

Capítulo XVII. – TRANSFORMACION, FUSION, ESCISION ..	241
TRANSFORMACION	
1. <i>Generalidades</i>	242
2. <i>Concepto</i>	243
2.1. Sociedades irregulares y de hecho	244
2.2. Sociedades en liquidación	245
2.3. Sociedades cooperativas	246
3. <i>Efectos</i>	246
3.1. En cuanto a la sociedad	246
3.1.1. Modificación del contrato	246
3.1.2. Mantenimiento de la personalidad jurídica	246
3.2. En cuanto a los socios	246
3.2.1. Responsabilidad	246
4.3. Balance especial	250
4.4. Publicidad	250
4.5. Otorgamiento del acto que instrumente la transformación	251
4.5.1. Otorgantes	251
4.5.2. Contenido	251
4.6. Inscripción	252
4.6.1. En el Registro Público de Comercio	252
4.6.2. En otros registros	252
5. <i>Revisión</i>	252

FUSION

6. <i>Generalidades</i>	253
7. <i>Concepto</i>	253
8. <i>Clases</i>	254
8.1. Fusión	254
8.2. Incorporación	254
9. <i>Efectos</i>	254
9.1. En cuanto a las sociedades participantes	254
9.1.1. Modificación de los contratos	254
9.1.2. Unificación patrimonial	254
9.2. Respecto de los socios	255
9.2.1. Derecho a participar en la nueva sociedad o en la incorporante	255
9.2.2. Derecho de separarse de la sociedad	255
9.3. Respecto de los acreedores	255
10. <i>Procedimiento</i>	256
10.1. Compromiso de fusión	256
10.2. Consentimiento de los cónyuges	257
10.3. Balance de fusión	257
10.4. Publicidad	258
10.5. Acuerdo definitivo	258
10.5.1. Partes	258
10.5.2. Forma	258
10.5.3. Contenido	259
10.6. Conformidad administrativa	259
10.7. Inscripción	259
11. <i>Cumplimiento del acuerdo</i>	260
11.1. Administración y representación	260
11.2. Participación de los socios de las sociedades disueltas en la nueva sociedad o en la incorporante	260
12. <i>Extinción</i>	261
12.1. Revocación	261
12.2. Rescisión	261

ESCISION

13. <i>Concepto</i>	261
14. <i>Modalidades</i>	262
14.1. Escisión incorporación	262
14.2. Escisión fusión	262
14.3. Escisión constitución	262
15. <i>Efectos</i>	263
15.1. En cuanto a la sociedad	263
15.1.1. Decisión de la sociedad	263
15.1.2. Disminución patrimonial	263
15.1.3. Reducción de capital	263
15.1.4. Disolución	264
15.2. En cuanto a los socios	264
15.2.1. Derecho a participar en la nueva sociedad o en la incorporante	264
15.2.2. Derecho a separarse de la sociedad	264
15.3. En cuanto a los terceros	264
16. <i>Procedimiento</i>	264
16.1. Escisión incorporación y escisión fusión	264
16.2. Escisión constitución	265
<i>Normas relativas a transformación, fusión y escisión</i>	266

Capítulo XVII

TRANSFORMACION. FUSION. ESCISION.

SUMARIO: TRANSFORMACION. 1. *Generalidades*. 2. *Concepto*. 2.1. Sociedades irregulares y de hecho. 2.2. Sociedades en liquidación. 2.3. Sociedades cooperativas. 3. *Efectos*. 3.1. En cuanto a la sociedad. 3.1.1. Modificación del contrato. 3.1.2. Mantenimiento de la personalidad jurídica. 3.2. En cuanto a los socios. 3.2.1. Responsabilidad. 3.2.2. Derecho de separarse de la sociedad. 3.3. En cuanto a los terceros. 4. *Procedimiento*. 4.1. Acuerdo de los socios. 4.2. Consentimiento de los cónyuges. 4.3. Balance especial. 4.4. Publicidad. 4.5. Otorgamiento del acto que instrumente la transformación. 4.5.1. Otorgantes. 4.5.2. Contenido. 4.6. Inscripción. 4.6.1. En el Registro Público de Comercio. 4.6.2. En otros registros. 5. *Revisión*. FUSION. 6. *Generalidades*. 7. *Concepto*. 8. *Clases*. 8.1. Fusión. 8.2. Incorporación. 9. *Efectos*. 9.1. En cuanto a las sociedades participantes. 9.1.1. Modificación de los contratos. 9.1.2. Unificación patrimonial. 9.2. Respecto de los socios. 9.2.1. Derecho a participar en la nueva sociedad o en la incorporante. 9.3. Respecto de los acreedores. 10. *Procedimiento*. 10.1. Compromiso de fusión. 10.2. Consentimiento de los cónyuges. 10.3. Balance de fusión. 10.4. Publicidad. 10.5. Acuerdo definitivo. 10.5.1. Partes. 10.5.2. Forma. 10.5.3. Contenido. 10.6. Conformidad administrativa. 10.7. Inscripción. 11. *Cumplimiento del acuerdo*. 11.1. Administración y representación. 11.2. Participación de los socios de las sociedades disueltas en la nueva sociedad o en la incorporante. 12. *Extinción*. 12.1. Revocación. 12.2. Rescisión. ESCISION. 13. *Concepto*. 14. *Modalidades*. 14.1. Escisión incorporación. 14.2. Escisión fusión. 14.3. Escisión constitución. 15. *Efectos*. 15.1. En cuanto a la sociedad. 15.1.1. Decisión de la sociedad. 15.1.2. Disminución patrimonial. 15.1.3. Reducción de capital. 15.1.4. Disolución. 15.2. En cuanto a los socios. 15.2.1. Derecho a participar en la nueva sociedad o en la incorporante. 15.2.2. Derecho a separarse de la sociedad. 15.3. En cuanto a los terceros. 16. *Procedimiento*. 16.1. Escisión incorporación y escisión fusión. 16.2. Escisión constitución.

Transformación

1. GENERALIDADES

Antes del actual régimen legal el cambio de un tipo social por otro ocasionó serias dificultades por la falta de una regulación apropiada y, además, las escasas normas vigentes a esa época generaban problemas interpretativos en torno de su aplicación.

Pero la realidad surgente del hecho económico que imprime una evolución en la dimensión de las empresas, de las que son titulares las sociedades, les imponía en determinado momento cambiar el tipo social para adoptar otro que por su estructura resultara más adecuado a sus requerimientos, lo que determinaba las dificultades apuntadas.

Las soluciones sustentadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia eran disímiles. Por un lado se sostenía la viabilidad de la transformación por:

- a) seguir subsistiendo la personalidad de la sociedad a pesar del cambio de tipo, sin producirse novación de la misma ya que conserva los atributos que la configuran (nombre, domicilio, patrimonio, capacidad, diferenciación entre el sujeto y las personas físicas que lo integran);
- b) falta de norma legal prohibitiva;
- c) el principio de libertad de las transacciones, reconocido por el ordenamiento jurídico en tanto no vulnere el orden público y los derechos de terceros;
- d) la diferencia entre la transformación y la transferencia de fondo de comercio, reglado por la ley 11.867, porque esta última tiene por fin la protección del interés del comprador y de los terceros, siendo inaplicable al caso de transformación, en que no hay comprador sino continuidad de la misma persona jurídica

y por no afectar a los terceros, dado que no desaparece el patrimonio, sus derechos siguen iguales.

Por otro lado se sostuvo que el cambio de tipo exigía la disolución de la sociedad y la constitución de una nueva, lo que significaba el cumplimiento de las normas que reglaban esos aspectos y consecuentemente de la ley de transferencia de fondos de comercio.

Fundándose en que la esencia de la personalidad jurídica no es nada más que un centro de imputación de derechos y obligaciones atribuidos a las personas físicas que forman parte de él, pero de actuación diferenciada (¹), concluían sosteniendo que el tipo reviste esencial importancia porque lo delimita en todas sus relaciones, de modo tal que no existe una personalidad sustantiva, sino referida a la sociedad particularizada.

Aunque, como señalamos, la legislación actual ha superado esta diferencia interpretativa y si bien se trata de un tema referido a todas las sociedades, incluimos su consideración por la importancia que asume cuando el resultado de la transformación es la adopción del tipo sociedad por acciones, principalmente anónima, como así también cuando éstas adoptan otro tipo que, aunque infrecuente, es probable.

2. CONCEPTO

La ley conceptúa que hay transformación “cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos” (art. 74). El empleo del adjetivo “otro” presupone la existencia de una sociedad típica (y no podría ser de otro modo en virtud de la sanción que el artículo 17 adjudica a las sociedades atípicas) que lo modifica.

(¹) COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*; CUETO RÚA, Julio, *Transformación de sociedades de personas en sociedades anónimas*, La Ley, T. 92, p. 750.

Este presupuesto que en principio es claro, sin embargo plantea dificultades respecto de algunas situaciones particulares, en que aparece dudosa la posibilidad de transformación, nos referimos concretamente a las sociedades irregulares, de hecho y las en liquidación.

2.1. *Sociedades irregulares y de hecho.*

Se niega la posibilidad que puedan transformarse porque "no es un tipo de sociedad admitido por la ley", sino que se trata de una sociedad viciada no declarada nula por razones prácticas, pero sometida a un régimen especial (2).

Es que se ha señalado que dado los intereses comprometidos por ellas en su actuación en el comercio, debían sustituirse los efectos de la nulidad por otros que no afecten los intereses de los terceros y es por eso que se le asigna un régimen diferenciado que respeta tales intereses.

Teniendo en cuenta que es el cumplimiento de la exigencia de la publicidad registral lo que le otorga el carácter de regular a una sociedad (art. 7), entendemos que en el caso de la sociedad por acciones (lo mismo que cualquier otra sociedad) que ha omitido tal publicidad y con posterioridad efectúa la inscripción en el Registro Público de Comercio, no se puede considerar transformación, sino regularización (3).

Distinto es el caso de la sociedad de hecho y de las instrumentadas conforme a uno "de los tipos autorizados" (art. 21) pero no inscripta, que en un determinado momento decidieran instrumentarse conforme a un tipo, en el primer caso, o modificar el tipo antes de regularizarse, en el segundo caso.

(2) HALPERÍN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, p. 714.

(3) HALPERÍN, *ob. cit.*, p. 714.

Si bien la opinión generalizada se inclina por la solución negativa, pareciera que ella no es tan clara por:

a) La ley no exige en forma explícita que se trate de una sociedad regular, sino típica; claro está que podría entenderse que la regularidad es un requisito fundamental del tipo, pero de ninguna manera podría ser así ya que el artículo 17 califica a las sociedades que les falte algún elemento de ese carácter como nulas, en cambio el artículo 21 a la sociedad que adolece de irregularidad la reputa válida pero sujeta al régimen legal que esa sección establece. En este aspecto la irregularidad, en principio, no afectaría la tipicidad;

b) A pesar de que la irregularidad es considerada una sanción y por eso su régimen legal establece efectos menguados respecto de las sociedades regulares, lo cierto es que están descriptas con efectos y características propias, y eso parecería en definitiva que encuadra en el concepto de tipo.

Esas razones nos inclinan a pensar que la negativa concluyente que excluye la posibilidad de transformación, debe ser revisada, al igual que en el caso de la sociedad en liquidación.

2.2. *Sociedades en liquidación.*

El fundamento para negar la posibilidad de transformación reside en que “no llenan ninguna función: su estado es contrario al de actividad plena que presupone la transformación” (4), añadiéndose que la conservación de la personalidad es a los efectos de la liquidación. En principio es cierto que carece de objeto transformar una sociedad en liquidación, pero no es menos cierto que la causal motivante de dicho estado

(4) HALPERÍN, *ob. cit.*, p. 715.

puede ser revocada, principio que está expresamente reconocido en los incisos 6, 8 y 9 del artículo 94 y que es aplicable a los demás supuestos; entonces podría la sociedad, simultáneamente con la revocación de la disolución, decidir su transformación para volver a su vida jurídica plena.

2.3. *Sociedades cooperativas.*

Les está prohibido transformarse en sociedades comerciales (art. 6 de la ley 20.337), motivo por el cual quedan excluidas de esta institución.

3. EFECTOS

Los efectos que produce la transformación, son:

3.1. *En cuanto a la sociedad.*

3.1.1. *Modificación del contrato:* El primer efecto es el de modificar el contrato, en cuanto significa el cambio del tipo social.

3.1.2. *Mantenimiento de la personalidad jurídica:* No obstante la modificación señalada en el punto anterior, el concepto formulado en el artículo 74 de que no se alteran sus derechos y obligaciones, significa que subsiste la misma persona jurídica con otro tipo social, de ahí que, como consecuencia del mantenimiento de la personalidad, expresa que la sociedad no se disuelve.

3.2. *En cuanto a los socios.*

3.2.1. *Responsabilidad:* La responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, en el caso que se trate de un tipo social preexistente en que todos o algunos de

ellos luzcan esa responsabilidad, tales los casos de las sociedades colectivas (art. 125), comanditas simples y por acciones para los socios comanditados (art. 134 y 315), de capital e industria para el socio capitalista (art. 141), que se transformen en anónimas, e incluso si se tratare de sociedades de responsabilidad limitada en los supuestos contemplados en el artículo 150.

A pesar de que el artículo 75 no lo dice debe entenderse que también se conserva el rasgo de subsidiariedad de esta responsabilidad, salvo el caso puntualizado de las sociedades de responsabilidad limitada, porque de lo contrario se vulneraría el principio de subsistencia de la personalidad jurídica.

Pero este efecto no es absoluto, puesto que la misma ley admite la modificación de la responsabilidad para transformarse en limitada si los acreedores lo admiten. Admisión que puede ser expresa o presunta, en este último caso cuando no manifieste oposición en el plazo de treinta días posteriores a la notificación personal de la transformación o si contratare con la sociedad con posterioridad a la transformación (art. 76).

También se prevé el caso inverso consistente en que si en el nuevo tipo adoptado hay socios de responsabilidad ilimitada, la misma es comprensible de las obligaciones sociales anteriores a la transformación (art. 76). Esta situación no puede darse en la transformación en sociedades anónimas, porque no existen socios de esta clase, pero sí en la transformación en sociedad en comandita por acciones respecto de los socios comanditados.

3.2.2. *Derecho de separarse de la sociedad*: Mediante el ejercicio del derecho de receso otorgado a los socios disidentes o ausentes en los supuestos que no

fuere necesario la unanimidad (art. 78). Los efectos del ejercicio de este derecho no afectan a los terceros en cuanto a su responsabilidad, que la conservan hasta que se produzca la inscripción en el Registro Público de Comercio, y en tal sentido los demás socios garantizan al recedente los efectos de su responsabilidad, emergente de los negocios efectuados entre el ejercicio del derecho de receso y su inscripción. Por lo demás el ejercicio de este derecho está condicionado a la aceptación de la transformación por parte de los acreedores (art. 78).

Distinto es el caso en que el socio, simultáneamente con la transformación y con el acuerdo de los otros socios, transmitiera su parte a los restantes o a un tercero que los otros socios aceptan, en este supuesto no hay ejercicio del derecho de receso ni, consecuentemente, disminución del capital social ni del patrimonio, por lo que entendemos que tratándose de una situación distinta debe admitirse. En lo que hace a la conservación de la responsabilidad se aplicará el principio ya analizado en cuanto al receso.

3.3. *En cuanto a los terceros.*

A los terceros acreedores la transformación les otorga el derecho a conservar la responsabilidad anterior de los socios como garantía del cumplimiento de las obligaciones de la sociedad, claro está que pueden renunciar a este derecho de modo expreso o de manera presunta si no se oponen en el plazo legal posterior a la notificación que se les debe efectuar o, en caso de omitirse la notificación, si contrata con la sociedad luego de transformarse.

4. PROCEDIMIENTO

El procedimiento consiste en:

4.1. *Acuerdo de los socios.*

Implicando la transformación una reforma sustancial del contrato social, se exige que el acuerdo sea unánime, admitiéndose dos excepciones en que bastará la mayoría para decidirla, tales son: a) cuando el contrato social lo establece, cláusula que será válida siempre que la ley permita apartarse del criterio de la unanimidad sustituyéndola por el de la mayoría, así el caso de las sociedades colectivas (art. 131), comandita simple (art. 139), de capital e industria (art. 145), en cambio quedan excluidas las sociedades de responsabilidad limitada de menos de veinte socios (art. 160) en las que no se permite la modificación de la unanimidad; y, b) cuando la ley dispone para algunos tipos sociales la mayoría en reemplazo de la unanimidad, tales las sociedades de responsabilidad limitada de veinte o más socios, las anónimas y las comanditas por acciones en que se requiere la mayoría absoluta de las cuotas o de las acciones emitidas sin aplicarse la pluralidad de votos, y votando las acciones preferidas sin derecho a voto (art. 160, 244 y 316).

Por otra parte, el modo de prestar el acuerdo es en la reunión de socios o la asamblea, según el tipo de sociedad de que se trate.

4.2. *Consentimiento de los cónyuges.*

De acuerdo al artículo 1.277 del Código Civil se requiere el acuerdo de los cónyuges de los socios para la transformación de las sociedades de personas, siempre y cuando su participación tenga el carácter de bien ganancial. Surgen dudas sobre el cumplimiento de esta

exigencia en los casos de transformación de sociedades de responsabilidad limitada y comandita por acciones en cuanto a los comanditados, pero tales dudas se despejan si tenemos en cuenta que esas partes sociales son bienes que para transferirse requieren su registro, por lo tanto es necesario este consentimiento.

4.3. *Balance especial.*

Es el que determinará la situación patrimonial de la sociedad al momento de la transformación. Su finalidad es informar sobre esta situación tanto a los socios, que deben aprobarlo conforme a las normas que rigen el tipo social respectivo, como a los acreedores, ya que debe quedar a su disposición en la sede social durante el plazo de treinta días posteriores a su notificación.

Dos cuestiones plantea este balance; una, consistente en decidir la transformación sobre el balance normal del ejercicio, que entendemos posible siempre que exista simultaneidad entre su aprobación y la decisión de transformación. La otra, íntimamente relacionada con la anterior, consiste en determinar cuánto tiempo debe mediar entre la fecha del balance y la reunión o asamblea de socios que lo aprueba, teniendo en cuenta que el documento contable requiere un cierto tiempo para su confección. La autoridad de control de Santa Fe ha admitido que el lapso debe ser razonable, sin establecer un tiempo determinado.

4.4. *Publicidad.*

Debe efectuarse en el periódico de avisos legales de la sede social y de sus sucursales durante tres días, explicitando los datos referentes a la denominación, sede social, tipo social anterior y el adoptado, nuevo ca-

pital que se fije, sus especificaciones y por último el nombre de los socios de responsabilidad solidaria que se retiren.

Esta publicidad es de mero conocimiento para los terceros, puesto que no suple la notificación personal a los acreedores a los efectos del ejercicio del derecho de oposición.

4.5. *Otorgamiento del acto que instrumente la transformación.*

4.5.1. *Otorgantes*: Intervienen en su otorgamiento los órganos competentes y los nuevos socios que se incorporen. Se ha señalado que el órgano competente es el que la representa ⁽⁵⁾, pero la determinación del órgano dependerá de las circunstancias, puesto que si al resolverse la transformación se decidió sobre el estatuto y sus cláusulas, la suscripción e integración del capital y la designación de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización (nos referimos al caso de transformación en sociedad anónima), será el órgano de representación quien lo otorgue, pero si esos aspectos no han sido decididos corresponderá a la reunión de socios o asamblea su otorgamiento.

4.5.2. *Contenido*: Expresa la ley que debe existir constancia de los socios que se retiran y capital que representan, la agregación de copia firmada del balance y cumplirse "las formalidades del nuevo tipo de sociedad adoptado".

Debe entenderse que no son sólo las formalidades, sino también los requisitos sustanciales del tipo, en el caso de la sociedad anónima, tales su organización con-

⁽⁵⁾ ARECHA y GARCÍA CUERVA, *Sociedades Comerciales*, p. 132, 2ª Edición.

forme a las normas legales específicas, la conformidad de la autoridad de control y la aprobación del valor de los bienes conforme a lo dispuesto en el artículo 53 (°).

4.6. *Inscripción.*

Luego del trámite administrativo el proceso concluye con la inscripción, que asume un doble aspecto:

4.6.1. *En el Registro Público de Comercio:* A los efectos de cumplimentar lo dispuesto en el artículo 12 de la ley, pero como la adopción del nuevo tipo exige la publicidad dispuesta por el artículo 10 (modificado por la ley 21.357), previo a la inscripción deberá procederse a esta publicación.

4.6.2. *En otros registros:* Respecto de los bienes registrables el juez ordenará, luego de la referida anteriormente, la inscripción de tales bienes que figuren en el patrimonio social y de los gravámenes que los afectan. No se trata de una transferencia, sino simplemente de una actualización de la inscripción.

5. REVISION

La transformación puede ser revisada y, consecuentemente, dejada sin efecto por las mismas mayorías requeridas para decidirla, pero tal revisión para ser procedente debe ser adoptada antes de realizarse la publicación ordenada por el inciso 3° del artículo 77; además no debe perjudicar a los socios ni a los terceros (art. 80).

(°) Para Santa Fe ver anexo VII de la Resolución N° 192/74 que establece las pautas relativas a la valuación y modo de justificación; para Capital Federal, Resolución 5/74, art. 1 (TO 1.13.1); para Provincia de Buenos Aires, Disp. s/n/77, 7.6.2. y 8.2., D.T.R. 5/78; para Chaco, Disp. 52/73.

Fusión

6. GENERALIDADES

La fusión es uno de los medios por el cual se puede lograr la agrupación de sociedades. Por tal motivo constituye sólo un aspecto de ese fenómeno general cuyo análisis trasciende los lineamientos del presente trabajo.

A este medio se lo ubica en la categoría de aquellos denominados societarios (en contraposición a los contractuales), porque producen una modificación en la estructura de las sociedades participantes, si bien también existen otros del mismo género que no alteran las personas jurídicas intervinientes aunque exista predominio jurídico de una sobre otra, tal el conocido con el nombre de participación, cuyo principal exponente es el de las sociedades controlantes sobre las controladas.

El Código de Comercio si bien no desconoció la fusión, puesto que el artículo 354 la mencionaba, no la reglamentó, lo que sí hizo la actual ley.

7. CONCEPTO

Un concepto unitario y preciso formulado sobre este instituto —aunque merece algunos reparos— expresa que es un “Instituto de derecho societario por el cual dos o más sociedades, una de las cuales por lo menos se disuelve, unifican sus patrimonios en la titularidad de un único sujeto colectivo que agrupa a los socios de las respectivas sociedades” (?).

(?) COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, 2ª Ed., p 189.

La ley en su artículo 82 la ha definido del siguiente modo: "Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nuevo; o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas".

8. CLASES

La fusión, conforme a lo expresado en el concepto legal, se manifiesta de dos modos:

8.1. *Fusión* (propriadamente dicha): cuando se crea una nueva sociedad sobre la base de dos o más sociedades que se disuelven sin liquidarse, y

8.2. *Incorporación* (absorción): cuando una de las sociedades (absorbente) incorpora el patrimonio y los socios de otra u otras que se disuelven sin liquidarse (absorbida).

9. EFECTOS

9.1. *En cuanto a las sociedades participantes.*

9.1.1. *Modificación de los contratos*: Produce la reforma de los respectivos contratos del siguiente modo: a) en la fusión (propriadamente dicha) se disuelven las participantes y se crea una nueva mediante un nuevo contrato social con el elenco de socios de ambas; b) en la incorporación se disuelve una, la incorporada, y se aumenta el capital en la otra, la incorporante.

9.1.2. *Unificación patrimonial*: Se constituye un solo patrimonio con el de las sociedades que participan, propiedad de un único titular, ya que "la nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los de-

rechos y obligaciones de las sociedades disueltas al producirse la transferencia total de sus respectivos patrimonios", produciéndose de ese modo una sucesión universal con novación del titular (8).

Por eso es que las sociedades incorporadas y fusionadas se disuelven pero no se liquidan, ya que los derechos y las obligaciones pasan en su totalidad al nuevo titular.

9.2. *Respecto de los socios.*

9.2.1. *Derecho a participar en la nueva sociedad o en la incorporante:* Porque unifica los socios de las sociedades participantes, dado que todos lo serán de la misma sociedad, la nueva en el caso de la fusión (propriadamente dicha) o la incorporante en el caso de la incorporación, salvo lo que se expresa en el punto siguiente.

9.2.2. *Derecho de separarse de la sociedad:* Mediante el ejercicio del derecho de recesso, quedando excluidos los socios de la sociedad incorporante (art. 245).

9.3. *Respecto de los acreedores.*

Se les acuerda el derecho a exigir que se les abonen los importes de sus acreencias, aunque los plazos estuvieren pendientes o, en su defecto, que se les garantice el pago de la obligación, quedando en este último caso sometidas a la decisión judicial las discrepancias que se produzcan acerca de la garantía.

La razón de este derecho reside en la novación del sujeto deudor que la transformación produce y en los casos de incorporación, respecto de los acreedores de la incorporante, por la posible disminución del patrimonio debido a las deudas de la incorporada.

(8) ASCARELLI, Tulio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, p. 202.

10. PROCEDIMIENTO

El procedimiento está descrito en el artículo 83 que determina las etapas a cumplir y que son:

10.1. *Compromiso de fusión.*

Se celebra entre los representantes de las sociedades participantes y su contenido constituye las bases sobre las cuales se concertará la fusión, a su vez comprende:

10.1.1. Aprobación por los órganos de administración de las respectivas sociedades, quienes determinarán las cláusulas y requisitos sobre los cuales se realizará la fusión.

10.1.2. Otorgamiento por los representantes de las sociedades y su forma puede ser tanto el instrumento público como el privado.

10.1.3. Aprobación por las asambleas de accionistas, tratándose de sociedades por acciones las que participan. La asamblea será extraordinaria por ser asunto de su competencia (art. 235, inc. 4).

Respecto de las mayorías necesarias para su aprobación, cabe considerar dos supuestos:

10.1.3.1. En la fusión propiamente dicha y en la incorporación para la sociedad incorporada se requiere la mayoría absoluta, es decir la mayoría de las acciones con derecho a voto sin computarse los votos plurales y votando las acciones preferidas emitidas sin derecho a voto.

10.1.3.2. En la incorporación para la sociedad incorporante si el aumento de capital encuadra en el supuesto del artículo 188, su resolución compete a la

asamblea ordinaria que resolverá con la mayoría prevista en el artículo 243; en cambio si el supuesto encuadra en el contemplado en el artículo 235 inc. 1º se resolverá en asamblea extraordinaria con la mayoría normal para esta clase de asambleas.

10.2. *Consentimiento de los cónyuges.*

Cuando las participaciones sociales asuman el carácter de gananciales y se trate de sociedades de personas o de sociedades por acciones si éstas fueren nominativas, se requerirá este consentimiento, en el último de los casos porque la transmisión de esas acciones necesitan su inscripción en el registro de la emisora.

10.3. *Balance de fusión.*

“Cada sociedad preparará un balance a la fecha del acuerdo de fusión” cuya función es dar a conocer a los socios y acreedores la situación patrimonial de las sociedades intervinientes, ya que la ley dispone que sus copias se pondrán a disposición de éstos y en definitiva determinará el ejercicio del derecho de receso por parte de los socios (art. 85) o del de oposición por parte de los acreedores (art. 83, inc. 2).

Dado que la ley señala que el balance es a la fecha del acuerdo de fusión, surgen dudas si en realidad ha querido referirse a esa fecha o a la del compromiso. Cabe interpretar, debido a la función que cumple este balance, que la ley se está refiriendo a la fecha del compromiso, por eso es que el acuerdo definitivo se completa con la nómina de los socios recedentes y acreedores oponentes con sus respectivos montos, determinándose de esa manera la situación económica completa;

de no ser así el acuerdo definitivo quedaría condicionado a esos extremos (°).

También podría resolverse la fusión sobre la base de los balances del ejercicio siempre que se den los extremos señalados en el caso de transformación.

A más de estos balances se exige la confección de balances consolidados con las características indicadas en las resoluciones de los órganos de contralor (10).

10.4. *Publicidad.*

En tutela del interés de los socios ausentes y disidentes y de los acreedores, a los efectos del ejercicio de los derechos de receso y de oposición debe realizarse la publicidad dispuesta por la ley de transferencia de fondos de comercio 11.867, a la cual nos hemos referido al tratar la disminución del capital.

10.5. *Acuerdo definitivo.*

La etapa siguiente consiste en el acuerdo definitivo que presenta varios aspectos de necesaria puntualización, y que constituye el perfeccionamiento de la fusión iniciada con el compromiso.

10.5.1. *Partes:* Son partes las respectivas sociedades que actúan por medio de sus representantes.

10.5.2. *Forma:* En el caso de la fusión (propia- mente dicha) en que la sociedad resultante será una sociedad por acciones, deberá serlo en instrumento público con todas las exigencias establecidas para la cons-

(°) ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de Derecho Societario*, T. III, Vol. IV, p. 137.

(10) Ver en página 266 la enumeración de las normas de Capital Federal y provincias.

titución (art. 165). En cambio si se tratara de incorporación como su resultado será la modificación del contrato social, siguiendo el actual criterio jurisprudencial para estos casos, bastará el instrumento privado, aun cuando la sociedad disuelta sea por acciones, puesto que para este caso la ley no exige el instrumento público.

10.5.3. *Contenido*: Está expresamente señalado en el inciso 3 del artículo 84, y es: a) las resoluciones aprobatorias de las sociedades interesadas en la operación; b) nómina de socios que ejerzan el derecho de receso y capital global que representan; c) nómina de los acreedores oponentes y el monto de sus créditos; d) las bases de ejecución del acuerdo, con cumplimiento de las normas de disolución de cada sociedad, e incluida la especificación clara y concreta de las participaciones sociales que correspondan a los socios de las sociedades que se disuelven y sus características; e) agregación de los balances especiales referidos en el inciso 1º.

10.6. *Conformidad administrativa.*

Cuando el resultado de la fusión sea la creación de una sociedad por acciones se requiere la intervención de la autoridad de contralor (art. 167 y 300).

10.7. *Inscripción.*

El acuerdo definitivo debe ser inscripto del mismo modo que en el caso de transformación; cabe agregar que también debe inscribirse la disolución de las sociedades que así corresponda.

II. CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

El cumplimiento del acuerdo comprende dos aspectos fundamentales:

11.1. *Administración y representación.*

De las sociedades disueltas por virtud de la fusión hasta tanto se produzca la inscripción de la nueva sociedad, o de la modificación del contrato, o del aumento de capital en el caso de incorporación, ya que tales inscripciones tienen efecto constitutivo.

En el caso de fusión (propriadamente dicha) corresponde a los administradores de la sociedad creada, y en el de incorporación a los de la incorporante, que asumen el carácter de representantes de las disueltas con las responsabilidades inherentes de esas funciones más las que la ley les adjudica a los liquidadores.

Los administradores de las sociedades disueltas automáticamente quedan suspendidos hasta el perfeccionamiento del acto; no obstante se los autoriza a ejercer la acción de rescisión prevista en el artículo 87.

11.2. *Participación de los socios de las sociedades disueltas en la nueva sociedad o en la incorporante.*

Hemos visto que el acuerdo de fusión debe contemplar este aspecto especificando clara y concretamente tales participaciones y sus características, debiendo justificarse esa relación de cambio con dictamen fundado de contador público ⁽¹¹⁾.

De esta manera el canje de acciones se producirá en el plazo, las proporciones y clases establecidas en el acuerdo.

(11) Idem nota anterior.

12. EXTINCION

Puede extinguirse por dos distintos medios:

12.1. *Revocación.*

El compromiso de fusión puede dejarse sin efecto si aún no se ha otorgado el acuerdo definitivo, siempre que no cause perjuicio a las sociedades, los socios o terceros. Por lo tanto para ser procedente es necesario que se den ambos extremos, por lo demás tratándose de un acuerdo de partes, debe ser resuelto por las asambleas de las sociedades participantes con las mayorías necesarias para la aprobación del compromiso de fusión (art. 86) ⁽¹²⁾.

12.2. *Rescisión.*

La rescisión procede hasta el otorgamiento del acto definitivo, debe ser demandada por una de las sociedades en la jurisdicción donde se perfeccionó el compromiso y debe mediar siempre justo motivo, circunstancia ésta que queda librada a la apreciación judicial (art. 87).

Escisión

13. CONCEPTO

La ley ha previsto este instituto en las distintas modalidades que presenta, su concepto unitario ha sido formulado en los siguientes términos: "Es el instituto del derecho societario por el que una o más sociedades, que no se disuelven, previa reducción de su capital social, destinan parte de su activo patrimonial a la constitu-

⁽¹²⁾ ZALDÍVAR y otros, *ob. cit.*, p. 160.

ción de una sociedad, o a su incorporación a una sociedad preexistente, pasando los socios de la sociedad o sociedades escindidas a ser socios de la nueva o preexistente" (13).

A este concepto se le puede observar que no necesariamente debe reducirse el capital social y que pueden ser objeto de la escisión no sólo bienes sino también obligaciones (14).

14. MODALIDADES

Conforme a la descripción del artículo 88 caben las siguientes:

14.1. *Escisión incorporación.*

Se ha dado en llamar así (15) a la que se produce cuando la sociedad o sociedades escindidas destinan parte de su patrimonio a otra sociedad preexistente.

14.2. *Escisión fusión.*

Se denomina así (16) a la que se produce cuando la sociedad o sociedades escindidas con parte de su patrimonio concurren con otra sociedad a la formación de una nueva.

14.3. *Escisión constitución.*

Se denomina de esta manera (17) cuando la sociedad escindida destina parte de su patrimonio a la formación de una nueva sociedad.

(13) COLOMBRES, *ob. cit.*, p. 192.

(14) ZALDÍVAR y otros, *ob. cit.*, p. 166.

(15) ZALDÍVAR y otros, *ob. cit.*, p. 171.

(16) ZALDÍVAR, *ob. cit.* (aunque invierte los vocablos).

(17) COLOMBRES, *ob. cit.*, p. 193.

15. EFECTOS

15.1. *En cuanto a la sociedad.*

15.1.1. *Decisión de la sociedad*: Es la sociedad como persona jurídica, por medio de sus órganos, la que la decide, y no los socios que la integran. Las mayorías para la resolución son las mismas que se puntualizaron en la fusión.

15.1.2. *Disminución patrimonial*: La escisión conlleva el desprendimiento de una parte del patrimonio, lo que importa una disminución o merma del de la sociedad escindida en cuanto destina una parte de él a la escisión.

La definición transcripta de este instituto, señala en este aspecto que el desprendimiento de una parte de su "activo patrimonial", como la expresión activo en la técnica contable, significa bienes de propiedad de la sociedad; se niega la posibilidad de transmitir también deudas, mas como la ley refiere a "parte de su patrimonio" debe entenderse, conforme al concepto de patrimonio (puntualizado en el capítulo de capital), que puede consistir no solamente en bienes sino también en obligaciones (¹⁸); tal puede ocurrir cuando una sociedad dedicada a dos o más actividades se desprende de una de ellas para formar otra sociedad, destinando no sólo los bienes afectados a esa actividad, sino también las obligaciones generadas por la misma.

15.1.3. *Reducción de capital*: "La escisión importa reducción proporcional del capital", expresa la ley, pero si bien ese efecto es normal debe admitirse que no

(¹⁸) ZALDÍVAR, *ob. cit.*, p. 188.

es necesario que ello ocurra puesto que existe la posibilidad del desprendimiento de reservas libres o utilidades, en cuyo caso no correspondería tal reducción.

15.1.4. *Disolución*: No se produce la disolución de la sociedad escindida como ocurre en el caso de la fusión.

15.2. *En cuanto a los socios.*

15.2.1. *Derecho a participar en la nueva sociedad o en la incorporante*: Esta participación es proporcional a la que tienen en la sociedad escindida, de manera tal que las acciones, partes de interés o cuotas de la nueva sociedad o de la que ya existe se adjudican a los socios en tal proporción y no a la sociedad.

15.2.2. *Derecho a separarse de la sociedad*: Mediante el ejercicio del derecho de receso.

15.3. *En cuanto a los terceros.*

Les otorga a los acreedores el derecho a solicitar la cancelación de la deuda o que se les garantice el cumplimiento, igual que en el caso de fusión.

16. PROCEDIMIENTO

El procedimiento está reglado según las modalidades de la escisión con remisión a lo establecido en los casos de fusión y transformación.

16.1. *Escisión incorporación y escisión fusión.*

A estos casos se les declara aplicable lo previsto en los artículos 83, 85, 86 y 87.

16.1.1. *Compromiso de escisión*: El que deberá reunir todos los requisitos señalados en el punto 10.1 de fusión.

16.1.2. *Balance de escisión*: También debe reunir las exigencias señaladas en el punto 10.3. de fusión.

16.1.3. *Publicidad*: La señalada en el punto 10.4. de fusión.

16.1.4. *Acuerdo definitivo*: Nos remitimos al punto 10.5. de fusión.

16.1.5. *Conformidad administrativa*: Nos remitimos al punto 10.6. de fusión.

16.1.6. *Inscripción*: Ver 10.7. de fusión.

16.2. *Escisión constitución.*

A este caso se le declara aplicable el procedimiento previsto en los artículos 78, 79 y 83, inc. 1, 2 y 4.

16.2.1. *Compromiso de escisión*: Como en este caso aún no tenemos dos sociedades sino una sola que se propone crear otra, se trata de un acto unilateral que en lo demás debe cumplir los requisitos puntualizados en el punto 10.1. de fusión.

16.2.2. *Balance de escisión*: Ver punto 10.3. del capítulo de fusión.

16.2.3. *Conformidad administrativa*: Ver punto 10.6. de fusión.

16.2.4. *Inscripción*: Ver punto 10.7. de fusión.

NORMAS RELATIVAS A TRANSFORMACION, FUSION Y ESCISION

I. TRANSFORMACION

Capital Federal: Res. 5/74 art. 1 (TO 1.13.1.) deroga Res. 12/73.

Santa Fe: Res. 192/74 - IV.

Buenos Aires: Disp. s/nº/77 - 7.6.2. y 8.2. - D.T.R. 5/78.

Chaco: Disp. 52/73.

II. FUSION

Capital Federal: Res. 5/74 art. 2 (TO 1.14.1. y 1.14.2.) deroga 10/73.

Santa Fe: Res. 192/74, V.

Buenos Aires: Disp. s/nº/77 art. 7.6.3. y 8.3. - DTR 5/78.

Chaco: Res. 50/73.

III. ESCISION

Capital Federal: Res. 5/74 arts. 3 y 4 (TO 1.15.1.) deroga Res. 21/73.
Res. 16/74.

Santa Fe: Res. 192/74 anexo VI.

Buenos Aires: Disp. 15/74, Disp. s/nº/77 art. 7.6.4. y 8.4.

Ver advertencia *supra* p. 37.