



CARRERA: ABOGACÍA
TUTORA: Dra. M. E. Cantarero

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Título

**Aspectos jurídicos
de las fusiones societarias**

Alumna

Laura Beatriz Meizoso

VABG4030

Año 2011

Resumen

El presente trabajo se concentra en analizar los aspectos jurídicos de una de las opciones reorganizativas de concentración empresarial, las fusiones societarias, según la definición y reglamentación que aporta la Ley de Sociedades Comerciales; el objetivo es el de obtener un compendio doctrinario y jurisprudencial sobre las perspectivas jurídicas más relevantes, tendiente a aportar un material que pueda resultar de utilidad para cualquier letrado que necesite encarar un proceso de estas características, y a resaltar los aspectos que actualmente generan mayores dudas e inseguridad en el plano jurídico, a partir de las opiniones de destacados juristas y expertos en las materias seleccionadas.

La investigación abarca cuatro áreas principales: aspectos jurídico-societarios, proceso de Diligencia Debida, marco jurídico-tributario, y elementos contractuales del proceso de fusión societaria.

Se analiza asimismo una posible solución a la aplicabilidad del instituto de fusión societaria al ámbito de las sociedades no constituidas regularmente, cuestión en la que poco se ha ahondado hasta el momento y que genera profundas discrepancias entre la más destacada doctrina.

Abstract

This paper analyzes the main legal aspects of one of the most common corporate reorganization processes, which is the corporate merger, according to the definition and regulation made by the Argentine Law of Commercial Corporations; the goal is to obtain a comprehensive work of doctrine and jurisprudence on the most salient legal topics that may be of use to any lawyer appointed to participate in one of these processes, and to highlight those issues that nowadays generate serious doubts and insecurity from the legal perspective, based on opinions and comments of legal experts on the selected topics.

The investigation comprises four main areas: judicial corporate aspects, due diligence, tax related matters, and contractual topics of the merger process.

It also analyzes a proposed solution to the question of whether the merger process may be applied to non-registered companies, an issue which so far has not been studied with enough detail and that generates profound differences among the most respected doctrine on the topic.

Introducción

No hay duda de que vivimos épocas donde los procesos de reorganizaciones empresariales son moneda corriente.

Dichos procesos reorganizativos importan la utilización, por lo general, de formas jurídicas complejas dirigidas al cumplimiento de una estrategia empresarial, reduciendo o ampliando las empresas de un determinado sector de modo tal de poder adaptarlas a las circunstancias comerciales existentes en un determinado mercado o ámbito de relaciones económicas.¹

Las formas de reorganización, en ese sentido, buscan la adaptación de empresas o grupos de empresas a momentos coyunturales, de crisis, de dificultades económicas, como también tienen como objetivo la expansión de sus potencialidades, a través del redimensionamiento o concentración de formas económicas para aumentar la capacidad productiva, atribuir a las empresas una posición preeminente en el mercado o realizar objetivos de integración, diversificación, desenvolvimiento, aplicación de nuevas tecnologías, etc.²

En nuestra doctrina, se ha conceptualizado al proceso de reorganización como los “cambios orgánicos por medio de los cuales una, dos o más sociedades preexistentes, reajustan sus estructuras, lo que puede operarse de diversas maneras –venta, transferencia, fusión, absorción, etc.- a fin de continuar sus actividades reunidos sus intereses y con sus medios productivos dispuestos en la forma que se ha juzgado más conveniente al cumplimiento de sus fines”³.

Ahora bien, dentro del amplio universo de posibilidades reorganizativas, hemos de centrar el presente trabajo en las **concentraciones empresarias**, y más específicamente, en las **fusiones societarias**, instituto contemplado y regulado en nuestro derecho positivo argentino.

Sabemos que las concentraciones empresarias surgen impulsadas por la expectativa de adquirir ventajas competitivas que posibiliten a las firmas mejorar su desempeño en el mercado. La agrupación de varias empresas permite lograr sinergias en numerosos ámbitos, como, por ejemplo, en la investigación y desarrollo de nuevos productos. Todo el fenómeno de concentración económica que se ha venido desarrollando en las últimas décadas se debe, entre otros, a la gran necesidad por parte de las empresas de posicionarse no sólo en los mercados

¹ Ruetti, Germán, “La interposición en la legislación impositiva argentina de los efectos derivados de la concentración y desconcentración empresarial internacional”, Asociación Argentina de Estudios Fiscales en <http://www.aef.org.ar>

² Ruetti, Germán, Ob. cit.

³ Cita a Enrique Reig en Ruetti, Germán, Ob. cit.

nacionales sino también en los mercados internacionales, y de lograr el mejor aprovechamiento de sus recursos. En definitiva, al mejoramiento de su competitividad.⁴

De lo anterior, surge claramente que el abanico de opciones de concentración empresarial es tan amplio como las posibilidades negociales de las sociedades intervinientes. Dentro de este concepto se engloban no sólo las fusiones societarias sino también operaciones tales como la adquisición de unidades empresariales, alianzas estratégicas, transferencias de paquetes accionarios de control, compra de activos, etc.

Esta diversidad de modalidades es precisamente lo que genera que no exista una única denominación o procedimiento jurídico que las reglamente en su totalidad. De hecho, muchas de las opciones mencionadas carecen de un marco regulatorio específico que funcione como cauce jurídico para el proceso (excepto ciertos controles en materia de defensa de la competencia).⁵

Es así que, como mencionamos anteriormente, el presente trabajo se concentrará en analizar los aspectos jurídicos de una de las opciones reorganizativas de concentración empresarial, las **fusiones societarias**, según la definición y reglamentación que aporta la Ley de Sociedades Comerciales; el objetivo será el de obtener un compendio doctrinario y jurisprudencial sobre las perspectivas jurídicas más relevantes, tendiente a aportar un material que pueda resultar de utilidad para cualquier letrado que necesite encarar un proceso de estas características, y resaltar los aspectos que hoy por hoy generan mayores dudas e inseguridad en el plano jurídico, a partir de las opiniones de destacados juristas y expertos en las materias seleccionadas.

Una de las particularidades que reviste este instituto de fusión, es producir la unión de dos o más sociedades en una única entidad. El Dr. Rubiolo lo explica conceptualmente diciendo que “[c]uando dos o más entes se fusionan, desde ese momento, los entes que se disuelven dejan de tener una individualidad económica y jurídica. En otras palabras, dejan de ser la persona que eran para pasar a formar parte de un ente distinto... La verdad económica que está en el fondo de una fusión de sociedades es la reunión, la compenetración, el giro único de dos o más compañías para realizar en conjunto o en un solo cuerpo las actividades que con anterioridad desarrollaban separadamente. Desde el punto de vista jurídico, esa organización unitaria puede lograrse mediante la absorción de una sociedad por otra, que muestra así acrecido su patrimonio y ampliado el campo de sus operaciones, o mediante el nacimiento de una nueva entidad... que asume la ostensible conducción del giro económico. En la fusión por absorción se extinguen -al menos en apariencia- una o varias de las sociedades implicadas; en la fusión por

⁴ Tajan, Guillermina, “Derecho de la Competencia: Las recientes reformas al control de las concentraciones económicas”, Revista Doctrina Societaria, Ed. Errepar, Tomo XII, N° 163, 2001

⁵ Jiménez Herrera, Federico, “El proceso de transferencia de paquetes accionarios”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007

creación brota una nueva personalidad jurídica que se sobrepone a las de base, cuya individualidad no se esfuma ni se destruye.”⁶

Por su parte, el Dr. Solari Costa destaca la relevancia de este instituto, al considerar que “se trata de una figura con rasgos especiales y con una naturaleza jurídica también especial y autónoma”, ya que “[l]a fusión no puede, de ninguna manera, resultar de la suma de actos corporativos más actos convencionales, pues el procedimiento tiene un *iter* de desarrollo necesariamente encadenado, y condicionado un paso con otro, constituyendo una unidad de proceder con su propia estructuración y propia naturaleza.”⁷

En este marco, nuestra investigación se centrará en cuatro áreas principales:

En la primera parte trataremos el aspecto jurídico–societario, donde caracterizaremos a las fusiones por el derecho positivo societario, estudiaremos los distintos pasos a seguir para realizar una fusión, normados por la Ley N° 19.550 y modificatorias, así como la normativa aplicable en materia de defensa de la competencia.

Seguidamente abordaremos el concepto de Diligencia Debida, por su particular importancia al momento de decidir una operación de estas características, ya que permite lograr una “radiografía” de la empresa objetivo para detectar sus pasivos, juicios y eventuales contingencias en materia jurídica.

En la tercera parte, se analizará el marco jurídico-tributario previsto para este tipo de fenómenos, sus efectos y lineamientos principales para lograr que los procesos reorganizativos se realicen sin efectos tributarios distorsionantes.

Como último tema investigativo, se tratará el detalle de los distintos documentos involucrados en el proceso de fusión societaria, tanto vinculantes como no vinculantes, y en particular aquellos que exige nuestro derecho positivo como requisito para concretar la operación.

Para concluir, ensayaremos en un apartado final una posible solución a la cuestión de la aplicabilidad del instituto de fusión societaria al ámbito de las sociedades no constituidas regularmente, cuestión en la que poco se ha ahondado hasta el momento y que genera profundas discrepancias entre la más destacada doctrina.

⁶ Rubiolo, Nicolás, “Reestructuraciones empresariales libres de impuestos”, extraído de <http://www.rubioloyasociados.com.ar>

⁷ Solari Costa, Osvaldo, “El acto de fusión societaria”, Ed. AdHoc, Buenos Aires, 2004

1. Aspectos Jurídico–Societarios

1.1. Generalidades

Durante la vida económica de las empresas, éstas muchas veces necesitan actuar en conjunto por diversas razones. De los ciclos económicos surgen posibilidades de crecer, o de emprender nuevos proyectos para los cuales deben modificar su estructura societaria o implementar cambios en la composición de su capital.⁸

En otros casos, las empresas deciden combinarse entre sí por razones estratégicas de producción, es decir, en busca de integración en la actividad económica de manera vertical u horizontal, con el propósito de eliminar variables que, muchas veces, aportan incertidumbre.⁹ Al respecto, según el Dr. Asorey, “[l]a integración horizontal tiende a la concentración de dos o más empresas que producen productos iguales o similares, y que tienen necesidad de adecuar su dimensión, normalmente por un problema de costos. La integración vertical tiende a garantizar al ente productor de adecuados canales de insumos o de una mejor forma de colocación de su producción”¹⁰.

La **Fusión de Sociedades** constituye el instrumento jurídico más idóneo para la concentración empresaria y tiene lugar cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva sociedad (**fusión propiamente dicha**), o cuando una sociedad ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas (**fusión por absorción o incorporación**)¹¹.

En otras palabras, “...es un procedimiento técnico por el cual las empresas se ‘funden’ en una nueva que las asume, o en el cual una ya existente incorpora a otra u otras que se disuelven sin liquidarse, transfiriendo la universalidad de sus patrimonios a la empresa absorbente”¹².

El Dr. Solari Costa analiza este instituto diciendo que “[l]a fusión, como fenómeno de reorganización de sociedades, es un acto complejo (predominantemente contractual y corporativo) por medio del cual una o más sociedades que se extinguen, *transfieren en forma universal* sus patrimonios hacia una nueva sociedad que se constituye, o hacia una sociedad ya constituida que absorbe a la extinguida; dándose la *continuidad de participación de los socios* de la fusionada en la fusionaria continuadora.”¹³ (destacado propio).

⁸ Rubiolo, Nicolás, “Reestructuraciones empresariales libres de impuestos”, extraído de <http://www.rubioloyasociados.com.ar>

⁹ Rubiolo, Nicolás, Ob. cit.

¹⁰ Asorey, Rubén, “Reorganizaciones empresariales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1996

¹¹ Nissen, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003

¹² Casinelli, Hernán, “Fusión de sociedades comerciales reguladas por la I.G.J.”, Buenos Aires, 2007 extraído de <http://www.dentrode.com.ar>

¹³ Solari Costa, Osvaldo, “El acto de fusión societaria”, Ed. AdHoc, Buenos Aires, 2004

Al respecto, el Dr. Rubiolo opina que “[l]a razón de ser de estas consecuencias jurídicas se encuentran, probablemente en el denominado principio de continuidad, pues, a pesar de que la fusión puede equipararse a un fenómeno extintivo por cuanto supone la muerte de una sociedad, ha de entenderse, antes bien, como un fenómeno de supervivencia a través de la sociedad a la que se incorpora el patrimonio.”¹⁴

Continúa el Dr. Solari Costa explicando que “...la naturaleza jurídica de la fusión es *sui generis* y autónoma. El cúmulo de actos necesariamente vinculados que se deben realizar para tener por fusionadas a dos o más sociedades, obligan a aceptar que la naturaleza de esta figura se aparta de los conceptos tradicionales como ser el del acto corporativo, el acto contractual, o el de la modificación estatutaria. Es cierto que predominantemente emergen aspectos corporativos societarios internos, así como acuerdos contractuales externos. Pero la fusión no es la suma de actos corporativos más contractuales. Sería simplificar su estructura general. La fusión configura un negocio jurídico autónomo complejo, si bien cercano a una reforma de estatuto.”¹⁵

El Dr. Efraín coincide en un todo con esta postura, indicando que “la fusión aparece como un negocio complejo, integrado efectivamente como un acto de esa clase (corporativo o social), y no como un mero pacto o contrato convenido entre las sociedades que se fusionan que integran aquel acto. Es normal... que las sociedades se pongan de acuerdo previamente sobre las condiciones en que se realizará la operación. Pero eso no quiere decir que la fusión tenga en sí naturaleza contractual. Los posibles pactos preparatorios de la fusión no juegan un papel relevante y su importancia quedará esfumada ante las decisiones internas de las respectivas sociedades, el conjunto de actos sociales, corporativos... mediante las cuales se realiza la operación de fusión”.¹⁶

1.2. Caracterización

La fusión presenta tres rasgos que le otorgan su propia fisonomía¹⁷:

1) Transferencia patrimonial en forma universal

En nuestro derecho positivo, es requisito para la configuración de la fusión, que la transmisión de los bienes sea total. “[L]a transferencia del patrimonio de la sociedad fusionada no se lleva a cabo por medio de la traslación singular de los bienes, ni mediante un procedimiento liquidatorio convencional, sino en forma unificada a través del traspaso *uno actu* de los derechos y obligaciones (créditos, deudas, etc.) de la o las sociedades disueltas, hacia la beneficiaria, mediante una sucesión patrimonial inter vivos, en forma universal, que constituye una modalidad especial de aportación. No puede hablarse de fusión cuando la transferencia de

¹⁴ Rubiolo, Nicolás, Ob. cit.

¹⁵ Solari Costa, Ob. cit.

¹⁶ Efraín, Hugo R., “Derecho Societario”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000

¹⁷ Solari Costa, Ob. cit.

los bienes es parcial; ya que debe comprender la totalidad del universo patrimonial de la extinguida.”¹⁸

En otros términos, “La fusión implica una sucesión a título universal –activo y pasivo– de las sociedades que se disuelven a favor de la que se crea o a favor de la sociedad incorporante.”¹⁹

Por su parte, el Dr. Otaegui resalta la continuación de las obligaciones en la nueva entidad jurídica expresando que “[l]a sociedad incorporante es una persona jurídica distinta de la sociedad incorporada pero la responsabilidad infraccional de ésta perdura sobre aquélla... continúan la personalidad, la estructura y la actividad y consecuentemente la sociedad incorporante como continuadora de la sociedad incorporada continúa con la responsabilidad infraccional de la misma”.²⁰

“La transferencia universal implica la prescindencia de cumplir las formalidades específicas para trasladar el dominio de cada uno de los bienes integrantes del patrimonio, que sí se requieren cuando se hace en forma singular. Por tanto, no es necesario: a) cumplir los requisitos de la tradición para la adquisición el dominio; b) cumplir con las formas instrumentales, como ser escrito privado o público para la cesión de créditos personales o escritura pública para los inmuebles; c) notificar al deudor cedido; d) endosar los pagarés, letras de cambio y demás títulos de crédito.”²¹

El mismo criterio aparece en la jurisprudencia, al expresar que “[e]n la fusión por absorción, la sociedad que surge, asume la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas, por lo que no resulta exigible para la transmisión de los activos, la conformidad del deudor cedido”²².

Además, “[l]a nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, lo que ocurre por la transferencia total de sus patrimonios,... sin necesidad de que los administradores de la extinta contraten la cesión de cada uno de los créditos, ni se endosen los títulos de crédito o se notifique a los deudores cedidos”²³.

2) Disolución sin liquidación de la sociedad fusionada

El Dr. Zunino se refiere a esta característica de la siguiente manera: “[s]iguiendo un criterio generalizado a nivel internacional, se caracteriza a la fusión a través de la figura relativa a la

¹⁸ Solari Costa, Ob. cit.

¹⁹ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

²⁰ Otaegui, Julio C., “Fusión y escisión de sociedades comerciales”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1976

²¹ Solari Costa, Ob. cit.

²² “Banco de Crédito Argentino S.A. c/Cormaglia, Agustín P. y otros”, Juzg. Civ., Comercial y Minas Nro.1, San Luis, 7/4/99, LL, Gran Cuyo, 1999-658.

²³ “Atuel Fideicomisos S.A. c/Vicente Morales, Roberto”, Juzg. Civ., Com. y Minas Nro.11, Mendoza, 13/10/98, VJ, 1999-34, Rep. LL, Julio 1999, p.117, nro.1562.

'**disolución sin liquidación**', para significar con ello que el patrimonio de las sociedades disueltas no se distribuye entre los socios sino que se integra a la nueva sociedad o a la incorporante, según sea el caso"²⁴ (destacado propio).

A su vez, según el Dr. Asorey, se ha establecido en diversos fallos que la fusión involucra la absorción a título universal del patrimonio, por lo que "...implica la **disolución de la sociedad** absorbida que, por ende, deja de ser sujeto de derecho y que absorbida de ese modo una sociedad, y por ello disuelta, se transmiten ipso jure a la sociedad absorbente los derechos y obligaciones de la primera"²⁵.

Coincide la jurisprudencia con esta caracterización al sostener que "...la fusión por absorción (incorporación) se fundamenta en el hecho de que una sociedad manteniendo su personalidad jurídica y su estructura societaria, incorpora a otra u otras, que **se disuelven pero no se liquidan**"²⁶ (destacado propio).

Sin embargo, la doctrina no es pacífica al respecto. En efecto, el Dr. Solari Costa no considera que estemos frente a un verdadero caso de disolución, ya que a su criterio "...en la fusión no existe liquidación del patrimonio societario, por lo que no es apropiado encasillarla como una causal de disolución societaria... El concepto estricto de disolución significa alterar lo que hasta entonces es la vida productiva de la sociedad para dar lugar a una nueva instancia que es la liquidatoria (nace el derecho del socio a la cuota en la liquidación), lo que es incompatible con mantener la estructura productiva... Tras la fusión se genera la extinción de la sociedad, y esta extinción configura una categoría jurídica distinta a la disolución, que también tiene, por tanto, distintas consecuencias."²⁷

El mismo Dr. Zunino reconoce que "... no se puede hablar de disolución de la sociedad ante cualquier trámite o procedimiento que no implique la efectiva extinción de la empresa social y la consecuente desvinculación de todos los socios"²⁸.

Concluye el Dr. Solari Costa recomendando la modificación a nuestro derecho positivo para incorporar una terminología más precisa, y añade que "[m]ientras nuestra ley vigente no sea modificada en el sentido propuesto, se deberá tener presente que la fusión produce efectos distintos a los de las restantes causales de disolución societaria."²⁹

²⁴ Cita a Jorge O. Zunino en Dictamen N° 14/2001 Dirección de Asesoría Técnica AFIP, 1/1/01

²⁵ Asorey, Rubén, Ob. cit.

²⁶ Dictamen N° 62/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 26/10/01

²⁷ Solari Costa, Ob. cit.

²⁸ Zunino, Jorge O., "Sociedades comerciales. Disolución y liquidación", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987

²⁹ Solari Costa, Ob. cit.

3) Adjudicación a los socios de las sociedades extinguidas, de partes sociales de la fusionaria

Esta es una de las particularidades de la figura, pues, paradójicamente, aun cuando la fusión es un acto corporativo, son los socios de las fusionadas quienes reciben derivaciones trascendentes en su posición de tales; la contraprestación que reciben está dada por participaciones en la nueva sociedad.³⁰

El Dr. Asorey describe esta característica del proceso de fusión como "... la agrupación de los socios de todas las sociedades fusionantes en la sociedad fusionaria, recibiendo los socios de las sociedades consolidantes partes sociales de la sociedad consolidataria y los socios de las sociedades incorporadas partes sociales de la sociedad incorporante..."³¹.

En el mismo sentido se expide la jurisprudencia al sostener que "...los socios de las sociedades fusionadas pasan a ser socios en la sociedad fusionaria, recibiendo como contrapartida las respectivas partes sociales de la sociedad continuadora... Nada cambia dichos conceptos el hecho de que la sociedad absorbente sea controlante de la sociedad absorbida; atento que, si bien no se reciben como contrapartida partes sociales de la sociedad consolidataria, sí se recibe en forma directa la transmisión total y a título universal del patrimonio de la sociedad absorbida."³²

1.3. La fusión en el derecho societario argentino

Pasamos ahora a analizar las prescripciones de nuestro derecho positivo sobre el instituto de fusión societaria, en el marco de los procesos de reorganización societaria.

Al respecto, la Ley de Sociedades Comerciales brinda la siguiente definición: "Hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas."³³

En dicha definición podemos identificar claramente las dos variantes de fusión societaria mencionadas en apartados anteriores: a) la propiamente dicha o por constitución (también llamada simple o pura), que es cuando dos o más sociedades se disuelven para formar con la unión de sus patrimonios una nueva sociedad, y b) la fusión por incorporación o por absorción, que se da cuando una sociedad existente incorpora a una o más sociedades que desaparecen por ese motivo y que transfieren sus patrimonios a la continuadora.³⁴

³⁰ Solari Costa, Ob. cit.

³¹ Asorey, Rubén, Ob. cit.

³² Dictamen N° 62/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 26/10/01

³³ Ley 19.550 y modif. Art. 82

³⁴ Solari Costa, Ob. cit.

De esta manera, "...sólo existe la fusión cuando la ley la regula y sólo en la medida y con los caracteres con que es contemplada por ésta"³⁵.

"En la fusión por constitución, el mismo documento que contiene el otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión, sirve como acto fundacional de la nueva sociedad. Para la constitución de la sociedad continuadora se deben respetar los requisitos sustanciales y materiales correspondientes al tipo elegido, con las particularidades de la normativa específica, tales como: a) que no es necesario hacer aporte alguno a la nueva sociedad, pues su patrimonio resulta de las transferencias de las sociedades que se extinguen...; b) que no es necesaria la comparecencia de los socios de la fusionada (ni de la fusionaria), pues es de la esencia de la fusión la continuación como socio de quienes ya lo eran en las extinguidas."³⁶

"En caso de fusión por absorción o incorporación..., la sociedad que recibe el patrimonio debe, en principio, aumentar su capital social para poder dar cabida a los activos que absorbe, y emitir las acciones, cuotas o participaciones a entregar a sus nuevos socios."³⁷

Por otra parte, la doctrina no es pacífica en cuanto a considerar qué tipo de entidades jurídicas pueden fusionarse según nuestro ordenamiento. El Dr. Nissen sostiene que la fusión supone regularidad en los sujetos intervinientes, ya que no podría concebirse que sociedades no constituidas regularmente tomen parte en actos de esta naturaleza, puesto que en virtud de la precariedad de su personalidad, se tornaría desacertada la efectivización de un procedimiento tan complejo sobre bases tan inestables.³⁸

En el otro extremo encontramos al Dr. Solari Costa, quien manifiesta que "...se debe admitir la fusión de dos o más sociedades irregulares. Simultáneamente a la regularización –realizada ésta en forma expresa o implícita-, y aun cuando dicho acto no se encuentre inscripto, se puede llevar a cabo una fusión entre la sociedad que se regulariza, y otra sociedad regular o también irregular. El requisito ineludible es que la fusionaria absorbente o la nueva sociedad resulte ser regular."³⁹

1.4. El proceso de fusión. Requisitos de la Ley de Sociedades Comerciales.

La concreción de la fusión de sociedades importa un procedimiento establecido legalmente, que según prescribe nuestra Ley de Sociedades Comerciales (LSC) se circunscribe en lo dispuesto para la transformación de sociedades⁴⁰. Más específicamente, dicho procedimiento se encuentra detallado en los siguientes artículos de la LSC:

³⁵ Solari Costa, Ob. cit.

³⁶ Solari Costa, Ob. cit.

³⁷ Solari Costa, Ob. cit.

³⁸ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

³⁹ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁰ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

1. Requisitos para la Fusión de Sociedades: ART. 83
2. Constitución de la nueva sociedad: ART. 84
3. Receso. Preferencias: ART. 85
4. Revocación del compromiso de fusión: ART. 86
5. Rescisión. Justos motivos: ART. 87

A continuación analizaremos en profundidad el contenido de cada artículo y sus implicancias para los procesos de fusión societaria.

1.4.1. Requisitos para la Fusión de Sociedades: ART. 83

El artículo 83 de la LSC detalla las exigencias legales que deben reunirse en forma previa a la efectiva constitución de la nueva sociedad, fruto de la negociación de las sociedades fusionantes⁴¹:

- “1) Realización de un compromiso previo de fusión y suscripción del mismo por parte de los responsables de los órganos de administración de las sociedades fusionantes.
- 2) Realización de asambleas de los órganos de gobiernos en cada una de las sociedades fusionantes para considerar dicho acuerdo, y aprobar o no la reorganización.
- 3) Publicidad.
- 4) Oposición de los acreedores.
- 5) Redacción del acuerdo definitivo de fusión.
- 6) Inscripción registral en el registro público de comercio.”⁴²

Seguidamente estudiaremos en detalle cada uno de los requisitos indicados.

1.4.1.1. El compromiso previo de fusión

En la primera parte del artículo 83 de la Ley N° 19.550, se establece que los miembros del órgano de administración de las sociedades fusionantes deberán realizar un compromiso previo de fusión (CP de F) que contendrá:

- “a) La exposición de los motivos y finalidades de la fusión;
- b) Los balances especiales de fusión de cada sociedad, preparados por sus administradores, con informes de los síndicos en su caso, cerrados en una misma fecha que no será anterior a tres (3) meses a la firma del compromiso, y confeccionados sobre bases homogéneas y criterios de valuación idénticos;
- c) La relación de cambios de las participaciones sociales, cuotas o acciones;
- d) El proyecto de contrato o estatuto de la sociedad absorbente según el caso;

⁴¹ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

⁴² Casinelli, Hernán, Ob. cit.

e) Las limitaciones que las sociedades convengan en la respectiva administración de sus negocios y la garantía que establezcan para el cumplimiento de una actividad normal en su gestión, durante el lapso que transcurra hasta que la fusión se inscriba;⁴³

Según Solari Costa, “[e]l CP de F es el acuerdo que suscriben las sociedades, partes de la fusión, a través de sus representantes, para establecer las bases sobre las que luego se decidirá la aprobación de la fusión... Se trata de un documento de enorme trascendencia, pues, por un lado, en él se asientan los parámetros de la futura fusión, y por otro representa la concreción de las tratativas preliminares realizadas.”⁴⁴

Respecto del contenido de dicho acuerdo, vemos claramente que está regulado en nuestro derecho positivo de manera precisa:

a) "La exposición de los motivos y finalidades de la fusión".

Muchos de los motivos de la reorganización pueden quedar fuera del acuerdo, por no ser trascendentes para el avance del proceso, por motivos de reserva o por otras causales. Pero las **razones medulares** que impulsan a la fusión deben quedar claramente expresadas, para conocimiento de los socios, y de terceros interesados.⁴⁵

b) "Los balances especiales de fusión de cada sociedad..."

La confección de balances especiales de todas las compañías partícipes es lo que permite exponer la información básica de la situación patrimonial de las entidades. El balance especial de fusión se redacta como de situación patrimonial, ya que debe exponer **la valuación real de los bienes** a un cierto momento. No obstante, el balance anual de ejercicio puede ser utilizado como especial para la fusión, en la medida que contenga valuaciones reales y que respete el plazo mínimo legal de confección.⁴⁶

Por ser incumbencia del contador público la realización de balances (estados contables) establecemos que en oportunidad de la realización de los mencionados balances especiales, se va a necesitar la intervención de un contador público. Asimismo, se establece que los balances especiales deberán contar con informe del síndico, el cual, de acuerdo a la Ley N° 19.550 debe ser contador público o abogado.⁴⁷

La ley también establece dos requisitos en cuanto al momento de cierre de los balances de fusión: a) que sean confeccionados a la misma fecha, y b) que hayan sido confeccionados con

⁴³ Ley 19.550 y modif. Art. 83 párr. 1°

⁴⁴ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁵ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁶ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁷ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

no más de tres meses de anticipación a la fecha de suscripción del CP de F. Los balances deben ser hechos con bases homogéneas y criterios de valuación idénticos.⁴⁸

Según el Dr. Efraín, el plazo mencionado "se estima adecuado para culminar las tratativas que pueden haberse iniciado o preparado con antelación, pero que sólo podrán cerrarse con un previo conocimiento del estado de los respectivos patrimonios".⁴⁹

De lo anterior se desprende la importancia en este punto de la participación técnica contable, a fin de cumplir con los requerimientos legales establecidos. Así lo entiende Casinelli al sostener que, "... el contador podrá intervenir en los demás puntos requeridos por la Ley Nº 19.550 para el acuerdo previo de fusión, ya que en el inciso a.8) del artículo 13 de la Ley Nº 20.488, se establece que el contador público podrá intervenir en la 'dirección del relevamiento de inventarios que sirvan de base para la transferencia de negocios, fusión, escisión, disolución y liquidación de cualquier tipo de entes y cesiones de cuotas sociales', y en el inciso a.10 agrega que también le corresponde la 'intervención, juntamente con letrados, en los contratos y estatutos de toda clase de sociedades civiles y comerciales cuando se planteen cuestiones de carácter financiero, económico, impositivo y contable' "⁵⁰.

c) "La relación de cambio de las participaciones sociales, cuotas o acciones".

En el CP de F es requisito establecer la relación de cambio entre las tenencias anteriores y las futuras a recibir, es decir, la **equivalencia o porcentual de valor** que representa en la nueva sociedad, lo que el socio tenía en la sociedad extinguida.⁵¹

Por ejemplo, si a la absorbida se le reconoce un patrimonio de \$ 1.000.000 y a la absorbente de \$ 1.500.000, la primera tendrá un relación de canje del 40% y la segunda del 60%. Esto significa que en caso de admitirse nuevas acciones, cuotas o partes de interés, los socios de cada sociedad recibirán por cada acción, cuota o parte, el 40% o el 60% (según sean socios de sociedad absorbida o absorbente, respectivamente) de su tenencia anterior.⁵²

La determinación de la mencionada relación de cambio implica un acto de libre decisión, aunque no está librada totalmente a la opinión mayoritaria de los socios. Efectivamente, si dicha determinación se toma por unanimidad de los socios de todas las sociedades, nada puede objetarse a los valores que se hayan establecido. Pero de carecerse de unanimidad, no puede la mayoría hacer una determinación caprichosa que se aparte de considerar los verdaderos

⁴⁸ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁹ Efraín, Hugo R., Ob. cit.

⁵⁰ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

⁵¹ Solari Costa, Ob. cit.

⁵² Efraín, Hugo R., Ob. cit.

valores patrimoniales de las sociedades, pues podría con ello causarse un perjuicio a los socios minoritarios.⁵³

Al decir del Dr. Solari Costa, "...la relación de canje no puede ignorar los valores patrimoniales que resultan de los asientos contables, pero con el agregado de que también hay que considerar, por un lado, que las valoraciones patrimoniales no siempre están actualizadas, y por el otro que existen intangibles de gran trascendencia en las empresas modernas, que no figuran en los estados contables, y que es legítimo -sino necesario- que sean incluidos en la determinación de los elementos sobre los cuales se fijará la paridad de cambio..."; además "[l]es cabe a las minorías un derecho de impugnación de la relación de cambio, si ésta se aparta de parámetros objetivos que lleven a que tal relación sea injustificada. Esto no implica injerencia judicial en la decisión empresarial de cumplir la fusión...", ya que "no es judicial, pero sí lo es la determinación de una relación de canje caprichosa o abusiva."⁵⁴

Asimismo, debe reflejarse en el documento el **momento desde el cual los socios tendrán participación** en la estructura reorganizada, es decir, a partir de cuándo comenzarán a participar en las ganancias y pérdidas de la sociedad continuadora. Se trata de un acuerdo lícito entre partes, condicionado al otorgamiento del acuerdo final de fusión, y no tendrá eficacia ante terceros que desconozcan la situación.⁵⁵

d) "El proyecto de contrato o estatuto de la nueva sociedad o de las modificaciones del contrato o estatuto de la sociedad absorbente, según el caso".

Aquí se contemplan las dos variantes de fusión: el **nuevo contrato o estatuto** para el caso de una fusión propiamente dicha, o la **modificación del contrato** de la sociedad sobreviviente en el caso de fusión por absorción.⁵⁶

e) "Las limitaciones que las sociedades convengan en la respectiva administración de sus negocios y las garantías que establezcan para el cumplimiento de una actividad normal en su gestión, durante el lapso que transcurra hasta que la fusión se inscriba".

La regla general sobre la administración de las sociedades que se fusionan está dada por el art. 84, párr. 4to, L.S.C., (analizado más adelante) que determina que desde el acuerdo definitivo de fusión, la administración de la sociedad disuelta queda a cargo de los administradores de la

⁵³ Solari Costa, Ob. cit.

⁵⁴ Solari Costa, Ob. cit.

⁵⁵ Solari Costa, Ob. cit.

⁵⁶ Solari Costa, Ob. cit.

nueva sociedad. No obstante, la ley no prohíbe que **las partes pacten** en forma diversa el momento de cambio de administradores.⁵⁷

Con respecto a la segunda parte del inc. e), podrá pactarse cualquier tipo garantía: real (hipoteca, prenda, fideicomiso), o personal (fianzas, multas, recíprocas veedurías u otros tipos de controles).⁵⁸

1.4.1.2. Resoluciones sociales.

La segunda parte del artículo 83 exige que una vez otorgado el compromiso previo de fusión por los representantes del órgano de administración, éste debe ser puesto a consideración de la reunión de socios, que conforma el órgano de gobierno de la sociedad, para que sea aprobado internamente⁵⁹:

"2) La aprobación del compromiso previo y fusión de los balances especiales por las sociedades participantes en la fusión con los requisitos necesarios para la modificación del contrato social o estatuto;

A tal efecto deben quedar copias en las respectivas sedes sociales del compromiso previo y del informe del síndico en su caso, a disposición de los socios o accionistas con no menos de quince (15) días de anticipación a su consideración;"⁶⁰

Es decir que el compromiso previo de fusión y los balances especiales deben ser aprobados por el órgano de gobierno de todas las sociedades partícipes, con los resultados necesarios para la modificación del contrato social.⁶¹

"Es el órgano de gobierno quien aprueba internamente el acto de fusión, ya se trate de la sociedad fusionada o transmitente, o de la sociedad fusionaria (nueva o absorbente). Para la eficacia de la asamblea, la sociedad debe poner a disposición de los socios, en la sede social, y al menos con quince días de anticipación a la fecha de la reunión, copias del compromiso previo y del informe del síndico, en su caso. Dado que el contenido del compromiso previo agota prácticamente la información que es de interés para los socios (motivos de la fusión, relación de cambio, proyecto de estatuto, administración), las asambleas deben aprobarlo en forma expresa, de la misma forma que a los balances especiales".⁶²

⁵⁷ Solari Costa, Ob. cit.

⁵⁸ Solari Costa, Ob. cit.

⁵⁹ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

⁶⁰ Ley 19.550 y modif. Art. 83 párr. 2º

⁶¹ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

⁶² Solari Costa, Ob. cit.

Para adoptar la decisión de fusión, en la S.R.L. se puede regular en el contrato social como mayoría mínima la mitad del capital social. En la S.A., la fusión es competencia de la asamblea extraordinaria (art. 235, párr. 4to, L.S.C.)⁶³. Remitimos entonces al citado artículo:

“ARTICULO 235. — Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y en especial:

1º) Aumento de capital, salvo el supuesto del artículo 188. Sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago;

2º) Reducción y reintegro del capital;

3º) Rescate, reembolso y amortización de acciones;

4º) Fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; escisión; consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo;”

....

Recordemos entonces los requisitos que este tipo de asambleas tiene en nuestro derecho positivo⁶⁴:

“ARTICULO 244. — La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento (60 %) de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor.

Segunda convocatoria.

En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento (30 %) de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor.

Mayoría.

Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número.”

...

Este punto es en definitiva el momento en el cual los verdaderos dueños de la sociedad, sus socios, en calidad de tal aprueban o desaprueban lo negociado y establecido por sus administradores en el acuerdo previo de fusión⁶⁵.

En nota al pie, Solari Costa sostiene que “[s]e discute si las asambleas pueden alterar el contenido del CP de F, o deben atenerse estrictamente a aprobarlo o rechazarlo tal como ha sido suscripto. De mi parte no veo inconveniente en que las sociedades en forma uniforme alteren mediante la decisión de sus respectivas asambleas el contenido del CP de F, en la medida que al suscribirse luego el Acuerdo Definitivo de Fusión, quede en claro cuáles son las modificaciones y la aceptación de ellas por parte de los socios.”⁶⁶

⁶³ Solari Costa, Ob. cit.

⁶⁴ Ley 19.550 y modif. Art. 244

⁶⁵ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

⁶⁶ Solari Costa, Ob. cit.

1.4.1.3. Publicidad.

Una vez aprobado el CP de F por parte de los órganos de gobierno de cada una de las sociedades fusionantes, corresponderá a cada una de ellas la publicación del mismo según lo prescribe el mismo artículo 83, párr. 3ro, L.S.C.:

“3) La publicación por tres (3) días de un aviso en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción de cada sociedad y en uno de los diarios de mayor circulación general en la República, que deberá contener:

- a) La razón social o denominación, la sede social y los datos de inscripción en el Registro Público de Comercio de cada una de las sociedades;
- b) El capital de la nueva sociedad o el importe del aumento del capital social de la sociedad incorporante;
- c) La valuación del activo y el pasivo de las sociedades fusionantes, con indicación de la fecha a que se refiere;
- d) La razón social o denominación, el tipo y el domicilio acordado para la sociedad a constituirse;
- e) Las fechas del compromiso previo de fusión y de las resoluciones sociales que lo aprobaron;”⁶⁷

Esta publicidad responde al **principio de protección de los derechos de los terceros acreedores** de las sociedades que intervienen en el proceso de reorganización tratado.⁶⁸

En otros términos, “...nuestro sistema se ubica entre aquellos que brindan protección a los acreedores, antes de la concreción de la reorganización, ya que no se puede otorgar el acto de fusión si no se han cubierto los requisitos legales de protección de los acreedores... Luego de las asambleas, se deben efectuar las comunicaciones para que los acreedores ejerzan sus derechos, para poder recién después suscribirse el acuerdo final de fusión”⁶⁹.

El mismo artículo define el contenido de la publicación obligatoria, el cual surge claramente de la letra de la ley mencionado en párrafos anteriores.

1.4.1.4. Acreedores: oposición.

Siguiendo con el análisis del artículo 83, el párrafo 4º describe la posibilidad que la ley le da a los acreedores de las sociedades fusionantes, de oponerse a la operación; esto es al solo fin de que se les garantice adecuadamente su crédito⁷⁰:

“Dentro de los quince (15) días desde la última publicación del aviso, los acreedores de fecha anterior pueden oponerse a la fusión.

⁶⁷ Ley 19.550 y modif. Art. 83 párr. 3º

⁶⁸ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

⁶⁹ Solari Costa, Ob. cit.

⁷⁰ Solari Costa, Ob. cit.

Las oposiciones no impiden la prosecución de las operaciones de fusión, pero el acuerdo definitivo no podrá otorgarse hasta veinte (20) días después del vencimiento del plazo antes indicado, a fin de que los oponentes que no fueren desinteresados o debidamente garantizados por las fusionantes puedan obtener embargo judicial;⁷¹

Pueden entonces los acreedores oponerse a la fusión, dentro de los quince días desde la última publicación. Los días son corridos (art. 28, Cód. Civil). Si alguno objeta la fusión, dispone de otros veinte días, a partir del vencimiento del plazo anterior, para obtener embargo judicial. Las oposiciones que realicen los acreedores no impiden la prosecución de la fusión.⁷²

El Dr. Nissen explica este requisito diciendo que "...la oposición de los acreedores no se refiere a la fusión propiamente dicha, sino a la asunción, por parte de la sociedad fusionante o fusionaria del crédito de que aquellos son titulares"; y tiene como fin "...que los oponentes que no fueren desinteresados o debidamente garantizados por las fusionantes puedan obtener el embargo judicial"⁷³.

Encontramos asimismo en la jurisprudencia la siguiente aclaración: "... la falta de ejercicio del derecho de oponerse no tiene efecto extintivo alguno sobre la deuda de la absorbida, la que se transmite a la sociedad incorporante ya sea que se formule o no la oposición respectiva"⁷⁴.

Para levantar la oposición, la sociedad puede: a) "desinteresar al acreedor", lo que significa obtener de mutua conformidad el levantamiento de la oposición, o b) brindarle una garantía adecuada, a lo que el acreedor no puede negarse, en la medida que razonablemente cubra su crédito.⁷⁵

En caso de no respetarse el plazo de ley para la oposición de los acreedores, la fusión será válida pero inoponible al acreedor que embarga en término.⁷⁶

1.4.1.5. Acuerdo definitivo de fusión.

No existiendo acreedores oponentes, o transcurrido el plazo de 20 días, los representantes de las sociedades fusionantes se encuentran en condiciones de otorgar el acuerdo definitivo de fusión⁷⁷, el cual contendrá:

- "a) Las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión;
- b) La nómina de los socios que ejerzan el derecho de receso y capital que representen en cada sociedad;

⁷¹ Ley 19.550 y modif. Art. 83 párr. 3º

⁷² Solari Costa, Ob. cit.

⁷³ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

⁷⁴ Dictamen N° 36/2003 Dirección de Asesoría Legal, 3/7/03

⁷⁵ Solari Costa, Ob. cit.

⁷⁶ Solari Costa, Ob. cit.

⁷⁷ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

c) La nómina de los acreedores que habiéndose opuesto hubieren sido garantizados y de los que hubieren obtenido embargo judicial; en ambos casos constará la causa o título, el monto del crédito y las medidas cautelares dispuestas, y una lista de los acreedores desinteresados con un informe sucinto de su incidencia en los balances a que se refiere el inciso 1), apartado b);

d) La agregación de los balances especiales y de un balance consolidado de las sociedades que se fusionan;⁷⁸

Seguidamente analizaremos estos componentes en detalle.

a) Las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión

En este estadio del proceso de fusión, las asambleas o reuniones de socios especialmente convocadas a tal efecto han resuelto favorablemente el acto reorganizativo, en tanto que el contenido de la decisión habrá sido asentado en el respectivo libro de actas.⁷⁹

Es así que en el instrumento que refleja el otorgamiento del acto de fusión, se deberán **transcribir las actas de asambleas o decisión de los socios de cada sociedad**, a fin de no queden dudas para las otras partes intervinientes y para los mismos socios sobre lo que han resuelto en cada caso los respectivos órganos de gobierno. "De las actas resultará la extinción de la fusionada y el texto del contrato o estatuto de la nueva sociedad -en la fusión consolidación-; o la reforma del contrato o estatuto de la sociedad fusionaria -en la fusión absorción."⁸⁰

Además, tanto en una fusión absorción como en una constitución, se deberá establecer el monto del capital social de la sociedad continuadora. No es necesario que el capital de la nueva entidad sea igual a la suma de los capitales de las que se extinguen; es legítimo que dicho importe resulte igual, menor o mayor, pues simultáneamente a la reorganización pueden alterarse los rubros de exposición del patrimonio. En lo que a los socios concierne, lo importante es que la relación de canje sea adecuada, pues de allí resulta la participación que tendrán en el patrimonio fusionado, más allá de la cifra del capital.⁸¹

No obstante lo anterior, respecto del monto del capital de la nueva fusionaria, se deberá respetar la cifra mínima que la Ley de Sociedades Comerciales impone, en caso de que la fusión sea con constitución de una nueva sociedad por acciones. En el supuesto de que la continuadora sea una sociedad ya existente, no es indispensable que el importe de su capital social llegue a ese monto.⁸²

⁷⁸ Ley 19.550 y modif. Art. 83 párr. 4º

⁷⁹ Solari Costa, Ob. cit.

⁸⁰ Solari Costa, Ob. cit.

⁸¹ Solari Costa, Ob. cit.

⁸² Solari Costa, Ob. cit.

b) La nómina de los socios que ejerzan el derecho de receso y capital que representen en cada sociedad

El valor y contenido de los patrimonios que se fusionan han sido tomados en cuenta para evaluar y decidir la fusión. Cualquier alteración que ocurra en el transcurso del proceso, puede influir en el ánimo y en la conveniencia de seguir adelante. Por ello es importante que el acto de fusión contenga las **variaciones que se han producido en el elenco de socios**, y su necesaria consecuencia, la **repercusión que el retiro de ellos produce en el patrimonio social**, en base al valor que representa su parte.⁸³

No obstante, de la lectura estricta de la ley resulta que una vez que la asamblea ha decidido favorablemente la fusión, y se han publicado los edictos, debe otorgarse el acuerdo de fusión señalando los nombres de los recedentes y el capital que representan en cada sociedad, sin que haga ninguna diferencia si los recedentes son pocos o muchos, o si representan un bajo o alto porcentaje del capital. Sobre todo cuando ya se ha establecido una fecha retroactiva para la eficacia interna de la fusión, y los bienes se han utilizado por parte de la continuadora acorde con este parámetro.⁸⁴

Por su parte, Casinelli aclara que en este apartado, según el artículo 85 de la L.S.C. que analizaremos en una sección posterior, rige el derecho de receso contemplado para los casos de transformación societaria, descrito en los artículos 78 y 79 de la LSC⁸⁵:

“Receso Artículo 78— En los supuestos en que no se exija unanimidad, los socios que han votado en contra y los ausentes tienen derecho de receso, sin que éste afecte su responsabilidad hacia los terceros por las obligaciones contraídas hasta que la transformación se inscriba en el Registro Público de Comercio. El derecho debe ejercerse dentro de los quince (15) días del acuerdo social, salvo que el contrato fije un plazo distinto y lo dispuesto para algunos tipos societarios. El reembolso de las partes de los socios recedentes se hará sobre la base del balance de transformación. La sociedad, los socios con responsabilidad ilimitada y los administradores garantizan solidaria e ilimitadamente a los socios recedentes por las obligaciones sociales contraídas desde el ejercicio del receso hasta su inscripción.

Preferencia de los socios Artículo 79— La transformación no afecta las preferencias de los socios salvo pacto en contrario⁸⁶.

c) “La nómina de los acreedores...”

El acuerdo de fusión también debe contener la nómina de los acreedores que habiéndose opuesto hubieran sido garantizados y de aquellos que hubiesen obtenido embargo judicial. En ambos casos constará la causa o título, el monto del crédito y las medidas cautelares

⁸³ Solari Costa, Ob. cit.

⁸⁴ Solari Costa, Ob. cit.

⁸⁵ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

⁸⁶ Ley 19.550 y modif.

dispuestas, y una lista de los acreedores desinteresados con un informe sucinto de su incidencia en los balances a que se refiere el inc. 1º, apartado b).⁸⁷

Los acreedores tienen derecho a oponerse a la fusión; para ello, la ley regula los plazos, el nivel de oposición que pueden ejercer y la eficacia de ésta.⁸⁸

Una cuestión a considerar es la que se presenta cuando el monto de los embargos es de trascendencia. Puede ocurrir que los socios desconozcan la envergadura de las oposiciones, pues aun sabiendo las deudas, hasta el momento en que llega el plazo de oposiciones no se puede saber a ciencia cierta cuántos acreedores se opondrán y por tanto qué volumen de deudas está en juego para garantizar o para ser embargados por los acreedores. Ante esta situación es admisible la convocatoria a nueva asamblea, para que ella evalúe la situación planteada no prevista, y si la mayoría así lo considera revoque la decisión anterior (art. 86, párr. 2do, L.S.C.).⁸⁹

d) La agregación de los balances especiales y de un balance consolidado de las sociedades que se fusionan

Es requisito de nuestra Ley de Sociedades Comerciales la confección de **balances especiales** de cada una de las sociedades, a los fines de reflejar la situación patrimonial de las sociedades que se fusionan.⁹⁰

No hay ningún impedimento para que los balances de ejercicio sean utilizados en forma especial a los fines de la fusión; sin embargo, los criterios de confección no suelen ser los mismos, pues en los de ejercicio no se hace mayor hincapié sobre el valor real de ciertos bienes, lo cual no puede ser ignorado en un balance de fusión, como documento principal que refleja el verdadero patrimonio a considerar para concretar la relación de canje.⁹¹

“Los balances deben tener cierre, a los sumo, tres meses antes de la fecha de suscripción del compromiso previo, y ser confeccionados sobre bases homogéneas y criterios de valuación idénticos (art. 83, inc. 1º b), L.S.C.). Deben ser aprobados expresamente por los órganos de gobierno e las sociedades.”⁹²

Por otra parte, “[u]n balance de fusión confeccionado con anomalías puede ser impugnado. En principio, ello no habilita a terceros a interrumpir el curso de la fusión, pues si así fuera se tornaría en un arma de peligro, hábil para suspender arbitrariamente el procedimiento. Con

⁸⁷ Ley 19.550 y modif. Art. 83 párr. 4º inciso c)

⁸⁸ Solari Costa, Ob. cit.

⁸⁹ Solari Costa, Ob. cit.

⁹⁰ Solari Costa, Ob. cit.

⁹¹ Solari Costa, Ob. cit.

⁹² Solari Costa, Ob. cit.

respecto a los socios, en principio no se deben aceptar impugnaciones basadas en objeciones con respecto a la relación de cambio”.⁹³

Asimismo, el requerimiento analizado exige agregar al acuerdo definitivo de fusión, un **balance consolidado**.

“Este instrumento contable busca reflejar en una unidad documental y en forma comparativa conjunta, la situación patrimonial de dos o más empresas distintas. Normalmente, el balance consolidado describe analíticamente la situación patrimonial de las entidades que se consolidan, mostrando el activo y pasivo de cada una de ellas, y la cifra de consolidación total.”⁹⁴

1.4.1.6. Inscripción registral.

Para concluir el *iter* de fusión, se encuentra el requisito de la inscripción del acuerdo definitivo de fusión en el Registro Público de Comercio⁹⁵, según determina el párrafo 5º del mismo artículo 83 LSC.

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales toma al **momento de la inscripción** como la **clave** para que se produzcan las transferencias de los respectivos patrimonios de las sociedades extinguidas a favor de la continuadora⁹⁶.

El Dr. Cámara lo explica diciendo que “la transferencia total de los patrimonios de las sociedades disueltas, se produce al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la sociedad incorporante.”⁹⁷

Según Casinelli, “[l]a nueva sociedad que se forma o la sociedad incorporante, en su caso, resultan continuadoras jurídicas de las que se disuelven, asumiendo la totalidad de sus derechos y obligaciones. La transferencia total de los patrimonios se produce al inscribirse el acuerdo definitivo de fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad en el Registro Público de Comercio o, en su caso, al inscribirse el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la sociedad incorporante”⁹⁸.

En este marco, analizaremos en el apartado siguiente las prescripciones de la Ley Nº 19.550 acerca de la constitución de la nueva sociedad una vez cumplido el requerimiento de registración.

⁹³ Solari Costa, Ob. cit.

⁹⁴ Solari Costa, Ob. cit.

⁹⁵ Solari Costa, Ob. cit.

⁹⁶ Solari Costa, Ob. cit.

⁹⁷ Cámara, Héctor, “Derecho societario”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985

⁹⁸ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

Por otra parte, el mismo artículo 83 aclara que en los registros de la o las fusionadas que se extinguen, deberá procederse a la cancelación de la inscripción de las respectivas matrículas. Se deberá, previamente, inscribir el acto en el Registro que corresponde a la continuadora o nueva fusionaria, para luego llevar a cabo la cancelación de las inscripciones en los de las jurisdicciones de las fusionadas⁹⁹.

Es importante considerar que “[c]uando en el proceso de fusión participan sociedades de responsabilidad limitada o sociedades por acciones, una vez otorgado el acuerdo definitivo de fusión, pero con anterioridad a la conformidad del organismo administrativo y a la inscripción registral, se deben publicar en el *Boletín Oficial* los datos que disponen los arts. 10 y 11 de la L.S.C. No es adecuado... efectuar esta publicación con anterioridad al acuerdo definitivo, en el mismo aviso de notificación a los acreedores, pues la finalidad es distinta y cronológicamente sucesiva: primero se publicita para que los acreedores se opongan; luego se otorga el acuerdo definitivo y, posteriormente, se lleva a cabo la publicidad noticia del art. 10 L.S.C.”¹⁰⁰

1.4.2. Constitución de la nueva sociedad: ART. 84

Conforme el artículo 84 de la Ley Nº 19.550, en caso de constituirse sociedad fusionaria (fusión propiamente dicha), el instrumento será otorgado por los órganos competentes de las fusionantes con cumplimiento de las formalidades que correspondan al tipo adoptado. Agrega asimismo que al órgano de administración de la sociedad así creada le incumbe la ejecución de los actos tendientes a cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, sin que se requiera publicación en ningún caso¹⁰¹.

En el supuesto de fusión por absorción o incorporación, “es suficiente el cumplimiento de las normas atinentes a la reforma del contrato o estatuto. La ejecución de los actos necesarios para cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, que en ningún caso requieren publicación, compete al órgano de administración de la sociedad absorbente”¹⁰².

Agrega el citado artículo 84 que las inscripciones registrales que correspondan en ambos casos de fusión deben ser ordenadas por el Juez o autoridad a cargo del Registro Público; a tal efecto, la resolución de la autoridad es instrumento suficiente para la toma de razón de la transmisión de la propiedad, sin que se requiera otro documento o instrumento¹⁰³. En otras palabras, “[e]n caso de que en el patrimonio o patrimonios que se transfieren existan bienes registrables, corresponderá a la autoridad de contralor en materia societaria ordenar la inscripción de dichos bienes a nombre de la nueva sociedad creada o de la incorporante, según

⁹⁹ Solari Costa, Ob. cit.

¹⁰⁰ Solari Costa, Ob. cit.

¹⁰¹ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

¹⁰² Casinelli, Hernán, Ob. cit.

¹⁰³ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

corresponda. A ese fin, dictará la pertinente resolución, que deberá ser cumplida por los registros de la propiedad correspondientes.”¹⁰⁴

Finalmente, el último párrafo del artículo en cuestión determina que desde el acuerdo definitivo, salvo que se haya pactado lo contrario en el acuerdo previo, la administración y representación de las sociedades fusionantes disueltas estará a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o incorporante¹⁰⁵.

1.4.2.1. Constitución de sociedad fusionaria

En el primero de los casos, se procederá a constituir una nueva sociedad, fruto de la unión de las fusionadas, a la cual se le traspasarán los componentes personales (socios) y materiales (patrimonios) de las anteriores sociedades. Por lo tanto, rigen aquí las reglas generales para la constitución de una sociedad, es decir que deberá redactarse el contrato o estatuto correspondiente, respetando todas las disposiciones de forma y fondo que a ello conciernen.¹⁰⁶

Por otra parte, “[l]a redacción de contrato o estatuto de la nueva sociedad, debe estar ya incluida dentro del texto del compromiso previo que suscriben entre sí las sociedades que se fusionan. Luego, las respectivas asambleas o reuniones de socios, al aprobar el compromiso previo, aprueban en lo interno el texto del contrato o estatuto de la nueva continuadora. Pero es en el acto de fusión cuando estos actos previos contractuales (compromiso previo) y corporativos (asambleas o reuniones de socios), toman trascendencia jurídica vinculante para las sociedades.”¹⁰⁷

Es dable destacar respecto de las disposiciones para la constitución societaria, que no es necesaria la comparecencia de todos los socios a suscribir el capital social, pues en esta materia tiene preeminencia el aspecto corporativo que existe en ciertos actos del proceso, ya que una vez que los socios han expresado su voluntad en las respectivas juntas, el acto de fusión con creación de la fusionaria queda a cargo de los representantes sociales, quienes instrumentan el acuerdo de fusión con su sola intervención.¹⁰⁸

1.4.2.2. Modificación del contrato o estatuto de la absorbente

Cuando la fusión se efectúa con la intervención de una sociedad existente que incorpora a otra u otras que se extingue/n, se debe proceder a dar ingreso, en la beneficiaria, a los componentes personales y patrimoniales de las entidades disueltas. Lo habitual es que se

¹⁰⁴ Casinelli, Hernán, Ob. cit.

¹⁰⁵ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

¹⁰⁶ Solari Costa, Ob. cit.

¹⁰⁷ Solari Costa, Ob. cit.

¹⁰⁸ Solari Costa, Ob. cit.

produzca el **aumento de capital** de esta última para dar cabida al ingreso patrimonial y a la emisión de nuevas acciones a entregar a los socios de las fusionadas. Con motivo de aumentarse el capital, debe modificarse el artículo respectivo del estatuto social.¹⁰⁹

No obstante, lo anterior no es indispensable, por ejemplo, cuando la absorbente es la única titular del patrimonio de la absorbida. Tampoco cuando se realiza una readjudicación de las acciones o partes sociales entre todos los socios, los anteriores y los que ingresan, manteniendo el valor nominal de las acciones, ello sin que se modifique la cantidad de acciones y su valor nominal y, por tanto, sin alterar el capital social de la absorbente; en tal caso se entregan las acciones a todos los accionistas (nuevos y existentes) en forma proporcional a las participaciones que ahora les corresponden a cada uno de ellos en la continuadora.¹¹⁰

Por otra parte, y siempre que se respeten las normas de protección de los derechos de los socios y de los acreedores, es legítimo que con motivo de una fusión se proceda, en forma simultánea, a variar la cifra de capital social en la continuadora; en otros términos, mientras no se disminuya la garantía de los acreedores en forma indebida, es válido alterar un asiento de exposición del patrimonio neto por otro, en forma simultánea con la decisión de aumentar el capital con motivo de la fusión. Tampoco existe impedimento para fijar como cifra del aumento del capital de la continuadora, un importe menor al del valor patrimonial transferido; todo ello puede darse sin objeción, pues lo que no se permite es sobrevaluar los bienes en detrimento de los acreedores.¹¹¹

1.4.2.3. Administración de la sociedad. Cambio de administrador.

Vimos anteriormente que la regla general acerca del momento en el cual se produce el cambio de administración entre las sociedades partícipes del proceso de fusión, está dada por el párrafo 4º del artículo 84, L.S.C., el que establece que, salvo que en el compromiso previo se haya pactado en contrario, desde el acuerdo definitivo la administración y representación de las sociedades fusionantes disueltas estará a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o de la incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces la ejercitaban.¹¹²

En otras palabras, “[d]e no haber pacto en contrario asentado en el compromiso previo de fusión, regirá la norma genérica que indica que el cambio de administración tiene lugar con la suscripción del acuerdo definitivo. Y está bien que sea así, pues dicho pacto refleja la culminación del proceso de reorganización, al menos entre partes.”¹¹³ Los órganos de la entidad o entidades disueltas dejan de funcionar, salvo en situaciones excepcionales o anómalas, para

¹⁰⁹ Solari Costa, Ob. cit.

¹¹⁰ Solari Costa, Ob. cit.

¹¹¹ Solari Costa, Ob. cit.

¹¹² Solari Costa, Ob. cit.

¹¹³ Solari Costa, Ob. cit.

las que se les permite 'reintervenir' en defensa de sus derechos, por ejemplo para el ejercicio de la acción de rescisión prevista en el artículo 87, L.S.C. que analizaremos en un apartado siguiente.¹¹⁴

1.4.3. Receso. Preferencias: ART. 85

Recordemos en primer lugar que el derecho de receso es aquel que se concede a los socios disconformes con la decisión de la mayoría y que les permite separarse de la sociedad mediante una declaración expresada en forma unilateral, entregándoseles el valor de su participación social de acuerdo con los valores que resulten del último balance.¹¹⁵

El artículo 85 de la LSC remite sobre el particular a lo dispuesto por los artículos 78 y 79 de la misma ley, cuando trata el tema de la transformación de sociedades¹¹⁶.

No obstante, corresponde tener en cuenta que el derecho de receso debe ser ejercitado por los socios que votaron en contra de la aprobación de compromiso de fusión dentro de los 15 días de la respectiva asamblea o reunión que haya aprobado dicho instrumento.¹¹⁷

Además, no corresponde el derecho de receso para los accionistas de la sociedad incorporante, ni es admisible tal derecho en las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones o se hallan autorizadas para la cotización de las mismas. Podrán sin embargo ejercer el derecho en cuestión si la inscripción bajo dichos regímenes fuera desistida o denegada.¹¹⁸

Por su parte, Solari Costa se expresa en desacuerdo con esta limitación impuesta a los accionistas de la sociedad incorporante, indicando que "...si bien es cierto que la afección patrimonial que la reorganización puede ocasionar trascenderá en mayor medida sobre los socios de la incorporada, también puede afectar a los de la absorbente en la medida en que la sociedad incorporada por distintas particularidades que se pueden presentar, altere sustancialmente la estructura económico-jurídica de la continuadora (p.ej., absorción de una sociedad en cesación de pagos)."¹¹⁹

1.4.4. Revocación del compromiso de fusión: ART. 86

El artículo 86 de nuestra Ley de Sociedades Comerciales contempla dos casos de revocación que permiten a cualquiera de las sociedades intervinientes, actuar unilateralmente: a) la revocación del compromiso previo, si transcurridos tres meses desde su firma, no se han

¹¹⁴ Solari Costa, Ob. cit.

¹¹⁵ Solari Costa, Ob. cit.

¹¹⁶ Ley 19.550 y modif. Art. 85

¹¹⁷ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

¹¹⁸ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

¹¹⁹ Solari Costa, Ob. cit.

celebrado las respectivas asambleas o resoluciones sociales, y b) la de las resoluciones sociales, si no se ha otorgado el acuerdo definitivo de fusión.¹²⁰

En el primer supuesto, no existe posibilidad de reclamar daños y perjuicios por las otras partes, si son ellas las que no han cumplido con los actos internos, pero sí lo podrán hacer si la que invalida el acto es la parte incumplidora.¹²¹

Por el contrario, en el segundo supuesto, la revocante deberá indemnizar los daños efectivos que se hubieren generado¹²², puesto que para decidir la revocación de las resoluciones sociales se deberá: 1) respetar y cumplir los mismos recaudos establecidos para su celebración, 2) que no se causen perjuicios a las sociedades, los socios y los terceros.¹²³

En este sentido, el Dr. Efraín interpreta que existe un condicionamiento aparente de la revocación, al concluir que "...si causa daños no existe derecho de revocación, por lo que puede impugnarse por terceros a la sociedad la decisión de revocar, imponiendo la consolidación patrimonial en forma obligatoria".¹²⁴

1.4.5. Rescisión. Justos motivos: ART. 87

Para concluir con el análisis de los artículos que definen el instituto de fusión societaria en nuestra Ley de Sociedades Comerciales, el artículo 87 permite a cualquiera de las sociedades "rescindir por justos motivos" el acuerdo definitivo hasta que el mismo haya sido inscripto¹²⁵.

Solari Costa sostiene al respecto que "[e]n realidad, lo que la ley confiere a la parte es un derecho a resolver, es decir, a poner fin al proceso en virtud de haber acontecido, con posterioridad a su inicio, un hecho legalmente trascendente. Es un caso de resolución, pero con la particularidad de que por afectar un iter o procedimiento de continuidad temporal y de ejecución continuada, tiene la consecuencia de que las prestaciones cumplidas son incompatibles con la retroactividad y con los derechos adquiridos por terceros, los que deben quedar firmes. Es la solución que da la ley, en otros supuestos de resolución (arts. 1198 y 1204, Cód. Civil)"¹²⁶.

La demanda de rescisión deberá interponerse en la jurisdicción que corresponda al lugar de celebración del acuerdo, y a los efectos de la promoción de dicho juicio, las autoridades de las

¹²⁰ Solari Costa, Ob. cit.

¹²¹ Efraín, Hugo R., Ob. cit.

¹²² Efraín, Hugo R., Ob. cit.

¹²³ Solari Costa, Ob. cit.

¹²⁴ Efraín, Hugo R., Ob. cit.

¹²⁵ Ley 19.550 y modif. Art. 87

¹²⁶ Solari Costa, Ob. cit.

sociedades disueltas recuperan la administración, quedando sin efecto la suspensión prevista por el art. 84.¹²⁷

Todo lo dicho no excluye la posibilidad de que alguna de las sociedades pueda demandar la nulidad del proceso con posterioridad a la inscripción registral, lo cual puede ocurrir en casos de anomalías que ya existían al momento de llevarse a cabo el acuerdo definitivo (vicios del consentimiento; balances falsos; documentación adulterada, etc.).¹²⁸

1.5. El proceso de fusión. La Ley de Defensa de la Competencia.

1.5.1. Generalidades

Uno de los objetivos de las empresas que se proponen realizar una fusión o concentración es aumentar su poder de mercado. Por consiguiente, si la operación se concreta, puede darse una disminución del número de competidores efectivos y un aumento de la capacidad potencial para desarrollar prácticas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia¹²⁹.

En este marco, “[l]a legislación sobre defensa de la competencia tiene como uno de los principales objetivos el mantenimiento y desarrollo de una competencia eficaz en los mercados, ya sea actuando sobre el comportamiento de los agentes económicos o actuando sobre las estructuras de los mercados.”¹³⁰

En nuestro país rige desde septiembre de 1999 la ley 25.156. Se trata de la ley que regula específicamente la Defensa de la Competencia (LDC); en otras palabras, “regla los acuerdos y prácticas comerciales para impedir que éstos lleven a dominar la voluntad del mercado”¹³¹.

Dicha norma determina que “están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”¹³².

En particular, y en lo atinente al tema que nos ocupa, la mencionada ley **introduce el control de las concentraciones económicas**, con un espíritu similar a la legislación *antitrust* europea y norteamericana, ya que incorpora un aspecto de la legislación sobre competencia

¹²⁷ Nissen, Ricardo A., Ob. cit.

¹²⁸ Solari Costa, Ob. cit.

¹²⁹ “Los controles de la ley antimonopolio La norma sancionada ya rige para defender la libre competencia”, Diario La Nación, Octubre 1999, extraído de <http://www.lanacion.com>

¹³⁰ Tajan, Guillermina, “Derecho de la Competencia: Las recientes reformas al control de las concentraciones económicas”, Revista Doctrina Societaria, Ed. Errepar, Tomo XII, N° 163, 2001

¹³¹ Rubiolo, Nicolás, Ob. cit.

¹³² Ley 25.256, art. 1°

que ya está contemplado por la legislación comparada, tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos y Canadá¹³³.

Es decir que “[l]a normativa procura reprimir las actividades que distorsionan la libre competencia y el libre juego de la oferta y la demanda como factores generadores de los precios de los productos y de los servicios; y entre dichas actividades se encuentran comprendidas las distintas modalidades de mergers.”¹³⁴.

Con este tipo de políticas se busca lograr una modificación en la configuración de los mercados de bienes y servicios, a través de medidas que tiendan a incrementar el número de agentes económicos que actúan en un mercado¹³⁵.

1.5.2. El control de las concentraciones económicas

La legislación argentina toma como referencia válida para la definición del concepto de concentración económica los criterios establecidos por la Unión Europea: se establece que la definición del concepto de concentración sólo incluye las operaciones que implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes. Dicha modificación estructural tiene lugar por ejemplo cuando se fusionan empresas anteriormente independientes.¹³⁶

En particular, el artículo 6 de la LDC determina que “[a] los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de realización de los siguientes actos: a) La fusión entre empresas;...”¹³⁷.

De esta manera, el inciso a) referido a la fusión, mencionado en el artículo transcrito, encuentra su correlato con la fusión prevista en la ley de sociedades, artículo 82 y siguientes¹³⁸, instituto que, por lo general, implica operaciones tendientes a la concentración económica, ya que importan reunión, amalgama o aleación de intereses societarios.¹³⁹

1.5.3. Notificación de las concentraciones económicas

La concentración económica requiere aprobación si el volumen de negocios de las compañías involucradas en la transacción fuese superior a \$200 millones. En efecto, el artículo 8º dispone la obligación de notificar las operaciones de concentración económica, ya sea en forma previa o

¹³³ Tajan, Guillermina, Ob. cit.

¹³⁴ Solari Costa, Osvaldo, “Mergers & Acquisitions. Concentraciones de empresas. Fusiones”, Julio 2010, extraído de <http://www.justiniano.com>

¹³⁵ Tajan, Guillermina, Ob. cit.

¹³⁶ Tajan, Guillermina, Ob. cit.

¹³⁷ Ley 25.256, art. 6º

¹³⁸ Tajan, Guillermina, Ob. cit.

¹³⁹ Cita a Giuliani Fonrouge en Efraín, Hugo R., Ob. cit.

en el plazo de una semana desde la fecha de la conclusión del acuerdo cuando la suma del volumen del negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la mencionada suma de \$ 200 millones.¹⁴⁰

“Para el cálculo del volumen de negocios de las empresas afectadas es preciso establecer qué se entiende por empresa afectada. En tal sentido, la reglamentación (D. 89/01) precisó el concepto a los fines del artículo 8º, entendiéndose como empresa afectada: a) la empresa respecto de la cual se tomare control; y b) la empresa que adquiere dicho control.”¹⁴¹

Respecto del plazo para notificar la operación, la reglamentación estableció que en el caso de fusiones entre empresas, el plazo de una semana empezará a correr el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión [conforme lo establecido en el ap. 4), art. 83, LSC]¹⁴².

En todos los casos, la notificación deberá ser hecha por todas las partes que interviniesen en la operación en cuestión, las cuales podrán unificar personería a los efectos de la notificación.¹⁴³

Si el organismo de control no emite una decisión dentro de los 45 días hábiles después de la notificación completa (formulario y documentación respectiva), la transacción será considerada como aprobada tácitamente.¹⁴⁴

No obstante lo descripto anteriormente, la misma Ley de Defensa de la Competencia contiene ciertas excepciones, algunas de las cuales pueden ser aplicables a casos de fusiones societarias: (i) las adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya poseía más del cincuenta por ciento de las acciones, excepto cuando la transferencia conlleva la toma de control de una adquisición de control conjunto anterior; (ii) las adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en la Argentina; (iii) adquisiciones de empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año); (iv) si el valor de la transacción y los activos involucrados no superan \$ 20.000.000.¹⁴⁵

En caso de incumplimiento de la notificación, la Ley prevé la posibilidad de imponer multas, y de requerir órdenes judiciales para proceder a la liquidación o escisión de compañías u órdenes de desinversión de negocios. Los directores, gerentes, administradores, síndicos, representantes legales y apoderados de esas compañías pueden ser declarados solidaria e ilimitadamente responsables al pago de la sanción junto con las compañías infractoras.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Tajan, Guillermina, Ob. cit.

¹⁴¹ Tajan, Guillermina, Ob. cit.

¹⁴² Tajan, Guillermina, Ob. cit.

¹⁴³ Tajan, Guillermina, Ob. cit.

¹⁴⁴ “Panorama actual de Derecho de Defensa de la Competencia en la Argentina”, Boletín de Novedades Marval News N°50, Buenos Aires, 2006 extraído de <http://www.marval.com.ar>

¹⁴⁵ Idem nota anterior, extraído de <http://www.marval.com.ar>

¹⁴⁶ Idem nota anterior, extraído de <http://www.marval.com.ar>

1.5.4. Situación actual. Órgano de aplicación

El órgano de aplicación según lo define la LDC es el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, y ordena su creación¹⁴⁷. Sin embargo, esta función es llevada a cabo actualmente por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, ya que el Tribunal aún no ha sido constituido.¹⁴⁸

Esta dependencia puede analizar si la operación de fusión societaria implica o no “una operación de concentración económica” y, en su caso, si la misma afecta o no la competencia en el mercado en el que participan las sociedades involucradas. Luego puede recomendarle a la Secretaría de Comercio Interior, que tiene la palabra final estas operaciones, que se apruebe o no la fusión.¹⁴⁹

Para concluir, vemos que en un informe realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre derecho y política de competencia en nuestro país se presentan algunas recomendaciones para mejorar el funcionamiento del mecanismo analizado en este apartado.

En líneas generales, las conclusiones y recomendaciones efectuadas por el organismo son las siguientes¹⁵⁰:

a. Concretar la demorada creación del Tribunal de Defensa de la Competencia, ordenada por la ley de defensa de la competencia sancionada en 1999.

Ante la eventual resistencia política que pudiera generar la creación de un organismo independiente como el Tribunal en materia de competencia, podría efectuarse una modificación al texto legal otorgando al PEN facultades para revocar las decisiones del Tribunal en materia de concentraciones económicas, facultad que debería limitarse a cuestiones de “interés público prevaleciente” u otra expresión similar.

En la medida de lo posible y hasta tanto se conforme el referido Tribunal, debería liberarse a la CNDC de toda influencia política.

b. Incrementar el presupuesto del organismo de defensa de la competencia, otorgándole una mayor autonomía respecto de la aplicación de fondos.

c. Fortalecer el trabajo de lucha contra los carteles, otorgando a esta tarea máxima prioridad.

¹⁴⁷ Ley 25.256, art. 11°

¹⁴⁸ “Panorama actual de Derecho de Defensa de la Competencia en la Argentina”, Boletín de Novedades Marval News N°50, Buenos Aires, 2006 extraído de <http://www.marval.com.ar>

¹⁴⁹ Scolpatti, Leonardo, “Fusiones empresarias: qué se debe hacer para garantizar su viabilidad”, Buenos Aires, 2008 extraído de <http://www.itpymes.com.ar>

¹⁵⁰ “OCDE evalúa críticamente a la política argentina de defensa de la competencia”, Boletín de Defensa de la Competencia, Buenos Aires, 2006 extraído de <http://www.bomchill.com>

2. Proceso de Diligencia Debida o Auditoría Legal

2.1. Generalidades

El procedimiento de **diligencia debida** (en inglés, *due diligence*) “constituye un servicio relacionado con la auditoría que consiste en un análisis de investigación... de las actividades financieras y operativas de un ente (empresa objetivo), vinculado con una probable transacción que concluiría en un cambio significativo en la propiedad o la composición de su capital social. El término 'diligencia' implica el cuidado en ejecutar algo.”¹⁵¹

Según el Dr. Slosse, “un *due diligence* es un trabajo profesional interdisciplinario, que apunta a dar razonable seguridad a un potencial comprador de una empresa acerca de la salubridad, en términos contables, tributarios y legales, del ente objetivo de compra”.¹⁵²

Representa un trabajo interactivo, que puede combinar diversos servicios relacionados con la auditoría, impuestos, consultoría y financieros. Involucra indagación, análisis e interpretación, a través de la discusión de los riesgos y oportunidades que presenta una cierta transacción.¹⁵³

La principal función de la *due diligence* (utilizando el término en el contexto de fusiones empresariales) es determinar los beneficios y riesgos de la operación propuesta mediante la revisión de los aspectos relevantes del pasado, presente y futuro predecible de la sociedad objetivo. Tiene un rol crítico en el proceso de fusión societaria; ya que la falta de una correcta diligencia debida es una de las primeras causas de un pobre rendimiento financiero de la operación y una de las más importantes causas de juicios posteriores a la fusión societaria.¹⁵⁴

En esta misma línea se expresa López al sostener que “...el proceso de *due diligence* tiene, en esencia, un doble objetivo (particularmente a los intereses del comprador). Por un lado, asegurar una justa evaluación de los activos contenidos en el balance, en especial los bienes, derechos y créditos existentes, su exigibilidad y condiciones que pudieran afectarlos. Por el otro, corroborar que todos los **pasivos y contingencias** que pudieran afectar los negocios de la target hayan sido identificados y evaluados en forma veraz y correcta... Sin embargo, el *due diligence* se extiende más allá de chequear que los estados contables auditados de la target en un momento determinado reflejen la realidad del negocio. Se utiliza también para **identificar**

¹⁵¹ López, Marta A., "Proceso de Due Diligence - Análisis Interdisciplinario de Aspectos Impositivos, Previsionales-Laborales, Legales y Contables", Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, Julio 2010.

¹⁵² Slosse, Carlos A., “Adquisiciones de empresas: auditorías contables, tributarias y legales ('Due Diligences')”, Revista “Enfoques-Contabilidad y Administración”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000

¹⁵³ López, Marta A., Ob. cit.

¹⁵⁴ Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, “The Art of M&A – A Merger Acquisition Buyout Guide”, McGraw-Hill, EEUU, 1999. Cita basada en traducción propia.

riesgos mediante la evaluación de contingencias futuras (vgr. controles ambientales, responsabilidad por productos y por prácticas comerciales anteriores).¹⁵⁵ (destacado propio)

Y al decir de Jiménez Herrera¹⁵⁶, “la información juega un papel preventivo, ya que si ésta es veraz y completa evitará sorpresas futuras”¹⁵⁷.

“En el heterogéneo equipo de técnicos que mencionamos antes, cada uno cumplirá la función que le es propia. Los profesionales del Derecho analizan los riesgos legales y ayudan a cuantificarlos; examinan las actas de directorios o de asambleas, el registro de accionistas y los acuerdos de socios; estudian reclamos y juicios pendientes y potenciales (pasivos ocultos y ambientales, que pueden originar cláusulas de ajuste de precio final), contratos con proveedores claves..., y validez de marcas y patentes; y determinan cuáles cuestiones regulatorias requieren atención... En lo laboral,... el cumplimiento de normas de seguridad social y convenios colectivos... Los letrados suelen elaborar un informe final global (societario, laboral y fiscal)...”¹⁵⁸

De esta manera, resaltamos la relevancia de entender el alcance y funciones del proceso de diligencia debida enmarcado en el instituto de fusión societaria, objeto del presente trabajo, como vehículo para detectar eventuales contingencias y riesgos de naturaleza jurídica que puedan afectar la operación fusionaria, o bien el normal desenvolvimiento futuro de la sociedad constituida o absorbente.

2.2. Momento de realización. Alcance.

Una vez suscripta la “carta de intención” o “memorando de entendimiento” (documento que patentiza el inicio de las tratativas), las partes deben prepararse para llevar a cabo la *due diligence*.¹⁵⁹ Es decir, su realización deberá preceder a la firma del compromiso previo de fusión.

El alcance del trabajo dependerá de cada transacción en particular, y será acordado entre las partes en gran medida en función de su interés en concretar la transacción (por ejemplo, por los tiempos y costos involucrados), así como de las recomendaciones que reciban de sus respectivos asesores. Aquí entran a jugar también una serie de elementos subjetivos, tales como el conocimiento previo que tengan entre sí las sociedades intervinientes (por ejemplo, por haber sido accionista minoritario o haber actuado en su administración en forma previa a la

¹⁵⁵ López, Marta A., Ob. cit.

¹⁵⁶ Jiménez Herrera, Federico, “El proceso de transferencia de paquetes accionarios”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007

¹⁵⁷ Citando a Ana María M. de Aguinis, agrega que “...el derecho a la información pertenece al grupo de los derechos cualitativos e instrumentales que muestran muy claramente la fisonomía patrimonial y la marcha de una compañía, como así también la gestión de sus administradores”.

¹⁵⁸ Palomares, Máximo J, “El abogado, en el proceso de due diligence”, Noviembre 2007, extraído de <http://www.lagaceta.com.ar>

¹⁵⁹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

transferencia), o el interés en la operación más allá de los pasivos o contingencias que pudieran aparecer luego de la transferencia (por ejemplo, absorber una compañía al solo efecto de restringir sus operaciones como competidor, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir la controlante llegado el caso).¹⁶⁰

"Si bien el procedimiento no debe encararse con el objetivo de encontrar una causal que justifique la ruptura del negocio, tampoco se trata de una mera etapa formal; sino que constituye un trabajo a conciencia que permitirá establecer si aquellos factores que hacen... interesante el negocio son reales o ilusorios".¹⁶¹

Por otra parte, "[e]s fácil advertir la existencia de una tensión de intereses..., tanto en la ejecución de la auditoría y el manejo de pasivos ocultos o contingencias, como en la administración del contrato con posterioridad al cierre (reclamos indemnizables, liberaciones de fondos de garantía, manejo de reclamos de terceros, etc.)... Para minimizar los conflictos, es recomendable definir los alcances de la auditoría, los límites de la responsabilidad de las partes y el régimen de garantía, estableciendo procedimientos claros y expeditivos para el reconocimiento y oposición de pasivos, contingencias [y] reclamos indemnizables."¹⁶²

En definitiva, a fin de resguardar los intereses de ambas partes resultará necesario buscar un punto de equilibrio en cuanto a la extensión y profundidad que implica la tarea investigativa. La eficacia del trabajo dependerá de la flexibilidad y buena fe de las partes, y de su conocimiento mutuo en cuanto a los límites hasta los cuales se puede ejercer presión. A partir de ello se podrán acordar de antemano las consignas básicas, los objetivos perseguidos, y los plazos dentro de los cuales deberá razonablemente llevarse a cabo el trabajo.¹⁶³

2.3. Fuentes de información. Acuerdo de confidencialidad.

Una cuestión clave en el proceso de diligencia debida será determinar previamente dónde debe buscarse a fin de obtener aquella información realmente importante.

El Dr. Jiménez Herrera se refiere a esta cuestión diciendo que la efectividad requerida de la *due diligence* "torna [a este proceso] al mismo tiempo en un arte y una ciencia: un arte, porque exige un estilo y una experiencia para conocer de qué forma y qué preguntas deben efectuarse, y en qué oportunidad, y una ciencia, porque requiere un método sistemático... que permita dentro del tiempo disponible: a) organizar y analizar la mayor cantidad de documentación

¹⁶⁰ López, Marta A., Ob. cit.

¹⁶¹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁶² Lavia Haidempergher, Laura, "Adquisición de empresas y Prevención de conflictos", Revista Fraude Investigaciones & Disputas, BDO Becher y Asociados S.R.L., Buenos Aires, 2009

¹⁶³ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

posible, y b) valorar el riesgo que exponen la anomalías que se descubran durante el proceso.”¹⁶⁴

Más adelante analizaremos en profundidad el tema que nos ocupa, cual es la auditoría legal y sus probables fuentes de información.

Pero antes, debemos destacar que como es sabido, el libre acceso a los datos de una sociedad generará para el receptor su paralela **obligación de confidencialidad**. En efecto, el propietario de la sociedad objeto de la transacción exigirá que la información que se brinde sea manejada bajo absoluta reserva¹⁶⁵. A fin de garantizar tal extremo, por lo general, se suscribe el *acuerdo de confidencialidad*, el cual será tratado en una sección posterior¹⁶⁶.

Por el momento diremos que dicho acuerdo abarcará cuestiones tales como qué documentación específica será exhibida; qué destino se le dará si el negocio no fuese llevado a cabo (pudiéndose pactar una cláusula que prevea su devolución en forma inmediata); cuáles serán las garantías y provisiones indemnizatorias por toda aquella filtración que pueda producirse y si subsistirán o no con posterioridad al cierre del negocio, y en su caso establecer por qué período, etc.¹⁶⁷

Finalmente, es recomendable, en especial para los abogados que intervengan en la preparación el informe posterior a la realización del *due diligence* (una suerte de dictamen u opinión legal), manifestar que se trata de un reporte preliminar basado en documentación e información recibida de los actuales propietarios de sociedad objeto de la operación, aclarando si se trató de copia o instrumentos originales, y reservándose el derecho de completarlo o rectificarlo a partir de documentación que llegue a sus manos con posterioridad a su preparación.¹⁶⁸

2.4. La Auditoría Legal

2.4.1. Generalidades

La auditoría legal, realizada por abogados, se enfocará naturalmente en cuestiones jurídicas, tratando no sólo de detectar aquellas situaciones que puedan constituir un detrimento para la transacción, sino también -en la medida de lo posible- de prescribir alternativas de solución a fin de sanear jurídicamente las irregularidades descubiertas.¹⁶⁹

Puede decirse que es prácticamente imposible definir un único índice temático para una auditoría completa, ya que como vimos, el alcance del trabajo dependerá no sólo de lo que

¹⁶⁴ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁶⁵ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁶⁶ Ver Capítulo 4º del presente trabajo.

¹⁶⁷ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁶⁸ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁶⁹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

acuerden las partes, sino que variará según lo exija el tipo de transacción, el mercado en el que opere la sociedad objetivo, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, trataremos en los apartados subsiguientes un esquema genérico sobre los cuales los asesores letrados deberían enfocar su atención, aplicable en términos generales a la mayoría de los casos de auditoría legal.¹⁷⁰

Así, el Dr. Jiménez Herrera entiende que la labor habrá sido suficientemente cumplida en la medida que el resultado de la investigación de los asesores letrados permita responder las siguientes preguntas¹⁷¹:

¿Qué pasos legales necesitarán ser tomados para efectuar la transacción? (por ejemplo: la aprobación del directorio y de la asamblea de accionistas, restricciones a la libre transferencia de acciones).

¿Se requiere, y en su caso, ha sido obtenida la autorización del organismo público de contralor societario para celebrar el contrato?

¿Qué consentimientos previos de terceras partes podrían ser requeridos (bancos acreedores, clientes clave, etc.), y en su caso, se encuentran documentados?

¿Cuáles son los problemas y temas legales significativos que en la actualidad afectan a la sociedad objetivo o que es probable que la afecten en el futuro?

¿Qué consecuencias adversas de carácter impositivo pueden activarse para las partes a partir de la transacción?

¿Cuáles son los riesgos y obligaciones posteriores a la disolución de la sociedad objetivo?

¿Cuán extensa sería la responsabilidad por esos posibles riesgos y obligaciones?

¿Qué medidas, si las hay, pueden ser tomadas para reducir tales potenciales riesgos y obligaciones?

¿Cuál será el costo para implementar esas medidas?

¿Cuáles son los impedimentos para asignar los activos tangibles e intangibles clave de la empresa objetivo, tales como bienes inmuebles, propiedad intelectual, contratos favorables, recursos humanos, plantas y equipos?

¿Cuáles son las obligaciones de ambas partes frente a los acreedores de la empresa objetivo?

¿Cuáles son las obligaciones y responsabilidades de ambas partes bajo las leyes laborales?

Finalmente, es dable destacar que lo que se observe en la *due diligence* y lo que se haga constar en el informe legal una vez concluido, constituirá un elemento determinante -sobre todo como medio probatorio- respecto del límite de responsabilidad y garantías por parte de la empresa objetivo¹⁷².

2.4.2. Contenido del análisis

Hemos dicho ya que el índice temático a abordar en esta instancia es amplio y prácticamente imposible de abarcar en un trabajo como el que nos ocupa, dada la gran variedad de

¹⁷⁰ Destacamos que la enumeración no pretende ser taxativa, sino que es ejemplificativa y sujeta a modificaciones según cada caso en particular.

¹⁷¹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁷² Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

situaciones en las que la diligencia debida es aplicada y las diferencias de alcance que las partes acuerden según su relación negocial.

No obstante, leemos que en líneas generales “se le debe dar valor a los estudios de aspectos de **derecho societario** y **derecho impositivo**; en particular, y cuando con la fusión se pretenden obtener beneficios impositivos en la reorganización societaria, es necesaria una revisión de existencia de los requisitos previstos por la normativa impositiva para aprovechar al máximo esta herramienta.”¹⁷³ (destacado propio)

Por otra parte, el **análisis de litigios** de la sociedad objetivo requiere un procedimiento especial, normalmente llevado a cabo por analistas especializados en litigios comerciales/corporativos, y que estén familiarizados con la industria de la sociedad auditada, para determinar la validez y la exposición a demandas existentes.¹⁷⁴

Finalmente, debemos destacar la importancia de incluir en el proceso de diligencia debida, un análisis de la exposición a **contingencias ambientales**, en función a su propio marco regulatorio local y nacional, tema que también será objeto de estudio en los apartados subsiguientes.

2.4.2.1. Cuestiones societarias en general

En términos generales, para tener una mirada completa del estado pasado y actual de la compañía, el proceso de *due diligence* debe verificar cuestiones tales como las denominaciones societarias pasadas y presentes, y todos los nombres comerciales, marcas y registros utilizados. Debe hacerse notar cualquier incumplimiento potencial de la empresa objetivo. Seguidamente, el comprador debe confirmar que la empresa ha sido legalmente formada y continúa existiendo.¹⁷⁵

Es así que la revisión de las cuestiones societarias de la compañía, como así también de sus subsidiarias, debería comprender, en principio, los siguientes aspectos:¹⁷⁶

- 1) En los estatutos sociales o contrato constitutivo y todas sus reformas, verificar:
 - a) si la sociedad fue legalmente constituida, si se encuentra debidamente inscripta por ante el organismo de registro correspondiente, y si cuenta con la autorización administrativa para funcionar como tal;
 - b) si a la fecha de realizarse el informe continúa existiendo;
 - c) si han sido modificados artículos, y si tales reformas fueron inscriptas; también deberá describirse en qué asambleas fueron tomadas las decisiones de reforma;
 - d) cuál es su exacta denominación social; fecha y el lugar de constitución;

¹⁷³ Scolpatti, Leonardo, “Fusiones empresarias: qué se debe hacer para garantizar su viabilidad”, Enero 2008, extraído de <http://www.itpymes.com.ar>

¹⁷⁴ Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, Ob. cit. Cita basada en traducción propia.

¹⁷⁵ Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, Ob. cit. Cita basada en traducción propia.

¹⁷⁶ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit. La enumeración de aspectos a relevar ha sido adaptada a partir de la propuesta del autor, en función de los objetivos del presente trabajo.

- e) cuál es el domicilio social actual y, de haberse modificado el original, si fue denunciado ante el organismo administrativo de registro; de ser distinto, también deberá constatarse cuál es su domicilio comercial;
- f) detallar en qué consiste el objeto social, transcribiendo el artículo respectivo del estatuto;
- g) establecer la/s jurisdicción/es en la/s que la sociedad desarrolla sus operaciones. Solicitar las constancias escritas que acrediten que la sociedad se encuentra inscrita y autorizada a funcionar como tal en todos esos lugares (sea como sucursal, agencia, o cualquier otro tipo de representación permanente, en el interior o exterior);
- h) estipular cuáles son los derechos de los socios en supuestos de liquidación;
- i) verificar si, en general, todos aquellos actos que -por norma- requieren inscripción ante organismos oficiales han sido debida y definitivamente registrados.

2) Libros de Actas de Asambleas, de Reuniones de Directorio, de Reuniones de la Comisión Fiscalizadora, de Depósito de Acciones y Asistencia a Asambleas, y Registro de Accionistas¹⁷⁷:

Estos libros tienen una importancia fundamental en lo que atañe a la existencia de la sociedad, ya que en ellos se refleja su historia, y de sus consecuencias se derivarán derechos y obligaciones de los socios, de los administradores y también, de terceros, motivo por el cual tiene que ser adecuadamente llevados.

Su examen apuntará a verificar en primer término si son llevados al día, si están debidamente rubricados, foliados y encuadernados, es decir si cumplen con todos los requisitos propios de los libros de comercio en general¹⁷⁸ y, finalmente, si las decisiones adoptadas en las reuniones registradas en sus folios han sido o no inscritas -en caso necesario- ante el organismo oficial bajo cuyo control esté sometida su actividad.

En el caso particular de los libros de Actas de Asambleas, deberá prestarse atención al hecho de que se hayan celebrado respetando el quórum y los plazos fijados por la ley o los estatutos sociales, y que las decisiones adoptadas en su seno cuenten con la aprobación de las mayorías necesarias según el caso (lo mismo para las reuniones del directorio) y en presencia del presidente y, en su caso, del órgano de fiscalización. Otro aspecto a controlar será el cumplimiento e los recaudos legales o requerimientos administrativos de convocatoria.

Es necesario también estudiar quiénes son los actuales directores, si su elección está debidamente reflejada en sus folios, y si ha sido debidamente inscrita ante el organismo de contralor pertinente, como así también toda aquella renuncia, revocación o remoción y nueva designación que se hubiese producido con posterioridad; por otra parte deberá constatarse quién ostenta la presidencia del directorio, y si han sido seguidos los pasos que estatutariamente se establecieron para su designación.

Por otra parte, la revisión de los libros ayudará para verificar (a través de una comparación entre el texto de los estatutos sociales y el de las actas de asamblea de accionistas) si se ha incorporado en el primero de ellos cualquier decisión de los socios que implique una modificación a los estatutos o si se ha adoptado alguna decisión tendiente a disolver la sociedad.

Con relación a las Actas de Reuniones del Directorio, deberá aplicarse similar rigor al que se mencionó respecto del libro de Actas de Asamblea en cuanto al control de firmas (por todos los asistentes, a diferencia de lo que ocurre con las de asamblea), forma de la votación, resultados y expresión completa de las decisiones.

3) Listado en el que consten los datos personales de los administradores y organismo de fiscalización (sindicatura o comisión fiscalizadora), en caso de existir.

4) Informe relativo al órgano de gobierno (las asambleas): destacar, entre otras cosas, lugar y fecha previstos estatutariamente para la celebración de las asambleas anuales de accionistas, los quórum y mayorías, y especialmente deberá verificarse la existencia de impugnaciones sobre alguna decisión asamblearia y su estado (es decir, si ya tiene trámite judicial o sólo se trata de un conflicto extrajudicial).

¹⁷⁷ “El artículo 73 de la Ley de Sociedades Comerciales exige el labrado de actas en las que consten las deliberaciones de los órganos societarios colegiados; ello deberá llevarse a cabo en libros especiales, respetando las exigencias de los libros de comercio. Básicamente, la norma se refiere a los libros de actas de asambleas de accionistas y de reuniones de directorio.” Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁷⁸ “Nuestros tribunales han establecido expresamente que el libro de actas de asambleas de accionistas debe estar rubricado conforme o prescribe el art. 53 del Cód. de Comercio; en caso contrario carecerá de valor probatorio (CNCom., Sala B, LL, t. 1983-A, p. 368)” Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

- 5) Estructura del capital social: cantidad y valor de acciones o cuotas sociales, listado de accionistas o socios, gravámenes, derechos de preferencia, restricciones estatutarias o convencionales a la emisión o transferencia. La auditoría legal deberá enfocar el análisis del capital social como parámetro porcentual vinculado al ejercicio de derechos tanto de orden patrimonial como político.
- 6) Listado de poderes vigentes otorgados por la sociedad.

2.4.2.2. Cuestiones relativas a los empleados y administradores. Seguridad e higiene.

Sobre este aspecto en particular, los asesores legales deberán prestar suma atención, y analizar en forma minuciosa la documentación pertinente, ello a fin de evitar pasar por alto eventuales pasivos laborales¹⁷⁹:

- 1) Cantidad de personal en relación de dependencia, para poder dimensionar indicadores sobre el plantel total;
- 2) Estado de cumplimiento de las obligaciones de pago de remuneraciones y adicionales, indicando si existe mora y en tal caso los montos;
- 3) Estado de cumplimiento de las obligaciones de aportes y contribuciones previsionales y sindicales del personal, indicando si existe mora y, en tal caso, los montos totales adeudados;
- 4) Estado de cumplimiento respecto a los subcontratistas con relación a las resoluciones que hubiese dictado la DGI sobre este tipo de contrataciones;
- 5) Personal contratado por medio de agencias de servicios eventuales, si lo hubiere; agencia utilizada y breve explicación de la posición asumida por ésta en relación a los reclamos del personal eventual;
- 6) Cantidad de personas con dedicación exclusiva y que facturan sus servicios a la sociedad; determinar posible contingencia ante eventual reclamo;
- 7) Verificar la existencia de contratos o sub-contratos celebrados con terceros (por ej. con una empresa de transporte o de seguridad) que pudieran generar alguna responsabilidad laboral solidaria con la sociedad;
- 8) Convenios colectivos aplicables al personal;
- 9) Reconocimiento a los empleados de beneficios especiales de condiciones de trabajo o de otra naturaleza;
- 10) Escalas salariales de convenios vigentes aplicables al personal y comparación con las remuneraciones que efectivamente se abonan;
- 11) Listado de los juicios o reclamos administrativos actuales y recientes, relacionados con enfermedades profesionales y accidentes,
- 12) Listado de los juicios laborales por accidentes de trabajo y por despido;
- 13) Reclamos o juicios por diferencias salariales actuales y recientes;
- 14) Listado de reclamos administrativos y/o judiciales referidos a aportes a los organismos de seguridad social y/o aportes o contribuciones/cuota sindical actuales y recientes;
- 15) Listado de accidentes y/o enfermedades laborales actuales y recientes.

2.4.2.3. Análisis general de los activos

El Dr. Jiménez Herrera sintetiza este amplio tópico en los siguientes puntos clave¹⁸⁰:

- 1) Bienes inmuebles:

¹⁷⁹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit. La enumeración de aspectos a relevar ha sido adaptada a partir de la propuesta del autor, en función de los objetivos del presente trabajo.

¹⁸⁰ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit. La enumeración de aspectos a relevar ha sido adaptada a partir de la propuesta del autor, en función de los objetivos del presente trabajo.

En primer lugar será conveniente preparar un listado de los inmuebles propiedad de la compañía, agrupándolos en distintas categorías a partir del uso que se les dé: sede social, depósitos, oficinas de distribución, oficinas de ventas, talleres de reparación, inmuebles en construcción, etc.

Esto deberá ir acompañado del correspondiente estudio de los títulos de propiedad, como así también de los certificados y/o autorizaciones administrativas que acrediten la habilitación para, por ejemplo, determinado uso o destino industrial.

Asimismo deberá constatar la existencia de hipotecas, y en caso afirmativo revisar el instrumento (escritura pública) en la cual se encuentran documentadas. En este punto también deberá relevarse la existencia de: a) posibles embargos u otras medidas cautelares; b) posibles juicios u otros reclamos en los cuales un tercero cuestione la titularidad o posesión de algún inmueble; y c) posibles deudas por impuestos o servicios.

Además, será necesario verificar si existen pólizas de seguro sobre los referidos bienes.

Finalmente, discriminar qué bienes se encuentran arrendados por la empresa y cuáles arrienda ésta como locataria, o bien si existen contratos de leasing, licencia, comodato, derecho real de usufructo, etc. sobre ellos.

2) Bienes muebles (registrables o no):

Como en el caso anterior resulta recomendable la preparación de un listado de los muebles (maquinarias, mercaderías, materias primas, rodados, etc.) que utiliza la compañía, discriminando cuáles son de su propiedad y cuáles de terceros. Dentro del primer grupo habrá que diferenciar aquellos que sean o no registrables; ello implicará para los primeros el correspondiente estudio de los títulos de propiedad.

También aquí deberá analizarse si existen juicios y/o reclamos en los cuales algún tercero cuestione la titularidad de algún bien.

Deberá indicarse la ubicación actual de cada uno de ellos; asimismo, si sobre ellos pesa algún tipo de gravamen tales como prendas o embargos; verificar la existencia de pólizas de seguros que cubran riesgos relacionados con los bienes en cuestión, detallando el tipo de cobertura.

3) Bienes intangibles:

Dentro de esta categoría se ubicarán las patentes, marcas y nombres registrados, derechos de propiedad intelectual y eventualmente el *know how* para determinados procesos de producción o elaboración de productos; acrecentar aquí el rigor de confidencialidad.

Detectar asimismo las licencias que se le hayan otorgado a la compañía para desarrollar sus negocios. En este caso deberá verificarse que hayan sido legítimamente obtenidas, y que continúen en vigencia. Podría ocurrir que de las cláusulas del contrato de licencia se desprenda que la obligación del licenciatario (en este caso la empresa *target*) es *intuitu personae* y por lo tanto indelegable. En tal caso, deberá evaluarse la posibilidad de negociar con la contraparte, para que permita a la sociedad continuadora seguir operando en las mismas condiciones en que lo hacía su antecesora.

4) Productos:

Sobre este aspecto deberá relevarse el detalle de los productos que se encuentran sujetos a la inscripción ante las autoridades de salud pública. Informar si existe algún reclamo formal contra la sociedad por algún consumidor o asociación de consumidores.

2.4.2.4. Análisis de los contratos en los cuales la sociedad sea parte

En este punto deberá efectuarse un listado de **todos los contratos** (vigentes o en proceso de negociación) que generen algún tipo de obligación y/o responsabilidad para la sociedad objetivo, aclarando el papel que la misma juega en la respectiva relación jurídica. Por cuestiones de practicidad y de falta de tiempo, es posible que se revisen sólo aquellos convenios en los que el monto comprometido sea significativo para la operación; a tal efecto se

podrá fijar una suma referencial, pudiéndose tener en cuenta la incidencia económica que en el futuro ocasionaría la eventual resolución, rescisión, o bien el incumplimiento del contrato.¹⁸¹

Y en términos generales, deberá verificarse si la sociedad objetivo ha dado cumplimiento a todas las normas, contratos y convenios hasta el momento celebrados, sin haber omitido tomar los recaudos necesarios para evitar algún pleito o responsabilidad que pudiesen afectar de manera adversa sus negocios, propiedades, activos o su condición financiera.¹⁸²

No debe omitirse la evaluación de las **pólizas de seguro** que la sociedad objetivo tenga vigentes, verificando los recibos de pago para constatar su vigencia.¹⁸³

2.4.2.5. Análisis de los pasivos

La tarea del abogado en este punto se limitará a todas aquellas cuestiones de neto corte jurídico, dejando los restantes aspectos para los auditores contables. Así, deberá determinar el **listado de deudas**, indicando cuáles están en mora, y en tal caso el capital adeudado aproximado, con más sus intereses.¹⁸⁴

También deberá efectuarse un **listado de avales, fianzas o garantías** otorgados por la sociedad, y un informe respecto de los **pasivos contingentes por juicios y reclamos administrativos** iniciados contra la sociedad (incluidas resoluciones determinativas de impuestos, estén o no recurridas ante el organismo fiscal respectivo o sustanciándose en sede administrativa), con indicación del tribunal (federal o provincial) o repartición pública donde tramitan.¹⁸⁵

2.4.2.6. Estados contables

Con respecto al último balance ordinario de la compañía, el auditor legal deberá enfocar su atención sobre los siguientes aspectos:¹⁸⁶

- 1) Informar si los estados contables correspondientes al último ejercicio social cerrado se encuentran o no aprobados por la asamblea ordinaria de accionistas;
- 2) Constatar si tales estados contables se encuentran o no transcritos en los libros de la sociedad;
- 3) Revisar los informes de los auditores contables correspondientes a los estados contables anuales de los últimos ejercicios;
- 4) Requerir todas las constancias de presentación ante el organismo de registro respectivo de los estados contables anuales por el período que lleve funcionando como ente societario, con una certificación

¹⁸¹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁸² Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁸³ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁸⁴ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁸⁵ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁸⁶ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit. La enumeración de aspectos a relevar ha sido adaptada a partir de la propuesta del autor, en función de los objetivos del presente trabajo.

expedida por aquella dependencia de la cual se desprenda que no se adeuda la presentación de balance alguno.

2.4.2.7. Análisis de litigios

El análisis de los litigios en los que la sociedad objetivo es parte, en especial en todos aquellos en los que actúa como parte demandada, reviste singular importancia dadas sus eventuales implicancias futuras; un diagnóstico equivocado o superficial podría generar serios inconvenientes para la sociedad continuadora. La revisión debe hacerse extensible a toda intimación que hubiere sido cursada contra la compañía, sea por un medio formal (carta documento) o bien mediante una simple nota.¹⁸⁷

Al decir de Jiménez Herrera, "...se trata de una tarea farragosa que requerirá una metódica organización... [H]emos podido corroborar que en este acápite de la auditoría se presentan la mayoría de errores por parte de los asesores letrados de la parte compradora, muchas veces fatigados por la monotonía propia de esta labor, sumado al apuro de su cliente por comprar y la evaluación de los juicios, que no refleja la realidad, y genera luego más de un dolor de cabeza."¹⁸⁸

En particular, el asesor letrado debe concentrarse en aquellos casos que pueden tener un efecto negativo en las operaciones post-fusión. La investigación debe considerar no solamente casos en que la compañía objetivo es demandada, sino también casos importantes que involucren a otras compañías en la misma industria, lo que puede dar una pauta de contingencias adicionales futuras, aun cuando al momento de la diligencia debida no se presente ningún litigio similar.¹⁸⁹

A los efectos de organizar el trabajo investigativo se proponen tres etapas de análisis¹⁹⁰:

1) Primera etapa:

- a) Confeccionar un listado del cual se desprenda la cantidad de juicios, procesos administrativos, eventuales investigaciones por organismos del gobierno, acciones criminales en las que se encuentre comprometida la empresa o cualquiera de sus directivos, reclamos impositivos, etc.;
- b) Separar el total en tantos subgrupos como jurisdicciones existan;
- c) Dentro de cada subgrupo, identificar la naturaleza del pleito (comercial, civil, laboral, etc.);
- d) Dentro de cada subgrupo, a su vez, identificar en cuáles la sociedad actúa como demandante, y en cuáles actúa como demandada o tercero.

2) Segunda etapa:

- a) Establecer cuál será el material de información que se revisará respecto de cada juicio;

¹⁸⁷ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁸⁸ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁸⁹ Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, Ob. cit. Cita basada en traducción propia.

¹⁹⁰ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit. La enumeración de aspectos a relevar ha sido adaptada a partir de la propuesta del autor, en función de los objetivos del presente trabajo.

- b) Determinar qué juicios resultarán trascendentes para la compañía y qué casos deberá revisar en primer lugar. El revisor debería concentrarse sólo en aquellos casos en los que, de prosperar la demanda, existiría un impacto adverso sobre los negocios operativos de la empresa.
- 3) Tercera etapa: Habiendo depurado el listado de juicios, y teniendo a la vista sólo aquellos que resultan económicamente trascendentes, o bien pueden constituir un precedente peligroso, será recomendable cumplir con los siguientes pasos:
- a) Descripción de cada uno de los juicios, indicando carátula y número de expediente, fecha de inicio, tribunal por ante el cual tramita, estado procesal, monto del reclamo, y monto de la posible contingencia.
- b) Verificar qué casos están cubiertos por pólizas de seguro y a partir de ello, el estado de dichas pólizas y los límites de responsabilidad.

Cabe señalar que, en el supuesto de existir asuntos de alta complejidad, resultará conveniente su asignación a abogados especialistas en esa área específica (por ejemplo, temas ambientales, aduaneros, etc.).¹⁹¹

2.4.2.8. Cuestiones ambientales

Según el Dr. Bustamante Alsina, “[s]i una empresa desea fusionarse con otra o adquirir un establecimiento, debe conocer previamente si éste es susceptible de generar polución en el ambiente. La auditoría previa cumplirá esa función para aceptar o rechazar la operación.”¹⁹²

En este marco, el auditor legal deberá realizar un profundo análisis de la legislación nacional, provincial y/o municipal que se encuentre vigente en el momento de la operación y constatar si ha sido respetada por la empresa.¹⁹³

En otras palabras, “...la auditoría legal tiene por finalidad establecer el grado de cumplimiento respecto de la normativa ambiental. En efecto, luego de un detallado cuestionario y análisis de la documentación, se verifica cuál es el grado de cumplimiento de las normas ambientales. La investigación se circunscribe a comprobar si la empresa está funcionando con los permisos y certificados ambientales en legal forma, si existen cuestiones administrativas y judiciales, etc... Una vez finalizada la etapa de investigación, será posible determinar la existencia de responsabilidades ambientales, y evaluar los posibles costos y riesgos de la empresa.”¹⁹⁴

¹⁹¹ Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, Ob. cit. Cita basada en traducción propia.

¹⁹² Bustamante Alsina, Jorge, “Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004

¹⁹³ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

¹⁹⁴ Macchiavello, Gabriel R. "Cláusulas ambientales, una nueva modalidad", Revista Energía y Negocios, Estudio Rattagan Macchiavello Arocena & Peña Robirosa, Julio 2008 extraído de <http://www.energiaynegocios.com.ar>

Las tareas a realizar en este aspecto son de variada índole; no obstante exponemos a continuación un listado básico de aspectos generales a encarar en toda diligencia debida ambiental¹⁹⁵:

- 1) Constatar si la compañía genera o utiliza residuos tóxicos o peligrosos. En tal caso, deberá verificarse si se da cumplimiento a las disposiciones nacionales y locales sobre dichos residuos en lo que respecta a su generación, manejo, transporte, tratamiento y disposición final. Asimismo habrá que constatar si la sociedad se encuentra inscrita en algún registro oficial de generadores u operadores de este tipo de residuos.
- 2) Verificar cumplimiento de las normas nacionales y locales sobre polución ambiental y efluentes industriales.
- 3) Verificar cumplimiento de las normas nacionales y/o locales sobre recolección domiciliaria de residuos.
- 4) En el caso de establecimientos y plantas industriales, verificar cumplimiento sobre normas nacionales y/o locales relativas a las aguas subterráneas y superficiales, como así también las referidas al mantenimiento de las instalaciones para la provisión de agua.
- 5) Verificar cumplimiento sobre normativa relacionada a la emisión de gases.
- 6) Informar tratamiento dado a los residuos sólidos.
- 7) Constatar la existencia, en las plantas o fábricas, de lagunas que puedan contener residuos tóxicos.

En este caso, también resultará conveniente tener disponible toda aquella correspondencia relevante cursada entre la sociedad y los organismos o autoridades de contralor.

¹⁹⁵ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit. La enumeración de aspectos a relevar ha sido adaptada a partir de la propuesta del autor, en función de los objetivos del presente trabajo.

3. Aspectos Jurídico-Tributarios

En esta sección se analizarán las principales nociones jurídicas respecto del tratamiento impositivo de las reorganizaciones empresarias, y en particular el alcance de la normativa respecto del Impuesto a las Ganancias.

3.1. Lineamientos generales sobre el marco tributario. Generalidades

Es sabido que los procesos empresariales reorganizativos provocan, desde un punto de vista objetivo, distintas operaciones con consecuencias tributarias, que pueden ir desde la gravabilidad por tributos indirectos sobre las transferencias de patrimonios, hasta la imposición directa sobre las plusvalías por los mayores valores asignados a las empresas.¹⁹⁶

Las fusiones societarias, entre otras operaciones, traen consigo siempre transferencias en la titularidad del capital, de bienes y por ende, en la mayoría de los casos, la realización de hechos imponibles involuntarios.¹⁹⁷

Objetivamente, el impuesto determinado afecta el principio de neutralidad, pudiendo impedir operaciones que, de otra forma, serían rentables.¹⁹⁸

De lo anterior se desprende la necesidad de contar con un marco jurídico que contemple dichas alternativas como no gravadas, y que a la vez brinden al contribuyente una previsibilidad tal que le permita planificar sus estrategias comerciales con un concreto grado de certeza.¹⁹⁹

En otros términos, el mecanismo legal adecuado para ello se materializa a través de la adopción de medidas tendientes a que el proceso resulte fiscalmente neutral. La **neutralidad tributaria** tiene como finalidad remover y hacer desaparecer de los procesos de reorganización empresarial, todos los obstáculos a que se verían sometidos por aplicación directa de la legislación tributaria de un determinado Estado.²⁰⁰

El Fisco recepta estos principios y los describe clara y objetivamente en sus dictámenes del régimen denominado de "consulta vinculante", tal como se aprecia en los siguientes ejemplos:

"Llegados a este punto, cabe acordar cuál es el fundamento que motiva la legislación que otorga las franquicias en materia de reorganizaciones empresarias. Así podemos apreciar que a través de la normativa atinente se

¹⁹⁶ Ruetti, Germán, "La interposición en la legislación impositiva argentina de los efectos derivados de la concentración y desconcentración empresarial internacional", Asociación Argentina de Estudios Fiscales en <http://www.aafef.org.ar>

¹⁹⁷ Rubiolo, Nicolás, "Reestructuraciones empresariales libres de impuestos", extraído de <http://www.rubioloyasociados.com.ar>

¹⁹⁸ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

¹⁹⁹ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²⁰⁰ Ruetti, Germán, ob. cit.

trata de no obstaculizar procesos que tienen como objetivo ampliar la eficiencia empresarial, contemplando así las distintas modalidades que pueden asumir dichas reorganizaciones y las franquicias que derivan de las mismas, puntualizando no obstante, los requisitos y condiciones en que será procedente el beneficio. Sobre esa base conceptual es lícito considerar... que no cualquier transferencia de bienes o cambio de titularidad encuadra en dicha normativa..., sino que debe haber una modificación patrimonial que apunte a beneficiar efectivamente la actividad de las empresas."²⁰¹

"Es de destacar que el tratamiento fiscal dispensado a la operatoria persigue proteger las reorganizaciones destinadas a la obtención de mejores condiciones de producción y eficiencia... Las citadas disposiciones tratan de preservar el propósito del régimen de no gravar utilidades provenientes de revaluaciones de bienes que permanecen, luego de la reorganización bajo la misma titularidad."²⁰²

Por otra parte, "en general, se afirma que las transacciones reorganizativas, sean por escisión o por fusión, se consideran libres de impuestos siempre y cuando tengan un fin comercial. Se deberá buscar propósitos comerciales, como por ejemplo, la reestructuración de actividades a largo plazo, sirviendo a los fines comerciales y negociales, tanto de la empresa adquirente como la transferida o transferidas."²⁰³

3.2. Regulación tributaria de Sociedades

3.2.1. Marco conceptual. Impuesto a las Ganancias

El Impuesto a las Ganancias es regulado mediante la ley N° 20.628 (en adelante LIG); se trata de un impuesto típicamente directo, de tipo personal, porque su alícuota tiene en cuenta determinadas situaciones subjetivas del contribuyente; no obstante, esto no es así en forma absoluta, puesto que existe una imposición proporcional de carácter real para ciertos contribuyentes, por ejemplo para las "sociedades de capital"²⁰⁴.

Más específicamente, el artículo 2 de la LIG en su inc. 1 define el concepto general de "ganancias", las cuales deberán ser "periódicas", es decir, que puedan reproducirse en el tiempo; además, dicha periodicidad debe implicar "permanencia" de la fuente productora, o lo que es lo mismo, su inalterabilidad no obstante generar tal producto²⁰⁵.

²⁰¹ Dictamen N° 15/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 7/5/01

²⁰² Dictamen N° 90/1995 Dirección de Asesoría Técnica, 22/8/95

²⁰³ Ruetti, Germán, ob. cit.

²⁰⁴ Villegas, Héctor B., "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001

²⁰⁵ Villegas, Héctor B., ob. cit.

Sin embargo, este enunciado legislativo teórico está limitado por las excepciones que el mismo artículo contiene en los incisos siguientes. Entre ellas se cuentan las sociedades que el art. 69 de la ley llama "de capital", así como de las demás sociedades, empresas o explotaciones unipersonales; en estos casos, todos sus rendimientos, rentas, beneficios o enriquecimientos son considerados "ganancias", sin que interese si son periódicos u ocasionales y si implican o no, permanencia de la fuente productora²⁰⁶.

Dicho en otros términos, no aparece aquí el requisito de la "periodicidad" ni tampoco el de "permanencia" de la fuente productora; las ganancias para ser imponibles deben ser "periódicas" salvo que se trate de beneficios obtenidos por empresas o explotaciones comerciales en general, en cuyo caso dichos beneficios son "ganancias" con prescindencia de la "periodicidad"²⁰⁷.

Por otra parte, la ley considera sujeto pasivo del tributo a las sociedades que el art. 69 denomina "de capital". En cambio, no son contribuyentes las sociedades de personas no incluidas en el art. 69 (por ejemplo, las sociedades de responsabilidad limitada), y, por consiguiente, las ganancias que surjan de sus balances se atribuyen a sus socios, quienes son contribuyentes a título personal (art. 50)²⁰⁸.

Entrando más en detalle, los "beneficios de las empresas y ciertos auxiliares de comercio"²⁰⁹ deben declararse como ganancias denominadas de "tercera categoría" según la clasificación de la misma LIG.

Según dispone el art. 49 de la ley, constituyen ganancias de esta categoría, entre otros, las que obtienen los sujetos incluidos en el art. 69, llamados por la ley "sociedades de capital" (sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones, sociedades de economía mixta, asociaciones civiles, empresas estables pertenecientes a personas del exterior), y las que deriven de otras sociedades o empresas unipersonales. Esto significa que tratándose de estos sujetos, deja de interesar de dónde emana la ganancia. Si es obtenida por estos sujetos, esa sola circunstancia convierte la ganancia en renta de tercera categoría²¹⁰.

De lo anterior surge claramente que las reorganizaciones societarias se encuentran dentro de las actividades posibles que un sujeto comprendido en la Tercera Categoría de la LIG puede encarar; es entonces que "su problemática principal es **si los mayores valores asignados a bienes de empresas transformadas en otra u otras**, mediante cualesquiera de las formas

²⁰⁶ Villegas, Héctor B., ob. cit.

²⁰⁷ Villegas, Héctor B., ob. cit.

²⁰⁸ Villegas, Héctor B., ob. cit.

²⁰⁹ Ley 20.628 t.o. 1998 y modif.

²¹⁰ Villegas, Héctor B., ob. cit.

que importan una reorganización societaria, **deben o no considerarse beneficios realizados y gravables**²¹¹ (destacado propio).

En este marco, analizaremos a continuación el instituto de reorganización societaria libre de impuestos, las prescripciones legales correspondientes y los precedentes de dictámenes que la misma Administración Federal de Ingresos Públicos emite bajo el régimen de “consulta vinculante”, a fin de echar luz sobre la aplicabilidad práctica del mencionado instituto.

3.2.2. La legislación impositiva argentina en materia de fusión societaria

3.2.2.1. Propósito del instituto

La Ley de Impuesto a las Ganancias contiene prescripciones sobre la reorganización de empresas dentro del Capítulo III titulado “Ganancias de la tercera categoría, beneficios de las empresas y ciertos auxiliares de comercio”. El beneficio que otorga la ley, es que **los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto a las ganancias**²¹².

Es decir que nuestra legislación consagra el **criterio de neutralidad** frente a los procesos económicos subyacentes en las reorganizaciones. Esto es, la LIG los ha contemplado como libre de impuestos o sin efectos tributarios, con el objeto de **no obstaculizar las reestructuraciones que no conllevan una efectiva o real transferencia de propiedad de las empresas**²¹³.

El Dr. Krause Murguiondo amplía esta postura sosteniendo que los beneficios en materia impositiva otorgados a las reorganizaciones empresariales “no pueden interpretarse restrictivamente y que deben además, considerarse otras motivaciones que también tienen sentido empresario, como las relativas a obtener mejoras organizativas, administrativas o jurídicas en la estructura empresarial, aunque no importen de por sí de manera inmediata al tipo de las mejoras en los beneficios o en los costos”.²¹⁴

Para este autor, la existencia de un propósito comercial está implícito en nuestro ordenamiento jurídico; “[e]llo es así por cuanto aparece necesario comprobar, para otorgar los beneficios fiscales, que las reorganizaciones beneficiadas se correspondan a la necesidad o conveniencia real en el ámbito de los negocios, y que no constituyan un mero juego de papeles jurídicos

²¹¹ Reig, Enrique J., “Impuesto a las Ganancias”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1996

²¹² Solari Costa, Osvaldo, “El acto de fusión societaria”, Ed. AdHoc, Buenos Aires, 2004

²¹³ Ruetti, Germán, ob. cit.

²¹⁴ Krause Murguiondo, Gustavo A., “Régimen impositivo de las reorganizaciones empresariales”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005

distintos a los existentes, sin otro propósito que el beneficio fiscal previsto no para esa alternativa ficticia sino para las operaciones reales”.²¹⁵

Por su parte, el Fisco ratifica lo dicho al determinar que “el concepto de la no gravabilidad de los resultados que pudieran surgir de la reorganización... responde al principio de neutralidad fiscal que la legislación tributaria pretende otorgar a los procesos reorganizativos... En razón del mentado principio de neutralidad en los procesos de reorganización a nivel tributario... se estima que los resultados tanto positivos como negativos provenientes directamente del proceso de reorganización no deben influir en la determinación del impuesto a las ganancias”²¹⁶.

Más tarde el mismo organismo entendió que “...el espíritu que lleva a la creación de la figura... es evitar la incidencia del gravamen en actos donde no se efectúan operaciones con terceros que signifiquen la realización de un beneficio alcanzado por el mismo”²¹⁷.

Brinda asimismo casos concretos tales como el siguiente: “...una vez que las empresas se fusionan, por el principio de neutralidad fiscal, la diferencia entre el valor de las acciones renunciadas y el valor patrimonial de la firma absorbida no debe computarse a los efectos de la liquidación del impuesto a las ganancias como un resultado negativo. Caso contrario se declarará una pérdida que no se produciría en la situación de que las sociedades continúen funcionando separadamente”²¹⁸.

También en sede judicial encontramos esta interpretación, descripta de manera clara y contundente:

“La ley del impuesto a las ganancias, en sus arts. 77 y 78, instituye un régimen especial para la reorganización de empresas, definiendo el concepto y estableciendo los requisitos a los que deberán ajustarse y las obligaciones que deberán cumplir, aquellas sociedades que pretendan beneficiarse con la exención de pago del impuesto que estos arts. establecen. Los artículos mencionados constituyen un apartamiento del principio de gravabilidad de las ganancias que pudieran surgir de la enajenación de bienes concepto definido en el art. 3 de la ley, permitiendo que determinadas reorganizaciones o reestructuraciones entre empresas... puedan efectuarse libres del impuesto a condición de que se cumplan determinados requisitos que allí se establecen. La legislación dictada apunta a las reorganizaciones de sociedades o de fondos de comercio en las que los titulares de sus capitales continúan las mismas actividades aunque bajo otra estructura y empleando económicamente los mismos bienes que componen los acervos que se reorganizan, lo que supone que no sólo no se opera con terceros ajenos, sino tampoco que se produzca el

²¹⁵ Krause Murguiondo, Gustavo A., Ob. cit.

²¹⁶ Dictamen N° 62/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 26/10/01

²¹⁷ Dictamen N° 48/2002 Dirección de Asesoría Técnica, 30/4/02

²¹⁸ Dictamen N° 62/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 26/10/01

acceso a una riqueza de la que antes no se disponía. Por tal razón, la ley tiende a proteger la situación de tales sujetos titulares, frente a derecho y a obligaciones de otra naturaleza como pueden serlo las tributarias.”²¹⁹

La normativa legal del instituto en cuestión se encuentra en la Ley de Impuesto a las Ganancias, en sus artículos 77 y 78, y en los artículos 105 a 109 del respectivo decreto reglamentario. Asimismo, la resolución general vigente de AFIP-DGI es la 2513²²⁰, donde se establece las condiciones, requisitos y formalidades que se deben observar a los efectos de notificar al organismo tributario de la reorganización efectuada.

“Tenemos entonces un conjunto de normas que regulan los procesos apuntados con base en la siguiente estructura lógica: primero, se definen todas las operaciones de concentración, desconcentración y demás transferencias que pueden ser consideradas como procesos de reorganización con trato neutral. Luego, se determinan las exigencias sustanciales y formales que se deben cumplir, bajo condición resolutoria, para gozar del tratamiento beneficioso que acuerda la ley. Y asimismo, se precisan los efectos y beneficios que el cumplimiento de las disposiciones trae aparejado, como las consecuencias jurídicas del incumplimiento. Esta es, en simples líneas, la estructura de la regulación contenida en nuestra legislación.”²²¹

Pasamos ahora a considerar otro de los impuestos clave en materia tributaria: el Impuesto al Valor Agregado.

Por expresa remisión que efectúa la Ley 23.349 del Impuesto al Valor Agregado, a las operaciones encuadradas en el art. 77 del Impuesto a las Ganancias, las que como se ha dicho están exentas, tampoco tributan IVA las fusiones y demás reorganizaciones societarias comprendidas en dicho artículo²²².

La ley del Impuesto al Valor Agregado en su artículo 2 inciso a) segundo párrafo determina que "no se considerarán ventas las transferencias que se realicen como consecuencia de reorganizaciones de sociedades o fondos de comercio y en general empresas de cualquier naturaleza comprendidas en el artículo 77 de la LIG"²²³. Agrega a continuación que "... en estos supuestos, los saldos de impuestos existentes en las empresas reorganizadas, serán computables en la o las entidades continuadoras.”²²⁴

²¹⁹ “International Engines South America S.A.”, Tribunal Fiscal de la Nación, Expte. N° 20.363-I, 22.12.04, en <http://www.tribunalfiscal.gov.ar>

²²⁰ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²²¹ Ruetti, Germán, ob. cit.

²²² Solari Costa, Osvaldo, ob. cit.

²²³ Ley 23.349 del Impuesto al Valor Agregado y modif.

²²⁴ Ley 23.349 del Impuesto al Valor Agregado y modif.

“Claramente de la misma ley se desprende que el tratamiento en el IVA de este tipo de operaciones, es el de no alcanzadas, siempre que cumplan con todos los requisitos que la LIG enuncia para configurar una reorganización”²²⁵.

Finalmente, en otro orden de cosas, el Dr. Enrique J. Reig considera que el tratamiento en cuestión para las reorganizaciones dentro del territorio argentino "... es aplicable a las de nivel internacional en razón de que ninguna diferenciación efectúa nuestra legislación aun cuando, claro está, los efectos que producirán las reorganizaciones que tengan lugar fuera del país sólo estarán referidos a los entes de carácter local de aquéllas o sea sus subsidiarias o sucursales”²²⁶.

“La posibilidad de llevar adelante, en nuestro país, una reorganización de empresas sin efectos tributarios, no encuentra límite alguno respecto de la calidad de residentes o no de los sujetos involucrados en el proceso o las fronteras que la misma traspasa”²²⁷.

3.2.2.2. Concepto de reorganización. Su tratamiento en la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Antes de abordar en detalle las fusiones societarias desde el punto de vista tributario, debemos estudiar el concepto más amplio donde se hallan incluidas, cual es el de la reorganización de entidades y su tratamiento en la normativa jurídica tributaria.

Dicho concepto lo encontramos en la propia Ley del Impuesto a las Ganancias, según la cual reorganizar importa la **alteración de las estructuras empresarias sustanciales y/o formales**, que puede tender a la concentración, división o perseguir algún otro objetivo empresario²²⁸.

Sobre este punto, el Dr. Asorey indica que el concepto de reorganización en la ley de Impuesto a las Ganancias es, por su carácter genérico, propio del derecho tributario, sin asimilación a nuestro derecho comercial o civil²²⁹; en otros términos, “[s]abido es de la independencia del derecho tributario sobre las otras ramas del derecho, principio pacíficamente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es que el concepto de reorganización esgrimido por la legislación tributaria, se aparta de lo expresado en el derecho civil o comercial.”²³⁰

Puntualmente, el instituto “Reorganización de sociedades” se encuentra definido en la mencionada ley en los artículos 77 y 78. Allí se indica que: “Cuando se reorganicen sociedades, fondos de comercio y en general empresas y/o explotaciones de cualquier naturaleza en los

²²⁵ Roca, Carlos, “Tratamiento de las reorganizaciones societarias en los impuesto a las ganancias e impuesto al valor agregado”, Diario Cronista Comercial, Buenos Aires, 2009 en <http://www.cronista.com>

²²⁶ Reig, Enrique J., ob. cit.

²²⁷ Ruetti, Germán, ob. cit.

²²⁸ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²²⁹ Asorey, Rubén, "Reorganizaciones empresariales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1996

²³⁰ Roca, Carlos, ob. cit., en <http://www.cronista.com>

términos de este artículo, los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización no estarán alcanzados por el impuesto de esta Ley...²³¹. Este primer párrafo del instituto nos presenta quienes son los sujetos habilitados a utilizar este tratamiento especial²³².

Más adelante, la misma Ley define el concepto "reorganizar", entendiéndolo como tal: a) la fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas; b) la escisión o división de una empresa en otra y otras que continúen en conjunto las operaciones de la primera; c) las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico²³³. Esto a su vez es ampliado en el decreto reglamentario²³⁴.

3.2.2.3. Concepto de Fusión

Es así como la propia Ley del Impuesto a las Ganancias (LIG), al delimitar los alcances del concepto "reorganización" ofrece como primera alternativa la fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas²³⁵.

La Dirección de Asistencia Técnica ha explicado este concepto en sus numerosos dictámenes, de los cuales destacamos el siguiente:

"Sentado ello, cabe señalar que el artículo 77 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificaciones), entiende por reorganización, entre otros supuestos, a "... la fusión de empresas preexistentes a través de una tercera que se forme o por absorción de una de ellas' ".

"En cuanto a la definición de dicho concepto, el inciso a) del artículo 105 del Decreto Reglamentario aclara que existirá fusión "... cuando 2 (dos) o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas...". Es decir, que la sociedad que se incorpora en la fusión no se liquida y pasa a integrar parte de la nueva sociedad en la que participarán sus socios."²³⁶

Vemos que el decreto reglamentario esboza un concepto de fusión que es tomado casi en su totalidad de la Ley de Sociedades Comerciales, la cual en su artículo 82 sostiene que "hay fusión cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas". Por lo que de aquí se desprende, no hay mayores diferencias entre el concepto de fusión del derecho

²³¹ Ley 20.628 t.o. 1998, Art. 77

²³² Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²³³ Ley 20.628 t.o. 1998, Art. 77

²³⁴ Decreto N° 1.344/98 y modif.

²³⁵ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²³⁶ Dictamen N° 13/2002 Dirección de Asesoría Técnica, 15/1/02

comercial y el tributario, conclusión contraria a la opinión doctrinaria analizada en la sección anterior²³⁷.

Es relevante traer a colación en este punto otro dictamen que destaca claramente las diferencias entre las figuras de fusión (art.77 punto a LIG) y la de transferencia (art.77 punto c LIG):

“De la hermenéutica de los dispositivos legales transcritos, observamos que la ley distingue claramente dos figuras alternativas: por una parte, la fusión -que puede presentarse bajo dos modalidades: fusión por amalgama o por absorción-, y por otra, las ventas o transferencias efectuadas en un conjunto económico”.

“En la primera de las situaciones planteadas, las empresas que se reorganizan unen sus patrimonios, disolviéndose todas ellas sin liquidarse para formar una nueva o siendo absorbidas una o varias de ellas por la incorporante. Esto es, cesa la existencia jurídica separada de las sociedades fusionadas o absorbidas, y la única que sobrevive es la empresa continuadora.”²³⁸

En otro caso de consulta técnica vinculante se describieron estas diferencias explicando que “...en los supuestos enunciados... siempre existe al menos una firma que se disuelve para conformar después de la fusión la empresa continuadora, mientras que en la modalidad reorganizativa de transferencia de bienes entre entidades de un mismo conjunto económico se produce el traspaso de una universalidad de hecho entre empresas que constituyen un conjunto económico y subsisten a la transferencia.”²³⁹.

Un efecto importante de la separación es que “... en una transferencia de fondo de comercio no se traslada el conjunto de todos los derechos y obligaciones, sólo los relacionados con los bienes y obligaciones del fondo en cuestión, mientras que en una fusión... siempre va a existir una o varias empresas sucesoras de la generalidad de los derechos y obligaciones de las firmas antecesoras”²⁴⁰.

Esta distinción se tornará fundamental al momento de comprender los requerimientos que una determinada operación de fusión empresarial deberá reunir para encuadrarse como libre de impuestos, siendo aquéllos completamente diferentes si se tratare de un caso u otro.

²³⁷ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²³⁸ Dictamen N° 15/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 7/5/01

²³⁹ Dictamen N° 26/2004 Dirección de Asesoría Técnica, 5/5/04

²⁴⁰ Dictamen N° 60/2006 Dirección de Asesoría Técnica, 4/12/06

3.2.2.4. Requisitos de la fusión

Para que las reorganizaciones empresarias realizadas bajo la figura de la fusión encuadren dentro del concepto de libre de impuestos, la ley de impuesto a las ganancias y su reglamentación contemplan que deben reunir determinados recaudos.²⁴¹

La razón de ser de estas limitantes se ve claramente plasmada en los antecedentes parlamentarios del proyecto de ley, citados en numerosos dictámenes, donde se aprecia que "[e]l objetivo de estos agregados es impedir las operaciones de compra de empresas, con el propósito de reorganizarlas y aprovechar los quebrantos acumulados o los beneficios de regímenes de promoción que tuvieran otorgados."²⁴²

En otras palabras, se busca "desalentar las reorganizaciones por motivos exclusivamente fiscales, en donde se las utilice como un medio de elusión y se fomente la transferencia de empresas con el solo objetivo de aprovechar los beneficios tributarios de los que gozan las antecesoras"²⁴³.

Seguidamente se desarrollan las condiciones que la normativa impone para que los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la fusión no estén alcanzados por el Impuesto a las Ganancias, y a su vez para que las sociedades fusionantes puedan trasladar los derechos y las obligaciones fiscales permitidos en la ley a la entidad continuadora.²⁴⁴

3.2.2.5. Mantenimiento del capital

La ley N° 25.063 determina que "para que la reorganización tenga los efectos previstos, el o los titulares de la o las antecesoras, deberán mantener durante un lapso no inferior a los dos años contados desde la fecha de la reorganización, un importe de participación no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de la o las empresas continuadoras, de acuerdo a lo que, para cada caso, establezca la reglamentación"²⁴⁵.

Por su parte, el decreto reglamentario complementa esta condición con las cuestiones técnicas y propias para cada tipo de reorganización; en los casos de fusión por creación, el Art. 105 inc. a) establece que el 80% del capital de la nueva entidad al momento de la fusión corresponda a los titulares de las antecesoras, y en los casos de fusión por absorción, el valor de la participación correspondiente a los titulares de la o las sociedades incorporadas en el capital de

²⁴¹ Dictamen N° 43/1995 Dirección de Asesoría Técnica, 25/9/95

²⁴² Senador Verna en "Antecedentes Parlamentarios Ley N° 25.063". La Ley S.A. Año 1999 N° 2, pág. 964 citado en Dictámenes DAT 48/2000, 14/2001, 85/2001, 84/2003, 25/2007 entre otros.

²⁴³ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²⁴⁴ Roca, Carlos, "Reorganizaciones societarias en Impuesto a las Ganancias", Diario Ámbito Financiero-Colección Novedades Fiscales, Buenos Aires, 2008 en <http://www.ambito.com>

²⁴⁵ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

la incorporante será aquel que represente por lo menos el 80% del capital de la o las incorporadas²⁴⁶.

El Dr. Asorey explica este requerimiento diciendo que “[l]a condición a cumplir es doble pues por un lado el capital resultante del ente, empresa o explotación que subsista como consecuencia de la reorganización debe pertenecer al menos en un (80%) ochenta por ciento a los dueños, socios o accionistas de las empresas antecesoras. Además, dichos titulares deberán mantener en forma individual en la entidad, empresa o explotación subsistente, no menos del ochenta por ciento (80%) del capital que poseía al momento de la reorganización en la entidad o empresa antecesora”²⁴⁷

Llegados a este punto, es notoria la necesidad de definir el alcance concreto del concepto **capital** para determinar si se refiere al capital efectivamente suscrito e integrado, o bien si alude al patrimonio neto de las sociedades involucradas.

Según el Dr. Asorey, “... debe interpretarse que la obligación es mantener el valor en pesos de capital que refleje la participación requerida”²⁴⁸. En el mismo sentido vemos que “...a la luz de la realidad económica, el capital real de una sociedad estaría formado por el capital suscrito, las reservas que lo perfeccionan y los resultados acumulados y distribuidos, rubros que englobados, integran el patrimonio neto. De manera que, visto en función a su significación económica, el alcance de la expresión capital hallaría su exacto sinónimo en ‘patrimonio neto’”²⁴⁹.

Sin embargo, la Dirección de Asistencia Técnica (D.A.T.) se ha expresado de manera contraria a lo vertido anteriormente: “...cuando la ley utiliza el término capital lo hace en forma ‘taxativa e inequívoca’, es decir que no se refiere a los patrimonios netos de las empresas sino que se refiere al capital nominal”²⁵⁰. Coincidentemente, tampoco contempla el supuesto de aporte de capital posterior a los fines del cálculo de participación: “...un aporte de capital posterior a la fecha de reorganización no debe ser tenido en cuenta para la determinación del monto a mantener por los titulares de la empresa antecesora en la continuadora, ya que no afecta al capital que se transfirió en dicho momento que es el que debe permanecer bajo la titularidad de los antiguos socios a fin de evitar el traslado de atributos impositivos a terceros”²⁵¹.

Destaca la doctrina la citada cuestión de aportes de capital con fecha posterior a la fecha de la reorganización, señalando que “[d]icho interrogante no es un dato menor, ya que al no estar explicitado este supuesto y en aquellos casos donde los respectivos instrumentos privados nada digan al respecto, los titulares minoritarios pueden quedar desamparados totalmente ante un

²⁴⁶ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²⁴⁷ Asorey, Rubén O., ob. cit.

²⁴⁸ Asorey, Rubén O., ob. cit.

²⁴⁹ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²⁵⁰ Dictamen N° 84/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 24/10/01

²⁵¹ Dictamen N° 84/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 24/10/01

eventual suculento aumento de capital, sin perjuicio de que los beneficios tributarios, sigan vigentes.”²⁵²

En el otro extremo, la D.A.T. también se expidió recientemente sobre una eventual reducción de capital luego de producida la reorganización societaria, entendiendo que una reducción de capital sería acorde con la ley si la misma fuere de hasta un 20%, consideradas sobre los montos correspondientes a los capitales nominales y su correlato con los patrimonios netos de las empresas antecesoras²⁵³.

No es éste el único punto controversial respecto del requerimiento que nos ocupa. En efecto, vemos que a pesar de que el artículo 105 del decreto reglamentario fija el importe de participación en las entidades continuadoras en el 80% del capital, el Fisco ha entendido en un caso puntual de empresa *holding* que debe mantenerse el **total** de dicho importe, explicándolo de la siguiente manera:

“Los titulares de las empresas **antecesoras deberán mantener en el capital de la continuadora la totalidad del importe de participación que debían poseer en ésta al momento de la reorganización**, no resultando procedente considerar como parámetro el previsto para admitir el traslado de quebrantos y beneficios promocionales, previstos en el último párrafo del artículo 77 de la ley del impuesto a las ganancias...”. (destacado propio)

“Del análisis de la normativa transcrita, cabe inferir que el requisito legal se refiere exclusivamente a los titulares de la o las empresas antecesoras, y no a los sujetos que revistan la calidad de inversores en el capital de estas últimas.”

“...cabe señalar que el octavo párrafo del artículo 77 prescribe que ‘Para que la reorganización tenga los efectos impositivos previstos en este artículo, el o los titulares de la o las empresas antecesoras deberán mantener durante un lapso no inferior a 2 (dos) años contados desde la fecha de la reorganización, un **importe de participación no menor** al que debían poseer a esa fecha en el capital de la o las empresas continuadoras, de acuerdo a lo que, para cada caso, establezca la reglamentación’.” (destacado propio)

“...En tal sentido este servicio asesor estima que debe mantenerse el **total** de ese importe, **no correspondiendo efectuar una comparación con el parámetro considerado para evaluar la procedencia del traslado de quebrantos y beneficios promocionales.**” (destacado propio)

“Ello atento a que... **se trata de requisitos diferentes...**, puesto que en un caso considera el ‘importe de participación’ y en el otro un ‘porcentaje de participación’.”

²⁵² Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²⁵³ Cita a Dictamen N° 34/2009 Dirección de Asesoría Técnica, en “Fusiones: se permite tenencia indirecta en holdings”, extraído de <http://www.cronista.com>

"...en lo que hace al cumplimiento de este requisito, podemos concluir que el mismo resulta de aplicación para los titulares de las entidades antecesoras, no correspondiendo que el mismo se verifique respecto de los accionistas de la empresa holding."²⁵⁴

Por su parte, el Dr. Ruetti explica esta situación de la siguiente manera:

"Para la conservación de patrimonio, los titulares de las empresas antecesoras deberán mantener, durante un lapso no inferior a dos años contados desde la fecha de reorganización, un importe de participación no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de la empresa continuadora. La excepción viene dada para el supuesto que la empresa continuadoras coticen sus acciones en bolsa o mercados bursátiles y mantenga esa cotización por dos años contados de la misma forma."²⁵⁵

Volviendo al tema de socios minoritarios, el Dr. Asorey expresa que:

"Puede ocurrir que tratándose de la reorganización de una sociedad, explotación o empresa donde un socio mayoritario cuente con la casi totalidad del capital se desvincule a algunos socios minoritarios que tengan porcentajes insignificantes frente a la totalidad del capital. El propósito de la norma es que se mantengan quienes fundamentalmente son los dueños, socios o accionistas y no quienes tienen una posición nominal o carente de toda significación práctica frente al universo patrimonial que se reorganiza"²⁵⁶

En la misma línea, "...esta asesoría [D.A.T.] comparte el criterio de que el mentado requisito de participación en el capital en forma individual debe considerarse teniendo en cuenta la participación relativa de cada socio con relación al capital total, en el sentido de que si la participación de un socio es comparativamente exigua podría desestimarse a tales fines."²⁵⁷

Como último punto analizaremos la viabilidad de considerar las **participaciones indirectas** en el concepto de valor o importe de participaciones a cumplimentar. Esta cuestión surge únicamente de la jurisprudencia, puesto que ni la ley ni el decreto reglamentario se refieren a ella.

A respecto, el Dr. Rubiolo entiende que "se ha avalado el criterio de las participaciones indirectas, ya que cumple con la finalidad de la norma la cuál es que se mantenga el capital cerrado a terceros ajenos a la estructura que busquen beneficiarse con el traslado de franquicias impositivas"²⁵⁸.

²⁵⁴ Dictamen N° 48/2000 Dirección de Asesoría Técnica, 17/7/00

²⁵⁵ Ruetti, Germán, ob. cit.

²⁵⁶ Asorey, Rubén O., ob. cit.

²⁵⁷ Dictamen N° 60/2006 Dirección de Asesoría Técnica, 4/12/06

²⁵⁸ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

En efecto, “[s]e considerará cumplido también tal requisito cuando la titularidad del 80% o más de la participación en el capital de las antecesoras se mantenga en forma directa o indirecta por integrantes de un mismo conjunto económico” en razón de que “mientras las empresas del mismo conjunto económico mantengan las participaciones requeridas en las condiciones ya aludidas, se estima que no se trasladarían los beneficios tributarios de la reorganización a terceros...”²⁵⁹. O lo que es lo mismo, “cabría admitir el cumplimiento de las condiciones de participación en el capital en forma indirecta, es decir... en caso de que los requisitos no sean cumplidos por firmas titulares de las empresas que se reorganizan podrá admitirse que los cumplan indirectamente los dueños de dichas firmas, y de no ser así se podrá seguir utilizando la vía indirecta si es que existen titulares -grupo económico- que, con dicho carácter, cumplan la condición de participación”²⁶⁰.

En otra ocasión se consideró asimismo que “una transferencia de acciones entre integrantes del aludido conjunto económico, que no signifique una modificación de la participación indirecta en el patrimonio de la sucursal con carácter de continuadora, no implicará un incumplimiento del requisito de mantenimiento de la participación en el capital de la firma reorganizada”, pero aclara que “si el requisito de mantenimiento del capital con posterioridad a la fecha de reorganización en las firmas continuadoras sólo se cumple en forma indirecta a través de socios comunes de los titulares directos, el requisito de mantenimiento del capital con anterioridad a la fecha de reorganización en las firmas antecesoras deberán cumplirlos los mismos socios comunes”²⁶¹.

Asimismo, el Fisco considera que “primariamente el requisito debe ser cumplido en forma directa por los titulares de las firmas que se reorganizan, no resultando necesario si la circunstancia anterior se cumplimenta que se analice si dicha condición es cumplida indirectamente por los accionistas de tales sociedades titulares”²⁶².

Un dato interesante es que “no resulta necesario para la viabilidad de la reorganización que el capital se distribuya, en la sociedad resultante de la operación, de la misma forma que en la empresa antecesora, siempre que no se produzcan transferencias del capital social a terceros -considerándose tercero también un socio respecto de otro socio- en un porcentaje superior al veinte por ciento (20%)”²⁶³. Esto es debido a que “la disposición analizada al prever el mantenimiento de un porcentaje de participación de los titulares de la o las empresas antecesoras debió necesariamente referirse a que en forma conjunta deben mantener aquéllos, habida cuenta que de no sustentarse este criterio cualquier mutación en la tenencia del capital de tales empresas, por ínfima que fuera, originaría la inaplicabilidad de la norma legal y, por

²⁵⁹ Dictamen N° 85/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 2/11/01

²⁶⁰ Dictamen N° 25/2007 Dirección de Asesoría Técnica, 9/5/07

²⁶¹ Dictamen N° 84/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 6/1/04

²⁶² Dictamen N° 84/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 6/1/04

²⁶³ Dictamen N° 32/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 22/5/03

ende, de los efectos impositivos que ella contempla... [U]na interpretación contraria a la expuesta conduciría a que la exigencia legal se transformara en un impedimento insuperable para la mayoría de los proyectos de reorganización empresarios²⁶⁴.

Finalmente, consideraremos "si resulta procedente aplicar las normas tributarias referidas a reorganización de sociedades cuando tal reestructura involucre la participación de firmas radicadas en el exterior sobre firmas de similar condición u otras radicadas en el país... [E]sta asesoría estimó en distintas oportunidades, que para gozar de las posibilidades que otorga la legislación argentina, las reorganizaciones deben estar relacionadas con explotaciones que determinen el tributo de acuerdo a las normas generales impuestas por dicha normativa para sujetos pasivos residentes en el país, si bien el proceso reorganizativo pueda depender de relaciones y procesos acaecidos entre firmas residentes fuera de éste,... siéndole aplicables por lo tanto las normas de la ley de impuesto a las ganancias para reorganizaciones empresarias libres de impuesto...."²⁶⁵. Lo que significa que el instituto de reorganización libre de impuestos no estará condicionado por una eventual participación de firmas extranjeras mientras que se cumplan los requerimientos generales de mantenimiento de participación explicados anteriormente por parte de las personas jurídicas residentes en el país.

3.2.2.6. Permanencia en la actividad o vinculada. Condición resolutoria.

Dentro de las condiciones generales del régimen, una de las condiciones para que las reorganizaciones surtan los efectos impositivos previstos es que la o las entidades continuadoras prosigan, durante un lapso no inferior a 2(dos) años desde la fecha de la reorganización, la actividad de la o las empresas reestructuradas u otra vinculada con éstas²⁶⁶.

A fin de cumplimentar este requisito es necesario que "a priori" esa actividad se haya desarrollado, ya que si la sociedad continuadora ejecutara tareas totalmente disímiles, desde el ámbito tributario no se habrían reorganizado las partes para asignarle a sus componentes la nueva armonía e interdependencia que el legislador al instituir el régimen quiso proteger; aquí se requiere que la entidad predecesora haya efectivamente ejecutado, durante el período anterior a la reorganización, la actividad (al menos de naturaleza vinculada) que asumirá para sí su continuadora²⁶⁷.

Según el Dr. Asorey, el requisito en cuestión "... denota una adherencia al criterio denominado de **identidad de objeto**, exigiendo similitud en las actividades de la empresas antecesoras y

²⁶⁴ Dictamen N° 32/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 22/5/03

²⁶⁵ Dictamen N° 25/2007 Dirección de Asesoría Técnica, 9/5/07

²⁶⁶ Roca, Carlos, ob. cit., en <http://www.ambito.com>

²⁶⁷ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

sucesoras, posiblemente con la finalidad de evitar procesos de reorganización que sólo tengan finalidad beneficios fiscales"²⁶⁸ (destacado propio).

Asimismo, "es dable observar que el hecho de que una actividad se encuentre enumerada dentro del objeto estatutario no significa, si la empresa antecesora no la ha realizado, que su ejecución por parte de la continuadora implique el cumplimiento del requisito de actividad vinculada."²⁶⁹

Por otra parte, según el artículo 77, si se produce un cambio de actividad antes de transcurrido el lapso señalado, esto tendrá efecto de **condición resolutoria**, es decir, que los sujetos que hayan gozado de los beneficios que se desprenden del régimen deberán presentar o rectificar las declaraciones juradas respectivas aplicando las disposiciones legales que hubieran correspondido si la operación se hubiera realizado al margen del presente régimen²⁷⁰.

En otras palabras, "...la ley establece que los beneficios fiscales... regirán, para la entidad continuadora, siempre que ésta prosiga durante un lapso no inferior a dos años desde la fecha de la operación, la actividad de las empresas reestructuradas u otra vinculada con aquélla. El cambio de actividad antes de transcurrido el plazo indicado tendrá efecto de condición resolutoria, y así, la reestructuración se tendrá por no efectuada"²⁷¹.

La finalidad es una vez más, evitar que el proceso de reorganización tenga por exclusiva finalidad la obtención de beneficios fiscales; y además, "... impedir el goce de los beneficios que las normas otorgan a empresas con atributos de valor económico transferible pero que han cesado en sus operaciones y que podían ser transferidos a otras empresas que nada tienen que ver con sus actividades"²⁷².

Esto se refleja claramente en la jurisprudencia cuando indica que "... el tratamiento fiscal dispensado a la operatoria persigue proteger las reorganizaciones destinadas a la obtención de mejores condiciones de producción y eficiencia. De esa manera, requiere el cumplimiento, como condición resolutoria, de la continuación de la actividad que se venía desarrollando"²⁷³.

Este concepto se clarifica aún más al analizar la explicación que brinda el Fisco al respecto: "...la identidad de objeto amerita que la o las empresas continuadoras deban seguir manteniendo actividades que generen tanto ingresos como costos y gastos cuyo origen esté dado por operaciones análogas o equivalentes a las que venían efectuando la o las empresas antecesoras, es decir que no exista la intención de realizar un cambio estructural que resienta

²⁶⁸ Asorey, Rubén O., ob. cit.

²⁶⁹ Dictamen N° 59/2006 Dirección de Asesoría Técnica, 25/10/06

²⁷⁰ Roca, Carlos, ob. cit., en <http://www.ambito.com>

²⁷¹ Ruetti, Germán, ob. cit.

²⁷² Cita a Reig, Enrique en Ruetti, Germán, ob. cit.

²⁷³ Dictamen N° 90/1995 Dirección de Asesoría Técnica, 22/8/95

esencialmente dicha identidad de forma tal que pueda considerarse un nuevo emprendimiento²⁷⁴.

Por el contrario, la misma Dirección de Asesoría Técnica estimó que no se cumple el citado requisito "cuando la actividad de [la empresa continuadora] implique una nueva estructura productiva o comercial que requiera una composición de los activos distinta y que genere costos, gastos e ingresos de origen diferente a los obtenidos por las antecesoras"²⁷⁵. En efecto:

"...en el caso planteado la explotación de los inmuebles que realizaba la sociedad absorbida cuenta con una estructura operativa y una composición de riesgos disímil a la actividad de venta de ropa, calzados y accesorios ejercida por la absorbente, no observándose el cumplimiento del criterio rector de identidad de objeto de las entidades reorganizadas."

"En igual sentido, este servicio asesor entiende que la empresa continuadora no proseguirá, con posterioridad a la fecha de la reorganización, las actividades desarrolladas por las antecesoras concluyendo consecuentemente que la fusión en estudio, al no cumplir tanto con este requisito como con el de identidad de objeto de las empresas reorganizadas, no encuadra en las previsiones del artículo 77 de la Ley del gravamen²⁷⁶.

Como puede observarse, en el citado ejemplo, "a los efectos de considerar el criterio de actividad vinculada privó el carácter de complementariedad o que pertenezcan a un mismo proceso económico"²⁷⁷. En otros términos, la D.A.T. toma "una postura en favor de la primacía del criterio de identidad de objeto de las empresas reorganizadas, exigiendo similitud en las actividades de las reestructuradas en cuanto al fin perseguido, costos y riesgos involucrados"²⁷⁸.

Pasemos ahora a analizar qué define la norma reglamentaria de la Ley de Impuesto a las Ganancias respecto del desarrollo previo de actividades iguales o vinculadas al momento de la reorganización.

El segundo párrafo del artículo 105 del citado Decreto Reglamentario dispone para los casos de fusión societaria, que las empresas reestructuradas deberán seguir "... 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".

²⁷⁴ Dictamen N° 59/2006 Dirección de Asesoría Técnica, 25/10/06

²⁷⁵ Dictamen N° 82/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 12/12/03

²⁷⁶ Dictamen N° 82/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 12/12/03

²⁷⁷ Dictamen N° 39/2005 Dirección de Asesoría Técnica, 28/7/05

²⁷⁸ Extraído de "Reorganización de sociedades: habla el Ministerio de Economía" en <http://www.ambito.com>, Febrero 2007

Asimismo, el tercer ítem del mismo dispositivo establece que las empresas debieron haber desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los DOCE (12) meses inmediatos anteriores a la fecha de la reorganización, aclarando que "[s]e considerará como actividad vinculada a aquella que coadyuve o complemente un proceso industrial, comercial o administrativo, o que tienda a un logro o finalidad que guarde relación con la otra actividad (integración horizontal y/o vertical)"²⁷⁹.

En este sentido, el Dr. Asorey explica que "[l]a integración horizontal tiende a la concentración de dos o más empresas que producen productos iguales o similares, y que tienen necesidad de adecuar su dimensión, normalmente por un problema de costos...", mientras que "[l]a integración vertical tiende a garantizar el ente productor de adecuados canales de insumos o de una mejor forma de colocación de su producción"²⁸⁰.

Estos conceptos fueron tomados y utilizados por el Fisco al expresar que "... en el entendimiento que la fusión de las firmas en cuestión haría que se unificuen en la sociedad continuadora los procesos de producción y comercialización de sus principales productos, llevándose a cabo de esta manera tanto procesos de integración vertical como de integración horizontal, esta asesoría estima que las actividades de ambas empresas deberían considerarse como vinculadas entre sí a los efectos de la determinación del cumplimiento del requisito dispuesto por el artículo 105 del reglamento de la Ley de Impuesto a las Ganancias."²⁸¹

En la misma línea, otro dictamen fiscal determina que "[l]a fusión por absorción planeada unifica determinados procesos inherentes a los principales productos de las firmas fusionadas - destinados todos al mercado de la construcción- llevándose a cabo de esta manera procesos de integración vertical y horizontal, por lo tanto las actividades previas realizadas por dichas empresas deberían considerarse como vinculadas a los fines del cumplimiento del requisito dispuesto"²⁸².

Por su parte, el Dr. Rubiolo considera que "[p]ara determinar la similitud o vinculación de las actividades se puede tener en cuenta el nomenclador de actividades dispuesto por el Fisco y además, la posibilidad de realizar la actividad a través de su previsión en el estatuto o contrato social"²⁸³.

En otro orden de cosas, el Fisco aclara que "... el criterio de actividad vinculada difiere según se la considere con anterioridad o posterioridad a la reorganización; en el primer caso puede tratarse de actividades complementarias o etapas de un proceso económico y, en el segundo, corresponde que sean actividades de un mismo ramo, de tal manera que los bienes o servicios que produzcan la o las empresas continuadoras, posean características esencialmente similares

²⁷⁹ Dictamen N° 82/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 12/12/03

²⁸⁰ Asorey, Rubén O., ob. cit.

²⁸¹ Dictamen N° 26/2004 Dirección de Asesoría Técnica, 5/5/04

²⁸² Dictamen N° 68/2007 Dirección de Asesoría Técnica, 24/10/07

²⁸³ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

a las de las que producían las antecesoras²⁸⁴. No obstante, "...esta asesoría juzga que las empresas que se reorganizan deberán cumplir los requisitos de vinculación de actividad tanto en forma anterior como posterior al acto de reestructuración."²⁸⁵

3.2.2.7. Comunicación de la reorganización al Fisco.

El tercer párrafo del art. 77 de la ley de Impuesto a las Ganancias dispone que "[l]a reorganización deberá ser comunicada a la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA en los plazos y condiciones que la misma establezca"²⁸⁶.

Esta disposición se complementa nuevamente con el art. 105 del Decreto Reglamentario de la mencionada Ley; "[c]on relación a los requisitos a cumplirse, el inciso IV) del segundo párrafo del mismo dispositivo [art. 105] dispone que, en los supuestos de fusión... de empresas, deberá comunicarse la reorganización al Organismo Fiscal, dentro de los plazos fijados por éste"²⁸⁷.

En otros términos, según la regulación tributaria, toda reorganización societaria debe ser comunicada al Fisco en los plazos y condiciones que el mismo establezca; este requisito tiene como finalidad facilitar la fiscalización de este tipo de operaciones²⁸⁸; además "...la comunicación contemplada en el artículo 105 del referido Reglamento no tiene por finalidad proteger el interés fiscal relativo a las deudas anteriores a la reorganización, sino posibilitar la adecuada fiscalización y control del cumplimiento de los requisitos pertinentes a fin de verificar la procedencia de la neutralidad impositiva y demás efectos resultantes del régimen previsto en el artículo 77 y siguientes de la Ley del Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones"²⁸⁹.

En este marco, la norma operativa que ha dictado el Fisco para formalizar este procedimiento es la Resolución General AFIP N° 2513 del año 2008.

Al respecto leemos que "[l]o que ha hecho ahora la AFIP es perfeccionar el mecanismo de información para el control del cumplimiento de los requisitos legales tanto al momento de la reorganización como en el período de dos años posterior a la misma en el cual deben mantenerse los requisitos en cuanto al mantenimiento de la actividad y la participación en el capital de las empresas reorganizadas.... De esta manera, la AFIP será más eficiente en la fiscalización a fin de detectar, entre otras, maniobras destinadas a aprovechar los quebrantos impositivos."²⁹⁰

²⁸⁴ Cita a Fernando Sanz de Urquiza en Dictamen N° 39/2005 Dirección de Asesoría Técnica, 28/7/05

²⁸⁵ Dictamen N° 59/2006 Dirección de Asesoría Técnica, 25/10/06

²⁸⁶ Ley N° 20.628 y modif.

²⁸⁷ Dictamen N° 13/2002 Dirección de Asesoría Técnica, 15/1/02

²⁸⁸ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²⁸⁹ Dictamen N° 36/2003 Dirección de Asesoría Legal, 3/7/03

²⁹⁰ Fuente: <http://www.iprofesional.com>

La citada Resolución General establece un plazo principal para efectuar la comunicación, a través de una transferencia electrónica de datos, de **180 días corridos**, contados **a partir de la fecha de la reorganización**. Luego de obtenida la aprobación de dicha comunicación por los sistemas de AFIP, se debe realizar otra presentación aportando datos relevantes de la reorganización y la documentación respaldatoria, dentro del plazo de los 60 días corridos, contados desde el día inmediato siguiente a aquel en que se ponga a disposición el resultado de los controles iniciales antes mencionados²⁹¹.

Remitimos al apartado correspondiente al requisito de fecha de reorganización para una discusión detallada sobre su relevancia y la forma de determinarla.

Finalmente, la Resolución en cuestión establece dos casos en los cuales será necesaria la **"autorización pertinente"**²⁹² del Fisco como obligación para la aplicación del instituto de reorganización libre de impuestos:

"1. No se produzca la transferencia total de la o las empresas reorganizadas..."

"2. la o las empresas continuadoras decidan utilizar criterios o métodos de amortización de bienes de uso e inmateriales, métodos de imputación de utilidades y gastos al año fiscal o sistemas de imputación de las provisiones cuya deducción autoriza la ley del impuesto, distintos a los de la o las empresas antecesoras."²⁹³

El citado inciso 1 determina que cuando por el tipo de reorganización "no se produzca la transferencia total de la o las empresas reorganizadas", el traslado de los derechos y obligaciones fiscales quedará supeditado a la aprobación previa de la DGI.

No obstante, éste no constituye el caso de las fusiones societarias, ya que tanto en la Ley de Sociedades Comerciales como en la propia Ley del Impuesto a las Ganancias, cuando definen lo que se entiende por "fusión" siempre se habla de fusión de entes completos y no parciales. Por ello la autorización que se requiere para el caso, no puede aplicarse en materia de fusión²⁹⁴.

Respecto del inciso 2, es claramente observable que se refiere a una cuestión netamente contable, y por lo tanto su aplicabilidad a cada fusión en particular dependerá de las definiciones que en la materia sean tomadas por los expertos involucrados.

²⁹¹ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

²⁹² Resolución General AFIP N° 2513, 4/11/08

²⁹³ Resolución General AFIP N° 2513, 4/11/08

²⁹⁴ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

3.2.2.8. Empresa en marcha

Al tratar el requisito de permanencia en la actividad o vinculada, analizamos el artículo 105 del Decreto N° 1.344/98 y sus modificaciones, reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias, el cual además de lo indicado anteriormente, determina que a la fecha de la reorganización, las empresas que se reorganizan deben **encontrarse en marcha**. Nos ocuparemos puntualmente de esta cuestión en el presente apartado.

En efecto, el ítem I) del segundo párrafo del citado artículo 105 señala como uno de los requisitos "...que a la fecha de reorganización, las empresas que se reorganizan se encuentren en marcha: se entenderá que tal condición se cumple, cuando se encuentren desarrollando las actividades objeto de la empresa o, cuando habiendo cesado las mismas, el cese se hubiera producido dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la fecha de la reorganización"²⁹⁵.

El Fisco deja en claro la relación inescindible existente entre estos requisitos al mencionar que "[e]l concepto de... empresa en marcha aludido por la norma legal... se encuentra directamente vinculado a las pautas aplicables a un proceso de reorganización libre de impuestos en los términos del artículo 77 de la ley de impuesto a las ganancias"²⁹⁶.

De lo anterior se desprende que es necesario profundizar en el análisis de las actividades desarrolladas por las sociedades reorganizadas, a fin de determinar si la empresa se encuentra en marcha, y si además las actividades por su forma y características se enmarcan con lo exigido por la norma²⁹⁷. Dicho en otros términos, "se debe corroborar no sólo que la misma esté desarrollando actividades incluidas en su objeto, sino también que dichas actividades sean las mismas o estén vinculadas con las que seguirá desarrollando la empresa continuadora"²⁹⁸.

Por su parte, el Dr. Rubiolo sostiene que "el espíritu de la norma es que las empresas que se vinculan se encuentren realizando actividades similares"²⁹⁹, y en la misma línea, el Dr. Asorey considera que está ligado a la obligación de las empresas continuadoras de proseguir con las actividades de las empresas reestructuradas, agregando que la condición de continuidad exige que la antecesora haya realizado la actividad de la sucesora (concepto de identidad de objeto)³⁰⁰. Esto surge claramente de la respectiva norma reglamentaria: las sociedades se considerarán en marcha "...cuando se encuentren desarrollando las actividades objeto de la empresa"³⁰¹.

Finalmente "se puede observar que la restricción de empresa en marcha está ligada a impedir que las firmas que han dejado de realizar actividades por un término mayor a (dieciocho)

²⁹⁵ Dictamen N° 57/2005 Dirección de Asesoría Técnica, 18/10/05

²⁹⁶ Dictamen N° 57/2005 Dirección de Asesoría Técnica, 18/10/05

²⁹⁷ Roca, Carlos, ob. cit., en <http://www.cronista.com>

²⁹⁸ Dictamen N° 57/2005 Dirección de Asesoría Técnica, 18/10/05

²⁹⁹ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

³⁰⁰ Asorey, Rubén O., ob. cit.

³⁰¹ Decreto N° 1.344/98 y modif.

meses se reorganicen con el sólo fin de trasladar beneficios a una empresa erróneamente denominada sucesora³⁰².

3.2.2.9. Fecha de reorganización

La fecha de la reorganización es uno de los conceptos más importantes que atañen al instituto de fusión societaria libre de impuestos; tal relevancia se ve reflejada en los debates judiciales y doctrinarios a lo largo del tiempo. Su primacía radica en que es el elemento que indica el **momento que toman vigencia** las bondades del instituto³⁰³.

En efecto, vimos anteriormente que la normativa tributaria hace referencia a dicha fecha al definir los principales requerimientos de aplicabilidad del instituto: cuando obliga a las empresas continuadoras a mantener la actividad de la antecesora por un período determinado, cuando determina el requisito de empresa en marcha y cuando trata el lapso de mantenimiento de participación en el capital.

Por ende, “[d]eterminar con exactitud este momento es casi sino el más importante de los requisitos que establece este instituto, ya que de él depende el correcto cumplimiento de los otros³⁰⁴. Esta condición no es más ni menos que la que determina la vigencia efectiva de las consecuencias previstas para la reorganización libre de impuestos, la cual tendrá efectos desde la fecha de la ocurrencia de dicha condición³⁰⁵.

Nuevamente, es el artículo 105 del Decreto Reglamentario de la L.I.G.³⁰⁶ en su tercer párrafo el que define que “...se entenderá por fecha de reorganización, la del comienzo por parte de la o las empresas continuadoras, de la actividad o actividades que desarrollaban la o las antecesoras”.

El Dr. Roca se refiere a esta cuestión diciendo que “...tal definición pareciera sencilla de aplicar, pero la experiencia nos muestra que fueron numerosas las causas dirimidas en distintas instancias judiciales como administrativas, en las cuales el eje controversial era determinar el momento del proceso el cual debía considerarse como fecha de la reorganización³⁰⁷”.

Recurrimos también a la Dirección de Asistencia Técnica para obtener una aclaración interpretativa de este requerimiento: “... la fecha de reorganización será coincidente... con la puesta en marcha de la reorganización operada y cuya manifestación ostensible está dada - como no podría ser de otra manera- por la *oportunidad en la que la nueva estructura entra en funcionamiento* mediante la continuación de las actividades llevadas a cabo por la o las

³⁰² Dictamen N° 57/2005 Dirección de Asesoría Técnica, 18/10/05

³⁰³ Roca, Carlos, ob. cit., en <http://www.cronista.com>

³⁰⁴ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

³⁰⁵ Reig, Enrique J., ob. cit.

³⁰⁶ Decreto N° 1.344/98 y modif.

³⁰⁷ Roca, Carlos, ob. cit., en <http://www.cronista.com>

antecesoras³⁰⁸ (destacado propio). Entonces "...pareciera que el criterio generalizado fuera aquel que sostiene que la fecha de la reorganización la establece el momento en el cual la sociedad o empresa sucesora comienza a desarrollar las actividades de la antecesora³⁰⁹.

De lo anterior se desprende que si bien la definición del requisito es en apariencia sencilla, resulta a la vez una cuestión meramente de hecho y prueba, de cada caso en particular, y no puede ser sujeta a interpretaciones rígidas y literales³¹⁰.

3.2.2.10. Concepto de Antecesora

Los conceptos de **sociedad antecesora** y **sociedad continuadora** son utilizados repetidas veces en el presente análisis en relación con las empresas fusionantes, a raíz de su empleo tanto por la norma positiva como por la doctrina y jurisprudencia al respecto.

Por lo tanto, si bien no constituye un requisito formal del instituto analizado, resulta importante tener en claro qué entiende el Fisco al respecto.

Así, dicho organismo se expresó en una oportunidad diciendo que "...ante las dudas interpretativas manifestadas por la consultante, esta Asesoría entiende que el término antecesoras debe ser aplicado a ambas empresas partícipes en el proceso reorganizativo."³¹¹

Y por otra parte, "... se interpretó que se llama 'antecesora' tanto a la empresa absorbida como a la absorbente, y que, siguiendo la misma línea de razonamiento, la firma absorbente -en el caso de fusión por absorción- que continúa con las operaciones también tendrá la calidad de ser la 'continuadora'. De esto se infiere que la firma absorbente tiene la doble condición de ser 'antecesora' con anterioridad a la fecha de reorganización y 'continuadora' con posterioridad a dicha fecha."³¹²

3.2.3. Beneficios tributarios trasladables.

Las empresas antecesoras cuentan, al momento de fusionarse, con un patrimonio impositivo o tributario determinado. Cumplidos los recaudos legales, estos derechos y obligaciones fiscales son pasibles de ser trasladados a la sociedad continuadora³¹³.

En definitiva, los dos efectos principales que surgen, cumplidas las exigencias legales, son:

- a) No someter al tributo los resultados que pudieran surgir como consecuencia de la reorganización.

³⁰⁸ Dictamen N° 13/2002 Dirección de Asesoría Técnica, 15/1/02

³⁰⁹ Roca, Carlos, ob. cit., en <http://www.cronista.com>

³¹⁰ Roca, Carlos, ob. cit., en <http://www.cronista.com>

³¹¹ Dictamen N° 14/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 1/1/01

³¹² Dictamen N° 101/2002 Dirección de Asesoría Técnica, 19/12/02

³¹³ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

b) Autorizar el traslado de ciertos atributos fiscales, desde la entidad reorganizada a la entidad o entidades continuadoras.³¹⁴

Los atributos fiscales trasladables se encuentran enumerados en el artículo 78 de la Ley de Impuesto a las Ganancias. No está en el alcance del presente trabajo revisar dichos atributos con un criterio técnico contable; no obstante, analizaremos algunos de ellos a continuación dada su relevancia jurídica:

i. Quebrantos impositivos acumulados, no prescriptos.

“El quebranto impositivo, en cuanto consignado en la declaración jurada del impuesto, importa un derecho eventual que se materializará en un crédito del contribuyente recién cuando en sus posteriores presentaciones, determine ganancias neta sujetas a impuesto y en tanto que éste lo aplique a su cancelación... Con lo cuál se desprende como condición excluyente, la necesidad de existencia de ganancias futuras y la voluntad del contribuyente de incluirlo en su declaración jurada de impuestos”³¹⁵.

“El traslado de estos derechos opera sólo en los casos de las sociedades de capital, ante la imposibilidad de que ello ocurra en otro tipo de sociedades empresas o explotaciones unipersonales donde el quebranto, de existir, pertenecería a los socios o personas que la integran o que resultan ser sus dueños”³¹⁶.

ii. Cargos diferidos no deducidos.

Es la posibilidad de que la empresa subsistente pueda deducir los gastos imputados a futuros ejercicios³¹⁷.

iii. Saldos de franquicias impositivas o deducciones especiales pendientes de utilización.

Constituye la posibilidad de que la empresa continuadora pueda utilizar el remanente que por limitaciones de la ley no pudieron ser utilizados en períodos fiscales anteriores por las antecesoras³¹⁸.

iv) La valuación impositiva de los bienes transferidos, cualquiera sea el valor asignado a los fines de la transferencia.

Se ignora la eventual ganancia en el supuesto de que los valores asignados a los bienes en la transferencia fueren mayores³¹⁹.

³¹⁴ Ruetti, Germán, ob. cit.

³¹⁵ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

³¹⁶ Cita a R. Asorey en Ruetti, Germán, ob. cit.

³¹⁷ Ruetti, Germán, ob. cit.

³¹⁸ Ruetti, Germán, ob. cit.

³¹⁹ Ruetti, Germán, ob. cit.

Acerca del alcance de la enumeración de derechos y obligaciones trasladables que presenta el artículo 78³²⁰, surge la duda sobre si la misma es de carácter enunciativo o taxativo.

Según el Dr. Rubiolo, dicha enumeración "...reviste el carácter enunciativo ya que la norma reglamentaria, en los casos de reorganizaciones plantea que las empresas continuadoras gozarán de los atributos impositivos que gozaren las antecesoras, en proporción al patrimonio transferido", esto en razón de que "...ello coincide con el principio de transmisión universal de los patrimonios sociales (para los casos de fusión)"³²¹.

3.2.4. Resolución de la reorganización

El incumplimiento de los requisitos legales produce dos efectos tributarios principales. En primer lugar, la **imposibilidad de trasladar** a la entidad continuadora los atributos fiscales de las antecesoras. Segundo, deberán **considerarse sometidos al impuesto**, en cabeza de las sociedades antecesoras, los resultados provenientes de la transferencia de los bienes y derechos a favor de la continuadora, con las correspondientes declaraciones rectificativas de impuestos en la forma que la ley estipula³²².

Coincide el Fisco con esta apreciación al estimar que la norma "...[c]ondiciona el traslado de los derechos y obligaciones fiscales pendientes de utilización de la antecesora a la continuadora '... en tanto se mantengan en la... nueva empresa... las condiciones básicas tenidas en cuenta para conceder el beneficio'... Por lo demás, de la letra de las disposiciones legales referidas se infiere que en el supuesto de no cumplimentarse los recaudos, condiciones y plazos previstos, los resultados tributarios de la reorganización resultarán alcanzados por el impuesto a las ganancias."³²³

Puntualmente, respecto del requisito de mantenimiento de participación en el capital tratado oportunamente, leemos que "[o]tra causal que hace perder los beneficios es el incumplimiento en la participación de los propietarios de las empresas antecesoras en las continuadoras.... El objetivo de esta exigencia es evitar que, a poco del momento de la reorganización, se incorporen terceros, con lo cual se desvirtuaría el proceso, deviniendo en una mera venta de bienes simulada bajo otro paraguas para gozar de franquicias impositivas"³²⁴.

Por su parte, el decreto reglamentario agrega que de suceder un **cambio o abandono de la actividad** dentro de los 2 años, en el caso de fusión de empresas, se deberán rectificar las declaraciones juradas que se hubiesen presentado, con la modificación de todos aquellos

³²⁰ Ley 20.628 t.o. 1998 y modif.

³²¹ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

³²² Ruetti, Germán, ob. cit.

³²³ Dictamen N° 43/1995 Dirección de Asesoría Legal, 25/9/95

³²⁴ Halladjian, César, "Reorganización de empresas: nuevo régimen de comunicación y aprobación", en <http://www.errepar.com>

aspectos en los cuales hubiera incidido la aplicación del mencionado régimen³²⁵; así, "el incumplimiento de lo antes mencionado, tendrá condición resolutoria y por ende, no serán aplicables los beneficios impositivos, con la correspondiente obligación de presentarse o rectificarse las declaraciones juradas respectivas, teniendo en cuenta como si estas operaciones no se hubiesen realizado en el marco del régimen de reorganizaciones de sociedades. Desde ya, al momento de ingresar el gravamen adeudado, se deberán ingresar los intereses resarcitorios correspondientes"³²⁶.

La Administración es quien establece la forma y plazo en que deberán presentarse las declaraciones juradas aludidas. En efecto, la vigente Resolución General 2513³²⁷ determina que los contribuyentes, a partir del momento en que sucedan algunas causales de resolución de la reorganización, tendrán **90 días** para regularizar su situación. Es entonces el mismo contribuyente quien debe tener la iniciativa de comunicar al Fisco la irregularidad.

No obstante, la AFIP mantiene la posibilidad de denegar la reorganización, caso en el cual de no rectificarse las declaraciones juradas del modo intimado, el organismo fiscal puede iniciar el procedimiento de determinación de oficio determinando el tributo adeudado, multas y accesorios³²⁸.

³²⁵ Decreto N° 1.344/98 y modif.

³²⁶ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

³²⁷ Resolución General AFIP N° 2513, 4/11/08

³²⁸ Rubiolo, Nicolás, ob. cit.

4. Aspectos Contractuales

4.1. Generalidades. El *iter* de fusión.

Hemos analizado en secciones anteriores el instituto jurídico de fusión societaria, cuya configuración “incluye un conjunto de pasos jurídicos encadenados en una sucesión temporal, que le otorgan una fisonomía especial, pero que a su vez son de cumplimiento obligatorio.”³²⁹

Dentro de dicho proceso de pasos y actuaciones encadenados, establecidos imperativamente por la ley y de cumplimiento indispensable, se puedan determinar las **derivaciones y consecuencias jurídicas que cada actuación genera** en forma plena en sí misma, más allá de que a su vez constituya un paso más con respecto al total del *iter*.³³⁰

En otras palabras, el hecho de que sean parte de un proceso global no quita que los actos corporativos, contractuales y unilaterales que cumplen las sociedades, para concluir fusionadas, carezcan de todo efecto. Por el contrario, cada uno de ellos tiene sus implicancias jurídicas, y a medida que se va avanzando hacia el final del procedimiento fusionario, mayores son los efectos que los actos intermedios ocasionan.³³¹

En este marco, analizaremos a continuación el objeto, la estructura y las consecuencias jurídicas de los **instrumentos tanto contractuales como unilaterales** involucrados en el *iter* de fusión societaria, desde las tratativas preliminares hasta el cierre del acuerdo definitivo de fusión.

4.2. Los documentos precontractuales

Como primera instancia del proceso de fusión, resulta necesario que las sociedades fusionantes cumplan una serie de pasos previos de gran relevancia jurídica para la operación, como también respecto de posibles reclamos y defensas ante un supuesto quiebre de la misma.³³²

Según el Dr. Solari Costa, “...el comienzo del proceso [de fusión societaria] suele darse con la concreción de **tratativas preliminares**, que a veces exceden el terreno de los análisis de conveniencia y los intercambios de ideas, para concretarse en documentos con función obligatoria para las partes y cuyo incumplimiento deriva en el resarcimiento de perjuicios.”³³³

³²⁹ Solari Costa, Osvaldo, “El acto de fusión societaria”, Ed. AdHoc, Buenos Aires, 2004

³³⁰ Solari Costa, Ob. cit.

³³¹ Solari Costa, Ob. cit.

³³² Jiménez Herrera, Federico, “El proceso de transferencia de paquetes accionarios”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007

³³³ Solari Costa, Ob. cit.

En particular, teniendo en cuenta las declaraciones que deberán hacerse mutuamente al dar inicio a la operación, y sus posibles consecuencias, resultará crucial determinar de común acuerdo si aquéllas revestirán o no el carácter de vinculantes.³³⁴

Por otra parte, el solo ingreso en negociaciones contractuales dará origen a un **deber de confidencialidad** que recíprocamente se deben las partes; tales obligaciones deberán constar por escrito en un convenio.³³⁵

El Dr. Jiménez Herrera concluye al respecto que "...en principio, la mera ruptura de las negociaciones previas no obligará a reparación económica alguna, salvo que se hubiere producido una violación al deber de confidencialidad".³³⁶

En este contexto analizaremos seguidamente los dos instrumentos más utilizados en esta etapa preliminar del proceso (el acuerdo de confidencialidad y la carta de intención o memorando de entendimiento), sus estructuras y objetos principales.

4.2.1. El acuerdo de confidencialidad

El **acuerdo de confidencialidad** (en inglés, *contractual statements of non-disclosure* o *non disclosure agreement*) es el primer documento escrito que deben firmar las partes al comenzar con las negociaciones, máxime si ello implica permitir a la contraparte el acceso a cierta información o documentación societaria de carácter sensible. Dicho acuerdo define la **obligación de reserva** a la cual debe atenerse el destinatario de la información para garantizar a la contraparte que no encontrará divulgación.³³⁷

Más específicamente, "[s]in dejar de lado que debe reinar la buena fe negocial y la mutua confianza desde un comienzo, y sin desconocer asimismo... que la confidencialidad comprometida por convenio es muy relativa (existen muchos flancos imposibles de controlar por las partes a través de los cuales se puede filtrar la información reservada)... tenemos entonces en claro que las partes (por interés recíproco) deben llevar adelante la negociación entera bajo un manto de confidencialidad y no utilizar los conocimientos a los que se tuvo acceso para perjudicar, en particular, ...a la compañía *target* y, en general, a la salud de la transacción."³³⁸

Es aconsejable que este documento sea **firmado por todos los participantes** del negocio; a tal efecto debe revisarse la documentación según la cual los representantes de las sociedades fusionarias acreditarán tal carácter, es decir, estatutos sociales, actas de asamblea donde se

³³⁴ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³³⁵ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³³⁶ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³³⁷ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³³⁸ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

designen autoridades y acta de reunión de directorio en la cual se dispuso la distribución de cargos en ese cuerpo. También es factible presentar un poder a tales fines.³³⁹

Reiterando que el resguardo de la confidencialidad resultará siempre un aspecto bastante difícil de concretar (incluso existiendo un instrumento escrito mediante), por cuanto son muchas las grietas a través de las que se puede filtrar la información, la idea será, entonces, acotar al máximo ese riesgo y crear algún factor disuasivo.³⁴⁰

El documento propiamente dicho es atípico (en el sentido de no regulado por ninguna ley positiva) y adopta por lo general la estructura de una **carta** (esto es, no formal), especificando en cláusulas muy precisas qué es (para el caso particular) la información confidencial, cuál es su destino (ya sea que la operación se encamine o se frustre), y la responsabilidad del receptor (por el deber de custodia) ante cualquier desvío en tal sentido. También se prevé la vigencia temporal de las obligaciones asumidas y la legislación y jurisdicción aplicables, en caso de presentarse algún conflicto. Por último se incluye una cláusula en la cual se deja bien aclarado cuál es el objeto del acuerdo, indicando que su firma en modo alguno implicará la obligación de seguir adelante con la transacción en caso que no sea su interés. Al pie de la comunicación, y como signo de conformidad, se incluye una frase que da constancia de la recepción y la aceptación por el destinatario, que deberá ser firmada.³⁴¹

4.2.2. La carta de intención o memorando de entendimiento

La **carta de intención** (en inglés, *letter of intent*) constituye un instrumento escrito precontractual que define el entendimiento preliminar de las partes que están a punto de involucrarse en negociaciones contractuales. Este documento cristaliza los términos básicos de la transacción, que hasta este momento han sido objeto sólo de conversaciones entre las partes. También determina las precondiciones para efectuar la operación, incluyendo entre otras, la imprescindible realización de la diligencia debida (en inglés, *due diligence*).³⁴²

En otros términos, la carta de intención es el instrumento que patentiza las relaciones entre las sociedades fusionantes antes de embarcarse en el proceso de *due diligence* (auditoría jurídica, contable e impositiva) y hasta que se concrete la firma del compromiso previo de fusión.³⁴³

En su contenido, se sintetizará y clarificará lo que se ha acordado en reuniones previas sobre los términos fundamentales de la operación; si existiese algún aspecto que no hubiese sido comprendido de igual forma por alguna de las partes, la carta contribuirá a aclararlo.³⁴⁴

³³⁹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³⁴⁰ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³⁴¹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³⁴² Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, “The Art of M&A – A Merger Acquisition Buyout Guide”, McGraw-Hill, EEUU, 1999. Cita basada en traducción propia.

³⁴³ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

Surge en este punto la importancia de entender la naturaleza vinculante o no de este documento. La regla general es que la carta de intención **no genera obligación** de concluir la transacción; tan sólo reviste la entidad de un **compromiso "moral"** que tiene por objeto reafirmar la "buena fe" recíproca respecto del negocio, pues hará que las partes, de alguna manera, se sientan más comprometidas.³⁴⁵

Es así que en la mayoría de los casos, este documento no tiene por objeto el de ser vinculante excepto bajo circunstancias muy poco comunes, y por lo tanto para ciertas previsiones limitadas.³⁴⁶

Por otra parte, si bien la carta de intención puede establecer específicamente que no crea obligación vinculante de cerrar la transacción, es posible que esta declaración no sea suficiente para constituirla efectivamente como no vinculante. La prueba legal de la característica vinculante de un acuerdo es la **intención de las partes** según las circunstancias del caso; por este motivo, es necesario que todas las partes involucradas consideren la carta como memorando no vinculante de los términos de la transacción propuesta y actúen en consecuencia.³⁴⁷

En forma coincidente se expresa el Dr. Jiménez Herrera al afirmar que:

"Sin perjuicio de que el carácter no vinculante es la regla, resultará necesaria una previsión especial al respecto en el documento, a través de la cual se deje expresamente establecido que su firma no supone contrato alguno, sino tan sólo una exposición de intenciones."³⁴⁸

"El carácter vinculante o no de la carta de intención no es una cuestión menor. Ello, atento que la posición que se adopte determinará su naturaleza jurídica; o sea, si constituye un contrato o un simple acuerdo moral. Obviamente, una u otra figura determinará sus consecuencias, por ejemplo, ante algún incumplimiento de sus cláusulas... Pero el factor determinante será lo que acuerden las partes; es decir, será su propia voluntad manifestada en forma extremadamente clara la que permitirá concluir si se trata de un contrato vinculante o de un simple memorándum."³⁴⁹

Otra opinión doctrinaria va más allá, al indicar que la carta de intención, en su carácter de no vinculante, constituye "un contrato preparatorio, caso en el que la interrupción intempestiva de las negociaciones puede llevar a la parte afectada a reclamar daños y perjuicios por responsabilidad precontractual. Para evitar conflictos interpretativos, deben establecerse las

³⁴⁴ Mascareñas Perez-Iñigo, Juan, "Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas", Ed. McGraw Hill, Madrid, 2000

³⁴⁵ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³⁴⁶ Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, Ob. cit. Cita basada en traducción propia.

³⁴⁷ Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, Ob. cit. Cita basada en traducción propia.

³⁴⁸ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³⁴⁹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

condiciones bajo las cuales las partes pueden dejar sin efecto el compromiso (plazo, condición, voluntad de una de ellas o de ambas) y el alcance de su responsabilidad.³⁵⁰

En cuanto a su estructura, por lo general adopta la forma de una "carta" (de ahí su nombre), mientras que jurídicamente, reviste la calidad de **declaración unilateral recepticia**, a fin de que sea devuelta firmada por la contraparte como prueba de conformidad sobre los puntos propuestos por el remitente, y legalmente atípica (en el sentido de no estar regulada por ninguna ley positiva). Otra modalidad que se suele adoptar es la de un memorando de entendimiento, instrumentación a la que se recurre para dejar bien en claro que no se está ante un contrato vinculante. No obstante, entre ambas estructuras no hay diferencias de orden sustancial por lo que la libertad de las formas se impone.³⁵¹

En cuanto al contenido del documento, deberán constar los nombres de las partes, los considerandos, el objeto, entre otros elementos. Además, ciertas previsiones tales como condiciones previas para que la transacción pueda ser concluida; por ejemplo, cualquier eventual autorización previa que deba ser obtenida de una dependencia administrativa, o la realización de la auditoría legal y contable. Otros pactos de suma importancia son aquellos en los cuales se fijan los plazos de vigencia del acuerdo y aquellos dentro de los que deberán cumplirse las condiciones precedentes; los que fijan la exclusividad de las partes frente a terceros; los que expresamente dejan sentado que la carta de intención no es vinculante. Adicionalmente puede preverse como refuerzo una cláusula de confidencialidad.³⁵²

Se recomienda el uso de la carta de intención. En primer lugar, porque contiene determinadas previsiones vinculantes que pueden brindar a las partes un entendimiento más claro acerca de los términos básicos del negocio; por ejemplo una cláusula que obligue a las partes a no negociar con otras por un cierto período de tiempo. Segundo, las partes deberán invertir una cantidad importante de tiempo y dinero para completar la *due diligence* y negociar y cerrar el contrato. Hacer esto sin un claro entendimiento de los términos básicos de la transacción puede ser un error costoso; por ello las partes pueden utilizar la carta de intención antes de incurrir en los gastos de negociación del compromiso previo de fusión como un intento de obtener un nivel adicional de aseguramiento de que la negociación será exitosa. Tercero, a pesar de que el documento es técnicamente no vinculante, la realización de la carta normalmente tiene el efecto de crear un compromiso moral de emplear los mejores esfuerzos de buena fe para consumar la transacción según los términos definidos. Las partes se comprometen emocional y burocráticamente a lograr el acuerdo. Luego de anunciar la ejecución de la carta de intención ninguna de las partes querrá ser la que se aleje sin una buena razón. El documento desalienta

³⁵⁰ Lavia Haidempergher, Laura, "Adquisición de empresas y Prevención de conflictos", Revista Fraude Investigaciones & Disputas, BDO Becher y Asociados S.R.L., Buenos Aires, 2009

³⁵¹ Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

³⁵² Jiménez Herrera, Federico, Ob. cit.

intentos de renegociar los términos preacordados, lo cual podría traer problemas entre las partes incluso antes de comenzar el negocio.³⁵³

4.3. El compromiso previo de fusión (CP de F)

Según analizamos al tratar las disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales para el instituto de la fusión societaria, el **compromiso previo de fusión (CP de F)** es "...el acuerdo que suscriben las sociedades, partes de la fusión, a través de sus representantes, para establecer las bases sobre las que luego se decidirá la aprobación de la fusión"³⁵⁴. Vimos también que el contenido de este documento está regulado en nuestro derecho positivo, más específicamente en el artículo 83, primera parte, de nuestra Ley de Sociedades Comerciales. En tal sentido, remitimos a lo descrito en la sección correspondiente; en este punto nos centraremos en analizar al CP de F desde el punto de vista de su naturaleza jurídica.

En efecto, según lo define el Dr. Solari Costa, "[e]l CP de F constituye un acto jurídico, condicionado suspensivamente a la aprobación de las asambleas."³⁵⁵

"Es un contrato con rasgos de los de cambio y de los de organización, que otorgan los representantes de las sociedades y del cual resultan derechos y obligaciones para las partes, y cuyos efectos quedan condicionados a la aprobación de las asambleas, y a la suscripción posterior del acuerdo definitivo. El contrato citado tiene **dos ámbitos de derivaciones**: a) en cuanto a elemento componente de un proceso integral como es el de fusión, **su eficacia queda condicionada** a la aprobación que de él efectúan las asambleas de cada sociedad; b) en cuanto contrato en sí, **genera desde su suscripción consecuencias jurídicas** que obligan a los administradores a efectuar los pasos conducentes para que los socios lo aprueben; constituye un abuso de derecho de desistimiento intempestivo e infundado a cumplir esa obligación"³⁵⁶ (destacado propio).

De lo anterior podemos concluir que el compromiso previo de fusión constituye un **contrato vinculante**, válido y plenamente eficaz desde su suscripción, caracterizado como:

Condiciona: ya que su plena eficacia está sujeta a la condición suspensiva de posterior aprobación asamblearia y suscripción del acuerdo definitivo de fusión.

Consensual: porque se perfecciona con el mero consentimiento de las partes.

Bilateral: ya que requiere el acuerdo de ambas partes. En rigor, puede ser plurilateral si hay más de dos sociedades fusionantes, pero esta característica no se encuentra incorporada en la norma positiva.³⁵⁷

³⁵³ Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, Ob. cit. Cita basada en traducción propia.

³⁵⁴ Solari Costa, Ob. cit.

³⁵⁵ Solari Costa, Ob. cit.

³⁵⁶ Solari Costa, Ob. cit.

³⁵⁷ "Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas". Art. 946 del Código Civil.

Conmutativo: en el sentido de que las partes pueden conocer al momento de la perfección del contrato cuáles son las ventajas y beneficios que la operación implicará.

No formal: ya que la norma positiva no realiza prescripciones acerca de la forma requerida para su otorgamiento.

Típico y Nominado: porque está definido por ley y tiene una denominación y regulación específicas.

Para concluir destacamos que el Dr. Solari Costa hace hincapié en el carácter vinculante del documento en nota al pié, al sostener que "...el hecho de que produzca efectos antes de la aprobación de las juntas (aunque no sean los propios del proceso de fusión) indica que ya existe perfección del contrato desde su suscripción."³⁵⁸

4.4. El acuerdo definitivo de fusión (AF)

4.4.1. Generalidades. Naturaleza jurídica.

Vimos anteriormente que el acuerdo definitivo de fusión es definido en nuestra Ley de Sociedades Comerciales en su artículo 83, párrafo 5º. Remitimos a lo antedicho para un pormenorizado análisis del contenido requerido por la norma positiva.

En el presente apartado nos enfocaremos en el estudio del AF desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, sus caracteres y sus principales efectos como acto jurídico clave dentro del *iter* de fusión societaria.

Al respecto, el Dr. Solari Costa señala que "[l]a suscripción del AF, marca el hito final del proceso reorganizativo que vincula a las entidades, pues significa que las sociedades participantes dan por concretada la fusión (mediante la intervención en dicho acto de sus representantes) con la suscripción de dicho acto; es decir que mediante él quedan exteriorizadas las voluntades de las sociedades de fusionarse, en base a los parámetros preindicados en el compromiso previo, y a la aprobación interna corporativa que ha tenido previamente lugar en el seno de las asambleas de cada sociedad."³⁵⁹

En otras palabras, si bien es cierto que el AF debe atenerse a lo pactado en el compromiso previo, que a su vez es lo que han aprobado las asambleas de cada sociedad, ello no reduce la trascendencia jurídica de su otorgamiento, pues implica para el orden jurídico la manifestación de las entidades de dar por concretada la reorganización.³⁶⁰

Respecto de su naturaleza jurídica, el acuerdo definitivo de fusión es en nuestro derecho positivo, un **contrato**, que da nacimiento a obligaciones a cargo de las sociedades que lo

³⁵⁸ Solari Costa, Ob. cit.

³⁵⁹ Solari Costa, Ob. cit.

³⁶⁰ Solari Costa, Ob. cit.

suscriben y que, como tal, tiene como presupuesto la existencia de un acto jurídico³⁶¹. Asimismo, podemos caracterizarlo como:

No Condicional: puesto que no está sujeto a condición alguna, tiene plena vigencia desde su suscripción (tema que abordaremos en apartados siguientes).

Consensual: porque se perfecciona con el mero consentimiento de las partes.

Bilateral: ya que requiere el acuerdo de ambas partes. Al igual que el compromiso previo, el AF puede ser plurilateral si hay más de dos sociedades fusionantes, pero como dijimos, esta característica no se encuentra incorporada en la norma positiva.³⁶²

Conmutativo: puesto que las partes pueden conocer al momento de la perfección del contrato cuáles son las ventajas y beneficios que la operación implicará.

Formal: ya que la norma positiva determina que debe ser otorgado mediante instrumento público; profundizaremos este tema en apartados subsiguientes.

Típico y Nominado: porque está definido por ley y tiene una denominación y regulación específicas.

La naturaleza contractual del AF se conserva aun cuando es suscripto por dos o más sociedades que se encuentran parcial o totalmente controladas por una de ellas. Es decir que en la medida en que dos o más sociedades otorguen genuinamente el AF, éste conserva su carácter contractual, incluso en el caso que exista una situación de control económico sobre una o más de las entidades partícipes (supuesto en el que cabe suponer que el margen de negociación se ve reducido)³⁶³.

En otro orden de cosas, Solari Costa entiende que “[n]o puede clasificarse al AF en un contexto aislado y fuera de lo que significa un procedimiento complejo y encadenado cronológicamente, como es el de fusión.”³⁶⁴

En este marco, trataremos a continuación los principales caracteres de este instrumento clave del proceso de fusión societaria, el cual “...representa el momento cúlmine de la reestructuración”³⁶⁵; asimismo desarrollaremos los efectos más relevantes de su otorgamiento, dada su enorme significatividad para las sociedades fusionantes y sus relaciones jurídicas con terceros.

³⁶¹ “Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”. Art. 944 del Código Civil.

³⁶² “Los actos jurídicos son unilaterales o bilaterales. Son unilaterales, cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento. Son bilaterales, cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas”. Art. 946 del Código Civil.

³⁶³ Solari Costa, Ob. cit.

³⁶⁴ Solari Costa, Ob. cit.

³⁶⁵ Solari Costa, Ob. cit.

4.4.2. Forma

Sabemos que en nuestro derecho positivo la regla general es la libertad de formas³⁶⁶; no obstante, el legislador ha considerado que ciertos actos jurídicos (por su trascendencia, para su prueba) deben revestir determinadas formas, para que sean considerados plenamente válidos. Es decir, cuando entiende que para determinado negocio es necesaria una especial manera de hacer conocer la voluntad del sujeto, se impone el cumplimiento de ciertas formas que constituyen elementos exteriores, sensibles y necesarios para que el mismo trascienda dentro de la órbita jurídica.³⁶⁷

En el ámbito de las fusiones, Solari Costa sostiene que "...las reorganizaciones de sociedades implican incumbencias que hacen no sólo al interés propio de las sociedades y de los socios que han aprobado la operativa, sino que también quedan involucrados aspectos de orden general, como ser la situación de los acreedores o la de los socios minoritarios que se opusieron a la fusión; o la de los empleados de las sociedades, cuyos puestos laborales pueden ser modificados y perjudicados; incluso la comunidad en general puede ser afectada por maniobras que afecten la libre competencia del mercado, o los intereses de orden público del Fisco, en particular con los beneficios y exenciones que la norma tributaria otorga a estos procesos. Por esos motivos, es necesario que el procedimiento de fusión tenga real autenticidad, en cuanto a su contenido y en cuanto al cumplimiento de plazos y fechas de realización."³⁶⁸

Es éste el motivo por el cual la norma positiva actual prescribe que, en el caso de la fusión propiamente dicha o por constitución, si la sociedad que se constituye es una sociedad anónima o sociedad en comandita por acciones, es necesario que el acuerdo definitivo de fusión se instrumente **por escritura pública**³⁶⁹. Lo mismo ocurre si alguna de las sociedades que se fusionan es sociedad por acciones, incluso cuando la continuadora sea no accionaria.³⁷⁰

Luego es necesario efectuar la publicación que dispone el art. 10 de la L.S.C., con respecto a las sociedades por acciones o las S.R.L.³⁷¹ y la posterior inscripción en el Registro de Comercio.

³⁶⁶ "Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes". Art. 974 del Código Civil.

³⁶⁷ Solari Costa, Ob. cit.

³⁶⁸ Solari Costa, Ob. cit.

³⁶⁹ Ley N° 19.550 y modif. Art. 84.

³⁷⁰ Solari Costa, Ob. cit.

³⁷¹ "Las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones deben publicar por un día en el diario de publicaciones legales correspondiente, un aviso que deberá contener: a) En oportunidad de su constitución: 1. Nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio, número de documento de identidad de los socios; 2. Fecha del instrumento de constitución; 3. La razón social o denominación de la sociedad; 4. Domicilio de la sociedad; 5. Objeto social; 6. Plazo de duración; 7. Capital social; 8. Composición de los órganos de administración y fiscalización, nombres de sus miembros y, en su caso, duración en los cargos; 9. Organización de la representación legal; 10. Fecha de cierre del ejercicio; b) En oportunidad de la modificación del contrato o disolución: 1. Fecha de la resolución de la sociedad que aprobó la modificación del contrato o su disolución; 2. Cuando la modificación afecte los puntos enumerados de los incisos 3 a 10 del apartado a), la publicación deberá determinarlos en la forma allí establecida." Ley N° 19.550 y modif. Art. 10.

Con respecto a esto último, cabe remarcar que también son requisitos de forma no sólo la documental, sino también la publicidad y la registración.³⁷²

Si la sociedad continuadora o absorbente es no accionaria (S.R.L., colectiva, etc.), el AF puede instrumentarse por documento privado.³⁷³

4.4.3. Vigencia temporal de la fusión

Ya se ha expresado que el acuerdo definitivo exterioriza la voluntad de las sociedades que intervienen en la operativa, de dar por concretada la fusión. Si bien aun resta la inscripción del acto en el Registro de Comercio, internamente el proceso ha tenido culminación, ya que la registración mercantil tiene, en nuestro derecho, una finalidad publicista, de oponibilidad y de eficacia hacia terceros, pero no constitutiva del derecho.³⁷⁴

En otros términos, “el acto de fusión es plenamente válido entre partes y para con terceros que han tomado conocimiento de él, aun antes de la inscripción”; “...la posterior inscripción cerrará el círculo de publicidad y perfeccionamiento del proceso, pero internamente la instrumentación del acto definitivo marca la culminación de la fusión, en donde se han producido convenciones negociales entre las partes y actos colegiados internos de cada sociedad. Desde entonces el negocio tiene ya eficacia vinculante y virtualidad jurídica”.³⁷⁵

Según el Dr. Favier-Dubois, “la sociedad no nace en el registro, la sociedad preexiste, la personalidad preexiste en el derecho argentino... En definitiva, la sociedad en formación es una especie de sociedad regular pero sujeta a condición. Si la condición se cumple llega a la regularización, y si no se cumple queda una sociedad irregular. ¿En qué consiste entonces la regularidad? La regularidad es una exteriorización pública y formal del contrato que hace vigente y oponible el tipo social”.³⁷⁶

También el Dr. Zaldívar, al referirse a las sociedades en formación, sostiene que “[p]odemos conceptualizarlas como aquellas que tras el acto de creación del ente, han comenzado el desarrollo de su *iter* constitutivo y que tienden o buscan su inscripción registral... El lapso en el cual la sociedad puede hallarse en esta etapa es variable y su razonabilidad dependerá de las circunstancias. Pero... la entidad existe -con limitaciones a su capacidad- desde el acto constitutivo”.³⁷⁷

Y en la misma línea, “[d]ado el valor autónomo que tiene la escritura pública, al recoger un contrato perfecto y definitivo se producen, *inter partes*,... los efectos propios de la fusión, sin

³⁷² Solari Costa, Ob. cit.

³⁷³ Solari Costa, Ob. cit.

³⁷⁴ Solari Costa, Ob. cit.

³⁷⁵ Solari Costa, Ob. cit.

³⁷⁶ Favier-Dubois, Eduardo (h), “Derecho societario registral”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994

³⁷⁷ Zaldívar, Enrique y otros, “Anomalías societarias”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996

perjuicio de que su eficacia definitiva, *erga omnes*, quede supeditada a la inscripción en el Registro Mercantil, seguida de la publicación.³⁷⁸

El Dr. Efraín va aún más lejos, al sostener que “[l]a sociedad en nuestro régimen jurídico no es un contrato sino una persona jurídica, que nace normalmente -no esencialmente- por medio de un contrato en el que los constituyentes de una empresa eligen ese medio técnico para su estabilidad y organización”, a tal punto que “[l]a nulidad del negocio constitutivo, o sea del contrato de elección del medio técnico objetivo, afecta el medio específico -tipo-, pero queda subsistente el *sustractum* genérico sociedad-persona.³⁷⁹

En cuanto a los plazos de otorgamiento, el acuerdo definitivo de fusión sólo puede otorgarse una vez que se han cumplido los plazos que la ley concede a los acreedores a oponerse y a ser garantizados, y a los socios a ejercer el derecho de receso.³⁸⁰

Es decir que sólo puede tener lugar una vez que ha transcurrido el término de quince días desde la fecha de publicación del último de los avisos que se deben efectuar en el *Boletín Oficial* y en un diario de circulación general en el país, y en la medida en que ningún acreedor se haya opuesto, pues en tal caso, se deben conceder veinte días más de espera para que el acreedor oponente pueda obtener embargo de bienes de la sociedad. En otras palabras, el plazo mínimo más largo es el de los acreedores para oponerse, por lo que habrá que estar a él para poder instrumentar el acuerdo; la fusión que se instrumente sin respetar dicho plazo resulta válida, pero ineficaz con respecto al acreedor o recedente afectado, que se ha opuesto en el término que la ley concede para ello.³⁸¹

En cuanto al plazo máximo para su realización, la ley no establece ninguno, pero al decir de Solari Costa “...no por ello se puede postergar indefinidamente su realización. Si las empresas están en marcha, muy pronto cambiarán las circunstancias fácticas y patrimoniales que las asambleas tuvieron en cuenta para resolver la fusión; los balances y demás estados contables perderán vigencia, y serán distorsionados por una realidad económica que ha variado sustancialmente. Por supuesto que esto puede también ocurrir dentro de un corto plazo desde la reunión de las juntas de socios; pero a mayor paso del tiempo, mayor riesgo de alteración de los elementos fácticos que condicionan el proceso. El acto de fusión deberá ser otorgado dentro de un término razonable acorde con las circunstancias del caso, pues, de lo contrario, podrán generarse responsabilidades para los administradores y eventuales impugnaciones al normal desenvolvimiento del *iter*.³⁸²

³⁷⁸ Cita a Gardeazábal del Río en Solari Costa, Ob. cit.

³⁷⁹ Efraín, Hugo R. y otros, “Anomalías societarias”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996

³⁸⁰ Ley N° 19.550 y modif. Art. 83, párr. 4°

³⁸¹ Solari Costa, Ob. cit.

³⁸² Solari Costa, Ob. cit.

4.4.4. Efectos de su otorgamiento

Hemos visto en el apartado anterior que el otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión implica la concreción del procedimiento *inter partes*. Allí se generan simultáneamente gran cantidad de **consecuencias jurídicas** sumamente relevantes, las cuales serán objeto de estudio de la presente sección.

Es importante resaltar nuevamente que la norma marca con claridad el buen concepto de que los efectos de la fusión tienen lugar **en forma simultánea** y, por tanto, son válidos desde el mismo momento del otorgamiento del acuerdo definitivo, sin perjuicio de obtener plena validez *erga omnes*, recién desde la inscripción de dicho instrumento.³⁸³

a) Disolución de las sociedades fusionadas

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales considera a la fusión como una de las posibles causales de disolución.³⁸⁴

En la misma línea encontramos en la jurisprudencia que “[l]a disolución de la sociedad absorbida y la continuación de la absorbente, se producen legalmente en el mismo momento de otorgarse el acuerdo definitivo de fusión”³⁸⁵.

No obstante, tal como dijimos al tratar las características de la fusión societaria, la doctrina no se comparece totalmente con esta prescripción de nuestro derecho positivo. En efecto, según Solari Costa, “...no es adecuado considerar que la extinción de la sociedad por fusión origine estrictamente la disolución de la entidad”, ya que “si la disolución de una sociedad implica su posterior liquidación, es evidente que la fusión, al no abrir ningún proceso liquidatorio, no debe ser catalogada como causal de disolución.”³⁸⁶

Y agrega en nota al pie que “es inconcebible que exista disolución sin la consecuente percepción de los créditos y cancelación de las deudas, devolución de las aportaciones y distribución del remanente entre los socios: hay que reconocer, por tanto, que la fusión no entraña verdaderamente disolución de las sociedades que se funden para dar lugar a una nueva o que se incorporan a otra ya existente, porque lo único que se extingue en estos casos es el instrumento jurídico (persona jurídica), no así el vínculo, el cual simplemente se transforma... las profundas diferencias entre ésta (la fusión) y los demás hechos, actos o negocios jurídicos que implican disolución, cuando en realidad lo que corresponde es reconocer que el trámite de fusión nada tiene que ver con la extinción del vínculo societario”³⁸⁷.

³⁸³ Solari Costa, Ob. cit.

³⁸⁴ “La sociedad se disuelve:... 7°. Por su fusión en los términos del art. 82”. Art. 94, Ley N° 19.550 y modif.

³⁸⁵ “Carabassa, I. c/Canale S.A.”, CNCom., Sala B, 8/7/1977

³⁸⁶ Solari Costa, Ob. cit.

³⁸⁷ Cita a Jorge O. Zunino en Solari Costa, Ob. cit.

Por lo tanto, el instituto de disolución societaria tiende a que a través de la liquidación se extingan las deudas sociales y se distribuya el remanente patrimonial, mientras que la fusión tiende a "repotenciar el sustrato organizativo empresa, bajo la nueva titularidad de la sociedad fusionaria"³⁸⁸.

Coincide el Dr. Otaegui en esta postura, mencionando que la ley positiva "...presenta la fisura de invocar una disolución social de contornos singulares exenta de las consecuencias propias de la disolución... Los escollos de la disolución excepcional... pudieron haberse evitado si en vez de adoptar el camino de la disolución se hubiera entendido que la fusión es una modificación del contrato social, tal como sucede con la transformación".³⁸⁹

En conclusión, vemos que la fusión implica la extinción de las sociedades fusionantes o absorbidas desde la suscripción del acuerdo definitivo de fusión; extinción que produce la desactivación y cesación funcional de los órganos de la entidad, y el aniquilamiento de los vínculos que ligaban a los socios, pero no la desaparición de la sociedad del mundo jurídico como sujeto de derecho, lo que recién se producirá al inscribirse la fusión. De esta manera, origina una **extinción especial o condicionada**, distinta de la extinción final, la que tendrá lugar cuando se cancele la inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio.³⁹⁰

En otros términos, la fusión "...se trata de una *modalidad especial de extinción societaria*... Decimos extinción societaria, pues el sujeto de derecho societario que se fusiona... cesa como tal dentro del mundo jurídico, es decir, se extingue y desaparece su aptitud para ser centro de imputación de derechos y obligaciones. Pero... es una extinción especial o condicionada, pues no genera la eliminación del sujeto de derecho en el mismo momento del otorgamiento de la fusión..., sino que recién ello se produce cuando se cancela la inscripción del contrato social en el Registro de Comercio... Ante una fusión... no se inicia la liquidación del patrimonio, pero sí entra en un estado de aletargamiento jurídico con paralización de toda su estructura funcional. A esta especial situación de desarticulación orgánica y de propiedades para actuar, la conceptuamos como una extinción societaria, aun cuando su personalidad jurídica, si bien técnicamente existente hasta que se cancela la matrícula en el Registro Mercantil, queda adormecida e inoperativa."³⁹¹

b) Administración de la sociedad. Cambio de administrador.

Hemos visto anteriormente, al tratar el instituto de fusión en la Ley de Sociedades Comerciales, las prescripciones que ésta realiza respecto de la administración societaria al momento de suscribir el acuerdo definitivo: salvo previo pacto en contrario, la administración y

³⁸⁸ Solari Costa, Ob. cit.

³⁸⁹ Otaegui, Julio C., Ob. cit.

³⁹⁰ Solari Costa, Ob. cit.

³⁹¹ Solari Costa, Ob. cit.

representación de las sociedades fusionantes disueltas estará a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o incorporante³⁹².

Por lo tanto, uno de los efectos más relevantes de la suscripción del acuerdo definitivo es la transferencia inmediata de la potestad administrativa desde las sociedades que se extinguen hacia la sociedad constituida o absorbente, lo cual se relaciona con la transferencia patrimonial a título universal que trataremos en párrafos subsiguientes.

Resulta interesante en este punto considerar la opinión del Dr. Efraín sobre el acto constitutivo de las sociedades en formación; para dicho autor, “[l]a sociedad es sujeto de derecho para proteger su propio patrimonio y los derechos de los terceros que contratan con el nuevo titular de derechos y obligaciones dirigidos a satisfacer su objeto, por lo que la determinación de la diversa naturaleza que puede revestir el acto constitutivo sólo tiene interés en cuanto a los efectos internos y de responsabilidad de los socios. Elegido ese medio técnico, cuando actúa como nuevo sujeto de derecho configura relaciones jurídicas externas e internas propias de una persona jurídica. El acto de constitución... implica no sólo la elección del medio técnico sino de su forma operativa -tipo-, que incide en las relaciones internas y externas”.³⁹³

Adelantamos asimismo la opinión de Solari Costa al respecto, quien opina que “[l]as consecuencias prácticas de lo afirmado son trascendentes. Por un lado, desde el otorgamiento del AF, es la sociedad continuadora la que toma exclusiva intervención en los negocios de la empresa transferida, asumiendo la titularidad de los activos y pasivos de la entidad fusionada; la continuadora, a su vez, es la que administra y la que debe cumplir con el conjunto de obligaciones de la antecesora, así como beneficiarse con los derechos de titularidad de aquella.”³⁹⁴

c) Constitución de nueva sociedad o reforma del estatuto de la absorbente

Al igual que en el punto anterior, remitimos a lo desarrollado sobre el instituto de fusión en la Ley de Sociedades Comerciales, la cual prescribe en su artículo 84 los requisitos aplicables a la citada consecuencia jurídica del acuerdo de fusión.

³⁹² “Salvo que en el compromiso previo se haya pactado en contrario, desde el acuerdo definitivo la administración y representación de las sociedades fusionantes disueltas estará a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o de la incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces la ejercitaban, a salvo el ejercicio de la acción prevista en el artículo 87”, Art. 84, párr. 4º, Ley N° 19.550 y modif.

³⁹³ Efraín, Hugo R. y otros, Ob. cit.

³⁹⁴ Solari Costa, Ob. cit.

No obstante, resaltamos una vez más que “[e]s en el acto de fusión donde se produce simultáneamente el nacimiento de la nueva entidad, junto con la extinción de las que se fusionan”³⁹⁵, sin solución de continuidad entre ambos efectos.

d) Traslado de la calidad de socios. Momento en que se es socio de la fusionaria.

Otro efecto del otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión lo constituye el cambio de la calidad de socio de una sociedad hacia la subsistente o hacia la nueva constituida. A partir de entonces, los nuevos socios de la fusionaria podrán ejercer sus derechos económicos y políticos dentro de la incorporante o, en su caso, de la nueva sociedad.³⁹⁶

Más específicamente, el estado de socio en la fusión se adquiere a partir desde la firma del acuerdo definitivo y no desde el día de la decisión del órgano de gobierno que resuelve favorablemente la operación.³⁹⁷

Por otra parte, “tampoco es necesario que se produzca la emisión de los títulos representativos de las acciones, ya que dicha emisión y confección de láminas -o asiento en las cuentas respectivas en el caso de acciones escriturales-, no es condición constitutiva de la calidad de socio, la que ya se adquiere una vez suscripto el acto de fusión. Se es socio en la continuadora, antes de la emisión de las acciones....”³⁹⁸.

Además, vimos oportunamente como requisito de nuestra Ley de Sociedades Comerciales que en el compromiso previo de fusión debe establecerse la relación de cambio entre las tenencias anteriores y las futuras a recibir, es decir, la **equivalencia o porcentual de valor** que representa en la nueva sociedad. Y al mismo tiempo, debe reflejarse el **momento** desde el cual los socios tendrán participación en la nueva estructura reorganizada, o lo que es lo mismo, desde cuándo habrán de participar en las ganancias y pérdidas de la sociedad continuadora.³⁹⁹

La decisión de este momento clave en el proceso de fusión societaria dependerá en gran medida de la fecha que se haya establecido como de **efectividad de la fusión a los efectos contables**. “Pues será ese momento el de trascendencia para el inicio de la asignación de las operaciones a favor de la sociedad continuadora; por lo que las ganancias o las pérdidas que ocurran a partir de ese entonces beneficiarán o perjudicarán a los socios acorde con su participación en la sociedad fusionaria. Implica esta aserción que la fecha de efectividad de la fusión a los efectos contables, puede ser válidamente tomada como la que regule el inicio de validez temporal de la relación de canje, y por tanto como la que corresponde a la distribución

³⁹⁵ Solari Costa, Ob. cit.

³⁹⁶ Solari Costa, Ob. cit.

³⁹⁷ Solari Costa, Ob. cit.

³⁹⁸ Solari Costa, Ob. cit.

³⁹⁹ Solari Costa, Ob. cit.

de dividendos, acorde con la nueva composición societaria de las entidades partes en el proceso”.⁴⁰⁰

e) Transferencia patrimonial en forma universal. Momento de la transferencia.

Hemos visto que en la fusión, la transferencia de los bienes se da **en forma universal**; esto significa que el traspaso del patrimonio desde las fusionadas hacia la nueva entidad continuadora no se lleva a cabo tomando aisladamente cada componente en forma singular, sino que todos los bienes se consideran como necesariamente pertenecientes a un mismo bloque; éste se traslada en forma unificada, incluyendo todos los activos y pasivos, los cuales quedan indisolublemente comprendidos en la adjudicación. La transmisión incluye la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, mediante un traspaso *inter vivos* en forma universal.⁴⁰¹

En otros términos, la transmisión de los bienes incluye el total del patrimonio, el cual se desplaza en forma unificada abarcando todos sus elementos, es decir **sin fragmentar**, y siempre a favor de una única beneficiaria. La Ley de Sociedades Comerciales lo establece expresamente en el artículo 82, e implícitamente en el artículo 84, párr. 3º.⁴⁰²

“La particularidad de la forma de transmisión universal, es que implica que la continuadora se hace cargo de las mismas relaciones jurídicas, que tenía su antecesora, por lo que en nada afecta la existencia de restricciones, que sí hubieran afectado de tratarse de una sucesión singular (garantías, pactos de preferencia o prohibiciones de enajenar, etc.).”⁴⁰³

En cuanto al **momento** en que se produce la transferencia descrita, tal como señalamos oportunamente, la norma positiva determina que se corresponde con el momento de la **inscripción registral**.⁴⁰⁴

No obstante, cierta doctrina se expresa contraria a esta prescripción, fundamentando esta postura con numerosos argumentos de variada índole.

En primer lugar, ya hemos comentado que desde el momento en que se origina el cambio económico contable de la sociedad extinguida hacia la continuadora, esta última suele disponer de los bienes a su propia decisión, teniendo posesión efectiva de ellos; esto resulta incoherente con afirmar que recién en un momento posterior (por ejemplo, la inscripción registral) tendrá

⁴⁰⁰ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁰¹ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁰² Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁰³ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁰⁴ “La nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad, o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante”, Art. 82, párr. 2º, Ley N° 19.550 y modif.

lugar la transferencia de esos bienes. En otras palabras, en la práctica de los negocios, al suscribirse el acuerdo definitivo de fusión (e incluso antes, a la fecha de los balances especiales de fusión), la sociedad absorbente o la continuadora hace uso del patrimonio y recibe la posesión de los bienes trasladados por fusión, sin importar la fecha futura de inscripción de la reorganización.⁴⁰⁵

Por otra parte, la misma norma societaria reconoce la posibilidad de inscribir bienes registrables en forma “preventiva” a nombre de la sociedad en formación⁴⁰⁶. También considera existentes los derechos y obligaciones de los socios nacidos en la suscripción del contrato constitutivo, antes de su inscripción en el registro mercantil⁴⁰⁷. Esto sería inconsistente con lo prescripto para el caso de las sociedades surgidas del proceso de fusión, donde se retrasa la titularidad de las relaciones jurídicas al momento de la inscripción mercantil.

Además, “en nuestro sistema societario registral, como regla general, los derechos no nacen en sede registral sino previamente. La inscripción no hace nacer el derecho (constituirlo), sino declararlo y oponerlo desde entonces *erga omnes*.”⁴⁰⁸

Es decir que en nuestro medio, la regla general es que “[l]a sociedad nace antes de su inscripción. Así también las reformas a los contratos o estatutos societarios, tienen validez antes de su registración, sin perjuicio de que en ambos casos alcancen la plenitud de efectos en el momento de la registración... Las relaciones jurídicas societarias tienen virtualidad jurídica antes de la inscripción del acto. La registración genera el efecto de la oponibilidad de la decisión hacia los terceros y el efecto de otorgar publicidad... Antes de la inscripción, los actos societarios carecerán, eventualmente, de eficacia con respecto a determinadas personas, pero no de validez intrínseca. O, dicho al revés, antes de la inscripción los actos son válidos pero no totalmente eficaces, o no eficaces con respecto a quienes no han participado de la resolución modificatoria y no han tenido conocimiento de ella... Queda dicho que el resultado principal de la registración consiste en dar publicidad al acto societario y en otorgarle a éste, plena eficacia *erga omnes* (oponibilidad).”⁴⁰⁹

El mismo criterio aparece en la jurisprudencia, al expresar que “[l]a inscripción registral de las modificaciones societarias tiene un carácter meramente declarativo, porque los actos jurídicos

⁴⁰⁵ Solari Costa, Ob. cit.

⁴⁰⁶ “Cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación.”, Art. 38, párr. 3º, Ley Nº 19.550 y modif.

⁴⁰⁷ “Los derechos y obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad.”, Art. 36, párr. 1º, Ley Nº 19.550 y modif.

⁴⁰⁸ Solari Costa, Ob. cit. Al respecto nos recuerda que “[l]a inscripción *declarativa* es, por regla general, aquella que no da existencia o nacimiento a la relación jurídica, sino que reconoce su existencia previa, agregándole alguna eficacia adicional, como ser la publicidad o la eficacia contra terceros que hasta entonces desconocían el nacimiento del acto jurídico societario. La inscripción declarativa genera la presunción *iuris tantum* de que el tercero conoce el acto jurídico en cuestión. En cambio, se entiende que la inscripción es *constitutiva* cuando recién con la registración del acto societario nace la relación jurídica entablada, la que hasta entonces no tenía existencia jurídica.”

⁴⁰⁹ Solari Costa, Ob. cit.

que las implementan generan sus efectos propios y la registración no es requisito de su validez, sino apenas de su oponibilidad para aquellos que desconocieron la transformación operada⁴¹⁰.

Extrapolando estos mismos conceptos al caso de fusión, "el acto jurídico que produce simultáneamente la extinción de las sociedades fusionadas y el nacimiento de la continuadora (fusión constitución) o la absorción por parte de la continuadora (fusión incorporación) es el... acuerdo definitivo... Implica también el momento del cambio de administradores y representantes, ya que desde entonces, la dirección de la entidad fusionada queda a cargo de la sociedad fusionaria... Y ese acuerdo de fusión no puede -en nuestro derecho positivo- carecer de virtualidad jurídica"⁴¹¹.

Dado lo anterior, se sostiene que "la postergación del momento jurídico de la traslación de los bienes [al momento de la inscripción registral] carece de sustento y contradice la realidad fáctica del negocio"⁴¹².

4.4.6. Otros efectos

Además de lo mencionado en párrafos precedentes, y a fin de resaltar una vez más la relevancia de este instrumento contractual, podemos identificar efectos adicionales del otorgamiento del acuerdo definitivo de fusión, los cuales surgen de leyes específicas regulatorias de institutos que exceden el marco legal societario de nuestra Ley de Sociedades Comerciales.

Tal es el caso de la normativa sobre Defensa de la Competencia. En efecto, la reglamentación de la Ley 25.156 (decreto 89/01) aclara que el plazo de una semana con que se cuenta para notificar la fecha de la conclusión del acuerdo (artículo 8, L.D.C.) corre en las fusiones de empresas, a partir de la suscripción del Acuerdo Definitivo de Fusión.⁴¹³

Finalmente, otro efecto destacable se da en el ámbito de la regulación cambiaria. Dicha normativa "contempla para los casos de fusiones que, a partir de la fecha de inscripción de la fusión en el Registro Público de Comercio, las operaciones de exportación de bienes y servicios pendientes de ingreso y liquidación en el mercado local de cambios y los anticipos y préstamos de prefinanciación de exportaciones pendientes de cancelación de las sociedades disueltas en el proceso de fusión, son consideradas como operaciones de la sociedad fusionaria o en su caso de la incorporante. En este sentido, las divisas de exportaciones de bienes realizadas por las sociedades disueltas pueden ser aplicadas indistintamente a la cancelación de préstamos de prefinanciación de exportaciones de las sociedades disueltas o de la fusionaria o incorporante, y

⁴¹⁰ "Racan S.A. c/Rohner, Augusto S. y otros s/cobro de sumas de dinero", 7/12/95, LL. 1997-A-416/7, 216 y 217.

⁴¹¹ Solari Costa, Ob. cit.

⁴¹² Solari Costa, Ob. cit.

⁴¹³ Solari Costa, Ob. cit.

viceversa, de acuerdo a las normas de carácter general vigentes en la materia, en la medida que se cumplan los requisitos establecidos en la Comunicación "A" Nº 4.110.⁴¹⁴

5. Análisis de aplicabilidad a sociedades no constituidas regularmente

5.1. Consideraciones generales

Tal como se desprende de los apartados anteriores, el instituto de fusión societaria previsto por nuestra Ley de Sociedades Comerciales se centra principalmente en operaciones que involucran aquellas entidades que respondan a alguno de los tipos societarios que la misma Ley contempla.

Es así entonces que la presencia de sociedades irregulares y de hecho como partícipes de una fusión empresarial divide a la doctrina en dos corrientes de opinión; la mayoría de los autores afirman enfáticamente que no es posible recurrir al instituto en cuestión cuando se trate de reorganizar sociedades no constituidas regularmente, puesto que en virtud de la precariedad de su personalidad, no sería razonable la correcta efectivización de un procedimiento tan complejo como el previsto por la norma positiva.

En el otro extremo, aunque en minoría, encontramos opiniones algo más flexibles, las cuales admiten este tipo de fusiones con la salvedad de que la sociedad resultante sea regular, o bien que previamente a fusionarse procedan a su regularización.

Ante la disparidad de posturas y la ausencia de estudios acabados sobre esta cuestión, en la presente sección analizaremos concretamente la aplicabilidad del instituto de fusión societaria para entidades no constituidas regularmente, en base a la información recabada y desde las perspectivas tanto societaria como tributaria a fin de ensayar una posible solución al asunto y entender si existe o no correlación entre las órbitas jurídicas mencionadas.

5.2. Aplicabilidad del instituto según la Ley de Sociedades Comerciales

5.2.1. Breve reseña sobre sociedades no constituidas regularmente

Resulta oportuno en este punto destacar las características fundamentales de las sociedades no constituidas regularmente, a los efectos de contar con un instrumental teórico-jurídico que nos permita más adelante contrastar el instituto de fusión societaria (pensado para sociedades regulares, las cuales están en condiciones de cumplir plenamente con los requisitos que dicho instituto impone), con la configuración de las sociedades irregulares y de hecho a los efectos de

⁴¹⁴ "Liquidación de divisas por cobro de exportaciones y pago de importaciones. Regulaciones Vigentes", Agosto 2006, extraído de <http://www.dentrode.com.ar>

destacar las capacidades y deficiencias que éstas presentarían en el hipotético momento de encarar un proceso de la envergadura del que nos ocupa.

Nuestra Ley de Sociedades Comerciales trata enteramente este tipo de sociedades en la Sección IV del mismo cuerpo normativo, entre los artículos 21 y 26, los cuales revisamos a continuación.

a) Definición

El artículo 21 de la LSC define a las sociedades no constituidas regularmente incluyendo dos especies distintas, por un lado las sociedades de hecho con objeto comercial y por el otro, la de los tipos autorizados aunque no constituidas regularmente. Esto significa que la Ley en principio distingue las sociedades de hecho de las sociedades irregulares, aunque a ambas la misma LSC les aplica idéntico régimen, detallado en artículos subsiguientes.

En otros términos, las sociedades de hecho son aquellas que no fueron instrumentadas por escrito, mientras que las sociedades irregulares han sido instrumentadas de acuerdo a alguna de las formas previstas pero no se han inscripto en el Registro Público de Comercio según ordena el artículo 7 de la Ley de Sociedades, interrumpiendo el *iter* constitutivo. Vemos que en ambos casos, la característica distintiva es la **falta de inscripción registral** como vicio de forma en su constitución, lo cual trae como consecuencia que la sociedad carece de legitimación para invocar frente a cualquier tercero los derechos que se fundan en el contrato de sociedad.

b) Responsabilidad de los socios

Como corolario de lo anterior, y según surge del artículo 23 LSC, los socios y quienes contratan en nombre de la sociedad quedan solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder oponer beneficios ni limitaciones que puedan surgir del contrato social. La obligación resulta así ilimitada, solidaria y directa; el socio queda en la posición de la sociedad y los terceros pueden actuar contra ésta y contra alguno o todos los socios a su elección.

c) Personalidad jurídica

Es plena, aunque precaria, debido a la facultad que tienen los socios de disolver la sociedad en cualquier momento. Además tiene la limitante de que la ley no les reconoce a estas sociedades patrimonio separado del de los socios.

El hecho de que la norma les imponga un régimen de representación y responsabilidad de los socios surge que la inoponibilidad del contrato constitutivo, tal como vimos anteriormente, y no como fruto de ninguna limitación a su personalidad.

d) Representación y administración

Dice el artículo 24 LSC que la administración y representación de este tipo de sociedades pueden ser ejercidas por cualquiera de los socios, sin necesidad de nombramiento o autorización expresa.

Las sociedades quedan así obligadas por los actos de sus socios, aunque resultasen ajenos a su objeto social. Aquí una vez más aplicamos el concepto de inoponibilidad del contrato constitutivo no inscripto, de manera que en tanto y en cuanto los socios actúen en nombre de la sociedad, no interesa la naturaleza ni objetivos del acto a los efectos de asignarle responsabilidad por el mismo.

e) Regularización

Según el artículo 22 LSC, la regularización de las sociedades irregulares o de hecho se produce por la adopción de uno de los tipos societarios previstos en el mismo cuerpo legal.

A continuación indica que la regularización no disuelve la sociedad, sino que la nueva sociedad regularizada la continúa en sus derechos y obligaciones, así como tampoco modifica la responsabilidad anterior de los socios.

f) Disolución

Al igual que en el caso de regularización, cualquiera de los socios de la sociedad no constituida regularmente puede exigir la disolución de la misma en todo momento (razón por la cual se califica a la personalidad jurídica societaria como precaria). Al mismo tiempo, también surge de la inoponibilidad del contrato constitutivo en lo referente al plazo estipulado de duración de la sociedad.

Es así que el pedido de disolución de la sociedad se equipara con la facultad del contratante para pedir la rescisión del contrato.

La disolución cobra vigencia en el momento en que el socio solicitante notifique su decisión a todos los restantes socios, excepto que tal como prevé el mismo artículo 22, la mayoría de los demás socios decida proceder a la regularización de la sociedad, cumplimentándose las formalidades correspondientes al tipo societario elegido.

Una cuestión no menor es la concerniente a la prueba de la sociedad en este eventual proceso disolutorio. Según el artículo 25 de la LSC, la existencia de la sociedad no constituida regularmente puede acreditarse por cualquier medio de prueba, y siendo que las sociedades irregulares cuentan con un documento constitutivo, consideramos que éste podría ser aquí oponible entre los propios socios, a los fines de por ejemplo exigirse mutuamente los aportes efectuados y la participación en las ganancias y pérdidas. En otros términos, asignamos vigencia a la autonomía de la voluntad al suscribir el acto constitutivo, y al exigir su cumplimiento *inter partes*.

5.2.2. Cotejo de requisitos del iter de fusión

Habiendo revisado las características distintivas de las sociedades no constituidas regularmente, en el presente apartado nos proponemos realizar un cotejo de dichas particularidades con lo oportunamente desarrollado para llevar a cabo el proceso de fusión societaria de acuerdo con la norma positiva. Concretamente, dijimos que el artículo 83 de la LSC detalla las exigencias legales que deben reunirse en forma previa a la efectiva constitución de la nueva sociedad, para cuyo detalle remitimos a la sección correspondiente.

Analizaremos a continuación cada uno de los mencionados requisitos aplicados al hipotético caso de fusión societaria con elementos no regulares.

a) Realización de un compromiso previo de fusión y suscripción del mismo por parte de los responsables de los órganos de administración de las sociedades fusionantes.

El CP de F es un instrumento de naturaleza contractual, que viene a plasmar las tratativas preliminares que realizaron hasta el momento de su suscripción los representantes de las sociedades a fusionarse, y que establece las bases sobre las que luego se decidirá la aprobación de la operación societaria.

En el caso de sociedades no constituidas regularmente, la representación de las mismas estaría a cargo de cualquiera de sus socios, según manda el artículo 24 de la LSC. Es así que las sociedades irregulares o de hecho a fusionarse quedarían **obligadas por cualquiera de sus socios al momento de suscribir el compromiso previo de fusión.**

Recordando asimismo que el socio representante no requiere ningún tipo de autorización específica para obligar a la sociedad en cualquier acto del que participe, consideramos que esta amplitud de capacidad de obrar podría ir en contra de los objetivos de la sociedad ya que cualquiera de los socios podría suscribir un acuerdo de esta envergadura **en forma inconsulta y unilateral.**

Hasta aquí vemos que la suscripción del CP de F como obligación contractual sería, desde el punto de vista de factibilidad técnica, **plenamente observable**, aunque el resultado podría llegar a ser **sumamente inestable** dada la innecesidad de nombrar representantes con poderes especiales y por lo tanto, se correría el riesgo de no cumplir con el objetivo primordial del documento, que es sentar precedente para continuar con el proceso fusionario sobre fundamentos firmes y compartidos por las partes involucradas.

Yendo en profundidad al contenido mínimo obligatorio (impuesto por la LSC) del CP de F, vemos que en su mayoría, los elementos requeridos legalmente **no son obtenibles** para las sociedades que nos ocupan.

En efecto, excepto el inciso a), la exposición de los motivos y finalidades de la fusión, los demás puntos a cubrir en el CP de F no se encuentran disponibles en una sociedad irregular o de hecho en la generalidad de los casos.

Por ejemplo, la confección de balances especiales de las compañías partícipes podría llegar a ser una tarea de imposible realización, dada la natural administración "promiscua" de este tipo de sociedades, no obligadas a llevar una contabilidad correcta y consistente desde el punto de vista técnico-tributario.

Y respecto del requisito de relación de cambio de las participaciones sociales, cuotas o acciones, salta a la vista que es un **concepto claramente inaplicable**, en especial para las sociedades de hecho donde no hay ningún tipo de instrumentación que regule el aporte de capital de sus integrantes. Y para el caso de las sociedades irregulares, si bien existe el contrato constitutivo no inscripto, éste no es oponible a terceros, por lo cual carece de toda validez al momento de efectuar el cálculo aritmético entre las participaciones de las entidades intervinientes.

Por otra parte, la ley no reconoce a las sociedades no constituidas regularmente, patrimonio separado alguno, por lo que mal podrían acordar las entidades fusionantes una relación de cambio de tenencias sobre un capital social jurídicamente inexistente.

Es entonces que si bien las sociedades bajo análisis gozan de plena capacidad para contratar por intermedio de sus socios, cuestión que incluye el CP de F, éste en principio no podría cumplir con los elementos que la LSC contempla para que dicho acuerdo sea representativo de la operación fusionaria a realizar, como medio válido para que sea conocida por todos aquellos que podrían tener un interés en ella.

b) Realización de asambleas de los órganos de gobiernos en cada una de las sociedades fusionantes para considerar dicho acuerdo, y aprobar o no la reorganización.

En este punto la Ley requiere que el compromiso previo de fusión y los balances especiales sean aprobados por el órgano de gobierno de todas las sociedades partícipes, con los resultados necesarios para la modificación del contrato social.

Vemos aquí nuevamente las consecuencias de la falta de inscripción registral de este tipo de sociedades inestables; este requisito no es observable debido a que no existen para estas entidades, órganos de gobierno jurídicamente reconocidos.

Al suscribir el CP de F por parte de cualquiera de los socios, todos ellos quedan obligados solidaria e ilimitadamente, por lo cual carecería de sentido someter a aprobación un acto que previamente ha obligado tanto a la sociedad como a cada uno de sus socios.

Y respecto del consenso a lograr con el fin de modificar el contrato social de las sociedades intervinientes, una vez más para el caso de las sociedades de hecho, esto es directamente imposible ya que no cuentan con ningún tipo de documento contractual constitutivo, fundamento de su inestabilidad característica.

Distinto y más complejo podría ser el caso de las sociedades irregulares. Aquí sí se cuenta con un instrumento emanado del acto constitutivo, que si bien como dijimos, no es oponible a terceros, sí lo es en nuestra opinión, entre los socios ante la eventualidad de su disolución. En este caso entonces, tendríamos por un lado la obligación suscripta por cualquiera de los socios, la cual incluiría un compromiso de modificación del contrato social (nunca registrado), y por el otro un documento contractual constitutivo, ininvocable contra terceros, pero plenamente válido *inter partes*, y que no puede ser modificado unilateralmente salvo rescisión.

Por todo lo cual podemos concluir que para el caso de las sociedades de hecho, el requisito analizado sería inobservable, pero en lo atinente a sociedades irregulares, podría ir más allá al generar incongruencias y ser así fuente de inseguridad jurídica, no sólo para los socios intervinientes sino también para terceros.

c) Publicidad.

Recordemos que en este inciso, la LSC exige la publicación del acuerdo de fusión, tanto en el diario de publicaciones legales como en un diario de gran circulación del país, respondiendo al principio de protección de los derechos de los terceros acreedores de las sociedades que intervienen en el proceso de reorganización tratado.

Vemos que en principio, este requerimiento sería de fácil cumplimiento; no obstante, la misma ley exige un cierto contenido a publicar que, como analizamos anteriormente, las sociedades

fusionantes no estarían en condiciones de observar, por ejemplo “los datos de inscripción en el Registro Público de Comercio de cada una de las sociedades”.

Es entonces que aun para este simple requisito, meramente procedimental, la falta de inscripción registral y la consiguiente inestabilidad societaria impide que pueda llevarse a cabo tal como manda el artículo 83 de la LSC.

e) Redacción del acuerdo definitivo de fusión.

Aquí la LSC prescribe que, habiendo transcurrido el plazo legal y sin mediar oposición de acreedores, las partes deben suscribir el acuerdo definitivo de fusión, para el cual establece el contenido jurídicamente obligatorio.

Es así que en operaciones fusionarias con sociedades no constituidas regularmente, este requerimiento estaría afectado de inestabilidad, de igual forma que consideramos para el compromiso previo de fusión, en lo atinente a la representación de las mismas por cualquiera de los socios y a la innecesidad de contar con autorización especial para obligar a la sociedad en este tipo de procesos.

En cuanto al contenido a reunir en dicho acuerdo, una vez más estaría sujeto a las mismas falencias que analizamos en apartados anteriores. Por ejemplo, las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión, que según dijimos carecerían de legitimidad puesto que no existen para estas entidades, órganos de gobierno jurídicamente reconocidos.

Finalmente, respecto del requerimiento de agregación de los balances especiales y de un balance consolidado de las sociedades que se fusionan, recordemos que a este tipo de sociedades no regulares, la Ley no les reconoce patrimonio propio, separado de los de sus socios. Mal podría entonces asignarse validez a un balance unificado de la sociedad resultante, ya que estaría suponiendo la legitimidad de los estados contables de cada una de las sociedades fusionantes; esto es jurídicamente inválido y no representativo de la realidad, puesto que los activos y las obligaciones permanecen en cabeza de los socios.

f) Inscripción registral en el registro público de comercio.

Para concluir el *iter* de fusión, se encuentra el requisito de la inscripción del acuerdo definitivo en el Registro Público de Comercio, para lo cual se deberá, previamente, inscribir el acto en el Registro que corresponde a la continuadora o nueva fusionaria, y luego llevar a cabo la cancelación de las inscripciones en los de las jurisdicciones de las fusionadas.

Para el caso que nos ocupa de sociedades no inscriptas, vemos que teóricamente nada impediría la inscripción registral de una nueva sociedad. No obstante, concluimos que ante la profusión de irregularidades detectadas en párrafos anteriores, sería extremadamente difícil

obtener ese nuevo contrato social a registrar y que el mismo sea aprobado por la autoridad pertinente. Además, no podría concluirse el *iter* fusionario tal como lo prescribe la LSC, atento a la imposibilidad de cumplir con la cancelación de inscripción de las sociedades que se extinguen.

5.3. Aplicabilidad del instituto según el Derecho Tributario

En el presente apartado nos proponemos comprender el grado de aplicabilidad del régimen de exención impositiva para los casos de reorganización societaria, cuando intervengan sociedades no constituidas regularmente; más específicamente, la figura de fusión instituida en el artículo 77, inciso a) de la Ley de Impuesto a las Ganancias, y el artículo 105, inciso a) del decreto reglamentario, para empresas que operan como sociedades irregulares y de hecho.

Atento a la ausencia de jurisprudencia fiscal en este ámbito en los últimos 20 años, carecemos de antecedentes recientes que puedan servir de fundamento para analizar el entendimiento de la autoridad pública al respecto, cuestión que sería de suma importancia dadas las gravosas consecuencias de una eventual aplicación errónea del instituto. Recordemos que el Fisco, según su resolución técnica N°2513/08, tiene potestad para revocar ciertas reorganizaciones con beneficios impositivos en base a criterios puramente técnicos.

Es por ello que nuestro análisis se centrará en extrapolar los conceptos explicados anteriormente para sociedades regulares, a casos en que intervengan sociedades irregulares o de hecho a partir de sus características fundamentales como sociedades inestables, en cuanto al alcance de la norma positiva y al eventual cumplimiento de requisitos de aplicabilidad.

5.3.1. Consideraciones previas

En primer lugar, antes de pasar a considerar las prescripciones de la Ley del Impuesto a las Ganancias para las reorganizaciones societarias, resulta necesario referirnos a los sujetos pasivos del gravamen, es decir, quiénes deben en definitiva tributar y con qué alcance.

En líneas generales, son contribuyentes las personas físicas (incluso los incapaces), y las personas de existencia ideal que la Ley considera sujeto pasivo; éstas son las sociedades que el artículo 69 de la LIG denomina "de capital". En cambio, no son contribuyentes las sociedades de personas no incluidas en dicho artículo (por ejemplo las sociedades de responsabilidad limitada), y por ende las ganancias que surjan de sus balances se atribuyen a sus socios, quienes son **contribuyentes a título personal**, según el artículo 50 del mismo cuerpo normativo.

De esta forma, vemos que en el caso que nos ocupa, tanto las sociedades de hecho como las irregulares **no tributan como sociedad** sino **en cabeza de sus socios**.

5.3.2. Alcance de la norma positiva

Tal como vimos oportunamente, la fusión societaria es enmarcada por la norma positiva tributaria en el concepto más amplio de **reorganización de empresas**. La misma Ley del Impuesto a las Ganancias expresa que los resultados que pudieran surgir como consecuencia de dicha reorganización no estarán alcanzados por el gravamen, no sólo cuando se trate de "sociedades" (concepto que remite a la Ley de Sociedades Comerciales) sino también cuando comprenda tanto fondos de comercio **como empresas y/o explotaciones** sin importar su naturaleza.

Si la Ley hubiese receptado solamente la reorganización de sociedades (propriadamente dichas), entonces sería sencillo concluir que la fusión de sociedades no constituidas regularmente no estaría alcanzada por la exención tributaria, ya que la LSC sólo entiende como sociedades a aquellas que se organizan conforme a alguno de los tipos que la misma Ley prevé.

No obstante, entendemos que al introducir a las "empresas y/o explotaciones" de cualquier naturaleza, está dando la pauta de que no pretende limitarse a ciertas entidades, sino que apunta a comprender todas las operaciones que de una forma u otra tiendan a adecuar las estructuras empresariales necesarias a los fines negociales y económicos.

Las sociedades irregulares y de hecho estarían entonces englobadas en esta categoría, en tanto cumplieren los requisitos establecidos por la reglamentación para su fusión.

En otro orden de cosas, recordemos que como corolario de la aplicación del instituto de exención impositiva, se reconocen beneficios impositivos para las sociedades fusionantes. No obstante, debemos notar que uno de los más relevantes, el traslado de quebrantos impositivos acumulables, no sería aplicable para casos de irregularidad societaria dado que éstos no existen en cabeza de las sociedades irregulares o de hecho sino en la de sus socios.

5.3.2. Factibilidad de cumplimiento de requisitos

Vimos oportunamente que las reorganizaciones societarias que aspiren a ser reconocidas como libres de impuestos deben reunir determinados recaudos, a los fines de desalentar las operaciones con objetivos exclusivamente fiscales.

Uno de estos requisitos es el mantenimiento de capital, según el cual el capital de la sociedad resultante de la fusión debe pertenecer en un determinado porcentaje reglamentario a los dueños de las sociedades antecesoras; a su vez, cada uno de los dueños de la nueva entidad debe retener ese mismo porcentaje de sus tenencias en las entidades antecesoras.

Consideramos que teóricamente este requisito sería asequible por parte de las sociedades no regulares a fusionarse. No obstante, el concepto capital social no estaría definido tan



claramente, como consecuencia de la inoponibilidad del acto constitutivo de las empresas irregulares, y de la falta de instrumento contractual en las sociedades de hecho.

Es así que como concepto abstracto, no habría inconvenientes en que se cumpla con este requisito en los casos estudiados; sin embargo, no poseemos antecedentes jurisprudenciales a los efectos de sostener con fundamento técnico, cuál sería el cálculo aritmético que el Fisco considera aplicable para determinar el porcentaje de mantenimiento de capital en la sociedad continuadora.

A nuestro entender, el cálculo debería hacerse sobre el patrimonio de las sociedades involucradas, que es lo que representa con mayor fidelidad la efectiva participación de cada socio en este tipo de sociedades inestables. Sin embargo, existen dictámenes de la autoridad fiscal sobre casos de fusión de sociedades regulares que consideran como parámetro el capital social efectivamente suscripto.

Por lo tanto, y ante el principio de prudencia que debemos respetar, podemos concluir que este requisito de mantenimiento de capital puede no ser cumplido por las sociedades no constituidas regularmente.

Finalmente, respecto de los requerimientos de permanencia en la actividad y de empresa en marcha, no vemos inconvenientes desde el punto de vista jurídico para su observabilidad por parte del tipo de empresa que nos ocupa.

Conclusiones

El crecimiento de las empresas puede lograrse a través de una variedad de acciones y procesos. Al mismo tiempo, las sociedades necesitan contar con las posibilidades jurídicas de cambiar y adaptarse ante los distintos escenarios que la economía impone.

Así, el presente trabajo se concentró en examinar las distintas facetas jurídicas del instituto denominado de “fusión societaria”, ateniéndose estrictamente al instrumento que nuestra Ley de Sociedades Comerciales define dentro de las alternativas de transformación empresarial. Y dejando de lado al mismo tiempo un sinnúmero de variedades negociales de concentración empresarial que no tienen cabida en esta regulación societaria, tales como la transferencia de paquetes accionarios.

Por lo tanto, como primera conclusión podemos observar que el marco legal que brinda nuestro derecho positivo, si bien útil para ciertas operaciones, resulta aún limitado y más allá de ciertos controles específicos como el realizado en el contexto de la ley de Defensa de la Competencia, no provee mecanismos jurídicos que otorguen el cauce legal por el que debe transcurrir el resto del abanico de transacciones concentradoras de empresas.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos visto que el proceso de fusión societaria se encuentra estrictamente regulado, tanto en sus pasos jurídicos como en los instrumentos que deben emplearse a estos fines. Analizamos asimismo la doctrina, que concluye al respecto que la naturaleza jurídica de la fusión es en definitiva la de un instituto autónomo, que no puede ser encasillado en los moldes convencionales de los actos corporativos o de los contractuales, dada la concatenación de hechos jurídicos que deben tener lugar para que el ordenamiento positivo considere que nos encontramos ante una “fusión societaria”.

Estudiamos además las características distintivas de este instituto, cuales son la disolución de uno o más entes societarios (con pérdida de su personalidad jurídica), la transferencia a título universal del patrimonio de las sociedades disueltas, y la adjudicación a los socios de las sociedades extinguidas, de partes sociales de la fusionaria.

Surgieron en este punto discrepancias entre la norma positiva y la doctrina, al analizar el momento en que se considera que la fusión se torna eficaz. La ley determina que el acto jurídico de fusión tiene validez desde su inscripción en el registro mercantil, mientras que la doctrina se encarga de destacar que esta aseveración no es coherente con el resto del ordenamiento jurídico societario, ya que éste define a la registración como declarativa y no constitutiva de derechos. Destacamos asimismo sugerencias para modificar este aspecto, y darle al acto de fusión la naturaleza constitutiva que en la realidad económica efectivamente tiene, considerando la concreta transferencia de la administración empresarial a la sociedad continuadora desde el mismo instante de su suscripción.

Otro punto de desacuerdo entre la ley positiva y la doctrina se concentró en la consideración de la fusión como causal de disolución, puesto que no existe procedimiento de liquidación que haga pensar que la fusión deba ser enmarcada de esta manera, sino más bien como “extinción sin liquidación”.

En lo relativo a la ley de Defensa de la Competencia, la introducción en la legislación argentina de un control previo de concentraciones de fusiones fue resaltado como un hecho muy importante; es decir que la norma positiva es en sí misma adecuada, sin embargo, aún no se ha implementado el mecanismo de Tribunal de la Competencia que la misma ley instaura, entre otras irregularidades, por lo que como hemos visto, sobresalen varias mejoras a realizar en este respecto tal como lo destacara recientemente la OCDE.

Seguidamente hemos conceptualizado la Diligencia Debida, como un proceso de investigación o auditoría que debe realizarse antes de que se concrete la operación fusionaria, con el objeto de detectar y cuantificar todas aquellas obligaciones y/o situaciones irregulares que en el futuro, ya sea por su incumplimiento o por no darle una adecuada solución, puedan tornarse fatales para los intereses de la operación. De lo cual se desprende que esta etapa no debe ser considerada como un paso meramente formal, sino que por el contrario, debe ser plenamente aprovechada al máximo para la prevención y manejo de eventuales conflictos futuros.

El alcance y duración de esta etapa de relevamiento dependerá de cada caso en particular y de la relación entre partes; no obstante, hemos presentado una guía básica de temas que no deberían ser desatendidos por parte del asesor letrado, incluyendo cuestiones de suma actualidad y relevancia jurídica tales como la legislación ambiental y la litigiosidad en materia laboral.

En la medida en que este proceso investigativo arroje como conclusión la conveniencia de la reorganización, recién ahí se comenzará a cumplir con los requisitos legales, que serán la etapa de ejecución de la fusión.

Más adelante, en el marco jurídico-tributario, vimos que las fusiones se ven agraciadas mediante normas permisivas en sus aspectos impositivos. El objetivo principal del instituto tributario de reordenamiento de sociedades es poder reacomodar las estructuras empresarias libre de impuestos; en otras palabras, consiste en remover los efectos tributarios derivados de las operaciones involucradas en el proceso reorganizativo, ya que lo contrario provocaría una alteración de las decisiones de los sujetos participantes, al gravar operaciones que en sí no implican ganancia alguna.

A tal fin, y como se ha desarrollado a lo largo del trabajo, se establece una minuciosa serie de requisitos que deben cumplir las empresas intervinientes, orientados a marginar de la tributación dichas operaciones y sus resultados, siempre que no impliquen en su esencia la transferencia de bienes a terceros.

Por otra parte, de la revisión de los mencionados requisitos que la regulación tributaria impone a los efectos de ampararse en este instituto de reorganización libre de impuestos, surge claramente que su aplicabilidad está estrechamente ligada a la realidad económica de cada caso en particular, y no es posible hacerlo extensible a la generalidad de las operaciones. En este sentido, la norma intenta desgravar aquellos procesos que verdaderamente impliquen una mera reorganización estructural, y no un aprovechamiento de ciertas circunstancias tributarias, como ser la absorción de empresas por el sólo hecho de poseer un quebranto impositivo que permita a la continuadora reducir su propio monto gravable. No obstante este atendible objetivo, podemos concluir que la norma puede resultar limitada y no lo suficientemente flexible como la economía real exige.

Por ejemplo, la ley societaria no pide identidad de objeto en las sociedades que participan en la fusión; sin embargo la norma tributaria requiere como condición para la exención de gravámenes, la identidad de actividades entre las empresas fusionantes. Tal exigencia parece desacertada, pues hoy en día es habitual la necesidad de concentrar empresas dedicadas a distintos rubros.

Finalmente se analizaron los documentos involucrados en el proceso fusionario, desde las negociaciones preliminares hasta el acuerdo definitivo de fusión, instrumento que una vez registrado, da por concluido el procedimiento. En líneas generales, dicho proceso transcurre por distintas etapas, inicialmente se tratan los temas acordados por las entidades y que tienen reflejo documental en el compromiso previo; luego cada asamblea u órgano de gobierno decide internamente la aprobación de la fusión, para entonces concretar el negocio entre las partes mediante la suscripción del mencionado acuerdo definitivo. En este aspecto, la norma positiva no regula la instrumentación de las tratativas preliminares, las cuales normalmente incluyen la carta de intención, a los efectos de plasmar el entendimiento de las partes y lograr un compromiso moral de continuar con el proceso, y el acuerdo de confidencialidad, documento clave para que la tan necesaria información societaria fluya entre las fusionantes y se logre un resultado exitoso.

Cerramos estas conclusiones con nuestras apreciaciones sobre la aplicabilidad del instituto de fusión societaria a las sociedades no constituidas regularmente.

En primer lugar, observamos que no hay una correlación estricta entre el ámbito de la normativa tributaria y el de la norma positiva en materia comercial. El espectro de casos que abarca la Ley del Impuesto a las Ganancias es necesariamente mayor que el de la Ley de Sociedades Comerciales, ya que incluye dentro de las posibilidades de reorganización libre de impuestos a los fondos de comercio y explotaciones de cualquier naturaleza. Mientras que la LSC se concentra en regular la operatividad de las entidades que la misma Ley define como Sociedades, es decir las que adoptan uno de los tipos societarios establecidos.

De esta forma, podemos concluir apriorísticamente que las sociedades irregulares y de hecho estarían amparadas como reorganizaciones exentas de tributación pero al mismo tiempo no estarían contempladas como sujetos válidos para una fusión societaria.

Yendo más en profundidad, destacamos numerosas características societarias que constituyen virtuales impedimentos para aceptar una fusión desde el estricto punto de vista de la LSC. En efecto, la inestabilidad propia de este tipo de sociedades y la inoponibilidad del respectivo contrato social (cuando existe) torna inasequibles muchos de los requisitos legales del *iter* fusionario, y en los casos en que podrían ser observables, la inseguridad jurídica que generarían sería de tal magnitud que podría afectar no sólo los intereses de los socios fusionantes sino también de los terceros con un interés en dichas entidades.

Por lo tanto, entendemos que el régimen de la sociedad no constituida regularmente excluye la viabilidad de un proceso fusionario, en razón de que no están en condiciones de afrontar los requerimientos legales del complejo proceso en cuestión. En otras palabras, la propia inestabilidad del procedimiento surgido de sociedades irregulares y de hecho hace que no sea sustentable para obtener una fusión jurídicamente aceptable.

Tampoco compartimos la postura doctrinaria que sostiene que es posible aplicar el instituto siempre y cuando la sociedad resultante sea regular, ya que ésta surgiría de un proceso que transcurriría por fuera de los carriles jurídicamente reconocidos por la LSC, y caería en una informalidad que no se condice con las prescripciones legales, las cuales están pensadas no sólo para seguridad jurídica de las partes intervinientes sino para todos los terceros involucrados o que tengan algún interés actual o potencial sobre esta operación.

No obstante, ante la intención de fusionarse, las entidades bajo estudio cuentan con el mecanismo de regulación, prevista por la LSC en su artículo 22, instituto al que podrían recurrir en forma previa a encarar el *iter* de fusión.

Para concluir, si bien en materia tributaria se observa una mayor amplitud que podría dar lugar a considerar como libre de impuestos un proceso fusionario entre sociedades irregulares o de hecho, consideramos prudente aplicar el mismo criterio que en materia comercial, es decir no proceder a la fusión societaria sin estar previamente regularizadas. Esto es debido a que la aparente discrecionalidad con que se podría interpretar la norma, es pasible de generar consecuencias gravosas para las sociedades intervinientes si es que el Fisco tomara parámetros de evaluación distintos de los elaborados por las partes, cuestión sobre la cual no podemos brindar un diagnóstico exacto atento a la falta de jurisprudencia en la materia.

Bibliografía

- Asorey, Rubén O., "Reorganizaciones empresariales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1996
- Bustamante Alsina, Jorge, "Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004
- Cámara, Héctor, "Derecho societario", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985
- Casinelli, Hernán, "Fusión de sociedades comerciales reguladas por la I.G.J.", Buenos Aires, 2007 extraído de <http://www.dentrode.com.ar>
- Efraín, Hugo Richard, "Derecho Societario", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000
- Efraín, Hugo Richard y otros, "Anomalías societarias", Ed. Advocatus, Córdoba, 1996
- Favier-Dubois, Eduardo (h), "Derecho societario registral", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994
- Foster Reed, Stanley y Reed Lajoux, Alexandra, "The Art of M&A – A Merger Acquisition Buyout Guide", McGraw-Hill, EEUU, 1999
- Halladjian, César, "Reorganización de empresas: nuevo régimen de comunicación y aprobación", en <http://www.errepar.com>
- Jiménez Herrera, Federico, "El proceso de transferencia de paquetes accionarios", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2007
- Krause Murguiondo, Gustavo A., "Régimen impositivo de las reorganizaciones empresariales", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005
- Lavia Haidempergher, Laura, "Adquisición de empresas y Prevención de conflictos", Revista Fraude Investigaciones & Disputas, BDO Becher y Asociados S.R.L., Buenos Aires, 2009
- López, Marta A., "Proceso de Due Diligence - Análisis Interdisciplinario de Aspectos Impositivos, Previsionales-Laborales, Legales y Contables", Aplicación Tributaria S.A., Buenos Aires, Julio 2010
- Macchiavello, Gabriel R. "Cláusulas ambientales, una nueva modalidad", Revista Energía y Negocios, Estudio Rattagan Macchiavello Arocena & Peña Robirosa, Julio 2008 extraído de <http://www.energiaynegocios.com.ar>
- Mascareñas Perez-Iñigo, Juan, "Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas", Ed. McGraw Hill, Madrid, 2000
- Nissen, Ricardo A., "Curso de Derecho Societario", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003
- Otaegui, Julio C., "Fusión y escisión de sociedades comerciales", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1976
- Palomares, Máximo J, "El abogado, en el proceso de due diligence", Noviembre 2007, extraído de <http://www.lagaceta.com.ar>

- Reig, Enrique J., "Impuesto a las Ganancias", Ed. Macchi, Buenos Aires, 1996
- Roca, Carlos, "Reorganizaciones societarias en Impuesto a las Ganancias", Diario *Ámbito Financiero*-Colección *Novedades Fiscales*, Buenos Aires, 2008 en <http://www.ambito.com>
- Roca, Carlos, "Tratamiento de las reorganizaciones societarias en los impuesto a las ganancias e impuesto al valor agregado", *Diario Cronista Comercial*, Buenos Aires, 2009 en <http://www.cronista.com>
- Rubiolo, Nicolás, "Reestructuraciones empresariales libres de impuestos", extraído de <http://www.rubioloyasociados.com.ar>
- Ruetti, Germán, "La interposición en la legislación impositiva argentina de los efectos derivados de la concentración y desconcentración empresaria internacional", *Asociación Argentina de Estudios Fiscales* en <http://www.aef.org.ar>
- Scolpatti, Leonardo, "Fusiones empresarias: qué se debe hacer para garantizar su viabilidad", Buenos Aires, 2008 extraído de <http://www.itpymes.com.ar>
- Senador Verna en "Antecedentes Parlamentarios Ley N° 25.063". La Ley S.A. Año 1999 N° 2
- Slosse, Carlos A., "Adquisiciones de empresas: auditorías contables, tributarias y legales ('Due Diligences')", *Revista "Enfoques-Contabilidad y Administración"*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000
- Solari Costa, Osvaldo, "El acto de fusión societaria", Ed. AdHoc, Buenos Aires, 2004
- Solari Costa, Osvaldo, "Mergers & Acquisitions. Concentraciones de empresas. Fusiones", Julio 2010, extraído de www.justiniano.com
- Tajan, Guillermina, "Derecho de la Competencia: Las recientes reformas al control de las concentraciones económicas", *Revista Doctrina Societaria*, Ed. Errepar, Tomo XII, N° 163, 2001
- Villegas, Héctor B., "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001
- Zaldívar, Enrique y otros, "Anomalías societarias", Ed. Advocatus, Córdoba, 1996
- Zunino, Jorge O., "Sociedades comerciales. Disolución y liquidación", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987

Artículos

- "Fusiones: se permite tenencia indirecta en holdings", extraído de <http://www.cronista.com>
- "Liquidación de divisas por cobro de exportaciones y pago de importaciones. Regulaciones Vigentes", Agosto 2006, extraído de <http://www.dentrode.com.ar>

"Los controles de la ley antimonopolio La norma sancionada ya rige para defender la libre competencia", Diario La Nación, Octubre 1999, extraído de <http://www.lanacion.com>

"OCDE evalúa críticamente a la política argentina de defensa de la competencia", Boletín de Defensa de la Competencia, Buenos Aires, 2006 extraído de <http://www.bomchill.com>

"Panorama actual de Derecho de Defensa de la Competencia en la Argentina", Boletín de Novedades Marval News N°50, Buenos Aires, 2006 extraído de <http://www.marval.com.ar>

"Reorganización de sociedades: habla el Ministerio de Economía" en <http://www.ambito.com>, Febrero 2007

Leyes y Decretos

Código Civil Argentino

Ley 19.550 y modif. – Sociedades Comerciales

Ley 20.628 t.o. 1998 y modif. – Impuesto a las Ganancias

Decreto N° 1.344/98 y modif. – Reglamentario Impuesto a las Ganancias

Ley 23.349 y modif. – Impuesto al Valor Agregado

Ley 25.256 – Defensa de la Competencia

Resolución General AFIP N° 2513, 4/11/08 – Información de reorganizaciones societarias

Jurisprudencia

"Atuel Fideicomisos S.A. c/Vicente Morales, Roberto", Juzg. Civ., Com. y Minas Nro.11, Mendoza, 13/10/98, VJ, 1999-34, Rep. LL, Julio 1999, p.117, nro.1562

"Banco de Crédito Argentino S.A. c/Cormaglia, Agustín P. y otros", Juzg. Civ., Comercial y Minas Nro.1, San Luis, 7/4/99, LL, Gran Cuyo, 1999-658

"Carabassa, I. c/Canale S.A.", CNCom., Sala B, 8/7/1977

"International Engines South America S.A.", Tribunal Fiscal de la Nación, Expte. N° 20.363-I, 22.12.04, en <http://www.tribunalfiscal.gov.ar>

"Racan S.A. c/Rohner, Augusto S. y otros s/cobro de sumas de dinero", 7/12/95, LL. 1997-A-416/7, 216 y 217.

Dictámenes

Dictamen N° 13/2002 Dirección de Asesoría Técnica, 15/1/02



Dictamen N° 14/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 1/1/01
Dictamen N° 15/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 7/5/01
Dictamen N° 25/2007 Dirección de Asesoría Técnica, 9/5/07
Dictamen N° 26/2004 Dirección de Asesoría Técnica, 5/5/04
Dictamen N° 32/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 22/5/03
Dictamen N° 36/2003 Dirección de Asesoría Legal, 3/7/03
Dictamen N° 39/2005 Dirección de Asesoría Técnica, 28/7/05
Dictamen N° 43/1995 Dirección de Asesoría Legal, 25/9/95
Dictamen N° 43/1995 Dirección de Asesoría Técnica, 25/9/95
Dictamen N° 48/2000 Dirección de Asesoría Técnica, 17/7/00
Dictamen N° 48/2002 Dirección de Asesoría Técnica, 30/4/02
Dictamen N° 57/2005 Dirección de Asesoría Técnica, 18/10/05
Dictamen N° 59/2006 Dirección de Asesoría Técnica, 25/10/06
Dictamen N° 60/2006 Dirección de Asesoría Técnica, 4/12/06
Dictamen N° 62/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 26/10/01
Dictamen N° 68/2007 Dirección de Asesoría Técnica, 24/10/07
Dictamen N° 82/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 12/12/03
Dictamen N° 84/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 24/10/01
Dictamen N° 84/2003 Dirección de Asesoría Técnica, 6/1/04
Dictamen N° 85/2001 Dirección de Asesoría Técnica, 2/11/01
Dictamen N° 90/1995 Dirección de Asesoría Técnica, 22/8/95
Dictamen N° 101/2002 Dirección de Asesoría Técnica, 19/12/02

Indice Temático

Introducción	3
1. Aspectos Jurídico–Societarios	6
1.1. Generalidades	6
1.2. Caracterización	7
1.3. La fusión en el derecho societario argentino.....	10
1.4. El proceso de fusión. Requisitos de la Ley de Sociedades Comerciales.....	11
1.4.1. Requisitos para la Fusión de Sociedades: ART. 83	12
1.4.2. Constitución de la nueva sociedad: ART. 84	24
1.4.3. Receso. Preferencias: ART. 85	27
1.4.4. Revocación del compromiso de fusión: ART. 86	27
1.4.5. Rescisión. Justos motivos: ART. 87.....	28
1.5. El proceso de fusión. La Ley de Defensa de la Competencia.....	29
1.5.1. Generalidades.....	29
1.5.2. El control de las concentraciones económicas	30
1.5.3. Notificación de las concentraciones económicas	30
1.5.4. Situación actual. Órgano de aplicación	32
2. Proceso de Diligencia Debida o Auditoría Legal	33
2.1. Generalidades	33
2.2. Momento de realización. Alcance.	34
2.3. Fuentes de información. Acuerdo de confidencialidad.....	35
2.4. La Auditoría Legal	36
2.4.1. Generalidades.....	36
2.4.2. Contenido del análisis	37
3. Aspectos Jurídico-Tributarios	46
3.1. Lineamientos generales sobre el marco tributario. Generalidades	46
3.2. Regulación tributaria de Sociedades	47
3.2.1. Marco conceptual. Impuesto a las Ganancias.....	47
3.2.2. La legislación impositiva argentina en materia de fusión societaria	49
3.2.3. Beneficios tributarios trasladables.....	68
3.2.4. Resolución de la reorganización	70
4. Aspectos Contractuales	72
4.1. Generalidades. El iter de fusión.	72
4.2. Los documentos precontractuales	72
4.2.1. El acuerdo de confidencialidad	73
4.2.2. La carta de intención o memorando de entendimiento.....	74
4.3. El compromiso previo de fusión (CP de F).....	77
4.4. El acuerdo definitivo de fusión (AF).....	78
4.4.1. Generalidades. Naturaleza jurídica.....	78
4.4.2. Forma.....	80
4.4.3. Vigencia temporal de la fusión	81
4.4.4. Efectos de su otorgamiento	83
4.4.6. Otros efectos	89
5. Análisis de aplicabilidad a sociedades no constituidas regularmente.....	90
5.1. Consideraciones generales.....	90
5.2. Aplicabilidad del instituto según la Ley de Sociedades Comerciales	90
5.2.1. Breve reseña sobre sociedades no constituidas regularmente	90
5.2.2. Cotejo de requisitos del iter de fusión	93
5.3. Aplicabilidad del instituto según el Derecho Tributario	97
5.3.1. Consideraciones previas	97
5.3.2. Alcance de la norma positiva	98
5.3.2. Factibilidad de cumplimiento de requisitos.....	98
Conclusiones	100
Bibliografía	104

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito. Debe ser conciso y específico”.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Meizoso, Laura Beatriz
E-mail:	laura_meizoso@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Aspectos jurídicos de las fusiones societarias
Título del TFG en inglés	Legal aspects of corporative mergers
Integrantes de la CAE	Dr. Marcos Alladio, Dr. Juan J. García
Fecha de último coloquio con la CAE	28/02/2011
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	“Aspectos jurídicos de las fusiones societarias.pdf” – Archivo Acrobat Reader

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Publicación electrónica:

Después de..... mes(es)

Firma del alumno