

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CURSO SOBRE "REORGANIZACIÓN DE SOCIEDADES COMERCIALES"() (487)*

EUGENIO H. J. GRIFFI (h.)

REUNIÓN DEL 26 DE JUNIO DE 1984

TEMA 1): Transformación de sociedades. Concepto. Caracteres. Proceso de transformación. Reformas introducidas al régimen de la ley 19550.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DR. GRIFFI. - La reorganización de las sociedades comerciales, uno de los aspectos principales que contiene la ley 19550, aparece como el medio idóneo de que nos dota la ley para permitir modificaciones o adecuaciones en los distintos tipos de sociedades que ella prevé. A través de la reorganización - concretamente, de la transformación, la fusión y la escisión - el legislador posibilita que las sociedades modifiquen sus estructuras, consoliden o dividan su patrimonio, todo ello orientado a mejorar, ampliar y perfeccionar las actividades económicas que desarrollan.

Hoy vamos a referirnos a la transformación de las sociedades comerciales. La transformación es un acto jurídico complejo, de cumplimiento sucesivo que se desenvuelve en distintas etapas con cumplimiento de recaudos formales. Para que exista la transformación como figura jurídica, son necesarios dos requisitos previos: el tipo social y la personalidad jurídica. Aquellas sociedades que no se adecuen a algún tipo societario - o sea, las que no actúen como sociedades regularmente constituidas - no podrían ser sujetos de una transformación. En igual sentido, es menester la existencia de la personalidad jurídica.

En definitiva, la transformación se presenta cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos en la ley. La normativa legal, al emplear esta expresión - la adopción de otro de los tipos previstos en la ley - nos está indicando que sólo aquellas sociedades constituidas con la adopción de un tipo son pasibles de transformación. De no verificarse esta cualidad, la transformación no es posible.

La ley 22903 introdujo como importante novedad el instituto de la regularización, que es la posibilidad de incluir una sociedad irregular dentro de alguno de los tipos previstos en la ley.

En realidad, en algunos aspectos la regularización podría entenderse coincidente o parecida a la transformación. La diferencia desde el punto de vista estrictamente jurídico la encontramos, en el caso de la regularización, en la inexistencia de tipo social.

Dijimos que la transformación se produce cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos en la ley. En otras palabras, hay un reemplazo de la estructura jurídica con la que viene desarrollando su actividad, tendiente al cumplimiento del objeto social, por la de otro tipo social previsto en la ley.

La ley 22903 ha introducido modificaciones importantes en el proceso de transformación, encaminadas todas ellas, según lo expresa la exposición de motivos, a simplificar el proceso. La modificación tiende a dotarlo, por un lado, de mayor agilidad, y por el otro, reforma de manera bastante importante todo el régimen de protección y de responsabilidad de los socios y de los acreedores.

El artículo 75 de la ley también fue reformado. En su redacción original establecía que la transformación no modificaba la responsabilidad ilimitada y solidaria anterior de los socios, salvo que los acreedores lo consintieran; consentimiento que se presumía si transcurridos treinta días desde la notificación, los acreedores no manifestaban una formal oposición al acto. Es decir que existía una notificación, una comunicación personal a los acreedores a fin de posibilitarles en el plazo de treinta días, oponerse al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acto.

En su redacción actual, dispone que la transformación no modifica la responsabilidad ilimitada y solidaria anterior de los socios, aun por obligaciones contraídas con anterioridad, pero que deban cumplirse con posterioridad al acto de la transformación, salvo que los acreedores lo consientan expresamente.

La diferencia radica en que ya no es necesaria la notificación o comunicación personal a los acreedores, bastando simplemente que el acreedor manifieste de modo expreso su consentimiento. Si no lo hace no puede modificarse la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior de los socios. Esto ocurriría, por ejemplo, si una sociedad colectiva se transforma en sociedad de responsabilidad limitada. Los socios de la colectiva responden solidaria e ilimitadamente y la única manera de limitar su responsabilidad por las obligaciones sociales anteriores a la transformación sería contando con el consentimiento expreso de los socios.

En realidad, esto no es más que la confirmación del concepto de continuidad de la personalidad jurídica. En la transformación hay continuidad de la persona jurídica; es la misma persona jurídica la que cambia su vestimenta, su estructura jurídica. De ahí la importancia que reviste la reforma al suprimir la notificación personal a los acreedores, que no hacía variar la responsabilidad que tenía la sociedad y los socios antes de la transformación.

El artículo 76 de la ley también ha tenido una importante modificación, ya que en su redacción actual dispone exactamente lo contrario de lo que establecía la redacción de origen.

Este artículo, según la ley 19550, determinaba que si en razón de la transformación existían socios que adquirían responsabilidad ilimitada, ésta se extendía a las obligaciones sociales anteriores. La ley privilegiaba a los acreedores otorgándoles una garantía extra que no habían tenido en mira al contratar. Esta era la garantía que presentaban los socios que asumían, a partir de la transformación, responsabilidad ilimitada y solidaria.

En realidad no se entendía con claridad cuál era la causa por la cual el legislador daba esta garantía adicional a los acreedores.

La redacción actual, luego de la ley 22903, dice todo lo contrario: si como consecuencia de la transformación hay socios que asumen responsabilidad ilimitada y solidaria, ésta no se extiende a las obligaciones contraídas con anterioridad. Vale decir, el acreedor queda colocado en la misma situación que tenía al tiempo de contratar con la sociedad, lo cual parece razonable desde todo punto de vista.

La modificación operada con motivo de la supresión de la comunicación previa a los acreedores repercute directamente en el ejercicio del derecho de recesso en materia de transformación. Efectivamente, la redacción originaria del artículo 78 establecía que el recesso no podía hacerse efectivo, es decir, pagarle a los socios que habían resuelto separarse de la sociedad con motivo de la transformación, sino hasta que los acreedores hubiesen prestado consentimiento al acto. Como señalamos, el consentimiento se entendía prestado si no había manifestación en contrario durante treinta días

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a partir de la notificación o si, con posterioridad, el acreedor hubiese contratado nuevamente con la sociedad.

Tampoco se advertía la verdadera intención del legislador al mantener esta garantía extra también para los acreedores, máxime cuando el primer párrafo del artículo 78 prescribía que los socios recedentes continuaban respondiendo frente a los terceros por las obligaciones contraídas hasta la inscripción de la transformación. Vale decir, se impedía efectivizar el recesso hasta que no hubiesen consentido el acto los acreedores, pero en realidad a éstos no se les daba una garantía mayor que la que hubieran tenido de haber prestado consentimiento para la transformación. Esta norma ha sido reformada como consecuencia de la supresión de la comunicación.

Reviste suma importancia la modificación introducida en el proceso concreto de transformación, es decir, en los requisitos y recaudos que debe cumplir la sociedad para concretar su transformación.

El inciso 1° del artículo 77 no ha sufrido modificaciones en sí mismo; establece que la transformación requiere acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario y lo dispuesto para algunos tipos sociales.

Digo que no ha sufrido modificaciones en sí mismo porque en principio, su texto es idéntico al del inciso 1° del artículo 77 de la ley 19550. Sin embargo, la ley 22903 ha introducido modificaciones realmente significativas en cuanto al régimen de mayorías en las sociedades de responsabilidad limitada.

Las sociedades de personas - colectivas, de capital e industria y en comandita simple - requieren aprobación unánime para la transformación. La regla es la unanimidad, salvo expreso pacto en contrario incluido en el contrato social. Esta cláusula no es infrecuente porque suele darse el caso de que sociedades constituidas bajo una forma determinada, por ejemplo, la sociedad colectiva, prevén la transformación de darse ciertos supuestos de hecho, como el crecimiento de la actividad empresarial, etcétera, por lo que se introducen cláusulas que regulan el modo en que serán todas las decisiones para operar la transformación.

No hubo modificaciones para las sociedades por acciones; sigue rigiendo la regla del artículo 244, cuarto párrafo, en cuánto exige la aprobación de la transformación por mayoría de capital, es decir, por más de la mitad del capital social.

En realidad, la ley habla del voto favorable de la mayoría de las acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad del voto y teniendo en consideración que para estas materias concurren las acciones preferidas que aun sin haber sido emitidas con derecho a voto, gozan de tal derecho en estos temas. Así lo determina el artículo 217 de la ley.

Pero la más profunda modificación se ha producido en la sociedad de responsabilidad limitada. La ley 22903 ha dejado de lado la anterior diferenciación que se hacía en cuanto al número de socios. Antes existían tres clases de sociedades de responsabilidad limitada: las de menos de cinco socios, las de cinco socios y menos de veinte, y las de más de veinte y menos de cincuenta y un socios, y se establecía que la sociedad que tuviese hasta veinte socios para ser transformada requería la aprobación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

unánime de todos ellos.

La ley en vigencia dispone que, en primer lugar, debe estarse a la regla que el contrato haya establecido, es decir, la previsión contractual expresa en materia de mayorías. Sin embargo, se fija un límite mínimo: ninguna modificación del contrato podrá aprobarse por una mayoría menor a la mayoría absoluta del capital. Y siempre será necesario el voto de más de la mitad del capital social. Luego dispone que si no hay previsión contractual, la reforma sólo resultará aprobada por el voto favorable de las tres cuartas partes del capital, e incorpora una regla que privilegia el factor personal dentro de las sociedades de responsabilidad limitada al determinar que si un solo socio cuenta con tres cuartas partes del capital, es necesario que concorra cuando menos el voto de otro socio más. En esta última norma vemos un resabio del carácter personal que el legislador ha querido darle a la sociedad de responsabilidad limitada y que ha resultado atemperado con la modificación hecha por la ley 22903.

Muy importante también es la reforma del inciso 2º del artículo 77 que si bien ha clarificado algunos aspectos que la doctrina controvertía, en rigor ha provocado algunas dudas que no son de fácil dilucidación.

Estatuye el inciso 2º que la transformación requiere la confección de un balance especial, cerrado a una fecha que no exceda de los treinta días anteriores a la del acuerdo de transformación, que debe ser puesto a disposición de los socios con una anticipación no menor de quince días y ser aprobado por las mismas mayorías necesarias para la aprobación de los balances de ejercicio.

La norma da origen a dos observaciones relacionadas, una con la fecha del balance, y otra, con la mayoría necesaria para su aprobación.

Con respecto a la redacción inicial de este inciso, hubo quienes sostenían que el balance podía ser de fecha posterior a la aprobación de la transformación. Y en cuanto a las mayorías, en líneas generales, aunque la ley no lo decía, se había interpretado que el balance de transformación debía recibir el mismo régimen de mayoría que requería el acuerdo de transformación.

La ley en vigencia establece que el balance no puede estar confeccionado a una fecha que exceda en treinta días la fecha del acuerdo de transformación. Es decir, si la transformación se aprueba el 30 de junio, el balance debe estar cerrado como máximo al 31 de mayo anterior.

A mi juicio, la primera crítica que merece esta disposición está referida a lo exiguo del plazo fijado. Treinta días para la confección de un balance aparece como un plazo breve, sobre todo si se tiene presente que no sólo se van a transformar sociedades pequeñas de responsabilidad limitada, sino también sociedades anónimas o en comandita por acciones, las que frecuentemente tienen complejas estructuras económicas cuyos balances son de difícil elaboración. Esta es la primera observación a esta cláusula.

El artículo 234 de la ley, en materia de sociedades anónimas acuerda a las asambleas ordinarias un plazo de cuatro meses para la aprobación del balance, y todos sabemos que este plazo posterior a la fecha del cierre del ejercicio es utilizado por las sociedades para confeccionar el balance de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejercicio.

No vemos con claridad cómo se podrá confeccionar el balance en el reducido lapso de treinta días, que tampoco se ajusta a la realidad toda vez que se exige que ese documento esté a disposición de los socios con quince días de anticipación, con lo cual el plazo se reduce aún más.

Por otra parte, en las sociedades por acciones deberá ser aprobado por el órgano de administración, el que deberá efectuar el llamado a la asamblea y publicar los edictos del caso.

La segunda cuestión que se plantea se relaciona con la mayoría con que debe ser aprobado el balance.

Cuesta entender la razón por la cual se ha optado por una mayoría diferente a la que se necesita para aprobar la transformación.

Como hemos señalado, el inciso 1º del artículo 77 exige una mayoría especial para la transformación, la cual, por regla general, no puede ser menor a la mayoría absoluta del capital social. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo del inciso 2º, para la aprobación del balance de transformación se requieren las mismas mayorías que para la aprobación de los balances de ejercicio, es decir, las mismas mayorías necesarias para aprobar las decisiones que son competencia de la asamblea ordinaria. Esto podría originar una situación de difícil solución, porque podría ocurrir que se apruebe el acuerdo de transformación y a la vez no darse aprobación al balance de transformación. Veamos un caso concreto.

Supongamos que una sociedad anónima tiene 10.000 pesos de capital, representado por 10.000 acciones de las cuales 6.000 tienen derecho a un voto cada una y 4.000, a cinco votos cada una.

Para resolver la transformación se necesita mayoría absoluta del capital, de donde con 5.001 votos será aprobada la transformación. No rige para el caso la pluralidad de voto, conforme al art. 244, 4º párrafo.

Siguiendo con el ejemplo en la asamblea extraordinaria, a la que concurre el ciento por ciento del capital, las 6.000 acciones de un voto aprueban la transformación, y las 4.000 de cinco votos, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 244 tienen derecho a un voto cada una, votan en contra. La transformación queda aprobada porque las 6.000 acciones reúnen mayoría suficiente.

De inmediato se trata el balance, para cuya aprobación juega la mayoría de la asamblea ordinaria; renace, pues, la pluralidad del voto. Tenemos por un lado las 6.000 acciones de un voto, y por el otro, las 4.000 acciones de cinco votos, que conferirán en conjunto derecho a 20.000 votos. Sumando obtenemos un total de 26.000 votos computables; la mayoría deberá reunir 13.001 votos, es decir, más de la mitad. En este caso votarían a favor del balance las 6.000 acciones de un voto, pero las 4.000, que dan derecho a 20.000 votos y que votaron en contra en el primer tema, votarían en sentido negativo a la aprobación del balance. En consecuencia tendríamos el acuerdo de transformación y rechazado el balance que da base a esa transformación.

Es indiscutible que no ha sido intención del legislador posibilitar que una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

minoría dotada de un mayor poder decisorio a través del voto plural, pueda imponerse y evitar que la transformación sea llevada a cabo.

El legislador privilegió a la mayoría del capital y no a la mayoría política, por lo cual esta disposición es criticable. Hubiera sido deseable que tanto el balance como el acuerdo de transformación tuviesen el mismo régimen de mayoría para su aprobación.

Por otra parte, no se concibe la transformación sin el balance que le da sustento patrimonial, porque únicamente por medio del balance los socios pueden tener real conocimiento de la situación patrimonial y saber si les va a resultar conveniente aceptar las nuevas obligaciones, la mayor responsabilidad en su caso, que pueda conferirles el nuevo tipo social a adoptar.

El inciso 3º del artículo 77 - que no ha tenido mayores modificaciones y es equivalente al anterior inciso 4º del artículo 77 - establece que una vez aprobada la transformación y el balance, debe otorgarse el acto que la instrumenta. Este instrumento es otorgado por el órgano competente de la sociedad transformada y debe contener una mención de los socios que se retiren, de los capitales que representan, y cumplir las formalidades correspondientes al tipo social que se adopte. En una sociedad de responsabilidad limitada que se transforma en anónima, por ejemplo, este instrumento será la escritura pública, en la que deberá dejarse constancia de los datos personales, de los socios, de la elección del directorio, de la suscripción del capital y dar redacción al estatuto que regirá a la sociedad.

Señalo - y esto, recogiendo la experiencia de la Inspección General de Justicia -, que en los casos de transformación en sociedad anónima, no será necesario dotar a la sociedad anónima transformada del capital mínimo, de 100.000 pesos en la actualidad; es decir que es posible que la sociedad continúe con su mismo capital sin variaciones.

En segundo lugar, tampoco es posible que se adopte el estatuto modelo, procedimiento a emplear únicamente para los casos de constitución de la sociedad, no de transformación.

En tercer término, tampoco es necesario que la sociedad dé cumplimiento a la inscripción preventiva del artículo 38, porque no hay transmisión patrimonial, sino que la sociedad que se transforma continúa inalterable en sus derechos y obligaciones; no se produce desplazamiento de bienes, a lo sumo habrá que rectificar la inscripción registral de los bienes anotados según el anterior tipo societario.

La diferencia que existe entre el inciso 3º del artículo 77, en su actual redacción y el inciso 4º del artículo 77 de la ley 19550, estriba en que en el texto vigente no se menciona el balance de transformación, que sí se incluía en la anterior redacción. De todas maneras, la Inspección General de Justicia ya había sostenido, luego de algunas vacilaciones, que no era necesario transcribir en el instrumento de transformación el balance aprobado por la sociedad; bastaba simplemente su agregación en el legajo respectivo.

¿En qué plazo deberá otorgarse el instrumento de transformación?

El inciso 3º dice que debe hacerse mención de los socios que se retiren y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los capitales que representan. Por ende, se puede afirmar que este instrumento no podrá ser otorgado sino hasta después de vencido el plazo acordado por la ley para que los socios hagan uso de su derecho a receder. El plazo ha sido fijado en quince días para los socios ausentes y en cinco días para los socios presentes y que votaron en contra. Vale decir que si la asamblea o la reunión de socios no ha adoptado la decisión por unanimidad y con asistencia del 100% del capital social, deberá esperarse el transcurso de cinco o de quince días posteriores a la clausura para otorgar el instrumento de transformación, según corresponda.

El inciso 4º trae importantes modificaciones y se refiere al régimen de publicidad de la transformación. Coherente con la idea de simplificar el trámite de transformación, el legislador redujo de tres días a un día el plazo de publicación. Precisa con mayor nitidez los recaudos que debe cumplir el edicto, las menciones que debe contener, y aclara que, de acuerdo con el tipo social involucrado - sociedad de responsabilidad limitada o sociedad por acciones - deberá incluir la publicación a que se refiere el artículo 10 - publicidad exigida tanto para la constitución como para la reforma del contrato social -; al incluirla el edicto de transformación se evita una ulterior publicidad.

Resulta así que, en su actual régimen, la transformación ha reemplazado las tres publicaciones que traía la redacción de la ley 19550, por una única publicación.

Anteriormente existían tres tipos de comunicaciones: la primera, la comunicación a los acreedores; la segunda, la publicidad propiamente dicha de la transformación, y la tercera, según el tipo social involucrado, la publicidad del artículo 10. Actualmente estas tres publicaciones se sustituyen por una única.

Otra novedad que aporta el inciso 4º es la mención, aunque indirecta, a la obligatoriedad de incluir en el estatuto de la sociedad, el nexo de continuidad en su denominación. Esta era una exigencia que en la Capital Federal venía requiriendo la Inspección General de Justicia y tiene su fundamento en la continuidad de la persona jurídica a través de una nueva estructura. Se exigía que en el estatuto se dejara constancia de que se trataba de la misma sociedad que había adoptado un nuevo tipo social. Ahora, aunque de modo indirecto, al exigirse que en el edicto se deje constancia de la identidad de la persona jurídica, se hace referencia a la necesaria inclusión en el estatuto del mentado nexo de continuidad.

No vale la pena detenernos en los demás requisitos que exige el inciso 4º respecto de la publicación del edicto porque son bastante claros.

El inciso 5º del artículo 77, con el que culmina el proceso de transformación, está referido a la inscripción del instrumento de la transformación en el Registro Público de Comercio. La norma no ha tenido modificación, salvo el último párrafo en el que el legislador ha precisado con mayor nitidez que las inscripciones que correspondan a la naturaleza de los bienes involucrados en la transformación - bienes registrables que integran el patrimonio de la sociedad que se transforma - deben ser ordenadas y ejecutadas por el juez o autoridad a cargo del Registro Público de Comercio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta disposición, que sin duda tiende a simplificar el proceso, a evitar el otorgamiento de nuevas escrituras, va a exigir, porque es la única manera en que podrá concretarse la inscripción registral, que en el instrumento de transformación se haga referencia a los antecedentes dominiales y registrales de los bienes que integran el patrimonio. Es éste el único modo en que esa misma escritura en la cual, por ejemplo, se asentó la transformación, luego de inscripta en el Registro Público de Comercio, pueda presentarse ante la autoridad registral pertinente - Registro de la Propiedad Inmueble, Registro Nacional del Automotor - y cumplirse con el trámite correspondiente. Esto es coherente como expresé - con la intención del legislador de simplificar el trámite de la transformación.

Una reforma importante tuvo el artículo 78, referido al derecho de receso. Se nota en la redacción de la ley 22903, una mayor precisión terminológica, una mayor claridad respecto de los valores a percibir por los socios recedentes y una mayor simplificación en el modo de ejercer este derecho.

Establece el artículo 78 que en los casos en que no se exija unanimidad - en general esto ocurre en las sociedades de responsabilidad limitada, en las sociedades por acciones y en las de personas cuando así lo dispongan los respectivos estatutos - los socios que votaron en contra y los ausentes tienen derecho de receso.

La ley anterior hacía referencia a los socios disidentes, con lo cual se había originado alguna controversia doctrinaria en orden a los socios que se hubieran abstenido en la votación, no quedando claro si la abstención debía computarse como voto negativo equivalente al voto en contra - posibilitando al socio abstenido a ejercer o no el derecho de receso.

Ahora se habla del socio que votó en contra y de los socios ausentes, los que tienen derecho a ejercer el receso, aunque el ejercicio de este derecho no modifique la responsabilidad frente a los terceros por las obligaciones contraídas hasta la inscripción de la transformación. En la actualidad, al suprimirse la notificación a los acreedores, el receso puede hacerse efectivo sin ninguna limitación en el momento en que haya sido comunicado por el socio que desea apartarse de la sociedad.

Dispone el artículo 78 que el receso debe notificarse dentro del plazo de quince días del acuerdo social, salvo lo previsto para los distintos tipos sociales.

Dijimos antes, cinco días para los socios presentes en caso de sociedades de responsabilidad limitada o por acciones, y quince días para los ausentes. En los demás casos rige el plazo común enunciado en el art. 78.

El reembolso - entendemos que se adoptó una buena solución - debe hacerse sobre la base de los valores que resulten del balance tenido en cuenta para la aprobación de la transformación.

Se agregó una modificación importante en el último párrafo del artículo 78. En su redacción original establecía que los socios que continuaban en la sociedad, garantizaban ilimitadamente a los socios recedentes por las obligaciones contraídas desde el ejercicio del derecho de receso y hasta su inscripción en el Registro Público de Comercio.

No se entendía muy bien esta disposición que imponía forzosamente una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsabilidad ilimitada aun a aquellos socios que no hubiesen modificado su responsabilidad limitada con motivo de la transformación. Un socio, por ejemplo, en una sociedad de responsabilidad limitada que se transformaba en sociedad anónima, que continuaba manteniendo su responsabilidad limitada, debía responder ilimitadamente con su patrimonio frente a los derechos de los socios salientes.

Esta norma en su actual redacción establece que únicamente los socios con responsabilidad ilimitada, la sociedad y los administradores responden frente a los socios que han ejercido el derecho de receso por las obligaciones contraídas hasta la inscripción en el Registro Público de Comercio. Se determina así lo que la doctrina reclamaba en relación a la responsabilidad de los socios, la que no se extiende cuando éstos no han adquirido, como consecuencia de la transformación, responsabilidad ilimitada.

El artículo 79, referido a las preferencias de los socios luego de la transformación, no sufrió modificaciones, por lo que consideramos ocioso detenernos en él.

Sí ha habido modificaciones significativas en el artículo 80, que regula la rescisión del acuerdo de transformación.

En su actual redacción, se dispone que el acuerdo de transformación puede ser dejado sin efecto mientras no haya sido inscripto, y en caso de haberse publicado se exige una nueva comunicación, es decir una nueva publicación que informe que el acuerdo ha sido rescindido.

Este texto se diferencia fundamentalmente del anterior, por cuanto éste establecía como límite temporal a la rescisión de la transformación, la circunstancia de que se hubiera publicado o no; de haberse publicado, ya no podía volverse atrás. Pero no se aclaraba qué razón o motivo había tenido en cuenta el legislador al establecer como límite la publicación. Una nueva publicación informando que la transformación quedaba sin efecto hubiera sido suficiente como garantía y protección de los terceros.

La reforma ha mejorado el funcionamiento del instituto, que algún precedente había sido sostenido por la Inspección General de Justicia, posibilitando la rescisión en tanto el acuerdo no haya sido inscripto en el Registro Público de Comercio.

El artículo 80 exige que la rescisión se apruebe con la misma mayoría necesaria que se requiere para aprobar la transformación.

El artículo 81 introduce un régimen novedoso de caducidad para el acuerdo de transformación; dispone que éste caduca - utiliza el término en forma imperativa - si dentro del plazo de tres meses de haber sido aprobado no es inscripto en el Registro Público de Comercio, salvo que el plazo resultare excedido por el normal cumplimiento de los trámites de inscripción ante la autoridad respectiva.

La primera observación que nos merece la norma es la referencia a una pauta subjetiva: ¿cuándo estaremos frente al normal cumplimiento del trámite ante la autoridad de contralor y cuándo este cumplimiento está fuera de lo normal? Voy a un ejemplo:

Una transformación es objetada por el modo en que fue confeccionado el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

balance de transformación, se corre vista a la sociedad para que lo modifique y, en su caso, en razón de la importante modificación que es introducida en el balance, sea aprobado por una nueva asamblea.

A su turno, las normas de la Inspección General de Justicia establecen que las vistas deben evacuarse en un plazo de diez días, que será reiterado por idéntico término si la sociedad no la responde. Transcurrido este segundo plazo de diez días, se archiva el expediente considerándose desistido el trámite.

Como difícilmente el nuevo balance podrá ser confeccionado en un plazo de veinte días, nos preguntamos qué ocurriría: ¿es ése el normal cumplimiento de los trámites o no lo es?

En segundo término, la ley establece imperativamente la caducidad del acuerdo si se excede el plazo de tres meses.

La primera duda que se plantea es la de determinar quién declarará la caducidad. ¿Estará obligado el organismo de contralor a declararla? ¿Está facultado para ello o se requerirá una decisión Judicial?

Cabe preguntarse además, por qué es tan rigurosa la solución del legislador cuando todos los socios pueden estar de acuerdo en excederse en el plazo de tres meses. Hemos visto que la transformación no perjudica a los acreedores, y sin embargo la ley dispone imperativamente la necesidad de declarar la caducidad del acuerdo, ante el solo transcurso del plazo.

Parecería más prudente la solución que el legislador ha dado para los plazos de caducidad del compromiso previo de fusión por el cual se posibilita a cualquiera de las sociedades participantes exigir la caducidad del convenio si se excede el plazo de tres meses en la obtención de las resoluciones sociales aprobatorias, pero éste es un resorte facultativo de la sociedad, no imperativo.

Concluyo así el desarrollo de la transformación haciendo una reflexión final.

Creo que el legislador ha resuelto satisfactoriamente algunos problemas relacionados con la simplificación del trámite de transformación, pero ha introducido dudas y complicaciones, muchas de ellas derivadas de la brevedad de los plazos establecidos, que van a ser de difícil cumplimiento. Y por otra parte, pienso que ha sido excesivamente duro con un instituto que en líneas generales en la práctica ofrecía mayores dificultades, desarrollándose los trámites de la transformación sin mayores inconvenientes.

Quedo a disposición de ustedes para contestar las preguntas que deseen formular.

PARTICIPANTE. - Respecto del artículo 77, inciso 4º, punto c) ¿cómo juega el principio de identidad con el de homonimia?

DR. GRIFFI. - Si la sociedad viene funcionando con una denominación determinada desde tiempo atrás y como consecuencia de la adopción del nuevo tipo resultare que ya existía otra persona jurídica con idéntica denominación, el organismo de contralor objeta la utilización de la denominación idéntica. Este criterio podría ser criticable porque la sociedad tiene una suerte de derecho adquirido en la utilización del nombre, pero es incuestionable que es atribución obligatoria del Registro Público de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Comercio velar por la diferenciación de las personas jurídicas inscriptas.

El problema no ha sido llevado a sede judicial y no hay palabra definitiva al respecto, pero la Inspección General de Justicia objeta en estos casos la utilización de idénticas denominaciones que ya han sido registradas.

PARTICIPANTE. - No me queda claro el tema del artículo 77, inciso 2º. En primer lugar dice que se exige la confección de un balance cerrado a una fecha que no exceda de un mes, y esta redacción da a pensar que se trata de un mes posterior al acuerdo. Y en segundo término, a continuación de lo expresado habla de que el balance se pondrá a disposición de los socios con no menos de 15 días de anticipación al acuerdo. Me parece que hay algo contradictorio ...

PARTICIPANTE. - ¿No es un mes anterior al acuerdo?

DR. GRIFFI. - Efectivamente, la redacción del inciso no es clara; pareciera que se trata de un mes posterior. Sin embargo, no resulta demasiado claro cómo podría aprobarse la transformación sin el balance que le da sustento patrimonial, con qué bases los socios van a resolver si les conviene o no la transformación o eventualmente receder si no cuentan con el balance, que es el reflejo patrimonial de la sociedad.

La misma duda surgía con la redacción anterior de este inciso, y se había interpretado que necesariamente el balance debía ser anterior. Inclusive parecería que la contradicción apuntada en cuanto a las mayorías, posibilitaría que la transformación se hiciese en dos etapas: en una primera se resolvería en abstracto la decisión de transformar, con lo cual, a mi entender, se trataría de una decisión impugnabile desde todo punto de vista porque el socio sólo podría receder en ese momento y no en la segunda asamblea que tuviese por objeto aprobar el balance de transformación.

La única interpretación que se compadece con el instituto es la que dijimos: que se trata de un balance hecho con treinta días de antelación a la fecha del acuerdo.

PARTICIPANTE. - Yo entendí en su exposición que el balance tenía que ser anterior al acuerdo. Lo que necesitaría mayor aclaración es el aparente poco tiempo que habría para confeccionar el balance especial porque ello podría demandar varios meses.

DR. GRIFFI. - Vayamos a un caso concreto.

La asamblea está prevista para el 30 de julio, el balance debe estar cerrado al 30 de junio. Se puede emplear varios meses para confeccionar el balance, con lo cual el 30 de junio no va a estar confeccionado. Todas las operaciones comerciales, los movimientos contables ocurridos hasta el 30 de junio, deben ser incorporados al balance. El síndico debe producir su informe y el directorio hacer su memoria al 30 de junio. El plazo es exiguo por razones de hecho. La sociedad cierra su ejercicio el 30 de junio, pero a esa fecha el balance no está hecho. Habitualmente se toman los dos o tres meses posteriores para hacer la registración a la fecha de cierre del ejercicio. Es una cuestión práctica. La sociedad, cuando prevea que hay que hacer la transformación, va a tener que trabajar arduamente y lo más probable es que utilice un balance posterior a un mes al balance del ejercicio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PARTICIPANTE. - ¿Qué tiene que hacer el socio en caso de receso respecto de los acreedores?

DR. GRIFFI. - El socio que quiere receder notifica a la sociedad su voluntad en tal sentido, y lo único que se establece es una garantía frente a los terceros por las obligaciones contraídas hasta la inscripción de la transformación.

Anteriormente la ley establecía que el recedente no podía recibir su cuota de receso si no había consentimiento de los acreedores. Si se quiere, había una garantía mayor para los acreedores, aunque en los hechos no era así, era una garantía aparente digamos, porque el recedente continuaba garantizando a los terceros por las obligaciones sociales contraídas. Además, la garantía se extiende a lo que el socio va a percibir como consecuencia del receso.

PARTICIPANTE. - ¿Se incluye en el instrumento de la transformación el derecho de receso del socio que lo ejerce . . . ?

DR. GRIFFI. - Se incluye en el instrumento de transformación y luego se refleja en el edicto que se publica a los efectos de la transformación. Lo dice claramente el inciso d) del artículo 77: los socios que se retiran o incorporan y el capital que representan.

PARTICIPANTE. - Si el acuerdo de transformación caduca a los tres meses de celebrado y de no haberse inscripto en el Registro Público de Comercio, ¿no sería una medida prudente pedir ampliación de plazo invocando razones?

DR. GRIFFI. - No soy vocero oficial de la Inspección General de Justicia. Creo, en líneas generales, que la Inspección va a ser benévola en la aplicación de esta cláusula porque no se ve el sentido práctico de declarar caduco el trámite de la transformación con el único objetivo de que los socios lo vuelvan a aprobar y a reiniciar el mismo trámite. Quizá los casos más recalcitrantes puedan ser motivo de esa caducidad, por ejemplo, si transcurre un año de otorgado el acuerdo y no se presentó al organismo respectivo.

De todos modos creo que sería prudente pedir la ampliación del plazo, aunque dudo si la Inspección tendría facultades para concederla.

PARTICIPANTE. - Tanto el plazo de treinta días del balance especial como el de quince días para ponerlo a disposición de los socios, me parecen demasiado exiguos.

DR. GRIFFI. - Insisto en que la reforma, si bien ha simplificado en líneas generales el trámite de la transformación, ha sido exageradamente rigurosa con los plazos, sobre todo en un instituto que no ocasionaba mayores dificultades. Sólo había algunas dudas de interpretación, que incluso habían sido disipadas.

PARTICIPANTE. - ¿El recedente interviene en la asamblea que trata la reducción del capital. . . ?

DR. GRIFFI. - El recedente no puede participar de la asamblea que resuelve la reducción del capital. Deja de integrar la sociedad desde el momento en que notifica su decisión, aunque el nuevo texto del artículo 245 le da una suerte de derecho residual porque se posibilita la revocación de la decisión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asamblearia motivante del receso, y en este caso el recedente readquiere su condición de socio. No es muy feliz, a mi juicio, la expresión "readquieren".

REUNIÓN DEL 27 DE JUNIO DE 1984

TEMAS: 2) Fusión de sociedades. Conceptos y clases. Caracteres. El compromiso de fusión: contenido. Proceso de fusión. Reformas introducidas al régimen de la ley 19550.

3) Escisión de sociedades. Concepto y clases. Proceso de escisión. Casos especiales. Reformas introducida al régimen de la ley 19550.

DR. GRIFFI. - Las dos figuras que vamos a delinear hoy, especialmente en aquellos aspectos que fueron motivo de reforma por la ley 22903, son las dos más importantes posibilidades para reorganizar sociedades que el legislador introdujo en la ley 19550.

Ambas figuras, tanto la fusión como la escisión, responden al fenómeno económico de la concentración de capitales. La fusión, en cuanto importa la consolidación de patrimonios en una misma persona jurídica; y la escisión, que si bien significa división, separación, ello no es más que un medio para dotar de patrimonio a otras tantas figuras jurídicas integrativas del mismo grupo empresario. En rigor, las dos situaciones encuadran dentro de la posibilidad de concentración de capitales y de concentración económica.

La fusión es un acto jurídico complejo, de cumplimiento sucesivo, que se verifica a través de distintas etapas de cumplimiento inexcusable, que presenta, al igual que la transformación, dos características nítidas: sólo pueden participar en el proceso de fusión las sociedades adecuadas a un tipo social y que tengan personalidad jurídica.

La ley, en su artículo 82, define dos clases de fusión: la fusión por consolidación y la fusión por incorporación.

Hay consolidación, o fusión propiamente dicha, cuando dos o más sociedades existentes se fusionan para crear una nueva sociedad. Las dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse y dan nacimiento a una tercera sociedad que incorporó los patrimonios de esas sociedades anteriores.

La fusión por incorporación se verifica cuando una sociedad existente incorpora a otra u otras que se disuelven sin liquidarse.

De lo dicho podemos extraer las notas típicas de la fusión.

En primer lugar, la unión de patrimonios; en segundo término, la agrupación de socios, nota muy importante porque en la fusión no son las sociedades las que van a recibir los beneficios de la incorporación o de la consolidación, sino los socios de las sociedades disueltas. En otras palabras, hay un agrupamiento de socios de la sociedad disuelta en la nueva sociedad, en la sociedad fusionaria o bien en la sociedad incorporante.

En tercer lugar, la fusión supone necesariamente la disolución cuando menos de una sociedad participante en el proceso, aun cuando, como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dijimos, no conlleva su liquidación.

La cuarta y última nota típica es la transmisión patrimonial, es decir, la transmisión del patrimonio de la sociedad disuelta a favor de la fusionaria o de la incorporante, según el caso. Esta es una transmisión a título universal y como consecuencia de ello no es necesario - ya entramos en aspectos prácticos - dar cumplimiento a la inscripción preventiva que establece el artículo 38, precisamente por tratarse de una transmisión a título universal. Si bien aquí hay una transferencia, que no existía en el caso de la transformación, no es particular sino a título universal, involucra activo y pasivo, de donde surge que no es menester cumplimentar aquella inscripción preventiva.

El artículo 82 ha tenido una importante modificación en su segundo Párrafo. Se ha clarificado cuándo se producen los efectos de la fusión, punto sobre el cual en líneas generales los autores sostenían criterios controvertidos que nacían de la letra estricta del anterior artículo 82.

Dice actualmente este artículo, que la nueva sociedad o la sociedad incorporante en su caso, adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de fusión y el estatuto de la nueva sociedad o el aumento de capital, según se trate de fusión por consolidación o fusión por incorporación.

La anterior redacción disponía que los efectos de la fusión se producían en virtud del "convenio definitivo de fusión", pero no quedaba demasiado claro a qué se refería porque había confusión terminológica en la utilización del vocablo "convenio". La ley empleaba indistintamente las palabras "convenio", "compromiso" y "acuerdo" para referirse tanto al compromiso previo como al acuerdo definitivo. No se precisaba con certeza cuándo se producían los efectos.

Entendemos por efectos de la fusión la unificación completa, la confusión patrimonial entre los patrimonios de todas las sociedades que participan en el proceso. Ha sido acertada la modificación al determinar en qué momento se van a producir los efectos.

El artículo 83 ha sido profundamente reformado. Si bien la reforma es realmente importante, yo diría más bien que se trata de una reforma que da precisión terminológica y clarifica las distintas etapas que deben cumplirse para consumar el proceso de fusión. En rigor, no es tan profunda la reforma desde el punto de vista conceptual como lo es desde el punto de vista ordenatorio o reglamentario de las etapas que deben cumplirse.

El inciso 1º, está referido al compromiso previo de fusión.

En su anterior redacción la ley no hacía referencia expresa a los elementos que debía contener el compromiso previo de fusión, el cual es un precontrato o acuerdo preliminar suscripto por los representantes de las sociedades y en el que se establecen los derechos y obligaciones que habrán de cumplir las sociedades participantes hasta el momento de completar la unificación patrimonial, o sea la fusión, y su inscripción registral.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En realidad, el compromiso previo de fusión sería el primer acto visible de la fusión, el primer acto con que las sociedades inician el proceso, aun cuando, por tratarse de un contrato complejo que debe incluir una serie de cláusulas específicas y en algunos casos de complicada elaboración, generalmente las sociedades realizan tratativas previas que a veces son instrumentadas en protocolos o cartas de intención anteriores al precontrato.

Y es así, porque para la suscripción del compromiso previo de fusión es necesario contar con los balances especiales de fusión, que deben confeccionarse siguiendo pautas específicas que la ley fija. De modo que al momento de suscribirse el compromiso previo de fusión ya deben estar confeccionados estos balances, que las sociedades necesariamente tienen que haber comenzado a preparar con miras a la fusión, con anterioridad.

Veamos cuáles son las referencias que debe contener el compromiso previo de fusión.

Debe contener una breve referencia a los motivos y finalidades que las sociedades han tenido en cuenta para decidir la fusión. La norma se refiere más bien a los motivos de tipo económico o de organización empresarial que se han estimado favorables para decidir el proceso de fusión, por ejemplo, la necesidad de concentrar patrimonios, de reducir gastos de administración, etcétera.

Debe incluir el balance especial de fusión, para cuya confección la ley da pautas bastante específicas. Primeramente se precisa la fecha en que debe confeccionarse. Las sociedades que participan en el proceso deben cerrar un balance especial a la misma fecha. La razón de ser de esta nota es clara ya que si se tratara de balances cerrados en fechas diferentes, sería imposible efectuar la comparación entre ellos y obtener la relación de cambio de las participaciones sociales de los socios.

La norma aclara la antigüedad del balance, que no puede ser anterior en más de tres meses a la fecha de suscripción del compromiso. Es ésta una medida plausible de la reforma porque pretende asegurar a los socios el conocimiento más cercano posible al momento en que deban decidir la fusión del estado patrimonial de las sociedades participantes.

Aquí vale la pena señalar lo que dijimos en la reunión de ayer respecto de la transformación. No vemos muy claro por qué en la fusión de sociedades se otorga un plazo de tres meses para preparar los balances y en la transformación se fija el brevísimo plazo de treinta días, teniendo en cuenta sobre todo que tanto en uno como en otro caso no sólo pueden involucrarse grandes sociedades sino a cualquier sociedad que la ley prevé, desde una colectiva hasta la poderosa sociedad que cotiza en Bolsa.

El mismo punto b) del inciso 1º, que estamos analizando rápidamente hace una referencia al modo en que el balance especial debe confeccionarse. Dice que debe hacerse sobre bases homogéneas, es decir, similares criterios contables para su confección, y tener idénticos criterios de valuación. La referencia es muy concreta e importante: los criterios de valuación deben ser idénticos, porque así se podrá determinar con claridad cuál es el valor de las acciones, de las cuotas o de las participaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociales de las sociedades que participan en el proceso.

Debe también contener el proyecto del estatuto que va a adoptar la nueva sociedad o bien la reforma que se incluirá en el estatuto de la sociedad absorbente, según se trate de una u otra clase de fusión.

Debe hacerse también una precisa mención a las relaciones de cambio, entendiendo por ellas las ecuaciones aritméticas o matemáticas de las cuales va a resultar la proporción exacta en que serán canjeadas las acciones, cuotas o participaciones de la sociedad disuelta por acciones, cuotas o participaciones sociales de la sociedad incorporante o de la fusionada, en su caso. Finalmente, en el compromiso previo pueden establecerse cláusulas que hagan a la administración de las sociedades hasta el momento de concretarse la inscripción del acuerdo definitivo. Limitaciones en cuanto a la gestión empresarial y garantías en cuanto al desenvolvimiento de las operaciones sociales. Con esta cláusula se buscan garantizar a todas las sociedades participantes que no se produzcan alteraciones sustanciales en sus patrimonios que puedan modificar la relación de canje.

Suscripto el compromiso previo de fusión, éste debe resultar aprobado en reuniones de socios de las sociedades participantes; vale decir, en las asambleas de las sociedades anónimas o en las reuniones de socios, con los requisitos de mayoría que la ley establece según el tipo de sociedad que participa en el proceso.

Este requisito es idéntico al que existe en materia de transformación: en la sociedad de personas la regla es la unanimidad, excepto convención en contrario; en la sociedad de responsabilidad limitada y en la sociedad por acciones, el principio es la mayoría absoluta del capital.

En este caso, consideramos que con acierto, se hace referencia a la aprobación del compromiso y también del balance con las mismas mayorías de capital.

Vale la pena señalar que en los casos de fusión por absorción o por incorporación, no rige esa mayoría calificada en relación a las sociedades absorbentes porque para ellas es equiparable a un aumento de capital, y como tal debe resolverse, no como un aumento que podría resolver la asamblea ordinaria sino como un aumento, de competencia de la asamblea extraordinaria. Esto resulta impuesto por el artículo 235 cuando marca que es competencia de la asamblea extraordinaria resolver sobre la fusión.

El legislador ha previsto también que deben quedar copias del compromiso previo de fusión, de los balances y del informe del síndico respectivo en la sede social con suficiente anticipación para que el socio y demás interesados puedan tomar conocimiento de las bases económicas de la fusión.

Aprobado el compromiso previo de fusión debe darse cumplimiento a la publicidad. Esta también ha sufrido una modificación importante. En realidad, no se trata de una modificación conceptual, sino más bien de procedimiento. Ya no se hace una remisión genérica al régimen de la ley de transferencia de fondos de comercio, sino que se establece un régimen propio para la fusión.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Anteriormente y de acuerdo con el régimen de la ley de transferencia de fondos de comercio, el plazo de la publicación era de cinco días, que en la actualidad ha sido reducido a tres.

Se aclara que la publicidad debe hacerse en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción de cada sociedad y en un diario de amplia circulación en el país.

Antes de la sanción de la ley 22903 y de conformidad con el régimen de transferencia de fondos de comercio, se establecía que debía publicarse en el diario de publicaciones legales y en otro diario que correspondía al lugar donde se encontraban los establecimientos comerciales, lo cual originaba algunas complicaciones porque a veces los establecimientos, sobre todo en materia de empresas agropecuarias, estaban situados en lugares remotos donde no había órganos de difusión propios y que tuviesen circulación en las zonas en que se hallaban radicados.

La solución prevista por el legislador es acertada. Incluso precisa con detalle cuál es el contenido del edicto a publicar, el cual presenta diferencias con el régimen anterior ya que por tratarse de la ley de transferencias de fondos de comercio no se hacía mención exacta a los recaudos que debe cumplir la publicación en los casos de fusión.

Tal vez encontremos la más importante modificación introducida por la ley 22903 en el régimen de oposición de los acreedores.

Según el régimen de la ley 19550, la oposición del acreedor obstaba a la continuación del proceso de fusión; impedía que el proceso culminara, siempre y cuando el acreedor no fuere desinteresado o debidamente garantizado. Inclusive si la garantía ofrecida no lo satisfacía, la ley hacía remisión a la Justicia para que en su órbita fuera resuelta la controversia.

Esa disposición generó serios inconvenientes porque en algunos casos la actitud de los acreedores fue casi coactiva obligando prácticamente a las sociedades a cancelar sus créditos ante la posibilidad, en caso contrario, de impedir la continuación del proceso.

Actualmente la ley amplía el plazo de oposición llevándolo de diez a quince días y establece que en caso de oposición de los acreedores, no se impedirá la concreción de la fusión, sino que se postergará el otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión hasta transcurridos veinte días de vencido el plazo de oposición. Se determina también que dentro del plazo de veinte días los acreedores podrán pedir embargo judicial de sus créditos.

Esta es la más importante modificación introducida por el legislador y tiene fundamento en que los acreedores en definitiva no sufrirían menoscabo porque la sociedad absorbente, la fusionaria, al ser receptora del activo y pasivo de la sociedad incorporada, mantiene la misma responsabilidad que aquélla.

Sin embargo, la norma no es tan benigna para los acreedores de la sociedad incorporante porque podría ser que se incorpore un patrimonio en el cual el pasivo fuera realmente tan importante que colocara en situación perjudicial a los acreedores de la sociedad incorporante, es decir, cuando la incorporada tiene un pasivo tan grande que puede comprometer de alguna manera la solvencia de la absorbente. Para estos acreedores habría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una mengua en su garantía, y quizá la solución que el legislador les da no sea la más acertada. Empero, desde el punto de vista genérico y dejando a salvo esa objeción, creo que la modificación es acertada.

Una vez cumplido el trámite de oposición de los acreedores y luego de haber sido éstos desinteresados o debidamente garantizados, debe otorgarse el acuerdo definitivo de fusión.

El acuerdo definitivo de fusión debe otorgarse por los representantes legales de las sociedades que participan y contendrá los siguientes elementos: las resoluciones aprobatorias de la fusión, las resoluciones aprobatorias de los balances y, por ende, del compromiso previo de fusión; la nómina de socios que han ejercido el derecho de receso, con mención de los capitales que representan; la nómina de acreedores oponentes y, en su caso, aquellos que han sido garantizados y aquellos que han sido desinteresados; una referencia a las medidas cautelares trabadas y a la incidencia que pueden tener en los activos de las sociedades.

Destaco que la Inspección General de Justicia requiere que en los casos en que no haya habido socios recedentes ni acreedores oponentes, esto se mencione en la escritura o en el instrumento que da forma al acuerdo definitivo de fusión.

Asimismo, al acuerdo definitivo de fusión debe agregársele - con lo cual se supera un viejo conflicto en cuanto a si el acuerdo debe contener o no la descripción de los balances - los balances especiales de cada sociedad así como un balance consolidado.

El balance consolidado es un balance único en el cual se refleja el estado patrimonial una vez concluida la fusión, una vez producida la amalgama de los patrimonios. En el caso de la sociedad fusionaria, será el balance de iniciación - digamos así - de ésta la que refleje la confusión de los patrimonios de las sociedades disueltas; y en el caso de incorporación, será un nuevo balance de la sociedad incorporante el que refleje la absorción del patrimonio de las sociedades disueltas. Este también ha sido un recaudo que la Inspección General de Justicia viene exigiendo desde tiempo atrás porque simplifica todo el trámite de la aprobación contable de la fusión.

Cumplido el otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión, debe inscribirse en el Registro Público de Comercio.

Si bien no de un modo sustancial, han sido mejoradas la redacción y la técnica legislativa del artículo 84, que establece que en los casos de constituirse una nueva sociedad, el instrumento será otorgado por los representantes legales o por los órganos competentes de las sociedades fusionantes, con cumplimiento de las formalidades legales relativas al tipo social adoptado.

Incumbe a los órganos de la nueva sociedad dar cumplimiento, a su vez, a las normas necesarias para producir la cancelación registral de las sociedades disueltas, vale decir, llevar adelante la disolución de las sociedades que con motivo de la fusión han sido absorbidas o disueltas.

Pareciera que el artículo desdoblara el instrumento de la fusión, porque da la impresión, como dicen los incisos 4º y 5º del artículo 83, que una cosa es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la instrumentación del acuerdo definitivo y otra, el otorgamiento del instrumento de la nueva sociedad, en el cual se redacta el estatuto a que se va a sujetar la sociedad fusionaria.

Y esto no es así por dos razones: en primer término, porque en el compromiso previo ya se hace referencia al estatuto de la nueva sociedad - recordemos que el compromiso previo debe contener el proyecto del nuevo estatuto -, y en segundo lugar, porque la resolución de los socios que apruebe la fusión debe aprobar necesariamente el nuevo estatuto, puesto que sólo con su aprobación se dará nacimiento a la nueva sociedad.

En realidad, el acuerdo definitivo de fusión es también el instrumento idóneo para que conste en él el cumplimiento de todas las formalidades necesarias para la constitución de la nueva sociedad.

Vale la pena puntualizar que de constituirse una sociedad anónima, es necesario dotarla del capital mínimo exigido por el artículo 187, dejar integrados sus órganos de administración y fiscalización según el caso, aclarar el cuadro de suscripción e integración del capital, y no es necesario dar cumplimiento a la inscripción preventiva del artículo 38. No es posible constituir la nueva sociedad con adopción del "estatuto modelo" sino a través del trámite de constitución que reglamenta el artículo 26 de las Normas de la Inspección General de Justicia porque, básicamente, no se trata de un acto de constitución otorgado por socios individuales, sino de un acto social, emanado de sociedades, que da nacimiento a la sociedad fusionaria.

También el artículo 84 determina que en los casos de incorporación - o sea, en los casos de fusión por absorción -, incumbe a los órganos competentes de la sociedad absorbente instrumentar y cumplir la formalidad necesaria a la modificación contractual que se hubiese aprobado, así como la inscripción de la disolución y cancelación registral de las sociedades que se han disuelto.

La ley aclara, con buen criterio, que no es necesario hacer la publicidad a que se refiere el artículo 98 - publicación de la disolución -, recaudo que era exigencia en el régimen originario de la ley 19550.

Una vez que se ha dado cumplimiento a todas estas formalidades, se procede a la inscripción.

En el tercer párrafo del artículo 84 el legislador ha dado mayor precisión al modo de completar la inscripción de los bienes que forman parte de los patrimonios involucrados en la fusión.

Tengamos presente que en materia de transformación corresponde al juez o autoridad registral ordenar y ejecutar la inscripción en los registros pertinentes a la naturaleza de esos bienes.

En la fusión el legislador no habla de "ejecutar", sino simplemente "de ordenar la inscripción" y aclara cuál es el instrumento idóneo para que se cumpla la inscripción, haciendo referencia a la resolución de la autoridad de contralor que dispone la inscripción como el instrumento suficiente para proceder a la inscripción en los registros respectivos.

Esta norma ha provocado alguna duda en la Inspección General de Justicia porque luego de absorber al Registro Público de Comercio, dejó de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dictarse la resolución que aprobaba o conformaba el acto sujeto a control. Actualmente no hay ninguna resolución, sino que una vez que el trámite está aprobado, el Inspector General inscribe el acto directamente en el Registro Público de Comercio, en el libro que corresponde al tipo social. En consecuencia, es conveniente que en la escritura en la que se instrumente el acuerdo definitivo se haga la descripción de los bienes que se han de transferir, porque una vez que se inscriba en el Registro Público de Comercio será más sencillo proceder a su inscripción en los demás registros.

El artículo 84 también puso fin a diversas dudas que nacían en relación a la administración de las sociedades hasta que se concretara la fusión, o sea, hasta que se produjera la plenitud de sus efectos.

El cuarto párrafo de este artículo dispone que desde el otorgamiento del acuerdo definitivo y hasta su inscripción en el Registro Público de Comercio, la sociedad fusionaria o, en su caso, la incorporante, tendrán a su cargo la administración de las sociedades disueltas, suspendiéndose en tales funciones a los órganos respectivos de las sociedades disueltas.

Queda a salvo la posibilidad de pacto en contrario, que es importante ya que en algunos supuestos puede ser que a las sociedades convenga transferir la administración de sus patrimonios con anterioridad al otorgamiento del acuerdo definitivo, y se deja a salvo también, a favor de los administradores de las sociedades disueltas, la promoción de la acción de rescisión por justo motivo que reglamenta el artículo 87.

El artículo 85 de la ley no sufrió modificaciones.

No obstante vale la pena destacar que en materia de receso, el régimen ha sido profundamente reformado según resulta del artículo 245, estableciéndose una posibilidad de revocación posterior a la decisión asamblearia que motivó el ejercicio del derecho de receso.

En una última precisión sobre este tema digamos que los socios de la sociedad absorbente, es decir, de la sociedad incorporante, no tienen derecho a receder porque para ello rigen las reglas del aumento de capital, y en la actual redacción del artículo 245, el aumento de capital que posibilita el ejercicio del derecho de receso es aquel que compete a la asamblea extraordinaria e implique desembolso para el socio, situación que no se da en la fusión.

Los artículos 86 y 87 dan forma a tres modos de dejar sin efecto la fusión.

El artículo 87 reglamenta dos hipótesis: la caducidad y la revocación.

En rigor, la redacción de estos dos artículos en su texto original era bastante desprolija. Ahora se ha indicado muy bien la forma en que puede dejarse sin efecto la fusión. Para ello se introdujo, en primer lugar, la figura de la caducidad, lo que posibilita que las sociedades participantes dejen sin efecto el compromiso previo de fusión si transcurridos más de tres meses desde que ha sido suscripto no se han obtenido las resoluciones sociales aprobatorias pertinentes.

A diferencia de la transformación, en este caso el pedido de caducidad es facultativo para las sociedades participantes. Vale decir que si esta demora en la aprobación no las perjudicare, pueden optar por no hacer valer la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posible caducidad y continuar con la fusión.

En segundo término, reglamenta la revocación; establece que las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión pueden ser revocadas hasta tanto no haya sido otorgado el acuerdo definitivo de fusión. En este aspecto, la ley 22903 es más precisa que la 19550, aunque en el fondo la solución es idéntica: tanto en la redacción original como en la actual, la revocación sólo procede hasta el otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión.

No veo con claridad por qué razón se impide revocar esta decisión asamblearia sólo hasta el otorgamiento del acuerdo definitivo cuando los efectos de la fusión se producen recién con su inscripción registral. Era más coherente la solución dada en la ley 19550 porque el artículo 82, párrafo segundo, disponía que los efectos de la fusión se producían en virtud del convenio definitivo, y si entendemos por tal el acuerdo definitivo de fusión era lógico suponer que producidos los efectos de la fusión, ya ésta no podía volverse atrás.

Actualmente, al producirse los efectos con la inscripción registral, no parece adecuado que se limite la posibilidad de revocarla hasta el momento del otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión, máxime cuando la ley dispone que no debe causar perjuicios ni a la sociedad ni a los terceros ni a los socios. Les impone una limitación genérica protectora que obstaría a la revocación en los casos en que cualquiera de ellos resultare perjudicado.

El artículo 87 clarifica el modo en que puede rescindirse el acuerdo definitivo de fusión, al establecer que luego de otorgado el acuerdo definitivo de fusión y de existir justo motivo, cualquiera de las sociedades puede demandar su rescisión.

Aquí también podría formularse una objeción o una duda. Parecería que la rescisión sólo procede luego de otorgado el acuerdo definitivo. Sin embargo, me pregunto si de haber justo motivo para dejar sin efecto la fusión, ¿no sería posible entablar la demanda de rescisión antes del otorgamiento del acuerdo? Porque la posibilidad de revocar el compromiso de fusión o la resolución asamblearia que lo aprobó, ocurre siempre y cuando estén todos de acuerdo, situación que podría no darse en los casos de rescisión por justo motivo.

Es decir que la revocación requiere la aprobación de todas las sociedades que han participado, mientras que la rescisión por justo motivo es unilateral y se promueve solamente por quien tenga interés en hacerlo. De donde tal vez hubiera sido preferible posibilitar la acción de rescisión aun antes de otorgado el acuerdo definitivo si hubiese motivo para ello. Creo que este temperamento no estaría impedido por la regla del artículo 84, párrafo final, por el que se dispone suspender a los administradores en el ejercicio de sus funciones, porque deja a salvo la promoción de la acción del artículo 87 con el cual se cubriría la situación.

Dejo así esbozadas las principales modificaciones introducidas en materia de fusión, y pasamos a la figura de la escisión.

La escisión responde a la idea de división o desdoblamiento. Se trata de un patrimonio que se divide y con el cual se participa en la creación de una nueva sociedad o bien se crea una nueva sociedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es un acto jurídico complejo, de cumplimiento sucesivo, que requiere cumplir formalmente diversas etapas; y sólo pueden participar de un proceso de escisión sociedades reguladas, legalmente constituidas, y que sean sujetos de derecho.

El actual artículo 88 ha mejorado notablemente la definición de los distintos tipos de escisión que pueden efectuarse. Antes de la modificación de la ley 22903, se habían incorporado dos clases de escisión: la escisión - fusión y la escisión propiamente dicha. En un caso había creación de nuevas sociedades - una sociedad destinaba parte de su patrimonio a la creación de una o más sociedades nuevas -, y en un segundo caso, en el de la escisión - fusión, se daba cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a otra sociedad existente que lo incorpora, o bien cuando destina parte de su patrimonio para participar juntamente con otras sociedades existentes en la creación de nuevas sociedades.

La ley 22903 ha creado una tercera figura, la de la escisión - división, que es en realidad la escisión típica de la ley francesa, antecedente inmediato de nuestra ley 19550, y que consiste en la división del patrimonio de una sociedad para destinarla a la creación de dos o más nuevas sociedades. La diferencia fundamental estriba en que la sociedad escidente se disuelve, divide su patrimonio, lo asigna a la creación de más de una nueva persona jurídica y desaparece.

El legislador ha regulado la escisión - fusión a través de una remisión genérica a las normas de la fusión. El último párrafo del artículo 88 se remite, para los casos de escisión - fusión, directamente a las normas de los artículos 83 a 87, a los cuales acabo de referirme.

Donde la modificación ha significado un avance por la precisión que reviste el proceso es en materia de escisión - división y de escisión propiamente dicha.

La escisión propiamente dicha se presenta cuando una sociedad destina parte de su patrimonio a la creación de una o más sociedades, pero no se disuelve: es una escisión parcial, digamos así. En la escisión - división, la división es total: el patrimonio de la sociedad escidente se asigna en su totalidad a la creación cuando menos de dos nuevas sociedades.

Es evidente que si se creara una única nueva sociedad en el caso de la división, no estaríamos en un supuesto de escisión sino de transferencia total de una sociedad a otra, es decir, estaríamos ante la creación de una nueva sociedad con asignación del total del patrimonio de la otra sociedad.

El artículo 88 describe con precisión los pasos y etapas que deben cumplirse para obtener la aprobación de la escisión propiamente dicha o de la escisión - división.

Establece el inciso 1º que la escisión exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: la resolución social aprobatoria de la escisión y del balance especial confeccionado por las sociedades. En cuanto a las mayorías necesarias, es aplicable lo que hemos dicho para la fusión y la transformación.

El inciso 2º precisa las pautas para la confección del balance especial y dispone que no puede tener una antigüedad mayor a tres meses y que debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confeccionarse con una peculiaridad, que no se llega a entender con claridad. Dice que el balance debe presentarse como un "estado de situación patrimonial", y en verdad - el tema no es materia de mi área - cualquier balance es reflejo de un estado patrimonial. No se advierte bien a qué se ha querido referir el legislador. Pareciera que el balance a tener en cuenta para llevar adelante la escisión, debe ser un balance confeccionado con una valuación lo más real posible de los activos de la sociedad, para de esa manera determinar con exactitud cuál va a ser la proporción con que los accionistas participarán en las nuevas sociedades y posibilitar así ejercer o no el derecho de receso, según convenga a sus intereses particulares. Hubiera sido preferible aplicar el criterio de la valuación en materia de fusión.

El balance especial de escisión, según también lo determina el inciso 2º, debe estar a disposición de los socios con suficiente antelación y no debe ser de antigüedad superior a tres meses a la aprobación de la escisión.

Una vez aprobada la decisión de escindir, debe hacerse la atribución proporcional es importante por lo que voy a decir - de las acciones o participaciones sociales de la nueva sociedad a los socios de la sociedad escidente, o sea de la sociedad que destina parte de su patrimonio a la creación de la nueva sociedad.

Este punto, al igual que el anterior artículo 88, había suscitado diversas controversias. La ley, en su redacción original, hablaba - de atribución directa; ahora simplemente hace referencia a la atribución a los socios y, tanto en la ley 19550 como en su texto vigente, dice que debe ser proporcional. Esta es una nota característica de la escisión. Si bien la sociedad hace el sacrificio patrimonial, son sus socios los que reciben la contraprestación en acciones a emitir por la nueva sociedad y debe ser proporcional a las participaciones sociales de aquéllos. Vale decir que si un socio participa con un 10 por ciento en la sociedad escidente, deberá mantener esa misma proporción en el capital de la nueva o nuevas sociedades. Sin embargo, la resolución 16/74 de la Inspección General de Justicia admite que los socios dejen de lado esa estricta proporcionalidad entre sus participaciones sociales, siempre y cuando medie acuerdo unánime entre todos ellos. Esta resolución tiene su fundamento en que la participación de los socios en la nueva sociedad hace a su exclusivo interés, que es de contenido patrimonial. Por lo tanto, si un socio está de acuerdo en participar en proporción menor a la que tiene en el capital, de la sociedad escidente, no hay ninguna razón que lo impida.

La resolución 16/74 de la Inspección General de Justicia dio salida a conflictos que muchas veces se verificaban en las sociedades y que se pretendían resolver a través de la escisión como negocio jurídico indirecto, según la expresión de Otaegui, porque a través de la escisión, grupos de socios con intereses divergentes, opuestos, en algunos casos contradictorios, los resolvían mediante la distribución de las acciones de las nuevas sociedades del modo que más conviniese a todos ellos.

Por otro lado, la escisión también es utilizada en ocasiones para hacer divisiones hereditarias cuando el patrimonio del causante está conformado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por paquetes accionarios.

La ley ahora no dice expresamente que la atribución debe ser directa. El vocablo "directa" implicaba que el socio directamente debía recibir las acciones o participaciones sociales de la nueva sociedad. En realidad, al faltar la palabra directa, pareciera querer decirse que esta atribución no es un requisito esencial de la escisión. La falta de esta atribución podía verificarse en algunos supuestos, no de escisión propiamente dicha, sino de escisión - fusión únicamente, que se producirían, por ejemplo, cuando la sociedad incorporante - que es la sociedad que incorpora parte del patrimonio que le destina la sociedad escidente - decide no hacer el respectivo aumento de capital. Y esto se podía dar cuando la sociedad escidente tenía participación, a través de sus socios, en la sociedad incorporante. El ejemplo lo encontramos en el fallo dictado en los autos "Conarco Sociedad Anónima", en una actuación contra una resolución de la Inspección General de Justicia, que se publicó a principios de año. La resolución de la Inspección General de Justicia ahondó en las notas típicas del proceso de escisión, vale decir aquellas notas que debe contener un proceso de escisión para que éste no se desnaturalice. En un número del diario El Derecho de fines de 1983, comentó el fallo el doctor Otaegui e hizo una interesantísima exposición acerca de las notas esenciales de la escisión.

Continuando con el artículo 88, se clarifica también en el inciso 3º que ahora la reducción del capital será necesaria cuando haya ocurrido efectivamente, no así cuando la escisión se produce, por ejemplo, mediante la afectación de reservas libres que se destinan a la creación de la nueva sociedad. También la Inspección General de Justicia había sostenido en la resolución 16/74, que la reducción del capital de la sociedad escidente no era requisito esencial de la escisión. Y esto es así porque las reservas podían capitalizarse, y luego de capitalizadas, destinarse a la creación de la nueva sociedad. En consecuencia, con la resolución 16/74, se evitó un doble paso a la sociedad, cual era el de previamente capitalizar la reserva para luego destinarla a la creación de la nueva sociedad y reducir el capital volviéndolo al monto anterior al aumento.

Aprobada la escisión, debe procederse a su publicación.

La publicación ha tenido una regulación específica y concreta, que fija el plazo de tres días, se aparta del régimen genérico de la ley 11867 y precisa el contenido del edicto indicándose que debe publicarse en el Boletín Oficial y también en un diario de amplia difusión en la República, del mismo modo que en la fusión.

Luego de cumplidos los trámites de oposición de los acreedores, a quienes se les acuerdan los mismos derechos que en el proceso de fusión, se otorgan los instrumentos respectivos en los cuales se deberán cumplir las formalidades necesarias a los tipos sociales de las nuevas sociedades creadas en la escisión. Y aquí es interesante mencionar cuáles son las reglas prácticas que en este tema considera aplicables la Inspección General de Justicia: en los casos de escisión propiamente dicha o de escisión - división, debe cumplirse con la inscripción preventiva del artículo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

38; no puede constituirse con adopción del estatuto modelo y debe dotarse a las nuevas sociedades de los capitales mínimos exigidos por el artículo 187.

Creo haber reseñado en alguna medida las modificaciones introducidas tanto para la fusión como para la escisión.

Quedo a disposición de ustedes para aclarar las dudas que pudieran presentarse.

PARTICIPANTE. - ¿Por qué no se puede aplicar el estatuto modelo?

DR. GRIFFI. - Porque no hay constitución a través de socios personas físicas como lo reglamenta el art. 28 de las Normas. Es una sociedad la que crea una nueva sociedad.

PARTICIPANTE. - En el supuesto de la división hereditaria, ¿la escisión estaría combinada. . . ?

DR. GRIFFI. - El tema ha sido recepcionado en la resolución 16/74 de la Inspección General de Justicia.

La escisión casi nunca responde a la verdadera necesidad de reorganización empresarial. Difícilmente los socios de la sociedad escidente continúan participando en todas las nuevas sociedades, como ocurriría, por ejemplo, si una sociedad que tiene cinco establecimientos fabriles en otras tantas jurisdicciones resolviera crear para cada una de ellas una sociedad anónima y que sus socios continuaran en todas ellas.

La escisión ha sido utilizada más bien como un negocio jurídico indirecto ya sea para dividir o para solucionar conflictos entre socios con intereses divergentes o para dividir un patrimonio hereditario. El causante, por ejemplo, deja su patrimonio en paquetes accionarios y se divide luego entre sus hijos por medio de la escisión; cada uno de los hijos recibiría los bienes constituyendo su propia sociedad. No es que esté combinado, sino que es un reflejo de una realidad comprobada.

PARTICIPANTE. - ¿La Inspección General de Justicia aceptaría un proyecto de fusión por instrumento privado?

DR. GRIFFI. - De acuerdo con el tipo de sociedades involucradas no es exigible la escritura pública. Según el tipo de sociedad que se cree, sería factible.

PARTICIPANTE. - ¿El artículo 38 rige tanto para la fusión como para la escisión . . . ?

DR. GRIFFI. - Sí, rige en los casos de escisión propiamente dicha y escisión - división y fusión con creación de nueva sociedad.

PARTICIPANTE. - Aun en el supuesto de escisión no hay liquidación; la sociedad se disuelve, pero no se liquida.

DR. GRIFFI. - Sí, se disuelve sin liquidarse, porque hay una transmisión total del activo y pasivo de la sociedad a favor de las nuevas sociedades. Hay quienes sostienen que lo que se traduce tanto en la fusión como en la escisión es una suerte de continuación de la personalidad jurídica de las sociedades disueltas en las nuevas sociedades. No hay disolución en el sentido jurídico de la palabra; hay una suerte de continuación residual de la persona jurídica de la sociedad disuelta en una nueva sociedad. Este es el único modo de explicar cómo se podrían transmitir ciertos tipos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos que en principio son intransferibles, como el usufructo, por ejemplo.

PARTICIPANTE. - ¿Qué pasaría si una sociedad se escinde y sólo dos de los socios crean una nueva sociedad?

DR. GRIFFI. - En la medida en que la sociedad que se escinde no se disuelva, sería una decisión en la cual se destina parte del patrimonio para crear una nueva sociedad. Lo señalé al decir que en definitiva se estaría produciendo una separación de un grupo de accionistas, lo que es admitido por la Inspección General de Justicia siempre y cuando la decisión sea unánime.

PARTICIPANTE. - ¿Habrá en ese caso disolución parcial?

DR. GRIFFI. - No, hay una reducción proporcional del patrimonio de la sociedad escidente.

alternativa de la vida laboral. Envíenos sus comentarios en todos los países(3).(491)

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS REFORMADOS

Suscripción y aportes