

# **LA ESCISION NO PROPORCIONAL. UN MECANISMO DE SOLUCION DE CONFLICTOS QUE DEBE SER INCORPORADO A LEY DE SOCIEDADES**

*Enrique M. Skiarski*

## **Síntesis**

1°. Consideramos necesario modificar la ley a fin de la definitiva inclusión de la escisión no proporcional.

2°. La escisión no proporcional, aún resuelta contra la voluntad del accionista disconforme, puede resultar un medio adecuado de solución de conflictos si se cumplen las siguientes condiciones: 1) Que la escisión se realiza en beneficio del interés social y no de la mayoría que la aprueba en perjuicio de la minoría; 2) Inexistencia de otro medio menos gravoso para alcanzar el objetivo buscado y 3) Protección adecuada de los accionistas que no brindan su conformidad. Para ello es necesario: a) que los accionistas se hallen debidamente informados a través de un informe de los administradores de la sociedad sobre los motivos y finalidades de la escisión, un balance y no solo un estado de situación patrimonial y un informe fundado del síndico y b) que el valor del receso sea justo, es decir que tenga en cuenta el verdadero valor de la empresa y los costos de transacción que implican retirarse de la sociedad.

## **Introducción**

El procedimiento de la escisión fue diseñado teniendo en miras que, ante la necesidad de descentralización de una empresa, la concesión de autonomía jurídica a varias unidades productivas puede generar una mayor eficiencia económica que la adopción de simples medidas de descentralización interna.

La ley 19.550 incorporó a la escisión como respuesta a la inclusión por parte de la ley 18.527, modificatoria de la ley de impuesto a los

réditos, a “la división de una empresa en dos o más que continúen las operaciones de la primera” como especie de reorganización. De esta manera, se creó un instituto que permitió reducir a una sola operación unitaria algo que hubiera podido lograrse a través de actos sucesivos, pero conspirando contra la celeridad, la economía y la propia instrumentalidad de la ley.

La finalidad del instituto, de acuerdo a la exposición de motivos de la ley 18.527, fue la facilitación de los procesos de reorganización en miras a impedir que por razones tributarias se obstaculice “la optimización del rendimiento de los factores productivos”.

Sin embargo, la evolución del instituto demostró ser un mecanismo eficiente para la solución de conflictos intracorporativos o para prevenir que los mismos se produzcan en el futuro, cuando dentro de la sociedad coexisten grupos antagónicos con influencia en la dirección de la sociedad <sup>(1)</sup> o cuando en los grupos de sociedades se pretende depurar las filiales de accionistas externos a fin de planificar una estrategia empresarial única y exclusivamente en función del interés del grupo, pues el procedimiento de escisión permite conservar la explotación del patrimonio empresarial ya creado, aunque en unidades económicas separadas.

## Antecedentes

El Código de Comercio patrio no mencionaba el instituto de la escisión.

La ley 19.550 introdujo el procedimiento de escisión parcial, pero requiriendo la proporcionalidad, al prescribir que “las partes sociales o acciones se atribuirán directamente a los titulares *en proporción a las partes o acciones en la sociedad escindida*”.

La ley 22.903, modificatoria de la ley 19.550, admitió la escisión total, con disolución de la escidente. Además modificó la redacción

---

(1) Esta práctica ha sido muy común en nuestro medio, especialmente en empresas agropecuarias revestidas bajo la forma de sociedades por acciones, cuando tras el fallecimiento del accionista mayoritario sus herederos procuran la división del patrimonio social (ver Zaldívar, Manóvil, Ragazzi y Rovira, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., vol. IV, p. 167).

primitiva pero no innovó respecto al requisito de proporcionalidad. La actual redacción establece que “la resolución social aprobatoria incluirá la atribución de las partes sociales o acciones de la sociedad escisionaria, a los socios o accionistas de la sociedad escidente, *en proporción* a sus participaciones en ésta, las que se cancelarán en caso de reducción de capital”.

La atribución proporcional significa que cada socio debe mantener luego de la escisión, tanto en la sociedad escidente como en el patrimonio escindido, la posición relativa de la que era titular en el capital y en los votos de la sociedad escidente antes de la escisión.

Cuando dicha proporción varía, estamos en presencia de una escisión no proporcional o asimétrica.

La escisión no proporcional fue admitida en nuestro medio a través de la Resolución 16/74 de la entonces Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación, teniendo en cuenta “los numerosos expedientes de escisión en los que no se respeta la distribución proporcional establecida en la segunda parte del artículo 88 de la ley 19.550, ya sea porque el reparto se hace solamente entre algunos 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 partes o acciones de cada uno de ellos se asignan separadamente a diversos grupos de la sociedad madre”. La citada resolución estableció que “no se observarán los casos de escisión cuando el reparto haya sido acordado en forma unánime por los socios, aunque no se haya respetado la proporcionalidad establecida por el art. 88 del decreto 19.550/72”.

En general, la doctrina salvo alguna excepción aislada acogió con beneplácito la Res. IGPJ 16/74.

Así Otaegui<sup>(2)</sup>, refiriéndose a esta resolución, entendió que “*la argumentación y su solución se ajustan a las finalidades de la ley de sociedades, ello sin perjuicio de las eventuales repercusiones de orden fiscal, en la medida que pudiera entenderse que tal acuerdo unánime de los socios importa un convenio de transferencia de partes sociales o acciones entre las que tendrían que recibirse de acuerdo con la LS,*

---

(2) Otaegui, Julio C., *Fusión y escisión de sociedades comerciales*, Abaco, Bs. As., p. 251.

art. 88 ya las que se reciben conforme a lo estipulado". También <sup>(3)</sup> explicó que "la atribución de las partes sociales de la escisionaria a los socios de la escidente... es un requisito natural pero no esencial del referido negocio jurídico".

Por su parte, para Solari Costa <sup>(4)</sup> "los acuerdos para alterar la relación estricta de cambio de sus participaciones, se mueve fuera del ámbito de la escisión como instituto societario... Pero esos acuerdos están desvinculados del procedimiento configurativo de la escisión; son actos particulares de los socios, celebrados fuera del ámbito de actuación orgánica de la sociedad;... involucran actos que afectan derechos personales de los socios y no del ente social". Incluso, consideró viable la repartición no proporcional con la conformidad del socio afectado, aun sin que la decisión de escindir sea unánime.

Según Rodríguez Peluffo <sup>(5)</sup> "cuando una sociedad se escinde el fin perseguido por dicha sociedad puede ser tanto la desconcentración de actividades... como la separación de grupos antagónicos de socios o con intereses diversos. Ignorar esta última manifestación del fenómeno de desconcentración económica significaría desconocer el instituto mismo de la escisión. Además este razonamiento es consistente con el principio de conservación de la empresa (art. 100 L.S.), pues de otro modo los accionistas ser verían obligados a disolver la sociedad y liquidarla".

Por nuestra parte <sup>(6)</sup>, sostuvimos que la proporcionalidad de la atribución consagra un derecho disponible para el socio de participar como tal en las sociedades escisionarias, al que en consecuencia puede renunciar.

En contra, Zavala Rodríguez <sup>(7)</sup> criticó la resolución 16/74 por considerar que la hipótesis planteada se separa de un requisito expreso (la proporcionalidad) previsto en el art. 88 de la ley, que según el autor, es esencial para que exista escisión.

---

(3) Otaegui Julio, C., "Escisión y tipicidad", E.D. 106-247.

(4) Solari Costa, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, Ad-Hoc, Bs. As., p. 567 y ss..

(5) Rodríguez Peluffo, Damián N., "La proporcionalidad en la atribución de acciones en la escisión", E.D. 194-858.

(6) Skiarski, Enrique, *Escisión de empresas*, Ad-Hoc, Bs. As., 2001, p. 112.

(7) Zavala Rodríguez, *Fusión y escisión de sociedades*, Depalma, Bs. As., 1976.

Otro antecedente de la escisión no proporcional surge del Dictamen D.A.T.J. 19/85 de la Dirección General Impositiva, conforme al cual no importa que los titulares de las entidades escisionarias integren juntos o separados cada nueva entidad, siempre que la sumatoria de los capitales de dichas entidades pertenezcan, por lo menos en un 80%, a los titulares del capital de la sociedad escidente.

No obstante, en un sonado caso jurisprudencial se prescindió de esta doctrina. En efecto, en autos "Conarco Alambres y Soldaduras S.A.", CNCom., Sala E, 29/10/82, los dos únicos socios de la escidente, Acindar Industria Argentina de Aceros S.A. y Oerlikon Argentina S.A. resolvieron en la asamblea celebrada el 4/7/80 la escisión de Conarco atribuyendo parte del patrimonio de la misma a cada una de las socias. Asimismo resolvieron que las sociedades escisionarias (en el caso las propias socias), no aumenten su capital, lo que implícitamente significó prescindir de la atribución proporcional.

De acuerdo al voto de la mayoría, "las acciones que debería emitir Acindar S.A. y que deben distribuirse directamente a los socios de la escindida *deben ser proporcionales* en su monto, a lo recibido... En igual situación nos encontramos con los créditos destinados a Oerlikon SA.. Esta falta de uno de los requisitos de la escisión —que reviste el carácter de sustancial— hace que la misma no se configure y que, consecuentemente, el negocio jurídico no pueda calificarse como tal... En el caso de autos hay una adjudicación de bienes sociales a sus socios en proporción a sus tenencias accionarias y tal adjudicación... no puede ampararse en la figura de la escisión".

La legislación comparada afín a nuestro derecho da cabida a la escisión asimétrica.

El art. 5° inc. 2. de la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo de 17 de diciembre de 1982, prevé la escisión no proporcional<sup>(8)</sup>.

---

(8) "Cuando las acciones de las sociedades beneficiarias se atribuyan a los accionistas de la sociedad escindida no proporcionalmente a sus derechos en el capital de esta sociedad, los Estados miembros podrán prever que los accionistas minoritarios de ésta puedan ejercer el derecho de que se adquieran sus acciones. En tal caso, tendrán derecho a obtener una contrapartida correspondiente al valor de sus acciones. En caso de desacuerdo sobre esta contrapartida, ésta podrá ser determinada judicialmente".

En España, la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 contempla la figura de la escisión, pero a diferencia de nuestro ordenamiento los socios disconformes no gozan del derecho de separación. El art. 252 admite la escisión no proporcional con el consentimiento individual de los accionistas afectados<sup>(9)</sup>.

Por su parte el art. 2506-bis del Código Civil italiano, modificado en el año 2006, acepta la escisión no proporcional siempre que se reconozca el derecho de receso al accionista disconforme<sup>(10)</sup>.

Se advierte en estas legislaciones una tendencia a la búsqueda del equilibrio entre el interés social y el derecho individual del socio, que en estos procesos de reestructuración pueden estar enfrentados.

Así en España lo que se reconoce al socio es el derecho de continuar en la sociedad escidente y en las sociedades escisionarias. En Italia, la evolución del instituto ha llevado a admitir que se le imponga al socio la escisión no proporcional sin su conformidad, pero reconociéndole el derecho de receso.

## Naturaleza jurídica

En otra oportunidad<sup>(11)</sup> definimos la escisión como *“un acto corporativo por el cual una empresa social que 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 o al menos una en el segundo, nuevas o ya constituidas, y que normalmente agrupan a sus respectivos socios”*.

Para la doctrina patria la escisión no proporcional combina un acto corporativo con un contrato de permuta de acciones entre los socios.

---

(9) *“En los casos en que existan dos o más sociedades beneficiarias, la atribución a los accionistas de la sociedad que se escinde de acciones o participaciones de una sola de ellas requiere el consentimiento individual de los afectados”*.

(10) *“Qualora il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione originaria, il progetto medesimo deve prevedere il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il receso, indicando coloro a cui carico è posto l’obbligo di acquisto”*.

(11) Skiarski, Enrique, ob.cit., p. 30.

Sin embargo, dicha justificación resulta sumamente peligrosa, pues requeriría el cumplimiento de los recaudos propios de la permuta. Por ejemplo, si la escisión se produce en el ámbito de una sociedad de responsabilidad limitada, debería requerirse el asentimiento conyugal (art. 1277 C.C.). Si en la asamblea que adoptó la resolución social asistieron apoderados de los accionistas, debieron contar con poderes de disposición. Si los socios son sociedades deberían analizarse las repercusiones fiscales de la permuta de acciones o partes sociales.

En España, en cambio, la escisión no proporcional implica un acto corporativo combinado con la renuncia de los socios a recibir las acciones o participaciones que les corresponden. En rigor se trataría de una renuncia onerosa, figura admitida por la doctrina <sup>(12)</sup>, puesto que el accionista renuncia a recibir acciones de alguna/s de las sociedades escisionarias a cambio de incrementar la cantidad de acciones a recibir de la/s restantes. Adviértase que la norma refiere a la existencia de dos o más sociedades beneficiarias y que el consentimiento del accionista afectado se refiere a las acciones que debe recibir de las beneficiarias y no, en caso de escisión parcial, a las acciones que le quedan de la sociedad escidente.

La legislación italiana, en cambio, parece inclinarse por considerar la escisión no proporcional como un acto corporativo complejo, que produce consecuencias tanto en el patrimonio social como en los socios que componen la sociedad escidente.

## Nuestra opinión

*Primero:* Consideramos necesario modificar la ley a fin de la definitiva inclusión de la escisión no proporcional.

*Segundo:* La escisión no proporcional, aún resuelta contra la voluntad del accionista disconforme, puede resultar un medio adecuado de solución de conflictos si se cumplen las siguientes condiciones:

---

(12) Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 4ª ed. actualizada, Perrot, Bs. As., 1996, t. III, p. 150.

1) Que la escisión se realiza en beneficio del interés social y no de la mayoría que la aprueba en perjuicio de la minoría;

2) Inexistencia de otro medio menos gravoso para alcanzar el objetivo buscado y

3) Protección adecuada de los accionistas que no brindan su conformidad.

Para ello es necesario

a) que los accionistas se hallen debidamente informados a través de un informe de los administradores de la sociedad sobre los motivos y finalidades de la escisión, un balance y no solo un estado de situación patrimonial y un informe fundado del síndico;

b) que el valor del receso sea justo, es decir que tenga en cuenta el verdadero valor de la empresa y los costos de transacción que implican retirarse de la sociedad;