

Conclusión

Las fusiones, escisiones y transformaciones deben considerarse válidas desde el acuerdo de reorganización, y no desde su inscripción registral. Esto implica que para los socios, la sociedad y los terceros que han tomado conocimiento de la transformación, fusión o escisión, el acto es eficaz desde entonces, y no recién desde la inscripción. Esta opinión se funda en: a) lo preceptuado por el art. 12 de la ley de sociedades y concordantes -60, 77 inc 3°, 84, 86, 233, 3er. párr.-; b) el carácter declarativo de nuestras inscripciones registrales societarias -salvo norma expresa en contrario-; y c) la naturaleza de las reorganizaciones societarias.

Introducción

El artículo 12 de la ley de sociedades ha generado divergentes opiniones. El mismo regula los efectos que producen las modificaciones al contrato societario que aún no han sido inscriptas. Las personas involucradas son los socios, la sociedad y los terceros.

En nuestro parecer dichas modificaciones son válidas y eficaces no sólo con respecto a los socios (otorgantes o no del acto), sino también con respecto a la sociedad y con respecto a los terceros que han tomado conocimiento de la modificación, opinión que por otra parte es la predominante en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Valor de las registraciones societarias

La respuesta a cuál es la validez y cuáles las consecuencias que originan las modificaciones a los contratos societarios no registrados, depende de la decisión que el legislador adopte en cada caso concreto.

Nuestro sistema societario registral se ha inclinado por considerar -regla general-, que las registraciones societarias no son constitutivas, sino declarativas¹. De lo contrario no se generarían consecuencias jurídicas hasta la inscripción; la misma ley se encarga de precisar que hay efectos antes de ello. “La inscripción en el Registro Público de Comercio de la modificación del contrato social, tiene carácter declarativo y no constitutivo, como consecuencia de ello, el acto modificado existe como tal, proyecta sus efectos propios, sin que pueda perjudicar a los terceros”².

¹ Favier Dubois, Eduardo (h). “Funciones registrales y efectos de las inscripciones”. Ponencia V Congreso de Derecho Societario. TII, p. 171. Fernández y Gómez Leo. Tratado de Derecho Comercial T II, p.35.

² C7 CC Córdoba, 25-9-84. La Ganadera de Jesús María SA c. Crozza Osvaldo P. 985-219.

Significa esto que las relaciones jurídicas nacen 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 publicidad³.

Carecerán eventualmente de eficacia con respecto a determinadas personas, pero no carecerán 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 efecto principal de la registración consiste en dar publicidad al acto societario y en dar al mismo, plena eficacia “erga omnes” (oponibilidad).

Primeras opiniones luego de la sanción de la ley 19550

Los primeros comentaristas de la ley de sociedades de 1972, siguiendo las huellas de las prestigiosas opiniones de Halperín, consideraron que la sociedad en su primera instancia de existencia (sociedad en formación), carecía de personalidad jurídica y hasta su inscripción, nada -o casi nada- existía para el mundo jurídico⁴. Con alguna morigeración, parecida afirmación se percibe con respecto a las modificaciones no registradas⁵.

El crecimiento y la autonomía del sistema societario argentino, fue independizándose de sus antecedentes europeos (en especial el francés), para volcarse hacia la aceptación de la personalidad jurídica de la sociedad aún antes de su inscripción (arts 38,183, 184 LS). Lo mismo ocurre con respecto a la interpretación del art. 12 LS, con respecto a la eficacia de las modificaciones al contrato cuando aún no se encuentran inscriptas.

Análisis de art. 12 LS

En forma muy sucinta, daremos nuestra opinión sobre la interpretación de la norma citada, remitiendo en cuanto a argumentos más extensos a los trabajos citados precedentemente⁶.

Comienza el artículo de esta forma: **“Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes”**: significa que con respecto a los socios que otorgaron el acto, el mismo es eficaz aún antes de su inscripción; también significa que obliga a los socios que no lo otorgaron, pues las resoluciones societarias, conforme a la ley y al contrato social, son obligatorias para todos sus

³ Adrogué Manuel y García Cuerva, Héctor: La publicidad Registral de la constitución y disolución de las sociedades comerciales y de las modificaciones al contrato social. LL 1978-D-1035. Varela, Fernando y Cerávolo, Angel. Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes, a los no otorgantes y a la sociedad. LL 1996-C-1446. Escuti y Richard: La sociedad comercial y las modificaciones no inscriptas. RDC y de las O. Agosto 1978, p. 711.

⁴ En fecha no lejana -1988-, así se expide la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Telecolor SA c/ Provincia de Catamarca.

⁵ Por ejemplo, en Riello, Manuel c. Grimaldi SA. C.N.Com.Sala B. 9-4-1980, LL 1980-B-651; o Varesini, Carlos c. Siesa SA . C1a. CC La Plata, Sala II, 19-6-1984, LL 1985-B-455.

⁶ Ver notas 3 y 7.

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) miembros (cif. art. 233, 3er párr LS, art. 60 LS). Por el mismo motivo también la sociedad queda obligada, pues no puede ser ajena a la decisión que tomó su propio órgano de gobierno. Lo dicho vale para todos los tipos sociales.

“Son inoponibles a los terceros; ..” Efectivamente, este es el gran efecto de la falta de inscripción del acto: el mismo no es eficaz con respecto a terceros. Pero nuevamente aparece la pregunta: ¿todo tipo de terceros?, ¿aún aquellos que conocen la modificación?. La negativa a esta última pregunta se impone, pues si el efecto de la inscripción, es el de otorgar publicidad y oponibilidad, debe considerarse que el acto ya es eficaz con respecto al tercero que ha adquirido conocimiento de su existencia aún antes de su inscripción (para él ya está publicitado). En síntesis la lectura de esta oración debe ser la siguiente: son inoponibles a los terceros que desconocen el otorgamiento del acto.

“.. no obstante éstos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada”. El sentido de esta frase es que los terceros que desconocen el otorgamiento de la modificación, no pueden -una vez enterados de la misma- invocarla contra la sociedad, a excepción del caso de la sociedad colectiva, y demás tipos personalistas.

Eficacia de los actos de reorganización, antes de su registración. Transformación, fusión y escisión.

Lo afirmado precedentemente tiene hoy en día aceptación casi unánime de parte de la doctrinaria y la jurisprudencia⁷.

Pero no ocurre lo mismo cuando llega el momento de analizar la validez de las reformas que implican transformar a la sociedad o fusionarla o escindirla. Ante estos cambios societarios, las opiniones son prácticamente unánimes en negar eficacia a las reformas societarias originadas en las reorganizaciones antes de la inscripción, aún entre partes otorgantes, sociedad y terceros concededores del cambio estructural. En este sentido se argumenta que en estos casos la modificación no adquiere plenitud hasta su registración, o que la seguridad del tráfico jurídico así lo impone, o que el nuevo tipo social o la sociedad continuadora por fusión o escisión no tienen eficacia hasta su inscripción, o que no es válido sostener la existencia de dos tipos sociales diferentes. Son argumentos que no se fundan en normas concretas de la ley y mucho menos en la naturaleza y en las necesidades prácticas temporales de la eficacia de las reorganizaciones citadas.

La naturaleza jurídica de la transformación, fusión o escisión de una sociedad (ya sea considerada como un acuerdo de voluntades, o un acto corporativo o so-

⁷ Amás de los autores citados en nota 3: Nissen Ricardo A.: Sobre la necesidad de modificar las normas previstas por la ley 19550 en materia de registración de actos societarios. LL 1989-E-866., quien afirma que: “De ello se desprende que la inscripción en el Registro Público de Comercio tiene efectos de publicidad frente a terceros; pero entre los mismos otorgantes del acto, y frente al sujeto de derecho nacido como consecuencia del acto fundacional nada obsta a la plena invocación de las cláusulas contractuales establecidas entre ellos” y Jurisprudencia: C. N. Com Sala A. LL 1975 A-315; Ruberto, Guillermo c/Bieckert SA: CNCom. sala D, 27-10-82 LL 1983-D-589; C.N.Com. Sala B: Financiera Baires SA c/ Kuperman Juan, 25—8-77, LL 1979-B-408. C7a. CC Cdba. La Ganadera de Jesús María SA c.Crozza, Osvaldo P. 25-9-84 LLC 985-219. CN Com. sala C, 31-10-1995., Transporte del Tejar SA c/ Pérez, Manuel LL 1996-B-373.

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) cial, o un negocio complejo o un acto de configuración autónomo, o más aún una modificación estatutaria, como lo propicia la doctrina italiana y la moderna española)⁸, no sólo no impide que se les aplique el mismo criterio de validez y eficacia que al resto de las modificaciones, sino que es lo que corresponde acorde con su propia esencia.

En nuestro parecer no se percibe motivo alguno, para que en todas las demás modificaciones estructurales de las sociedades, tenga plana aplicación la interpretación del artículo 12 LS, tal como ha sido explicado precedentemente (y aceptado en forma casi unánime por autores y jueces) y no en lo atinente a las modificaciones que implican transformar, fusionar o escindir la sociedad.

La fusión y la escisión

Similitudes con la sociedad en formación

Con general consenso se acepta la existencia, personalidad jurídica y capacidad para actuar de la sociedad en formación, es decir aquella que ha sido constituida y aún no inscrita -sin haberse desistido del proceso-, aún con restricción de su oponibilidad a terceros⁹.

En coherencia con ello, se debe también aceptar la existencia, personalidad y capacidad de la sociedad surgida de una fusión “constitución”, o de una escisión-fusión-constitución, o de una escisión-segregación o de una escisión-división, con la misma restricción de oponibilidad a terceros, mientras no esté registrada. Pero no con mayores desvalores.

Tras el cumplimiento de los pasos del proceso fusionario, se produce la extinción de las sociedades que se concentran y el nacimiento de una nueva continuadora, aún con anterioridad a la registración.

La posibilidad de que la ley permita una demanda de rescisión del acuerdo definitivo de fusión, por justos motivos, por parte de cualquiera de las sociedades hasta la inscripción registral, no altera la propuesta, pues al no ser nuestro sistema societario registral convalidatorio de los vicios preexistentes, también es factible demandar la nulidad de los actos jurídicos societarios luego de su inscripción. En otras palabras: también existe la posibilidad de demandas de rescisión, resolución o de otro corte después de la inscripción registral. Por otra parte, si la misma ley acepta que se pueda rescindir el acuerdo de fusión, es porque acepta que es válido desde su formulación, y que produce algún tipo de efecto jurígeno.

Existe una sola disposición introducida por la reforma de la ley 22903 de 1983, que da pie a la opinión de que la inscripción en estos casos es constitutiva: el art. 82, 2º párrafo LS, que determina que la transferencia de los bienes en la fusión,

⁸ Solari Costa, Osvaldo. Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de Sociedades. p. 141.

⁹ Y eventualmente alguna restricción a su pleno funcionamiento orgánico. Favier Dubois (h), propone la necesidad de unanimidad en las decisiones de socios o la imposibilidad de distribución de dividendos, por falta de libros individualizados. Favier Dubois, Eduardo (h), Derecho Societario Registral. Ad Hoc, p. 154. De todas formas, los socios no deben apartarse de las reglas establecidas en el contrato social; la sociedad en formación no es una sociedad irregular.: CNFed. Civ. y Com, sala II, 31-3-95 Chemical Bank c/Chemical Argentina LL 1996-A-149.

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) tiene lugar en la inscripción. Ya hemos criticado anteriormente esta disposición¹⁰, que se contradice con el momento que la misma ley considera como de extinción y de cambio de administradores de la sociedad fusionada (lo que tienen lugar en el acuerdo definitivo de fusión y no en la inscripción).

Acuerdo definitivo de fusión.

En la fusión, el acto jurídico que produce simultáneamente la extinción de la sociedades fusionadas y el nacimiento de la continuadora (fusión constitución) o la absorción por parte de la continuadora (fusión incorporación), es el acuerdo definitivo de fusión (art. 84, párrafos 1 y 2, LS). 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 (art. 84, párr. 4, LS). A su vez debe implicar el traspaso universal de los bienes que componen el patrimonio de las extinguidas, hacia la continuadora (reitero la crítica a la norma actual).

El derecho de recesso, se puede ejercer antes de la inscripción registral. También antes de la registración puede vencer el plazo para ejercer este derecho. Es este otro ejemplo que demuestra que acordada una fusión o escisión no se puede negar la existencia de efectos entre partes aún antes de la inscripción.

La realidad de los negocios exhibe, que las sociedades fusionadas -o escindidas- actúan internamente con su nueva organización, antes de que se inscriba la reorganización. A los fines contables, las imputaciones patrimoniales se efectúan antes de la inscripción; lo mismo ocurre con respecto a la comunicación que hay que suministrar a la DGI sobre la reorganización y en lo concerniente al cambio de administración.

Por tanto, carece de sentido afirmar la ineficacia de la fusión o escisión antes de la registración, inter partes, para con la sociedad, y para con terceros que la conocen. Aún ante la equivocada prescripción del art. 82, 2º párrafo LS, la que debe ser reformulada e interpretada con coherencia dentro del resto del sistema.

Los efectos de la fusión -o escisión- deben producirse “uno acto”, pues como resulta de la 3a. Directiva europea -arts. 17 y 19-, la fusión produce simultáneamente e “ipso iure”, la transmisión universal, la concentración de socios y la extinción de las sociedades fusionadas. “Todos estos efectos deben referirse a una misma fecha que la legislación de cada estado tiene libertad para fijar”¹¹.

¹⁰ Solari Costa, O. Momento de la transferencia del patrimonio en el caso de fusión. Congreso Arg. de Derecho Comercial 1990, T 2, p.295. Fusión y Escisión, cit.... p. 365.

¹¹ Sánchez Olivan, José. La fusión de sociedades, p. 149. Este autor, luego de propiciar que las sociedades deben tener libertad para fijar la fecha de efectividad de la fusión, expresa que, “en cuanto a la fecha más tardía para fijar la efectividad, parece que no puede ser posterior a la fecha de la escritura, porque cuando ésta se otorga, todos los problemas han tenido que ser resueltos, y no existirán, por lo general, razones que aconsejen su aplazamiento” ob cit. p. 154.

Efecto de la transformación.

Lo mismo cabe decir para la transformación de la sociedad. Nada autoriza a restar plena eficacia al otorgamiento del acto de transformación aún no inscripto, entre los socios, la sociedad y los terceros concededores de dicho otorgamiento. Por los motivos expresados precedentemente tampoco es causal para negar eficacia preregistrada, el hecho de que el acuerdo social de transformación (asamblea o reunión de socios) pueda ser dejado sin efecto mientras no esté inscripto o que caduque a los tres meses si no se inscribió. Pues por un lado lo habitual es que esto último no ocurra, pero sobre todo porque la misma ley otorga plena eficacia a las decisiones asamblearias más allá de su posterior instrumentación y registración (art. 233, 3er. párr. LS), y sobre todo más allá de que esas decisiones asamblearias puedan también ser dejadas sin efecto o anuladas.

Vale decir que no es argumento, para negar eficacia al acto de transformación no inscripto, el hecho de que el mismo pueda quedar sin efecto antes de su inscripción.

Más aún, si el acuerdo de transformación puede ser dejado sin efecto, o si caduca por el transcurso del tiempo, ello implica que surte efecto antes de su inscripción; de lo contrario, con el sólo hecho de no inscribirlo, sería suficiente para que no surtiera efecto alguno. No vemos por qué aceptar la oponibilidad entre partes (y para la sociedad y terceros concededores del acto) de reformas sumamente trascendentes del contrato social, y no ante un cambio de tipo social.

Confeccionado el balance especial, realizado el acuerdo de transformación, y otorgado el acto que instrumente la transformación, se debe considerar que la transformación ha tenido lugar y es válida; también es eficaz ante los socios, la sociedad y los terceros que la conocen, aún cuando reste, para su plena eficacia “erga omnes”, la inscripción del documento en el Registro de Comercio. Lo afirmado guarda coherencia con la aceptación de la existencia de la sociedad en formación. También con el reconocimiento que da la ley al nacimiento de derechos aún antes de la inscripción -o supresión por el paso del tiempo, como ser el derecho de recesso-

Conclusión.

Con respecto a los socios, la sociedad y los terceros concededores del otorgamiento del acto, la fusión, escisión o transformación de la sociedad, debe considerarse válida y eficaz desde ese momento y no recién con la inscripción registral. La registración producirá el remanente de efectos, como lo establece el art. 12 LS.