

Fusión. Sociedad de hecho y sociedad anónima. Transmisión de bienes

Dictamen elaborado por la escribana PILAR M. RODRÍGUEZ ACQUARONE y aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 30/12/2013.

1. Doctrina

- *La fusión está definida por el artículo 82 de la Ley de Sociedades como el proceso mediante el cual 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. 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.*
- *La transmisión de los bienes en la fusión se realiza en forma universal sin consideración de los bienes particularmente determinados. Esta forma de transmisión se aplica inclusive a los bienes inmuebles.*
- *La fusión por absorción puede realizarse entre dos sociedades entre las cuales la absorbente sea una sociedad regular y la absorbida en forma total sea una sociedad irregular o de hecho. En el caso de que se absorba una sociedad de hecho, la misma fusionará todo su patrimonio, que estará compuesto por los bienes que la misma sociedad explotaba o utilizaba para su explotación, lo que será materia de prueba.*

2. Antecedentes

Se presenta la escribana S. a los efectos de solicitar que la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires emita dictamen.

Relata la escribana S. que el inmueble cuyo título de adquisición se trae a esta consulta

... está comprendido en una fusión de una sociedad de hecho y una sociedad anónima. La segunda absorbe totalmente la primera. La fusión por absorción entre la anónima y la SH fue instrumentada por escritura pública del 21 de septiembre de 1998. La posible observabilidad del título, según otro colega, radica en que, si bien el inmueble está incluido en el balance consolidado de fusión que se adjunta e inscribe, donde consta detallado en sus datos con nomenclatura catastral, hectáreas y designación, no hay una descripción detallada del inmueble en la escritura de fusión.

Podría sostenerse, según lo hace un colega de la provincia de Santa Fe, que falta de título de transmisión de los condóminos a la sociedad anónima por fusión, ya que la sociedad de hecho no podría ser titular de bienes registrables.

Adelanta su opinión en el sentido de la no observabilidad del título por los siguientes motivos:

- 1) Hay doctrina, entre los que se encuentran los escribanos Norberto Benseñor y Osvaldo Solari Costa, que sostiene que las sociedades de hecho pueden ser titulares de bienes registrables.
- 2) Hay doctrina, entre los que encontramos a Pérez Cassini, Rovira, Solari Costa, Skiarski, y jurisprudencia administrativa, tanto en Capital como en provincia, que acepta la fusión de la sociedad de hecho con una sociedad típica.
- 3) Si consideramos que la fusión es posible jurídicamente y que las sociedades de hecho pueden ser titulares de bienes registrables, entonces le debemos aplicar el procedimiento de la fusión y considerar que la transferencia del derecho real de dominio se perfecciona mediante el título (causal y formal), que es la fusión elevada a escritura pública, y el modo, que es la entrega de la posesión a la sociedad absorbente.

La escribana S. manifiesta que

... la transferencia del derecho real se realiza en el proceso de una transmisión universal de los bienes de la sociedad de hecho que se disuelve a la sociedad anónima que absorbe a la sociedad de hecho.

Al firmar la escritura de fusión, los condóminos titulares de dominio ratifican el balance (donde constan pormenorizadamente

los bienes de la sociedad de hecho), que integra la escritura y es inscripto en la IGJ. Asimismo, transfieren por fusión todos los bienes en forma universal, lo que surge del texto del compromiso previo de fusión que elevan a escritura pública y firman todos.

Creo –dice la escribana S.– que la manifestación de voluntad en este sentido está clara. Se refieren a la transferencia de todos los bienes de la sociedad de hecho que se disuelve a la anónima.

A mayor abundamiento, hay una ratificación de la fusión en el expediente de la IGJ, firmada por todos los integrantes de la sociedad de hecho.

La consultante agrega dictamen de la IGJ en el sentido de aprobar la inscripción de los bienes que fueron fusionados en forma universal en el RPI.

Finalmente, aclara que el inmueble se encuentra inscripto en el RPI a nombre de la SA por fusión, por el oficio que fue ordenado por IGJ.

Adjunta documentación relacionada.

3. Consideraciones

El escribano Osvaldo Solari Costa ha escrito al respecto¹:

La ley de la materia, cuando da el concepto de fusión en su art. 82, no exige expresamente que las sociedades sean regulares.² Más aún, la misma Ley de Sociedades procura la regularización de esta modalidad societaria, por considerarla a la irregularidad como disvaliosa. Se puede, pues, simultáneamente a la regularización –realizada ésta expresa o implícitamente– y aún cuando dicho acto no se encuentra inscripto, llevar a cabo una fusión entre la sociedad que se regulariza y otra sociedad regular o también irregular. Lo que no puede admitirse es que una irregular, sin normalizar su situación, resulte ser a su vez absorbente de otra entidad; en ese caso debe primero inscribir su documentación y regularizar, para poder cumplir así con los requisitos del proceso de fusión [...] Por los siguientes motivos: por de pronto la ley, como he dicho, no puntualiza que las sociedades que participan en estos procesos deban ser regulares; pero sí exige que el procedimiento se inscriba, lo que lleva de la mano a que la sociedad absorbente o la nueva que se constituye esté regularmente inscripta; ello no impide que la absorbida sea irregular³ [...] En nuestro derecho es posible la fusión con so-

1. SOLARI COSTA, Osvaldo N., *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 125-128.

2. El autor cita a FARINA, Juan M., *Tratado de sociedades comerciales. Parte general*, Zeus, Rosario, p. 565.

3. Ver nota extendida en p. 300.

4. El autor cita a MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho comercial*, Buenos Aires, Ejea, 1995, p. 563.

5. ROMERO, José I., *Sociedades irregulares y de hecho*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 197.

6. MUGUILLO, Roberto A., *Sociedades irregulares o de hecho*, Buenos Aires, Gowa, 1997, p. 123.

7. Citados en BORGARELLO, Luisa I. y BUSTAMANTE, Gonzalo A., “La sociedad irregular de hecho ¿puede participar en una fusión de sociedades?”, en AA. VV., *X Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Córdoba, Fundación para el Estudio de la Empresa, 2007, t. I, pp. 31 y ss.

8. *Tratado de los conflictos societarios*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, t. I, p. 276.

9. Los autores citan a PEREZ CASSINI, Analía B., “Sociedades no constituidas regularmente. Su posibilidad de fusión”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1992-C, p. 1292.

10. Los autores citan a ROMERO, José I., *Sociedades irregulares y de hecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, 2ª ed., p. 306.

11. Ver nota extendida en p. 300.

ciedades de hecho, en la medida que simultáneamente estas sociedades, en forma expresa o implícita, regularicen su situación adoptando uno de los tipos legales.⁴

Autores como Romero⁵ y Muguillo⁶ también se han expedido al respecto:⁷

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 LSC, referida a la limitación respecto a la titularidad de bienes cuyo dominio requiere registración. 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 y no existe ningún obstáculo para ello.

Francisco Junyent Bas y Eduardo N. Chiavassa⁸ han escrito sobre el tema:

Respecto a la fusión, se ha expresado que es conveniente que la fusión de sociedades acaecida entre una sociedad regular y otra irregular sea objeto de registración societaria por parte de la autoridad administrativa de control, tanto en el orden nacional, como provincial, sobre la base de que no hay inconveniente alguno para que estas sociedades se fusionen, ya que no la tienen prohibida, y ninguno de los requisitos previsto en la ley en la sección XI, es de cumplimiento imposible siempre que medien acuerdos unánimes, máxime si tenemos en cuenta que, mediante estos sistemas se interpreta la voluntad de las partes, el interés público no se halla comprometido, y sobre todo, el acto tiende a la regularización, que es el fin último querido por la ley.⁹ Igual postura positiva y sin objeciones detalla Romero para la fusión o escisión.¹⁰

Enrique Zaldívar, Rafael Manóvil, Guillermo Ragazzi y Alfredo L. Rovira¹¹ han manifestado:

El artículo 82 de la ley sólo se refiere a “dos o más sociedades”, sin aclarar si las mismas deberán revestir alguno de los tipos en ella previstos. De esto pareciera derivarse que cualquier forma

societaria (incluso una sociedad de hecho o irregular) puede intervenir en el proceso de fusión. Al respecto, habrá que distinguir según la sociedad irregular sea incorporada o incorporante o simplemente se trata de una nueva sociedad producto de una fusión. La sociedad irregular o de hecho no podrá asumir la forma de “nueva sociedad” fruto de una fusión o de “sociedad incorporante”. El artículo 83, entre los requisitos cuyo cumplimiento exige para llevar a cabo una fusión indica que el instrumento definitivo de fusión debe inscribirse de acuerdo con el artículo 77, inciso 5 y éste establece que tal inscripción debe complementarse con los “demás registros que corresponden por el tipo de sociedad”; de ahí se desprende que será inadmisibile que la sociedad absorbente o la nueva entidad revistan la forma de sociedad irregular o de hecho. Sin embargo, cabría admitir que tal sociedad fuera la incorporada o disuelta ya que ningún principio de seguridad jurídica se vería afectado. Sería una excepción en beneficio de las necesidades del comercio.

Los autores Zaldívar, Manóvil, Ragazzi y Rovira¹² aclaran que dentro de los efectos más importantes de la fusión se encuentra que la sociedad incorporante recoge en su totalidad el patrimonio de la o las sociedades incorporadas (Ley 19.550, art. 82):

Se trata de una transmisión universal del patrimonio realizada en bloque y no mediante sucesivas transmisiones de los distintos elementos que la componen. Por esa razón, no es exigible la inscripción preventiva a que alude el artículo 38 de la ley cuando se transmiten bienes registrables. La nueva sociedad o la absorbente asume *uno actu* el patrimonio de todas las sociedades disueltas.¹³ Esto podríamos calificarlo como un efecto excepcional, pues en nuestro derecho sólo en caso de fallecimiento de una persona física encontramos la transmisión universal de su patrimonio. Esta transmisión universal del patrimonio tiene importantes consecuencias jurídicas, especialmente en lo que respecta a los contratos, en los que eran parte las sociedades que se disuelven en lo atinente a los bienes registrables. En virtud de la sucesión patrimonial *ut universo* pasan a la sociedad resultante o incorporante los créditos y deudas con sus mismas fechas de vencimiento y los bienes muebles e inmuebles, con la aclaración que respecto a estos últimos no es necesaria la escritura pública traslativa de dominio sino que, por disposición del artículo 83 inciso 3 que remite al artículo 77 inciso 5, bastará con que el juez de registro ordene la inscripción al solo efecto de tomar nota del cambio de titular, tal toma de razón se hará mediante nota marginal.

12. Ídem, p. 130.

13. Citan a ASCARELLI, Tullio y a COHEN DE ROIMISER, Mónica G., “La fusión”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, n° 43, 1975, p. 57.

Solari Costa¹⁴ explica que:

Efectivamente, si bien en la incorporación o en la constitución por fusión se da la extinción de una o más sociedades, ello no acarrea lo que normalmente es derivación necesaria: la liquidación del ente. Significa que la transferencia del patrimonio no se lleva a cabo por medio de los pasos convencionales liquidatorios: cancelación del pasivo, realización del activo y distribución del saldo entre los socios, sino que, por el contrario, los bienes no se dispersan, ya sea para cancelar deudas o en beneficio de los socios, sino que se transmiten a la sociedad fusionaria [...] En la traslación de los bienes dentro de la fusión se produce una sucesión patrimonial *inter vivos* en forma universal [...] Es que justamente el sentido de la reorganización es que la empresa en funcionamiento como un órgano viviente dinámico, continúe sin alteraciones su producción habitual, y para ello no cabe otra que una transferencia en bloque, en forma instantánea que incluya todos los bienes, derechos y obligaciones, salvo los estrictamente personales [...] La ley regula esta figura como una forma más de transferencia universal, con las particularidades específicas.

El problema que plantea la escribana de Santa Fe, en rigor, es el gran tema y conflicto de las sociedades de hecho, cual es la prueba de que los bienes que declaran, en este caso, los condóminos están aplicados a la empresa-sociedad de hecho que fusionan. El mismo problema tendrían eventualmente los acreedores en probar que algunos elementos integran la empresa.

En este caso, el balance es ratificado por los mismos condóminos, que concurren a la escritura a manifestar que esos son los bienes que explotaba la sociedad de hecho, aún sin titularidad registral. Por eso, el balance suscripto por un contador que certifica que hay pruebas suficientes que acreditan, por la contabilidad de la sociedad de hecho, que dicho inmueble es explotado comercialmente por la sociedad de hecho es indispensable en el caso, justamente, porque no hay titularidad registral; lo que no significa que los bienes no formen parte de la explotación comercial de la sociedad de hecho, sino que existía, por la naturaleza de la sociedad, el inconveniente de la falta de registración. La empresa existe, la sociedad de hecho tiene personalidad jurídica, que, si bien precaria, limitada y con representación promiscua en nuestro sistema legal, la tiene.

14. SOLARI COSTA, Osvaldo N., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 80.

Todo esto viene a probarse por el elemento probatorio sustancial en el caso, cual es el balance que aporta la sociedad, suscripto por sus integrantes, que son condóminos de la sociedad. Mediante este elemento, prueban la vinculación de los bienes a la explotación comercial.

En la escritura, a la que concurren todos los integrantes de la sociedad de hecho, se remiten al balance y manifiestan que la sociedad de hecho transmite todos los bienes que están detallados en dicho balance. En dicho balance se detalla el inmueble objeto del presente dictamen. No hay duda de que los integrantes de la sociedad de hecho quisieron transferirlo. Hay una ratificación posterior de la fusión, efectuada en el expediente donde está incorporado el inmueble objeto de la presente. No hay falta formal, ya que la expresión de voluntad está prestada.

La fusión fue elevada a escritura pública, fue inscrita en la Inspección General de Justicia de esta ciudad y librados los oficios del caso, incluyendo este inmueble, ya que consideraron la expresión de la voluntad como indubitable al respecto. El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires inscribió a fusión en relación a este inmueble particular, otorgando publicidad registral y oponibilidad a terceros.

3.1. *El tiempo transcurrido en atención a las posibles prescripciones*

El tiempo transcurrido entre la fusión y toma de posesión nos da indicios respecto a que, no habiendo oposición en el tiempo transcurrido, podrían no verse afectados derechos de terceros y, habiendo transcurrido más de veinte años desde la toma de posesión, la sociedad “[...] SA” podría excepcionar la prescripción adquisitiva ante cualquier acción que no haya sido iniciada hasta la fecha.

4. Conclusión

La escritura no resultaría observable.

Notas extendidas

3. El autor cita a PÉREZ CASSINI, Analía B., "Sociedades no constituidas regularmente. Su posibilidad de fusión", en AA.VV., *Congreso Argentino de Derecho Comercial* (Buenos Aires, 1990), [s.e.], t. 2, p. 286. Este trabajo fue publicado también en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 907, pp. 423-427. Ver, asimismo, PÉREZ CASSINI, Analía B., "Sociedad anónima. Fusión con sociedad de hecho. Comentario de la Resolución 6313 de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires acerca de la factibilidad de dicha unión", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, ERREPAR, n° 161, abril 2001, t. 12, pp. 836-840. La autora comenta la Resolución 6313 dictada por el director provincial admitiendo la fusión pretendida. La resolución establece que, no existiendo regla que prohíba la fusión en estas condiciones, sumado al criterio flexibilizador que ha venido aplicando la Dirección Provincial en aquellos casos en que la interpretación posibilita aligerar las cargas impuestas, debe propiciar la admisión de esta alternativa, sobre la base de que no hay inconveniente alguno para que estas sociedades se fusionen, ya que no está expresamente prohibida, ninguno de los requisitos previstos en la ley, en la Sección XI, es de cumplimiento imposible –siempre que medien acuerdos unánimes–, el interés público no se halla comprometido, y, sobre todo, que el acto tienda a la regularización, que es en definitiva el fin último querido por la ley.

11. ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de derecho societario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, t. IV "Aspectos particulares en la evolución de las sociedades", pp. 155 y ss. (55.7.3).