

## **DOCTRINA**

### ***ACUERDO DEFINITIVO DE FUSIÓN. CONSUMACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO (\*)<sup>(3)</sup>***

IGNACIO M. ALLENDE y JORGE O. CHUECO, con la colaboración de Luis Figueroa Alcorta

#### **SUMARIO**

I. Introducción. II. Problemática legal de la fusión por creación de una nueva sociedad. III. La sociedad fusionaria. a) Sociedad fusionaria: ¿Será un fenómeno corporativo atípico? b) Nuestra propuesta: La eliminación del aparente "fenómeno corporativo atípico". IV. Conclusiones que avalan la validez de los actos y contratos celebrados por los administradores de la sociedad fusionaria a partir del acuerdo definitivo de fusión. a) Caso de sociedad creada para iniciar el giro comercial. b) Caso de sociedad fusionaria.

Un principio de coherencia al igual que de homogeneidad, nos hace

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

preguntarnos la razón en virtud de la cual la sumatoria de dos o más situaciones jurídicas regulares (cual serían de las sociedades fusionantes), por aplicación de las normas de la ley 19550, debe ser la creación de una situación irregular.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La ley de sociedades sancionada en el año 1972 continúa en proceso interpretativo y de encaje, esforzando a los profesionales de derecho a debatirse entre los conceptos jurídicos que sancionaba la ley y los "fácticos" que impone la realidad.

La dualidad interpretativa no debiera tener cabida frente a la norma clara; no obstante muchas normas explícitas son motivo de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales cuando las mismas no se han estructurado dentro del marco de lo factible. La praxis jurídica va adecuando asperezas, resolviendo situaciones imprevistas y supliendo lagunas legales.

Sancionada la ley de sociedades, terminologías genéricas dieron lugar a prolongados debates doctrinarios que amenazaron la seguridad jurídica en materia del acto primigenio, tal cual es el acto constitutivo de las sociedades por acciones.

La terminología genérica del art. 165 que determina: "la sociedad se constituye por instrumento público y por acto único..." creó una polémica doctrinaria que constituyó una verdadera exhibición dialéctica, que llevó a los juristas y profesionales de derecho a poner en evidencia las facetas inagotables a que la profundización de un tema jurídico puede dar lugar.

Con posterioridad, las modificaciones estatutarias fueron objeto asimismo de un prolongado debate doctrinario que se extendió al ámbito jurisprudencial.

Quizá uno de los problemas societarios que mayor preocupación acarrea es el de la validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades comerciales antes de su registración.

Ya no estamos solamente frente a un problema formal, donde el riesgo de aplicar una u otra teoría incide sobre la seguridad jurídica que deviene del acto constitutivo en sí, sino que también está comprometido el desenvolvimiento comercial de la sociedad creada.

La ley 19550 (E.D., 42 - 943) considera irregular a la sociedad no inscripta; "se la encarcela promiscuamente con las sociedades de hecho y con otras seria y realmente irregulares", al decir de Gattari.

Si bien la ley de sociedades a su vez regula normativamente a las sociedades irregulares, resulta poco equitativo someter a igual tratamiento a las sociedades de hecho o aquellas incursas en vicios de nulidad, con aquellas legalmente constituidas pero que se encuentran dentro de un "período que transitan sin excepción, todas las sociedades que se constituyen según la ley" (1)(4).

Si bien el problema de la sociedad en formación no es el tema central de este trabajo, nos encontramos inmersos en él, por cuanto hace al meollo de la cuestión a tratar.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Este tema fue excelentemente examinado en el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, donde el coordinador nacional, Osvaldo S. Solari, expuso la síntesis de las conclusiones.

El expositor, doctor Solari (2)(5), cita a Giralt Font, quien señala "que las sociedades en formación no son regulares ni irregulares" y continúa expresando "la personalidad de las sociedades nace con su acto constitutivo y no recién cuando se las publica e inscribe". "Es conocida la circunstancia de que los propios redactores del proyecto de esa ley ... debieron hacerse recíprocamente concesiones para lograr la redacción del proyecto"... Isaac Halperín, en su libro sobre sociedades anónimas, donde analiza las normas de las mismas en la nueva ley, explica que ésta no reconoce al proceso de constitución de la sociedad ya que la conformidad administrativa, publicidad y registración son constitutivas, agregando: "La sociedad no existe hasta tanto finalice el proceso de constitución, finalización que no tiene eficacia retroactiva".

Solari pone en evidencia la dualidad conceptual que da origen a una dicotomía evidente al manifestar: "¿Cómo conciliar este criterio con lo dispuesto en el art. 38 de la ley que dispone la inscripción preventiva de ciertos aportes a nombre de la sociedad en formación?", es decir que es la misma ley la que acepta la existencia de sociedades en formación, a punto tal de autorizarlas a ser titulares registrales de bienes que requieren inscripción. . . "¿Cómo conciliarlo con la parte de la ley que reconoce la existencia de sociedades no regularmente constituidas, entre ellas las sociedades de hecho?".

Estamos nuevamente frente a situaciones que responden a lo fáctico y a lo jurídico. Es así que se justifica que Registros de la Propiedad (ya por desuetudo, ya por desacato transformado en obligación) inscriban dominios constituidos a favor de "sociedades en formación".

La doctrina e incluso la jurisprudencia se inclinan a reconocer capacidad contractual a la sociedad en formación, por el sencillo hecho de que la sociedad se crea para que en forma organizada aplique aportes a la producción o intercambio de bienes y esta actividad no puede ser enervada, interferida o menoscabada sin que en definitiva se produzca un distorsionamiento de la realidad económica que fue el origen e inspiración de la sociedad.

Concomitantemente, el problema de la capacidad contractual trae aparejado el problema de la representación de la sociedad en formación. "La anónima en formación debe ser representada por sus administradores estatutarios o mandatarios especiales". Esta afirmación del doctor Benseñor (3)(6), que compartimos, implica un distingo entre la normativa aplicable respecto a las sociedades no constituidas regularmente (art. 24, ley de sociedades) y las sociedades válidamente constituidas en proceso de inscripción.

Si este tema es pasible de cuestionamiento frente a aparentemente claras disposiciones legales, no puede dudarse de que en el supuesto objeto de este trabajo la capacidad y representación de la sociedad fusionante, tenga un vigor legal especialísimo a partir de la escritura constitutiva de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sociedad fusionante, que formaliza el acuerdo definitivo de fusión. En el supuesto de sociedades que con el acto constitutivo inician sus actividades, cabe aceptar que los fundadores deben afrontar un período de transición, que de algún modo ha de incidir en la plena capacidad contractual y de representación. Pero en los casos de fusión, la dinámica comercial y jurídica de las empresas fusionantes está en plena vigencia. La actividad comercial no puede ser contenida ni diferida sin perjuicio de afectar importantísimos intereses incluso de alcance socioeconómico de orden general.

**II. PROBLEMÁTICA LEGAL DE LA FUSIÓN POR CREACIÓN DE UNA NUEVA SOCIEDAD**

La reorganización empresaria a través del instituto de la fusión nos lleva a considerar seriamente si el juego de las normas legales específicas hace posible concretar en la praxis el negocio jurídico, llevando adelante la actividad comercial, fuente de dicha reorganización. Lo expuesto, en virtud de los diversos problemas que debe enfrentar el empresario a raíz de disposiciones legales que lo inhiben para desarrollar su actividad, sin caer en las peligrosas redes de la "sociedad en formación" con todas las secuelas que ello implica.

Creemos que las leyes, preservando la misma seguridad jurídica hacia accionistas minoritarios como a terceros en general, deben permitir el encuadre armónico de los negocios sin provocar efecto inverso, cuando el necesario acatamiento de las normas hace dificultosa cuando no imposible su concreción.

Un principio de coherencia al igual que de homogeneidad nos hace preguntarnos la razón en virtud de la cual la sumatoria de dos o más situaciones jurídicas regulares (cuales serían las de las sociedades fusionantes), por aplicación de las normas de la ley 19550, debe ser la creación de una situación irregular. Ante tal perspectiva, la consecución de un negocio determinado dentro de esta institución está reservado sólo para grandes empresas y valientes y temerarios empresarios, por cuanto nadie en su sano juicio puede preferir pasar de una operatoria normal a una de total anormalidad, continuando con el desarrollo de su actividad empresaria. "Hasta el acuerdo definitivo" que preceptúa el art. 83 (ley de sociedades) todo está en manos del empresario y su diligencia, haciendo abstracción de una calificación sobre la solvencia normativa hasta ese estadio del procedimiento. A partir del "acuerdo definitivo" y con "la constitución de la nueva sociedad" (fusionaria), entramos en el terreno apreciativo y operativo de los órganos de contralor y registración.

Ya por interpretaciones a que dé lugar el art. 84 (ley de sociedades) ya por aquellas que hacen a la capacidad de la sociedad en formación y consecuentemente de su representación, las empresas encuadradas dentro del régimen de "la fusión propiamente dicha" se ven interferidas y obstaculizadas en el normal desenvolvimiento comercial que venían desarrollando en un preciso y precioso momento, cual es el de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

reorganización efectiva de sus negocios.

A modo de ejemplo formulamos el siguiente interrogante que resulta de pretender conciliar las disposiciones contenidas en los arts. 7º, 60 y 84 (ley de sociedades). ¿Es inobjetable la venta de un inmueble de una de las sociedades fusionantes, formalizada por el representante necesario o sea el de la sociedad fusionaria (art. 84, ley de sociedades) en la medida que ésta no se encuentre inscrita (art. 7º, ley de sociedades) y la representación ejercida por ende no esté registrada y conforme a lo preceptuado por el art. 60 (ley de sociedades)?

A todas luces el representante necesario de las sociedades fusionantes es el representante de la sociedad fusionaria (art. 84, ley de sociedades), sin embargo tal representación puede ser objetada en cuanto la nueva sociedad no esté inscrita (art. 7º, ley de sociedades) y consecuentemente la designación del citado representante no se halla registrada (art. 60, ley de sociedades).

A las expuestas y supuestas objeciones precedentemente señaladas, puntualizamos el grave hecho que resultaría de una interpretación del art. 87 (ley de sociedades) que acordara derecho de rescisión del acuerdo de fusión antes que el mismo se inscriba.

Anticipamos nuestra opinión en el sentido de que suscrito el acuerdo definitivo de la fusión, la venta resulta inobjetable. En una palabra, las empresas fusionantes que venían desarrollando regularmente sus actividades, no pueden entrar en una situación de irregularidad tal que implique el congelamiento patrimonial y la paralización de las actividades empresariales.

Bajo el título: "Gigantesca fusión en ciernes en los EE.UU.", Howard Luxemburg (4)(7) nos da un amplio panorama de un fenómeno económico que se está produciendo en Norteamérica. Al respecto, Luxemburg destaca que una de las principales razones para el proceso de las fusiones es la actitud del gobierno de Ronald Reagan, que favorece la consolidación de las grandes empresas; consignando que las cifras difundidas por los especialistas en transacciones empresarias W. T. Grimm mostraron que se registraron 1184 fusiones en los Estados Unidos en la primera mitad de 1981, valuadas en un récord de 35.700 millones de dólares.

Es de imaginar que frente a estas cifras estadísticas el gobierno de los Estados Unidos, ante los cuantiosos intereses en juego, si es que ya no está previsto por la legislación, habrá tomado las medidas necesarias para que la iniciativa privada con el impulso creador que la misma conlleva no sea ni remotamente enervada por la acción burocrática estatal o por disposiciones legales imprecisas, que interfieran lo que se entiende es una plausible coyuntura de implicancias socioeconómicas que el propio gobierno incentiva.

Ya en materia internacional, existen precedentes de la preocupación de países altamente desarrollados, que intuyendo los beneficios de la concentración de capitales a través de reorganizaciones de empresas, se han reunido con el objeto de propender y facilitar la concreción de las mismas.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Bajo el auspicio de la Internacional Fiscal Association en Jerusalén (1961) y en París (1963) (5)(8), el tema de la fusión ha sido abordado, aprobándose mociones por las que se recomienda encarar con criterio realista los efectos impositivos de tales procedimientos, de modo que el ente que se manifiesta y actúa luego de producirse la simbiosis entre dos o más personas ideales pueda prolongar su vida sin trabas de carácter tributario. Lo expuesto es una reafirmación categórica de nuestro pensamiento: Un principio de coherencia al igual que de homogeneidad nos hace preguntarnos la razón en virtud de la cual la sumatoria de dos o más situaciones jurídicas regulares (cual sería las de las sociedades fusionantes, por aplicación de las normas de la ley 19550), debe ser la creación de una situación irregular.

Este interrogante es el leitmotiv de nuestro trabajo, su aspiración y su razón de ser, y, consecuentemente, la fundamentación que la praxis jurídica impone.

### **III. LA SOCIEDAD FUSIONARIA**

#### **a) Sociedad fusionaria: ¿Será un fenómeno corporativo atípico?**

De los dos supuestos de fusión previstos por la ley de sociedades - fusión de dos o más sociedades que forman una nueva y fusión por absorción (art. 82) - hemos de referirnos al primero de ellos, básicamente en cuanto a los alcances de la normativa de la ley 19550 sobre las mismas y a los problemas prácticos que su aplicación origina atentando contra el propio principio motor o razón de ser de esta forma de reorganización empresarial. Comencemos por recordar que el propio texto legal en su art. 84, primer párrafo estipula que en "el caso de fusión con disolución de sociedades, la nueva sociedad se constituirá de acuerdo con las normas legales que correspondan". Nos preguntamos en este primer estadio si esta imposición de la ley es adecuada y proporcionada al negocio jurídico de que se trata.

En efecto, no olvidemos que la fusión "propriadamente dicha" de dos o más sociedades que se unen para formar una nueva sociedad para pasar luego a un proceso de disolución sin liquidación, debe pasar entonces por el requisito necesario (impuesto por la ley) de aprobación administrativa de su estatuto y su correspondiente inscripción. Por supuesto, no nos oponemos a que el Estado efectúe el contralor de todas las actuaciones relacionadas con este tema, pero sí nos parece inoportuna la forma y el momento en que dicho contralor tiene lugar, pues causaría primordialmente que las sociedades fusionantes - regularmente constituidas e inscriptas - y en consecuencia con total aptitud para operar, devenguen, aparentemente en una sociedad que se encontraría pendiente de aprobación por el organismo de contralor y también pendiente de su correspondiente inscripción.

En consecuencia, enfrentaríamos en apariencia al producido de una reorganización empresarial de la dimensión de una fusión con "un fenómeno corporativo atípico, sujeto al régimen propio de las sociedades irregulares" (Sentencia de la Corte Suprema de Buenos Aires en Doct. Jurídica, La Plata, N° 53, diciembre 17/1971, cit. por Halperín en Revista Año 5, 1972,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

año 9).

Por supuesto, en el marco de una ligera y superficial apreciación, la consecuencia más directa proveniente de la creación de este "fenómeno" (sociedad fusionaria), sería la responsabilidad ilimitada y solidaria de sus fundadores y directores. Así, el art. 23 (ley de sociedades) dispone: "los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56 (excusión previa de los bienes sociales), ni las limitaciones que se funden en el contrato social". Se correlacionan con esta norma legal las restantes disposiciones de la sección IV del capítulo I de la ley de sociedades referidas a la sociedad no constituida regularmente y los arts. 183 y 184 de esta ley.

La norma legal que obliga a seguir este procedimiento, que en nuestra opinión es aceptable para una sociedad que inicia su operación comercial y no para aquellas que deciden fusionarse, surge del art. 84, en cuanto dispone en su párrafo 1° que: "en el caso de fusión con disolución de las sociedades, la nueva sociedad se constituirá de acuerdo con las normas legales que correspondan".

Imaginemos, entonces, que conforme al juego de las normas citadas dos o más sociedades deciden fusionarse. Al margen de las negociaciones y discusiones previas a la suscripción del compromiso de la fusión, deberá proceder la confección de un balance especial, a la convocatoria de asamblea en cada una de las sociedades fusionantes, a la celebración de las mismas, la publicación de edictos según la ley 11867, y al fin, a la suscripción del acuerdo definitivo de fusión. Una vez ejecutadas todas estas etapas (de por sí engorrosas), la nueva sociedad que debiera comenzar a cumplir con el objetivo para el cual se le dio vida (ventajas de producción, comercialización, etc.), debe comenzar a transitar el largo camino de la aprobación por la autoridad de contralor y dado que es una empresa en marcha que no puede esperar para continuar con su actividad comercial, a que se inscriba definitivamente, no tiene más remedio que hacerlo como "sociedad en formación", o en otras palabras aparentemente dentro de una óptica parcializada, como sociedad irregular, con todas las desventajas que esto le traería aparejado.

Obviamente esto es un contrasentido que atenta contra la base misma de una reorganización empresarial del tipo de la que se trata y que requiere de una inmediata revisión legislativa, si es que se desea realmente impulsar la reorganización de empresas con miras a obtener mayores beneficios en el desarrollo de actividades productivas y comerciales.

**b) Nuestra propuesta: La eliminación del aparente "fenómeno corporativo atípico"**

Con miras a una solución justa y adecuada que permita una agilización y promueva la celebración de reorganizaciones empresariales del tipo de la fusión "propriadamente dicha", se nos ocurre que como primera medida debemos apuntar a que la nueva sociedad (fusionaria):

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

1. Pueda desarrollar su actividad, ni bien se otorgue el acuerdo definitivo de fusión.
2. Tal actividad sea ejercida dentro del marco de una sociedad regularmente constituida.
3. Se alivien las cargas burocráticas para la aprobación definitiva de la sociedad fusionaria y la disolución de las sociedades fusionantes.

En efecto, como ha sido dicho más arriba, el proceso de fusión de dos o más sociedades es un proceso complejo que requiere necesariamente la ejecución de etapas previa y específicamente determinadas y que comienzan con las negociaciones correspondientes entre las partes. Continúan luego los distintos pasos ya citados, para finalizar con el acuerdo definitivo de fusión, presentación ante la Inspección General de Justicia para la obtención de la conformidad administrativa de la constitución de la sociedad fusionaria y de la disolución de las fusionantes, y finalmente la inscripción de la constitución de la sociedad fusionaria y de la disolución de las fusionantes.

Dentro de este marco de actuación, a nadie escapa que este proceso conlleva un largo período de tiempo, espera que se agrava si se tiene en cuenta que en la práctica existe una necesidad inminente por parte de los socios de la nueva sociedad para proceder a la operación unificada con todas las ventajas que esto trae aparejado.

Por ello, y en la seguridad de que el elemento más pernicioso a esta legítima inquietud empresaria lo constituiría el período "en formación" de la sociedad, nos atrevemos a proponer que la sociedad se considere regularmente constituida "a partir del otorgamiento del acuerdo definitivo".

Por supuesto, creemos que el organismo de contralor - Inspección General de Justicia - debe intervenir en este proceso, pero proponemos que tal intervención sea anterior al otorgamiento de dicho acuerdo definitivo. Así, y analógicamente con el procedimiento de consulta previa (constitución provisoria existente en un anterior régimen del contralor), aplicable en la legislación de promoción industrial, proponemos que en el período que medie entre la asamblea que aprueba la fusión y el otorgamiento del acuerdo definitivo (período durante el cual se cumple con la publicación de edictos de la ley de transferencia de fondos de comercio), la autoridad de contralor en un plazo máximo de 60 días apruebe el Estatuto de la sociedad fusionaria y las demás condiciones inherentes a la misma, consumándose así el negocio jurídico de que se trate una vez otorgada la escritura de acuerdo definitivo. Otorgado el acuerdo definitivo, la inscripción sería inmediata y habilitaría el funcionamiento pleno de la nueva sociedad.

La razón de ser de la propuesta de este proceso "sumario" radica en que la realidad empresaria y la dinámica de los negocios encuentren su correlato en una legislación y procedimiento adecuados a los mismos.

Avalando nuestra idea de que la consumación del acto jurídico - fusión - se produce por el otorgamiento del acto definitivo, mencionamos lo dispuesto en el art. 87 (ley de sociedades). Dicho artículo expresa que "cualquiera de las sociedades interesadas puede demandar la rescisión del acuerdo de



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

fusión por justos motivos, hasta el momento del otorgamiento del acto definitivo, y en la jurisdicción en que se extendió el compromiso de fusión". Esto significa que la propia ley consolida al proceso de fusión en el otorgamiento del acto definitivo. Tan es así, que es sólo hasta este momento y solamente por justos motivos cuando cualquiera de las sociedades puede demandar la rescisión del acuerdo definitivo.

En tal sentido, la doctrina también ha expresado que: "Cabe razonablemente entender que el convenio definitivo de fusión mentado en el art. 82, es el acuerdo definitivo de fusión del art. 83, inc. 3º, porque en oportunidad de otorgarse dicho acuerdo definitivo ya se cumplieron todos los recaudos impuestos para tutela de los socios (art. 83, inc. 1º, ley de sociedades) y de los acreedores (art. 83, inc. 2º, ley de sociedades), y ya no cabe la revocación (art. 86, ley de sociedades). En esto la ley de sociedades sigue al régimen de la ley 11867 de transferencia de fondos de comercio, en la que primero se formaliza un boleto de compraventa, luego se efectúa la publicidad y finalmente se otorga el documento definitivo de venta (Nissen, R. A., "Transferencia de fondos de comercio. Análisis de la ley 11867 a través de la jurisprudencia", E.D., 60 - 717, sums. 187/193, 301/302)".

"En segundo lugar, la ley de sociedades, art. 84, última parte, suspende al órgano de administración de la sociedad disuelta hasta el momento de la constitución definitiva de la sociedad (consolidataria) o ejecución de la incorporación sin perjuicio de poder ejercer la acción prevista en el art. 87. Por lo tanto, si se entiende que dicho órgano de administración de la sociedad disuelta queda suspendido a partir de la firma del acuerdo definitivo de fusión (art. 83, inc. 3º, ley de sociedades), es oscuro que pueda entablar la demanda por rescisión, porque ello es factible solamente hasta el otorgamiento del acto definitivo, siendo que cabe considerar que el acto definitivo del art. 87 es el acuerdo definitivo de fusión del art. 83, inc. 3º.

Queda por aclarar, asimismo, la finalidad del mantenimiento del órgano de administración en suspenso hasta el momento de la constitución definitiva de la sociedad o ejecución de la incorporación, porque estos actos serán posteriores al acuerdo definitivo de la ley de sociedades, art. 83, inc. 3º, y en apariencia los órganos de las sociedades disueltas sólo persisten para entablar la demanda de rescisión hasta el otorgamiento del acto definitivo (6)(9).

**IV. CONCLUSIONES QUE AVALAN LA VALIDEZ DE LOS ACTOS Y CONTRATOS  
CELEBRADOS POR LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD FUSIONARIA A  
PARTIR DEL ACUERDO DEFINITIVO DE FUSIÓN**

Diferenciaremos entre la representación de la común sociedad creada para iniciar el giro comercial y la de la sociedad fusionaria en los casos de fusión por constitución de una nueva (art. 82, ley de sociedades).

**a) Caso de sociedad creada para iniciar el giro comercial**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Como ya lo señaláramos precedentemente, el tiempo que transcurre entre el acto constitutivo y la registración, a estar a la ortodoxia legal, constituye algo similar a un "estado de hibernación", en la medida que se desee evitar las normas "sancionadoras" de las sociedades irregulares, originadas e inspiradas, como ya se acotara, en la categórica desestimación de existencia del colegislador doctor Halperín (arts. 22 al 26, ley de sociedades).

El interregno entre el acto constitutivo y la registración equivaldría, de atenernos a la tesis del doctor Halperín, a una creación fantasmal de un ser que puede ser expectante pero no estar en la actividad comercial.

De allí la preocupación en doctrina de revitalizar a la "sociedad en formación", de acordarle mayor corpulencia legal, de diferenciarla de las meras sociedades de hecho y las viciadas por irregularidades, que constituyen el caso contrario de las sociedades legalmente constituidas pero en trámite de inscripción.

Se supone que entre un acto celebrado por escritura pública por imposición legal (caso de las sociedades por acciones) y una sociedad de hecho media una distancia sideral de encuadre y seguridad jurídica, que necesariamente debe suponerse.

La doctrina y la jurisprudencia avanzan sobre una ligera interpretación legal, acordando a las "sociedades en formación" un status jurídico diferencial, de modo tal que la absoluta incapacidad contractual (teoría de Halperín) o la capacidad ejercida con una capitis diminutio generadora de condicionamientos, sanciones de responsabilidad e inestabilidad de la propia existencia se ve atemperada.

**b) Caso de sociedad fusionaria**

La fusión implica disolución sin liquidación (art. 82, ley de sociedades).

En todos los supuestos de disolución previstos por la ley de sociedades (art. 94), a excepción del de fusión (art. 82), deviene como acto posterior a la liquidación. (En los supuestos que no hubiere reactivación.)

De la propia definición legal sobre fusión (art. 82, ley de sociedades) surge que las sociedades fusionantes sin liquidarse son disueltas.

Nos preguntamos si el alcance de las facultades de los administradores y liquidadores en el común de los casos (art. 94, ley de sociedades) son las mismas que las que corresponden a los administradores con responsabilidad de los liquidadores, de la sociedad fusionaria (art. 84, ap. 3°, ley de sociedades).

Nuestra respuesta es negativa por las siguientes razones:

En el común de los casos de disolución, en virtud del art. 94 (ley de sociedades) "los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación".

El art. 105 (ley de sociedades) preceptúa "los liquidadores ejercen la representación de la sociedad. Están facultados para celebrar todos los

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

actos necesarios para la realización y cancelación del pasivo".

Tan claras como ortodoxas y lógicas disposiciones no precisan estar avaladas por doctrina o jurisprudencia.

Los administradores y liquidadores en los supuestos generales de disolución no pueden iniciar nuevos negocios, deben realizar tan sólo actos que conlleven a extender el acta de defunción de la sociedad.

Todo lo contrario ocurre en el supuesto de disoluciones por fusión. Es preciso poner énfasis en ello.

Las sociedades fusionantes son disueltas para revitalizarse, a través de una reorganización empresarial, consolidándose para proyectar e impulsar sus actividades comerciales a través de la nueva sociedad creada, producto en definitiva de una simbiosis.

La situación de los representantes de la sociedad fusionaria es precisamente la inversa. Deben posiblemente realizar bienes, adquirirlos, constituir hipotecas que garanticen la evolución de los negocios que necesariamente prosiguen, deben transferir marcas y patentes, actuar bancaria y crediticiamente, en una palabra es su obligación representar a la fusionaria en actividades comerciales creativas no pasivas, sin que por ello se les impongan restricciones ni sanciones que produzcan efectos inversos a los que la propia ley propende al legislar y consagrar consecuentemente la figura jurídica de "la fusión".

El art. 84, párrafo tercero (ley de sociedades) dispone: "los administradores de la sociedad creada o de la incorporante, serán representantes necesarios de las sociedades disueltas, con las responsabilidades (no facultadas) de los liquidadores y sin perjuicio de las propias a su cargo...".

Ello implica el apartamiento a las limitadas facultades de los liquidadores de las sociedades disueltas (arts. 99 y 105, ley de sociedades) surgiendo ello de lo expresamente preceptuado a continuación en el mismo artículo: "el órgano de administración de la sociedad disuelta quedará suspendido en el ejercicio hasta el momento de la constitución definitiva de la sociedad o ejecución de la incorporación sin perjuicio de poder ejercer la acción prevista en el art. 87".

Es decir, que ni el art. 99 ni el 105 de la ley de sociedades son aplicables a las fusionantes, por cuanto estas sociedades disueltas carecen de representantes y liquidadores, pues el nuevo representante es el de la sociedad fusionaria, que ejercerá la representación sin las limitaciones de los artículos mencionados.

Es dable interpretar, como así lo hacemos, que los representantes de las sociedades fusionantes, tal cual son los representantes de la fusionaria, que por el art. 84, apartado 3º, tienen responsabilidades de los liquidadores sin perjuicio de los de su cargo, tienen por ley un cargo y que por la atipicidad propia y diferenciada de la figura de la fusión (vastamente comentada al cabo de este trabajo) sus facultades deben ser ejercidas en plenitud y sin interferencias normativas que podrían justificarse en las sociedades que recién se constituyen para iniciar sus actividades.

La consumación del negocio jurídico implícito en la fusión, lo afirmamos, se produce a partir de la "escritura de acuerdo definitivo de fusión" (art. 83, inc.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

3°, ley de sociedades) que implica la "constitución definitiva de la sociedad" a que se refiere el art. 84, apartado 4° (ley de sociedades), que a su vez implica el otorgamiento del acto definitivo que se menciona en el art. 87 (ley de sociedades).

Diferir la plena capacidad de representación, que convalide plenamente la validez de los actos y contratos celebrados por la sociedad fusionaria antes de la registración de la fusión, es en la praxis jurídica inexplicable, pues el intérprete "debe tener como objetivo primigenio de su tarea la obtención de una solución sociológica y dikelógicamente adecuada, en tanto se respete el orden normológico y en tal perspectiva no parece prudente ni lógico imponer una interpretación restrictiva de la ley ...". (De los considerandos de la Resolución de la Inspección General de Justicia 1813 del 16 de julio de 1931 en el primer caso de "reactivación de sociedades", que aplica la teoría tridimensional interpretativa del derecho sustentada en nuestro país por Werner Goldschmidt.