

Notas sobre la escisión subjetiva o *ratione personae*

Oscar D. Cesaretti¹, Maria Cesaretti²

Palabras claves: *escisión – unanimidad – mayoría – proporcionalidad - socio hostil.*

Sumario

Frente a un socio hostil, si se acreditara que la asignación realizada en el marco de una escisión no proporcional o subjetiva no afecta ningún derecho patrimonial, la operación podría resolverse por decisión de la mayoría exigida según el tipo societario. En ausencia de perjuicio patrimonial, el requisito de unanimidad pierde sustento lógico.

Desarrollo

El artículo 88 de la LGS, además de definir en los incisos I, II y III las clases de escisión admitidas por la ley, establece en el apartado "Requisitos" los elementos que conforman dichas clases de escisión.

Nos detendremos en el subinciso 3) del artículo 88 de la LGS, que establece: “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...”³

Esta concepción del instituto centrado en lo que denomina -escisión proporcional- se configura para los supuestos siguientes i) **Concentración de la empresa y crecimiento dimensional** (a través, por ejemplo, de una integración entre sujetos que realizan actividades económicas que presentan perfiles de conexión recíproca o complementariedad) ; (ii) **Descentralización organizativa** (en el caso de empresas que realizan actividades económicas divididas o divisibles en varias ramas o sectores y que tiene por objeto dar autonomía jurídica a una rama específica de la empresa con una autonomía operativa más o menos acentuada) o (iii) **Reestructuración financiera del grupo** (en el caso de que se pretenda separar determinadas ramas de producción que presentan oportunidades de crecimiento frente a otras de las que la empresa quiere salir)⁴

La escisión presupone en nuestro derecho societario la atribución de acciones o participaciones sociales en cabeza de los socios.⁵ Cuando media un solo centro de interés operará

1

2

³ La ley española 5/2023 define el concepto de escisión “... recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde” y el Código Civil Italiano art 2505 t.o. 2016 “E’ consentito inoltre che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni ((o quote)) di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni della società scissa.”.

⁴ Morano, Alberto en Operaciones societarias extraordinarias”. Escisión n o proporcional” en Fundación Italiana del Notariado

⁵ La ley española 5/2023 como la 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, prevé la denominada segregación a la que define “Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades ,

por medio de la regla de la proporcionalidad (cualitativa-cuantitativa) que posteriormente consignaremos; pero cuando nos encontramos frente a más de un centro de interés de carácter divergentes la ratio legis de la figura puede satisfacerlos mediante una mirada al Instituto mas abarcativa.

Como ejemplo de la flexibilidad de la figura de la escisión puede observarse la legislación española, en la que en ambas leyes de “Modificaciones estructurales de las sociedades”⁶ se incorpora la figura de la segregación como modalidad de la escisión, donde las acciones de la sociedad beneficiaria terminan en cabeza de la sociedad escidente, y no en sus accionistas.

La atribución de acciones y/o participaciones esta sujeta a la denominada regla de la proporcionalidad; que como el dios Jano tiene dos caras.

La denominada proporcionalidad cualitativa que implica que en una sociedad escidente, los socios de la misma deben recibir acciones o participaciones en todas las sociedades escisionarias en la misma proporción que detentaban en la sociedad escidente; y la otra cara la proporcionalidad cuantitativa que significa que el valor económico de las acciones o participaciones antes y después de la escisión sea equivalente, sin importar en cuantas y cuales sociedades escisionarias se distribuyan dichas acciones o participaciones.

El subinciso 3) como ya expusimos reseña primero la acción de atribuir -elemento que define el concepto de escisión en nuestro ordenamiento-y en proporción; pero a qué proporcionalidad o proporción, se refiere la norma; sin duda el término- proporción a sus participaciones- es referente al concepto cuantitativo, a fin de no afectar el derecho patrimonial del accionista.

En una escisión total (art. 88 III LGS) hay más de una sociedad escisionaria o beneficiaria, por lo que la *atribución* perfectamente se podría conformar en la nueva sociedad Alfa, y no en Beta; en la medida que no afectare la proporcionalidad cuantitativa de los respectivos socios⁷, ya que la sociedad escidente se disuelve sin liquidarse.

En los largos años de practica societaria los supuestos que hemos contemplado han sido aquellos que constituyen una división del patrimonio social, adjudicando diferentes activos a determinados socios y otros a los restantes. Han sido muy pocos los casos donde la escisión en cualquiera de los tipos previstos resultare que todos los socios de la sociedad escisionaria terminen siendo socios de la o las sociedades escidentes.

Es decir, no hemos dado cumplimiento el principio de *proporcionalidad cualitativa* por

recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias”. Supuesto no aceptado por nuestro LGS y denominado por la doctrina como escisión impropia.

⁶ Ver nota 5

⁷ Y conforme nuestra legislación impositiva las sociedades involucradas deberán satisfacer el requisito de la continuación de la explotación Art 105 Decreto Reglamentario Ley Imp a las Ganancias. que continúen desarrollando por un período no inferior a DOS (2) años, contados a partir de la fecha de la reorganización, alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquéllas -permanencia de la explotación dentro del mismo ramo-, de forma tal que los bienes y/o servicios que produzcan y/o comercialicen la o las empresas continuadoras posean características esencialmente similares a los que producían y/o comercializaban la o las empresas antecesoras” Lo que asegura que estamos estructurando empresas y organizaciones; y no una mera proporcionalidad contable.

la simple razón que el acto asambleario ha sido resuelto en forma unánime.

Como pone de manifiesto Enrique Skiarski⁸ la escisión empresaria fue admitida 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*”.

Criterio que se ha mantenido en la RG 7/2015 art. 179 1 a) y en la 15/2024 en art.151. 1 inc a) respectivamente.⁹

Consecuentemente como expresa Skiarski la no proporcionalidad afecta derecho patrimoniales del socio, que no son disponibles por un acto colegiado como es la asamblea, requiriendo su consentimiento.¹⁰

En consecuencia, una lectura rápida nos diría que para los miles de casos de escisiones subjetivas o ratio personae que se efectúan en el país, el régimen de las mayorías de la asamblea extraordinaria sería letra muerta condenados a buscar si o si la unanimidad.

Frente al caso de un socio hostil, la solución no resulta fácil de encontrar ya que no aceptar la posibilidad de la opción de la escisión subjetiva sería una forma de trasladar las hostilidades a otra u otras sociedades.

Al exigir las normas administrativas relacionadas la unanimidad para la escisión no proporcional cualitativa o subjetiva, parten del supuesto de que la falta de unanimidad ocasiona un perjuicio en el valor asignado al socio disconforme, quien probablemente votará en contra sin ejercer el derecho de receso.¹¹

Sería factible avanzar ante un socio hostil si se acreditare que la asignación a dicho en la escisión no proporcional o subjetiva no afecta derecho patrimonial alguno.

Si no media perjuicio patrimonial pierde sustento lógico el requerimiento de la unanimidad, y no sería necesario recurrir como lo ha expuesto Favier Dubois a la cláusula de

⁸ Escisión *RATIONES PERSONAE* ACUERDO DE SOCIOS Y CONTRATOS CONEXOS.

⁹ Ambas RG se refiere a los dos conceptos de proporcionalidad tanto la cuantitativa como la cualitativa.

¹⁰ Ley3/2009 de España de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles Art 66 dispone igual tenor. BOE Nro 154 del 29/06/2023.- El Código Civil italiano en el art 2506 faculta por medio de acuerdo unánime que algún socio no reciba acciones de la sociedad escisionaria pero si de la escidente o beneficiaria.

¹¹ Son de por si conocidas las críticas de la doctrina al sistema adoptado por el art 245 LGS

escisión no proporcional pactada como medio de salvar los conflictos en las denominadas sociedades al 50%.¹²

Ante las falencias del derecho de receso cabría explorar la alternativa de que la sociedad optare en la confección del balance especial que determina el inc 1) del art 88 LGS lo efectuaren a valor de mercado incluyendo los intangibles y demás elementos para llegar a un valor ¹³

Otra alternativa para enmarcar el conflicto con el socio hostil, al margen de lo consignado respecto del balance especial podría ser ofrecer al accionista hostil una opción de compra de sus participaciones (art 996 CCCN); en el marco de la documentación justificativa de la escisión; elementos que permitirán abonar la buena fe de los socios, juntamente con los estados contables especiales que expresen “el valor razonable del patrimonio del ente”¹⁴

El hecho de que el art 88 establezca la posibilidad del acuerdo de escisión por mayorías, permite solucionar no solo la situación de un socio hostil, que no vende ni compra, que vota en contra, pero no recede; sino las circunstancias del relevo generacional previsto en el art 1010 del CCCN; respetando la legítima de las partes para tornar operativas sus previsiones.

No dudamos de la dificultad de determinar que la asignación al socio hostil presenta un grado mayúsculo de dificultad, enmarcado fundamentalmente en el tipo de empresa que subyace, su grado de concentración o única rama en la que opere.

Otra arista conflictiva surge con la adopción del estatuto o contrato social de la sociedad escisionaria sin el acuerdo o participación del socio hostil. No obstante, esta situación podría

¹² Favier Dubois, Eduardo “Los conflictos en las Sociedades Empatadas problemas y soluciones”

www.favierduboispanolo.com.ar” Escisión no proporcional pactada. Insertar una cláusula en los estatutos que prevea, en caso de impasse, la escisión no proporcional o asimétrica de la sociedad. Esto implicará la obligación de los socios de, verificada la hipótesis contractual de impasse, iniciar el procedimiento de escisión asimétrica, o sea, de separación patrimonial de la empresa pero creando dos sociedades de las cuales cada uno será socio sin el otro, sin perjuicio de tener que reconstituir la pluralidad

¹³ El artículo 235.a) de la derogada ley española de Sociedades Anónimas, se refiere a que el tipo de canje se determinará sobre la base del valor real. Y la doctrina ha expresado: El valor real es “un principio elástico e inconcreto”, (GARRIGUES, 1949; pág. 167) no coincidente con el valor de mercado o con el valor de liquidación, de ahí que como indica GUASCH MARTORELL (1993; pág. 166), “El legislador se ha limitado a establecer el criterio del valor real pero se olvida de ofrecer alguna pauta de interpretación que permitan captar el verdadero significado de la expresión valor real. De otra parte, también se desconoce a priori que elementos patrimoniales deberán ser tomados en consideración para fijar el valor real del patrimonio social. Se puede interpretar que el legislador con el principio de valor real, pretende que para el cálculo de la relación de cambio se utilicen diversos elementos que usualmente no aparecen reflejados en los balances anuales ni en los balances de liquidación y se proceda a una actualización y corrección de los valores patrimoniales recogidos en los balances de las sociedades.

Desde esta perspectiva resulta indispensable, sino se quiere infringir el mandato legal en el sentido que la relación de cambio deba reflejar el valor real del patrimonio social, incluir en la valoración del mismo, tanto los elementos contables, como los extracontables, en este sentido el fondo de comercio, las reservas ocultas, etc., deben ser incluidas en la valoración de la porción correspondiente a la fracción que se escinda”.

El real decreto 5/2023 sobre modificación estructurales en su art. 36 inc 1, reemplazo el término valor real por el de “valor razonable de su patrimonio”.

¹⁴ El art 2506 bis del código italiano prevee que en caso de una escisión no proporcional establecida en el proyecto de escisión los restantes socios deben ofrecer al socio afectado la compra de sus participaciones remitiendo la norma a las reglas del derecho de receso.

resolverse si el patrimonio proporcional asignado a dicho socio permanece en la sociedad escidente, y son los restantes socios quienes continúan en las sociedades escisionarias.

incorporando a un tercero, el que deberá ser minoritario en cumplimiento de las normas fiscales. Favier Dubois lo plantea como cláusula contractual en el marco de las sociedades constituidas al cincuenta por ciento en situaciones de bloqueo. Cabe destacar que, el autor plantea mediando con tal previsión el consentimiento de unanimidad que requiere la normativa de la materia.