

## **¿LA SOCIEDAD IRREGULAR O DE HECHO PUEDE PARTICIPAR EN UNA FUSION DE SOCIEDADES?**

*Luisa Isabel Borgarello y Gonzalo Alberto Bustamante*

### **Síntesis**

Se plantea en este trabajo la posibilidad de que una sociedad irregular o de hecho participe en una fusión societaria. Sostenemos que la personalidad jurídica de esta categoría legal residual es suficiente para afirmar que por una cuestión de economía procesal y hasta de sentido común no resulta necesaria la previa regularización de las sociedades irregulares o de hecho para intervenir en un proceso de fusión societaria o de fusión por absorción siempre y cuando esas sociedades fueren las absorbidas. Esta afirmación no lesiona los derechos de los acreedores, de los socios ni de los terceros sino que implica una mayor seguridad jurídica en los procesos de reorganización societaria.

### **1. Introducción**

El derecho debe estar siempre alerta a las nuevas realidades, y facilitar los procesos económicos y los fenómenos que acompañan a la empresa moderna, sin que se afecte la seguridad jurídica necesaria para el correcto funcionamiento de los mercados y de la sociedad toda. Y la fusión de sociedades es un importante exponente de este proceso de concentración y reorganización societaria.

Es una realidad ineludible, que en el marco de la reactivación económica que ha vivido nuestro país en los últimos años, numerosas sociedades irregulares o de hecho, han intentado o intentan formar parte de los procesos de reorganización mencionados.

Si bien una parte de la doctrina no desconoce la posibilidad de que estas sociedades tomen parte de los procesos de fusión, al que acotaremos nuestro análisis en el presente trabajo, requeriría que las

mismas se regularicen de manera previa o concomitante <sup>(1)</sup>. Desde nuestra perspectiva tal requisito no es necesario.

Lo que estamos planteando, es que al decidir la sociedad irregular o de hecho la fusión, en verdad resuelve su disolución pero sin liquidación. Luego, al adoptar uno de los tipos previstos por la ley, en el marco del proceso de reorganización (fusión), la misma cumplimenta con los requisitos de forma que adolecía previamente, que es en última instancia, el fin querido por la ley, esto es, la seguridad jurídica que implica para los socios y los terceros, la inscripción de la sociedad regular en el Registro Público de Comercio.

Razones de economía procesal y sentido común, indican que la solución que advertimos es la más adecuada, además de implicar un tracto abreviado, tendiente a materializar la verdadera voluntad de los socios (principio de preeminencia de la realidad), en el marco de un proceso de reorganización societaria.

Limitamos claro, esta posibilidad, a la hipótesis de fusión en que dos o más sociedades de hecho o irregulares se disuelven para constituir una nueva que se inscribe, como para la hipótesis de la fusión por absorción, pero solo para el caso de que la sociedad irregular o de hecho sea la absorbida y no la absorbente.

## 2. La personalidad de las sociedades irregulares y de hecho

No es el objeto de esta ponencia ahondar en el análisis de las vertientes doctrinarias referidas a la personalidad jurídica de estas sociedades, pero estimamos procedente para fundamentar nuestra propuesta, señalar algunos aspectos relevantes atinentes a la cuestión.

El derogado art. 296 del Código de Comercio consideraba que las sociedades irregulares o de hecho carecían de personalidad jurídica, resultando las mismas válidas para el pasado pero nulas para el futuro <sup>(2)</sup>.

---

(1) Romero, José Ignacio, *Sociedades irregulares y de hecho*, Depalma, Bs. As., 1982, p. 197.

(2) El derogado art. 296 establecía: "La sociedad que no se haga constar por escrito, y cuyo instrumento probatorio no se haya registrado, será nula para el futuro, en el sentido de que cualquiera de los socios podrá separarse cuando le parezca; pero producirá sus efectos, respecto de lo pasado...".

Por su parte, el legislador en la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (L.S.C.), calificó como “precaria” y “limitada” a la personalidad jurídica de las sociedades irregulares y de hecho, receptando de tal modo la posición doctrinaria mayoritaria vigente en la época. Lo primero (“precariedad”) porque habrán de disolverse cuando cualquiera de los socios lo requiera (art. 22 de la L.S.C.) y lo segundo (“limitación”) porque esta personalidad no producirá la plenitud de sus efectos normales.

Entendemos que ninguna de las dos circunstancias señaladas hacen a la “precariedad” o “limitación” de la personalidad de estos entes, ya que la posibilidad de inmediata liquidación por decisión de los socios está autorizada también para las sociedades comerciales regulares en el art. 94 de la L.S.C., y la limitación que derivaría de su incapacidad de adquirir bienes registrables, estaría igualmente desmentida por la realidad, la jurisprudencia y las disposiciones de ciertas jurisdicciones<sup>(3)</sup>.

Compartimos igualmente la posición adoptada por Richard y Muiño<sup>(4)</sup>, en el sentido de que la personalidad no tiene grados, se tiene o no personalidad, pero no es acertado hablar de una personalidad “precaria” y “limitada”. Los autores mencionados califican tales términos como “poco felices” y reconocen “... *la existencia de una única personalidad para todos los tipos...*”<sup>(5)</sup>, esto es, una tipicidad de primer grado, derivada de lo dispuesto en el art. 1° de la L.S.C., diferenciada de una tipicidad de segundo grado, reservada para las sociedades regulares.

En nuestro actual sistema societario, sin duda las sociedades irregulares y de hecho tienen plena personalidad jurídica, y así ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, observando sólo una incapacidad de derecho específicamente prevista en la Ley, esto es, en el art. 26 última parte L.S.C., referida a la limitación respecto a la titularidad de bienes cuyo dominio requiere registración.

---

(3) Richard, Efraín Hugo, *Relaciones de organización. Sistemas societario*, Academia Nacional de Derecho, Ed. Advocatus, Cba., 2007, ps. 114 y 115.

(4) Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel, *Derecho societario*, Astrea, Bs. As., 1997, p. 907.

(5) Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel, ob. cit., ps. 906 y 907.

Ahora bien, y si de acuerdo a lo referido precedentemente tales entes tienen capacidad para actuar en tanto sujeto de derechos, no cabe generar una incapacidad de derecho donde la ley no lo hace, esto es, en cuanto a la posibilidad de que tales sociedades participen en un proceso de fusión. La ley no lo prohíbe <sup>(6)</sup> y no existe ningún obstáculo para ello <sup>(7)</sup>.

Por otra parte, los procesos de reorganización societaria no constituyen un fenómeno propio de las sociedades comerciales, sino de las personas jurídicas en general. Así, se ha admitido la reorganización (fusión y escisión) de asociaciones civiles, fundaciones, cooperativas, etc. En tal sentido, no se advierten inconvenientes para que las sociedades de hecho o irregulares, en tanto, sujeto de derechos, con personalidad propia, puedan formar parte de los procesos de reorganización societaria, aún cuando una parte importante de la doctrina manifieste su opinión en contrario <sup>(8)</sup>.

### **3. El régimen de publicidad y oposición de la fusión como garantía para los socios y terceros**

Entendemos que la regularización de una sociedad irregular o de hecho de manera previa o concomitante al proceso de fusión, nada aporta en cuanto una mayor garantía para los socios y los terceros.

El régimen de publicidad que impone el art. 83 inc. 3 de la L.S.C., propio de la fusión, de publicar avisos por tres días 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, es más agravado respecto de la publicidad del art. 10 de la L.S.C., propio de la regularización, esto es, un día en el diario de publicaciones legales correspondiente, lo que indudablemente constituye una garantía mayor para los socios y los terceros.

---

(6) Romero, José Ignacio, ob. cit., p. 197.

(7) Muguillo, Roberto A., *Sociedades irregulares o de hecho*, Gowa, Bs. As., 1997, p. 123.

(8) Nissen, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales*, Abaco, Bs. As., 1996, t. I, p. 248 y ss.; Roitman, Horacio, *Ley de sociedades comerciales*, La Ley, Bs. As., 2006, t. I, p. 448 y ss..

Debemos destacar además que el régimen de oposición de los acreedores en la fusión, previsto en el párrafo final del inc. 3 del art. 83, refuerza la referida garantía a los acreedores, ya que si bien esta no impide la prosecución de las operaciones de fusión, no podrá otorgarse el acuerdo hasta veinte días después del plazo de quince establecido para el ejercicio de las oposiciones, a fin de que los oponentes que no fueran desinteresados o debidamente garantizados por las fusionantes puedan obtener embargo judicial.

En relación al requisito de la publicidad del art. 83, inc. 3, punto a), que establece dentro de los elementos que se deben incluir en la misma a "... los datos de inscripción en el Registro Público de Comercio", requisito que sirve de argumento, ante la imposibilidad fáctica de contar con el mismo, en el caso de las sociedades irregulares o de hecho, para que algunos autores sostengan la imposibilidad de que estos entes puedan participar de estos procesos.

Por nuestra parte, consideramos que tal requisito no debe ser considerado como ineludible, ya que el legislador al introducir el mismo, lo que ha pretendido, es la individualización e identificación fundamentalmente por parte de los terceros de la o las sociedades que participan en este proceso de reorganización societaria<sup>(9)</sup>. Por lo tanto, se considera suficiente y hasta más adecuado a los fines propuestos la identificación de las mismas (sociedades irregulares o de hecho) a través de la razón social o denominación, sede social y el número de CUIT, en reemplazo éste último (el CUIT), de los datos de inscripción

---

(9) Al respecto la doctrina italiana ha señalado que "aún cuando la Suprema Corte se ha inclinado por exigir la regularización de los entes que intervienen, al expresar que no es posible proceder a una fusión de sociedades en el sentido del art. 2501 del Código Civil en el caso de que una de las partícipes sea una sociedad irregular o de hecho, por tanto no registrada, no pudiendo darse curso a los requisitos previstos en los art. 2502 y ss. del Código Civil, en especial a los efectos de la publicidad que debe tener la deliberación de la fusión en resguardo del derecho de oposición de los acreedores sociales". Pero la doctrina prevalente critica esta decisión, afirmando que "la dificultad técnica *supra* mencionada, prevista en el art. 2502, inc. 3 del Código Civil, no representa un obstáculo insuperable..." (V. Messineo, Francesco, *Manual de derecho comercial*, EJEA, Bs. As., 1995, p. 563, citado por Solari Costa, Osvaldo, en "Fusión y escisión nacional y transnacional de ...", p. 128).

en el Registro Público de Comercio. Baste decir a este respecto que el CUIT constituye en última instancia un importante elemento diferenciador de todos los entes sociales.

#### 4. La disolución de la sociedad irregular o de hecho en el marco de la fusión

El art. 82 de la L.S.C. establece 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.

Por su parte, el régimen establecido en el art. 22 de la L.S.C. establece dos alternativas, o la regularización o la disolución. En el caso de la disolución, el artículo mencionado establece que “cualquiera de los socios de la sociedad no constituida regularmente puede exigir la disolución. Esta se producirá a la fecha en que el socio notifique fehacientemente tal decisión a todos los consocios, salvo que la mayoría de estos resuelva regularizarla... con cumplimiento de las formalidades correspondientes al tipo y se solicite su inscripción...”. Señala al respecto Zunino: “... *producida una causal de disolución, los socios tienen una alternativa, cual es disolver el ente o regularizarlo adoptando uno de los tipos previstos, pero la sociedad irregular no puede subsistir*”<sup>(10)</sup>.

Al decidir la sociedad irregular o de hecho la fusión, en verdad resuelve su disolución sin liquidación. Luego, al adoptar uno de los tipos previstos por la ley, en el marco del proceso de reorganización (fusión), la misma cumplimenta con los requisitos de forma que adolecía previamente. La seguridad jurídica que implica para los socios y los terceros, la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio, implícitamente implicaría una suerte de “regularización” por la fusión, que es en definitiva “*el fin querido por la normativa fundado en el principio de la conservación de la empresa*”<sup>(11)</sup>.

---

(10) Zunino, Jorge Osvaldo, *Régimen de sociedades comerciales. Ley 19.550*, Astrea, Bs. As., p. 98.

(11) Muguillo, Roberto A., ob. cit., p. 123.

En tal sentido, la ley no sólo impone la inscripción del acuerdo definitivo de fusión en el Registro Público de Comercio <sup>(12)</sup>, sino que en el caso de la fusión para la constitución de una nueva sociedad, por imperativo del art. 84 primer párrafo de la L.S.C., la sociedad creada, debe cumplimentar con las formalidades que correspondan al tipo adoptado y en el caso de la fusión por absorción se debe cumplimentar con todas las normas atinentes a la reforma del contrato o estatuto de conformidad a lo dispuesto por el art. 12 de la L.S.C..

Carece de sentido regularizar (expresamente) a una sociedad para luego disolverla, es más, la regularización es exactamente el camino inverso al seguido por una sociedad al resolver su fusión (disolución sin liquidación). El art. 22 de la L.S.C. aclara que en la regularización “no se disuelve la sociedad irregular o de hecho”. Razones de economía procesal y sentido común, indican que la solución que advertimos es la más adecuada, además de implicar un tracto abreviado, tendiente a materializar la verdadera voluntad de los socios (principio de preeminencia de la realidad), en el marco de un proceso de reorganización societaria.

Por último, debemos destacar que dentro de los requisitos incluidos en el compromiso previo de fusión, se encuentra la preparación de un balance especial de fusión para cada sociedad, el que debe ser elaborado como un estado de situación patrimonial similar al requerido (por los organismos de control) para la regularización, y al que se le aplican los mismos criterios y principios, no resultando necesario, por tal motivo, la existencia de libros rubricados.

## **5. Derecho de receso o retiro de los socios**

El art. 83 inc. 2 de la L.S.C. dispone que el compromiso previo de fusión y el balance especial deben ser aprobados por las sociedades participantes en la fusión. Así, deben cumplimentarse los recaudos necesarios según el tipo de sociedad fusionante de que se trate.

En el caso que nos ocupa, esto es, para las sociedades irregulares o de hecho resulta de aplicación el art. 22 en lo pertinente, por imperio

---

(12) Art. 83 inc. 5 de la L.S.C.

del 21 de la L.S.C. Así, la decisión de fusionarse debe ser adoptada por mayoría de socios, y no de capital, por lo que debe contarse un voto por persona. En cuanto a los socios disconformes con tal decisión, se plantea la cuestión si se aplica el derecho de receso al que remite el art. 85 de la L.S.C., o bien al de retiro de socios del art. 22 de la L.S.C. Cualquiera sea la solución que se adopte, permite que los socios que votaron contra la decisión de fusión tengan derecho a una suma de dinero equivalente al valor de su parte, lo que indudablemente constituye una solución por aplicación de los principios generales de la reorganización societaria.