

FUSIÓN. ESCISIÓN. ADQUISICIÓN. UN LÍMITE AL EMBARGO DEL OPONENTE A LA FUSIÓN

HÉCTOR OSVALDO CHOMER

SÍNTESIS

La ley 19.550: 83 prevé el embargo para proteger a los acreedores oponentes a la fusión que no hubieran sido desinteresados o debidamente garantizados. Como esa regla no establece las condiciones o requisitos para la procedibilidad de la petición cautelar, estimase conveniente a fin de aventar interpretaciones desmedidas, que tal embargo deba requerirse con arreglo a las reglas procesales correspondientes al lugar en que sea formulada la petición cautelar.

1. La mecánica de la ley societaria prevé que los acreedores de fecha anterior a la última publicación del aviso de fusión, podrán oponerse a la realización del negocio.

En rigor esa "oposición" no provoca la paralización de las operaciones orientadas a la fusión, sino que se establece que los oponen-

tes que no fueran desinteresados o debidamente garantizados, podrán "obtener embargo judicial".

Esa imprecisa expresión ha provocado una poco feliz interpretación, que, a nuestro entender, consagrara una prerrogativa arbitraria en favor de los oponentes, y virtualmente podría paralizar el negocio.

Dicha tesis postula que los oponentes no desinteresados o garantizados podrán requerir "embargo judicial" sin que pueda ser negada tal tutela jurisdiccional.

En definitiva: el oponente podrá "obtener embargo...", pero el Tribunal requerido deberá acceder a la cautela peticionada, sin otra alternativa más que la revisión de que haya sido formulada oposición y no hubiera sido desinteresado el acreedor o hubiera sido negada la garantía.

2. Entendemos que es inadmisibles esa limitación a la facultad revisora del juez, pues ello redundaría en perjuicio no solamente de los socios sino de otros acreedores no oponentes. Porque esa indiscriminada posibilidad de acceder a la cautela jurisdiccional se proyecta sobre la fusión o escisión en trámite, afectándola de modo irremediable hasta el punto de impedir que se concluya el negocio.

En este punto debe destacarse la decisión de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, in re "OEM Telefonía Celular Argentina SA c/ Miniphone SA; s/ medida precautoria" (solución difundida en ED del 5.3.01, Nro.10.207, 6, bajo título "Sociedad: Fusión: art. 83 de la LS. aplicación, pautas...").

Si bien entonces dijese que no se analizaría la aplicabilidad del régimen procesal al supuesto del embargo del art. 83, 3ro, in fine, concluyese que dicha medida cautelar sólo procederá de comprobarse una disminución de la garantía común del crédito invocado por el oponente, por consecuencia de la concurrencia de los acreedores de la otra sociedad participante de la fusión / escisión.

En suma, admitirse inequívocamente que el peticionario del embargo debiera acreditar que peligrara –por causa de la disminución de la garantía– el cobro de su acreencia, lo cual justificara otorgarle al oponente una suerte de preferencia –constituida por el embargo– por sobre los acreedores de la otra sociedad.

Nótese que cuanto menos la solución anotada participa de

nuestra tesis en el sentido de que no procede la admisión mecánica del embargo, y además se admitiría la necesidad de acreditar el peligro que generara la conclusión del negocio societario.

3. En esta ponencia proponemos que también sea necesario acreditar todos los recaudos usuales de procedibilidad del embargo, pues consideramos que la mera oposición no revela per sé la existencia probable del derecho del oponente ni el peligro en la demora.

No será razonable exigir el cumplimiento de dichos requisitos a cualquier accionante, y excluir a quienes resistieran la fusión por la única circunstancia de que la formal oposición que hubiesen formulado resultase desechada por la sociedad, sin garantizarse el cumplimiento de la supuesta obligación invocada por el peticionario del embargo.

Esa interpretación constituirá un privilegio desmedido al oponente, pues la sola oposición nada predica sobre la existencia de un crédito.

Además, la tesis en el sentido de que procede la admisión mecánica del embargo desatiende que la ley societaria impide que las oposiciones se constituyan en un medio de evitar las fusiones o escisiones.

De modo que dotar a los oponentes del superprivilegio de peticionar un embargo "innegable" por el magistrado requerido y decretable por la mera oposición, implicaría la abrogación de los efectos atribuidos por la ley a las oposiciones, concediéndoles un efecto diferente y más amplio que el instituido por la ley de sociedades: 83.

Además, la interpretación que propugna la habilitación del embargo por la sola oposición, posibilitaría que cualquier sujeto pudiera retrasar y hasta imposibilitar el negocio societario, aún cuando careciera de un crédito. Ello así, pues según dicha tesis no debe acreditarse la verosimilitud del derecho fundante de la petición cautelar, lo cual aparece absolutamente desmedido, y desde nuestro punto de vista no merecería amparo jurisdiccional.

CONCLUSIÓN

Consideramos pues que el oponente peticionario del embargo

deberá exponer los extremos que permitan percibir –siquiera periféricamente– su calidad de acreedor, y como cualquier otro peticionario de la cautela jurisdiccional provisoria, explicar el motivo por el cual considera que la fusión / escisión sobreviniente podría ser fatal para sus intereses patrimoniales, difiriéndose a la consideración del magistrado requerido la decisión de tal petición cautelar.

Consecuentemente sería útil que una futura modificación de la ley de sociedades considerase incluir dicha aclaración en el nuevo texto legal.