

FECHA DE EFECTIVIZACIÓN Y CLÁUSULA DE RETROACTIVIDAD CONTABLE EN LOS PROCESOS DE FUSIÓN Y ESCISIÓN

POR ENRIQUE M. SKIARSKI

Sumario

I. La fecha de efectos en las fusiones y escisiones no coincide en los ordenamientos legales societarios, contables e impositivos. A nuestro criterio, a los fines de lograr una armonización, ya sea que se considere como fecha de efectivización contable de la reorganización la de la asamblea aprobatoria o la del acuerdo definitivo, el acto estaría subordinado a la condición suspensiva de la inscripción en el Registro Público de Comercio, de manera tal que cumplida la condición, ella actúa conforme a su índole, retroactivamente por aplicación del artículo 543, Código Civil.

II. Consideramos inválido en nuestro régimen legal la cláusula de retroactividad contable, pues tratándose de un pacto de retroactividad convencional (ni la Ley de Sociedades Comerciales ni las leyes tributarias la prevén), no podrían afectar derechos de terceros o del fisco, a la sazón un acreedor cualificado. Y los derechos del fisco pueden verse afectados al imputar los resultados del período que va entre el balance especial y la fecha de efectividad a la entidad beneficiaria en lugar de imputarse a la entidad fusionante o escidente, modificando los resultados y, en consecuencia, la determinación del impuesto a las ganancias en las sociedades intervinientes.

III. La contabilidad y el Derecho tienen frecuentes encuentros, influencias recíprocas y se prestan auxilio para la solución de determinados problemas comunes. Piénsese, a título de ejemplo, en los aumentos y reducciones nominales del capital social.

No dejan de observarse, sin embargo, divergencias entre la contabilidad y el Derecho, en cuestiones tales como la noción de patrimonio, que para el derecho societario constituye un pasivo, o las primas de emisión, reserva para el derecho societario y aporte de los propietarios para la contabilidad.

Las mayores divergencias posiblemente han tenido históricamente su causa en el arcaísmo de las normas jurídicas, que no han evolucionado a la par de la técnica y la práctica contable.

Este divorcio entre contabilidad y Derecho permite hablar, en una perspectiva histórica, de dos formas de lenguaje que han venido coexistiendo.

Uno de los desafíos del Derecho contable consiste en aproximar los lenguajes contable y jurídico. Sólo su coordinación impondrá límites a una "contabilidad (meramente) creativa".

Una de las cuestiones divergentes entre derecho societario y contabilidad es la fecha de efectivización de los efectos de la fusión y la escisión.

Refiriéndose a la fusión, Cámara cita la siguiente definición de Uría: "La fusión es en acto de naturaleza corporativa o social por virtud del cual dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de alguna de ellas o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola entidad"¹.

El proceso de fusión requiere la realización de una serie de actos prolijamente indicados en la Ley de Sociedades Comerciales, y que son:

- (a) La suscripción del compromiso previo de fusión, que incluye los balances especiales de cada sociedad (artículo 83:1 LSC);
- (b) La aprobación del compromiso previo y del balance especial de fusión de cada sociedad (artículo 83:2 LSC);
- (c) La publicación para que los acreedores puedan oponerse (artículo 83:3 LSC);
- (d) El acuerdo definitivo de fusión, otorgados por los representantes de las sociedades participantes (artículo 83:4 LSC);
- (e) La inscripción del acuerdo definitivo de fusión en el Registro Público de Comercio (artículo 83:5 LSC).

¹ Cámara, Héctor. *Derecho societario*, DEPALMA, Buenos Aires, 1985, p. 305.

Respecto de la escisión, la hemos definido como “el acto corporativo por el cual una empresa social, extinguiéndose o no, produce el desmembramiento de su patrimonio en partes alícuotas, las cuales son asumidas por al menos dos empresas en el primer caso, al menos una en el segundo, nuevas o ya constituidas, y que normalmente agrupan a los socios de aquélla”².

En la escisión-fusión, el proceso es idéntico al de fusión (artículo 88 último párrafo LSC).

En cambio, en la escisión unilateral o propiamente dicha, el proceso es más sencillo pues la ley prescinde del requisito de suscripción del compromiso previo. En consecuencia, los pasos a cumplir se reducen a los siguientes:

(a) La resolución social aprobatoria de la escisión (artículo 88:1 LSC), del balance especial (artículo 88:2 LSC) y de la atribución de las partes sociales o acciones de la sociedad escisionaria a los socios o accionistas de la sociedad escidente (artículo 88:3 LSC);

(b) La publicación (artículo 88:4 LSC) para que los acreedores puedan oponerse (artículo 88:5 LSC);

(c) El otorgamiento de los instrumentos de constitución de la sociedad escisionaria y de modificación de la sociedad escidente (artículo 88:5 LSC), practicándose las inscripciones correspondientes en el Registro Público de Comercio.

En materia societaria, los efectos de la fusión y la escisión se producen con la inscripción en el Registro Público de Comercio (artículo 82 2° párrafo LSC).

En cambio, las normas contables (NIIF 3: Combinación de negocios) establecen, en general, que las fusiones se contabilicen por el método de adquisición.

La aplicación del método de adquisición supone que la fecha de adquisición es aquélla en la que la entidad adquirente obtiene el control efectivo sobre la entidad adquirida, entendiéndose por “control” al poder para dirigir las políticas financieras y de operación de una entidad, con el fin de obtener beneficios de sus actividades.

El control efectivo del patrimonio y de las operaciones de las sociedades absorbidas por parte de la nueva sociedad o de la sociedad incorporante acontece normalmente en las fusiones con la suscripción del acuerdo definitivo, pues desde dicho acto, salvo

² Skiarski, Enrique M. *Escisión de empresas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 30.

que en el compromiso previo se haya pactado en contrario, “la administración y representación de las sociedades fusionantes disueltas estará a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o de la incorporante” (artículo 84 último párrafo LSC). De existir pacto en contrario, la fecha que el mismo establezca no debería ser anterior a la fecha de la última de las asambleas que apruebe la fusión³.

En materia impositiva, los efectos tributarios consistentes en el traslado de los atributos fiscales (derechos y obligaciones) a las sociedades continuadoras se producen al momento de la *fecha de la reorganización*, que de acuerdo al artículo 105 del Decreto Reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias, se entiende como “la del comienzo por parte de la o las empresas continuadoras de la actividad o actividades que desarrollaban la o las antecesoras”.

Adviértase que en materia fiscal, la fecha de la reorganización no coincide con la fecha de inscripción de la fusión, pues el artículo 6° de la RG (AFIP) 2513 admite la posibilidad que la reorganización no se halle inscrita al vencimiento del plazo de comunicación de la reorganización, posterior a la fecha de la reorganización.

En un interesante fallo del Tribunal Fiscal de la Nación⁴, donde se juzgó si se había cumplido en tiempo con la comunicación de la reorganización, se descartó que la fecha de la reorganización pudiera coincidir con la fecha del balance especial de fusión. Una de las vocales, la Dra. Gramajo señaló que la fecha de la reorganización es la fecha en que las asambleas generales extraordinarias unánimes de ambas sociedades aprobaron el compromiso previo de fusión. Por su parte otra vocal, la Dra. Siritto indicó que su decisión coincidía con la propuesta por la Dra. Gramajo, pues “antes de que se hubiera formalizado el acuerdo definitivo de fusión (y por lo menos el compromiso previo en ese sentido) no puede hablarse ni de empresa continuadora ni de empresa antecesora”.

³ Cfr. Vergara del Carril. “Novedades introducidas al proceso de fusión y escisión por la Ley 22.903”, *El Derecho*, t. 108, p. 980, quien si bien considera auspicioso que la ley permita que la unificación de la administración comience lo antes posible, advierte que dado que se trata de una decisión de fundamental importancia no puede tener lugar antes que las asambleas extraordinarias de cada sociedad hayan aprobado la fusión.

⁴ “Sociedad Industrial Argentina S.A.”, TFN, Sala D, 28 de octubre de 2005.

La doctrina de este fallo fue recogida por el Dictamen (DAT) 66/2005, donde en el marco de un proceso de escisión se opinó sobre qué sociedad debía declarar los resultados impositivos generados por el patrimonio escindido durante el período en el cual la escidente actuara en beneficio de la escindida, se concluyó que el proceso reorganizativo genera efectos tributarios para las escisionarias recién a partir de la fecha de la reorganización, que es la fecha de aprobación de la escisión por parte de la sociedad escidente.

A nuestro criterio, ya sea que se considere como fecha de efectivización contable de la reorganización la de la asamblea aprobatoria o la del acuerdo definitivo, el acto estaría subordinado a la condición suspensiva de la inscripción en el Registro Público de Comercio, de manera tal que cumplida la condición ella actúa conforme a su índole, retroactivamente por aplicación del artículo 543, Código Civil.

IV. No debe confundirse ello con la cláusula de retroactividad contable, que en los procesos de fusión o escisión, es una técnica que permite que las sociedades pacten discrecionalmente la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades transferentes se consideren realizadas a efectos contables por cuenta de las sociedades beneficiarias.

En la fusión, es un pacto disponible que se utiliza para evitar la confección y aprobación de balances finales posteriores a los balances especiales de fusión, registrando en los libros de la sociedad fusionaria las operaciones de las sociedades absorbidas posteriores a la fecha de cierre de los balances especiales, pues los administradores de las sociedades que se disuelven no se hallan eximidos del deber de registrar las operaciones posteriores a la fecha de cierre de los balances especiales de fusión, ni siquiera las operaciones posteriores a la fecha de la asamblea que aprueba el respectivo balance especial.

La cláusula de retroactividad contable se aplica traspasando a la fusionaria, junto a los activos y pasivos de las fusionantes, las cuentas de resultados registradas en los libros de éstas con posterioridad a la fecha de cierre de los balances especiales.

La cláusula de retroactividad ha sido también utilizada en los distintos tipos de escisión.

Pero a diferencia de la fusión, donde la sociedad beneficiaria es una sola, en el proceso de escisión deberá determinarse de manera específica la imputación contable a cada una de las sociedades continuadoras, atendiendo a la relación económica y

jurídica existente entre las operaciones efectuadas por la escidente durante este período de interinidad y las partes del patrimonio destinadas a cada una de las sociedades escisionarias.

Se le han asignado otras ventajas.

(a) Así, se ha dicho que permite preservar formalmente la relación de cambio de las alteraciones patrimoniales que pudiesen producirse durante el *iter* del proceso.

Ello no es así por cuanto:

(1) Es sabido que la relación de cambio no surge de una fórmula matemática invariable que sólo tiene en cuenta los valores patrimoniales de las sociedades intervinientes medidos a la fecha de los balances especiales, sino que es producto de una negociación entre los administradores, quienes pueden, o mejor dicho deben estimar para su cálculo las alteraciones que se producirán en el período de interinidad;

(2) Para aprobar la fusión, la asamblea tomará conocimiento de los acontecimientos u operaciones ocurridos entre la fecha del cierre del balance especial y la fecha de confección de los estados contables (muy cercana a la fecha del compromiso previo e la fusión) pues deben consignarse en Notas a los estados contables;

(3) La fusión es de competencia exclusiva de la asamblea extraordinaria de cada sociedad, la cual no está obligada a aprobar el compromiso previo, que no es vinculante ni genera obligaciones a la sociedad;

(4) Bajo determinadas circunstancias, el compromiso previo de fusión puede ser dejado sin efecto, las resoluciones sociales aprobatorias pueden ser revocadas e incluso cualquiera de las sociedades interesadas puede demandar la rescisión del acuerdo definitivo de fusión por justos motivos hasta el momento de su inscripción registral. Consideramos que una alteración sustancial de las bases del compromiso previo, constituye justa causa para su rescisión.

(b) También se ha dicho que la cláusula de retroactividad contable es útil para imputar las ganancias y pérdidas de las sociedades fusionantes generados durante el período de interinidad a la sociedad fusionaria, haciendo partícipe a los socios de aquellas de los resultados económicos positivos o negativos producidos con posterioridad a la fecha de imputación contable a través de la participación que adquieren en ésta, evitando el problema de determinar el destino de tales resultados.

Pero esto no es así, pues la sucesión universal que se reconoce a las operaciones de fusión determina que los resultados del

periodo de interinidad siempre serán destinados a la fusionaria y en cuanto a la participación de los socios de las sociedades absorbidas en las utilidades del ente consolidado puede pactarse sin limitaciones mediante una cláusula que fije "la fecha a partir de la cual las acciones que se emitan darán derecho a participar en las ganancias".

A nuestro criterio consideramos inválido en nuestro régimen legal la cláusula de retroactividad contable, pues tratándose de un pacto de retroactividad convencional (ni la Ley de Sociedades Comerciales ni las leyes tributarias la prevén), no podrían afectar derechos de terceros o del fisco, a la sazón un acreedor cualificado. Y los derechos del fisco pueden verse afectados al imputar los resultados del período que va entre el balance especial y la fecha de efectividad a la entidad beneficiaria en lugar de imputarse a la entidad fusionante o escidente, modificando los resultados y en consecuencia la determinación del impuesto a las ganancias en las sociedades intervinientes.

En tal sentido, Maurice Gégout⁵ -si bien admite la retroactividad convencional y considera que las partes pueden convenir expresamente en que sus acuerdos tengan ciertos efectos en el pasado como consecuencia derivada del principio de la autonomía de la voluntad-, sostiene que la retroactividad quedaría limitada en sus efectos reservando los derechos del fisco, pues sería muy fácil a los contratantes usar este medio para escapar a las exigencias de la ley fiscal.

Por su parte, Messineo enseña que en el ámbito del derecho privado no se admite que las partes puedan dar a sus actos jurídicos un efecto retroactivo que la ley no reconoce. El efecto jurídico del negocio como el de cualquier hecho jurídico es, normalmente, coetáneo al negocio jurídico mismo, es decir, tiene eficacia *ex nunc*. Retroactividad, es decir la eficacia *ex tunc*, por importar desviación del principio de causalidad jurídica en cuanto, entonces, el efecto es anterior a la causa, sólo puede haberla de manera excepcional según sucede en la ratificación y en la convalidación del negocio. "Esto explica por qué la retroactividad no puede disponerse por el individuo sino únicamente por el ordenamiento jurídico"⁶.

⁵ Gégout, Maurice. "Essai sur la rétroactivité conventionnelle", *Revista crit. de leg. et jur.*, 1931, p. 289 y siguientes.

⁶ Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 324.

Parecería entonces que los pactos de retroactividad, tal como la cláusula de retroactividad contable, pueden tener eficacia obligacional "interna" pero que no es oponible a terceros. Es; otras palabras, pueden las partes convenir lo que les parezca; de tal modo disciplinar los efectos económicos de la fusión, pero no es posible que los efectos jurídicos de la operación se anticipen en perjuicio de terceros, pues no han sido consumados.

Sin embargo, siguiendo a Portale⁷, "la retroactividad analizada no tendría efectos frente a terceros; pero la contabilidad es una sola, y no puede haber una situación contable entre las partes y otra frente a terceros. Por lo tanto, la contabilidad debe llevarse conforme a las reglas generales usuales, y lo que se modifican son las relaciones patrimoniales entre los participantes en la fusión".

En definitiva, la voluntad humana no puede volver posible lo que escapa a sus alcances. El acto jurídico no puede hacer que exista lo que no existe. Quien no era titular de bienes o derechos a una fecha determinada no puede verse convertido desde esa fecha por virtud de un acto corporativo celebrado posteriormente. El orden natural no lo permite.

⁷ Portale, G. B. "Clausole di "retroattività" e bilanci nella fusione di società per azioni", in *Rivista delle Società*, 1983, p. 1281.

**EL CAPITAL SOCIAL EN LAS
SOCIEDADES COMERCIALES.
DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DE CAPITAL
SOCIAL. REINTEGRO**
