

EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN PROCESOS DE FUSIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO BOLIVIANO

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 88-116.



Enrique
Fernando
ORTIZ
HERRERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 03 de marzo de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 24 de marzo de 2013

RESUMEN: El presente trabajo de investigación, contiene un análisis y una crítica a la normativa jurídica contenida en el Código de Comercio Boliviano dirigida a la regulación del derecho de oposición de los acreedores de las sociedades comerciales en procesos de fusión. Observa también, las medidas que asume el Registro de Comercio dentro del trámite correspondiente dirigidas a velar por el cumplimiento del ejercicio de este derecho y, finalmente presenta aquellos elementos que deben ser considerados necesarios para el ejercicio de este derecho.

PALABRAS CLAVE: Código de Comercio, Procesos de Fusión, Sociedades Comerciales, Derecho de Oposición, Acreedores.

ABSTRACT: The present paper contains the legal analysis of the Commerce Code in Bolivia on matters of opposition of creditors in commercial societies that are in a fusion process. It also examines the position of the National Registration of Commerce in this process of Fusion of Societies. Finally, the author exposes the elements and requirements need for this process of fusion of Societies to be accurate.

KEY WORDS: Commerce Code, FusionProcess, Comercial Societies, Right of Opposition.

SUMARIO.- 1. Nociones Preliminares sobre la Reestructuración Societaria. 2. La fusión y las motivaciones de un proceso de fusión. 3. Clases de Fusión. 3.1. La Fusión Creación. 3.2. La Fusión Absorción. 4. Efectos de la Fusión. 4.1. Traspaso en Bloque de Patrimonios. 4.2. Integración de Socios. 4.3. Extinción de una o más Sociedades. 5. La Fusión en la Legislación Boliviana. 6. El derecho de oposición en las operaciones de fusión. 7. Justificación del derecho de oposición de los acreedores. 8. Presupuestos de hecho necesarios para el ejercicio de la oposición. 8.1. Existencia de un derecho de crédito. 8.2. Crédito con una Garantía Adecuada. 8.3. Tiempo de referencia para determinar los créditos a ser protegidos. 8.3.1. Créditos anteriores a la publicación del último acuerdo de fusión. 8.3.2. Crédito no vencido a tiempo de la publicación del acuerdo de fusión. 8.4. La información como medio de protección a los acreedores. 8.5. Acreedores titulares del ejercicio del derecho de oposición. 8.5.1. Acreedores titulares de créditos nacidos y no vencidos a tiempo de la publicación del acuerdo de fusión. 8.5.2. Acreedores con o sin garantías para su crédito. 8.6. Plazo para el ejercicio del derecho de oposición. 9. Efectos derivados del ejercicio del derecho de oposición. 9.1. Suspensión de la operación de fusión. 9.2. Garantía para el derecho de crédito. 10. Rechazo y controversias sobre la oposición. 11. Trámite de registro de operaciones de fusión de sociedades comerciales en el Registro de Comercio y la oposición de los acreedores. 12. Elementos necesarios para el ejercicio del derecho de la oposición de los acreedores de sociedades comerciales en proceso de fusión y la oposición de los acreedores a la fusión en la legislación nacional.

I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LA REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA

Dentro de los institutos generados por la práctica comercial que más llaman la atención y ha sido objeto de atención jurídica, están las sociedades comerciales y todo lo a que a su desarrollo importa, su tipicidad, organización, la responsabilidad emergente de cada tipo societario, sus formas reestructuración, disolución y liquidación.

Entre todos estos aspectos del instituto societario, llama particularmente la atención, el de la reestructuración societaria, que se presenta mediante diversas operaciones que son distintas de acuerdo a su finalidad, entre las que están la reducción de capitales, transformación, fusión y escisión.

Estas operaciones de integración societaria, algunas veces entendidas como concentración empresarial y dentro de estas últimas la fusión de sociedades comerciales, se originan cuando resulta oportuno o conveniente concentrar las operaciones comerciales de dos o más sociedades en una sola o en otra nueva

• Enrique Fernando Ortiz Herrera

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón, Magister en Derecho Comercial y Tributario de la Universidad Privada del Valle en titulación conjunta con la Universidad Nacional de La Plata de la República Argentina, actualmente desempeña funciones como Asesor Legal de Bisa Seguros y Reaseguros S.A., Socio Senior del Estudio Jurídico Belc Consortium, Catedrático de las materias de Derecho Comercial, Empresarial y Seguros en la Universidad Privada Boliviana, asesor y consultor en áreas de Derecho Comercial, Empresarial y Corporativo; desempeñó funciones como Consultor en el Programa de Saneamiento Legislativo en el Área de Derecho Comercial y Económico de la GTZ-CONCED, fue Asesor Legal Externo del F.F.P.Prodem S.A.

con la desaparición de las demás; entonces estas operaciones de concentración por medio de reorganizaciones o reestructuraciones se presentan generadas por la conveniencia sobre todo económica de los socios y/o accionistas de consolidar o mejorar su posición dentro el mercado; consecuentemente estas operaciones se presentan como de especial interés no solo para los socios o accionistas de las sociedades que se fusionan, sino también para terceros ajenos a las mismas como son los acreedores de estas sociedades, debido a que ellos son titulares de derechos emergentes y de obligaciones pendientes que tienen las sociedades que se fusionan.

II. LA FUSIÓN Y LAS MOTIVACIONES DE UN PROCESO DE FUSIÓN

En líneas generales conocemos a la fusión como aquella operación mediante la cual dos o más sociedades comerciales, se disuelven sin liquidarse para formar una nueva sociedad o formar parte de una sociedad preexistente; sobre la fusión los tratadistas argentinos, Zarco, Cima, María Fernández y Fabián Sánchez en su obra *Manual Práctico de Sociedades Comerciales* refieren que para la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE): “La fusión consiste en la transmisión del patrimonio de una o varias sociedades a otra sociedad, por medio de la absorción por parte de una sociedad. La fusión es una operación por la cual las sociedades pueden aumentar su producción o penetrar en mercados nuevos. La fusión puede tener varios objetivos: la búsqueda de una mayor eficiencia económica o de un poder sobre el mercado, una diversificación, un despliegue geográfico sobre todos los mercados, la obtención de sinergias financieras o para la investigación y desarrollo”.¹

En cierta medida, dentro del mismo lineamiento en lo que refiere a las motivaciones que impulsan al desarrollo de un proceso de fusión, según la Organización de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), el impulso existente a las operaciones de fusión y adquisición en el contexto de la reestructuración económica tiene las siguientes motivaciones: a) Economías de operación y de escala, b) Mejor administración, c) Crecimiento, d) Situación Subvaluada, e) Diversificación, f) Razones Personales, g) Motivaciones financieras, h) Efectos de la información, i) Utilidad por Acción, j) Estructura de Capital y k) Rapidez y costos.²

III. CLASES DE FUSIÓN

Una vez referidas las variadas motivaciones que pueden llevar a los socios o accionistas de una sociedad comercial para someterse a un proceso de fusión corresponde atender a las diferentes clases de fusión y como se puede deducir de la sucinta noción de fusión planteada precedentemente, tenemos que esencialmente dentro la clasificación que tradicionalmente es admitida tanto a nivel doctrinal como

1 ZARCO PÉREZ, Franklin Nicolás, ..., *Manual Práctico de Sociedades Comerciales*, Edit. La Ley, 1° Edición, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 160.

2 Idem., p. 166.

legal y las diferentes modalidades o tipos de fusión que surgen de las prácticas emergentes de las necesidades económicas de los comerciantes, esto sin el afán de pasar por alto u omitir otras clasificaciones o tipos de fusión; entonces principalmente existen operaciones de dos tipos: la fusión creación y la fusión por absorción.

3.1. La Fusión Creación

La fusión creación es conocida también como fusión pura, fusión propia y continuación por nueva sociedad; este tipo de fusión, se opera cuando dos o más sociedades se unen para constituir una nueva, la característica principal de esta es que las sociedades en fusión se disuelven pero no se liquidan. En este tipo de fusión, que también es llamada por integración, las sociedades que se fusionan parecen para crear otra nueva que les sucede en todos sus derechos y obligaciones.

En un aspecto netamente jurídico lo que ocurre en este tipo de fusión y es que las sociedades que se fusionan cualquiera sea su tipo, constituyen una nueva sociedad previa disolución de las fusionantes, lo que significa que debe producirse un acontecimiento determinante en la existencia de esa sociedad, como es la extinción de la vinculación jurídica alrededor de la que los socios y/o accionistas efectuaron sus aportes de capital al tiempo de constituir a esa sociedad comercial. Lo regular sería que al extinguirse esa vinculación jurídica, automáticamente se opere una liquidación del patrimonio de la sociedad comercial, pero en este caso los socios o accionistas tienen resuelto reunirse con otros iguales pertenecientes a otra sociedad que también dejará de existir pero sin liquidarse; ocurriendo de esta forma que los patrimonios de las sociedades extinguidas pasará a ser el patrimonio recién conformado de una nueva sociedad vinculada a los socios originales de las sociedades extintas.

3.2. La Fusión Absorción

La Fusión Absorción o también conocida como la fusión por incorporación a la que muchos doctrinarios le han querido quitar su carácter de fusión, en cambio se da cuando, una sociedad comercial que no se disuelve ni se liquida absorbe a otra u otras sociedades que si se disuelven pero no se liquidan. En este tipo de fusión, una de las sociedades que se va a fusionar, la sociedad fusionante incorpora a su estatus social, los socios y la totalidad de derechos y obligaciones de una o más sociedades fusionadas que desaparecen.

Cabe recalcar que para algunos autores el nombre de fusión al caso de absorción, no es correcto pues consideran que esta hipótesis consiste más bien en una compraventa o cesión de derechos por parte de las sociedades fusionadas a la sociedad fusionante.

Difiere la fusión por absorción de la fusión creación, debido a que una sociedad se anexa a otra o es absorbida por otra sociedad comercial que mantiene su vigencia, su denominación y su propia personalidad jurídica, admitiendo en su estructura a otra u otras sociedades que acordaron anexarse o dejarse absorber. En lo referido a esta modalidad de fusión el profesor Morales Guillen sostiene que para la sociedad absorbente, se trata solo de una mera modificación de su acto constitutivo, generalmente concebida como una ampliación de capital, sin afectar su personalidad jurídica.³

IV.EFECTOS DE LA FUSIÓN

Entre los efectos que se generan en virtud al desarrollo de un proceso de fusión se pueden mencionar los siguientes:

4.1. Traspaso en Bloque de Patrimonios

En lo que refiere a este efecto de la fusión, algunos tratadistas asimilan o comparan este hecho a la figura de la transmisión a título universal propia del derecho civil en lo referido a las sucesiones, analogía que resulta útil solo para el entendimiento de este efecto de la fusión. Partiendo de la idea de la figura del heredero a título universal que ingresa a suceder al causante en el conjunto de relaciones patrimoniales del acervo hereditario y cuya posición llega a ser igual a la del causante. El jurista nacional Dr. Jaime Ovando indica que como producto de una fusión cualquiera que se sea su tipo se presentan entre otras, la siguiente situación jurídica, que se entiende como efecto: *“La totalidad de la hacienda o de las empresas fusionadas o absorbidas, sus bienes, créditos o activos en general, así como sus obligaciones, sus pasivos, pasan a formar parte a título universal del patrimonio de la sociedad a la que se fusionan o en su caso a la nueva sociedad creada, aplicándose la sentencia “universum ius” (a título universal)”*.⁴

Entonces en la fusión se alcanza, al igual que en una sucesión a título universal a la totalidad de las relaciones jurídicas de las que eran titulares las sociedades que se extinguen, afectando a todo su patrimonio, derechos y obligaciones. Cuando se refiere a este efecto de la fusión, se refiere a la transferencia en bloque de todos los activos que se encontraban a nombre de la sociedad o sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente; pero también se debe entender que esta transmisión en bloque también alcanza a los pasivos.

3 MORALES GUILLEN, Carlos, *Código de Comercio Concordado y Anotado*, Edit. Escuela de Artes Gráficas del Colegio Don Bosco, 1º Edición, La Paz, Bolivia, 1999, Tomo I, p. 460.

4 OVANDO OVANDO, Jaime, *Sociedades Comerciales Doctrina y Legislación Nacional*, Plural Editores, 1º Edición, La Paz, Bolivia, 2008, p. 802.

4.2. Integración de Socios

Otro efecto producto de una fusión, es que los accionistas y/o socios de las sociedades que se fusionan, pasan ser accionistas y/o socios de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad producto de la fusión; efecto que se denomina integración de socios, que supone traslado de socios o accionistas de las sociedades fusionadas a la sociedad absorbente o resultante, que se puede operar mediante un aumento de capital o un proceso de suscripción de acciones; esta integración de socios se produce cuando los socios y/o accionistas de una sociedad que se extingue participan en la sociedad que se beneficia del patrimonio aportado por la sociedad extinguida, participación que se entiende debe ser proporcional al valor patrimonial aportado en la nueva sociedad.

Sobre la determinación de la participación de los socios de la antigua sociedad en nueva sociedad o sociedad subsistente, esta debe hacerse en una proporción equitativa a su aporte en la nueva sociedad, pudiendo darse que mantengan su situación patrimonial o sean propietarios de una parte más pequeña o más grande. Este equilibrio sobre la participación se refleja en la denominada relación de canje, que básicamente refiere al canje de las acciones.

4.3. Extinción de una o más Sociedades

El efecto ya característico de los procesos de fusión que resalta en las propias definiciones de la propia fusión, es la extinción sin liquidación de las sociedades fusionadas que llegan perder su personería jurídica y dan origen a una nueva sociedad o que son absorbidas por una sociedad existente; Sobre este efecto de la fusión en particular el profesor José Sánchez Oliván precisa: *“En cualquier caso conviene recordar que la necesaria extinción de las sociedades a causa del vacío patrimonial que la aportación entraña, no supone la desaparición de la sociedad como empresa sino sólo como sostén jurídico de las relaciones de que era titular, que a partir del momento de la fusión se desarrollan por otro ente social; ello supone la subsistencia de la empresa, aunque desaparezca el instrumento formal a través del cual ella se realizaba”*.⁵

Entonces se muestra como un punto en común que la extinción se presenta en cualquier tipo de fusión, pero con la siguiente diferencia; en el caso de la fusión por creación de nueva sociedad, la extinción afecta a todas las sociedades fusionadas y en caso de la fusión por absorción, la extinción afecta a todas las sociedades participantes en el proceso de fusión con excepción de la absorbente que mantiene su existencia.

5 SÁNCHEZ OLIVÁN, José, *Fusión y Escisión de Sociedades*, Ed. CEF, 2ª Edición, Madrid, España, 2007, p. 216.

V. LA FUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

La fusión de sociedades comerciales en Bolivia está regulada por el Código de Comercio Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, el referido cuerpo legal presenta un régimen para las sociedades comerciales en su Libro Primero, Título III de las Sociedades, Capítulo XI Fusión.

El régimen de fusión se encuentra regulado desde el artículo 405 hasta el artículo 412; los referidos artículos no han sido derogados ni modificados expresamente por norma alguna, conservando el mismo texto desde que entraron en vigencia y hasta la fecha se prolonga la misma.

La normativa sobre fusión en el Código de Comercio comienza en su artículo 405 proporcionando una definición de la fusión, que se encuentra de acuerdo con la más clásica y difundida posición legal y doctrinal sobre los tipos de fusión existentes, pues en su redacción refiere a las fusiones por absorción y a la fusión creación.

Posteriormente nuestra normativa comercial refiere a lo que es ya el procedimiento propiamente dicho estableciendo en su artículo N° 406⁶, cuales son los requisitos preliminares que se deben por parte de las sociedades que pretenden fusionarse en dos puntos que son los siguientes: *“1. Compromiso de fusión suscrito por los representantes de las sociedades, aprobado por la mayoría necesaria de votos necesarios que se requieran para la modificación del contrato constitutivo de sociedad; y*

*2. Preparación de balances especiales, a la fecha del acuerdo, por cada una de las sociedades participantes en la fusión: Dichos balances deben ser puestos a disposición de los socios y acreedores. Estos últimos pueden oponerse a la fusión acordada, si antes no son debidamente garantizados en sus derechos. Cualquier discrepancia en cuanto a esas garantías, las resolverá el juez sumariante”.*⁷

6 BOLIVIA, *Código de Comercio*, Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz, Bolivia, 1979, p.112.

7 Esta primera etapa de la fusión por así decirlo comprende entonces: La suscripción de un compromiso de fusión por parte de los apoderados o representantes autorizados de las sociedades participantes en la fusión, este compromiso para llegar a la etapa de suscripción debe haber sido aprobado previamente por la mayoría de votos necesarios que se requieren para modificar el contrato de constitución original; en lo que refiere a esta votación afirmativa que se requiere para modificar la constitución social y por ende autorizar y aprobar una fusión la misma debe ser acreditada documentalmente, acreditación que se llega a constituir en un testimonio previo para una resolución final o de tipo definitivo; por otra parte este compromiso suscrito se considera previo y puede ser considerado como si fuera el proyecto de fusión. En lo que refiere a la preparación de balances especiales, se entiende que no se refiere a los balances anuales que presentan las sociedades, sino refiere a balances especialmente elaborados por el proceso de fusión, conocidos como balances de corte que serán puestos a disposición de socios y acreedores como información de tipo técnico previo que de su análisis por parte de socios y terceros estos resolverán su aprobación u oposición al proceso según corresponda.

Para el caso de superada la referida primera etapa con el cumplimiento de los requisitos preliminares exigidos en el artículo referido, el artículo N° 407⁸ del Código prevé lo que requiere el acuerdo definitivo que deberá contener:

- “1) *Las resoluciones aprobatorias de las sociedades participantes;*
- 2) *La nómina de los socios que se acojan al derecho del retiro y capital que representan los mismos;*
- 3) *La nómina de los acreedores que formulen su oposición y el monto de sus créditos;*
- 4) *Las cláusulas para la ejecución del acuerdo, además, debe observar el cumplimiento de las normas de disolución de cada sociedad. Se incluirá clara y concretamente las participaciones que correspondan a los socios de las sociedades que se disuelven y sus características;* y
- 5) *La inclusión de balances especiales”.*

En esta etapa se aprueba el acuerdo definitivo que debe tener previsto todos los supuestos establecidos por el artículo de referencia, así como también debe existir una constancia expresa del cumplimiento de todo lo exigido⁹.

Prosiguiendo con la regulación de la fusión, el Código de Comercio establece en su artículo N° 408 que la constitución de la nueva sociedad debe proceder de acuerdo a la normativa que le corresponde según su tipo societario; procediendo para el caso de la sociedad absorbente la correspondiente reforma estatutaria de acuerdo lo dispuesto por norma.

Por su parte el artículo N° 409 del Código dispone la inscripción del acuerdo definitivo de fusión en el Registro de Comercio disponiéndose su publicación de acuerdo a lo preceptuado por el Código de Comercio en su artículo N° 401, incisos 3 y 5 referido a la transformación.

8 BOLIVIA, *Op.Cit.*, p.113.

9 Son las resoluciones de las sociedades en fusión que aprueban la operación, las que se constituyen como una constancia legal y formal de las mismas que acreditan su capacidad. En lo que refiere a la nómina de socios que se acogen al retiro y el monto de sus aportes, se considera una información necesaria e importante debido a que refiere a los activos mismos de la nueva sociedad, por tanto deben estar expresadas en la constitución social. Sobre la nómina de los acreedores que formulen oposición, se considera también una información importante debido a que esta presencia afecta a la situación patrimonial de la nueva sociedad. En lo que concierne a la necesaria presencia de cláusulas para la ejecución del acuerdo de fusión, su existencia es esencial para poder dar cumplimiento a lo acordado en la fusión; así como las normas referidas a la disolución de las sociedades que desaparecen. También debe ser obligatoria la inclusión de los balances en el acuerdo definitivo, por contener estos la información técnica sobre las sociedades fusionadas.

Prosiguiendo con lo regulado para la fusión, la norma comercial en su artículo N° 410 establece un régimen de administración para la sociedad absorbente o para la nueva sociedad, recayendo esta administración en los representantes de las sociedades extinguidas con responsabilidades.

En lo que refiere al receso de socios y su derecho preferente el artículo N° 411 remite su tratamiento a lo dispuesto por los artículos N° 402 y N° 403 del Código de Comercio que regulan este tema en la transformación de sociedades.

Para finalizar el tratamiento que le da el código de comercio a la fusión, está tipificado en el artículo N° 412 la revocación del compromiso de fusión, pudiendo quedar sin efecto el mismo mientras no haya estado suscrito el acuerdo definitivo de fusión y que por efecto de esta revocación del compromiso de fusión no se genere perjuicios a las sociedades, sus socios y a terceros.

Sobre el registro de la fusión en FUNDEMPRESA entidad que se encuentra a cargo del Registro de Comercio, para proceder al registro de las fusiones corresponde el trámite N° 10 "FUSION DE SOCIEDADES", del Manual de Procedimientos de Trámites de FUNDEMPRESA, este trámite vigente desde el 2 de mayo de 2005 aprobado por la entonces Superintendencia de Empresas ahora AEMP mediante R.A. N° SEMP N° 0205/2004 (Bolivia 2004), se exigen los requisitos siguientes¹⁰.

- 10 1. Formulario N° 0031/03 ahora formulario N° 0031/10 modificado mediante Resolución Ministerial N° 283/2009 de 31 de diciembre de 2009 que aprueba el trámite de revisión previa a la publicación en un órgano de prensa y la adecuación de los formularios correspondientes. (Los formularios que fueron modificados son los siguientes: 0020/03, 0030/03, 0031/03, 0032/03 y 0090/03 sustituido por los formularios 0020/10, 0024/10, 0030/10, 0031/10, 0032/10 y 0090/10, estos presentan una casilla denominada información de la publicación donde se indica lo siguiente: Solicito presentar la publicación en forma posterior a la revisión y aceptación del testimonio por parte del RCB.) de solicitud de Registro de Fusión con carácter de declaración jurada, debidamente llenado y firmado por el representante legal.
2. Balances especiales de corte practicados a la fecha de acuerdo, por cada uno de los participantes en la fusión, acompañando la solvencia profesional otorgada por el Colegio de Auditores.
3. Compromiso de fusión suscrito por los representantes de las sociedades intervinientes, aprobado por la asamblea de socios o junta de accionistas.
4. Testimonio de escritura pública de acuerdo definitivo de la fusión, sea propiamente dicha o por absorción, en original o fotocopia legalizada legible, que debe contener los aspectos indicados en los Num. 1) al 5) del Art. 407 del Código de Comercio, *así como debe contener una cláusula en la que expresamente se señale haberse dado cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 406, Inc 2) del Código de Comercio.*
5. Publicación in extenso en un periódico de circulación nacional del testimonio de la escritura pública de acuerdo definitivo de fusión. (Adjuntar página completa del periódico en que se efectúa la publicación).
6. Testimonio de poder del representante legal, en un ejemplar original o fotocopia legalizada legible, en la que se inserte el acta de asamblea de socios o junta de accionistas en la que conste su nombramiento. Si el representante legal es extranjero debe presentar el documento original que acredite la radicatoria en el país (únicamente para verificación), debiendo constar en el mismo alternativamente: Visa de objeto determinado, permanencia temporal de un año, permanencia temporal de dos años, visa múltiple o permanencia indefinida, acompañando una fotocopia simple de dicho documento firmada por el titular: En su caso puede también presentar certificación original o fotocopia legalizada extendida por el Servicio Nacional de Migración SENAMIG.
7. Adicionalmente, en caso de tratarse de una fusión propiamente dicha, la sociedad emergente de la misma debe cumplir y adecuarse a las normas correspondientes al tipo societario respectivo, conforme a lo dispuesto por el Art. 408 del Código de Comercio.
8. En caso de ser sociedades sujetas a regulación sectorial, deben acreditar la autorización de la Superintendencia respectiva.
9. Para efectuar el presente trámite es requisito indispensable que las sociedades comerciales o las empresas unipersonales que se pretenden fusionar cuenten con las Matrículas de Comercio actualizadas.

VI. EL DERECHO DE OPOSICIÓN EN LAS OPERACIONES DE FUSIÓN

Una operación de fusión, como cualquier operación de reestructuración societaria genera la posibilidad de afectar diferentes intereses, entre ellos cuentan los intereses propios de la sociedad como persona jurídica, los de sus socios de manera separada y también los intereses de terceros ajenos a esas sociedades. Normalmente la tendencia en la legislación comercial acorde con la versatilidad del comercio, es facilitar las operaciones de reestructuración empresarial, mediante el establecimiento de procedimientos simples que permitan su realización en términos de tiempo relativamente cortos, sin embargo la celeridad que se busca en estas operaciones no debiera ser incompatible con la necesaria seguridad jurídica que debe existir para garantizarse a terceros ajenos titulares de créditos pendientes de cumplimiento por parte de las sociedades intervinientes en los procesos de fusión; generalmente en lo que se refiere a la protección y tutela de los derechos en el desarrollo de un proceso de fusión se deben contemplar: Los derechos de los socios y a los derechos de terceros ajenos a la sociedad.

En lo que refiere a la protección de los derechos de los socios y/o accionistas que se puedan considerar perjudicados por el desarrollo de la fusión, la normativa sustentada también por la doctrina suele reconocer y proporcionar un mecanismo de protección para los socios como es el derecho de retirarse de la sociedad y recibir una compensación justa por su participación en la sociedad fusionada y con relación a los terceros ajenos a la sociedad fusionada que no toman parte en la adopción del acuerdo de fusión precisamente por no ser parte de la sociedad, pero que son alcanzados por sus efectos y que por lo general suelen ser acreedores de la sociedad, puede presentarse para ellos como una situación de riesgo para la posibilidad de pago de sus acreencias; para este caso se dispone de otro mecanismo de protección de sus intereses distinto al de los socios, como es el denominado derecho de oposición al que pueden recurrir si se considera que se presentan riesgos para sus intereses como resultado de la operación de fusión, buscando que estos derechos sean lo suficientemente garantizados.

Es así que en cuanto a la regulación de los procesos de fusión, la legislación comercial debe contar con un régimen jurídico básico para atender este tipo de operaciones, sin descuidar intereses de socios y terceros ajenos a las sociedades que se fusionan.

Con alguna excepción, entre las etapas de decisión y ejecución de un proceso de fusión se suele ubicar en la normativa este derecho que corresponde a los acreedores a que se garantice sus créditos, que se conoce como derecho de oposición; en primera instancia corresponde decir que el derecho de oposición está concebido como una tutela de los derechos de los acreedores ante la fusión de una sociedad comercial deudora.

Cuando se desarrolla una fusión de sociedades comerciales, en primer término se podría entender la existencia de una conformidad con la operación, en la perspectiva de que la fusión fortalezca las operaciones de las empresas fusionadas, pero no todos pueden considerar favorable un proceso de fusión; pues para los acreedores de las sociedades que se fusionan, podría significar un menoscabo a sus intereses, esto ante la posibilidad de la desaparición y/o reducción de las garantías directas que poseen y por la presencia de los acreedores de la otra sociedad que pueden venir a exigir el cobro de sus créditos sobre los mismos bienes. Entonces con el fin de proteger los intereses de los acreedores el legislador ha previsto desarrollar medidas jurídicas para la defensa y garantía de los acreedores de las sociedades en los procesos de fusión, a quienes concede un derecho de formular su oposición a la fusión.

Esta figura en materia de obligaciones y créditos, tiene un propósito especial que podemos entender del significado que nos proporciona Manuel Osorio en su *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* que es aplicable a la oposición en los procesos de fusión, pues refiere al significado de la oposición del acreedor: *“Facultad que las leyes mercantiles reconocen a los acreedores para oponerse a distintos actos que pueden afectar el patrimonio de su deudor, actos que no podrán ser realizados sin desinteresar o garantizar adecuadamente a tales acreedores. Los actos en cuestión pueden consistir en transferencias de fondos de comercio, fusiones, escisiones, transformaciones, reducciones, etc.”*¹¹

En lo que refiere a la figura jurídica en análisis, la misma fue presupuestada por el Legislador en su momento; estando así el derecho de oposición de los acreedores sociales en los procesos de fusión de sociedades comerciales en el ordenamiento jurídico nacional dentro las normas del Código de Comercio de acuerdo a los siguientes términos:

“Art. 406°.- (Requisitos preliminares). Para proceder a la fusión deben cumplirse los siguientes requisitos:

- 1. Compromiso de fusión suscrito por los representantes de las sociedades, aprobado por la mayoría de votos necesarios que se requieran para la modificación del contrato constitutivo de sociedad; y*
- 2. Preparación de balances especiales, a la fecha del acuerdo, por cada una de las sociedades participantes en la fusión. Dichos balances deben ser puestos a disposición de los socios y acreedores. Estos últimos pueden oponerse a*

¹¹ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias, Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, 30° Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 684.

la fusión acordada, si antes no son debidamente garantizados sus derechos. Cualquier discrepancia en cuanto a esas garantías, las resolverá el juez sumariante.

Art. 407°.- (Acuerdo definitivo). Cumplidos los requisitos preliminares, el acuerdo definitivo de fusión deberá contener:

- 1. Las resoluciones aprobatorias de las sociedades participantes;*
- 2. La nómina de los socios que se acojan al derecho de retiro y capital que representan los mismos;*
- 3. La nómina de los acreedores que formulen su oposición y el monto de sus créditos;*
- 4. Las cláusulas para la ejecución del acuerdo que, además, debe observar el cumplimiento de las normas de disolución de cada sociedad. Se incluirá clara y concretamente las participaciones que corresponden a los socios de las sociedades que se disuelven y sus características; y*
- 5. La inclusión de los balances especiales”.*¹²

Las normas citadas dirigidas a la regulación de los procesos de fusión, han previsto el derecho de oposición a favor de los acreedores de las sociedades en procesos de fusión, estableciendo que estos pueden revisar los balances y oponerse a la misma en caso de no estar debidamente garantizados; para el caso de discrepancias sobre las garantías, estas podrán ser resueltas por el juez sumariante.

Sobre los balances a los que refiere el artículo en revisión, se debe entender que se trata de los balances especiales de corte referidos en el Trámite N° 10 de Fusión de Sociedades de FUNDEMPRESA; estos balances se denominan así por que cortan la gestión, debido a que no se puede esperar al cierre de la gestión en curso, pues estos se deben realizar a tiempo de acordar la fusión; siendo el único requisito exigido para este balance la presentación de la solvencia profesional del contador que firma el balance, y el mismo debe contener la mención de ser un balance especial de cierre, además de llevar la firma del representante legal.

En lo que refiere a la solvencia profesional que se exige, tanto para la entidad que la emite como es el Colegio Profesional de Auditores, así como para la Entidad que lo requiere para fines del trámite de fusión como es FUNDEMPRESA, es indiferente que el balance especial de cierre lo haga el auditor interno de la sociedad o un profesional auditor ajeno a la sociedad en fusión. Para que esta solvencia

¹² BOLIVIA, *Código de Comercio*, Decreto Ley N° 14379 de 25 de febrero de 1977, Gaceta Oficial de Bolivia, La Paz, Bolivia, 1979, p. 113.

profesional sea otorgada, tampoco se observa si el auditor es interno o es externo, el Colegio Profesional de Auditores solo exige que el profesional este registrado en esa asociación profesional y tenga sus cuotas al día, siendo suficientes estos dos elementos para la referida solvencia.

Por otra parte el Colegio de Contadores que emite la solvencia profesional, no revisa el contenido del balance, tampoco verifica si se cumplen las normas de contabilidad, solo constata que este firmado por un profesional afiliado, con cuentas al día, por lo que solo se avala la firma y no el contenido del balance.

Por lo que se concluye que esta solvencia profesional, sólo certifica el ejercicio legal de la profesión de contador y no certifica el contenido del balance especial de cierre; por otra parte FUNDEMPRESA, no revisa el contenido del balance especial de fusión pues su función es solo de registro de las sociedades comerciales, comerciantes y determinadas operaciones de comercio.

La oposición regulada en el Código de Comercio, corresponde entonces a un mecanismo de protección a priori, lo que significa que es previa al proceso de fusión, sus efectos debieran producirse antes que se concrete el proceso de fusión; el ejercicio de este derecho en nuestra legislación está dispuesto como un acto de naturaleza no judicial, pues la oposición se la formula directamente contra la sociedad deudora y se recurre al juez solo en caso de discrepancias sobre la garantía ofrecida por la sociedad deudora a su acreedor.

Sobre los requisitos preliminares de la fusión el Profesor David Cabezas Caballero en su libro *Nociones de Derecho Comercial* indica que existe una secuencia lógica de pasos, pues el compromiso de fusión aprobado por la junta deben seguir otros que conduzcan a elaborar los documentos que serán puestos a conocimiento de los acreedores los cuales pueden oponerse si no fueron garantizados.¹³

En lo que refiere a la oposición Carlos Morales Guillen en su *Código de Comercio Concordado y Anotado* al comentar el artículo N° 408 del Código de Comercio, recién toca el tema cuando detalla los efectos de la fusión con relación a los acreedores señalando: *“Respecto de los acreedores, puede significar el peligro de quebranto por la desaparición de las garantías que el patrimonio de la sociedad fusionada implica y por la presencia de los acreedores de las sociedades participantes, que han de venir a concurrir con ellos en el cobro de sus créditos sobre unos mismos bienes. Esta es la razón por la cual se autoriza su oposición y se previene la necesidad de garantizarles sus derechos”*.¹⁴

13 CABEZAS CABALLERO, David, *Nociones de Derecho Comercial*, Ed. Tupac Katari, 1° Edición, Sucre, Bolivia, 1996, p. 133.

14 MORALES GUILLEN, Carlos, *Op.Cit.*, p. 564

La apreciación doctrinal que hace el referido tratadista, es bastante aclarativa sobre el objeto de la oposición, y tal vez se constituya en la más profunda apreciación doctrinal sobre nuestra legislación en este tema, aunque no menciona o no precisa sobre la forma del ejercicio de este derecho; complementando a esto, el mismo profesor Carlos Morales Guillen señala también sobre los efectos de la operación con relación a los acreedores lo siguiente: *Para los acreedores, importa un problema de substitución de su deudor, por su consentimiento tácito— si es que no fue expresamente emitido— cuando no usaron de su derecho de oposición oportunamente. Su derecho al crédito como las acciones procesales que la ley les reconoce, son exigibles y ejercitables contra la nueva sociedad o la incorporante, aun tratándose de la prosecución de litigios pendientes con las sociedades fusionadas.*¹⁵

Si bien los derechos procesales (acciones legales) son exigibles y pueden ejercitarse contra la nueva sociedad o la sociedad incorporante, la no obtención de garantías puede afectar las probabilidades de satisfacción del crédito; por otra parte en esta apreciación que hace el referido tratadista, habla de la utilización oportuna de este derecho de oposición, adelantando de cierta forma el problema que representa la no utilización oportuna de este derecho a la que refiere como consentimiento tácito, pero sin referir a la falta de un criterio temporal para el ejercicio de este derecho, lo que entendemos por plazo.

Entonces con el ejercicio del derecho de oposición lo que se busca es conseguir que los acreedores de las sociedades fusionadas no resulten perjudicados, pero sin que esta protección, ósea el ejercicio de este derecho signifique un obstáculo insuperable para la ejecución de la fusión. Es así que esta institución jurídica se configura como un modelo específico de tutela para proteger a los acreedores, no en si para suspender o detener procesos; por lo que no se puede negar la importancia de la existencia de normas con este objeto

La existencia de esta figura de protección para los acreedores, tiene un objeto central que es como menciona la definición el asegurar la efectividad del ejercicio de su derecho, no permitiendo que el proceso de fusión en si dependa solamente de la voluntad unilateral de un acreedor; pues se podría presentar el caso de la utilización inadecuada de esta figura; entonces al configurarse este derecho en la legislación, este debe estar configurado para que el ejercicio del mismo genere garantías para el acreedor y a la vez no genere perjuicios para la sociedad.

VII. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

Como ya se ha referido con anterioridad un proceso de fusión puede significar un incremento en la inseguridad para los créditos de los acreedores de las

15 *Idem.*, p. 566

sociedades en fusión, por este motivo se ha dispuesto en la legislación la presencia de mecanismos para defensa y garantía de los derechos de los acreedores a quienes se les otorga el derecho de oposición.

Para comenzar a desarrollar este punto, primero se debe precisar como punto de partida que los acreedores de una sociedad fusionada, una vez completada la operación, en lo que se refiere a su crédito pendiente de pago no deberían quedar ubicados en una situación desfavorable con relación a la que se encontraba en un momento anterior al comienzo del proceso de fusión; entonces se justifica este mecanismo de protección del acreedor cuando la situación de la sociedad fusionada, haga pensar que existe un riesgo para sus intereses.

En este sentido entonces, para los acreedores de las sociedades fusionadas, esta operación podría significar un menoscabo a sus intereses, esto ante la posibilidad de la desaparición o reducción de las garantías directas que poseen o como bien manifiesta el profesor José Sánchez Olivan, *por el debilitamiento de las garantías preexistentes como consecuencia del desarrollo de la operación, así también por la presencia de los acreedores de la otra sociedad que pueden venir a exigir el cobro de sus créditos sobre garantía de los mismos bienes, dentro de estos efectos cabe recalcar dos situaciones concretas que se presentan para el acreedor de una sociedad deudora fusionada. Entonces como producto de la fusión, el acreedor esta ante el cambio de la persona de su deudor, sin que para ello haya sido requerido su consentimiento; en el caso del acreedor de una sociedad absorbente, que si bien no está ante el cambio en la persona de su deudor (sociedad), este último ahora cuenta con un mayor número de acreedores provenientes de las sociedades absorbidas, por lo que podrían ver disminuidas sus oportunidades de cobrar*¹⁶.

Estas diferentes situaciones en las que quedan los acreedores de las sociedades fusionadas, son la motivación de la existencia de esta figura; por lo que el derecho de oposición se presenta así como un instrumento necesario para que el acreedor este realmente protegido.

Dentro de la conceptualización de la justificación del derecho de oposición, surge el debate en lo que refiere a la presencia de un daño efectivo como un elemento necesario para el ejercicio de este derecho; existiendo un cuestionamiento de si es suficiente la presunción de un daño, que indudablemente siempre está presente en un proceso de fusión; a criterio personal la exigencia de la necesaria presencia de un daño efectivo, no afectaría la eficacia de la figura, pero afectaría de cierta forma su carácter preventivo.

16 SANCHEZ OLIVAN, José, *Fusión y Escisión de Sociedades*, Edit. CEF, 2ª Edición, Madrid, España, 2007, p.285.

VIII. PRESUPUESTOS DE HECHO NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA OPOSICIÓN

Para que un acreedor este legitimado para la utilización de este derecho, se deben tomar en cuenta ciertos supuestos de hecho que deben concurrir en su relación con la sociedad en proceso de fusión, estos supuestos pueden variar en su presencia o en su consideración conforme al criterio que sea utilizado por las diferentes legislaciones, pero a manera de puntualizar y conocer estos elementos que son necesarios para entender al propio derecho de oposición como instrumento jurídico vamos desarrollar los siguientes:

8.1. Existencia de un derecho de crédito

Este presupuesto es considerado como esencial para el ejercicio de este derecho, pues supone la existencia de una obligación entre acreedor y deudor, que es necesaria para que un tercero ajeno a la sociedad fusionada como es un acreedor este legitimado para ejercitar este derecho. En lo que refiere a este presupuesto los profesores Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya en su artículo *Derecho de Oposición de los Acreedores a la Fusión de Sociedades* publicado en la revista *Derecho de Sociedades* aclaran lo siguiente: "... Con ello no quiere decirse que el derecho de oposición se reserve solo a titulares de créditos pecuniarios o dinerarios por más que estos constituyan el supuesto más frecuente de los derechos patrimoniales, por que también se extiende a todos aquellos supuestos en que la prestación debida por la sociedad, tanto consista en un "dare" (dinero o cualquier otra cosa, fungible o no), como en un "facere" o "non facere" sea económicamente evaluable en dinero y, por ello, patrimonialmente realizable y ejecutable o ...".¹⁷

No se presenta duda alguna en lo que refiere a la indispensable presencia de una obligación, de un derecho de crédito a favor del acreedor para que el mismo esté facultado para el uso de derecho; reforzando y a manera aclarativa sobre el tema, el precedente concepto citado, es de bastante utilidad para entender que titulares de crédito, o de obligaciones están facultados para recurrir a este derecho, no debiendo limitarse la concepción de derecho a los tipo patrimonial o pecuniario.

8.2. Crédito con una Garantía Adecuada

La figura de la oposición del acreedor al estar configurada como un instrumento de protección para terceros ajenos a la sociedad, como ya se ha afirmado tiene la finalidad de preservar sus derechos, de respaldarlos por medio de la obtención de garantías que sean suficientes y que están de acuerdo con la naturaleza de la obligación de la sociedad y valor de la misma. Sobre este punto de acuerdo a lo

¹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Luis Javier, ..., *El Derecho de Oposición de los Acreedores a la Fusión de Sociedades*, Revista de Derecho de Sociedades, España, Edit. Arazandi, 2001, p.45.

señalado por Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya se debe tener en cuenta lo siguiente: "... que la garantía adecuada no es, ni tiene por qué ser, una garantía absoluta, sino, más bien, una garantía proporcionada, esto es, razonablemente suficiente o apropiada, según la experiencia, los usos y el sentir del tráfico"¹⁸

En lo que refiere a esta posición, se debe entender que no puede haber una desproporción en la garantía exigida y el crédito debido, sino que, lo que se debe buscar es la constitución de garantías solo suficientes a objeto de que cumplan su objeto como tal. Con relación a la determinación de si son adecuadas o no las garantías existentes o las garantías que se ofrecen, es en los hechos donde se pueden presentar las discrepancias o controversias entre acreedores y sociedad.

8.3. Tiempo de referencia para determinar los créditos a ser protegidos

Este presupuesto ha sido considerado válido por la doctrina y en diferentes legislaciones, debido a que el momento del nacimiento del crédito, puede determinar si se tiene el derecho o no de oponerse a una fusión.

Introduciendo sobre este aspecto, corresponde referir a aquellos acreedores que un crédito nacido con posterioridad a la publicidad y/o publicación de la fusión, entonces en el momento del nacimiento de su crédito se debiera hacer presente la presunción que los mismos al haber suscrito el crédito después de la publicidad y/o publicación de la fusión ya están en conocimiento de la operación por lo que no les corresponde el ejercicio de esta tutela jurídica.

8.3.1. Créditos anteriores a la publicación del último acuerdo de fusión

Esta posición doctrinal aplicada en algunas legislaciones, parte del criterio de que cuando el crédito ha nacido en un tiempo anterior a la fusión, el titular de este crédito si se encuentra facultado para el ejercicio de este derecho.

En lo que refiere a este aspecto, la limitación de la atribución del derecho de oposición en función del momento del nacimiento del crédito está plenamente justificada. De acuerdo con el criterio de Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya si este derecho se concede como un instrumento de tutela de los acreedores frente a un hecho o acto del deudor, es lógico que solo corresponda a los titulares de créditos constituidos con anterioridad a la fusión, operación que puede significar un cambio de proporciones en la situación jurídica de la sociedad y por ende de las relaciones jurídicas que esta tiene.¹⁹

18 Idem., p. 52.

19 Idem., p. 53.

Entonces para la precisión de este momento, se ha presenta la necesidad de determinar el momento preciso en el cual un crédito no puede ser protegido con este derecho y una solución que se ha presentado para este problema es el momento de la publicidad de la fusión, es decir cuando se exteriorizan y se ponen en conocimiento los acuerdos de fusión.

8.3.2. Crédito no vencido a tiempo de la publicación del acuerdo de fusión

Sobre este aspecto en particular los tratadistas Luis Javier Cortés Domínguez y Adoración Pérez Troya señalan que el derecho de oposición, está constituido como un instrumento de tutela de tipo preventivo del derecho de crédito, de modo que una vez vencido este último solo procede exigir su cumplimiento.²⁰

En lo que refiere a este presupuesto que suele ser exigido para tener la facultad de ejercicio de este derecho, el sustento que tiene el mismo va en sentido de que aquellos créditos que se encuentran vencidos o entraron en mora en el momento de la fusión, pueden ser reclamados por otra vía privilegiada, como lo es una acción ejecutiva u otra según corresponda; corresponde entonces ante este supuesto una acción para el pago del crédito, no tanto así como para obtener garantías, sin que eso le impida obtener del juez que sea competente las medidas precautorias para su crédito de la sociedad de la que es acreedor.

8.4. La información como medio de protección a los acreedores.

En la teoría de la fusión, la información juega un papel muy importante durante el desarrollo del proceso, pues debe estar configurada de forma tal que todos los sujetos implicados o interesados en el proceso de fusión puedan tener acceso a la información que necesitan para hacer valer sus derechos. Es así que la información cierta, adecuada y oportuna se constituye en un elemento indispensable para la protección de las personas que tuvieran algún interés que pudiera ser afectado por la operación.

En lo que refiere a la importancia de la información para la oposición, la profesora Luisa María Esteban Ramos indica: “El instrumento fundamental de tutela de los acreedores es el derecho de oposición. Para que este derecho pueda ejercitarse debidamente, es necesario que el acreedor tenga suficientes elementos de juicio que le permitan decidir lo que le resulte más conveniente”.²¹

La información sobre el proceso de fusión para los terceros ajenos a la sociedad como son los acreedores se debe efectuar por medio de la publicidad de la fusión,

²⁰ Idem., p. 54.

²¹ ESTEBAN RAMOS, María Luisa, *Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de Protección*, Edit. Arazandi, 1° Edición, Navarra, España, 2007, p. 266.

para que los acreedores tengan los insumos adecuados para tomar una decisión sobre la utilización de este derecho que les asiste como es la oposición.

8.5. Acreedores titulares del ejercicio del derecho de oposición

Sobre este punto en particular, primero se debe tener en cuenta que pueden ejercitar el derecho de oposición todas aquellas personas naturales o jurídicas que sean titulares de un derecho de crédito, contra cualquier sociedad comercial que intervenga en una operación de fusión.

Es la existencia de un crédito, ósea una obligación entre la sociedad y su acreedor la que se constituye en la vinculación que legitima el ejercicio de la oposición; siendo así que aquellas personas que no tienen algún derecho de crédito con la sociedad fusionada, no pueden acudir a la tutela que proporciona esta figura legal.

8.5.1. Acreedores titulares de créditos nacidos y no vencidos a tiempo de la publicación del acuerdo de fusión

Sobre el reconocimiento de la titularidad de los acreedores para el ejercicio del derecho de oposición, este se presenta con diferencias entre diferentes legislaciones aunque en algunos casos se suelen presentar criterios comunes.

Uno de los criterios aceptados por la doctrina y aplicado en algunas legislaciones, es que disponen de legitimación para el ejercicio de este derecho los acreedores cuyo crédito haya nacido antes de la fecha del último anuncio del acuerdo de fusión, además de tratarse de créditos no vencidos en el momento de la publicación.

8.5.2. Acreedores con o sin garantías para su crédito

Sobre este punto, referido a la legitimación de este derecho a favor de acreedores cuentan o no con una garantía. Se entiende que si un crédito cuenta con una garantía apropiada, la oposición a la fusión no tiene razón de ser, pues el acreedor no ve afectada su posibilidad de cobro del crédito como producto del desarrollo de la fusión. Adicional al criterio señalado se presenta el criterio de valoración sobre que es una garantía adecuada o apropiada, es ahí donde se generan diferentes criterios, entre los que se presenta uno que considera que si el patrimonio de la sociedad es suficiente, el acreedor estaría adecuadamente garantizado.

Reforzando esta apreciación Luisa María Esteban Ramos cita el siguiente criterio del Tratadista J. Massaguer: “Lo que sí está claro, es que si el derecho de oposición se traduce en un derecho a obtener garantías, no es necesario concedérselo a quien ya dispone de una adecuada”²²

22 Idem., p. 277.

Por otra parte en lo que se refiere a una garantía insuficiente, se debe entender que esta insuficiencia de la garantía no puede ser de origen es decir en el surgimiento de la propia obligación, pues si ante esta situación existiera legitimación para el ejercicio de la oposición, nos encontraríamos con que se le daría un uso inadecuado, para corregir una situación que no emerge del proceso de fusión.

8.6. Plazo para el ejercicio del derecho de oposición

De manera general entendemos por plazo el término o tiempo señalado para la realización de un determinado acto. Es de suponer que el plazo para el ejercicio de este derecho, comienza a correr a partir de que los acreedores han tomado conocimiento de la existencia del proceso de fusión, entonces se configura la información como fundamental para poder oponerse de forma adecuada a la operación; lo que se debe tener claro es que la presencia de un plazo para el ejercicio de la oposición va en beneficio de sociedades y acreedores, por lo que se puede afirmar que la existencia de un plazo para que el acreedor social pueda oponerse al proceso de fusión debe considerarse de estricta necesidad y este plazo debe ser fijado por ley.

IX. EFECTOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPOSICIÓN

Los efectos emergentes del ejercicio del derecho de oposición pueden variar de acuerdo a lo previsto por cada legislación que contempla este derecho sobre todo en los efectos con el que hayan sido configurados por parte del legislador, que de manera genérica vamos a mencionar.

9.1. Suspensión de la operación de fusión

La suspensión como efecto del ejercicio del derecho de oposición es un efecto que no está presente en la generalidad de las legislaciones, su fundamento consiste en la necesidad de prevención, de que la fusión pueda llegar a concretarse, afectando los derechos de los acreedores. Es decir que producto de una oposición formulada contra el proceso de fusión este se suspende hasta la resolución de la controversia; sobre el alcance de este efecto los tratadistas Cortés Domínguez y Pérez Troya precisan un supuesto que se puede presentar que diferencia a la oposición a la transformación de la oposición a la fusión e indican: “A diferencia de lo que ocurre en los supuestos de reducción de capital, en los de fusión los efectos de la oposición no se circunscriben a la sociedad deudora, sino que, como es obvio, se extienden también a las demás sociedades participantes de la operación”.²³

23 CORTEZ DOMINGUEZ, Luis Javier ..., Op.cit. p. 61.

Es así que la oposición efectuada por el acreedor de una sola sociedad, también afecta y repercute en la otra sociedad que no tiene relación alguna con el referido acreedor, por que la fusión es una operación que requiere el concurso de dos o más partes, según sea el caso. Se debe aclarar también que existen legislaciones en las que la formulación de una oposición no detiene el desarrollo de la operación de fusión.

9.2. Garantía para el derecho de crédito

En lo que refiere a este efecto se puede afirmar con meridiana claridad que es el objeto en si del derecho de oposición y que está presente en la totalidad de los sistemas de protección a priori de acreedores; Es así que con la entrega de una garantía la oposición cumple su objeto e incluso genera el levantamiento de cualquier suspensión que pese sobre la fusión.

Si bien para que se cumpla con este efecto solo es necesario que el acreedor preste su conformidad con la garantía que se ofrece, ocurre también que se puede presentar un desenlace no tan llano, puesto que aquí se presenta la probabilidad de que la sociedad presente una garantía que no sea adecuada a criterio del acreedor, reconociéndose generalmente la potestad que tiene este ultimo de aceptar o no la garantía que se le ha ofrecido. También es necesario aclarar que para superar este punto, no se debe considerar que la prestación de garantías es lo único que puede levantar la oposición, pues esta puede ser levantada a voluntad del acreedor ante como resultado de acuerdos con la sociedad que no necesariamente representen la prestación de una garantía en sentido estricto, sino que también se puede aceptar otras medidas que a juicio del acreedor le den mayor seguridad.

En lo que refiere al pago de una deuda por parte de la sociedad a su acreedor esta no constituye una garantía, pero si constituye una forma de extinción de la obligación que legitimó al acreedor para oponerse a la fusión.

X. RECHAZO Y CONTROVERSIAS SOBRE LA OPOSICIÓN

Como la oposición efectuada por el acreedor es producto de una acción efectuada por su deudor que a juicio del primero compromete sus posibilidades de ser satisfecho en su crédito; la oposición suele formularse ante la misma sociedad en proceso de fusión; en el caso que la sociedad en fusión no acepta como fundada la oposición debido a que a su juicio esta no cumpla con uno de los supuestos de hecho que se requiere para el ejercicio de este derecho, o considere que la garantía ya es suficientemente adecuada puede rechazar la misma o no llegar a un acuerdo con el acreedor.

Ante esta situación generalmente se dispone que la diferencia suscitada sobre la oposición misma o la valoración sobre la suficiencia o no de la garantía existente u ofrecida por la sociedad al acreedor sea resuelta por una autoridad judicial, con la finalidad de que esta se pronuncie sobre el asunto de controversia. Sobre cuál de las partes es la llamada por ley a recurrir a la autoridad judicial, una posición frecuente es que la propia sociedad sea la llamada a recurrir a la autoridad judicial para que dirima la controversia, llegándose a sostener también que la inversión de la prueba corre a cargo de la sociedad, pues es la que tiene mayor acceso a la información sobre su estado económico y tendría que ser la encargada de desvirtuar los argumentos de la oposición.

XI. TRÁMITE DE REGISTRO DE OPERACIONES DE FUSIÓN DE SOCIEDADES COMERCIALES EN EL REGISTRO DE COMERCIO Y LA OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES

Con el propósito de conocer en la práctica el desarrollo de los procesos de fusión y como se puede ejercitar el derecho de oposición de los acreedores de las sociedades comerciales en procesos en fusión, es necesario precisar en determinados aspectos del trámite de registro del proceso de fusión en el Registro de Comercio; es así que uno de los aspectos más relevantes dentro de este procedimiento debe ser la publicidad de la fusión.

En esta instancia y sobre este aspecto en particular los requisitos que exige FUNDEMPRESA como concesionario del Registro de Comercio se encuentran detallados dentro del Manual de Procedimientos de trámites del Registro de Comercio de Bolivia; en este manual corresponde a la fusión el trámite signado con el número 10 y de acuerdo a este trámite, el único instrumento de la operación de fusión que debe ser publicado es el testimonio de la Escritura Pública del Acuerdo Definitivo de fusión, dentro del que puede estar incluido el compromiso de fusión, pues es opcional; entonces la publicación del compromiso de fusión no es un requisito, por lo tanto no es una exigencia.

En lo que refiere al número de publicaciones exigidas del instrumento referido, el Manual de Procedimientos de Trámites exige una publicación en un diario de circulación nacional, esta publicación se constituye en un requisito tomando en cuenta lo establecido por el artículo N° 132 (publicidad) del Código de Comercio que señala: *“Las escrituras constitutivas, las modificaciones y la disolución de sociedades en general, se publicarán por una sola vez en un periódico de amplia circulación nacional, excepto en las asociaciones accidentales o de cuentas en participación. Los interesados deben presentar al Registro de Comercio un ejemplar de la publicación para su verificación y archivo”*.²⁴

24 BOLIVIA, *Código de Comercio*,

Sobre la etapa del proceso en la que se realiza la publicación, se tiene que al ser el testimonio del acuerdo definitivo de fusión el único instrumento que tiene publicidad en el desarrollo de la operación de fusión, esta publicación es una publicación posterior al desarrollo de la fusión, es así que para la etapa de publicación la operación ya fue concluida, se publica entonces en la fase del registro de la operación en FUNDEMPRESA.

Con relación a requisitos exigidos o algún tipo de revisión a los balances especiales de corte que presentan las sociedades en proceso de fusión a FUNDEMPRESA; al ser esta una entidad registral no revisa en el fondo el contenido de los balances presentados en las operaciones fusión, solo revisa aspectos formales y no de fondo; lo que se verifica es que para el registro de la operación de fusión los balances que se presentan sean balances especiales de corte y no balances de apertura o de cierre de gestión anual. Otro aspecto que se revisa en FUNDEMPRESA sobre los balances de la fusión, es que no se presenten discordancias en cifras y se comparan con los registros que tienen en carpetas de la empresa, no se revisa el aspecto netamente contable, lo que significa que no valoran activos, pasivos, utilidades, etc.

En lo que refiere a los requisitos para el registro de los balances especiales de corte, pues es indistinto que lo realice un auditor interno o externo, lo que se exige de forma general a toda empresa este o no en un proceso de de fusión, transformación o cualquier tipo de reestructuración societaria, es siempre tener sus libros contables; pero de acuerdo a lo establecido por el D.S. N° 22274 de 1 de agosto de 1989 y a la Resolución Ministerial N° 1384/89 de 10 de octubre de 1989 del Ministerio de Finanzas es que el documento contable lleve una solvencia profesional del colegio de auditores, contadores, administradores o economistas.

En el caso de las sociedades anónimas estos balances deben estar suscritos por el contador o empresa de contabilidad que elabora el balance, el representante legal y el síndico de la sociedad.

En lo que se refiere a la presentación de requerimientos adicionales como notas de comunicación a socios o acreedores a objeto de anotarlos con la operación de fusión, el concesionario del Registro de Comercio, para el registro de una operación de fusión, solo se solicita lo que está señalado en el Trámite N° 10 del Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio de Bolivia; y el manual de referencia no solicita documentación de esa naturaleza o comunicaciones a terceros sobre la operación de fusión.

En el trámite N° 10 de registro de fusión (formulario 31/03) en el punto N° 4 se dispone que debe haber una cláusula dentro del acuerdo definitivo en la que expresamente se señale haber dado cumplimiento al inciso 2) del artículo N° 406 del Código de Comercio; pero al regirse FUNDEMPRESA en cuanto a los

requerimientos de documentación solo a los se señalan en el manual, entonces no se pide lo que no está contemplado en el Código de Comercio y en el Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio de Bolivia, por lo que la sola referencia textual de haber dado cumplimiento al inciso 2) del Art. 406 en una cláusula dentro el acuerdo definitivo de fusión es suficiente para el Registro de Comercio. Adicionalmente a esto hay que señalar que en esta referencia textual se suele hacer constar algún medio o forma de comunicación a socios y acreedores.

XII. ELEMENTOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LA OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES DE SOCIEDADES COMERCIALES EN PROCESO DE FUSIÓN Y LA OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES A LA FUSIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Como se ha afirmado anteriormente, para un completo y adecuado ejercicio del derecho de oposición de los acreedores de las sociedades comerciales en proceso de fusión, se requiere que la legislación comercial a tiempo de regular esta figura jurídica, tenga previsto determinados elementos y supuestos como los siguientes: la existencia de créditos anteriores a la publicación de la fusión, créditos no vencidos al momento de la publicidad de la fusión, la debida información y/o publicidad de la fusión, plazos para el ejercicio de este derecho y efectos de la oposición ante la fusión.

En nuestro país las operaciones de fusión se desarrollan dentro del marco de lo establecido en el Código de Comercio D.L. N° 14379 y en el proceso de su registro dentro lo indicado por el Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio de Bolivia.

Entonces, como se ha evidenciado anteriormente el derecho de oposición en operaciones de fusión en Bolivia es un mecanismo previo a que se opere la fusión por que su ejercicio está configurado para la etapa preliminar del proceso, pero su publicidad en un sentido material es posterior al desarrollo de la operación esto debido a que el único instrumento que se publica es el testimonio de la escritura pública de fusión, de modo entonces que los acreedores deben tener otra forma distinta a la publicidad para conocer de la operación de fusión y así poder hacer valer sus derechos.

Por otra parte en el caso de empresas de sectores no regulados queda claro que la única instancia del poder público que conoce del desarrollo de una fusión es el Registro de Comercio, ahora administrado por FUNDEMPRESA y esta entidad se constituye en una instancia netamente registral; entonces solo atiende aspectos que casi en su totalidad son formales, pues no exige publicidad previa, no revisa

el contenido de fondo de los balances²⁵, no exige mayores constancias sobre el cumplimiento del numeral 2 del artículo 406 del Código de Comercio, por que la propia norma ósea el Código de Comercio no lo establece.

En lo que refiere al punto 4° del Trámite N° 10 del Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio de Bolivia²⁶ aprobado por la Superintendencia de Empresas ahora Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP) en plena vigencia, este señala que debe haber dentro el Testimonio de Escritura de Acuerdo Definitivo de Fusión una clausula que señale expresamente que se dio cumplimiento al numeral 2 del artículo 406 del Código de Comercio, esto significa haber elaborado balances de fusión y haberlos puesto a disposición de socios y acreedores; esta exigencia del proceso de registro de la operación de fusión es de cumplimiento obligatorio, lo que significa que la referida clausula debe estar incluida en el testimonio de la escritura de acuerdo definitivo de fusión, pero no acredita ni garantiza de manera alguna que los acreedores hayan tenido conocimiento de la fusión, hayan sido debidamente anoticiados y hayan revisado el balance.

En lo que refiere a la elaboración de los balances de fusión exigidos por el numeral 2 del artículo N° 406 del Código de Comercio, este se puede comprobar con la presentación documental del mismo, que también es exigida por el mismo trámite N° 10 en su numeral 2.

Sobre el conocimiento de los socios y/o accionistas y acreedores del balance de fusión y consecuentemente de la fusión misma; exigencia presente en el punto 4° del trámite N° 10, esta no se constituye en garantía alguna de que la empresa haya cumplido el numeral 2 del artículo 406 del Código de Comercio.

No se debe olvidar que el acuerdo definitivo de fusión es básicamente un contrato entre partes y lo que ahí se establece es de cumplimiento obligatorio solo de las partes del mismo; así como lo afirmado por las partes en una cláusula de un contrato sobre el cumplimiento de una norma de orden público puede o no responder a la verdad de los hechos.

A diferencia de la elaboración y presentación obligatoria de los balances especiales de fusión exigida por el código y el manual de referencia que se acredita documentalmente con el propio balance y su presentación, la puesta a disposición de

25 Se debe tener en cuenta que FUNDEMPRESA tampoco es una instancia que debería revisar el contenido de los asientos contables, pues esa no debe ser una función del Registro de Comercio, pero se considera este aspecto en la presente investigación de forma referencial solo en el entendido de la importancia de la información de un balance para el acreedor, del socio o accionista o incluso del inversionista de cualquier sociedad o empresa indistintamente de que esta se encuentre en fusión o no.

26 "Testimonio de escritura pública de acuerdo definitivo de la fusión, sea ésta propiamente dicha o por absorción, en original o fotocopia legalizada legible, que debe contener los aspectos indicados en los num. 1) al 5) del Art. 407 del Código de Comercio, así como debe contener una cláusula en la que expresamente se señale haberse dado cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 406 inc. 2) del Código de Comercio"

los mismos para que los interesados sean socios o acreedores estén a derecho no está garantizada por el procedimiento del trámite N° 10, así como la comunicación a los acreedores sobre la operación de fusión para que estos puedan ejercitar su derecho de oposición no está garantizada por la norma comercial.

En nuestra legislación la publicidad es posterior, pues la misma, dispuesta en el artículo N° 409 (inscripción) se opera en la etapa final del proceso, solo para acompañarla en la inscripción, lo que significa que es posterior a los requisitos preliminares e incluso a la suscripción del acuerdo definitivo de fusión, por lo que no cumple con el objeto de generar un adecuado derecho de información para los terceros

Entonces el único momento de publicidad que presenta una operación de fusión es en su etapa conclusiva, esto debido a que el único instrumento que se publica en el proceso es el acuerdo definitivo de fusión; esta única publicación es realizada al amparo del artículo N° 132 del Código de Comercio que señala que toda modificación debe ser publicada por una sola vez en un diario de circulación nacional, esto significa que cuando la modificación de la sociedad se ha producido, en este caso la fusión recién se publica en un diario de circulación nacional.

Por su parte, el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural como ente rector de la actividad empresarial ante una propuesta del Concesionario del Registro de Comercio para la revisión previa de 15 trámites, ha emitido la Resolución Ministerial MDPyEP/DESPACHO/N° 283/2009 de 31 de diciembre de 2009 de: “Autorización de Trámite de Revisión Previa a la publicación en un Órgano de Prensa – Registro de Comercio”, esta Resolución ante el hecho de que muchos de los instrumentos notariales publicados presentados contienen errores los mismos son devueltos para subsanar observaciones, lo que significa una nueva publicación que es un mayor gasto y más tiempo, consideró que se puede evitar esta situación por medio de un control previo por lo que dispone en su artículo 1°: “Aprobar y autorizar el “Trámite de Revisión Previa a la Publicación en un Órgano de Prensa”, para ser incorporado en el “Manual de Procedimientos de Trámites del Registro de Comercio” en sus dos artículos que se encuentran en Anexo y forman parte de la presente Resolución”.

La Resolución de referencia señala en su Anexo en el punto 7° referido al Trámite N° 10 Fusión de Sociedades señala publicación en una sola oportunidad in extenso del testimonio del acuerdo definitivo de fusión. Esta resolución nos aclara la situación en lo que refiere a la publicación, queda claro que el instrumento que se publica es el acuerdo definitivo de fusión como señala el trámite N° 10 y por una sola oportunidad, lo que se debe tomar en cuenta es que el criterio de la Resolución revisada es que no se debe duplicar gastos y esfuerzos en el trámite, pero no se considera ni se toma en cuenta una publicidad que tenga por objeto anotar a

los interesados sean terceros ajenos o no, constituyéndose esta situación en una deficiencia de la regulación de la fusión en Código de Comercio que en los ocho artículos que le dedica a esta figura jurídica omite este importante elemento.

Como se puede evidenciar la oposición regulada en el Código de Comercio, no contempla determinados elementos importantes para el adecuado ejercicio de este derecho a favor de los acreedores, consecuentemente no otorga las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho por parte de sus titulares; entonces este instrumento jurídico de protección de los derechos e intereses de los acreedores sociales de las sociedades en proceso de fusión, para que pueda proporcionar una tutela adecuada, requiere de una regulación apropiada que considere criterios como la debida información, la temporalidad, los plazos, la legitimación de su ejercicio y los efectos que produce en el proceso de fusión, criterios omitidos por la legislación Boliviana.

Se debe buscar garantizar el ejercicio efectivo de este derecho de oposición de los acreedores sociales a la fusión, consagrado en el código de comercio boliviano por medio de una adecuada regulación del mismo garantizando una debida información por medio de la publicidad, una legitimación adecuada para el ejercicio de este derecho, sin proponer normas que entorpezcan el desarrollo del proceso de fusión.