

EFICACIA DEL ACUERDO DEFINITIVO DE FUSIÓN ANTES DE SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL

OSVALDO SOLARI COSTA

PONENCIA:

Aún antes de llevarse a cabo la inscripción de la fusión, la suscripción del Acuerdo Definitivo (ADF), genera amplios efectos jurídicos desde su otorgamiento, es decir aún antes de que se lo registre. Al menos para con la sociedad, los socios y para con aquellos a quienes de una manera u otra, se les ha notificado su otorgamiento. La aceptación de este postulado determina en forma coherente que en el acto de fusión, se produce a): el traslado del carácter de socio hacia la fusionaria de quienes lo eran en la fusionada extinguida; b) la extinción –si bien condicionada– de la fusionada; y c): el cambio de los administradores y el traspaso de los bienes, derechos, créditos y obligaciones hacia la sociedad fusionaria –esto último de *lege ferenda*–.

DESARROLLO

1.- Las inscripciones societarias en nuestro medio tienen efecto *declarativo*, es decir que por regla general, las registraciones mercantiles no dan nacimiento a la relación jurídica, sino que reconocen su

existencia previa, agregándole alguna eficacia adicional, como ser la publicidad o la oponibilidad contra los terceros que hasta entonces desconocían el nacimiento del acto jurídico societario. No es *constitutiva*, pues la relación jurídica, no nace con la registración. Al suscribirse el ADF, se generan –en nuestro derecho positivo– importantes efectos jurídicos, lo que demuestra por sí mismo que el acto es intrínsecamente válido.

2.- Prueba cabal de lo afirmado es que la sociedad nace antes de su inscripción, ya que la llamada regularidad (art. 7 LS), trae como consecuencia otorgar plena vigencia a la estructura orgánica y funcional de la entidad, pero no “crear” la entidad¹; ya no se duda que la sociedad constituida que aún no ha sido inscrita es “en formación” y no irregular, y no hay duda de la similitud que existe entre la “sociedad en formación” y la creada mediante una “fusión constitución”. Así también son válidas las reformas a los contratos o estatutos societarios aún antes de su registración, correspondiendo resaltar la similitud que existe cuando se produce cualquier “reforma de un contrato social”, con la modificación generada en una “fusión por absorción”; sin perjuicio de que ambos supuestos alcancen la plenitud de efectos en el momento de la registración. La inscripción conlleva el efecto de la oponibilidad de la decisión hacia los terceros y el efecto de otorgar publicidad. También genera una presunción de legalidad, pues es función del registro mercantil verificar la legalidad de la documentación que se le presenta a inscribir. Pero no implica la “creación” del negocio jurídico societario.

3.- Con respecto a las modificaciones de los contratos societarios, el art. 12 LS, dice en su primera parte que: **“Las modificaciones no inscritas regularmente obligan a los socios otorgantes”**: significa ello –tal como lo hemos expuesto con anterioridad²– 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 miembros (cif. art. 233, 3er párr. LS; art. 60 LS). Por el mismo motivo también la sociedad queda obligada, pues no puede ser ajena y desconocer la decisión que tomó su propio órgano de gobierno. Lo dicho vale para todos los tipos sociales. Luego expresa la norma: **“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 que desconocen su otorgamiento, pues con respecto a los terceros que han adquirido conocimiento de su existencia, también es eficaz para con ellos aún antes de su inscripción (para ellos 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. Luego se lee en el citado art. 12 LS: “...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.

4.- La doctrina mayoritaria, acepta en forma casi unánime, la validez de las modificaciones de los contratos no inscriptos, en las condiciones relatadas. Pero discrepa cuando se analiza la validez de las reformas que implican fusionar a la sociedad, -o en su caso escindir-la-. Ante estos cambios estructurales 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. Sin embargo los argumentos que niegan validez al ADF desde su otorgamiento, no tienen sustento normativo y mucho menos concuerdan con la naturaleza y con las necesidades prácticas de la eficacia de las reorganizaciones. La naturaleza jurídica de la fusión o de la escisión de una sociedad, no sólo no impide que se les aplique el mismo criterio de validez y eficacia que al resto de las modificaciones (artículo 12 LS), sino que es lo que corresponde acorde con su propia esencia y con la normativa específica (arts. 84, 1er., 2º y 4º párr.; 87 LS).

5.- Lo afirmado vale 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, pues los efectos de la fusión - o escisión- deben producirse en el mismo momento, “*uno acto*”³.

NOTAS

1. Se puede agregar también que así como para los comerciantes individuales, la matrícula genera algún beneficio, pero que no los convierte en tales, de la misma manera la matrícula de la sociedad, le otorga ciertos beneficios, pero no impide que la entidad ya sea sociedad antes de su inscripción. “Los órganos sociales en la sociedad en formación, no difieren en cuanto a su organización y competencia a lo determinado en las sociedades inscriptas”. Cesaretti, Oscar y Crespo, Daniel M. La representación en la sociedad en formación. V Congreso de Derecho Societario. FESPRESA. Córdoba 1992. T. I., p. 456.

2. SOLARI COSTA, Osvaldo, *Eficacia de las reorganizaciones antes de su inscripción*. VII Congreso Argentino de Derecho societario. Bs. As., 1998, T. I, p. 79. En el mismo sentido: VARELA, Fernando y CERÁVOLO, Ángel. *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. 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. Recientemente Horacio P. Fargosi ha expresado que no cabe otorgar fuerza vinculante a las modificaciones del estatuto de las sociedades anónimas, hasta tanto no medie la inscripción en el Registro de Comercio con el control de legalidad que resulta del art. 167 LS. Funda su opinión en que de acuerdo a una interpretación coherente del sistema societario, el art. 12 LS, no debe aplicarse a las sociedades anónimas. Argumenta también que el no cumplir los requisitos legales y fiscales posteriores a la asamblea, le quita fuerza vinculante a la decisión. "Sobre la reforma no inscrita del estatuto de sociedades anónimas", *La Ley*, 28 de agosto de 2000, p. 1 a 3. Al respecto opinamos -en contra de tan prestigiosa autoridad- que el mismo art. 12 LS, cuando quiso diferenciar su campo de aplicación acorde con los tipos sociales así lo hizo en su segunda parte, por lo que la primera debe aplicarse a todos los tipos incluyendo la SRL y SA. Además en lo que hace al segundo argumento -falta de control de legalidad y fiscal-, no parece ser esa la solución de nuestro sistema societario registral, donde la sociedad en formación tiene casi plenos efectos vinculantes desde su constitución; donde la sociedad de hecho y la irregular propiamente dicha, tienen personalidad, aún cuando no han cumplido los requisitos legales y fiscales, y donde en un sistema de legalidad como el argentino -salvo contadas excepciones expresamente establecidas por las respectivas leyes-, los contratos tienen validez desde su formalización aún cuando se deban posteriormente cumplir requisitos de control de legalidad por parte de los organismos de registración -inscripción de inmuebles, embarcaciones, contratos asociativos, etc.- y posteriores cumplimientos de deberes fiscales -impuesto de sellos, ganancias, IVA, etc.-

3. Tal 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": SÁNCHEZ OLIVAN, José. *La fusión de sociedades*, p. 149. Aún en sistemas donde la inscripción tiene efectos constitutivos, se afirma como ocurre en el caso español, que "en cambio en la fusión por absorción, la cuestión es distinta, pues como ha señalado Cámara, la sociedad absorbente goza de personalidad jurídica independiente de la fusión, y tampoco está dicho que el aumento de capital consiguiente (como en general ningún aumento de capital) necesite para su eficacia su inscripción en el Registro. Así cabe afirmar que se producen en todo caso los efectos contractuales propios de la fusión, es decir, que la fusión queda perfeccionada entre las sociedades, sin perjuicio de que su plena eficacia esté subordinada a la inscripción en el Registro Mercantil." GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. Javier, *La fusión en la ley de sociedades anónimas*. En: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*. Trivium, Madrid 1990, p. 879.