo centro de imputación, y ello no se ve alterado o modificado, porque la regulación legal de dicho grupo haga participar con responsabilidades de distinto tipo a sus integrantes. La ley reconoce, inclusive, que la actuación fáctica grupal también produce efectos unificatorios, aceptando la personalidad jurídica de las sociedades de hecho, aunque no tengan tipo. Vivante argumenta que los que se inclinan por la no subsistencia de la personalidad, a pesar del acto de la transformación, ven en cada especie de sociedad distinta una persona jurídica distinta. Ello puede ser así, agrega, en relación con el espacio, porque todas las que existan contemporáneamente no son y no pueden ser sino personas jurídicas distintas, ya que, inclusive, tienen un organicismo diverso. Pero ello puede dejar de ser exacto cuando la situación se considera en relación con el tiempo, porque es la misma sociedad que, desenvolviéndose, toma formas distintas, sin cambiar su personalidad(24)(771). Es del caso recordar la sencilla explicación de Ripert de que mediante la transformación la sociedad sólo cambia su vestimenta.

4. CARACTERÍSTICAS

La aplicación del principio de la identidad del sujeto societario tras el acto de transformación determina y acentúa las siguientes características y consecuencias:

- a) se conserva la personalidad jurídica, primitiva, originaria y
- b) no se produce la disolución de la sociedad y su simultánea reconstitución;
- c) tampoco se ocasiona la novación del acto constitutivo;
- d) no existe transmisión de patrimonio, ni relación de sucesión;
- e) es el mismo sujeto que adopta una forma (tipo) distinto;
- f) no se alteran los derechos y obligaciones adquiridos. Las responsabilidades y débitos frente a terceros pasan de iure al nuevo tipo legal;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- g) es un acto societario, es decir, proviene de resoluciones sociales; h) puede resolverse, aunque no esté prevista en el contrato o estatuto;
- i) puede decidirse y efectivizarse simultáneamente con la introducción de modificaciones en el contrato.

5. DIFERENCIAS CON OTROS INSTITUTOS

La concepción de la transformación como operación autónoma y unitaria, mediante la que se consigue la mutación del tipo societario sin acudir a otras modalidades, permite efectuar una distinción comparativa con otros institutos. Los resultados se analizan a continuación:

a) Con la transmisión de establecimientos o fondos de comercio: en la transformación, un sujeto de derecho resuelve dentro de su orden específico adoptar una especie distinta, mientras que, en la transferencia de fondos de comercio, un sujeto de derecho realiza un negocio jurídico con otro sujeto de derecho distinto sobre un objeto relevante para el derecho y compuesto de bienes y cosas⁽²⁵⁾(772). La transformación es un acto que incide en el tipo social y en la organización interna del sujeto, en tanto que la transmisión del establecimiento o fondo de comercio no afecta ni repercute la estructura social u organizativa del sujeto enajenante. Un apegado ritual inspirado en la necesidad de evitar actos presumiblemente perjudiciales a terceros acreedores determinó que, en cierto tiempo, se consideraran aplicables por analogía las normas de la ley de transferencias de fondos de comercio (ley 11867) al acto jurídico de la transformación, provocando una interpretación extensiva de sus alcances no compatible con el concepto genuino de que indudablemente con la transformación no existen dos sujetos de derecho contratantes, ni se produce una traslación dominial.

La inaplicabilidad expresa de tales disposiciones se encuentra consagrada expresamente en el artículo 81 de la ley 19550.

b) Con la confirmación de actos jurídicos: la confirmación de un acto Jurídico implica el saneamiento o subsanación de vicios que posibilitan una acción de nulidad (art. 1059, Cód. Civil). El artículo 17 de a ley 19550 prevé expresamente que la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero es posible subsanarlo hasta su impugnación judicial. El artículo 370 contemplaba también una confirmación especial para las sociedades en comandita por acciones afectadas del vicio de no individualizar los socios comanditarios. En ninguno de tales actos confirmatorios el tipo social se muta o cambia, por lo que su distinción con la transformación se hace evidente;

c) Con la nacionalización: este procedimiento implica la transferencia del capital social, total o en número tal que posibilite ejercer el control, a organismos del Estado o de carácter público⁽²⁶⁾(773). Ello puede ocurrir manteniendo el tipo anterior. Si la sociedad nacionalizada modifica su tipo de origen deberá cumplimentar el procedimiento establecido en la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

19550.

d) Con la fusión: la fusión es una operación donde intervienen dos o más sociedades y al menos una de ellas se disuelve, mientras que, en la transformación, la reorganización o reestructuración afecta únicamente a un solo sujeto de derecho, el que adopta una distinta especie típica. Sin embargo, la fusión puede relacionarse con una operación de transformación, y ello sucede cuando, amén de acordarse la unión de dos o más sociedades, se modifique el tipo social. Zaldívar(27)(774) admite la posibilidad de este supuesto cuando una fusión por absorción sea acompañada de la transformación de la sociedad absorbente, indicando en tal caso que no desaparece el dualismo de las operaciones y, por ello, cada acto debe seguir las normas que les imponen sus respectivos regímenes jurídicos. Anaya(28)(775) plantea que tanto la fusión como la escisión pueden vincularse con un proceso de transformación, ejemplificando que ello ocurre cuando dos sociedades de un mismo tipo (v. gr., dos sociedades de responsabilidad limitada) se fusionan para dar origen a otra de un tipo distinto (sociedad anónima). En tal caso, entiende que no corresponde acumular ambos procedimientos, siendo suficiente aplicar el de la fusión, pues otorga una protección más intensa, ya que la oposición de los acreedores impide la realización de la operación. Por nuestra parte, consideramos que cuando dos o más sociedades de un mismo tipo acuerdan la fusión para constituir como resultado de ella una sociedad de distinta especie no se está estrictamente ante un proceso de fusión-transformación, ya que el sujeto derivado de ella no conserva la personalidad jurídica de las sociedades fusionadas, contradiciendo así un requisito imprescindible y característico del acto de transformación (conf. art. 74). Por ello, en tales casos, con el cumplimiento de las normativas del régimen de fusión se contempla suficientemente la protección de los interesados y terceros acreedores(29)(776). Distinta es la problemática cuando una sociedad, sin disolverse, incorpora a otra, por el procedimiento de fusión-absorción y, a su vez, modifica simultáneamente su tipo social. Téngase presente, en este caso, que, siendo sociedad anónima, comandita por acciones o de responsabilidad limitada con veinte o más socios (arts. 244, 316 y 160), la fusión por absorción, para la sociedad incorporante, se rige por las normas del aumento del capital, en cuanto a las mayorías de su decisión, no estando comprendida, por lo tanto, en las disposiciones del art. 244, último párrafo; mientras que, si deciden la transformación, son aplicables las mayorías establecidas en dicho apartado. Dentro de la misma línea de ideas, habiendo fusión por absorción, los accionistas de la incorporante no tendrían derecho de receso, el que sí es procedente para el caso de transformación(30)(777). Las particularidades de una operación de esta naturaleza determinan preservar los distintos intereses que confluyen, ya que no podría alegarse que, al no haber obtenido la mayoría requerida por el artículo 244, último párrafo, solamente debe reputarse aprobado el acto de fusión pero no así el de transformación, puesto que de tal modo la sociedad se estaría apartando de los términos del compromiso de fusión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(art 83, inc. 1), donde seguramente se previó la incorporación de los socios o accionistas de la sociedad absorbida a una sociedad incorporante que debía, a su vez, transformar su tipo social. También se plantea una cuestión interesante cuando se pretende compatibilizar los distintos efectos y plazos que implican los sistemas de publicidad de cada instituto. Otaegui(31)(778) efectúa un interesante estudio analizando las distintas situaciones planteadas. Entiende que:

1. Las publicaciones de la fusión, por cinco días en el periódico de publicaciones legales y en otro más incluyen las que, por tres días y solamente en el periódico oficial, indica el artículo 77, inciso 3, para la transformación.
2. Durante el lapso de diez días siguientes a la última publicación, los acreedores pertinentes pueden ejercer el derecho de oponerse al proceso de fusión, hasta tanto sean desinteresados o debidamente garantizados (art. 83, inc. 2).
3. Durante los treinta días siguientes a la publicación, los acreedores pueden ejercer la oposición del reembolso del receso ejercido.

Agreguemos, por nuestra parte, que el acto de fusión-transformación determinaría para los acreedores de la sociedad incorporante el derecho de considerar mantenida a su favor la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior que tuvieren los socios, que por el acto de transformación la perderían, si no se practicó la notificación personal del artículo 75. Ello sucedería aun cuando no hubieren ejercido el derecho de oposición que le otorga el acto de fusión, ya que tal vez la absorción de otra sociedad no los perjudique en la medida que les signifique no disponer de la garantía subsidiaria que le otorga la existencia de socios con responsabilidad personal e ilimitada, salvo que la consientan expresamente o que contraten con la sociedad luego de haber adoptado la nueva forma (conf. art. 75, última parte). También consideramos que la sociedad incorporante debe resolver la fusión-transformación por las mayorías del artículo 244, última parte, si fuere accionaria o de responsabilidad limitada con 20 o más socios y que los disconformes tienen derecho de receso.

6. CLASES DE TRANSFORMACIÓN

Puede intentarse la siguiente clasificación:

a) Libre o espontánea: presupone una decisión regular y válida, adoptada dentro del marco de las resoluciones sociales, de acuerdo con el tipo de ella y representa el caso más frecuente donde el órgano de gobierno de una sociedad adopta la determinación de acuerdo con la mejor interpretación de las necesidades de la entidad.

b) Prohibida: bajo este rubro se comprenden aquellos casos en los que algunas sociedades, por explotar objetos reservados exclusivamente a ciertos tipos sociales, no pueden adoptar otro, salvo el supuesto de que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decidan abandonar la explotación del objeto antes aludido, modificando en tal sentido el estatuto o contrato social (ej.: sociedades de ahorro y préstamo, seguros, entidades financieras, etc.) o aquellos otros casos en que, por la calidad de los integrantes, no se encuentran legitimados para adoptar un tipo determinado (ejemplo: sociedades entre cónyuges -art. 27-).

c) Coactiva: la transformación, en este acaso, debe adoptarse para evitar la disolución de la sociedad o la existencia de una causal de nulidad. No es que la transformación social se produzca ministerio legis, sino que ella debe ser resuelta para evitar la existencia de situaciones disolutorias o nulificantes. Es el caso del artículo 90 de la ley de sociedades comerciales, que establece que en las sociedades colectivas y en comandita simple es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. En tal supuesto, el pacto los obliga sin necesidad de un nuevo contrato, pero ellos pueden condicionar su incorporación a la transformación de su parte social en comanditaria. En consecuencia, suponiendo que el pacto de sobrevivencia determine la incorporación de herederos a una sociedad colectiva y que éstos condicionen su ingreso a la transformación de su parte social en comanditaria, la sociedad debe iniciar un proceso de transformación en sociedad en comandita simple. También puede darse este supuesto frente a la incorporación de herederos menores de edad (arts. 28 y 29) o cuando un cónyuge adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades que no sean por acciones y de responsabilidad limitada, en cuyo caso la ley concede un plazo de seis meses para que la sociedad se transforme, bajo apercibimiento de sanción de nulidad y liquidación prevista en el art. 29. Integra esta categoría de transformación la que deba ser resuelta dentro del término de tres meses de producida la quiebra, concurso, muerte, incapacidad o inhabilidad de todos los socios comanditados, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 140 para evitar su disolución; disposición aplicable a la sociedad de capital e industria, por remisión del artículo 145, y a la sociedad en comandita por acciones, por indicación del art. 324. El caso previsto en el art. 369, inc. h) también determinaría la posibilidad de transformar la sociedad en una de tipo compatible con el art. 30, para evitar la cesión de las partes sociales por la sociedad no legitimada a participar en otra de tal tipo o la caída en el régimen de las sociedades no constituidas regularmente. La sanción determinada por este apartado legal no implica la transformación de la sociedad en un ente no constituido regularmente, sino que solamente se hacen aplicables las disposiciones de la sección IV de la ley 19550, con lo que los socios no podrán invocar los beneficios y limitaciones que surjan del contrato social (art. 23); cualquiera de los socios representa a la sociedad (art 24) y puede pedir en cualquier tiempo su disolución (art. 22). Ello no implica, por otra parte, desconocer que aun sometida a este riguroso régimen, no pueda resolverse igualmente la transformación, cumpliendo con todo el procedimiento legal correspondiente.

7. LEGITIMACIÓN DEL SUJETO EN LA TRANSFORMACIÓN

Genéricamente, se admite que toda sociedad pueda resolver la transformación en un tipo distinto del que posee, siempre y cuando adopte la decisión con las mayorías necesarias y cumpla con el procedimiento estatuido a tal fin. Sin embargo, existen ciertas situaciones derivadas de la clase o calidad del sujeto de derecho implicado que motivan un particular análisis destinado a discriminar si se encuentran o no legitimados para ser sujetos activos de este acto jurídico. De igual modo interesa concluir si cualquier ente societario puede válidamente adoptar otra modalidad asociativa como consecuencia de la transformación. Estas cuestiones constituyen, sin duda, uno de los más importantes capítulos del estudio que abordamos.

Zaldívar(32)(779) sostiene que la transformación requiere la preexistencia de dos elementos esenciales en el sujeto: a) la personalidad jurídica; b) el tipo social. En otras palabras, a juicio de este autor, la sociedad que resuelva transformarse debe poseer personalidad jurídica y un tipo societario de los previstos por la ley 19550, debiendo mutarlo por otro de los legislados en tal ordenamiento. A modo de excepción, admite que las asociaciones, si bien no tienen tipo en forma preexistente, puedan adoptar uno como consecuencia de la transformación, atento que el propio art. 39 de la ley 19550 les permite organizarse bajo esta forma. De algún modo puede sostenerse que este criterio encontraría un apego casi literal con el artículo 74 (más adelante intentaremos demostrar que no es así), que califica como transformación el acto mediante el cual una sociedad adopta otro de los tipos previstos, con lo que la norma legal en cuestión estaría induciendo el abandono de un tipo primigeniamente adoptado. Sin embargo, no participamos de esta interpretación. Denunciamos como perjudicial toda interpretación estricta o rígida derivada casi exclusivamente de nominatividades insertas en definiciones no siempre apropiadas en los textos legales y que, en definitiva, empequeñecen los horizontes hermenéuticos y conspiran contra la unidad del derecho. A medida que analicemos las situaciones especialmente consideradas y que escapan al molde preestructurado, indicaremos cuál es nuestra opinión sobre el particular.

a) Sociedades no constituidas regularmente

Sociedades irregulares son aquellas que, reuniendo originariamente requisitos instrumentales, adopción de un tipo y organización, no alcanzan a cumplimentar acabadamente la registración; mientras que las de hecho son las que, no habiendo obtenido ni siquiera la instrumentación y la adopción de un tipo determinado, se proyectan en la realidad negocial con un objeto mercantil, por medio de signos, estigmas y modalidades societarias que infieren su existencia. Si bien existe consenso de que ambas manifestaciones societarias tienen personalidad, la discrepancia versaría sobre el alcance que habría que asignarle, aunque hoy día se abre paso la tendencia de considerar impracticable la graduación de la personalidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídica, abandonando el criterio que entiende que es "precaria" y "limitada", como se expresa en la exposición de motivos de la ley 19550(33)(780). Ahora bien, en términos generales, no se atribuye a las sociedades no constituidas regularmente el status de un tipo social(34)(781). Esta circunstancia, unida a que la norma tiva que regimenta este fenómeno está imbuida de características sancionatorias, ha generado la opinión de que no es admisible la transformación de ellas en sociedades regulares. A tal efecto, se señala que previamente, debería la sociedad subsanar el motivo o vicio que provoca la irregularidad y que, siendo de hecho, previamente tendría que constituirse en legal forma, adoptando el tipo deseado e integrando su capital con los bienes que formaban el patrimonio de aquélla(35)(782).

Pese a lo antes expuesto, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, con fecha 23 de marzo de 1976 declaró que el artículo 74 de la ley 19550 recibe el concepto de transformación sin excluir de la institución a ninguna sociedad y, dado que las sociedades de hecho están previstas en la ley e incluso aludidas como ente distinto de sus integrantes (ver especialmente arts. 23 a 26), no distinguiendo la ley en cuanto a sus beneficiarios, no se advierte impedimento legal para la procedencia de la transformación de una sociedad de hecho en sociedad de responsabilidad limitada(36)(783). Este interesante fallo, que a su tiempo recibió abierta crítica, introduce una manera de egresar de la situación e irregularidad que la ley no ofrece estructuralmente, salvo en tanto no sea constituir una sociedad de tipo previsto, aportando el fondo de comercio existente (art. 44), con las consecuencias que ello implica (ver disposiciones de la ley 11867). El pronunciamiento judicial comentado nos demuestra la necesidad palpable de contar con el denominado instituto de la "regularización" concebido como el medio apto y legítimo que posibilite poner fin a la situación de irregularidad antes indicada, sin que ello determine inexorablemente depurar el pasivo comercial, producir instrumentaciones costosas y dilatorias y realizar traslaciones patrimoniales, conservando la unidad empresaria y productiva, lejos de afectarla. Esta iniciativa fue puesta de manifiesto en los estudios que tanto el Colegio de Escribanos de la Capital Federal como el Consejo Federal del Notariado Argentino elevaron al subsecretario de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia de la Nación, con motivo de la constitución de la Comisión destinada a fundamentar la necesidad de la reforma de la ley 19550 y los puntos que ésta abarcaría. Tuvimos el honor de participar en ambas comisiones e hicimos llegar nuestras ideas ya conocidas sobre el particular y otras relativas al mejoramiento del procedimiento registral y a la situación de las sociedades en formación.

Etcheverry(37)(784) estima posible que las sociedades irregulares recurran a la transformación para adoptar un tipo regular, indicando que, si bien ellas no pertenecen al listado de tipos, son, en cierta forma, un tipo o clase de sociedad, prevista, posible y lícita.

Indudablemente, existen puntos de contacto entre la transformación y la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propuesta regularización. Seguramente, la normativización del instituto de la regularización dentro de la ley de sociedades comerciales no estará muy distante del procedimiento de la transformación en cuanto a su modo operativo, pero nos permitimos insistir en que la regularización es, sin duda, al menos técnicamente, el modo más indicado y preciso de solucionar las situaciones derivadas de la irregularidad. Sin embargo, valga la prevención, podemos intuir que, de no modificarse la ley 19550, para incluir entre sus preceptos la indicada regularización, en tiempo no muy lejano, la doctrina y la jurisprudencia paulatinamente irán aceptando la aplicación del instituto de la transformación para superar los estados de irregularidad, ya que en tales casos la presión de la realidad económica y social puede más que los nominalismos legales.

b) Sociedades en liquidación

La sociedad en liquidación conserva la identidad societaria y la personalidad jurídica (art. 101 de la ley 19550). Quiere decir que es la misma sociedad que la constituida primigeniamente y que ha ingresado en el último período de su existencia, caracterizado por un estado provisto de ciertas particularidades, tales como que, en lugar de proseguir la explotación del objeto social pactado contractualmente, debe proceder a la realización del activo y la cancelación del pasivo (art. 105). Dentro del concepto expuesto, ya hace tiempo nos manifestamos firmes partidarios de admitir lisa y llanamente la validez de resoluciones que posibiliten a la sociedad en liquidación el reingreso al período de plena actividad social, revocando o removiendo la causal disolutoria. Cabe señalar, a tal respecto, que, en oportunidad de presidir la Comisión que estudió el tema en la XXI Jornada Notarial Bonaerense realizada en la ciudad de Bahía Blanca en 1977, la mayoría allí reunida se pronunció afirmativamente por la admisibilidad. Afortunadamente, la actual línea jurisprudencial y los criterios administrativos de los organismos de control receptan la reactivación societaria como medio de revocar la disolución por vencimiento del término social. Si bien debe considerarse, en rigor de verdad, que una sociedad reactivada ha dejado de ser sociedad en liquidación y, en consecuencia, puede transformarse, no observamos inconveniente técnico alguno que imposibilite que la reactivación pueda resolverse simultáneamente con la transformación y en un mismo acuerdo social. Sin perjuicio de ello, Zaldívar(38)(785) plantea también la posibilidad de que en algún supuesto excepcional se admita el cambio de tipo social durante el período de liquidación y para concluirlo, como en el caso de algún ente que, por la naturaleza y la cantidad de bienes, requiriese un prolongado lapso de liquidación y que, tal vez por el reducido número de socios, conviniera simplificar la organización. En tal supuesto, serían las autoridades administrativas y registrales, a juicio de este autor, las que deberán ponderar con criterio restrictivo la necesidad de la transformación como etapa imprescindible o al menos altamente conveniente para llegar al balance final y a la distribución(39)(786).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

c) Sociedades accidentales o en participación

Esta sociedad constituye un tipo social previsto y regulado por la ley 19550, pero no tiene calidad de sujeto de derecho (art 361) y como consecuencia de ello, carece de personalidad jurídica. No tiene denominación, no está sometida a requisitos de forma ni se inscribe registralmente. Los derechos y obligaciones que los terceros adquieren y asumen sólo se vinculan o relacionan con el socio gestor, en principio (art. 362) . Consecuentemente, la carencia de personalidad jurídica impide que pueda admitirse la transformación de una sociedad accidental en sociedad de otra clase. Tampoco puede resolverse la transformación de una sociedad de otro tipo en sociedad accidental, ya que, en tal caso, el tránsito de una categoría con personalidad jurídica hacia otra que no la tiene provocaría la desaparición del sujeto de derecho preexistente, alterando condiciones de viabilidad inexcusables(40)(787).

d) Cooperativas

El art. 69 de la ley 20337 prohíbe la transformación de cooperativas en sociedades comerciales o asociaciones civiles, brindando solución legal a una cuestión que había provocado algunos debates doctrinarios surgidos bajo el anterior régimen legal. Precisamente, Anaya(41)(788) cita el caso mediante el cual, durante la vigencia de la ley 11388, se admitió la transformación de una sociedad cooperativa en sociedad anónima, previo depósito del fondo de reserva en el Consejo Nacional de Educación.

Téngase presente que la cooperativa se caracteriza por tener un régimen abierto que implica capital variable y sin límite, inexistencia del tope al número estatutario de socios, duración ilimitada; ejercicio del derecho de voto por persona y sin consideración al capital que el socio posea, reservas no distribuibles, excedentes reintegrados en función del uso, producción o consumo.

El caso inverso, o sea transformación de una sociedad comercial en cooperativa, no se halla previsto ni prohibido. Se conoce un antecedente al respecto, en el que se autorizó que una sociedad anónima se transformara en cooperativa durante la vigencia del Código de Comercio, sin tener en cuenta que el artículo 317 de este cuerpo legal expresamente prohibía a las sociedades anónimas transformarse en sociedades de otro tipo(42)(789). Actualmente, Farina y Zaldívar no ven posible la transformación en tal sentido(43)(790), en tanto que Anaya, en su meduloso estudio, indica que no hay contraposición sustancial entre cooperativa y sociedad, ya que la cooperativa es sujeto de derecho que se rige supletoriamente por la disciplina de las sociedades anónimas; (art. 118. ley 20337). A todo evento, agrega que los reparos opuestos por el riesgo que significaría someter a los socios o accionistas de la sociedad comercial al régimen abierto de la cooperativa, pueden ser superados imponiendo la regla de la unanimidad en la pertinente decisión.

e) Sociedades civiles

Quienes consideran que la transformación solamente puede realizarse entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedades tipificadas, pese a reconocer que la sociedad civil es sujeto de derecho y goza, consecuentemente, de personalidad jurídica (arts. 33 y 1648 del Código Civil) concluyen negando a éstas la posibilidad de transformarse en sociedades comerciales ya que carecen de tipicidad.

No es esta la opinión de Anaya(44)(791), quien se inclina por considerar posible la transformación de la sociedad civil en comercial aunque ello no encuentre cómoda ubicación gramatical dentro del artículo 74 de la ley 19550.

Por nuestra parte, adherimos decididamente a la postura que admite la posibilidad de que una sociedad civil pueda transformarse en sociedad comercial. No existe al respecto duda alguna que la sociedad civil tiene personalidad jurídica reconocida por el sistema jurídico, con lo cual no tenemos otra posibilidad que concluir que también de este contrato nace indudablemente un sujeto de derecho. Si bien la organización de esta clase de sociedad es fundamentalmente simple y no reviste las complejidades de los tipos societarios, existen ejemplos que demuestran que hay alguna intercomunicación entre la sociedad civil y algunos tipos sociales de estructura sencilla (como la sociedad colectiva). En efecto, el régimen organizativo de las sociedades de interés presenta algunas analogías con el propio de la sociedad civil, tal como se demuestra por la similitud de soluciones que brinda la ley 19550, ante el silencio contractual en el régimen de administración, presumiendo la gestión indistinta (art. 127) y la disposición del artículo 1676 del Código Civil que se orienta en igual sentido. Por otra parte, para la legislación comercial, la existencia de objeto civil ha pasado a ser indiferente a los fines de configurar como mercantil a determinada sociedad (arts. 1º y 3º de la ley 19550). Así también, todo el régimen de liquidación de la sociedad civil está sometido a las disposiciones establecidas por la legislación comercial (art. 1777, Cód. Civil). Fundamentalmente, consideramos un verdadero atentado contra la unidad conceptual jurídica que se pretenda reservar la aplicación del instituto de la transformación en forma exclusiva y excluyente a las sociedades comerciales, previamente tipificadas, por la sola circunstancia de que haya sido la legislación mercantil aquella que la haya reglamentado dentro de sus capítulos. Ello, de por sí, no impide que la transformación pueda producirse en otras áreas o que los distintos esquemas asociativos existentes, puedan llegar a interrelacionarse. Téngase presente que la transformación, tal como es admitida hoy por el derecho positivo, tiene sus antecedentes en la teoría general del derecho, como lo señala Brunetti. En sentido lato, esta última ha enseñado que significa la continuación bajo forma distinta, de determinadas situaciones jurídicas y la progresión de otras cualitativamente diversas(45)(792). Interpretar que el artículo 74 constituye un obstáculo insalvable empequeñece el modo de conocimiento que atribuye al normativismo alcances delimitantes que excluyen cualquier otra posibilidad no expresamente mencionada, como si toda la conducta humana pudiera ser codificada al punto de invertir el principio que proclama que todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido. A todo evento, la exigencia del artículo 74 no parecería ser tan rigurosa, ya

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que él no dispone que para que exista transformación sea imprescindible que una sociedad de tipo determinado adopte otro de los previstos por la ley, sino simplemente indica que hay transformación cuando una sociedad (sin indicar de qué clase o categoría) adopta otro de los tipos previstos. Precisamente, la sociedad civil, sustancialmente, es una modalidad contractual compatible con la existencia de los tipos sociales. De la Cámara Alvarez expresa que el derecho positivo puede permitir todo género de transformaciones, incluso extendiendo la viabilidad de la fórmula hacia tipos asociativos no societarios o, por el contrario, limitar su campo de aplicación a la posibilidad de que la sociedad de un tipo sólo puede adoptar otro u otros tipos sociales, pero no todos(46)(793). Agrega que el derecho hispánico reconoce en este sentido algunas limitaciones, como la contenida en el artículo 133 de la ley de sociedades anónimas, que dispone que estas sociedades sólo pueden transformarse en colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada. Consecuentemente, se excluiría toda posibilidad de transformar una sociedad anónima en sociedad civil. Sin embargo, señala que la sanción de nulidad impuesta por la ley indicada para las transgresiones a lo dispuesto por ella solamente comprende la mutación de la categoría de sociedad anónima en otra que no sea de tipo autorizado, pero no a la situación que se daría cuando una sociedad, por ejemplo civil, se transformaría en sociedad anónima, por lo que, en tal sentido justifica la postura adoptada por la sentencia del 25 de mayo de 1972, que admitió expresamente la transformación de un ente civil en sociedad anónima.

Téngase presente, también, que la transformación no es desconocida por la legislación civil, ya que la propia ley 17711 (anterior a la 19550), que modifica el Código Civil, la menciona cuando el artículo de este cuerpo legal exige el asentimiento conyugal para los casos de transformación de sociedades de personas, y precisamente la sociedad civil es sociedad personalista. La circunstancia de que por expresa disposición del artículo 1672 del Código Civil, las resoluciones que decidan los actos de transformación deban ser adoptadas por unanimidad nos exime de considerar la objeción planteada en el sentido de que, para la legislación civil, el derecho de receso es desconocido.

Anecdóticamente, podemos señalar que, durante la existencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, no se presentaron casos concretos de transformación de sociedades civiles en comerciales, lo que impidió conocer el criterio que se hubiera seguido al respecto(47)(794) .

En cuanto al caso inverso, es decir, sociedad comercial que se transforme en civil, encuentra dificultades que nos parecen insoslayables(48)(795). En efecto, la sociedad comercial tiene un régimen de publicidad registral que no existe para la sociedad civil, ya que esta última adquiere oponibilidad con sólo su instrumentación. Como consecuencia de ello, la transformación de la sociedad comercial en civil determinaría la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil, lo que provocaría la extinción social (art. 12, ley 19550) (49)(796).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

f) El caso de las asociaciones civiles

Las asociaciones son entidades agrupantes de personas cuyos patrimonio y organización se distinguen de sus componentes, pero se diferencian de las sociedades comerciales por la circunstancia de que el fin que los agrupa o une no es la distribución de las utilidades, sino la realización de otras finalidades (artísticas, mutualistas, culturales, sociales, etc.). Ello implica de por sí que se excluya en ellas toda posibilidad de reparto de dividendos o ganancias, como tampoco que, al tiempo de su disolución, o al de retiro de socios (sea por exclusión, resolución parcial) sea factible exigir el retiro de la cuota parte respecto del patrimonio de la entidad. El propio artículo 50 del Código Civil establece que, disuelta o acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella le pertenecían, tendrán destino previsto en sus estatutos. Si nada se hubiere previsto al respecto, la ley le atribuye el carácter de vacantes, con la finalidad de que, a tal efecto, dispongan las leyes respectivas, salvo todo perjuicio a terceros o a los miembros existentes de la corporación. El artículo 3º de la ley 19550 considera sujetas a las disposiciones de esta ley, a toda asociación, cualquiera que fuere su objeto, que adopte la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos. Ello permite, en consecuencia, la transformación de asociaciones en sociedades comerciales(50)(797). Sin embargo, sobre este punto tampoco especifica la doctrina. Farina(51)(798) no considera factible el proceso, puesto que ello posibilitaría la apropiación indebida por los actuales asociados del patrimonio acumulado por los socios anteriores y que lo formaron en vista del bien común o de la solidaridad mutua. A juicio del distinguido profesor, la norma del artículo 3º solamente se refiere al caso de constitución ab initio de asociaciones bajo forma de sociedad comercial y no a su transformación.

Esta posición no es compartida por Anaya(52)(799), para quien las objeciones no son insuperables; primero, porque no se justifica practicar una distinción dentro del texto del artículo 3º, entre constituciones originarias y transformaciones, y segundo, porque, a fin de evitar la apropiación de los bienes afectados a finalidades altruistas, frente a los casos de disolución, retiro, muerte, etc., bastaría con conceder a la transformación efectos ex nunc respecto del patrimonio, es decir, sólo para lo futuro, aplicando así criterios sostenidos por Ferri(53)(800). Por nuestra parte, juzgamos aceptable este criterio, resguardando el destino de los fondos o del patrimonio afectado, lo que deberá quedar perfectamente determinado de los documentos y balances correspondientes (art. 77, inc. 2).

Debe recordarse, eso sí, que nuestro Código Civil contempla tres categorías de asociaciones: asociaciones con personalidad jurídica (art. 33, Cód. Civil); simples asociaciones con calidad de sujeto de derecho (art. 46, primera parte, Cód. Civil) y simples asociaciones que no reúnen los requisitos para asumir la calidad de sujeto de derecho (art. 46, segunda parte del Código Civil). La posibilidad, en consecuencia, de operar una transformación queda reservada para los dos primeros casos, excluyéndose, por supuesto el último(54)(801). Interesante cuestión es la de determinar si puede una sociedad comercial transformarse en asociación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El caso, directamente inverso al anterior, no está previsto en el art. 3ro. de la ley 19550, aunque no existen objeciones fundamentales que impidan el tránsito.(55)(802) Farina interpreta que la dificultad estriba en que se ocasionaría la cancelación de la inscripción registral en el Registro Público de Comercio, con los efectos ya comentados, y frente al hecho de que la asociación no constituye, precisamente, otro de los tipos previstos(56)(803). Este último argumento no puede erigirse en obstáculo, si tenemos presente, de acuerdo con lo ya expuesto precedentemente, que la interpretación gramatical del artículo 74 genera un verdadero contrasentido, por cuanto el fenómeno asociativo no es privativo del derecho comercial. En cuanto a la posible extinción social al mediar cancelación de la inscripción, en este caso no se produciría, porque, a diferencia de las sociedades civiles, las asociaciones con personalidad jurídica se registran dentro de los organismos administrativos de control(57)(804). Por ello, el reparo desaparece cuando se adopta la forma de asociación con personalidad; pero se mantiene si se trata de transformaciones en simples asociaciones, aun con calidad de sujeto de derecho (art. 46, Cód. Civil), las que no requieren registración de ninguna clase(58)(805) .

Anaya comenta el caso de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, originariamente sociedad civil, que debió adoptar la forma de sociedad anónima después de la reforma del Código de Comercio. Sin embargo, en la actualidad el artículo 22 de la ley 17811 permite que las bolsas puedan funcionar como asociaciones civiles con personalidad jurídica o como sociedades anónimas.

g) El caso de las fundaciones

Las fundaciones son entidades con personalidad, pero sus características peculiares impiden que se las asemeje o asimile con las sociedades. La ley 19836, en su artículo 19, considera las fundaciones, indicadas en el artículo 33 del Código Civil, como personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines. Se caracterizan precisamente por que no se presuponen gestadas por la confluencia de la expresión volitiva de distintos individuos, sino que más bien se constituyen por el acto mismo del fundador(59)(806). Ferrara las define como las creadas directamente por el instituyente o fundador que ordena la obra que deberá realizarse en el futuro, asignando un patrimonio para su funcionamiento estable(60)(807) .

Del encuadre expuesto precedentemente surgen nítidas diferencias entre las fundaciones y las asociaciones. En este último complejo existe unión de las fuerzas de varias personas para obtener la finalidad común, lo que presupone, por supuesto, un verdadero acuerdo plurilateral. En las fundaciones, tal acuerdo, incluso, puede no existir, ya que, en algunos supuestos, ellas son creadas mediante la única voluntad de quien efectúa el legado, la donación o al aporte patrimonial(61)(808).

En las asociaciones, el gobierno de la entidad se organiza a través de los estatutos, correspondiendo a sus miembros, en la forma prevista, decidir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sus modificaciones, disolución o transformación. En las fundaciones, la asamblea no existe, el gobierno se halla regulado por la voluntad del fundador, quien, incluso, se reserva en la mayoría de los casos ciertas atribuciones, tal como la designación de sus administradores.

Este pequeño desarrollo acerca de la naturaleza jurídica de las fundaciones nos hace concluir afirmando la imposibilidad de transformar fundaciones en sociedades o sociedades en fundaciones(62)(809).

h) Sucursales de sociedades comerciales

No son las sucursales entidades independientes con personalidad jurídica, sino que más bien responden a propósitos descentralizantes de la casa matriz, con la que se encuentran vinculadas jurídica y patrimonialmente. Por ende, no son susceptibles de ser sujetos de la transformación, en forma independiente de la casa matriz.

8. CASOS QUE NO PRESUPONEN TRANSFORMACIÓN

No deben considerarse como actos de transformación los siguientes supuestos:

a) Conversión de una sociedad anónima en sociedad anónima con participación estatal mayoritaria: en efecto, la sociedad anónima estatal mayoritaria no constituye un tipo diferente de la sociedad anónima, sino más bien una clase dentro del mismo tipo social o, en todo caso, un subtipo (art. 308). La inclusión de una sociedad dentro de las previsiones de esta categoría se hallan contenidas en el artículo 309, siendo suficiente para ello convocar una asamblea general y que en ella no se exprese oposición manifiesta de ningún accionista(63)(810). Al no mutar el tipo, las modificaciones que distinguen esta clase de sociedades anónimas dejan de aplicarse cuando se alteran las condiciones que establece el propio artículo 308 para su enmarcamiento (art. 312).

b) Aumento de la responsabilidad propia de los socios sobre la establecida en el tipo social, con motivo de haberse infringido las normativas vinculadas a su estructura o a la conducta de determinada categoría de socios (arts. 136, 137, 142, 147, 164).

c) Continuar el giro social después de la disolución: sobre este particular puede decirse que también existe un aumento de la responsabilidad por infringir el estándar jurídico que impone la ley a los socios y administradores que exorbiten su actuación al producirse la disolución de la sociedad y atender asuntos que excedan aquello que sea necesario o compatible con el estado de liquidación (art. 99) ; pero nos oponemos a considerar que en tal situación la sociedad se convierta en una sociedad irregular. Cuando un ente ignora la causal disolutoria que lo hace ingresar en el estado de liquidación y continúa explotando su actividad negocial, la aplicación del régimen de las sociedades irregulares (sección IV de la ley 19550) no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

parece ser consecuencia necesaria de la hermenéutica legal, puesto que el propio artículo 99 regula la situación determinando en dicho caso el respectivo ámbito de responsabilidad. Obsérvese que, inclusive, frente a terceros será muy difícil detectar si la sociedad continúa su giro, al margen del estado liquidatorio o simplemente conserva la empresa en marcha, intacta, a los efectos de transferirla en bloque, de acuerdo con las instrucciones que los socios le hayan hecho llegar a los liquidadores, de acuerdo con el tipo social (art. 105), sobre todo si la causal de disolución es de aquellas que, como el vencimiento del plazo de duración, no requieren su inscripción, en mérito de la jurisprudencia casi unánime de los Tribunales. Todo ello constituirá, en definitiva, una cuestión de hecho que habrá que considerar en cada caso en particular, con lo que asistimos, una vez más, a determinar lo dificultoso que resulta en estos casos fijar una regla objetiva que delimite claramente los distintos supuestos. Piénsese que si se consiente que en el caso comentado se habría operado la conversión de la sociedad disuelta en sociedad irregular, sería posible aplicar el artículo 22, dando derecho a que los socios, a su voluntad soliciten la disolución de la sociedad irregular; pero ello no es compatible con la circunstancia de que la sociedad ya se encontraba previamente disuelta, y en consecuencia, en liquidación. También sería aplicable el artículo 23, produciéndose la inoponibilidad de las normas del contrato social, lo que es totalmente inadecuado, ya que todos los socios quedarían legitimados para ejercer la representación promiscua, de acuerdo con las disposiciones del artículo 24. Finalmente, otra consecuencia agravante de tal asimilación sería la genérica responsabilidad de todos los socios y no solamente de aquellos que hayan actuado o consentido la exorbitación de la liquidación (conforme art. 99, última parte)(64)(811).

9. PROCESO A LA TRANSFORMACIÓN

La transformación presupone cumplimentar una secuencia regular de los distintos requisitos impuestos por la ley para acceder a su configuración y ejecución. Existe un íter compuesto de instancias previas y recaudos posteriores complementarios, lo que posibilita presumir la existencia de un verdadero proceso de transformación. Todos los requisitos comprenden la generalidad de los tipos sociales. Un tratamiento didáctico de la cuestión justifica dividir su análisis.

a) Posibilidad de resolver la transformación simultáneamente con otras reformas sociales

Hemos tenido oportunidad de indicar, cuando efectuábamos la reseña histórica de este instituto, que parte de la doctrina sostuvo a su tiempo que, para considerar que la transformación no ocasionara la disolución de la sociedad, era menester que se mantuviesen inalterados ciertos elementos preexistentes del contrato social, considerados sustanciales, como el capital, el objeto, el plazo o el elenco de socios. Si alguno o algunos de ellos no perduraban en la nueva forma adoptada, se interpretaba que, en tal caso,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no había existido una transformación stricto sensu, sino disolución de la sociedad anterior y constitución de una nueva(65)(812) .

En cierto modo este criterio fue utilizado por la legislación tributaria para tipificar qué transformaciones se encontraban exentas y cuáles no(66)(813). Sin embargo, ya dijimos anteriormente que las calificaciones del derecho fiscal no pueden servir de ustificación para sentar principios generales sustantivos.

En la ley 19550, el artículo 74 estipula que la transformación no disuelve la sociedad, y nosotros le agregamos que ello sucede aunque simultáneamente se introduzcan modificaciones al estatuto o contrato social. En primer término, porque nunca se cuestionó, por la doctrina o la jurisprudencia, que las modificaciones que se introduzcan a un contrato o estatuto social, por más fundamentales que fueren, pudieran ocasionar la disolución de la sociedad, por lo que carece de sentido lógico de interpretación que se produciría la citada disolución social si ello ocurriera al tiempo de resolver la transformación de la sociedad. Segundo, porque la propia ley, al regular la transformación, presupone expresamente que se puedan introducir modificaciones, con lo cual las admite. En efecto, el inciso 3 del artículo 77 indica las menciones que debe contener el edicto respectivo, entre las que se dispone que debe citarse el monto y las especificaciones del nuevo capital y también los socios con responsabilidad solidaria que se retiren; con lo cual implícitamente acepta la variación del capital y del elenco de socios, el que también puede modificarse por el ejercicio del derecho de receso (art. 78). Además, el inciso 4 del artículo 77 dispone que el acto que instrumente la transformación debe celebrarse con la concurrencia de los nuevos otorgantes, confirmando otra vez la posibilidad de alterar el elenco social.

b) El acuerdo social

El inciso 1 del art. 77 dispone que la transformación exige el acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario o lo dispuesto para algunos tipos societarios. El acuerdo social implica el ejercicio del gobierno de la sociedad, que puede ser ejercido por todos los socios, sin sujeción a ningún modo deliberativo expreso (ej.: sociedades de interés o de cuotas hasta diecinueve socios) o mediante un órgano diferenciado, asamblea (como el caso de las sociedades accionarias y las de responsabilidad limitada con veinte o más socios). En ambos casos se requiere que la decisión provenga de la consulta y discusión de socios y accionistas y de la obtención de las mayorías necesarias para cada caso particular. Veamos los distintos supuestos:

I. Sociedades colectivas, en comandita simple y de capital e industria: la regla básica para adoptar esta clase de decisiones es la unanimidad, ya que implica una modificación sustancial al contrato de sociedad, salvo la existencia de pacto en contrario. Estando previsto este último, el socio disidente o ausente tiene la posibilidad de ejercer el derecho de receso. Son de aplicación las reglas contenidas en los arts. 131, 132, 139 y 145 de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la ley 19550, respectivamente.

- II. Sociedades de responsabilidad limitada: debemos distinguir dos casos:
1. Hasta diecinueve socios: la decisión correspondiente debe ser tomada por unanimidad, entendiéndose que no es posible en ellas prever el pacto en contrario, por ser inderogable la regla del artículo 160(67)(814).
 2. Con veinte o más socios: las resoluciones se deben adoptar en la forma prevista por el artículo 244 in fine. Su tratamiento debe ser efectuado en asamblea general extraordinaria, por así disponerlo el artículo 159, y no es necesario publicar edictos, ya que dicha norma autoriza a sustituir este medio de convocatoria por la citación dirigida al último domicilio comunicado a la sociedad. La decisión necesita la obtención de la mayoría de votos del capital social, teniendo presente que cada cuota da derecho a un voto (art. 161). La mayoría necesaria se computa sobre la totalidad del capital social y no sobre el capital presente (conf. art. 244, tercer párrafo).

III. Sociedades por acciones: el artículo 244 in fine incluye la transformación entre los supuestos de especial consideración. La asamblea extraordinaria es la única competente para adoptar esta resolución (art. 235, inciso 4). Tanto en primera como en segunda convocatoria, todas las acciones tienen derecho a un voto, no rigiendo, en consecuencia, la pluralidad. Las acciones con preferencia patrimonial que carezcan de derecho de voto lo adquieren para este caso (art. 217). Debe adoptarse la resolución por el voto favorable de la mayoría de las acciones con derecho a voto, con las particularidades antes expuestas, recordándose que siempre se calcula la mayoría sobre la totalidad del capital social y no sobre el capital presente(68)(815). Rigen para las sociedades en comandita por acciones las mismas disposiciones (art. 316), teniéndose presente que el artículo 321 establece que la representación de las partes de interés, a los efectos del quórum y voto, serán divididas en fracciones del mismo valor de las acciones.

c) El balance especial

Del inciso 2 del artículo 77 surgen tres requisitos:

- a) confeccionar un balance especial;
- b) aprobarlo por los socios;
- c) ponerlo a disposición de los acreedores en la sede social por el plazo del artículo 75 (treinta días).

El balance general es un documento contable que ordena de manera sistemática el estado y los saldos de las distintas cuentas de la entidad, expresando, en un momento dado, su situación patrimonial. Cuando el balance es realizado periódicamente, en fecha preestablecida contractualmente y en términos de igual duración, se considera que es de ejercicio. Tiene este balance la finalidad primordial de examinar la conducta de los administradores y directores, con relación a la gestión encomendada.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si el documento contable se confecciona en función o para un determinado acto específico, se considera especial.

Indudablemente, del texto legal se desprende que la ley requiere la confección de un documento a tal efecto, con lo cual, en principio, se excluiría que pueda ser considerado como tal el de ejercicio(69)(816). En cierta forma, hay que tener presente que el mismo artículo 51 del Código de Comercio establece que los balances deberán expresar con veracidad y exactitud "compatible con su finalidad" la situación financiera a su fecha, con lo que se alude a los diferentes criterios tenidos en cuenta para su confección. Efectivamente, la finalidad del balance de transformación no es precisamente determinar la gestión rutinaria de los administradores y la marcha de la empresa. Sin embargo, la Inspección General de Justicia acepta que se presente como tal el último balance de ejercicio(70)(817). Pero téngase presente que existen algunos rubros en el balance que se excluyen normalmente del de ejercicio, tales como las valuaciones de los bienes(71)(818). A tal fin, nos permitimos señalar que, en forma expresa, las normas de la resolución general 6/80 de la IGJ indican que debe incluirse un informe de contador público donde conste el criterio de valuación aplicado (art. 65; inciso B], ítem d], acápite 3), debiendo respetar las normas del inciso c). Ello puede interpretarse armónicamente en función de lo dispuesto por el artículo 53 de la ley 19550, que establece que las valuaciones deben ser aprobadas por la autoridad de control cuando se constituya una sociedad por acciones. Por extensión, esta disposición se aplicaría al caso en que una sociedad adopte el tipo de sociedad por acciones. De lo expuesto podríamos, entonces, deducir que tal vez fuere factible que el balance de ejercicio pueda servir como balance especial, complementado con los cuadros anexos respectivos y siempre y cuando no causen perjuicios a socios o terceros.

La ley es parca en cuanto a la fecha que debe tener dicho balance. Inferimos que debe ser anterior a la decisión, ya que no es concebible que previamente se adopte la resolución de transformar y luego se confeccione el balance(72)(819). Por analogía, rige la disposición del artículo 67, mediante la cual, en las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada con veinte o más socios, los ejemplares del balance deben quedar a disposición de socios y accionistas, con una antelación de quince días a su consideración(73)(820).

El balance debe ser aprobado por los socios, tal como lo señalamos precedentemente. La interpretación armónica y consecuente es que la confección del balance debe estar finalizada a la fecha del acuerdo social, para que sean tratados en forma conjunta ambos temas, la transformación en sí y la aprobación del balance. Sostener un criterio opuesto obligaría a convocar a posteriori una nueva reunión de socios o asamblea para considerar ulteriormente el balance, planteándose, entonces, el problema de determinar cuáles serían las mayorías necesarias para su aprobación. Entendemos que deben regir las mismas mayorías que para resolver la transformación, ya que en tal sentido el balance integraría el acuerdo social de transformación(74)(821).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El balance debe quedar a disposición de los acreedores por el plazo del artículo 75, es decir, treinta días. No establece la ley de qué manera se instrumenta la puesta a disposición de los acreedores de este documento y cómo se computa el mencionado plazo. Entendemos que no puede exigirse que se notifique personalmente a cada acreedor la puesta a disposición, ya que excedería todo propósito de resguardar sus intereses y, por otra parte, porque la remisión del inciso 2° del artículo 77 al artículo 75, es solamente por el plazo y no el modo de anoticiamiento. Propugnamos que se considere que el plazo del artículo 77, inc. 2° comience a partir de la última publicación edictual del inciso 3°. Siempre aconsejamos que dentro del texto del edicto se incluya un párrafo que informe que el balance aprobado se halla a disposición de los acreedores en la sede social, aunque ello no se sea exigido por la ley.

d) La publicidad edictual

La publicidad por medio de edictos está exigida en el inciso 3° del artículo 77. Se materializa en el periódico de avisos legales, tanto de la sede social como de las sucursales, por el término de tres días. Esta publicación es obligatoria para todos los tipos sociales que resuelvan una transformación, y en éste se distingue de la publicidad dispuesta por el artículo 10 de la ley 19550, la que sólo comprende a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades por acciones, siendo la primera más extensa en el tiempo (tres días contra uno) y anuncia situaciones distintas de las mencionadas en el artículo 10. En este sentido nos permitimos señalar que estas publicaciones se refieren más al contenido del documento por registrar, en tanto que las del inciso 2° del artículo 77 incluyen más bien la sustancia del acto por realizar, mencionando circunstancias que se agotarán en tanto el acto se formalice, como es la mención del tipo social anterior y los socios con responsabilidad solidaria que se retiren.

La publicidad edictual dispuesta por la ley para la transformación no suple la notificación dispuesta por el artículo 75 a los acreedores y que trataremos a continuación, ni tampoco evita la del artículo 10, Si correspondiera de acuerdo con el tipo social adoptado.

Resumimos los efectos de esta publicidad en los siguientes:

- a) es un medio específico de imprimir publicidad y conocimiento al acto jurídico de la transformación;
- b) da comienzo al cómputo del plazo del inciso 2° del art. 77 respecto del balance;
- c) notifica a los acreedores a los efectos de que puedan oponerse al ejercicio del reembolso del receso, si los perjudica (art. 78);
- d) se convierte en momento a partir del cual no puede retractarse la transformación de acuerdo con el art. 80.

Razones técnicas y la necesidad de que funcionen adecuadamente los plazos mencionados imponen que la publicidad a que hacemos relación se efectúe antes de la instrumentación(75)(822). En todo caso, antes de producirla, deben esperarse que venzan los plazos del artículo 245, para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que los socios puedan ejercer su derecho de receso, puesto que el edicto debe mencionar el monto del nuevo capital, el que puede ser afectado por el mismo y también porque debe nombrar los socios con responsabilidad solidaria que se retiren, situación que puede darse precisamente por el ejercicio del derecho a la separación.

Las enunciaciones mínimas y obligatorias del edicto son: a) denominación y sede social; b) el tipo social anterior y el nuevo adoptado; c) monto y especificaciones del nuevo capital; d) socios de responsabilidad solidaria que se retiren.

e) La publicidad personal

El artículo 75 establece que la transformación no modifica la responsabilidad solidaria anterior e ilimitada de los socios, salvo que los acreedores la consientan. El principio es una aplicación de la regla que la transformación no altera los derechos y obligaciones (arts. 74, ley 19550 y 1195, Cód. Civil). Para todo ello se completa el cuadro publicitario destinado a superar todo anonimato en las relaciones jurídicas, estableciéndose una notificación personal a cada acreedor social de la circunstancia de que va a instrumentarse una transformación social.

Del segundo párrafo del artículo 75 surge que se presume el consentimiento del acreedor, si no se opone a la transformación dentro de los treinta días de notificado personalmente. Esta notificación, en consecuencia, no puede ser suplida por la edictual. Se diligencia mediante anoticiamiento documental (carta documento; telegrama; acta notarial o cualquier otro medio fehaciente), en la persona del acreedor o apoderado debidamente facultado. A partir de tal notificación se le impone al acreedor la obligación de exteriorizar su expresa oposición, considerando el silencio como consentimiento con el acto. Como consecuencia de ello, para cada acreedor corre un plazo singular de treinta días(76)(823), a partir de la recepción de notificación particular. La oposición que pudiere manifestar el acreedor sólo tiene por virtualidad mantener la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior de los socios. No puede, en modo alguno, considerarse que esta oposición tiene efectos impeditivos del acto jurídico de la transformación, desterrándose cualquier analogía con la oposición del acreedor en la fusión, quien tiene para sí un derecho análogo al que tienen los acreedores frente a la venta del fondo de comercio (art. 83, inc. 2º) y cuya inaplicabilidad respecto de la transformación fue expresamente dispuesta por el artículo 81 de la ley 19550.

Es probable que el plazo de treinta días venza antes de que la transformación sea inscrita en el Registro Público de Comercio, e interesa determinar si ello implica de por sí la liberación de la responsabilidad personal e ilimitada hacia las deudas anteriores que tenían esta garantía subsidiaria. Entendemos que no, puesto que la oponibilidad o eficacia de las reglas de la responsabilidad derivadas del tipo elegido solamente derivan de la inscripción (art. 12). La inscripción jugaría en este caso como una suerte de condición suspensiva de la liberación. Si la obligación debe cumplirse antes de haberse producido la registración, los socios con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsabilidad personal e ilimitada no podrán alegar la falta de oposición del acreedor a la transformación, tras la notificación practicada a tenor del artículo 75, puesto que a ello le falta el requisito registral que otorga efectividad al tipo electo. Si, por el contrario, la obligación es exigible sólo después de producirse la registración, rige plenamente la liberación aludida.

Se extingue también la responsabilidad personal de los socios si el acreedor contrata con la sociedad luego que ésta haya adoptado un nuevo tipo social. En tal situación, la ley considera que si para el acreedor la sociedad le merece confianza mercantil y negocial, no tiene sentido mantener un doble régimen de responsabilidad, teniendo en cuenta que la contratación hace suponer indubitadamente el conocimiento de las responsabilidades propias del tipo(77)(824). En términos generales, la solución que plantea esta disposición legal es apropiada, aunque no dudamos en manifestar que pueden producirse algunas situaciones injustas frente a la concertación de contrataciones complementarias (tal vez de escaso monto, como servicios técnicos, reparaciones) de otras originarias, sin advertir el cambio de la responsabilidad del tipo, derivado ello precisamente de la celeridad con que se realizan algunas de ellas, provocando, en consecuencia, la pérdida de la garantía subsidiaria por las obligaciones anteriores, lo cual pueda justificar algunas soluciones basadas en la equidad y que mitiguen el carácter de la presunción(78)(825).

Son cuestiones complejas las que se derivan de los contratos de duración o de ejecución continuada, donde el cumplimiento de prestaciones ulteriores a la transformación, pero siempre integrantes del contrato de origen, no nos parecen con virtualidad suficiente para suponer el consentimiento presumido por la ley.

Cabe preguntarse qué sucede si se omite toda clase de notificación personal a los acreedores afectados. Entendemos que solamente se mantiene la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los socios que la tengan sin afectarse la legitimidad y procedencia del acto de transformación.

Por ende, no tiene sentido practicar esta notificación, si ninguno de los integrantes de la sociedad tiene responsabilidad personal e ilimitada por las obligaciones sociales.

f) Instrumentación

Mediante esta etapa se consigue la expresión documental de todo el proceso, ya que se modifica el contrato o estatuto social, disponiéndose las bases de organización y estructura del nuevo tipo social. Básicamente, la instrumentación la cumple quien está legitimado para expresar la voluntad social vinculando las decisiones internas con la actuación externa.

A tal efecto, sin perjuicio de haberse obtenido una resolución válida del órgano de gobierno de la sociedad, la documentación de la transformación presupone la actuación del órgano que, de acuerdo con el contrato o estatuto tiene la representación de la sociedad (art. 58, ley 19550). El art. 77, inciso 4° dispone que el otorgamiento del acto instrumental de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

transformación debe hacerse por los órganos competentes de la sociedad que se transforme, con lo cual rigen las disposiciones pertinentes según los distintos tipos sociales y el modo de actuación establecido en los distintos contratos o estatutos (arts. 127 128, 136 143. 157, 268. 318). También es factible que intervenga un apoderado con facultades para este otorgamiento.

El texto legal también dispone que concurren los nuevos otorgantes. Ello es explicable perfectamente, ya que hasta ese momento no han ingresado en el elenco societario y, en consecuencia, la decisión del órgano de gobierno no los obliga y la actuación del representante legal tampoco los vincula con el acto jurídico, por lo que deberán asistir a la instrumentación, expresar su consentimiento, incorporarse a la sociedad, suscribir e integrar la parte que les corresponda en el capital social. Farina entiende que si el acto de transformación se refiere a una sociedad anónima, el instrumento debe llevar además la firma de accionistas que representen la mayoría de acciones con derecho a voto, de acuerdo con las exigencias del artículo 244 in fine. No participamos de tal opinión, ya que la instrumentación queda reservada a la actuación del órgano representativo competente, la que por sí halla su legitimación en la válida decisión del órgano de gobierno (asamblea o reunión de socios)(79)(826) .

También se requiere, por la comentada disposición legal, la agregación de la copia del balance. Esto presupone, sin duda, que este documento contable haya sido aprobado por los socios y puesto a disposición de los acreedores por el término del artículo 75. La disposición 5/74 de la autoridad administrativa de la Capital Federal exigía la transcripción del balance en la escritura correspondiente. Tal exigencia no se mantiene en las normas de la resolución general 6/80 de la IGJ.

Teniendo presente que el artículo 186 de la ley 19550, reformado por la 22182, exige un capital mínimo (en la actualidad de \$ 120.000.000), corresponde plantearse la cuestión de si en el supuesto caso de operarse una transformación en sociedad anónima habrá también que respetar dicho capital mínimo. No constituyendo este requisito uno de los considerados tipificantes, la exigencia no rige para las transformaciones, criterio que, por otra parte, viene sosteniendo válidamente la Inspección General de Justicia. Sin embargo, tal no es el criterio de la Dirección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, la que resolvió en un caso exigir la integración de un capital mínimo frente a la transformación, por entender que la operación supone la adopción de un nuevo tipo legal con adecuación a sus disposiciones (art. 369)(80)(827). Reiteramos, en tal sentido, nuestra posición, que entiende que el capital mínimo sólo es exigible en las sociedades por acciones al tiempo de su constitución y no durante la vida de la sociedad, ya que, una vez constituida ésta, rigen otras disposiciones, como, por ejemplo. la que determina la reducción obligatoria del capital cuando las pérdidas insumen las reservas y el cincuenta por ciento del capital (art. 206), y la que dispone que se produce la disolución por pérdida del capital social (art. 94, inc. 5).

La ley exige que el acto instrumental indique los socios que se retiran, sea

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tanto por decisión convencional o por ejercicio del derecho de receso y, por supuesto, que se respeten las formalidades del nuevo tipo que se adopta. Sugerimos la siguiente estructura instrumental:

I. Otorgantes (Comparecientes y concurrentes)

- a) Organo de representación;
 - b) Nuevos integrantes del elenco social(81)(828);
 - c) Cónyuges comprendidos dentro del artículo 1277 del Código Civil;
 - d) Integrantes de los órganos de administración y fiscalización que corresponda integrar, de acuerdo con el nuevo tipo adoptado, a los efectos de manifestar su aceptación con los cargos conferidos.
- Las normas de la resolución general 6/80 establecen que los socios y miembros de los órganos respectivos deben mencionarse con indicación de los datos personales requeridos por el artículo 11, inciso 19 de la ley 19550.

II. Estipulación

- a) Expresión documental de resolver la transformación o de ejecutar la decisión en tal sentido, adoptada oportunamente mediante el acuerdo social;
- b) Expresión documental de introducir modificaciones en el estatuto o contrato social, si también ello se resolviera;
- c) Redacción íntegra del contrato o estatuto, de acuerdo con el tipo social que se adopte, respetando las enunciaciones necesarias de acuerdo con aquél;
- d) Mención relativa al acuerdo social, si lo hubo previamente, y al balance y su aprobación;
- e) Expresión documental del asentimiento conyugal (art. 1277, Cód. Civil), si correspondiere;
- f) Mención de los socios que se retiran y del capital que representan, o indicación que no se ha hecho uso del derecho de receso;
- g) Suscripción e integración del capital social de acuerdo con las características del tipo elegido;
- h) Integración de los órganos sociales correspondientes y aceptación del cargo por parte de los nominados;
- i) Expresión relativa a la existencia o inexistencia de oposiciones;
- j) Apoderamientos para la realización de trámites administrativos y registrales complementarios.

III. Atestaciones notariales

- a) Relación y agregación, en su caso, de la documentación que acredita la existencia de la sociedad, las modificaciones ulteriores y la personería de los órganos intervinientes;
- b) Transcripción del acta que instrumente el acuerdo social y de las constancias del libro de asistencia a asambleas, si correspondiere(82)(829);
- c) Declaración de que, de acuerdo con los antecedentes relacionados,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se ejercitó o no el derecho de receso;

d) Indicación relativa a la publicidad edictual realizada y su resultado.

Si la sociedad que se transforma adopta un tipo social cuya constitución exige la escritura pública, el acto debe ser extendido en esta misma forma (art. 165, ley 19550). Si la sociedad que se transforma es por acciones y, por consiguiente, constituida en escritura pública, su transformación en otra de tipo cuya constitución no exigiera la escritura pública en forma obligatoria, también debería documentarse por escritura pública, por extensión y aplicación de lo dispuesto en el artículo 1184, inciso 10 del Código Civil.

10. REGISTRACIÓN

La registración del acto está ordenada por el artículo 77, inciso 5° de la ley de sociedades comerciales. Previo a ello, corresponde que se practiquen las publicaciones edictuales mencionadas por el art. 10, si el tipo elegido estuviera comprendido entre sus disposiciones. Mediante la registración, la transformación adquiere su eficacia y oponibilidad a terceros (art. 12).

Puede suceder que, al resolverse la adopción de un nuevo tipo social, se hayan integrado los órganos respectivos con personas físicas distintas de las que administraban y representaban la sociedad bajo su tipo anterior. Interesa, en consecuencia, determinar a partir de qué instante los nominados quedan legitimados para ejercer sus funciones respectivas. No se trata, en este caso, de una sustitución de administradores producida dentro de la normal renovación de autoridades sociales, cuya falta de registración no sería óbice al ejercicio inmediato de sus actividades, pudiendo oponerse tal designación a la sociedad, de acuerdo con la interpretación corriente de los arts. 60 y 12 de la ley 19550. Tampoco el caso muestra analogía con la solución adoptada por la ley para la fusión donde, al producirse la disolución de la sociedad o sociedades comprendidas, los administradores de la sociedad creada o de la incorporante serán representantes necesarios de las sociedades disueltas (art. 84, tercer párrafo). Aquí la integración de los órganos compatibles con la nueva estructura societaria responde a la necesidad jurídica de respetar el modo de funcionar y vincularse con los terceros del nuevo tipo adoptado, cuya oponibilidad y eficacia serán alcanzadas plenamente a través de la inscripción registral correspondiente, sin que el acto de transformación ocasione la disolución social o altere los derechos y obligaciones, no sólo de la sociedad, sino también de quienes la administran y representan hasta que ella sea inscrita. Consecuentemente, los nuevos órganos o integrantes de ellos comenzarán a desempeñar sus funciones a partir de la registración. El inciso 59 del comentado art. 77 también dispone la inscripción de la copia del balance, y la debida en los demás registros que correspondan al tipo de sociedad o por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio y sus gravámenes. Cuando la ley se refiere a los registros que correspondan por el tipo de sociedad, se alude al Registro Nacional de Sociedades por Acciones, mencionado en el artículo 8 de la ley 19550, que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no fue creado, lo que determina la imposibilidad de cumplir tal disposición. Las otras inscripciones, en realidad, no se tratan de registraciones autónomas o que impliquen una mutación de carácter sustancial en la inscripción preexistente. En efecto teniendo presente que la propia naturaleza jurídica del acto de transformación no ocasiona la disolución de la sociedad y, por lo tanto, no existe transmisión o sucesión patrimonial, debe tenerse presente que dicho movimiento registral sólo importa una anotación complementaria de la ya existente, mediante la cual se anoticia que la sociedad titular del bien inscrito ha variado su tipo social y, en consecuencia, modificado también su denominación. Estos asientos se cumplen generalmente en el Registro de la Propiedad Inmueble, Registro de la Propiedad Automotor, Registro de Marcas y Patentes, Registro de la Propiedad Intelectual, Registro de Créditos Prendarios.

La norma legal dispone que las inscripciones deben ser ordenadas y ejecutadas por el juez de registro, cumplida la publicidad a que se refiere el apartado tercero. La norma no es apropiada técnicamente. Primero, porque presupone que el Registro Público de Comercio está a cargo de un juez en todo el ámbito de la República Argentina, lo que no es así. Pero dicha observación, en cierta forma, queda mitigada después de la sanción de la ley 22280, que modifica el artículo 19 de la 21768 y dispone que el registro de los contratos constitutivos de las sociedades comerciales, sus modificaciones, y toda otra función atribuida por la legislación comercial al Registro Público de Comercio, a los registros, jueces, jueces de registro, tribunal de comercio o autoridad registral quedan indistintamente a cargo de los organismos judiciales o administrativos que, en cada jurisdicción, determinen las leyes locales. Segundo, porque las inscripciones no deben ser ordenadas, cumplimentada la publicidad edictual del inciso 3º, sino más bien cuando haya concluido íntegramente el proceso de transformación y el instrumento respectivo haya sido inscrito registralmente, con lo cual adquiere oponibilidad genérica y a partir de cuyo momento debe comunicarse ella a los bienes que integran el patrimonio social. Tercero, porque no tiene sentido reservar en forma exclusiva al juez o autoridad registral mercantil la atribución de ser el único encargado de disponer tales diligencias complementarias. En este sentido, la variación de la realidad de un registro para adecuarla a la nueva realidad extrarregistral se encuentra debidamente legislada en la ley 17801 (en lo que hace al Registro Inmobiliario), en el art. 6º, al disponer que la situación registral sólo variará a petición de: a) el autorizante del documento que se pretende inscribir o anotar, o su reemplazante legal; b) quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar. La amplitud de esta mención legítima para requerir la mutación no sólo a la autoridad de registración, sino también a la propia sociedad y aun a todo tercero (v. gr.: acreedores legítimos), que, en salvaguardia de sus derechos, solicite la anotación respectiva. Precisamente, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro de la Capital Federal, en ese entonces a cargo del doctor Edgardo M. Alberti, resolvió dar a tal actividad registral un correcto encuadramiento, indicando que los particulares pueden acudir directamente a requerir las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

anotaciones correspondientes (expediente Peña de Alzaga Unzué y Cía. SAC s/transformación, 216/74 primera instancia firme), motivando la sanción de la disposición técnico-registral 8/75 de la Capital Federal(83)(830), que considera como documento idóneo el instrumento público representado por las escrituras modificatorias expedidas por el registro mercantil, sin necesidad de que dichos testimonios sean expedidos para fin alguno(84)(831). En la provincia de Buenos Aires, tal situación mereció la sanción de la disposición técnico-registral 5/78, que dispone que sólo será necesario presentar una solicitud de inscripción por cada inmueble, firmada por el secretario del juzgado correspondiente o por el escribano autorizante del título, su adscripto, reemplazante o suplente, que deberá contener nombre de la sociedad resultante de la transformación, fusión o escisión, identificación del inmueble con los requisitos que establece el artículo 5° del decreto 5479/75, datos de la inscripción en el Registro Público de Comercio, transcripción del auto que ordena la inscripción(85)(832).

De ambas disposiciones registrales solamente conserva su aplicación la dictada por el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, no así la de la Capital Federal, sustituida por las normas del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17801. Este cuerpo legal, demasiado extenso, ha introducido verdaderas excepciones de índole reglamentaria en el texto de la ley, vulnerando principios constitucionales, sin perjuicio de adolecer del defecto de no aprovechar la constante aplicación de principios y disposiciones precedentes que no ofrecían dificultades operativas. En lo que hace al tema que nos ocupa, el art. 113 dispone que, en los casos previstos en los artículos 74 y 77 de la ley 19550, la toma de razón de la transformación, fusión o escisión de la sociedad comercial titular del asiento debe ser dispuesta judicialmente. Al documento en el que conste la transformación, fusión o escisión, deberá acompañar, para su registro, el oficio respectivo, en el que se deberán individualizar con precisión los inmuebles objeto de la inscripción. De tal modo, la norma citada involuciona sobre el desarrollo alcanzado, recarga inútil y parasitariamente la actividad de la autoridad registral mercantil, al encargarle la relación individualizada de los bienes inmuebles, sin advertir que, surgiendo ellos de documentos auténticos (escrituras inscritas), carece de sentido adoptar recaudos sobreexigentes y desconoce las reglas generales que en materia del principio de rogación contiene la ley 17801 y que, en definitiva, es la que debe reglamentar.

11. RETRACTACIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN

La transformación puede dejarse sin efecto requiriéndose en todo caso un nuevo acuerdo social. Precisamente, este distracto necesita de las mismas mayorías requeridas para la decisión de la transformación. El art. 80, en su primera parte, repite la norma del artículo 77, inciso 1°: se requiere acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario y lo dispuesto para algunos tipos societarios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El indicado artículo 80, además, establece que la oportunidad de resolver la transformación caduca si ella se hubiere publicado. Anaya(86)(833) plantea que la norma no aclara a qué publicidad se refiere; es decir, si a la del inciso 3° del art. 77, genérica para todos los tipos sociales, o a las del art. 10, que rige solamente para las sociedades de responsabilidad limitada y las por acciones. Por ello, nos permitimos coincidir en que la regulación de la oportunidad de resolver la retractación no ha sido adecuada, ya que más lógico hubiese sido disponer que ello pueda suceder hasta tanto la transformación se hubiese registrado, con la prevención de que el acuerdo de distracto debe publicarse del mismo modo como lo fue el de transformación(87)(834). Pero, por otra parte, señalamos que no advertimos que exista una imposibilidad técnica de que ello sea resuelto así, ya que, en definitiva, no juzgaríamos procedente una resolución judicial o administrativa que imponga la continuación obligatoria del trámite. Finalmente, la norma exige que no se inflijan perjuicios a socios o terceros. En general, no creemos que a los terceros se les pueda ocasionar perjuicios por la retractación, ya que todo el procedimiento de transformación tiende a resguardar sus derechos. En todo caso, podría sostenerse que, si se le hubiese practicado a los acreedores la notificación del artículo 75, se los induciría a suponer un hecho que luego no se produce; pero, como hemos visto anteriormente, la liberación de la responsabilidad subsidiaria de los socios sólo se produce a partir de la inscripción registral, con lo que tampoco en este caso puede entenderse que se les cause perjuicio, sin que ello sea óbice para que, a fin de respetar la buena fe imperante en las relaciones negociales, se imponga la conveniencia de practicarles una nueva notificación personal, informando la rescisión.

Tal vez, si la transformación importara la incorporación de nuevos socios (caso del art. 77, inc. 4°), su rescisión les impida o frustre la posibilidad de ingresar como tales, pero en dicho caso habrá que ver qué grado de contratación o compromiso generó la sociedad, para determinar si dicha situación se halla comprendida dentro de las responsabilidades genéricamente contractuales o dentro del ámbito de protección del artículo 80.

En cuanto a los socios, debemos distinguir si la transformación, a su tiempo, provocó el ejercicio del derecho de receso o no. En este último caso, la decisión de transformarse y luego de retractarse, adoptada dentro de las mayorías impuestas por la ley, agota toda posibilidad de perjuicio. Si, por el contrario, como consecuencia de resolver la sociedad la transformación, se hubiese ejercido el derecho de receso, puede interpretarse que, en tal caso, la retractación ocasiona perjuicios a los socios recedentes, en cuyo caso debe estimársela improcedente, salvo que medie expreso consentimiento de los recedentes en reincorporarse a la sociedad.

12. LAS PREFERENCIAS

El art. 79 consagra el principio de que la transformación no afecta las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

preferencias de los socios, salvo pacto en contrario. El sentido de esta norma implica el derecho a mantener las situaciones especiales contempladas en el contrato o estatuto social, las que no podrán verse afectadas por el hecho de que la sociedad adopte un nuevo tipo social, salvo consentimiento o la existencia de un pacto en contrario, expreso. El derecho a mantener las preferencias no implica la inmutabilidad en los cargos de administración, representación o fiscalización, de acuerdo con el tipo social elegido.

13. DERECHO DE RECESO

El derecho de receso, si bien solamente es legislado en el artículo 245 y dentro del capítulo correspondiente a las sociedades anónimas, es aplicable a los demás tipos sociales, cuando, para la adopción del acuerdo social que decide la transformación, no sea exigida la unanimidad (art. 78). Pueden ejercerlo los socios disidentes o ausentes. De acuerdo con el principio estatuido por el art. 245, cuya aplicación es congruente no sólo análogamente sino por el que fluye de los conceptos genéricos, el derecho puede ejercerlo quien no votó favorablemente dentro del quinto día, y los ausentes, dentro de los quince días de clausurada la asamblea. Si, de acuerdo con el tipo social respectivo y las normas contractuales que rijan al efecto, las reuniones se realizan por el sistema de consultas, el cómputo del plazo comienza cuando se evacua la última de ellas, a partir de cuyo momento se reputa concluido el acuerdo social(88)(835).

En doctrina se discute si existe alguna distinción conceptual entre el vocablo "disidente", empleado por el artículo 78, y "disconforme", utilizado por el art. 245. También se plantea cuál es el alcance que deba darse al voto abstenido(89)(836). Pensamos que ambas cuestiones son resueltas por la propia letra del artículo 245, tercera parte, que considera titulares del derecho de receso a quienes no votaron favorablemente y a los ausentes, por lo que el voto abstenido, no importando, en rigor de verdad, un voto favorable, genera la posibilidad de ejercitar el derecho a la separación(90)(837).

Los plazos se computan en días corridos. El primero lo constituye el día inmediatamente posterior al de la clausura de la asamblea o reunión.

Este instituto es de orden público, y el propio artículo 245 condena de nulidad a toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave su ejercicio. Ello no impide considerar su no aplicabilidad cuando la modificación se halle prevista o precisada en el contrato o estatuto(91)(838), es decir, que, si previamente se había determinado que la sociedad podía transformarse en otro tipo determinado, los socios disidentes carecen de la posibilidad de peticionar el receso.

Para determinar el régimen de adquisición de las partes de los socios precedentes, el artículo 79 efectúa una remisión al artículo 245, el que, a su vez, establece que las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance aprobado. En el caso específico de la transformación, éste es justamente el balance especial mencionado en el artículo 77, inciso 2°, y,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en consecuencia, sobre él se establecerá la parte que corresponda a quien ejerció este derecho(92)(839).

Vale la pena recordar que, cuando analizamos la problemática del balance especial, pusimos especial énfasis en los rubros atinentes a la valuación de los bienes. Efectivamente, un apartamiento notable del valor real de las partes sociales es condenado por la ley en el artículo 13, inciso 5°, y el artículo 1788 bis del Código Civil (agregado por la ley 17711) dispone que en la liquidación parcial de la sociedad por fallecimiento o retiro de algún socio, la parte del fallecido o saliente se determinará, salvo estipulación en contrario del contrato social, computando los valores reales del activo y valor llave, si existiese.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de receso no modifica ni afecta la responsabilidad del recedente hacia los terceros, por las obligaciones contraídas, hasta que la transformación no se inscriba en el Registro Público de Comercio (art. 78) . Como contrapartida de ello, los socios que permanecen en la sociedad garantizan solidariamente a los salientes por las obligaciones sociales contraídas desde el ejercicio del derecho de receso hasta la inscripción (art. 78 in fine). La responsabilidad del recedente, por las obligaciones sociales hacia terceros, funciona siempre y cuando, de acuerdo con el tipo societario de que se trate, el citado tenga responsabilidad personal e ilimitada. En los demás casos, si quien ejerza el derecho de separarse de la sociedad tiene responsabilidad limitada, la presente disposición no le es aplicable, por cuanto carece de sustento mantener una responsabilidad hacia terceros que no tenía de acuerdo con la categoría social que integra. Consecuentemente con ello, los socios que continúan en la sociedad garantizan al recedente la situación derivada del mantenimiento de la responsabilidad de éste hacia los terceros. En tal sentido, dicha garantía se concede sin tener en cuenta la responsabilidad propia que les corresponde, de acuerdo con el tipo social, con lo cual podría darse el caso de que un socio comanditario (con responsabilidad limitada a su aporte) pudiera garantizar personal e ilimitadamente a un socio comanditado recedente por las obligaciones sociales que se contraigan hasta la registración(93)(840) . ¿Qué sucede si, como consecuencia de las nuevas operaciones concertadas, el patrimonio social resulta insuficiente para hacer efectiva la parte del recedente? Anaya(94)(841) expresa que, frente a tal situación, el socio con responsabilidad limitada no podría invocar su limitación de responsabilidad frente al crédito emergente del receso, debiendo hacerse cargo de los perjuicios que se deriven de las obligaciones sociales realizadas entre el receso y la inscripción. No estamos de acuerdo con tan autorizada opinión, porque una regla que determine la ampliación de la responsabilidad personal del socio o accionista, más allá de la que le corresponde, de acuerdo con el tipo social, debe ser de interpretación restrictiva, ya que, en caso contrario, la garantía de inviolabilidad de la propiedad se halla en juego. El ámbito de aplicación del sistema ensayado por el artículo 78 debe interpretarse en el sentido de que solamente otorga garantía a los recedentes por la responsabilidad que les exijan los terceros acreedores por obligaciones sociales, contraídas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desde el ejercicio del derecho hasta la inscripción, y no en el sentido de que también otorga garantía por el importe que deban percibir con motivo del receso, con lo que excluimos toda posibilidad interpretativa que excluya o desvincule la última parte del artículo 78, de la primera(95)(842) .

El receso no puede hacerse efectivo mientras los acreedores afectados no hayan aceptado la transformación (art. 78). Esta disposición no es compatible con el verdadero alcance que se les asigna a los acreedores durante todo el proceso de transformación. Sin embargo, parecería justificarse la solución teniendo presente que la efectivización del derecho de receso puede exigir una reducción del capital, la que se rige por los principios que fluyen del artículo 204, que les concede a los acreedores del derecho de oposición regulado en el artículo 83, inciso 2°, hasta tanto no sean desinteresados o debidamente garantidos. Esta oposición tiene efectos impeditivos del acto, pues, precisamente, es la que nace como consecuencia de la publicidad de la transmisión de fondos de comercio. La convergencia normativa justifica efectuar alguna distinción. Si el receso puede hacerse efectivo mediante utilidades o reservas líquidas, con lo cual el capital no se ve afectado, no cabe imponer la suspensión del ejercicio del receso en favor de acreedores oponentes(96)(843), ya que el propio artículo 204 in fine excluye el procedimiento de oposición del art. 83, inc. 2°, cuando se opere por amortización de acciones integradas y se realice con ganancias y reservas libres. Ahora bien, si el receso requiere una reducción del capital, cabe juzgar procedente en su aplicación la norma del artículo 78, que concede al acreedor el derecho de oposición. Nissen solamente entiende de aplicación el artículo 204, a la reducción del capital de las sociedades por acciones y no en los demás tipos sociales(97)(844); aunque existen opiniones que indican que las normas del artículo 204 pueden aplicarse analógicamente a las sociedades por cuotas donde existe también la limitación de la responsabilidad(98)(845) .

14. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HACIA OBLIGACIONES ANTERIORES

Finalmente, destaquemos que el artículo 76 determina que, si con motivo de la transformación existen socios que asumen responsabilidad ilimitada, ésta se extiende a las obligaciones sociales anteriores a la transformación. Mediante esta disposición egal por vía de esta reorganización social, se beneficia a los acreedores con una responsabilidad subsidiaria que no tenían cuando contrataron. Se pretende justificar la norma por razones de índole práctica, evitando dos categorías de responsabilidades frente a las obligaciones sociales. Pero no advertimos el resultado esperado, ya que, por aplicación del artículo 75 y en los supuestos que allí se plantean, también coexistirán dos categorías de responsabilidades por las obligaciones sociales, entre quienes hayan consentido la transformación y quienes no. Tal vez pueda pensarse que el artículo 76, al agravar la situación del socio que asume responsabilidad ilimitada, extendiéndola retrospectivamente, desconoce, en cierta forma, que el derecho comercial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se inclina por el favor debitoris, o sea la liberación del deudor (art. 218, inciso 79 del Código de Comercio).