

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL A LA TRANSFORMACIÓN Y FUSIÓN DE SOCIEDADES(*) (562)

FERNANDO I. VILLAFañE, PATRICIA MAZZADI y TERESA A. VECILLA(**) (563)

La reforma introducida al Cód. Civil por la ley 17711 al régimen de administración de los bienes de la sociedad conyugal trajo una modificación sustancial, al establecer que si bien el principio general del art. 1276 es que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, es necesario el consentimiento de ambos para disponer o gravar alguno de ellos. Debe tenerse en claro que se trata de una excepción, por cuanto la redacción confusa del artículo 1277 se oscurece aún más al emplear el término "consentimiento" como sinónimo de "asentimiento o venia" como si los actos que requieren dicha manifestación de voluntad fuesen la norma general. El derecho de administrar y disponer corresponde al cónyuge a quien la ley lo faculta para ello; el otro admite (asentir es simplemente admitir como válido lo que otro propuso o hizo con anterioridad), es decir, completa con un acto unilateral que perfecciona otro realizado anteriormente. Mientras que si fuese menester el consentimiento, esto presupondría un acto bilateral, un sentir común.

Los supuestos en que se requiere ese asentimiento son: a) para gravar o disponer de ciertos bienes gananciales; y b) para disponer del inmueble en que se halle el hogar conyugal y siempre que existan hijos menores o incapaces.

Nos interesa, en esta oportunidad, concentrarnos en el primero de los supuestos, y así, la restricción está referida a la disposición o gravamen de bienes gananciales cuando se trate de: 1) inmuebles, derechos, o bienes muebles cuyo registro hayan impuesto las leyes en forma obligatoria; 2) aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades; y 3) tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas.

De una apreciación primera y literal pareciera que la norma se refiere exclusivamente a los actos de disposición de determinados bienes, pero luego enlaza y confunde situaciones que nada tienen en común. Evidentemente el primer enunciado concuerda con lo que aparentemente es la intención de la ley, esto es, que ninguno de los miembros de la sociedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conyugal permanezca extraño a la suerte de los bienes comunes y que el cónyuge no administrador esté protegido contra el que lo es. Pero los dos restantes se proyectan más allá del campo del derecho civil extendiendo su influencia al del comercial, y es allí donde el intérprete debe conjugar las normas de uno y otro para armonizar y evitar la colisión de ambos. No existen dudas, sin embargo, acerca del acto de aportar bienes en dominio o en uso a sociedades, por cuanto el aporte en sí presupone sustraer del patrimonio conyugal algo que se transfiere a una entidad independiente, sea ésta civil o comercial. Pero la confusión sobreviene cuando se refiere a la transformación o fusión de sociedades de personas y los interrogantes son varios.

En primer lugar, ¿por qué el Cód. Civil legisla sobre una materia estrictamente comercial? Si bien es cierto que en el régimen de bienes de la comunidad conyugal, se incluyen las participaciones que sus integrantes posean en una sociedad comercial, tanto la transformación como la fusión son actos que realiza una persona jurídica independiente de los miembros que la componen. Si, en cambio, lo que la ley pretende es proteger la integridad patrimonial de la sociedad conyugal, debió referirse - en las sociedades de personas - a la cesión de sus partes y aún más, a toda disposición de bienes sin distinguir entre sociedades de personas y de capital.

Debemos tener en mira que a la sanción de la ley 17711, en materia de sociedades comerciales regían los arts. 282 al 449 del Cód. de Comercio y que éste no preveía ni la transformación ni la fusión en forma expresa, por lo que la modificación del art. 1277 del Cód. Civil fue un avance en la legislación; claro es que al no estar previstos dichos actos se entendían como transferencias hechas en común por los socios de un fondo de comercio, y por ende al ser aportes a una sociedad, tal vez la ley civil quiso amparar dicha situación. Pero una vez sancionada la ley 19550, ésta es la ley específica que rige en la materia, sobre todo en los institutos que nos ocupan, por lo que se concluye que no existe ya vacío legislativo que obligue a aplicar supletoriamente el Cód. Civil. En efecto, siendo el derecho comercial una rama autónoma del derecho privado, ya no es un derecho de excepción, por lo que agotada la letra y el espíritu de la ley debe recurrirse a las leyes comerciales análogas y luego a los principios del derecho mercantil y únicamente a falta de todos ellos debe entonces acudir a la ley común por aplicación de los arts. 16 del Cód. Civil y 207 del Cód. Comercial. Por lo tanto estando específicamente legisladas ahora por la ley de sociedades la transformación y fusión, los requisitos para las mismas deben buscarse en ella; y la detallada reglamentación que hace la ley 19550 no incluye la necesidad del asentimiento conyugal en caso de constituir los aportes sociales un bien ganancial, a pesar de que en la fusión se ha previsto el trámite de oposición de terceros acreedores.

Distinto sería el supuesto si el art. 1277 se refiriera a una restricción en la capacidad, por cuanto ello es de su competencia; pero en la especie no se trata de una disposición atinente a la capacidad de disponer sino que se trata de actos de una persona jurídica que se desenvuelve en el ámbito de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legislación que le es propia.

El segundo interrogante es: ¿cuál ha sido la intención de la ley, o cuál es el bien jurídicamente protegido? Si lo que se busca es el amparo del patrimonio de la sociedad conyugal, los casos que han quedado fuera de él son tantos y de igual o mayor magnitud que hacen caer el argumento por su propio peso. Tal es el caso de la reducción voluntaria de capital, la disolución y liquidación anticipada, la transformación de capital comanditado en comanditario, la transformación y fusión de sociedades de capital, la escisión, la reconducción, la regularización, el ejercicio del derecho de receso, la transferencia de fondo de comercio.

Ello nos lleva a concluir que cuando se trata de actos de disposición por los que el cónyuge administrador "sustraer" bienes del patrimonio conyugal para transferir su dominio a otra persona - física o jurídica -, dichos actos se perfeccionan con el asentimiento del otro o con la venia judicial; pero, no cabe duda, que adquirido el dominio por el tercero, la disposición de sus bienes es de su exclusiva potestad, por imperio del principio de seguridad jurídica. Si, en cambio, el requisito se refiere a la transferencia de la parte social del cónyuge, entonces la redacción se torna redundante, pues ya se encuentra comprendida en los dos primeros enunciados, esto es, toda disposición de bienes inmuebles, derechos o muebles cuyo registro han impuesto las leyes y el aporte de dichos bienes a sociedades. Por eso consideramos que la ley consideró la fusión y transformación como actos de disposición de los socios.

Analizaremos ahora la proyección de la norma en los casos específicos de transformación y fusión de sociedades comerciales y la naturaleza de estos actos, conforme su regulación actual.

La transformación según el texto del art. 74 de la ley 19550 no importa sino un cambio en el tipo social adoptado por otro de los previstos por la misma ley, y por ello la sociedad no se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones. Esto significa que se mantiene la misma entidad y por ende los únicos efectos que produce son: 1) un cambio de las relaciones internas entre los socios, que pasan a reglarse por las normas establecidas para la nueva forma adoptada; 2) eventualmente un cambio en la responsabilidad de los socios frente a terceros, cesando o adquiriendo responsabilidad solidaria e ilimitada según sea el tipo anterior y el adoptado; 3) algunas veces, modificación en la expresión del capital del que son titulares, que podría quedar representado en cuotas establecidas en el contrato o en títulos valores. Pero no existen efectos modificatorios en los derechos patrimoniales de los socios ya que no alteran sus condiciones de tales continuando en la misma sociedad y con el mismo capital.

Por lo tanto no puede considerarse la transformación como un acto de disposición de un bien ganancial, ni asimilarse sus efectos a un acto de tal naturaleza. Por otra parte no es una decisión personal del socio, sino una resolución social; a tal punto que, en las sociedades anónimas, en comandita por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada no se exige unanimidad sino que se adopta por una mayoría determinada de capital salvo disposición en contrario del estatuto o del contrato (arts. 244 y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

160 de la ley 19550), y aún más en el supuesto de las sociedades colectivas, en comandita simple y de capital e industria la ley no requiere como condición sine qua non la voluntad unánime, en cuanto admite pacto en contrario (arts. 131 y 139 de la misma ley).

De todo lo enunciado surge que la transformación no importa en sí misma un acto de disposición de la sociedad ni de sus integrantes.

En cuanto a la fusión, la situación es distinta ya que, según la definición del art. 82 de la ley, hay modificaciones que afectan a los entes intervinientes, ya que en los casos previstos hay sociedades que se disuelven - para incorporarse a otra existente o a crearse -, y eventualmente alguna, que si bien continúa o subsiste (la incorporante) ve variar su patrimonio, y sus integrantes.

Pero sin embargo no se puede perder de vista la continuidad de las personas jurídicas que intervienen, lo que se traduce en la asunción por la nueva sociedad o por la incorporante en su caso, de la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas comprendiendo también la incorporación de sus socios.

De ello deriva que normalmente no habrá alteración en el patrimonio de los socios, ya que el mismo se verá representado en la nueva sociedad o en la sociedad absorbente, por acciones o partes sociales proporcionales o equivalentes a las que les correspondían en las entidades disueltas. Ello, considerando la situación de éstas últimas, ya que en las sociedades incorporantes no se plantea ni siquiera esa alteración, razón por la cual queda fuera de toda duda la inaplicabilidad del art. 1277 del Cód. Civil, pero efectuamos la aclaración por cuanto la norma no distingue entre ambos supuestos.

Interesa destacar además que al igual que en la transformación no se trata de un acto personal del socio que puede ser adoptada sin su voto favorable y con las excepciones señaladas ut supra. Tampoco importa, por las razones expuestas, disponer del acervo individual de los intervinientes.

En conclusión, ni por la naturaleza de los actos ni por los efectos que producen existe disposición de bienes gananciales, sino una variación de los títulos representativos de la participación, no vulnera derechos ni la cuantía del haber de los socios.

Sin perjuicio de lo expuesto, es verdad que en algunos casos de transformación o fusión podrían existir actos de disposición por parte de los socios, cuando las mismas no se ajustan, en su modalidad, a sus consecuencias naturales. Ello sucederá cuando se alteren las relaciones de cambio que matemáticamente corresponden por los estados contables, lo que solamente puede realizarse por acuerdo unánime de los socios, por ejemplo cuando en una transformación en la que se capitalizarán reservas u otros resultados en forma proporcional a los capitales aportados por cada integrante; o en una fusión en que las acciones o cuotas sociales no se canjearen en función al cálculo estricto de la relación de canje.

En estos supuestos debido a que la voluntad personal resulta esencial para la modificación de las participaciones sociales existe un típico acto de disposición, y será necesario entonces, el asentimiento exigido por el art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1277 del Cód. Civil.

Una interpretación literal de su texto indicaría que sólo a estas situaciones alcanzaría la exigencia, ya que la norma dice: "Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges... para disponer o gravar los bienes gananciales. . . tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas."