

## SUPRESIÓN DE LA FUSIÓN COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN SOCIETARIA

OSVALDO SOLARI COSTA

### **PONENCIA**

Se propone modificar la Ley de Sociedades en el sentido de que la fusión deje de ser causal de disolución de la sociedad, para configurar una forma especial de finalización de la persona jurídica, la que damos en llamar *extinción de la sociedad*.

Mientras no se reforme la ley, habrá que considerar esta causal de "disolución" en su justa medida y con su exacto sentido jurídico, por tener una fisonomía particular que la diferencia del resto de las disoluciones.

### **FUNDAMENTOS**

La Ley de Sociedades en su art. 94, inc. 7º, señala que la sociedad se *disuelve* por fusión en los términos del artículo 82. A su vez, el art. 82 determina que hay fusión cuando 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*.

Dentro de los elementos tipificantes de la fusión encontramos no sólo la transferencia universal del patrimonio y la continuidad del carácter de socio en la fusionaria de quienes lo eran en la fusionante, sino también la extinción de una o más sociedades, o sea de las transmitentes.

Nuestra ley —como muchas en el derecho comparado— ha encarado la extinción de la fusionante, como una causal más de disolución. Y ello es un error.

Si se coincide en que la disolución significa que una sociedad que se encuentra en su etapa productiva y de pleno cumplimiento de su actividad económica, y que por resolución de los socios o por causal de ley, deja de realizar esa actividad, para ingresar en un nuevo estadio que implica la liqui-

dación del patrimonio, realizando los bienes, pagando las deudas, y distribuyendo el remanente entre los socios; si por disolución entendemos eso y sólo eso, se debe coincidir en que la fusión no es causa de disolución de una sociedad.<sup>1</sup> Tal es así que los administradores, tras una disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación (art. 99, L.S.).<sup>2</sup>

Ni siquiera es válido afirmar que se trata de una *disolución sin liquidación*, pues es tan capciosa esa afirmación, como si en lugar de llamar “barco” a ese objeto que avanza en el agua, se expresara que es un “auto sin ruedas y que navega”.

Tras la fusión, la empresa como sustrato económico de la sociedad, no deja de perder su organización funcional, no deja de seguir su actividad pro-

<sup>1</sup> La opinión sobre el sentido e implicancias de la disolución es casi unánime. “La disolución no implica fin de la sociedad ni extinción de las relaciones jurídicas... pervive la organización social al solo efecto de la liquidación, satisfaciendo sus acreedores y repartiendo el saldo patrimonial entre los socios... la disolución quita a la sociedad su dinamismo, transformando la actividad de producción en actividad de liquidación; ésta adquiere un nuevo ritmo, no aspirando a obtener ganancias para distribuir las entre los socios, sino comenzando una función introvertida de autoexamen y realización del fondo social” (CÁMARA, Héctor: *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, TEA, Bs. Aires, 1957, p.190).

“La disolución de la sociedad es el fin de su actuación activa... la personalidad de la sociedad subsiste para llevar adelante su liquidación, período en el que sigue con su capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones” (HALPERÍN, Isaac: *Sociedades Anónimas*, Depalma, Bs. Aires, 1974, p.681).

“La disolución concreta otra distinción del contrato plurilateral, e inicia su extinción, que es un fenómeno complejo (disolución, liquidación, partición)... es un presupuesto para la apertura de un procedimiento” (COLOMBRES, Gervasio: *Curso de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1972, p.196).

“La disolución no supone la extinción inmediata de la sociedad sino el tránsito a la liquidación... la disolución detiene la existencia normal de la sociedad y abre su proceso liquidatorio...” (FARINA, Juan M.: *Tratado de Sociedades Comerciales*. Pte. Gral., Zeus, Rosario, 1978, p.479).

“Producida la disolución, la sociedad no se extingue; subsiste el sujeto de derecho, pero con las siguientes consecuencias: a) conserva la personalidad, al solo efecto de la liquidación; b) se modifica el objeto como consecuencia de la modalidad que antecede... producida la disolución, la entidad no puede realizar las actividades que se encuadraban en éste, sino solamente aquellas que tiendan a la realización del activo y cancelación del pasivo... reduciéndose a las operaciones liquidatorias; c) se produce un cambio en el régimen de sus relaciones internas” (ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael; RAGAZZI Guillermo; ROVIRA, Alfredo, y SAN MILLÁN, Carlos: *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1980, vol. IV, p.250).

<sup>2</sup> Es evidente que esta disposición no puede tener cabida ante una fusión.

ductiva, no pasa a la desintegración de sus componentes patrimoniales, ni a ningún tipo de liquidación.<sup>3</sup>

Lo que realmente ocurre tras la fusión, es la extinción de la sociedad, como categoría distinta a la disolución de la sociedad.<sup>4</sup>

En la fuente principal del derecho de fusión de la Unión Europea, es decir en el derecho alemán, se distingue la disolución —*Auflösung*—, de la extinción —*Erlöschung*—, quedando este último concepto para caracterizar lo sucedido con ocasión de una fusión.<sup>5</sup>

Y la distinción no es baladí. Los requisitos para resolver e instrumentar una disolución son distintos a los de una fusión. Si se afirma que la fusión implica disolución se debe ser coherente con ello y cumplir con los requisitos de cualquier otra disolución. Y ello sabemos que no ocurre. La misma ley se encarga de establecer algunas diferencias. Es así que el art. 83, párr. 5, L.S., prescribe que “cuando las sociedades que se *disuelven* por la fusión estén inscritas en distintas jurisdicciones deberá acreditarse que en ellas se ha dado cumplimiento al art. 98”. Es decir que se ha producido la inscripción registral. Pero también este último art. 98, impone la previa publicación en su caso, lo que ha tenido que ser eliminado por otra norma de la ley en la sección especí-

<sup>3</sup> En cambio, los titulares de la empresa adoptan la alternativa de disolverla, para dejar de ser empresarios, para “terminar” con la empresa. Porque están cansados, porque no les gusta más la actividad desplegada, porque es poco rentable, porque no va más, o por el motivo que fuera. Se acabó el negocio. En cambio con la disolución por fusión no ocurre esto, ya que la actividad productiva continuará como hasta entonces; reestructurada, agrandada o reducida, pero en cualquier caso con el objetivo de seguir adelante con la actividad. No sólo ello es así, sino que se tiene el objetivo —tras la reestructuración por fusión— de que la empresa mejore su rentabilidad y actividad productiva.

<sup>4</sup> OTAEGUI, refiriéndose a esta especial disolución, afirmó que “...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, a cuya normativa tuvo que recurrirse” (*Fusión y Escisión de Sociedades Comerciales*, Abaco, Bs. Aires, 1976, p. 80).

Queda evidenciado que coincide con la primera parte de su afirmación, pero no en cuanto a la derivación de que la fusión se asimila en este tema a la transformación.

<sup>5</sup> Las leyes alemana y austríaca —arts. 346.4 y 226.4, respectivamente— determinan que con la inscripción de la fusión en el Registro correspondiente a la absorbida, se extingue ésta sociedad, sin necesidad de tener que cumplir ningún otro trámite de disolución especial. El sentido de *Auflösen* es “disolver, liquidar”; en cambio *Erlöschen* significa “extinguir, dejar de existir” (Diccionario: *Wörterbuch Slaby- Grossmann*, Barcelona).

fica de la fusión, pues es evidente la innecesariedad de una nueva publicación: "...cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, que en ningún caso requieren publicación..." (art.84, 2º, párr., L.S.).

También la diferencia se aprecia ante los organismos de control, quienes tienen sus requisitos internos de registración de las disoluciones y que pueden ser sobreabundantes ante una fusión. Desde el pedido de informes hasta el de copias de escrituras. Todo esto debe ser revisto cuando la causal de extinción es una fusión.

Tal es así que inscribir una disolución no sólo tiene sus requisitos, sino que no produce la cancelación de la matrícula societaria; la sociedad continúa con su plena personalidad jurídica. Por el contrario, la inscripción de la fusión implica, para la sociedad fusionante, la baja de la matrícula, pues deja de existir como tal, deja de ser persona jurídica; y esto tiene sus implicancias prácticas que van más allá de una mera cuestión terminológica.

Las directivas europeas conscientes de que este tipo de extinción no es exactamente una disolución, en ningún caso piden que junto al acuerdo de fusión se realice un acuerdo de disolución, y que se cumplan las formalidades y requisitos de este último acto.<sup>6</sup>

En realidad, con la fusión no se quiere la disolución, porque no se desean las derivaciones habituales que ella implica; sólo se quiere la fusión. Los empresarios probablemente se enterarán por sus asesores que la fusión implica disolución, pues hasta en el léxico de los negocios, la disolución tiene otras derivaciones que las que acarrea la fusión.

La desaparición de la sociedad se produce en forma automática por el pacto de fusión, sin necesidad de previa disolución y sin su secuela obligada cual es la liquidación. Más que disolverse la sociedad, lo que ocurre es la conclusión de su personalidad jurídica, con alteración del elemento societario y extinción como sujeto de derecho.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Valga como referencia lo establecido por la moderna ley española de sociedades anónimas, que dice que "la fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad anónima nueva implicará la *extinción* de cada una de ellas... Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en igual forma los patrimonios de las sociedades absorbidas que se *extinguirán*..." (art. 233), y que "una vez inscrita -la fusión- en el Registro Mercantil competente, la escritura de constitución por fusión o de absorción, se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, conforme a lo previsto en el Código de Comercio, y se cancelarán los asientos registrales de las sociedades *extinguidas*" (art. 245).

<sup>7</sup> Con otro enfoque, se ha afirmado que debe modificarse el concepto de disolución para que en lugar de ser considerada como un momento jurídico en la vida de la sociedad, que da lugar al inicio de la liquidación, se entienda por disolución a un proceso que comienza con el acontecer de ciertos actos y finaliza con la cancelación de la

Por tanto se propone modificar la Ley de Sociedades en el sentido de que la fusión deje de ser causal de disolución de la sociedad, para configurar una forma especial de finalización de la persona jurídica, la que damos en llamar extinción de la sociedad.

Mientras no se reforme la ley, habrá que considerar esta causal de "disolución" en su justa medida y con su exacto sentido jurídico, por tener una fisonomía particular, que la diferencia del resto de las disoluciones.

---

inscripción registral. Según esta tesis ello explicaría por qué ciertas causales de disolución, como la fusión o la escisión propiamente dicha, no dan lugar a la liquidación. En este orden de ideas expresa Zunino que "producido el necesario replanteo dogmático, y eliminada en consecuencia la idea de "disolución sin liquidación", no sólo se liberará de una pesada carga a la elaboración del concepto de disolución, sino que también quedarán eliminados de nuestro sistema contradictorias elaboraciones como la que hoy supone el incluir la fusión entre las "causales" de disolución, pero aclarando que lo es en los términos del art. 82 (art. 94, inc. 7) para dejar a salvo las profundas diferencias de efectos y características entre ésta 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" (ZUNINO, Jorge O.: *Sociedades Comerciales. Disolución y liquidación*, t. 2., p.15, Astrea, Bs. Aires, 1987).

De mi parte, si bien lo relatado guarda coherencia con las ideas generales del autor citado, lleva a alterar innecesariamente el concepto de disolución, pues en lugar de excluir como causal de disolución a la fusión, sin alterar la esencia de la misma — que es lo que propongo—, se busca ampliar su esencia para dar cabida a la fusión dentro de lo que Zunino entiende es un proceso disolutorio.