

## CAPÍTULO XIII

### TRANSFORMACIÓN. FUSIÓN. ESCISIÓN DE LA SOCIEDAD

#### A. Transformación

§ 232. EN LA LEY CIVIL. — La ley civil no legisla sobre la materia porque en ella no se clasifican tipos distintos de sociedades. Ello es sólo posible en el ámbito mercantil, donde se contemplan las distintas sociedades según vimos oportunamente.

La transformación de una sociedad consiste en que existiendo en una forma, adopta la forma de otro de los tipos previstos en la ley, por ejemplo cuando una sociedad colectiva se organiza como sociedad de responsabilidad limitada.

§ 233. REQUISITO. — Para que se pueda transformar una sociedad es necesario que exista como tal. Una sociedad de hecho no puede transformarse, pues si bien existe como comunidad de bienes con personalidad, para el Código de Comercio no tiene categoría de sociedad regularmente constituida, y de adoptar esa sociedad de hecho una de las formas tipo, no se transformaría, sino que se regularizaría bajo esa clase de sociedad.

§ 234. NO IMPORTA DISOLUCIÓN. — La transformación de la sociedad existente en otra no importa la disolución de la pri-

mera ni altera los derechos y obligaciones pendientes hasta el momento de hacerse la transformación; por eso el art. 81 de la ley 19.550 dispone que no son aplicables las disposiciones sobre la transferencia de fondos de comercio. No hay transferencia de fondo de comercio porque no hay vendedor ni comprador, no hay traspaso parcial o total de patrimonio alguno.

El mismo patrimonio pertenece al mismo sujeto de derecho, que sólo ha cambiado su organización jurídica. Es un caso de modificación del acto constitutivo <sup>148</sup>.

§ 235. EFECTOS. — El dejar de estar organizada según un tipo de sociedad determinada y asumir la forma de otra, si bien no le hace perder su personalidad, produce un sinnúmero de efectos jurídicos referentes a las obligaciones y a los derechos de los socios entre sí, o de éstos frente a la sociedad y los terceros, así como también respecto de la sociedad con los socios y los terceros. Puede variar el régimen de su administración, su razón social; los requisitos formales de existencia, etc., por lo cual la ley ha procurado regular algunos de esos efectos <sup>149</sup>.

De estas múltiples incidencias consideraremos las que concretamente destaca la ley mercantil, y lo hacemos como preparación para el estudio de los requisitos exigidos para la transformación de la sociedad, en razón de que aquélla nos justificará la existencia de éstos.

<sup>148</sup> Messineo, Francisco, ob. cit., t. cit., p. 557; Fortín, Jorge L. R., y Zaldivar, Enrique, *Transformación de sociedades y transferencia de fondos de comercio*, LL, 97-941, sostienen que en la transformación existe una continuidad y cuando hay transformación no hay adquirente ni enajenante y por tanto no es aplicable el procedimiento de la ley sobre transferencia de fondo de comercio. CApel CivCom Rosario, Sala II, 25-3-1964, LL, 115-471.

<sup>149</sup> Rúa, Julio, *Transformación de sociedades de personas en sociedades anónimas*, LL, 92-750, ha sostenido que "es imposible, en esta materia pretender subsumir bajo un solo concepto la totalidad de las consecuencias jurídicas imputadas por el ordenamiento jurídico a la mutación de la forma social que lleva a cabo una misma empresa comercial o industrial". Messineo, ob. cit., t. V, p. 557. STEnte Ríos, 29-6-65, LL, 119-259; CCivCom 2ª, La Plata, Sala II, 23-12-65, LL, 113-722.

§ 236. EL REQUISITO DE ACUERDO UNÁNIME. — En cuanto a los socios la transformación de la sociedad exige el acuerdo unánime (art. 77, inc. 1º), salvo pacto en contrario y lo dispuesto para algunos tipos sociales. Se requiere dicha conformidad porque es una modificación sustancial del acto constitutivo.

§ 237. EXCEPCIONES A ESE REQUISITO. — La primera excepción: “*salvo pacto en contrario*”, sustancialmente no modifica el principio general de que se exige la unanimidad de la voluntad de los socios, pues el pacto en contrario importa la conformidad de todos ellos dada con anterioridad.

La segunda excepción: salvo lo dispuesto para algunos tipos sociales, la tenemos concretada, entre otros, en el art. 27, que imperativamente dispone que las sociedades distintas de las de responsabilidad limitada o por acciones, deberán transformarse en el plazo de seis meses en una de éstas, cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro, en cuyo caso deberá transformársela aun contra la voluntad del cónyuge so pena de declararse nula la sociedad. Otra excepción resulta del art. 244 para las sociedades anónimas, cuya transformación puede disponerse por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho al mismo sin aplicarse la pluralidad de voto.

§ 238. DERECHO DE RECESO. — Esta decisión sobre transformación de la sociedad, en los casos en que no se exija la voluntad unánime de los socios, da derecho a los disidentes o ausentes a apartarse de la sociedad sin que afecte su responsabilidad respecto de los terceros por las obligaciones contraídas hasta que la transformación se inscriba en el Registro Público de Comercio, previa publicación de edictos (arts. 78 y 6º).

Como el receso no puede hacerse efectivo mientras los acreedores afectados no hayan aceptado la transformación, los socios que continúan en la sociedad garantizan solidariamente a los socios salientes las obligaciones sociales contraídas desde

el ejercicio del receso hasta la inscripción de aquella (art. 78, última parte de los párrafos 1º y 2º).

Lo antedicho equivale a afirmar que el socio que se aparta ejercitando el derecho de receso, sólo se libera de sus obligaciones futuras a partir de la publicación registral de la transformación.

A su vez la ley, amparando el derecho de los socios recedentes, determina el valor de sus acciones o cuotas sociales remitiéndolo al valor resultante del último balance aprobado, siendo nula toda convención que agrave las condiciones de su retiro (art. 79 y 245, ambos en su última parte); y como para la transformación se requiere, según el art. 77, inc. 2º, la confección de un balance especial que debe ser aprobado por los socios, en última instancia ese balance será el que determine el valor de las acciones o cuotas sociales del que se aparta de la sociedad.

§ 239. PREFERENCIAS DE LOS SOCIOS. — Por otra parte la transformación de la sociedad no afecta a las preferencias de los socios, salvo pacto en contrario (art. 79).

§ 240. RESPONSABILIDAD DEL SOCIO. — La responsabilidad solidaria e ilimitada que el socio tenía en la sociedad que se transforma no se modifica a menos que los acreedores lo consientan y esa conformidad se presume si el acreedor no se opone a la transformación dentro de los treinta días de *notificado personalmente*, o si contratara con la sociedad después de haber adoptado la nueva forma.

Es decir que la liberación de la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio por obligaciones existentes antes de haber adoptado la nueva forma y de haberse inscripto y publicado los edictos correspondientes, sólo se produce con la conformidad expresa de los acreedores; o tácita si no exteriorizan su voluntad contraria dentro de los treinta días a partir de su notificación personal.

Las posteriores obligaciones que contraiga la sociedad donde el socio ya no tiene la responsabilidad solidaria e ilimitada, después de la inscripción en el Registro Público de Comercio,

no convierten al socio en solidario e ilimitadamente responsable si así no resulta del nuevo tipo de sociedad constituida. Pero nada obsta que el socio, cuya responsabilidad era limitada en el tipo de sociedad anterior, admita que se transforme en otra en donde él asume mayor responsabilidad. Responsabilidad que se aplicará también a las obligaciones sociales preexistentes a la transformación (art. 76), no siendo ello nada más que la consecuencia de su acto voluntario de consentir la transformación. Este caso es distinto del anterior, donde la responsabilidad subsiste como consecuencia del principio de que los contratos no pueden perjudicar a terceros (art. 1195, última parte, del Cód. Civil).

§ 241. EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS. — En cuanto a los efectos de la transformación con respecto de los terceros que por razones de interés legítimo pueden verse afectados, la ley comercial argentina, en el art. 75 antes considerado, resguarda los intereses de esos terceros y no asigna a la transformación ninguna relevancia en cuanto a la relación preestablecida en el momento de perfeccionarse la transformación. Manteniéndose en el caso, la responsabilidad (subsidiaria) ilimitada y solidaria —si existe hasta entonces— salvo conformidad expresa o tácita del acreedor.

§ 242. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA LA TRANSFORMACIÓN. — En resguardo de los intereses de los socios y de los terceros que contratan con la sociedad, la ley argentina determina una serie de condiciones y requisitos para que proceda la transformación de la sociedad.

a) En su art. 77, inc. 1º, exige que la transformación se disponga por la voluntad de todos los socios salvo pacto en contrario o lo dispuesto para algunos tipos especiales, con el alcance, en estos últimos casos, que hemos apuntado precedentemente sobre el derecho al receso, con las consecuencias mencionadas.

Esta decisión de todos los socios o de los que están facultados a tomarla de conformidad con la cláusula de un pacto espe-

cial o por la ley, puede ser dejada sin efecto hasta el momento de la publicación y siempre que no siga perjuicio para los socios y terceros (art. 80). Para la revocación de tal determinación se requiere la misma concurrencia de las voluntades que para su transformación (art. 80, última parte).

b) El mismo art. 77, en su inc. 2º, exige la confección de un balance especial que debe ser aprobado por los socios y que se pondrá a disposición de los acreedores en la sede social por el plazo de 30 días, debiendo notificársele personalmente a cada acreedor (art. 75).

c) Por el inc. 3º del mismo artículo se impone la publicación de la transformación por tres días en el periódico de avisos legales que corresponda a la sede social y a sus sucursales. Se mencionará, dice la ley, la denominación y la sede social, el tipo social anterior y el adoptado, el monto y las especificaciones del nuevo capital y socios de responsabilidad limitada que se retiran. Este dispositivo no establece cuándo se deben publicar los edictos, si en el momento de tomarse la decisión de transformación o después de aprobarse el balance especial. Estimamos que debe hacérselo después de este último acto, pues en la publicación debe especificarse el nuevo capital adoptado y él no puede determinarse sino después de la aprobación del balance.

d) Efectuados los mencionados trámites, se debe cumplir con el otorgamiento del acto que instrumente la transformación por los órganos competentes de la sociedad que se transforma y la concurrencia de los nuevos otorgantes, con constancia de los socios que se retiren, capital que representan, agregación de copia firmada del balance especial y cumplimiento de las formalidades del nuevo tipo de sociedad adoptada (inc. 4º).

e) Por último debe inscribirse el instrumento con copia del balance firmado en el Registro Público de Comercio y demás registros que correspondan por el tipo de sociedad, por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio y sus gravámenes. Estas inscripciones deben ser ordenadas y ejecutadas por el Juez de Registro, cumplida la publicación a que se refiere el apartado 3º.

## B. Fusión

§ 243. EN LA LEY CIVIL. — En la ley civil no se prevé ningún procedimiento que regule específicamente la fusión de dos o más sociedades. La fusión, en principio, se admite por aplicación del art. 1197, pero siendo ella modificación sustancial del contrato de sociedad —porque importa su disolución para incorporarse a otra o formar con otra una nueva sociedad—, se requiere la conformidad unánime de los socios de las que se disuelven, o la decisión tomada conforme a lo exigido por el art. 1710, de la que absorbe a las otras, por importar ello un aumento de capital.

§ 244. REGULACIÓN EN LA LEY MERCANTIL. — En la ley mercantil se prevé expresamente esta institución en la Secc. XI bajo el título “De la fusión y escisión”.

La fusión, a tenor del art. 82, puede producirse en dos formas<sup>150</sup>:

a) Cuando dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva sociedad.

b) Cuando una sociedad existente absorbe a una o más sociedades que se disuelven sin liquidarse, integrándose en la primera todos los derechos y acciones de ellas.

En ambos casos se exige la disolución sin liquidación de una o más sociedades, ya para formar una nueva sociedad o incorporarse a otra que subsiste<sup>151</sup>.

§ 245. EXIGENCIA DE UN CONTRATO. — En todos los casos la fusión debe ser la consecuencia de un contrato celebrado entre las distintas sociedades de cualquier tipo<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Bolaffio-Rocco-Vivante, *Derecho Comercial*, t. VII; De Gregorio, *De las sociedades y de las asociaciones comerciales*, Bs. As., Ediar, t. II, p. 259.

<sup>151</sup> CNCom, Sala D, 19-6-74, LL, 156-85.

<sup>152</sup> Bolaffio-Rocco-Vivante, ob. cit., t. VII, p. 259 y siguientes.

En este contrato las sociedades actuarán por intermedio de sus representantes o administradores autorizados al efecto por la asamblea de socios por decisión del voto unánime de ellos en las sociedades de persona, o del número de votos prescrito para cada tipo de sociedad (art. 244). Este requisito de la autorización previa resulta del hecho mismo que la fusión importa: o la disolución de la sociedad o el aumento de capital por la incorporación de otra a ella; lo cual es un acto extraordinario que importa sustancialmente la modificación del contrato original.

Como consecuencia de ese contrato se llega a la formación de una nueva sociedad cuando varias se disuelven para fusionarse en una sola, la que al igual que la sociedad incorporante cuando absorbe una o más que se disuelven, adquiere la titularidad de los derechos y acciones de la sociedad o sociedades disueltas al producirse la transferencia de sus respectivos patrimonios en virtud del convenio definitivo de fusión. Mediante el acuerdo, como dice el art. 82, segunda parte, se produce el traspaso del activo y el pasivo de una o varias sociedades a otra nueva o a la incorporante. Por ello, la fusión difiere de la transformación en que para que aquélla se concluya se requiere la aplicación de las normas que regulan la transferencia del fondo de comercio (art. 83, inc. 2º), lo cual no se da en ésta (art. 81). Pero en ambas se requiere cumplir con las exigencias para la constitución de la nueva sociedad, o aumento de capital en el supuesto de la incorporante.

§ 246. COMPROMISO Y ACUERDO DEFINITIVO DE FUSIÓN. El contrato tendiente a la fusión debe celebrarse en dos etapas: a) mediante el compromiso de fusión (art. 83, inc. 1º); b) mediante el acuerdo definitivo de fusión (art. 83, inc. 3º).

Para la celebración del contrato preliminar ("compromiso de fusión"), los administradores o representantes de la sociedad deben tener la autorización que hemos mencionado precedentemente. Para la celebración del contrato definitivo se deben cumplir las formalidades que la ley exige en beneficio de los socios, de la sociedad y de los terceros, y a las cuales nos referiremos más adelante.



Ambos contratos, el preliminar y el definitivo, tienen que reunir todos los requisitos de validez que se exigen para actos de esa naturaleza, y pueden ser atacados por terceros como todo acto jurídico contractual. Pero el régimen jurídico de ellos difiere entre sí.

§ 247. EL COMPROMISO PUEDE SER DEJADO SIN EFECTO. El compromiso de fusión puede ser dejado sin efecto antes del acuerdo definitivo por voluntad de ambas partes contratantes siempre que no se cause perjuicio a la sociedad, a los socios o a terceros.

Este derecho que se reconoce en el art. 86 y que importa la aplicación del art. 1200 del Cód. Civil, debe decidirse con recaudos similares a los establecidos para su celebración. Por sí solo, el contrato de compromiso no importa la fusión.

§ 248. PUEDE DENUNCIARSE EL ACUERDO. — Asimismo, ese acuerdo preliminar puede denunciarse (rescindirse, dice impropia-mente la ley, porque la rescisión es el nuevo acuerdo de los contratantes que dejan sin efecto el anterior, según está previsto en el art. 86), por cualquiera de las sociedades interesadas invocando justos motivos. Denuncia que pueden ejercer hasta el momento del otorgamiento del acto definitivo, y la acción debe deducirse en la jurisdicción en que se extendió el compromiso de fusión (art. 87) y tramitarse por un procedimiento sumario, al no estar indicado otro, por aplicación del art. 15.

Los administradores o representantes de la sociedad actora son los que pueden ejercer esa acción de acuerdo con el art. 84, última parte, aun cuando estén suspendidos en el ejercicio de sus funciones y puedan hacerlo hasta el momento de la constitución definitiva de la sociedad.

La limitación en el tiempo establecida por la ley para ejercer esta acción, es decir, hasta el momento del otorgamiento del acto definitivo, está justificada en razón del cumplimiento de los actos que deben observarse entre el compromiso preliminar

y el definitivo y con los cuales se preservan en su integridad los derechos de todos los interesados. Realizados éstos y otorgado el acto definitivo, desaparece la posibilidad de atacarse el "compromiso preliminar".

Cualquier vicio de este último queda subsanado con el acuerdo definitivo. Sin perjuicio de poder atacarse éste como toda relación contractual.

§ 249. DERECHOS Y OBLIGACIONES HASTA EL ACTO DEFINITIVO. — Desde la determinación de la asamblea de socios sobre la fusión de una sociedad, hasta el momento del acto definitivo de la fusión, se crean derechos y obligaciones de los socios y de los terceros interesados <sup>153</sup>.

a) Resuelta por la asamblea de las distintas sociedades la fusión de la sociedad a otra, nace a favor de los socios disidentes o ausentes el derecho de receso sin que éste afecte su responsabilidad hacia los terceros por las obligaciones contraídas hasta que la fusión se inscriba en el Registro Público de Comercio (arts. 85 y 78).

La decisión de fusionar la sociedad, como la consumación de tal, salvo pacto en contrario, con el asentimiento expreso del socio o de los socios, no afecta a las preferencias del socio (arts. 85 y 79).

Optando por el receso, el socio tiene derecho al reembolso del valor de sus cuotas o acciones de conformidad con el último balance aprobado, y es nula toda disposición que excluya el derecho de receso, o agrave las condiciones de su ejercicio (arts. 85, 79 y 245).

<sup>153</sup> Bolaffio-Rocco-Vivante, ob. cit., lug. cit., sostienen que la fusión tal como está reglada en el Código Civil italiano hace posible una transfusión de socios de una sociedad a otra sin pasar por las etapas propias de la nueva constitución de sociedades, de las aportaciones por aumento de capital, de realización, a través del acostumbrado procedimiento de liquidación, de las cuotas correspondientes a los socios de la sociedad disuelta por causa de la fusión. Agregan que hay una disolución del ente jurídico pero con persistencia de un vínculo social, entendiéndose como vínculo el que liga a los socios entre sí y a un cierto organismo.

La opción de los socios con derecho a receso podrán ejercerla quienes no votaron favorablemente dentro del quinto día y los ausentes dentro de quince días a partir de la clausura de la Asamblea (art. 245, tercera parte).

El derecho de receso no se concede a los accionistas de sociedades que hagan oferta pública de sus acciones o se hallen autorizados para la cotización de ellas (art. 245, segunda parte), en los casos de aumento de capital y fusión de la sociedad.

El ejercicio del derecho de receso está condicionado hasta el momento de la inscripción del contrato definitivo en el registro público, ordenada y ejecutada por el juez del registro, por vía de publicación en el periódico de anuncios legales (art. 83, inc. 4º, 77, incs. 5º y 3º); por eso es entonces cuando quedan disueltas e incorporadas las sociedades a una nueva o a la absorbente.

b) En cuanto a los terceros interesados, antes del acto definitivo de fusión, debe cumplirse con la publicidad dispuesta en la ley de transferencia de fondo de comercio (art. 83, inc. 2º) y los acreedores<sup>154</sup> pueden formular oposición a la fusión convenida, de acuerdo con ese régimen, y la fusión no puede realizarse si no son desinteresados o debidamente garantizados. Acerca de la discrepancia de la garantía, se resolverá judicialmente en trámite sumario (arts. 83, inc. 2º y 15).

c) En beneficio tanto de los socios como de los terceros, cada sociedad interviniente en la fusión preparará un balance a la fecha del acuerdo de fusión que, en copias, pondrá a disposición de los socios y acreedores sociales.

§ 250. EXIGENCIAS DE LA LEY. — Todo lo anteriormente expresado justifica las exigencias de la ley para que la fusión se opere, por cuanto la fusión importa la constitución de una nueva sociedad o que la incorporante adquiera la titularidad de los derechos y acciones de las sociedades disueltas al producirse

<sup>154</sup> Bolaffio-Rocco-Vivante, ob. cit., lug. cit., sostienen que ellos pueden ser tanto los acreedores de las sociedades que se disuelven como los de otra incorporante, cualquiera que sea la naturaleza de su crédito.

la transferencia total de sus respectivos patrimonios en virtud del convenio definitivo de fusión, que al decir de Ascarelli<sup>154-1</sup>, es una verdadera sucesión entre vivos de una universalidad de derechos con novación subjetiva del deudor.

Tales requisitos prescritos en el art. 83 son:

a) el compromiso de fusión a que nos hemos referido precedentemente;

b) la preparación de un balance a la fecha del acuerdo de fusión;

c) la publicación, de conformidad con las leyes, de transferencias de fondo de comercio;

d) la celebración del acuerdo definitivo que debe contener:

1. Las resoluciones aprobatorias de las sociedades interesadas en la operación.

2. La nómina de socios que ejerzan el derecho de receso y capital global que representan.

3. Nómina de los acreedores oponentes y monto de sus acreencias.

4. 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.

5. Agregación de los balances especiales mencionados anteriormente.

6. Que ese instrumento constitutivo se inscriba en el Registro Público de Comercio, ordenada y ejecutada la inscripción por el Juez del Registro previa la publicidad a que se refiere el apartado 3º del art. 77.

Sólo cuando se cumplan con todos estos requisitos quedarán fusionadas las sociedades intervinientes.

<sup>154-1</sup> Ascarelli, ob. cit., p. 202, citando a Vivante, *Tratatto*, t. II, p. 770.

### C. Escisión de la sociedad

§ 251. EN LA LEY CIVIL. — Civilmente la escisión es posible por aplicación de los principios generales. Las partes pueden de común acuerdo (voluntad de todos los socios), producir una liquidación parcial de los bienes de la sociedad y ellos, con esos fondos, constituir una nueva sociedad; participar con otros en la formación de otra, o ingresar aumentando el capital de otra existente (art. 1197). La escisión puede realizarse mediante la disminución del capital social, liquidado a favor de los socios, con la finalidad antes expresada. No existe en el Código ninguna disposición en contrario, ni menos que restrinja ese derecho, sin perjuicio de la acción de los acreedores de la sociedad.

§ 252. EN LA LEY MERCANTIL. — Comercialmente esta disminución del capital social y adjudicación del activo excluido a los socios para obtener la finalidad antes referida, está concretamente regulada en el art. 88 de la ley 19.550.

Como se deja expresado la escisión importa la reducción del capital de la sociedad, pues si bien es cierto que la ley permite en el art. 88 destinar parte del patrimonio de la sociedad para ingresarlo en otra sociedad existente, para participar en la creación de una nueva sociedad, o para crear una sociedad nueva, no es la sociedad la que se constituye en socia de la otra sociedad existente o por crearse, sino que son sus socios los que entran a formar parte de ellas<sup>155</sup>.

§ 253. DIFERENCIAS ENTRE ESCISIÓN Y TRANSFORMACIÓN. La escisión difiere de la transformación de la sociedad en que

<sup>155</sup> El informe de la comisión dijo: "Para todos los supuestos se determina que la escisión produce la reducción proporcional del capital (que aunque obvio se juzgó prudente determinarlo para una mayor claridad) y, lo que es importante, que las partes sociales y acciones correspondientes por la participación por esa creación o aporte del patrimonio social se atribuyen directamente a los socios o accionistas; así queda establecido taxativamente que éstos son los titulares, y no la sociedad que se escinde".

en aquélla se produce una disminución del patrimonio de la sociedad a favor del patrimonio de sus socios para los fines antes mencionados (para formar una nueva sociedad, para participar en la creación de una nueva sociedad con otros socios, o para incorporarse a una sociedad existente). En la transformación, la sociedad no se disuelve ni se liquida, ni total ni parcialmente; sólo se organiza de conformidad con una nueva forma de sociedad.

§ 254. DIFERENCIAS ENTRE ESCISIÓN Y FUSIÓN. — También la escisión difiere de la fusión porque ésta importa la disolución sin liquidación de las sociedades que se fusionan, y aquélla no acarrea la disolución de la sociedad que disminuye su capital distribuyendo parte de él entre los socios, con el fin propuesto.

§ 255. DIFERENCIAS CON LA PARTICIPACIÓN EN OTRAS SOCIEDADES. — No se relaciona tampoco con el problema de la participación de sociedades en otras sociedades (controladas y controlantes), porque quien ingresa como socio de la sociedad existente o la nueva que se constituye no es la sociedad que no destina parte de su capital para ingresar a la otra, existente o por constituirse, sino los socios de aquella, que reciben la parte de sus acciones o de las cuotas sociales en proporción a las que tenían en la sociedad escindida, con lo cual ingresan a formar parte de la otra sociedad absorbente o por crearse. El art. 88 presupone otra figura jurídica distinta de la que se regula en los arts. 30 al 33 del mismo ordenamiento jurídico.

Evidentemente, si la escisión es un medio para burlar la prohibición de participaciones de sociedades en otras sociedades, deja ya de ser tal para constituir un acto simulado con el propósito de violar la ley. Por ello el art. 32, en su primera parte, establece: “*Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital, mediante participaciones recíprocas, aun por persona interpuesta*”.

Si los socios que ingresan a la sociedad absorbente o constituyen o participan para constituir una nueva sociedad, sirven

de vinculación entre la sociedad que disminuye su capital y las otras para mantener una vinculación o subordinación económica entre ellas, aparentemente habría una escisión, pero realmente sería una participación recíproca, una vinculación que, de exceder el margen permitido por la ley, traería la nulidad de ellas.

Esa participación de hecho de los socios encubriría la participación jurídica o económica de las sociedades, que de traspasar los límites permitidos por la ley, anularía las sociedades y haría ilimitada y solidaria la responsabilidad de los fundadores, administradores, directores y síndicos <sup>156</sup>.

§ 256. CARACTERIZACIÓN DE LA ESCISIÓN. — La escisión importa el traspaso de bienes del patrimonio de la sociedad, al patrimonio de los socios con el fin de que éstos: o constituyan una nueva sociedad, o participen para constituir otra, o pasen a integrar otra existente. Este segundo acto de los socios importa asimismo un traspaso de bienes del patrimonio de los socios al de la nueva sociedad o de la existente.

Como a su vez la escisión implica una disminución del patrimonio de la sociedad, ella puede ser observada por los acreedores de ésta al ver disminuida la prenda común de sus acreencias. Como el socio acrecienta su patrimonio con la obligación de constituir una nueva sociedad o incrementar otra existente, esta disposición puede ser observada por los socios. A su vez, como el patrimonio del socio sufre una transformación de valores, se ratifica el derecho de oponerse a ella. De ahí el procedimiento que la ley exige que se cumpla para la escisión y el derecho que se reconoce a los acreedores de las sociedades y a los socios.

§ 257. DISPOSICIONES APLICABLES. — Cuando la sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente o participa con ella en la creación de otra nueva sociedad, se aplican las disposiciones del art. 83 y de los arts. 85, 87 y 88, es decir

<sup>156</sup> Farina, Juan, ob. cit., p. 194.

las normas de la fusión que hemos visto anteriormente. Tiene que haber una decisión de la asamblea tomada con el acuerdo idóneo para producir una modificación del contrato social según el tipo de sociedad <sup>157</sup>; debe suscribirse el compromiso de fusión y el acuerdo definitivo, previo el cumplimiento de los demás procedimientos anteriormente considerados al estudiar la fusión, reconociéndose el derecho a receso del socio y el de oposición de los acreedores.

Cuando la sociedad destina parte de su patrimonio para crear una sociedad nueva, se reconoce el derecho de receso y preferencia de los socios (arts. 78 y 79), y el de oposición de los acreedores, a la vez que el cumplimiento del compromiso de escisión, su publicación e inscripción (art. 83, incs. 1º, 2º y 4º). Todo a tenor de la remisión que hace el art. 88.

§ 258. PUBLICACIÓN DE EDICTOS. — Habiendo en los dos casos una disminución del patrimonio de la sociedad a favor de otra sociedad, aunque lo sea en beneficio exclusivo de los socios, que se hacen titulares de las cuotas o acciones de esta última, deben publicarse los edictos de conformidad con lo establecido en la ley de transferencia de fondos de comercio.

<sup>157</sup> La mayoría exigida según el tipo de sociedad es la siguiente: sociedades colectivas, art. 131, unanimidad; sociedad en comandita simple, arts. 139-131, unanimidad de los comanditarios y comanditados; sociedad de responsabilidad limitada de menos de veinte socios, arts. 159, inc. 1º, 160, unanimidad; más de veinte socios, mayoría, art. 244; etcétera.