

## LA ESCISIÓN Y LA QUIEBRA

JULIO M. ROUGES

### *PONENCIA*

Se intenta que esta colaboración brinde una perspectiva de enfoque que sirva para dar soluciones concretas a procesos falenciales signados por las características enunciadas en el cuerpo de la ponencia.

### *FUNDAMENTOS*

#### *1. Introducción*

La escisión —fenómeno societario que puede responder a variadas motivaciones legítimas— también es susceptible de ser empleada como herramienta para el fraude.

Si bien virtualmente todos los institutos jurídicos admiten su uso para fines ajenos a los tenidos en vista por el legislador al regularlos, la escisión presenta la particular peligrosidad de que implica, para la sociedad escidente, una reducción unilateral de su patrimonio neto y por ende, un menoscabo de la garantía de los acreedores. Esta circunstancia impone tratarla, cuando puede verse afectado el interés de aquéllos, con la especial cautela que debe tenerse para todo acto de desgajamiento patrimonial realizado por una sociedad.

A riesgo de concentrar la mirada en la patología, haciendo abstracción de sus finalidades loables, cuando éstas existen —disminuir la envergadura de las unidades económicas, para eliminar los costos e ineficiencias derivados del gigantismo empresarial; formar unidades societarias que correspondan a las unidades empresarias económicas especializadas en la producción de determinados bienes y servicios, evitando una excesiva integración horizontal que puede generar deseconomías de escala, y aprovechar más eficientemente los recursos humanos; eventuales ventajas fiscales— limitaré esta ponencia a los efectos de la escisión frente a los acreedores cuando es un acto simulado o fraudulento, o cuando sin ninguna de esas connotaciones, configura un acto revocable en la quiebra.

## 2. La escisión de la sociedad en cesación de pagos

Difícilmente obedezca a fines legítimos la escisión de una sociedad cuyo patrimonio se encuentra en la impotencia para afrontar sus obligaciones exigibles, nota tipificante del estado de cesación de pagos o insolvencia.

¿Cómo abordan ese hecho los ordenamientos societario y concursal?

### 2.1. Como acto ineficaz

a) La escisión es un acto unilateral<sup>1</sup> y a título gratuito,<sup>2</sup> tanto el negocio jurídico societario en sí, como las transferencias singulares de bienes que derivan de él, pues la escidente no recibe ningún bien en contraprestación. En tales condiciones —supuesta la existencia de un pronunciamiento firme que fije la fecha inicial de cesación de pagos (art. 121 de la ley 19.551; art. 117, ley 24.522)— la transmisión patrimonial a favor de la nueva sociedad conforma un acto susceptible de ser revocado a tenor del art. 118, inc. 1º de la actual L.C.

Al efecto del análisis, considero necesario distinguir la escisión como acto constitutivo de una o varias personas jurídicas nuevas —en los supuestos en que así ocurre— de las transmisiones de bienes en ella involucradas. En su aspecto subjetivo —como acto fundacional— resulta ajeno a la normativa sobre actos revocables, pues los acreedores de la quiebra de la escidente carecen de otro interés que la declaración de ineficacia —inoponibilidad— de la transferencia de bienes a favor de la o las escisionarias, sin que la creación de un nuevo sujeto de derecho incida, per se, sobre la integridad de su patrimonio.

b) Tratándose el *tabestand* descrito por el art. 122, inc. 1º de la ley 19.551 (art. 118, inc. 1º de la ley 24.522), de un supuesto de ineficacia de pleno derecho, la sindicatura no necesitará acreditar el propósito fraudatorio, e inversamente, será inútil a la sociedad escidente intentar la demostración de su buena fe.

La *ratio legis* de exigir a los recedentes el reintegro de lo que han percibido con motivo del receso (art. 153, ley 19.551), opera igualmente en el caso aquí analizado. Si quienes ejercieron el derecho de receso —que pueden haber obrado con la más absoluta buena fe, y quizás económicamente compelidos a hacerlo, ante una decisión mayoritaria que alteraba las bases objetivas y subjetivas de su

<sup>1</sup> NISSEN: *Ley de Sociedades Comerciales*, t. II, p. 153, comentario al art. 8. Ábaco, 1994.

<sup>2</sup> VERÓN: *Sociedades Comerciales*, p. 99, Astrea, Buenos Aires, 1986 y MARTORELL: *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, p. 399, Depalma, 1989.

suscripción del acto fundacional, o de su posterior incorporación al ente social— están obligados a restituir lo que les fue pagado, análogamente debemos prescindir de la supuesta “buena fe-creencia” —que se fundaría, por parte de la escidente, en una inexcusable e inverosímil ignorancia de su propia situación— cuando se trata de recomponer la masa activa.

c) La revocación, una vez pronunciada, implicará una disminución del patrimonio de las escisionarias, que puede conducir a una reducción de capital. En tal caso, sus acreedores carecerán del derecho de oposición, pues se tratará de una reducción forzosa (art. 206, L.S.).<sup>3</sup>

Contra la revocación de éstas, no puede oponerse el argumento de que su egreso del patrimonio de la escisionaria afectaría a ésta y a sus acreedores. Ello ocurre en todos los supuestos de declaración de nulidad o inoponibilidad a los acreedores de la enajenante de cualquier acto que haya hecho ingresar un bien al activo de la sociedad adquirente, o —situándonos en caso distinto— cuando deviene evicción del aporte (art. 47, L.S.C.); no obstante lo cual en el conflicto de intereses entre la sociedad y el tercero que pretende y obtiene la restitución del bien, el derecho otorga prelación a este último.

d) ¿Qué ocurrirá con los actos de disposición realizados por la sociedad escisionaria a favor de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso?

Considero que la inoponibilidad les será extensible, y no podrán colocarse bajo el paraguas protector del art. 1051 del Código Civil, por las siguientes razones:

<sup>3</sup> Referido no a la inoponibilidad de la transferencia, sino de la persona jurídica — pero sus conclusiones son plenamente aplicables al supuesto aquí analizado — considera RICHARD, Efraim en su ponencia presentada en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, titulada “Acreedores, imputación e inoponibilidad. Los acreedores frente a la imputación de activos por inoponibilidad de la persona jurídica” (nota 27 del artículo “La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, “Fraudes”, sección Doctrina, p. 90), que “la imputación directa, total o parcial, del activo de una sociedad al patrimonio de...no puede perjudicar a los acreedores sociales. A tal fin, con carácter previo a la efectivización de la imputación deberá reducirse el capital o, de implicar una causal de disolución, liquidarse la sociedad con cumplimiento de los recaudos legales de publicidad, oposición y depuración del pasivo...Ello sin perjuicio de los derechos: a) de quien pretenda beneficiarse con la inoponibilidad, de cuestionar la existencia y legitimidad de los créditos sociales...”.

Sin polemizar sobre el contenido de ese artículo para el caso límite de inoponibilidad de la persona jurídica, de extenderse esa tesitura a otras hipótesis —como la que motiva la presente ponencia, o en cualquier caso que se pretenda recomponer la masa activa de la fallida— se corre el riesgo de tornar inoperante al instituto, posibilitando la persistencia del fraude, mediante la generación artificiosa de nuevos pasivos, en cabeza de la escisionaria.

1. Si bien la subadquisición de los terceros puede ser a título oneroso, no lo es el acto revocable. En tal caso, rige lo normado por el art. 970 del Código Civil, que otorga efecto reipersecutorio a la revocación, cuando el acto ineficaz se otorgó a título gratuito.<sup>4</sup>

El Código Civil es de aplicación a todas las situaciones que no estén especialmente regidas por la materia comercial (Título Preliminar, Punto I. del Código de Comercio).<sup>5</sup>

2. Desde una perspectiva dikelógica, es una solución más justa, y que tiende a preservar uno de los principios axiales del ordenamiento concursal, que es la protección adecuada del crédito (Exposición de Motivos de la ley 19.551).

3. No desconozco que lo propuesto puede afectar la "seguridad dinámica" del tráfico jurídico, pero en realidad toda la normativa referente a los actos susceptibles de ser revocados alberga en sí la potencialidad de conmovérsela. El derecho es un ordenamiento que aquilata un plexo de valores muchas veces contrapuestos, y siempre habrá que dar preferencia a alguno de ellos. En el caso analizado, en la opción:

\* entre los acreedores perjudicados cuya tutela persigue la ley, y el tercero de buena fe (o de mala fe no demostrada, ya que la primera se presume, y muchos veces es imposible demostrar la *sciencia decoctionis*).

\* entre el interés de que el fraude no rinda frutos (nota al art. 3.136 del Código Civil), y el interés privado en consolidar un acto *suspectus*.

\* entre una norma expresa de aplicación supletoria, y *standards* genéricos, no dudo en elegir las primeras soluciones.

## 2.2. Distintas hipótesis de escisión y quiebras

Los incisos I, II y III del art. 88 de la Ley de Sociedades Comerciales diseñan un esquema con cinco posibilidades distintas: 1) Una sociedad destina

<sup>4</sup> "Si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos...la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión se haya verificado por un título gratuito", reza textualmente el precepto.

<sup>5</sup> Dicho principio - la aplicación supletoria del Código Civil a cuestiones comerciales - fue reafirmado por la Corte Suprema de la Nación *in re* "Jakim, Horacio S. c/ Amparo Cía. Argentina de Seguros" (sent. del 10/3/92. Dres. Belluscio, Petracchi, Nazareno, Boggiano, Levene (con su voto), Cavagna Martínez, Barra, Moliné O' Connor (en disidencia Fayt) J.A. n° 5782 del 24/6/92).

Si bien allí lo que se discutía era otra cosa ---si la suspensión de la prescripción por interpelación extrajudicial (art. 3986, C.C.) resultaba aplicable a la prescripción comercial--- por sobre esas diferencias, rescato la consideración del derecho como una unidad, no un conjunto de compartimentos estancos divididos por "autonomías" o "especialidades".

parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes. 2) Una sociedad destina parte de su patrimonio para participar con otras sociedades en la creación de una o varias sociedades. 3) Una sociedad destina parte de su patrimonio para constituir una sociedad nueva. 4) Una sociedad destina parte de su patrimonio para constituir varias sociedades nuevas. 5) Una sociedad se disuelve sin liquidarse, para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

A su vez, pueden quebrar la escidente, o algunas o todas las escisionarias. Analizaré las hipótesis de eventual configuración:

#### A. QUIEBRA DE LA ESCIDENTE

En principio, ésta será la situación que posibilitará la revocación de las transmisiones patrimoniales emergentes de la escisión, en los supuestos 1) a 4) del párrafo anterior.

#### B. QUIEBRA DE ALGUNA ESCISIONARIA

En el caso de escisión-disolución, el acto en sí mismo no es revocable, pues ello supondría disponer judicialmente la disolución de todas las escisionarias y dar nueva vida, ex tunc, a una sociedad ya disuelta. Simplemente, habrá una sucesión universal de las escisionarias en los derechos y obligaciones de la escidente, por lo que cabe distinguir dos escenarios posibles:

1) Quiebra de alguna de las escisionarias, por obligaciones contraídas por la escidente, de causa anterior a la escisión. En tal caso, la masa de acreedores de la escisionaria fallida tendría derecho a petitionar la revocación de las transmisiones patrimoniales realizadas *uti singuli* por la escidente — ya disuelta— a favor de otras escisionarias, en cuanto se demuestre que la desigual distribución del patrimonio neto de la escidente entre las escisionarias, fue la causa eficiente de la falencia.

La razón de este aserto es la siguiente: de negarse la posibilidad de revocar la transmisión patrimonial a otras escisionarias, se dejaría abierto el camino a escisiones fraudulentas, en las que se atribuye el pasivo más importante, o más comprometido, o exigible, o corriente, a una sociedad escisionaria a la que se asigna escaso activo; y los pasivos a más largo plazo, o con sociedades vinculadas, y en general menos comprometidos, a una escisionaria a la que se destinan los activos más realizables, o más productivos, o más valiosos.

2) Si la falencia obedeciere a la cesación de pagos de la escisionaria, por deudas posteriores a la escisión, en principio no podrían reclamar los acre-

edores contra las otras escisionarias, salvo que se dieran algunas de las hipótesis de extensión de la quiebra.

### C. VENTAJAS SOBRE LA EVENTUAL EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA

La escisión fraudulenta o perjudicial a los acreedores de la escidente puede encontrar remedio en otras disposiciones del ordenamiento concursal, pero a poco que se analice, se advertirán los múltiples inconvenientes teóricos y prácticos que presenta su encuadramiento en figuras que, a vuelo de pájaro, parecen atractivas.

El instituto que a primera vista acude en nuestro auxilio es la “desestimación”, “penetración” o inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54, ley 19.550), que en materia concursal está estrechamente vinculado con la extensión de la quiebra. Sin embargo, un análisis más detallado del problema nos muestra la insuficiencia de ese enfoque:

1) En primer lugar, no siempre la escisión —aunque, desde otra óptica, sea un acto claramente perjudicial a la escidente en cesación de pagos— encuadrará en alguno de los tipos descriptos por el art. 165 de la ley 19.551 (hoy, art. 161 de la ley 24.522).

2) Cuando la escisión no fuere más que el ropaje jurídico que encubra un sustrato de identidad sustancial entre el patrimonio de la escidente y la escisionaria o escisionarias, y existiere una confusión patrimonial inseparable, será procedente la *extensión* de la quiebra de la escidente a la escisionaria; sea que el caso encuadrare ab initio en la hipótesis prevista en el art. 165, inciso 3) del art. 19.551 (art. 161, inc. 3 de la ley 24.522), o cuando declarada la extensión por aplicación del art. 161, incisos 1° o 2°, se comprobare a posteriori la existencia de la aludida confusión patrimonial (art. 165-6, segundo párr., ley 19.551; art. 167, 2° párr., ley 24.522). Mas no siempre será una solución para los acreedores de la escidente, pues en tal caso, se formará una masa —pasiva— única (art. 165-6, ley 19.551, art. 167, ley 24.522), y aquéllos deberán concurrir con los acreedores de la o las escisionarias, motivo por el cual el remedio puede ser peor que la enfermedad, si el patrimonio neto de las nuevas sociedades deviene negativo a la fecha de la declaración de quiebra.

En cambio, si se conceptúa revocable a cada una de las transferencias a título singular que de aquélla derivan, la revocación sólo será pronunciada en el interés de los acreedores de la masa de la escidente, y le serán inoponibles los pasivos contraídos por la o las escisionarias.

3) En cualquier caso, son conocidas las dificultades probatorias de un incidente de extensión de la quiebra. Estadísticamente, constituyen una minoría las pretensiones en tal sentido respecto del universo de procesos

falenciales, y dentro de esa pequeña proporción, menor aún el porcentaje que culmina en una sentencia firme, estimatoria de lo peticionado.

Inversamente, fijada por sentencia firme la fecha inicial de cesación de pagos (arts. 120 y 121, ley 19.551; arts. 116 y 117, ley 24.522), la declaración de ineficacia del acto impugnado —en este caso, transmisiones patrimoniales derivadas de la escisión— se pronuncia sin sustanciación, siendo apelable o recurrible por vía incidental (art. 122, *in fine*, ley 19.551; art. 118, *in fine*, ley 24.522).