

Comisión I.

SOCIEDADES CREADAS POR ESCISIÓN

MARTÍN DOMÍNGUEZ.

I. *Concepto.*

La escisión constituye un mecanismo jurídico que posibilita la modificación de las estructuras empresarias en aras a lograr la más adecuada forma para el cumplimiento de los fines de la empresa.

Los mecanismos jurídicos son consecuencia de la dinámica económica contemporánea, que hace necesario ampliar, dividir y diversificar las diversas gestiones empresariales.

Zaldívar sostiene que la transformación, la fusión y la escisión en materia de sociedades comerciales son mecanismos a través de los cuales la empresa moderna busca amoldarse a necesidades coyunturales. Constituyen procedimientos que le permiten tanto expandirse, como reducirse, concentrarse o dividirse, abarcar otras áreas de actividad, diversificar los riesgos, amoldarse a conveniencias de orden fiscal y en síntesis salir de la estructura rígida de su acto constitutivo.

La escisión constituiría uno de los recursos técnicos destinados a la reorganización de empresas.

Claude Champaud sostiene que en una economía que se caracteriza por la amplitud, la rapidez, la aceleración de las mutaciones que la trasforman, la "agrupación" no puede menos que multiplicar sus aplicaciones y diversificar sus formás.

La doctrina francesa, a través de M. D. Froessel, la define como el aporte simultáneo sobre la integralidad del activo y pasivo eventual de una sociedad a favor de dos o más sociedades preexistentes o constituidas a ese fin y entraña para ellas la disolución de la sociedad aportante (escisión total).

Champaud sostiene que el tipo de escisión más puro y simple es el que conduce a la constitución de dos o más nuevas sociedades

por la división del activo de la sociedad preexistente. Esta operación recibe el nombre de "*división de sociedades*". Deben nacer otras sociedades y la dividida desaparece.

La sociedad trasmite su patrimonio a las sociedades nuevas y cada una recibe su parte a título universal.

Para la doctrina francesa la escisión constituye en esencia la división de una sociedad para aportar a existentes o crear nuevas sociedades con disolución de la sociedad aportante.

La comisión redactora de la ley de sociedades 19.550 al elevar el proyecto definitivo al ministro de Justicia destaca que introdujo tres modificaciones al proyecto original: una de ellas es la incorporación de la regulación legal de la escisión en el art. 88.

Fargosi sostiene que ello tuvo por finalidad la de dotar a la legislación argentina de mayores recursos técnico-jurídicos para la reorganización de las empresas. Indica asimismo que si la sociedad se puede transformar, fusionar, no hay razones válidas para que el ordenamiento jurídico se muestre insensible para posibilitar la reorganización y un mejor empleo del patrimonio dotándola de los medios instrumentales que superen dilaciones y obstáculos y en tanto no se lesionen los derechos de los socios o se frustren los de terceros.

II. *Causas de la escisión.*

Las causas por las que se produce la escisión pueden ser múltiples y variadas, pero siguiendo a la doctrina francesa podemos agruparlas en dos tipos:

a) consideraciones materiales;

b) consideraciones personales.

a) La escisión puede surgir a consecuencia de una necesidad económica planteada en una sociedad en un momento dado, conforme sostienen Froessel y Bastian; así, puede ser que una sociedad que posee fábrica de hilados y tejidos y que ve por una razón cualquiera que la parte de hilados toma una creciente importancia, no pudiéndose ambas desarrollar eficazmente juntas; estando limitadas sus posibilidades de expansión actuando bajo una misma dirección; resultará entonces útil una escisión, ya que de esta manera una sociedad explotará la parte de hilados y la otra hará lo propio con la parte de tejidos.

Puede darse el supuesto de que en una misma sociedad existan varias explotaciones diferentes; la escisión no hará entonces más que consagrar una situación económica de hecho en el seno de una sola

empresa, ocurriendo a menudo que por una razón fiscal u otra las contabilidades ya son diferentes, como también puede haber ya una diferente dirección. La escisión consagraría un estado de hecho.

También es destacable que la escisión puede aportar ventajas en el campo de la especialización de una sociedad en diferentes rubros.

Puede asimismo ayudar a superar problemas de sobredimensionamiento de una empresa.

b) Ellas resultan más originales y tienen por objeto separar los accionistas unos de otros o grupos de accionistas de una misma sociedad.

Resultan notables las dificultades que se crean en el interior de una empresa por la oposición de dos o más grupos de intereses. La escisión dividiendo esos grupos contrapuestos resulta de gran utilidad; por ella cada grupo permanecerá con una parte de la actividad de la sociedad escindida y los grupos tendrán la ventaja de encontrarse asociados con aquellos que tienen el mismo punto de vista para encarar una explotación.

En síntesis, se recurrirá a la escisión cada vez que se tenga interés en separar diversas ramas de una empresa o ciertos grupos de accionistas.

La resolución 16 de la Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación, del 28 de junio de 1974, haciéndose eco de esa doctrina establece en una parte de sus considerandos "que el legislador al reglamentar el instituto de la escisión ha tenido particularmente en vista el fenómeno de la desconcentración de las empresas con el fin de posibilitar un mejor ordenamiento de la producción económica, siéndole indiferente que el fraccionamiento se haga en base a la diversificación de las distintas actividades de la empresa o a la necesaria o conveniente disgregación de los diferentes grupos humanos que la componen y cuyos intereses diversos y contradictorios pueden conspirar contra su normal funcionamiento".

III. Características de la escisión.

La Ley de Sociedades al tipificar o caracterizar la transformación, la fusión y la escisión establece los rasgos fundamentales caracterizantes de cada uno de los institutos.

a) Transformación. La sociedad no se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones (art. 74, L.S.).

b) Fusión. La o las sociedades se disuelven sin liquidarse (art. 82, L.S.).

c) Escisión: 1) reducción proporcional de capital, y 2) atribución directa y proporcional de las acciones a los accionistas de la sociedad escindida (art. 88, L.S.).

Cabe destacar en primer lugar que a diferencia del derecho francés, que se refiere a la escisión total (con disolución de la sociedad aportante), en nuestro derecho sólo existiría en principio la escisión parcial o "falsa escisión" como se la denomina en el derecho francés, y ello a mérito de:

1) A diferencia de lo establecido para la fusión, o sea, la disolución de la sociedad absorbida, la ley establece para la escisión como característica *la reducción proporcional del capital* efectuándose para cubrir la parte de patrimonio que se destina a la creación de sociedad nueva o sociedad existente o a participar con otra en la creación de una nueva sociedad.

2) La ley al caracterizar la escisión establece claramente que ella se produce cuando una sociedad "*destina parte de su patrimonio*", frase que parecería excluir en principio la escisión total del derecho francés, aunque cabe pensar que una sociedad podría destinar parte de su patrimonio a una sociedad, parte a otra y disolverse.

Claude Champaud sostiene que el aporte de una parte del activo de una sociedad a una nueva o preexistente a veces se llama escisión parcial. El aporte parcial es una falsa escisión, ya que sólo la sociedad que hace el aporte se separa de una parte de los bienes que componen su activo, recibe acciones que toman el lugar del patrimonio (la sociedad aportante no desaparece).

Para conceptualizar claramente la escisión total el autor citado dice: La operación se llama tanto escisión como división de sociedad y está próxima a la fusión aunque teóricamente es lo contrario. Consiste en la desaparición de un patrimonio social que es aportado dividido a dos o más sociedades preexistentes o creadas a tal efecto. La sociedad dividida desaparece y los accionistas de la o las sociedades reciben su activo.

IV. Procedimiento de escisión.

El procedimiento de escisión está reglado en la Ley de Sociedades según se trate de escisión-creación o escisión-fusión, complementado por la resolución 5 de la Inspección General de Personas Jurídicas, del 18 de marzo de 1974.

I. El primer paso está dado por la aprobación que debe ser resuelta por una *asamblea extraordinaria* (conf. art. 235, L.S.), con

las mayorías establecidas para los *supuestos especiales* por el art. 244 de la L.S., a pesar de no estar incluida en la enumeración del artículo y sí en la enumeración del art. 160 para las S.R.L. Ello se debe sin duda a una omisión del legislador, ya que la exposición de motivos en su sección VIII comentando el art. 244 da por sentado que la escisión es una decisión societaria de especial trascendencia.

En consecuencia, estimo que tanto la escisión de S.A. como de S.R.L. debe resolverse con la mayoría establecida para los supuestos especiales. Ello es así puesto que la ley ha establecido una mayoría especial a efectos de evitar mayorías ocasionales para resolver situaciones especiales de suma importancia para la sociedad.

Destaquemos que existen supuestos de:

- a) aporte a sociedad existente;
- b) aporte conjunto de dos sociedades para formar sociedad nueva;
- c) aporte de una sociedad para crear una nueva sociedad.

Siendo las normas legales aplicables:

Supuestos *a* y *b*: arts. 83, 85, 86 y 87.

Supuesto *c*: arts. 78, 79 y 83, incs. 1, 2 y 4.

A efectos de este trabajo nos interesa el supuesto que denominamos escisión-creación (supuesto *c*).

Fargosi sostiene que en este supuesto, o sea, el de escisión propiamente dicha, se produciría el punto más conflictivo, pues aparentemente en el momento inicial la nueva sociedad carecería del sustrato pluripersonal que es de la esencia de todo tipo, pero debe tenerse en cuenta que la entidad que se escinde, aunque centro unitario de interés es un sujeto colectivo, de lo que se concluye que la pluralidad de socios es constatable *ab initio*.

Entiendo que en la escisión-creación la asamblea extraordinaria automáticamente se convierte en asamblea constitutiva de las sociedades a crear.

En consecuencia, ella deberá proceder a:

- 1) aprobar la escisión de la sociedad para crear sociedad nueva o nuevas;
- 2) determinar el capital y la parte de patrimonio que se destina a su constitución;
- 3) establecer la denominación de la nueva sociedad y demás requisitos exigidos por el tipo societario;
- 4) aprobar el estatuto social que regirá el nuevo ente creado;
- 5) aprobar el balance especial de escisión;

6) designar a los componentes de los órganos de administración y fiscalización;

7) designar al representante legal para que suscriba el instrumento de escisión.

II. El acta de asamblea estructurada sobre la base de los puntos expuestos constituirá el instrumento definitivo de escisión, el cual, previo cumplimiento del art. 165 de la ley 19.550 (tratándose de sociedades por acciones), deberá presentarse ante la autoridad de control a efectos de obtener la conformidad administrativa a la escisión de la sociedad y a la constitución de las nuevas sociedades, para su posterior inscripción en el Registro Público de Comercio.

III. La sociedad deberá confeccionar un balance especial de escisión, el cual con copias se pondrá a disposición de los socios y acreedores. Dicho balance deberá reflejar los bienes que quedan en la sociedad escindida y en la nueva sociedad.

La ley dice que debe ser puesto a disposición de los socios y acreedores, pero nada indica sobre el plazo de antelación requerido. No habiendo norma expresa debemos aplicar por analogía la norma del art. 67, L.S., que fija un plazo de 15 días de antelación para presentar la documentación contable (art. 234, inc. 1, L.S.), a aprobar por los accionistas.

IV. La sociedad deberá cumplir con la publicidad dispuesta en la ley de transferencia de fondos de comercio, efectuando la publicación en el diario de publicaciones legales y en uno de los diarios del lugar por cinco días.

V. *Efectos de la escisión.*

El art. 88 de la L.S., en su apartado segundo, bajo el título "efectos" enuncia los siguientes:

- 1) la escisión importa reducción proporcional de capital;
- 2) las acciones se atribuirán directamente a los titulares en proporción a las acciones de la sociedad escindida.

1. Hemos visto que la reducción de capital constituye un elemento que diferencia a la fusión de la escisión y contribuye a señalar que en nuestro derecho no existiría la escisión total o división de sociedad del derecho francés.

Del rígido texto de la ley pareciera que la reducción fuera requisito esencial sin el cual la escisión no podría efectuarse. La ley es terminante: "La escisión importa reducción proporcional de capital".

No lo ha entendido así la Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación, ya que en la interpretación efectuada en la resolución 16 citada considera "que la reducción de capital constituiría un requisito natural de la escisión, pero en ningún caso un requisito esencial, ya que la escisión es posible efectuarla mediante afectación de reservas, con lo cual sería innecesario reducir el capital"; considera la I.G.P.J. que la ley sólo lo ha contemplado como un elemento normal del instituto que puede no producirse, ya que la reducción no pareciera indispensable para el caso de que la sociedad que se escinde contare con suficientes reservas para compensar la parte de patrimonio que aporta a la nueva sociedad.

El procedimiento, a mi juicio, no merece observaciones, pudiendo resultar práctico y beneficioso.

2. Proporcionalidad en la atribución de acciones.

En el punto la ley indica: "Las acciones se atribuirán directamente a los titulares en proporción a las acciones en la sociedad escindida".

En primer lugar es necesario indicar que dicho precepto ha sido tomado casi textualmente del art. 383, último párrafo, de la ley francesa de 1966, que dice: "Las acciones emitidas por las nuevas sociedades serán entonces atribuidas a los accionistas de la sociedad escindida" (repetiendo en otro artículo la misma consecuencia para el caso de partes sociales).

La ley francesa es clara y coherente por dos motivos:

- a) establece sólo esta consecuencia para el supuesto de escisión-creación o escisión propiamente dicha;
- b) la exigencia de un número mínimo de socios para constituir sociedad.

Nuestra ley de sociedades ha establecido la misma consecuencia o efectos para los tres supuestos de escisión previstos en el art. 88, lo cual trae cierto desajuste en el sistema.

En esencia, la atribución directa consiste en el cambio de nuevas acciones por patrimonio de la sociedad escindida, o sea que a cambio del patrimonio que la sociedad madre entrega para formar la nueva sociedad reciben los accionistas acciones de la nueva sociedad.

La atribución es clara: la nueva sociedad entregará sus acciones a los accionistas de la sociedad madre, los que pasarán a ser accionistas de la nueva y verán compensados de esa forma el patrimonio que entregan y las acciones que pierden en la sociedad madre como consecuencia de la reducción de capital que deberá operarse.

En materia de escisión-creación la doctrina francesa es coincidente en lo que respecta a la proporcionalidad. En ese sentido, Dal-sace ("Revue de Sociétés", 1964, p. 9) sostiene que la asamblea extraordinaria de la sociedad a escindirse decide su escisión bajo la condición suspensiva de la constitución de sociedades absorbentes (del patrimonio), siendo realizada esta última únicamente entre los accionistas de la primera sociedad, considerados como propietarios indivisos, produciéndose por consecuencia la supresión de la declaración notarial de suscripción y del procedimiento de suscripción de aportes.

En el mismo sentido, Hamiaut (*La reforma de sociedades comerciales*, t. III, p. 101): La asamblea general de accionistas de la sociedad escindida puede transformarse en asamblea general constitutiva, ya que los accionistas antiguos se encuentran ser los únicos accionistas de la nueva sociedad.

El mismo autor sostiene que los bienes aportados por la sociedad escindida son reputados indivisos entre los accionistas de esta sociedad.

En el mismo sentido, Champaud (*Le pouvoir de concentration de la société par actions*, t. 5, p. 186) sostiene "para que exista la división de sociedades o escisión es necesario que haya identidad de accionistas entre la sociedad dividida y la o las sociedades originadas por esta operación".

Froessel y Bastian (*Le fusion et scissions de sociétés*, p. 14), comentando los derechos de los accionistas de la sociedad dividida, sostienen: para ellos la escisión no tiene en principio el carácter de una simple disolución... ellos no perderán su calidad de accionistas, ya que recibirán nuevos títulos a cambio de los viejos.

La atribución proporcional de acciones no constituiría un requisito esencial o caracterizante de la escisión, atento a que la ley lo enuncia como "efecto" que no la distingue de la fusión, que resultaría posible por el acuerdo unánime de todos los socios dejar sin efecto el citado requisito.

La Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación en su función interpretativa de la ley ha demostrado tal aserto en la resolución 16 citada, ante la presencia de situaciones en que no se respeta la distribución proporcional establecida por la ley, ya sea porque el reparto se hace entre alguno de sus socios, quienes en compensación resignan su condición de tales en la sociedad, que se escinde, o porque en la creación de dos o más sociedades las par-

tes o acciones de cada uno de ellos se asignarán separadamente a diversos grupos de la sociedad madre.

Desde el punto de vista práctico no existiría inconveniente en aceptar una distribución discriminada en la que no se respete la proporcionalidad o equivalencia de las participaciones sociales, mientras no sean lesionados los particulares intereses que la ley desea proteger: a) el de los acreedores que pueden apelar a su derecho de oposición; b) el de los socios que por unanimidad deciden modificar la forma de repartición establecida por la ley.

El principio de proporcionalidad puede ser considerado como un derecho atribuido a los socios por la ley y, por tanto, inderogable por voluntad de una mayoría, y siendo un derecho particular del socio nada obsta a que se altere el principio de proporcionalidad cuando aquél accede a recibir una parte menor a la que le corresponde a cambio de otras ventajas que recibe en compensación.

Sentando una buena doctrina por vía de interpretación y siguiendo los lineamientos de la doctrina francesa la I.G.P.J. permite que no se respete la proporcionalidad en el supuesto de una *asamblea unánime* que resuelva una distribución distinta. O sea que la excepción a la proporcionalidad sólo será posible cuando el reparto haya sido acordado en forma unánime.

Froessel y Bastian sostienen: que la distribución de los títulos de una de las sociedades beneficiarias a un solo grupo de accionistas, rompe la igualdad de los accionistas. Algunos autores lo admiten. Es necesario tener entonces un acuerdo unánime.

Al analizar la operación indícase: los accionistas de la sociedad desmembrada verán sus títulos anulados, unos obtendrán únicamente títulos de la sociedad beneficiaria "B", mientras que otros tendrán títulos de "C". Hay sustitución de títulos para todos los accionistas existiendo igualdad de valores. La exigencia de la unanimidad debe ser respetada cada vez que los accionistas de la sociedad desmembrada no reciban proporcionalmente acciones de todas las sociedades beneficiarias.

El no admitir una distribución no proporcional traería consecuencias lamentables: a) impediría producir normalmente una escisión por consideraciones personales; b) la realidad llevaría a la simulación de que los accionistas luego de efectuada la escisión (respetando la proporcionalidad) se repartieran las acciones a su antojo dividiéndose las sociedades, con lo cual se burlarían los propósitos de la ley.

En consecuencia, estimo que por vía de interpretación la Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación sentó una buena doctrina que deberá recogerse legislativamente, agregando al art. 88 la posibilidad de que no se respete la proporcionalidad para el caso de acuerdo unánime de los socios, como asimismo la posibilidad de destinar no sólo "parte de su patrimonio", sino todo su patrimonio, a la creación de una o más sociedades para consagrar la *división de sociedades* del derecho francés, legislativamente.