

EL DERECHO DE LOS ACREEDORES Oponentes EN EL CASO DE FUSIÓN O ESCISIÓN DE LA SOCIEDAD DEUDORA Y ULTERIOR QUIEBRA

PATRICIA FERRER

PONENCIA

El derecho de los acreedores oponentes en el supuesto de producirse la fusión o escisión de la sociedad deudora, no resulta adecuadamente resguardado si el acreedor no es desinteresado o se constituyen a su favor derechos de garantía. La posibilidad de obtener embargo judicial que establece el art. 82 de la ley 19.550 en su inc. 3, se torna una seguridad ilusoria de producirse la cesación de pagos de la sociedad que pasará a ser sujeto deudor tras la fusión o escisión.

FUNDAMENTOS

Es principio general de nuestro derecho que el patrimonio constituye la prenda común de los acreedores.

En virtud de tal principio se confiere al acreedor recursos tendientes al mantenimiento de la integridad del patrimonio del sujeto deudor, o para su recomposición, en miras a preservar la garantía para el caso en que los bienes que la integran resulten insuficientes para la satisfacción de las deudas.

En este sentido pueden enunciarse, entre otros recursos con los que cuentan los acreedores, la acción de fraude o pauliana, la acción de simulación, la declaración de ineficacia de los actos realizados por el deudor quebrado durante el período de sospecha, la acción revocatoria concursal, la acción subrogatoria, el desapoderamiento como efecto de la declaración de quiebra, las acciones de nulidad que pueden ser promovidas por los acreedores o por el síndico en la quiebra.

En otras oportunidades la legislación confiere al acreedor la facultad de oponerse a ciertos actos que, de ser realizados por su deudor, pondrían en peligro la existencia o la integridad de su patrimonio afectando su potencialidad de cobro.

Dentro de este último supuesto se encuentra previsto para el caso de fusión o escisión de una sociedad, que los acreedores puedan oponerse al acto, tal como lo establece el art. 83 inc. 3 y la remisión prevista en el art. 88 inc. 5 de la ley de sociedades.

Dicha oposición no obsta a la prosecución de la fusión o la escisión. Mediante ella se intenta posibilitar a los acreedores la obtención de resguardo adecuado para el cobro de sus acreencias.

En orden a ello establece la ley tres alternativas posibles frente a la oposición del acreedor. La primera de ellas es que los acreedores sean desinteresados. La segunda que sean debidamente garantizados. La tercera y última posibilidad es que el acreedor obtenga embargo judicial.

Para el pago o el otorgamiento de garantías es evidente que se hace necesaria la concurrencia de voluntades entre las partes involucradas —la sociedad y el acreedor—, que solucionarán el conflicto que la fusión o escisión genera mediante un acuerdo que conforme a ambas.

Mas si tal acuerdo no existe, si el acreedor no es desinteresado o garantizado por la sociedad deudora, la única alternativa que le ofrece la ley es la de solicitar embargo judicial.

La ponencia presentada al respecto está dirigida a evidenciar que tal remedio legal no preserva el derecho de acreedor oponente quien, tras la fusión o escisión de la sociedad deudora, puede verse impedido de cobrar un crédito que antes de tales actos societarios tenía posibilidades de cobrar, dado el estado patrimonial de la fusionante o escidente.

Es que, sencillamente, en el caso de declararse la ulterior quiebra de la sociedad, las medidas cautelares de embargo trabadas dejan de otorgar derechos de prelación al acreedor.

Tales medidas cautelares otorgan preferencias en caso de producirse la ejecución individual de bienes del deudor, mas en el supuesto de producirse su declaración de quiebra las preferencias procesales desaparecen.

Tratándose de una ejecución colectiva rige el principio de igualdad de acreedores que admite como excepción la existencia de privilegios o de situaciones específicamente contempladas en la ley concursal que confieran al acreedor un derecho preferente.

Los derechos de preferencia derivados de los embargos trabados sobre bienes del deudor pierden su eficacia en caso de quiebra y el acreedor, de no contar con otro motivo legal de preferencia, será tratado en forma igualitaria al resto de los acreedores.

El acreedor que ha dado crédito originariamente a su deudor sin exigir garantías, lo ha hecho sobre la base de su estado patrimonial.

Tal situación patrimonial puede verse esencialmente alterada tras la fusión por cuanto la restantes sociedades que se fusionan, o la sociedad

incorporante o la que resulte incorporada, pueden tener niveles de endeudamiento superiores, encontrarse en estado de cesación de pagos o no contar con activos suficientes para hacer frente a las obligaciones contraídas.

Al producirse la unificación de activos y pasivos con motivo de la fusión la posibilidad de cobro del acreedor oponente se puede ver agravada, toda vez que debe comunizar el riesgo crediticio asumido al generarse la obligación con otros acreedores que originariamente no eran acreedores de su deudor.

De modo semejante se afectan los derechos del acreedor en la escisión por cuanto este acto societario importa una disminución del patrimonio de la sociedad escidente.

El acreedor podría embargar bienes que queden en la sociedad escidente al igual que podría hacerlo respecto de los activos que habrán de ser transferidos a una nueva sociedad o a una sociedad que operará como incorporante.

Con respecto a los bienes que quedan en la escidente el embargo no es suficiente resguardo por cuanto, frente a una reducción del activo sin que se opere una correspondiente disminución del pasivo, los bienes pueden tomarse insuficientes.

Si estas modificaciones de la estructura patrimonial de la sociedad deudora traen como consecuencia que el acreedor se torne acreedor de una sociedad que cae en estado de cesación de pagos y le es declarada su quiebra, el derecho que como oponente ha querido resguardar mediante la traba de un embargo judicial carece de toda eficacia al tomarse inoperantes las preferencias derivadas de medidas cautelares.

En cuanto a los bienes que salen de la sociedad escidente, si son incorporados a una sociedad que presenta una situación patrimonial desfavorable y que es luego declarada en quiebra, el embargo que se haya trabado sobre los mismos desaparece y no tiene el acreedor derecho alguno en dicho concurso por no ser sujeto deudor a su respecto.

Es por todo lo hasta aquí expuesto que debe destacarse lo desfavorable que ha resultado la reforma a la ley de sociedades incorporada por la ley 22.903 con relación a este tema, ya que ha permitido que la fusión o la escisión se prosigan a pesar de no haber sido desinteresado o debidamente garantizado el acreedor oponente, confiriéndole tan solo la posibilidad de trabar un embargo judicial, medida cautelar que pierde toda operatividad cuando se produce la situación de cesación de pagos frente a la cual el acreedor pretendió resguardar su derecho.