



TESINA EN DERECHO

¿EXISTE EN CHILE UNA NORMATIVA ADECUADA PARA LA TUTELA DE LOS
ACREEDORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA QUE SE DIVIDE?

Autor: David Rodríguez Fortunato.
Profesor guía: Luis Felipe Peuriot Canterini.

TABLA DE CONTENIDOS

- Tabla de contenidos.....	2
- Tabla de abreviaturas.....	7
- Resumen.....	8
- Palabras clave.....	8
- Introducción.....	9

CAPÍTULO I

De la división de las sociedades anónimas.....	11
1. Definición legal.....	11
1.1. Comentarios a la definición legal del artículo 94 de la LSA.....	11
2. Clases de escisión.....	13
2.1. Atendiendo al criterio de la desaparición o no de la sociedad dividida.....	14
2.1.1. Escisión total.....	14
2.1.2. Escisión parcial.....	14
2.2. Dependiendo de si las sociedades beneficiarias preexisten a la operación o se crean a raíz de ella.....	14
2.2.1. Escisión por constitución de nuevas sociedades.....	14
2.2.2. Escisión por absorción.....	14
2.3. Referencia a la segregación.....	15
3. Regulación legal.....	15
4. Finalidades de la operación de escisión de sociedades anónimas.....	16
4.1. Escisión por razones económicas.....	16
4.2. Escisión por razones internas.....	16

4.3. Escisión por presiones externas.....	17
5. Efectos de la escisión de sociedades anónimas.....	17
5.1. Transferencia del patrimonio de la sociedad escindida.....	17
5.1.1. Tradición o enajenación de bienes o derechos a las sociedades beneficiarias.....	18
5.1.2. Sucesión a título universal análoga a la sucesión por causa de muerte.....	18
5.1.3. Transferencia patrimonial a título universal con características propias.....	19
5.2. Integración de los socios de la sociedad escindida en las sociedades beneficiarias de la operación.....	20
5.3. Relación de los efectos de la escisión, con la situación de los acreedores sociales.....	20

CAPÍTULO II

Tutela de los acreedores en la escisión de las sociedades anónimas.....	22
1. Riesgos que conlleva la escisión de sociedades anónimas para los acreedores sociales.....	22
1.1. Riesgos para los acreedores de la sociedad escindida en la escisión total.....	23
1.2. Riesgos para los acreedores de la sociedad escindida en la escisión Parcial.....	23
1.3. Riesgos para los acreedores de las sociedades beneficiarias en ambas modalidades de escisión.....	23
1.4. Riesgo común a todas las modalidades de escisión.....	24
2. Sistemas de protección.....	24
2.1. Sistemas de protección a priori.....	24
2.2. Sistemas de protección a posteriori.....	25

3. Tutela de los acreedores en diversos ordenamientos jurídicos.....	25
3.1. Tutela de los acreedores en el derecho comparado.....	25
3.1.1. Sexta directiva de la comunidad económica europea de 17 de Diciembre de 1982.....	25
3.1.1.1 Derecho a obtener garantías y responsabilidad solidaria, subsidiaria y eventualmente limitada.....	25
3.1.1.2. Responsabilidad solidaria, directa e ilimitada, sin derecho a obtener garantías.....	26
3.1.1.3. Derecho a obtener garantías y responsabilidad solidaria, directa e ilimitada.	26
3.1.2. Derecho español.....	27
3.1.2.1. Derecho de oposición.....	27
3.1.2.1.1. Concepto.....	27
3.1.2.1.2. Regulación legal.....	28
3.1.2.1.3. Requisitos para su ejercicio.....	28
3.1.2.1.4. Legitimación pasiva.....	28
3.1.2.1.5. Forma de ejercicio.....	29
3.1.2.1.6. Efectos.....	29
3.1.2.1.7. Medios de enervar la oposición.....	30
3.1.2.2. Comentarios a la regulación de la oposición en el derecho español.....	30
3.1.2.2.1. Justificación del derecho de oposición.....	30
3.1.2.2.2. Existencia del perjuicio.....	30
3.1.2.3. Régimen de responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la operación.....	32
3.1.2.3.1. Características.....	32
3.1.2.3.1.1. Subsidiariedad.....	32
3.1.2.3.1.2. Solidaridad.....	32
3.1.2.3.1.3. Limitación.....	32
3.1.2.3.2. Particularidades del régimen de responsabilidad solidaria en relación al derecho de oposición.....	32

3.1.3. Breve referencia a otras legislaciones.....	33
3.1.3.1. Derecho francés.....	33
3.1.3.2. Derecho portugués.....	34
3.2. Tutela de los acreedores en el derecho chileno	34
3.2.1. Regulación legal.....	34
3.2.2. Algunas soluciones dadas por la doctrina nacional ante la falta de mecanismos específicos de protección en la LSA.....	34
3.2.2.1. De la novación por cambio de deudor.....	35
3.2.2.1.1. Inaplicabilidad de la novación por cambio de deudor para todos los supuestos de escisión.....	35
3.2.2.1.2. Exigencia excesiva para la realización de la escisión.....	36
3.2.2.1.3. Cualidades personales del deudor y su trascendencia en la escisión de sociedades anónimas.....	36
3.2.2.1.4. Relación entre la novación por cambio de deudor y la escisión de sociedades en cuanto a sus efectos.....	37
3.2.2.2. De la asunción de deudas.....	37

CAPÍTULO III

Mecanismos de protección de los acreedores sociales a la luz de la legislación chilena frente al proceso de escisión de sociedades anónimas.....	39
1. Mecanismos concretos de tutela.....	39
1.1. La estipulación societaria.....	39
1.2. La Adpromisión.....	40
1.2.1. Concepto.....	40
1.2.2. Regulación legal.....	40
1.2.3. Beneficios de la adpromisión en el proceso de escisión de Sociedades anónimas.....	40
1.2.3.1. Beneficios para los acreedores.....	40

1.2.3.2. Beneficios para el buen éxito de la operación.....	41
1.2.4. Comentarios.....	41
1.3. Acción pauliana.....	42
1.3.1. Comentarios.....	42
1.3.1.1. Dificultades de orden práctico.....	43
1.3.1.2. Prescripción.....	43
2. Jurisprudencia.....	43
2.1. Referencia al principio de conservación de la persona jurídica.....	44
2.2. Comentarios.....	44
3. Consideraciones de <i>Lege ferenda</i>	47
- Conclusiones.....	49
- Bibliografía.....	51

TABLA DE ABREVIATURAS

- LSA:	Ley sobre sociedades anónimas.
- VIDCEE	Sexta directiva de la Comunidad Económica Europea de 17 de Diciembre de 1982.
- LME	Ley española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- CC	Código Civil.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es determinar si en Chile existe o no, una normativa adecuada para la tutela de los acreedores de una sociedad anónima que se divide.

Para lograr este objetivo, se analiza la legislación chilena y el conocimiento jurídico actual sobre la materia, recurriendo a otros ordenamientos jurídicos para establecer los méritos e insuficiencias de nuestra legislación. Se asume una posición crítica respecto de ella, pues se constata la existencia de un vacío legal en esta materia.

Finalmente, junto con exponer las alternativas que, dentro del mismo ordenamiento nacional actual, permiten estructurar la protección de los acreedores, se formulan consideraciones de *Lege Ferenda*, atendido que se concluye que la legislación existente en Chile no tutela en forma adecuada sus intereses.

PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES

Sociedades anónimas. División. Escisión. Tutela. Mecanismos de protección. Acreedores sociales.

INTRODUCCIÓN

Con frecuencia las sociedades anónimas se ven obligadas a buscar soluciones que sean favorables para su permanencia en el mercado en las mejores condiciones posibles (Esteban, 2007: p. 25). Una de estas soluciones, directamente relacionada con la supervivencia de la empresa, la constituyen los cambios estructurales, dentro de los cuales es posible distinguir la transformación, la fusión y la división.

Este trabajo se refiere exclusivamente a la división, y más específicamente, a la tutela de los acreedores frente a la división de sociedades anónimas. La necesidad de abordar este tema, surge por el escaso tratamiento normativo y doctrinal que se le ha dispensado en Chile, lo que en un primer acercamiento a la materia queda de manifiesto al constatar la legislación existente y la confusión de alguna parte de la doctrina nacional, que emplea como sinónimos los términos escisión y división de sociedades (Sandoval, 2009: p.389), no obstante que entre ambos existe una relación de género a especie.

Por estas razones es válido preguntarse si efectivamente ¿existe en Chile una normativa adecuada para la tutela de los acreedores de una sociedad anónima que se divide? Para contestar esta interrogante resulta de un valor único el conocimiento de otros ordenamientos jurídicos que permitan acceder a soluciones diferentes de las que nos pueden proporcionar la legislación, doctrina y jurisprudencia chilenas.

En el primer capítulo, denominado “De la división de las sociedades anónimas”, con una finalidad claramente introductoria, se proporcionan referencias básicas de esta institución, poniendo especial énfasis en los efectos de la misma en relación con los acreedores sociales.

En el segundo capítulo, denominado “Tutela de los acreedores en la escisión de sociedades anónimas”, se identifican separadamente los riesgos de la escisión en sus diversas modalidades y cómo estos riesgos han sido minimizados en el derecho comparado, efectuando un análisis crítico de la legislación chilena y de lo señalado por la doctrina de nuestro país.

Por último, en el tercer capítulo denominado “mecanismos de protección de los acreedores sociales a la luz de la legislación chilena frente al proceso de escisión de sociedades anónimas”, se exponen alternativas de protección que, a mi juicio, pueden

resultar útiles en ciertos supuestos, poniendo en evidencia sus deficiencias con el objeto de finalmente, proponer modificaciones de la ley vigente.

CAPÍTULO I

DE LA DIVISIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

Durante su vida, las sociedades anónimas pueden experimentar cambios motivados por diversas razones, que les exigen unirse, dividirse o transformarse para obtener una mejor administración de sus bienes que les permita sobrevivir, utilizando para tal propósito los mecanismos que franquea la ley, como son la transformación, fusión o división (Olavarría, 1970: p. 428).

La división, corresponde a un cambio estructural de las sociedades anónimas cuya reglamentación encontramos en el título IX de la ley 18.046 sobre sociedades anónimas (en adelante LSA). Siendo la única regulación existente en esta materia, hay varios aspectos importantes a los cuales el legislador no da respuesta (Baeza, 2003: p. 1322).

Uno de estos aspectos dice relación con la tutela de los acreedores. Por este motivo, se hace necesario examinar esta institución con el objeto de ver en que medida nuestro ordenamiento protege los intereses de los acreedores sociales frente a los procesos de división de las sociedades anónimas.

1. Definición legal.

En Chile, el artículo 94 de la LSA define la división en los siguientes términos: “La división de una sociedad anónima consiste en la distribución de su patrimonio entre sí y una o más sociedades anónimas que se constituyan al efecto, correspondiéndole a los accionistas de la sociedad dividida, la misma proporción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide”.

1.1. Comentarios a la definición legal del artículo 94 de la LSA.

- a) La división de sociedades forma parte de un concepto más amplio que se conoce como escisión. No obstante que en doctrina se utilizan como sinónimos ambos términos (Puelma, 2003: p. 218), la división que reglamenta nuestra LSA es una modalidad de la escisión, que supone siempre un traspaso parcial de patrimonio (Kaftanski, 1999: p.38).

- b) En estrecha relación con lo anterior, tenemos en Chile una reglamentación limitada de la escisión, pues sólo se regula una clase, la escisión parcial o división, llamada en el derecho norteamericano *slip off* o *spin off*, en que parte del patrimonio de una sociedad se transfiere a una sociedad nueva de la cual son accionistas los de la antigua, es decir, la sociedad dividida no se disuelve. Consecuencialmente, no encontramos regulada la escisión total o *split-up* en la cual “se disuelve una sociedad creándose dos o más que pasan a los accionistas de la disuelta” (Puelma, 2003: pp. 491-492).
- c) Esta situación es particularmente distinta de la que ocurre en otros ordenamientos, en los que el texto legal ha reconocido expresamente el doble perfil conceptual de la escisión (Uría, 1998: p.408), siendo posible distinguir en el derecho español entre escisión total y escisión parcial (Esteban, 2007: p.73). En la legislación Argentina, también se encuentra recogida esta diferencia dentro de las modalidades de escisión que regula la ley de sociedades comerciales de ese país (Villegas, 2001: pp. 225-226).
- d) La definición legal del artículo 94 de la LSA, también es limitada, en el sentido que sólo se refiere a la hipótesis de que por la división se constituyan sociedades, en circunstancias que es perfectamente posible que la sociedad que se divide reparta su patrimonio a sociedades preexistentes. Es decir, el texto legal sólo se refiere a la escisión por constitución de nuevas sociedades, pero no a la escisión por absorción (Esteban, 2007: p.73).
- e) Por las razones aludidas, es conveniente proporcionar un concepto de escisión que sea aplicable a todas las modalidades de esta institución, pues no obstante que en nuestro país se regula expresamente un solo tipo, esto no quiere decir que no se dé cabida al otro. “Aplicando las normas generales derivadas de la libertad de contratación podría en Chile hacerse una división o escisión total o *split-up*; disolviendo la sociedad primitiva y repartiendo su patrimonio entre dos o más sociedades sean éstas nuevas o preexistentes” (Puelma, 2003: p. 492).
- f) Dando un concepto amplio de la figura, Guasch la define como “la operación del derecho de sociedades consistente en fragmentar total o parcialmente el patrimonio de una sociedad en una o más partes, transmitiendo en bloque cada fracción

patrimonial escindida a una o varias sociedades existentes o de nueva creación, mediante la atribución a los socios de la sociedad escindida de acciones o participaciones procedentes de la sociedad o sociedades beneficiarias” (1993: pp. 69-70).

- g) Por último, es necesario tener presente que la regulación de la división de sociedades en nuestro derecho sólo es aplicable a la sociedad anónima, de modo que la división de otros tipos sociales constituye una materia no reglamentada por el legislador. A pesar de esto, se ha estimado que esta figura se puede hacer extensiva a todo tipo societario por la vía de la convención de los socios (Puelma, 2003: p. 219 y siguientes).

En cuanto a las sociedades que surgen de la división, a la luz del artículo 94 de LSA se desprende que la división, sólo puede dar lugar al nacimiento de una o más sociedades anónimas, no pudiendo surgir sociedades de otro tipo societario (Torres, 2006: p. 486). Lo anterior es distinto de lo que ocurre en España, puesto que en las clases de escisión que regula la ley, las sociedades beneficiarias de la misma podrán ser de un tipo mercantil diferente al de la sociedad que se escinde, según lo prescrito en el artículo 68 de la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante LME).

Sin perjuicio de lo señalado, se ha afirmado que “es perfectamente posible que las partes contratantes estipulen lo que mejor les parezca a sus intereses, aplicando y adaptando, en la forma que crean adecuada a ellos los conceptos contenidos en los artículos 94 y 95 de la Ley 18046 de 1981 y/o, además, creando las demás regulaciones convencionales, que al efecto pudieren estimar convenientes” (Bórquez, 2002: p. 68). En atención a este criterio y en base al principio de la libertad contractual, no existiría inconveniente alguno para que la división en Chile de lugar al nacimiento de sociedades no anónimas.

2. Clases de escisión:

En este punto no se hará una enumeración exhaustiva de todas las clases de escisión que se establecen a nivel de doctrina, sino que se proporcionarán los criterios de clasificación que dicen relación con los supuestos más frecuentes de esta institución.

2.1 Atendiendo al criterio de la desaparición o no de la sociedad dividida.

2.1.1 Escisión total.

Es aquella modalidad de la escisión en la que tiene lugar la división y la transmisión total del patrimonio de la sociedad escindida, a dos o más sociedades, provocando la inexistencia de sustrato patrimonial la extinción de la sociedad escindida (Guash, 1993: p. 73).

En este caso es necesaria la existencia de, por lo menos, dos sociedades beneficiarias, puesto que si existe traspaso de todo el patrimonio de una sociedad a otra, la operación constituye una fusión (Kaftanski, 1999: p. 13).

2.1.2 Escisión parcial.

Es aquella modalidad de la escisión en la que se transmite parcialmente el patrimonio de una sociedad fragmentado en una o más partes, subsistiendo por tanto la sociedad escindida tras la realización de la operación (Guash, 1993: p. 73).

Como se señaló, la legislación chilena no contempla a la escisión como una figura unitaria, esto es, comprensiva de todas las modalidades de la misma. La definición de división del artículo 94 de la LSA se identifica con esta modalidad de escisión.

2.2 Dependiendo de si las sociedades beneficiarias preexisten a la operación o se crean a raíz de ella.

2.2.1 Escisión por constitución de nuevas sociedades.

Es aquella modalidad de la escisión que se configura toda vez que la o las sociedades beneficiarias no preexisten a su realización, sino que se constituyen a raíz de ella (Kaftanski, 1999: p.14).

2.2.2 Escisión por absorción.

Es aquella modalidad de la escisión que tiene lugar en aquellos casos en que la o las sociedades beneficiarias se encuentran constituidas a la fecha de la escisión, de modo que el

traspaso de patrimonio se realiza a un ente estructurado que desarrolla una actividad económica determinada.

Estas dos modalidades de escisión pueden tener lugar en el seno de una escisión total o parcial (Kaftanski, 1999: pp.14-15).

2.3 Referencia a la segregación.

Esta figura fue incorporada a la legislación española por la LME, de 3 de abril de 2009, que la define de la siguiente manera: “Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.”

Llama la atención que en la legislación española se haya incluido a la segregación como una modalidad de la escisión, puesto que existe consenso en la doctrina de ese país en el sentido que es esencial a todo tipo de escisión el que las acciones de las sociedades beneficiarias se entreguen directamente a los socios de la sociedad escindida y no a la sociedad como ocurre en el caso de la segregación. (Esteban, 2007: p.74).

En Chile, la segregación tampoco está prevista como tal, pero se ha señalado que encuentra una cierta semejanza a la creación de sociedades filiales o coligadas, porque en ambos casos se produce una relación directa entre las sociedades involucradas en la operación (Kaftanski 1999, p.18).

3. Regulación legal.

Como se ha adelantado, la división de sociedades anónimas se encuentra regulada en la ley 18.406 de 22 de Octubre de 1981 sobre sociedades anónimas. Su última modificación corresponde a la ley 20.382 de 20 de Octubre de 2009.

Esta ley regula la división de sociedades anónimas en el Título IX, particularmente en los artículos 94, 95 y 100. El primero de ellos define la institución, el segundo, regula el procedimiento de división y, el tercero, es una disposición común a ciertos cambios

estructurales dentro de los cuales se encuentra la división de sociedades anónimas y que dice relación con los efectos de la división respecto de los accionistas.

4. Finalidades de la operación de escisión de sociedades anónimas.

“Al igual que la transformación o fusión, la división de sociedades es un mecanismo jurídico que tiende a que los diversos organismos puedan cambiar su estructura, adaptándose a las necesidades del mercado” (Puelma, 2003: p 218).

Uría, comparando la finalidad de la fusión y de la escisión, sostiene que la fusión persigue la concentración de fuerzas económicas, y la escisión tiende, más bien a descentralizar esas fuerzas (1998: p. 408). Esto no es del todo correcto, pues si bien la fusión es la operación societaria de concentración por antonomasia, la escisión también puede ser una técnica jurídica de concentración empresarial, cuando se practica en el ámbito de la formación de grupos empresariales (Alonso, 1999: p.10).

Por lo anterior, se ha dicho que la escisión es un instituto con función polivalente al servicio de fines que giran en torno a la adecuación de las sociedades a las cambiantes circunstancias y vicisitudes económicas y empresariales (Alonso, 1999: p.10).

Dentro de los fines que se buscan a través de la escisión podemos distinguir entre:

4.1 Escisión por razones económicas.

La empresa está determinada por el medio económico y social en el que se desarrolla, de ahí que no podemos afirmar que es un ente aislado y autónomo, sino el reflejo de las fuerzas que convergen en el mercado (Oleo, 1995: p.31).

Desde esta perspectiva, con la escisión se pueden lograr distintos fines, como la expansión de la empresa a través de la especialización de sus actividades, la descentralización de actividades secundarias hacia compañías más pequeñas y productivas, así como también la segmentación de las responsabilidades de administración y dirección (Skiarski, 2001: p. 32).

4.2 Escisión por razones internas.

La escisión puede servir como alternativa de solución de conflictos entre los socios, al permitir la separación de grupos antagónicos que tienen distintos intereses (Puelma, 2003: p. 219).

4.3 Escisión por presiones externas.

En ocasiones, la escisión puede ser de obligada adopción, cuando así lo exige por ejemplo la legislación antimonopólica de los distintos países (Skiarski, 2001: p.33).

Como se puede apreciar, la escisión puede tener distintos objetivos. Sin embargo, lo que interesa destacar para efectos de este trabajo, es que esta institución puede ser usada con la sola finalidad de eludir obligaciones de la sociedad anónima, es decir, en fraude de los acreedores sociales, para quienes el deudor principal, o desaparece, como ocurre con la escisión total, o se divide ofreciendo menor garantía, en el supuesto de escisión parcial (Olavarría, 1970: p. 431).

5. Efectos de la escisión de sociedades anónimas.

La doctrina chilena no se ha ocupado de establecer efectos de la escisión que comprendan sus diversas modalidades. Es por ello que en este punto resulta conveniente recurrir a la doctrina extranjera, que ha señalado dos efectos generales y distintivos de esta institución:

- Transmisión¹, en bloque y por partes, del patrimonio de la sociedad escindida a las sociedades beneficiarias. Transmisión que afectará a todo o parte del patrimonio social según se trate de una escisión total o parcial.
- El paso de los socios de la sociedad escindida a las sociedades beneficiarias (Esteban, 2007: p. 73).

5.1 Transferencia del patrimonio de la sociedad escindida.

¹ En Chile, cuando los derechos se traspasan por acto entre vivos se habla de transferencia. Cuando el traspaso se efectúa por causa de muerte se alude a transmisión (Ducci, 1995: p.218). Tal distinción no aparece recogida por la doctrina española, razón por la cual, para ser coherente con nuestra nomenclatura, en aquellos casos en que la doctrina española habla de transmisión, dicha expresión será reemplazada por la palabra “transferencia”.

Es necesario advertir que se pondrá énfasis en este primer efecto, en atención a que la forma de entenderlo presenta una estrecha relación con la tutela de los acreedores. En este punto, corresponde develar cuál es la naturaleza jurídica de la distribución de patrimonios que opera en la escisión, por lo que se hace necesario determinar si lo que hay es una tradición de bienes o derechos a las sociedades beneficiarias de la misma, o bien, existe una transmisión de patrimonios análoga a lo que ocurre en la sucesión hereditaria, o por último, estamos en presencia de un acto jurídico con características propias (Hernández, 2000: p.122).

5.1.1 Tradición o enajenación de bienes o derechos a las sociedades beneficiarias.

Se ha descartado esta opción para explicar la naturaleza jurídica de la distribución de patrimonios que opera en la división de sociedades anónimas, por las siguientes consideraciones:

- Inexistencia de un tradente en la división, puesto que la misma es provocada por la propia junta de accionistas de la sociedad que se divide.
- Inexistencia de una causa de enajenación, pues no hay de parte de la junta de accionistas una intención de transferir el dominio.
- Inexistencia de un adquirente que manifieste por un acto de voluntad, su intención de adquirir los bienes que se distribuyen a las nuevas sociedades, porque esta decisión es resorte de la propia junta de accionistas.
- La enajenación patrimonial tiene un tratamiento distinto a la división de sociedades anónimas en el artículo 57 de la ley 18046, lo que corrobora sus diferencias (Hernández, 2000: pp.122-123).

5.1.2 Sucesión a título universal análoga a la sucesión por causa de muerte.

Algunos autores señalan que existe una estrecha correspondencia entre la sucesión de la persona física y la jurídica, es decir, de igual forma que el fallecimiento es la causa que abre la sucesión universal de la persona física, se afirma que la extinción de una persona jurídica es el presupuesto de la sucesión a título universal que opera en los procesos de reestructuración empresarial como la división de sociedades (Oleo, 1995: p. 63).

Esta posición genera el problema de que el binomio de la sucesión-extinción, a diferencia de lo que ocurre en la sucesión por causa de muerte con las personas naturales, no es algo normal en las sociedades, pues si bien, el efecto extintivo de la sociedad se inscribe en el propio proceso de escisión tratándose de la escisión total, no se puede afirmar lo mismo respecto de la escisión parcial, (Oleo, 1995: pp. 63-66) ya que esta última, no sólo no afecta a la totalidad del patrimonio de la sociedad escindida, sino que además no conlleva su extinción, requisitos propios de la sucesión universal (Esteban, 2007: p.76).

Por otra parte, en la escisión, el fundamento de la variación subjetiva es distinto de aquel que inspira la sucesión por causa de muerte, ya que esta última se abre para evitar situaciones de indefensión en las relaciones jurídicas de las que fuera titular el fallecido (Esteban, 2007: p.77), mientras que en la división de sociedades anónimas la transferencia patrimonial se justifica en la conveniencia de facilitar cauces de reestructuración de la empresa social a través de la reordenación del conjunto de relaciones sociales (Oleo, 1995: p.70).

5.1.3 Transferencia patrimonial a título universal con características propias.

Existe consenso en la doctrina española en el sentido que la transferencia patrimonial que opera en la escisión de sociedades es una auténtica sucesión a título universal. Esta opinión tuvo por primera vez su fundamento positivo en la expresión “traspaso en bloque” a la que aludía el artículo 252 de la derogada ley de sociedades anónimas de ese país (Guash, 1993: pp. 92-93). En la actualidad, la LME es más precisa, pues utiliza la expresión “traspaso en bloque por sucesión universal”.

Sin embargo, la atribución patrimonial necesariamente fragmentaria que opera en la escisión y la ausencia de extinción de la sociedad en el caso de escisión parcial, llevó a algún sector doctrinal a negar la consideración universal de la sucesión (Oleo, 1995: p. 76).

Para contrarrestar esta posición, junto con establecer diferencias como las ya señaladas en el punto anterior entre la sucesión por causa de muerte y la que opera con motivo de la escisión de una sociedad anónima, se puso énfasis en el hecho de que lo característico de la sucesión universal no es si se afecta o no a todo el patrimonio social, no es el aspecto cuantitativo, sino el modo en que se realiza la transferencia de la titularidad de los elementos patrimoniales a las sociedades beneficiarias (Guash, 1993: p. 96). En la

sucesión universal, la transferencia del conjunto de relaciones jurídicas se realiza como un todo, como una unidad, por lo que sus efectos traslaticios derivan del efecto unificador que impone la especial naturaleza del título jurídico de transferencia, y no simplemente de una vinculación circunstancial económica o práctica de los elementos que se transfieren (Oleo, 1995: p. 79). En vista de esto, se ha señalado que tanto en la escisión total como en la parcial hay sucesión universal, pero limitada a los elementos patrimoniales que integran la unidad económica que se escinde (Guash, 1993: p. 97).

Complementando lo anterior, en el sentido de que el aspecto cuantitativo no es lo esencial, Oleo señala que “el hecho de que se transfieran todas las relaciones jurídicas imputables al sujeto no significa o implica en sí mismo una sucesión universal. Tal resultado puede producirse a través de múltiples transformaciones a título particular” (1995: p. 79).

En la doctrina nacional, se ha sostenido que la división es un título meramente declarativo, porque reconoce derechos preexistentes sobre un mismo patrimonio, y la asignación del patrimonio a la sociedad asignataria se efectúa a título universal (Hernández, 2000: p.126).

5.2 Integración de los socios de la sociedad escindida en las sociedades beneficiarias de la operación.

Este efecto, que se relaciona con la protección de los accionistas frente al proceso de división, está recogido en el artículo 100 de la LSA, del cual se desprende que la voluntad del legislador es que ningún accionista se vea privado de sus derechos de propiedad en el capital, a consecuencia de un proceso de división societaria (Torres, 2006: pp. 490-491).

En el supuesto de la segregación patrimonial no se produce este efecto propio de toda escisión, ya que los socios no se integran en las sociedades receptoras del patrimonio segregado (Guash, 1993: p. 87). Esta razón, a mi juicio, justifica no incluir a la segregación como una modalidad de escisión, no obstante su actual tratamiento en la ley española.

5.3 Relación de los efectos de la escisión, con la situación de los acreedores sociales.

El reconocimiento de la sucesión a título universal, tiene importancia para los acreedores sociales puesto que si bien, por una parte, mantienen sus derechos, lo que desde

esta perspectiva les significa una garantía, por otra existe un gran riesgo de que esos derechos se diluyan al momento de hacerlos efectivos una vez concluida la operación de división, porque la transferencia universal repercute en el patrimonio de las sociedades que participan en ella (Esteban, 2007: pp. 86-87).

En estrecha relación con lo anterior, esta forma de entender la transferencia, permite a las sociedades beneficiarias asumir los bienes derechos y obligaciones integrados en la parte patrimonial escindida sin necesidad del consentimiento del acreedor, no obstante que para éste último existe un deudor que cambia o desaparece (Guash, 1993: p. 98).

Por esta razón, pueden resultar perjudicados los acreedores, puesto que no sería necesario exigir su consentimiento para realizar la operación de división de sociedades, no obstante, el cambio de deudor que sufren en algunos casos. Es decir, no nos podríamos situar en el ámbito de aplicación de la novación por cambio de deudor, que exige la voluntad de los acreedores para producir efectos.

En cuanto al procedimiento para efectuar la división, el artículo 95 de la LSA establece que esta operación societaria se debe acordar en junta general extraordinaria de accionistas, en la que se deben aprobar, entre otras materias, la disminución del capital social y la distribución del patrimonio entre la sociedad primitiva y la o las nuevas sociedades que se crean.

Esto también puede ir en perjuicio de los acreedores, puesto que el principio básico es la libertad de los accionistas para determinar de qué forma se va a distribuir el patrimonio. Por lo tanto, se podría asignar todo o la mayor parte de las obligaciones sociales a una de las compañías que no cuente con un respaldo correspondiente de activos para generar recursos y poder cumplir con dichas obligaciones (Hernández, 2000: pp. 119, 140).

CAPÍTULO II.

TUTELA DE LOS ACREEDORES EN LA ESCISIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

La protección de los acreedores frente a los procesos de escisión de sociedades anónimas, es una materia que ha sido tratada de manera diversa por los distintos ordenamientos jurídicos que consagran la figura (Guash, 1993: pp. 282-297).

Sin embargo, pese a las diferencias existentes, constituye una cuestión pacífica en la doctrina mercantil de los países europeos, la afirmación de que es necesario el sometimiento de estas operaciones a un cauce normativo específico. El fundamento de ello, radica en los riesgos que comporta la operación de escisión para los socios y para los acreedores (Oleo, 1995: p. 60).

Por esta razón, es necesario examinar previamente cuales serían estos riesgos en relación a los acreedores sociales y cuál ha sido su tratamiento en el derecho comparado y en la legislación chilena.

1. Riesgos que conlleva la escisión de sociedades anónimas para los acreedores sociales.

Esteban, refiriéndose a los riesgos en la escisión, sostiene que “los acreedores sociales no forman parte de la sociedad y, por tanto, no intervienen en la toma de decisiones de la misma. Sin embargo, el acreedor es un tercero a quien sí le interesa y le afecta el desarrollo de la actividad social, en tanto que de la misma puede depender la satisfacción de su derecho de crédito” (Esteban, 2007: pp. 85-86).

Desde este punto de vista, si bien la escisión es un proceso que se desenvuelve fundamentalmente en la esfera interna de la sociedad, también repercute en su esfera externa, incidiendo sobre los intereses de los acreedores, no sólo de los que lo son de la sociedad escindida, sino también de aquellos acreedores de las sociedades beneficiarias de la operación (Oleo, 1995: p. 124).

Atendido que los riesgos de la operación societaria en estudio, no son iguales para todos los acreedores que participan en ella y varían dependiendo de la clase o modalidad de escisión (Esteban, 2007: pp. 85-96), es necesario distinguir:

1.1. Riesgos para los acreedores de la sociedad escindida en la escisión total.

Para estos acreedores se produce un cambio de deudor, es decir, se enfrentan a una “modificación unilateral del primitivo sujeto deudor con la consiguiente sustitución, en su lugar, de una pluralidad de sociedades deudoras”. Por otra parte el patrimonio social que venía garantizando el crédito de los acreedores, se dispersa entre varias sociedades, de las cuales en principio desconocen su situación socioeconómica (Guasch 1993: pp. 280-281).

Si la situación económico-financiera de las sociedades beneficiarias de la escisión es próspera, esta operación no conllevaría riesgo alguno para los acreedores. Sin embargo, el peligro de este cambio de deudor radica en que el nuevo sujeto pasivo de la relación, no tenga capacidad económica suficiente para satisfacer íntegramente sus deudas, que no ofrezca garantías para ello o bien ofreciéndolas, no lo haga en la misma medida que el deudor anterior (Esteban, 2007: p. 89).

1.2. Riesgos para los acreedores de la sociedad escindida en la escisión parcial.

Para los acreedores de la sociedad escindida en la escisión parcial, no se produce un cambio de deudor, salvo que las obligaciones hayan sido transferidas a algunas de las sociedades beneficiarias, por lo que se podría llegar a cuestionar la necesidad de protección específica dado que la sociedad afronta una operación más, como muchas otras que puede llevar a cabo a lo largo de su existencia, sin que por este motivo se establezcan medidas específicas de protección (Esteban, 2007: p. 93).

Sin perjuicio de lo anterior, la operación de escisión parcial, conlleva una reducción del capital de la sociedad escindida que puede ser perjudicial para los acreedores de la misma, puesto que supone una disminución del patrimonio que venía garantizando sus créditos, lo que dificulta las posibilidades de cobro de los mismos (Esteban, 2007: p. 94).

1.3. Riesgos para los acreedores de las sociedades beneficiarias en ambas modalidades de escisión.

En lo que respecta a los acreedores de las sociedades beneficiarias, cuando estas son preexistentes, puede existir un interés de los mismos en mantener un patrimonio de responsabilidad separado. Es decir, que el patrimonio que les venía sirviendo de garantía no

se confunda con el de otras sociedades, evitando así la concurrencia de otros patrimonios y acreedores (Oleo, 1995: p. 73).

Por tanto, al igual que lo que ocurre con los acreedores de la sociedad escindida en la escisión parcial, aunque no se produzca un cambio de deudor, existen riesgos que es necesario evitar a través de medidas específicas de protección.

1.4. Riesgo común a todas las modalidades de escisión.

Los accionistas tienen absoluta libertad para determinar qué elementos específicos del patrimonio van a asignarse a la o las sociedades beneficiarias en ambas modalidades de escisión. Esto representa un riesgo adicional para los acreedores, ya que pueden ver “reducida su masa de responsabilidad en función de a cuál de las sociedades beneficiarias le sea asignado su crédito” (Esteban, 2007: p. 95).

2. Sistemas de protección.

A fin de minimizar los riesgos que conlleva la escisión de sociedades en relación a los acreedores sociales, la mayoría de los países que consagran esta institución como figura unitaria establecen mecanismos o sistemas de protección en resguardo de sus intereses (Sandoval, 2009: p. 401).

Atendiendo al momento en que la tutela se hace efectiva se ha efectuado la siguiente distinción:

2.1. Sistemas de protección a priori.

En estos sistemas la tutela se suele materializar, bien en la concesión a los acreedores de un derecho de oposición a la operación, bien en un derecho a obtener garantías, o incluso en un derecho a exigir el pago de su crédito.

La protección se otorga antes que la operación concluya, con lo cual, ésta puede resultar paralizada hasta tanto no se proceda a garantizar o a satisfacer debidamente a los acreedores según los casos. Se concede, por tanto, cierta preferencia al interés de los acreedores frente al interés social, de ahí que se consagren ciertos mecanismos dirigidos a eliminar los efectos paralizantes de la operación (Esteban, 2007: pp. 127-128).

2.2. Sistemas de protección a posteriori.

Su principal característica radica en que los acreedores no pueden entorpecer el desarrollo del proceso de escisión, ya que la tutela sólo se puede hacer efectiva una vez concluido el mismo.

Es necesario precisar que estos sistemas de protección no siempre se presentan en forma excluyente, pudiendo coexistir en un mismo ordenamiento elementos de cada uno de ellos (Esteban, 2007: pp. 127-128).

3. Tutela de los acreedores en diversos ordenamientos jurídicos.

En este punto se analizará cómo los ordenamientos jurídicos de los distintos países, con especial énfasis en el nuestro, se han ocupado de la tutela de los acreedores en las operaciones de escisión de sociedades anónimas.

3.1 Tutela de los acreedores en el derecho comparado.

3.1.1. Sexta directiva de la Comunidad Económica Europea de 17 de Diciembre de 1982 (en adelante VIDCEE).

La VIDCEE plantea en su artículo 12, tres alternativas distintas de tutela para los acreedores, que son de libre adopción por los estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

La importancia de esta normativa, radica en que las alternativas que contiene, recogen la diversidad de sistemas previstos en los ordenamientos de los Estados miembros para la tutela de los acreedores de las sociedades afectadas por un proceso de escisión, por lo que el estudio de la misma implica un acercamiento a los principales sistemas de protección que se han establecido por los países europeos (Oleo, 1995: pp. 313-316).

A continuación se hará una breve explicación de cada uno de estos sistemas:

3.1.1.1. Derecho a obtener garantías y responsabilidad solidaria, subsidiaria y eventualmente limitada.

Este sistema consiste en la combinación de dos mecanismos:

El primer mecanismo, reconoce a los acreedores la posibilidad de obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de la sociedad escindida o de la sociedad beneficiaria a la que se transfiere la obligación, haga necesaria esta protección (Esteban, 2007: p. 117).

El segundo mecanismo, establece a favor de los acreedores de la sociedad extinguida una responsabilidad subsidiaria, solidaria y eventualmente limitada al activo neto atribuido al conjunto de las demás sociedades beneficiarias de la escisión (Oleo, 1995: p. 315). Es decir, frente al incumplimiento de la sociedad deudora, la obligación pasa a ser solidaria y el acreedor insatisfecho puede exigir el pago de su crédito a cualquiera de las sociedades beneficiarias o contra todas ellas simultáneamente (Guash, 1993: pp. 294-295). En cuanto a la limitación de la responsabilidad, su adopción o no depende de la voluntad de los estados miembros de la Comunidad Económica Europea (Esteban, 2007: p. 118).

Como se puede apreciar este sistema tiene la característica de proteger a los acreedores antes y después de la realización de la operación. Sin perjuicio ello, se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de excluir el régimen citado de responsabilidad si la escisión estuviese sometida a control judicial, además de cumplirse otros requisitos señalados en la directiva comunitaria (Esteban, 2007: p. 118).

3.1.1.2 Responsabilidad solidaria, directa e ilimitada, sin derecho a obtener garantías.

En este sistema se propone como instrumento único de tutela la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias. Responsabilidad que es directa e ilimitada, debido a que no existen otras medidas complementarias. Sin embargo, la protección sólo abarca a los acreedores de la sociedad escindida (Oleo, 1995: p. 315).

Se trata de un sistema de protección a posteriori y, como tal, la concesión de tutela a los acreedores nunca paraliza el curso de la operación, lo que sin duda es beneficioso para las sociedades participantes en la misma (Esteban, 2007: pp. 119-120).

3.1.1.3 Derecho a obtener garantías y responsabilidad solidaria, directa e ilimitada.

Este tercer sistema, al igual que el primero, reconoce a los acreedores sociales el derecho a obtener garantías y establece además una responsabilidad solidaria de las

sociedades beneficiarias que se extiende solamente a los acreedores de la sociedad escindida.

Sin embargo, a diferencia del primer sistema, comparte con el segundo el hecho de que la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias tiene la característica de ser directa (Oleo, 1995: p. 316).

Como se puede constatar, el tercer sistema consiste en una combinación de los dos anteriormente expuestos, por lo que es el más favorable para los acreedores y el menos atractivo para las sociedades que participan en la operación de escisión (Esteban, 2007: p. 120).

Se ha criticado la redacción de la VIDCEE porque no recoge ningún sistema concreto de tutela para los acreedores sociales (Esteban, 2007: p. 106). Lo anterior, es un reflejo de que en este punto no se intentaron uniformar las legislaciones, sino sólo establecer criterios mínimos de tutela que en gran medida ya habían sido adoptados por las legislaciones de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (Oleo, 1995: pp. 313-316).

3.1.2. Derecho Español.

El modelo de tutela acogido por el legislador español en la ley de sociedades anónimas de 1989, que en la actualidad está contenido en la LME de 2009, se corresponde con el primero de los sistemas de protección establecidos por el artículo 12 de la VIDCEE, estableciendo un mecanismo de protección a priori que se traduce en un derecho de oposición que la ley otorga a los acreedores sociales, y otro que actúa a posteriori y consiste en el régimen de responsabilidad solidaria que se atribuye a las sociedades beneficiarias en la operación de escisión (Oleo, 1995: pp. 325-326).

A continuación se analizarán ambos mecanismos.

3.1.2.1. Derecho de oposición.

3.1.2.1.1. Concepto.

Dado que la normativa española no nos proporciona una definición del derecho de oposición de los acreedores, la doctrina de ese país lo ha definido como “un acto jurídico

que el acreedor social lleva a cabo con la finalidad de suspender la operación reestructuradora hasta tanto no le sea asegurada la satisfacción de su derecho de crédito (Esteban, 2007: p. 255).

3.1.2.1.2. Regulación legal.

La regulación del derecho de oposición en el ámbito de la escisión no se realiza de forma directa, sino por remisión a las normas reguladoras de la fusión que lo consagran en el artículo 44 de la LME.

El citado artículo establece en su primer apartado que “la fusión (escisión) no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo por el que se aprueba la fusión o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos”.

3.1.2.1.3. Requisitos para su ejercicio.

Dentro del plazo señalado en el artículo 44 de la LME pueden oponerse a la escisión todos los acreedores de las sociedades participantes en la misma, con tal que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1º Tener un crédito no vencido que haya nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de escisión,
- 2º No tener un crédito adecuadamente garantizado.

A diferencia de lo que ocurre en la legislación portuguesa, en España no se exige el perjuicio al acreedor para el ejercicio del derecho de oposición (Esteban, 2007: pp. 258-259).

3.1.2.1.4. Legitimación pasiva.

La ley española no se pronuncia claramente sobre este punto. Sin embargo, se ha entendido que la legitimación pasiva es algo que se resuelve directamente por la propia configuración del derecho de oposición. Si el derecho de oposición impide la perfección de la operación en tanto no se lleve a efecto la garantía, es lógico que deba plantearse ante las sociedades que están presentes cuando se ejercita el mismo, que son, precisamente, las que participan en la operación (Esteban, 2007: p. 283).

En este sentido, cada acreedor formulará la oposición frente a su sociedad deudora.

3.1.2.1.5. Forma de ejercicio.

Como se indicó anteriormente, en el derecho español no es requisito la concurrencia de un daño para el ejercicio del derecho de oposición. Al no ser necesario realizar actividades pertinentes para demostrar la existencia de tal perjuicio se ha señalado que la oposición en España es un acto de carácter extrajudicial (Esteban, 2007: p. 257).

La ley no señala formalidad alguna para el ejercicio del derecho de oposición, por lo que bastará la comunicación de la oposición a la sociedad por cualquier medio (Oleo, 1995: p. 334).

Sin embargo, para fines probatorios es aconsejable que se formule por escrito y que además intervenga un ministro de fé (Esteban, 2007: p. 285).

3.1.2.1.6. Efectos.

El artículo 44.3 de la LME establece: “En los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión (escisión) ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento.

Como se puede apreciar, el ejercicio de este derecho produce efecto suspensivo, es decir, hasta que los acreedores no queden lo suficientemente garantizados por alguno de los medios establecidos por la ley, no se puede concluir la operación de escisión, por lo que se ha dicho que se trata de un mecanismo de protección a priori, pues tiene lugar antes de que se produzca la operación de escisión y, por lo tanto, un daño a los acreedores (Esteban, 2007: p. 256).

Con todo, si bien la suspensión es el efecto normal de la oposición, podría ocurrir también que la sociedad se desista de la operación cuando el número de acreedores que se oponga o la cuantía de sus créditos haga realmente difícil a la sociedad poder garantizarlos adecuadamente (Esteban, 2007: p. 292).

3.1.2.1.7. Medios de enervar la oposición.

Considerando el efecto suspensivo de la oposición, la LME prevé en el artículo 44.3 medios de enervar la misma, como son la garantía a satisfacción del acreedor y la prestación de una fianza solidaria por una entidad de crédito a favor de la sociedad deudora.

En cuanto a la forma en que operan estos mecanismos y para facilitar el proceso de escisión, se ha señalado que en los casos en los cuales el acreedor no estime suficiente la garantía, la sociedad puede recurrir libremente a la prestación de fianza solidaria, excluyendo de este modo la intervención judicial que se haría necesaria de no existir esta opción (Oleo, 1995: p. 336).

Lo anterior se extrae de la expresión “en otro caso” contenida en el artículo 44 de la LME y que ya aparecía recogida en el artículo 166 de la LSA de 1989 (Esteban, 2007: p. 298).

3.1.2.2. Comentarios a la regulación de la oposición en el derecho español.

3.1.2.2.1 Justificación del derecho de oposición.

En la regulación del derecho de oposición, el legislador español ha previsto un mecanismo que permite conciliar, por una parte, el interés de los acreedores de no ver alterada la relación jurídica con el deudor sin su consentimiento y, por otra, el interés social, de proceder a la reestructuración de la sociedad mediante la escisión, que sería imposible si esta dependiese de un consentimiento personal de todos los acreedores de las sociedades participantes en el proceso (Oleo, 1995: p. 125).

Por lo señalado, no ha de verse en este derecho un mecanismo de intervención de los acreedores en la realización de la operación mediante la prestación de su consentimiento, puesto que se concede sólo para el aseguramiento de los créditos, y no para hacer copartícipes a los acreedores en la decisión de escisión (Oleo, 1995: pp. 327-328).

De esta forma, se ha entendido que los acreedores no deben consentir, pero sí pueden impedir la operación si no se les presta una garantía de cobro de sus créditos por alguna de los medios contemplados por la ley (Esteban, 2007: p. 239).

3.1.2.2.2. Existencia del perjuicio.

“En su acepción más común, se entiende que existe perjuicio para los acreedores cuando la situación financiera de la sociedad sea insuficiente para satisfacer el derecho de crédito de los mismos” (Esteban, 2007: p. 245).

La VIDCEE recoge la noción de perjuicio al condicionar el derecho a obtener garantías adecuadas a que la situación financiera de alguna de las sociedades participantes en la operación haga necesaria esta protección (Guash, 1993: p. 288).

Por el contrario, en el derecho español, la situación patrimonial de las sociedades resulta irrelevante al tiempo de ejercer la oposición. (Guash, 1993: p. 289).

Atendidas estas diferencias, se ha sostenido que parece más adecuado el enfoque español, porque consagra un derecho amplio a favor de los acreedores (Kaftanski, 1999: p. 103).

No me parece prudente esta opinión, porque atribuir a los acreedores un derecho de oposición por el sólo hecho de la realización de la escisión podría dar lugar a oposiciones caprichosas que pueden perjudicar el buen fin de la operación. En este sentido, parece más adecuado buscar soluciones que permitan conjugar los distintos intereses implicados (Esteban, 2007: pp. 249-250).

Por esta razón, se ha señalado que el legislador español debiera establecer dentro de los requisitos necesarios para ejercitar la oposición el de la existencia del daño. Sin embargo, atendidas las dificultades que la prueba del perjuicio puede plantear a los acreedores, lo más adecuado es la inversión de la carga de la prueba y que sea la sociedad deudora quien demuestre que no existe perjuicio para poder continuar la operación sin necesidad de prestar las garantías adicionales prescritas por la ley (Esteban, 2007: pp. 250-251).

La inversión de la carga de la prueba permitiría mantener el carácter extrajudicial de la oposición para los acreedores quienes ejercitarían su derecho ante la sociedad, la que sólo si estima que no existe perjuicio acudirá a la vía judicial para la resolución del asunto, siendo ella quien deberá probar que su situación financiera es próspera. No obstante, para evitar la paralización de la operación la sociedad podría optar, si lo estima conveniente, por la prestación de una garantía (Esteban, 2007: p. 252).

La noción de perjuicio y el carácter judicial o extrajudicial de la oposición, son algunos de los aspectos que debieran ser tomados en consideración si en algún momento el

derecho de oposición llega a tener recepción legislativa en el ordenamiento jurídico chileno.

3.1.2.3. Régimen de responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la operación.

Además del derecho de oposición, existe en el derecho español una especial norma de tutela aplicable exclusivamente a la escisión de sociedades, que dice relación con la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la operación. Sobre el particular, el artículo 80 de la LME prescribe que “de las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación”.

3.1.2.3.1. Características.

3.1.2.3.1.1. Subsidiariedad.

Se trata de una responsabilidad subsidiaria, puesto que surge del incumplimiento de la sociedad beneficiaria a quien se hubiera atribuido la obligación.

3.1.2.3.1.2. Solidaridad.

Esto significa que el acreedor insatisfecho puede exigir el pago de su crédito a cualquiera de las sociedades beneficiarias o contra todas ellas simultáneamente.

3.1.2.3.1.3. Limitación.

Se trata de una responsabilidad limitada al importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de las sociedades beneficiarias. La limitación no se aplica a la sociedad parcialmente escindida, la cual, ante el incumplimiento de la obligación por parte de la sociedad beneficiaria deudora (a quien se hubiere atribuido la deuda), responde de ella con todo su patrimonio (Guash, 1993: pp. 292-297).

3.1.2.3.2. Particularidades del régimen de responsabilidad solidaria en relación al derecho de oposición.

La responsabilidad solidaria es un mecanismo especial de protección aplicable sólo a la escisión. Como ya se señaló, el derecho de oposición aparece regulado a propósito de la fusión y es aplicable a la escisión por la técnica de la remisión legislativa.

A diferencia del derecho de oposición, la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias es un mecanismo de protección a posteriori (Oleo, 1995: p. 326), es decir, sólo se puede exigir una vez que la operación ha concluido y, además, siempre que alguna de las sociedades beneficiarias incumpla una de las obligaciones que le hubiera sido asignada en virtud de la escisión (Esteban, 2007: p. 317).

Otra distinción dice relación con el sujeto que puede hacer uso de estos mecanismos. El derecho de oposición, se puede ejercer por cualquier acreedor de cualquiera de las sociedades implicadas en la operación, cumpliéndose los requisitos establecidos por la ley. La responsabilidad solidaria, sólo se puede hacer efectiva por los acreedores de la sociedad escindida cuyos créditos hayan sido transferidos a algunas de las sociedades beneficiarias, pero nunca por los acreedores de éstas últimas (Esteban, 2007: p. 317-318).

3.1.3. Breve referencia a otras legislaciones.

3.1.3.1. Derecho francés.

Es pionero en la regulación del proceso de escisión como figura típica, por lo que no es de extrañar que incidiera notablemente en la regulación de la VIDCEE en lo relativo a la tutela de los acreedores

El sistema francés establece en resguardo de los acreedores de la sociedad escindida, la responsabilidad solidaria directa e ilimitada de las sociedades beneficiarias.

Coincide sustancialmente con el segundo de los modelos que establece la VIDCEE, puesto que en principio no reconoce a los acreedores el derecho de oposición, salvo que se altere el régimen de responsabilidad de las sociedades beneficiarias en los términos que establece la ley francesa (Oleo, 1995: p. 317).

Es de destacar, que a diferencia del sistema español, cuando tiene lugar el derecho de oposición no se suspende el curso de la operación (Guash, 1993: p. 285).

3.1.3.2. Derecho portugués.

Se encuadra dentro del tercer sistema de tutela que establece la VIDCEE, porque a diferencia del sistema español la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias no tiene un carácter subsidiario sino directo (Oleo, 1995: p. 320).

En cuanto al derecho de oposición, destaca además del carácter judicial de su ejercicio, el hecho de que debe tener como fundamento el perjuicio que de la operación puede derivar para los acreedores sociales (Esteban, 2007: p. 147).

Se ha señalado que la exigencia de la prueba del perjuicio muestra un importante avance en la línea de evitar conductas abusivas por parte de los acreedores (Esteban, 2007: p. 143).

3.2. Tutela de los acreedores en el derecho chileno.

3.2.1. Regulación legal.

La LSA no contempla sistema alguno de protección de los acreedores de la sociedad escindida, razón por la cual se afirma que la tutela de los acreedores representa un problema en la división de sociedades anónimas en Chile. (Torres, 2006: p. 490).

A mayor abundamiento, se ha sostenido que la falta de una tutela efectiva se hace evidente en tribunales, donde es posible advertir el uso inescrupuloso de esta laguna legal. “Los magistrados han debido enfrentar la actuación dolosa sino fraudulenta de algunos deudores que utilizan el mecanismo de la división social como instrumento para ocultar sus bienes, apareciendo como terceros en los juicios sostenidos contra sociedades escindidas, incluso con posterioridad, para impedir la ejecución de los fallos, en circunstancias que son la misma sociedad deudora que aparece dividida” (Baeza, 2003: p. 1323).

3.2.2. Algunas soluciones dadas por la doctrina nacional ante la falta de mecanismos específicos de protección en la LSA.

Reconociendo este vacío legal, se ha tratado de buscar soluciones recurriendo a las normas del derecho civil. Así, por ejemplo, Ricardo Sandoval sostiene que como la división consiste en la “distribución del patrimonio de la sociedad que se divide entre ella y otra u otras que se crean al efecto, habría que entender que para que la sociedad dividida se

libere de las obligaciones, debiera tener lugar una asunción de deuda o una novación por cambio de deudor, en las que se requiere el consentimiento del acreedor” (2009: pp. 401-402).

Tanto la novación por cambio de deudor como la asunción de deudas podrían ser calificadas como mecanismos de protección a priori, puesto que ambas exigirían contar con la voluntad de los acreedores, antes de poder concluir la operación de escisión.

A continuación me referiré a estos dos mecanismos y a su posibilidad de aplicación en el ámbito de la escisión de sociedades anónimas.

3.2.2.1. De la novación por cambio de deudor.

De aceptarse a la novación por cambio de deudor como mecanismo de protección, podría pensarse que se evitarían los perjuicios para los acreedores sociales puesto que se podría frustrar la operación por el solo hecho que uno de ellos no consienta en la operación. (Esteban, 2007: pp. 237-238)

Coincido con la doctrina nacional en el afán de buscar soluciones en otros cuerpos legales a falta de normas específicas de protección de los acreedores en LSA. Sin perjuicio de esto, se pueden plantear las siguientes interrogantes:

¿Es conveniente exigir el consentimiento de todos los acreedores para realizar la operación de escisión?, de ser así, la novación por cambio de deudor, ¿constituiría un mecanismo que resguardaría de forma adecuada los intereses de los acreedores en los supuestos de escisión de sociedades anónimas?

Me inclino por contestar de forma negativa ambas interrogantes, en atención a los siguientes fundamentos:

3.2.2.1.1. Inaplicabilidad de la novación por cambio de deudor para todos los supuestos de escisión.

Sólo existe novación por cambio de deudor, como su nombre lo indica, cuando existe cambio de deudor, situación que es propia de la escisión total, respecto de los acreedores de la sociedad escindida.

En la escisión parcial o división, que es la que regula nuestro derecho, la sociedad que se divide continúa existiendo y para los acreedores de esa sociedad sólo se va producir

un cambio de deudor, cuando la deuda correlativa a su crédito se haya transferido a una de las sociedades beneficiarias.

Por otra parte, los acreedores de las sociedades beneficiarias (si estas eran preexistentes) en ambas modalidades de la escisión, tampoco van a ver modificado su deudor.

Atendido lo anterior, si no hay cambio de deudor, no se plantearía la posibilidad de aplicación de este mecanismo para los acreedores mencionados precedentemente. La no admisión de protección especial para este grupo de acreedores, llevaría a una situación desequilibrada e injusta puesto que los acreedores que cambian de deudor se encontrarían en una situación de sobreprotección frente a la desprotección que recaería sobre el resto, que también pueden resultar perjudicados por la operación (Esteban, 2007: p. 93).

3.2.2.1.2. Exigencia excesiva para la realización de la escisión.

La aplicación de la novación por cambio de deudor implicaría que la operación de escisión total sólo podría llevarse a cabo mediante el consentimiento de todos los acreedores de la sociedad escindida, por lo que sin una normativa específica de protección, la realización de la operación de escisión de sociedades se haría extraordinariamente compleja (Oleo, 1995: p. 64).

En este sentido, está fuera de toda duda que el interés de los acreedores es digno de protección. Sin embargo, también lo es el de los socios y de la economía en general en que la operación concluya exitosamente (Esteban, 2007: p. 91).

3.2.2.1.3. Cualidades personales del deudor y su trascendencia en la escisión de sociedades anónimas.

“En los cambios de deudor se exige el consentimiento del acreedor, entre otros motivos, porque a éste le puede interesar mantener a aquél en atención a sus cualidades personales” (Esteban, 2007: pp. 90-91).

Cuando el deudor es una sociedad anónima, sólo se podrían tener en consideración las cualidades personales de los socios y administradores quienes, a lo largo de la vida de la sociedad pueden ser sustituidos en virtud de la propia naturaleza de la misma. Además en

estas sociedades lo que realmente importa a los acreedores, más que las cualidades personales, es la capacidad patrimonial del sujeto deudor (Esteban, 2007: p. 91).

3.2.2.1.4. Relación entre la novación por cambio de deudor y la escisión de sociedades en cuanto a sus efectos.

En la novación por cambio de deudor el efecto normal es la extinción de los accesorios, derechos y garantías de la obligación primitiva, conforme al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (Figueroa, 1984: p. 41)

En la escisión de sociedades, y como consecuencia de la sucesión a título universal que opera, las sociedades beneficiarias asumen todo el patrimonio en las mismas condiciones y con iguales privilegios y garantías con que existía en la sociedad escindida. (Hernández, 2000: p. 126).

Como se puede apreciar, este efecto es exactamente opuesto en ambas figuras y, desde esta perspectiva, pareciera ser que aún en el supuesto que se cuente con el consentimiento de todos los acreedores, sería conveniente entender desde la óptica de sus derechos, que en la escisión no se produce novación.

3.2.2.2. De la asunción de deudas.

En este punto, no se extenderá la explicación al análisis completo de la asunción de deudas ni a los argumentos que se han dado en doctrina para admitir la posibilidad de aplicación de esta figura en nuestro derecho, sino que de forma similar al tratamiento que se hizo de la novación sólo se verá su relación con la protección de los acreedores en los procesos de escisión de sociedades.

Figueroa define la asunción de deudas como “la figura jurídica por medio de la cual, por convención celebrada entre las partes o por disposición de la ley, un nuevo deudor se subroga al deudor originario en una deuda ya existente, quedando liberado este último, y subsistiendo con el nuevo deudor la misma obligación primitiva.” (1984: p. 31)

Como se puede desprender del concepto, el efecto básico de la asunción de deudas es que en ella se conserva la obligación primitiva, es decir se mantiene el vínculo obligacional, con subrogación del primer deudor por el nuevo deudor (Figueroa, 1984: p. 41).

Lo anterior marca una diferencia fundamental con la novación. En este sentido, la asunción de deudas es un mecanismo de protección bastante más idóneo que la novación por cambio de deudor para los acreedores de una sociedad anónima que se divide, principalmente, porque conservan sus garantías.

Sin embargo, pese a lo señalado, la asunción de deudas, cualquiera que sea la forma en que se lleve a cabo, necesariamente requiere de la voluntad del acreedor (Figueroa, 1984: p. 41), cuestión que para ser coherente con lo que se ha venido sosteniendo, me parece una exigencia excesiva en los procesos de escisión de sociedades anónimas.

Por otra parte, en la asunción de deudas, al igual que en la novación por cambio de deudor, se requiere un cambio de deudor, por lo que de aplicarse este mecanismo y tal como se señaló en el punto relativo a los riesgos de la operación de escisión, existiría un grupo de acreedores que igualmente quedarían desprotegidos.

Como se puede apreciar, los mecanismos analizados resultan insuficientes, pero quizás son necesarios frente a la falta de normas específicas de protección en la LSA. Sin perjuicio de que más adelante se enuncian mecanismos de protección que, a mi parecer y a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, resultan más adecuados que los ya señalados para los procesos de escisión de sociedades anónimas, es necesario tener presente que estos actúan en un momento posterior a la realización de la operación y, por lo tanto, cuando ya se ha producido un eventual perjuicio para los acreedores, daño que se podría evitar si el derecho de oposición tuviera recepción legal en nuestro ordenamiento jurídico.

La falta de una ley especial en la materia, el escaso tratamiento que le ha dispensado la doctrina nacional, y las insuficiencias técnicas que genera el hecho de recurrir a otros textos legales que no tienen ninguna relación con la normativa societaria, no me lleva sino a concluir que en Chile es necesario legislar.

La conveniencia o no de regular en la LSA o en otro cuerpo legal la tutela de los acreedores en la operación de escisión, es un asunto que se trata en el próximo capítulo, en el punto consideraciones de Lege Ferenda.

CAPÍTULO III

MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES SOCIALES A LUZ DE LA LEGISLACIÓN CHILENA FRENTE AL PROCESO DE ESCISIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.

En este capítulo, junto con analizar aquellos mecanismos que establece la legislación chilena que, a mi juicio, constituyen medios concretos de protección de los acreedores frente a los procesos de escisión de sociedades anónimas, haré referencia al principio de conservación de la persona jurídica, reconocido por la jurisprudencia para paliar los efectos negativos de la escisión.

Hago la prevención que, no me extenderé al análisis pormenorizado de cada una de las instituciones y mecanismos que a continuación se enuncian, sino que sólo se explicará brevemente la posibilidad de aplicarlas a la operación societaria en estudio.

Finalmente se propondrán las consideraciones de *Lege Ferenda* que considero oportunas.

1. Mecanismos concretos de tutela.

1.1. La estipulación societaria.

En las escrituras públicas que solemnizan el proceso de escisión de sociedades anónimas, se suele estipular que las nuevas sociedades se hacen cargo de las obligaciones de la sociedad dividida, o bien se establece una solidaridad pasiva entre ésta y las nuevas sociedades respecto de los acreedores (Sandoval, 2009: p. 401).

Desde esta perspectiva, la estipulación societaria es un mecanismo concreto de tutela de los acreedores frente a los procesos de escisión de sociedades anónimas. Sin embargo, como su nombre lo indica, su concurrencia depende de la voluntad de las sociedades participantes en la operación de escisión, y principalmente de la decisión que adopte la sociedad anónima que se escinde en el acuerdo de división.

A mi juicio, esta circunstancia por sí sola, pone en evidencia la insuficiencia de este mecanismo, sobretudo considerando que los acreedores sociales no tienen participación alguna en el acuerdo referido.

1.2. La adpromisión.

A pesar de que en nuestro país, no existe una norma expresa de responsabilidad de las sociedades beneficiarias en la escisión, a mi juicio, podría entenderse igualmente que las sociedades beneficiarias de la operación y la sociedad primitiva pueden ser responsables solidariamente de las obligaciones contraídas por ésta última, en virtud de una figura denominada por la doctrina como adpromisión. (Abeliuk, 2003: p.1008).

1.2.1. Concepto.

Figueroa la define como la agregación de un nuevo deudor al primitivo, sin liberación de este último (1984: p. 21).

Abeliuk no proporciona un concepto de adpromisión, pero señala que lo que la caracteriza es que el deudor antiguo no queda liberado, “sino que responden al acreedor tanto el nuevo deudor como el original” (2003: p.1008).

1.2.2. Regulación legal.

Esta figura se extrae del artículo 1635 del Código Civil (en adelante C.C), el cual prescribe que “a falta de consentimiento del acreedor, se entiende que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago o que dicho tercero se ha obligado con el deudor solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto” (Figueroa, 1984: p. 21).

1.2.3. Beneficios de la adpromisión en el proceso de escisión de sociedades anónimas.

1.2.3.1. Beneficios para los acreedores.

a) Conforme al artículo 1635 del CC, si del acto se desprende que la sociedad beneficiaria se ha obligado en calidad de deudor solidario o subsidiario, los acreedores podrán perseguir el pago sobre su patrimonio en alguna de estas condiciones (Kaftanski, 1999: p. 123). En este caso, no existiría “sucesión en la deuda, sino agregación de un nuevo deudor al primitivo, y la obligación pasará a tener dos sujetos pasivos, en el mismo plano de responsabilidad, o subsidiariamente uno del otro” (Figueroa, 1984: p. 19).

b) “Las cauciones que garantizaban el cumplimiento de la obligación por el deudor primitivo se conservan tales como se constituyeron, puesto que la deuda primitiva no se ha extinguido, y sólo se ha agregado un nuevo deudor que deberá responder al acreedor además del deudor primitivo” (Figuerola, 1984: p. 24).

1.2.3.2. Beneficios para el buen éxito de la operación.

A diferencia de la novación por cambio de deudor y de la asunción de deudas no se requiere el consentimiento del acreedor en la adpromisión, o dicho de otra forma, para que tenga lugar la misma y se produzca el efecto del artículo 1635 es necesario que el acreedor no consienta en la operación (Figuerola, 1984: p. 21).

1.2.4. Comentarios.

Parte de la doctrina comercial chilena parece haber recepcionado esta figura. Así por ejemplo, con respecto a las deudas sociales contraídas por la sociedad dividida, Morand sostiene, aunque no con total acierto en sus expresiones, que estamos en presencia de una novación en que no ha existido voluntad de los acreedores para autorizarla, por lo que habría que colegir, que todas las nuevas sociedades quedan responsables del pago de las mismas (1994: pp. 136-137).

A mi juicio, la adpromisión, es asimilable a la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias que se establece en las legislaciones de los países que consagran la escisión de sociedades anónimas. Desde esta perspectiva, se podría afirmar que en esta institución, encontramos un mecanismo concreto de protección a favor de los acreedores frente a un proceso de escisión de sociedades anónimas, que tiene las características de ser un mecanismo de protección a posteriori, que tutela sólo los intereses de los acreedores de la sociedad escindida, y más específicamente, de aquellos que sufren un cambio de deudor.

Sin embargo, la asimilación no sería completa, puesto que la norma del artículo 1635 no establece un efecto único derivado de la falta de consentimiento del acreedor sino que da tres opciones. Según el precepto, la responsabilidad podría ser solidaria o subsidiaria según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. También, se podría concluir que la sociedad beneficiaria es diputada de la dividida para hacer el pago, hipótesis en la cual, los

acreedores sólo podrán demandar el cumplimiento de la obligación a la sociedad dividida y no a la beneficiaria. (Kaftanski, 1999: p. 123).

Consecuencialmente con lo señalado, en la práctica serán los acreedores quienes tendrán la carga de probar ante el órgano jurisdiccional cuál es el tenor o espíritu del acto, lo que constituye una dificultad adicional que no encontramos en las legislaciones que consagran la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias.

1.3. Acción pauliana.

Se ha planteado que la salida de bienes y consecuentemente la disminución del patrimonio que puede experimentar una sociedad producto de la escisión, no es atacable por los acreedores siempre que se haya realizado conforme a derecho y de buena fe. Sin embargo, en el evento de que la transferencia del activo producto de la división reduzca su patrimonio de tal manera que no sea capaz de cumplir sus obligaciones y, además, esta operación societaria sea llevada a cabo por la sociedad con el objeto de ocasionar su insolvencia o de agravar el mal estado de sus negocios, sería inoponible a los acreedores quienes podrían ejercer la acción pauliana consagrada en el artículo 2468 del CC (Kaftanski, 1999: pp. 112-114).

1.3.1. Comentarios.

A mi juicio, a falta de mecanismos específicos de protección de los acreedores, la acción pauliana constituye una acción idónea para tutelar sus intereses, que tendría lugar una vez realizada la operación de escisión, pudiendo ser calificada como un mecanismo de protección a posteriori.

Sin perjuicio de que el derecho de oposición y la acción pauliana actúan en momentos distintos, parte de la doctrina española ha cuestionado la compatibilidad de ambos mecanismos tuitivos en los procesos de escisión de sociedades anónimas, afirmándose que, siendo el derecho de oposición un mecanismo específico de protección, tal especificidad debe tener resultados, por lo que sólo se podría acudir a la acción pauliana en supuestos muy particulares (Esteban, 2007: p. 308).

En Chile, ante la falta de recepción legislativa del derecho de oposición, en principio, no debieran plantearse dudas acerca de la idoneidad de este mecanismo para

tutelar los intereses de los acreedores frente a un proceso de escisión de sociedades anónimas.

Sin embargo, este mecanismo tuitivo, presenta ciertos inconvenientes aplicado a la operación en comento, como los que se señalan a continuación.

1.3.1.1. Dificultades de orden práctico.

La acción pauliana busca revocar determinados actos del deudor, para que ingresen nuevamente a su patrimonio bienes que habían salido de él (Abeliuk, 2003: p. 702).

Esta finalidad es difícil de cumplir en la escisión de sociedades, puesto que las sociedades participantes en la operación son empresas que están constantemente actuando en el tráfico jurídico (Esteban, 2007: p.364), por lo que es perfectamente posible que los bienes que se intenta regresen al patrimonio de la sociedad escindida, al tiempo del ejercicio de la acción revocatoria, se encuentren en poder de terceras sociedades que ni siquiera participaron en el proceso, ni pudieron tomar conocimiento del mismo.

1.3.1.2. Prescripción.

La acción pauliana prescribe en un año contado desde la fecha del acto. En este sentido, se ha sostenido que es posible que los efectos de la división comiencen a notarse transcurrido el plazo de prescripción de la acción, evento en el cual, no podrá atacarse el acto aunque aparezca de manifiesto que fue realizado con la intención de reducir la masa de bienes y eludir el pago de las obligaciones (Kaftanski, 1999: p. 115).

2. Jurisprudencia.

En causa Rol C-822-1999, caratulada Banco Bhif con Cidef S.A, seguida ante el 24º Juzgado Civil de Santiago, el tribunal, rechazando una tercería de posesión, estableció en el considerando segundo de su sentencia lo siguiente:

“No existiendo norma expresa que resuelva la situación de los pasivos de la sociedad original, debe aplicarse el principio establecido en el mismo título donde se contempla la división de sociedades anónimas, esto es el título IX de la Ley 18.046, el cual consagra que

es continuadora de la persona precedente, la resultante de aquella, que es el caso aplicable a la incidentista”.

El fallo referido, hace alusión a un principio formulado por Baeza, que consiste en la conservación de la persona jurídica y que se encuentra regulado a propósito de la transformación por reforma de estatutos en el artículo 96 de la LSA (Baeza, 2003: pp. 1272-1282, 1323-1325).

2.1. Referencia al principio de conservación de la persona jurídica.

Baeza se pregunta si la división obliga a los acreedores a reconocer vínculos jurídicos con la sociedad que surge. Acto seguido señala que “la única manera de contestar afirmativamente esta interrogante descansa sobre la base de sostener que pese a la división, hay una identidad jurídica de la antigua sociedad con la resultante después de la división y la gestada a partir de ella” (2003: p. 1322).

Expresado de otra manera, al igual que lo que acontece según el autor, en la fusión, en el sentido que la sociedad absorbida prolongaría su existencia en la absorbente, la sociedad que se divide ya sea de forma total o parcial, subsiste en dos o mas personas jurídicas a la vez, que serían, las sociedades beneficiarias de la división (2003: p.p 1302-1310, 1320).

Como consecuencia de esto habría que entender que “si enfrentamos a la misma persona jurídica, los acreedores podrían entablar su acción contra cualquiera de ellas, desde que para esos acreedores la persona no habría cambiado y se formaría una solidaridad pasiva de origen legal indiscutible”. De forma algo confusa el mismo autor concluye; “no nos encontramos propiamente con una solidaridad sino que con una situación jurídica asimilable a la solidaridad” (2003: p. 1322).

2.2. Comentarios.

El profesor Baeza, al tratar los cambios estructurales (fusión, transformación y división de sociedades), se refiere a ellos con el nombre genérico de transformación de sociedades, poniendo especial atención en el hecho de que en estos procesos pueden resultar perjudicados los acreedores sociales (2003: pp. 1255-1265).

Como forma de evitar estos perjuicios, el autor formula el principio de la conservación de la persona jurídica, que desde su punto de vista sería aplicable a todas las hipótesis de transformación de sociedades, entre ellas la división (2003: p. 1322).

En términos generales en cuanto a la fundamentación del criterio de la conservación de la personalidad jurídica señala:

En la transformación existe norma expresa en la LSA para entender la aplicación del mismo (2003: p. 1279).

En la fusión, atendido que no se puede derivar claramente de la normativa contenida en la ley, el principal fundamento que proporciona el autor, contrariando el texto legal, consiste en sostener que cuando se usan las expresiones “terminar” o “extinguir”, referidas a las sociedades absorbidas o incorporadas, se refiere a una idea operacional, pero de ninguna manera implica que éstas desaparecen absolutamente en términos jurídicos (2003: p. 1305).

En la escisión, el profesor Baeza, sin dar mayores argumentos, se limita a concluir que “la doctrina hermenéutica correcta en este tema, inevitablemente pasa por la conservación de la misma persona jurídica”, interpretación que a su juicio constituye una propuesta agresiva, tomando en cuenta la legislación vigente y la interpretación que del fenómeno hace la mayoría de los autores (2003: p. 1322-1323).

A mi juicio, aunque de manera un poco forzada, existen razones para justificar la posición del autor en la fusión. Sin embargo, en la escisión y particularmente en la escisión total, es difícil a falta de norma expresa entender que la sociedad escindida prolongue su existencia en las sociedades beneficiarias, toda vez que la primera desaparece.

Incluso en la escisión parcial, existe jurisprudencia administrativa del SII que parece indicar que este principio no tendría cabida, como se puede desprender de una parte del texto del oficio que se cita a continuación:

“Por ello, y teniendo en consideración que de acuerdo a lo dispuesto expresamente por el artículo 1° de la Ley N° 19.606, citada, la persona que tiene derecho al crédito tributario en referencia, es el contribuyente que efectuó la inversión correspondiente, lo que excluye a la sociedad que resulte de la división que es otra persona jurídica diferente de la que la realizó” (Oficio N° 237, 2005).

Por otra parte, aún reconociendo este principio en la escisión, no comparto lo señalado por el profesor Baeza en el sentido de que es necesario entender que cuando la operación tiene lugar, nos encontremos con una situación jurídica asimilable a la solidaridad (2003: p. 1322). Lo anterior, porque según el artículo 1511 del CC, la solidaridad supone una fuente específica (convención, testamento o ley) y a falta de tal fuente no puede desprenderse que existe.

Por lo señalado en el párrafo precedente, es necesario determinar qué criterio utiliza el profesor Baeza para fundar esta situación jurídica asimilable a la solidaridad, no obstante la falta de una fuente. En este punto creo conveniente una referencia a las denominadas obligaciones *in sólídum*.

Las obligaciones *in sólídum*, son aquellas obligaciones que no son solidarias por mandato legal expreso pero que presentan efectos análogos a la solidaridad, por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil (Barros, 2006: p. 936).

Lo anterior, permitiría plantear que acordada la escisión en perjuicio de los acreedores sociales, éstos podrían demandar una indemnización de la que serían responsables solidariamente todas las sociedades participantes en el proceso, pues “desde el punto de vista de la obligación reparatoria para con la víctima, cada uno de quienes han intervenido causalmente en la generación del daño, es responsable por el total de los perjuicios, en la medida que las respectivas culpas sean condición necesaria del daño y éste pueda ser tenido por directo” (Barros, 2006: p. 936).

Podría sostenerse que Baeza está pensando en estas obligaciones cuando se refiere a la situación jurídica asimilable a la solidaridad que tendría lugar en la división de sociedades. Sin embargo, tal conclusión a mi juicio no sería correcta, pues las obligaciones *in sólídum*, fueron creadas por la doctrina francesa (Mourlon y Aubry et Rau) con el objeto de “subsana el inconveniente que presentaba la no existencia de una norma que estableciera la responsabilidad solidaria por los ilícitos civiles, cuando eran realizados por varias personas” (Ramos, 2008: pp. 79-80).

La sola realización de la escisión, no genera responsabilidad civil de ningún tipo. Señalar lo contrario, equivaldría a asumir, equivocadamente, que la operación en sí constituye un ilícito civil, que los acreedores son víctimas y que sus créditos merecen un tratamiento similar a la indemnización de perjuicios.

Dado el carácter excepcional de la solidaridad en Chile, si el reconocimiento de las obligaciones *in sólido* resulta discutible en ciertas hipótesis de responsabilidad civil, me parece que fuera de este ámbito, no es aconsejable utilizarlas como recurso.

En conclusión, descartadas estas obligaciones como fundamento de solidaridad en la escisión, es válido preguntarse ¿Cuál es el criterio que utiliza Baeza para sustentarla? La verdad es que no lo señala.

Siendo coherente con lo expresado hasta ahora, el principio de conservación de la persona jurídica resulta de cuestionable aplicación en la escisión y sólo se justifica a falta de normativa específica de protección, idea que a mi juicio, se encuentra contenida implícitamente en la sentencia judicial a la que se hace referencia.

3. Consideraciones de *Lege Ferenda*.

Baeza, refiriéndose a las divisiones de empresas realizadas por el empresario chileno Francisco Javier Errázuriz Tavalera, las que habrían tenido por objeto perjudicar a los acreedores sociales, destaca que su objetivo no sólo está en obtener una sentencia favorable, pues “si no gana el juicio, su éxito está garantizado, en tanto logra retardar entre tres o cuatro años el cumplimiento de sus obligaciones, período que utiliza para cambiar una vez más el escenario e iniciar una nueva escalada de litigios, dando lugar a una historia de nunca acabar” (2003: p. 1265).

Desde esta perspectiva, ninguno de los mecanismos analizados en este trabajo solucionan el inconveniente señalado en el párrafo anterior, puesto que todos tienen lugar con posterioridad a la operación de escisión y suponen la existencia de un juicio de resultados bastante inciertos para los acreedores, atendida la falta de especialidad de los mismos.

Es por esta razón que resulta necesario legislar, estableciendo como mecanismo de protección a priori un derecho de oposición que sea estructurado de tal forma que permita equilibrar los intereses de las sociedades participantes y de los acreedores.

Siendo consecuente con lo anterior, estimo que dentro de los requisitos para el ejercicio del derecho de oposición debe contemplarse el perjuicio. Sin embargo, a fin de evitar cargas injustificadas para los acreedores, el ejercicio de este derecho debiera tener un

carácter extrajudicial, siendo la sociedad deudora la encargada de acudir al órgano jurisdiccional en el caso de no concurrir sus requisitos (Esteban, 2007: pp. 250-252).

Para completar el sistema de protección, me parece prudente incluir la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la escisión como mecanismo de protección a posteriori. En cuanto a la estructuración de la responsabilidad, adscribo el modelo portugués al cual ya se ha hecho referencia.

Aunque en las operaciones de fusión y transformación los riesgos para los acreedores sociales sean distintos a los que existen en la escisión, igualmente están presentes (Baeza, 2003: p. 1279). Además, como ya se señaló, en virtud del principio de la libertad contractual, la escisión de sociedades no es algo exclusivo de las sociedades anónimas, criterio que ha sido reafirmado por el SII (Oficio N° 2.407, 1999).

Por estas razones, considero que la normativa protectora de los acreedores en la escisión, debiera ser incluida en una ley que comprenda todos los cambios estructurales y que sea aplicable también a otros tipos societarios en los que tenga lugar esta operación, como las sociedades de responsabilidad limitada.

CONCLUSIONES

Los acreedores si bien son terceros, pueden resultar afectados por los cambios que durante su vida pueda experimentar la sociedad.

Entre estos cambios, tenemos la escisión de sociedades anónimas, que si bien no es un fenómeno exclusivo de este tipo de sociedades, en Chile aparece regulada a propósito de las mismas.

Atendido los riesgos que conlleva la escisión en sus diversas modalidades, para todos los acreedores de las sociedades participantes en la operación, los ordenamientos jurídicos de los distintos países contemplan medidas específicas de protección en resguardo de sus intereses.

En el ordenamiento jurídico chileno, no existen normas especiales de tutela para los acreedores sociales frente a una operación de escisión. Por esta razón, es necesario recurrir a la normativa civil para solucionar este vacío legal. En este sentido, existen ciertas instituciones del derecho común a las que pueden recurrir los acreedores, como la adpromisión y la acción pauliana, puesto que si bien no son instrumentos específicos de tutela regulados como tales en la LSA, se puede reconocer en ellos, mecanismos aislados que posibilitan la defensa de sus derechos en ciertos supuestos.

A nivel jurisprudencial, los tribunales han acogido el principio de conservación de la persona jurídica, el cual ha posibilitado que los acreedores no resulten tan desprotegidos frente a la operación de escisión de sociedades.

Sin embargo, los mecanismos del derecho común previstos, resultan insuficientes, pues operan una vez que la escisión ha concluido y por lo tanto después de la producción de un eventual daño a los acreedores. Por su parte, el principio de conservación de la persona jurídica, si bien ha tenido recepción jurisprudencial, suscita diversas interrogantes, que llevan a cuestionar su aplicación a la operación societaria en estudio.

Por lo señalado, es válido afirmar que en Chile no existe una normativa adecuada para la tutela de los acreedores de una sociedad anónima que se divide, razón por la cual es necesario legislar, estableciendo un sistema de protección que aplicable a la escisión, en sus diversas modalidades, sea compatible con otro tipo de sociedades en la que tiene lugar esta figura.

Entre los distintos sistemas de protección en el derecho comparado a que se podría atender, estimo conveniente el portugués, que consiste en el establecimiento de un derecho de oposición a favor de los acreedores de las sociedades participantes en la escisión y la consagración de una responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias.

Son las características de ambos mecanismos en este sistema las que justifican mi preferencia.

En cuanto al derecho de oposición, se establece como requisito para su ejercicio la existencia del perjuicio, lo que permite equilibrar los intereses comprometidos en la operación.

En lo relativo a la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias, su carácter directo y no subsidiario se encuentra plenamente justificado, pues al no tener los acreedores ninguna injerencia en la decisión de escisión, resulta conveniente, para nivelar los intereses implicados, que sean ellos quienes determinen cuál de las sociedades participantes en el proceso se encuentra en mejores condiciones de satisfacer sus créditos.

El posterior ajuste de cuentas entre las empresas que intervinieron en el proceso, es un costo que debe ser asumido por ellas y que no tiene sentido retardar, en desmedro de los legítimos derechos de terceros.

Sin perjuicio de estas ventajas, el ejercicio judicial de la oposición para los acreedores, menoscaba la efectividad protectora que debe tener este derecho, por lo que sería conveniente no exigirlo en una eventual reforma legal en Chile, siendo la sociedad deudora la que debe acudir al órgano jurisdiccional para probar que no existe el perjuicio, o más bien, que su situación financiera es próspera.

BIBLIOGRAFÍA

Obras de doctrina:

- Abeliuk Manasevich, René (2003): *Las obligaciones*, Tomo I, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Baeza Ovalle, Gonzalo (2003): *Derecho Comercial*, Tomo II, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile.
- Barros Bourie, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Esteban Ramos, Luisa María (2007): *Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de Protección*, Primera Edición, Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, España.
- Ducci Claro, Carlos (1994): *Derecho Civil: Parte General*, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Figueroa Yañez, Gonzalo (1984): *La asunción de deudas y la cesión de Contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Guasch Martorell, Rafael (1993): *La Escisión de Sociedades en el Derecho Español: La tutela de los intereses de socios y acreedores*, Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid, España.
- Hernández Adasme, Ricardo (2000): *Fusión, Transformación y División de Sociedades Anónimas, Efectos Tributarios*, Editorial Congreso, Santiago, Chile.
- Morand, Valdivieso, Luis (1994): *Sociedades*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Olavarría Julio (1970): *Manual de Derecho Comercial*, Tercera Edición, Barcelona, España.
- Oleo Banet, Fernando (1995): *La Escisión de la Sociedad Anónima*, Primera Edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, España.
- Puelma Acorssi, Álvaro (2003): *Sociedades*, Tomos I y II, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Ramos Pazos, René (2008): *De las obligaciones*, Tercera Edición, Legal Publishing, Santiago, Chile.

- Skiarski, Enrique (2001): *Escisión de Empresas*, Primera Edición, Editorial AD-HOC S.R.L., Buenos Aires, Argentina.
- Torres Zagal, Óscar (2008): *Derecho de sociedades*, Tercera Edición, Legal Publishing, Santiago, Chile.
- Uría, Rodrigo, (1998): *Derecho Mercantil*, Vigésimo Quinta Edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid, España.
- Villegas, Carlos (2001) *Derecho de las Sociedades Comerciales*, Novena Edición, Editorial Lexis Nexis Argentina S.A, Buenos Aires, Argentina.

Publicaciones disponibles en internet:

Alonso Espinoza (1999): “Fusión y escisión de sociedades”, en *Revista Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, N° 17, año 1999, Murcia, España. Disponible en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81101/78271>, Fecha última consulta: 15 de Noviembre de 2010.

Memoria:

- Kaftanski Arancibia, Ximena (1999): “*División de Sociedades*”. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Sociales. Profesor guía Fernando Barros Tocornal. Universidad Adolfo Ibañez.

Revistas:

- Bórquez Pincheira, Aníbal (2002): “Notas acerca de la División de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año LXX, N° 211 pp. 65-80.
- Sandoval López, Ricardo (2009): “La División o Escisión de Sociedades”, en *Anuario de Derecho Comercial y Marítimo*, Edeval, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, N° 1, pp. 389-403.

Textos Normativos:

Nacionales:

- Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas. Publicada el 22 de octubre de 1981.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley N° 4.808 sobre registro civil; de la ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la ley N° 16.618 ley de menores; de la ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; y de la ley N° 16.271 sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Ministerio de Justicia. Publicado el 30 de mayo del 2000.

Extranjeros:

- Real Decreto Legislativo N°1564, de 22 de diciembre de 1989, España, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r12-rdleg1564-1989.html. Fecha última consulta: 15 de Noviembre de 2010.
- Ley N° 3, de 3 de Abril de 2009, España, sobre cambios estructurales de las sociedades mercantiles. Disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-2009.html. Fecha última consulta: 15 de Noviembre de 2010.

Jurisprudencia:

Judicial:

- Sentencia del 24° Juzgado Civil de Santiago (1999): Banco Bhif con Cidef S.A. Disponible en http://poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_detalleword.php?id_documento=7595774&cod_tribunal=282. Fecha última consulta: 15 de Noviembre de 2010.

-

Administrativa:

- Subdirección Normativa del SII (1999): Oficio N° 2.407, Disponible en <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/1999/renta/jun01.htm>. Fecha última consulta: 15 de Noviembre de 2010.
- Subdirección Normativa del SII (2005): Oficio N° 237, Disponible en

<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2005/renta/ja889.htm>. Fecha última
consulta: 15 de Noviembre de 2010.