

Universidad de Buenos Aires (UBA)

From the Selected Works of Nicolas Malumian

2019

**PROCEDENCIA DE MEDIDAS
CAUTELARES FRENTE A
REORGANIZACIONES SOCIETARIAS**

Nicolas Malumian, *Universidad de Buenos Aires (UBA)*



Available at: <https://works.bepress.com/nicolas-malumian/27/>

Título: Procedencia de medidas cautelares frente a reorganizaciones societarias

Autores: Malumián, Nicolás - Scrofina, Mariana

Publicado en: RDCO 298, 17/10/2019, 1248

Cita Online: AR/DOC/2188/2019

Sumario: I. La oposición de acreedores frente a una reorganización.— II. ¿El otorgamiento del embargo es automático?— III. Quien litiga contra la sociedad escidente reclamando una suma de dinero, ¿es un acreedor en los términos del art. 83 LGS?— IV. ¿El presunto acreedor se puede oponer a la asignación de créditos y deudas a una nueva sociedad emergente de una escisión?— V. Comentario final.

(*)

(**)

Dada la cantidad de fusiones y escisiones que tienen lugar en la Argentina, y considerando que las sociedades involucradas seguramente tienen acreedores emergentes de su actividad comercial, cabría esperarse que existiera un importante cúmulo de jurisprudencia que responda a las dudas fundamentales sobre la procedencia o improcedencia de medidas cautelares en tales casos. Sin embargo, cuando en nuestra actividad profesional nos tocó analizar el tema, llamativamente solo logramos encontrar un fallo [\(1\)](#) y quedaban muchas preguntas fundamentales por responder.

Es por lo dicho que el fallo que comentamos es muy relevante, pues si bien hubo otros fallos en causas análogas que trataron algunos aspectos en excelente forma, esta sentencia trata de manera clara y explícita varios aspectos medulares. En otras palabras, este leading case en la materia establece importantísimos criterios que servirán de guía para casos futuros de cautelares frente a reorganizaciones societarias (y, en forma análoga, para transferencias de fondos de comercio).

En el caso que comentamos, una sociedad se escinde para que luego la parte escindida sea absorbida por otra sociedad. Esto es, estamos frente a una escisión-fusión siendo la fusión por absorción. Frente a esta reorganización un tercero que había iniciado un juicio contra la sociedad que se escinde, se opone a la reorganización en los términos del art. 83 LGS y solicita un embargo en los términos del art. 209, inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [\(2\)](#) ("Cód. Proc. Civ. y Com."), y en subsidio en lo establecido por el art. 232 del mismo Código, que establece los recaudos generales de todas las medidas cautelares [\(3\)](#). El embargo es denegado en primera instancia y la confirmación por la Excm. Cámara es justamente la decisión que aquí se comenta. Dada la trascendencia e importancia de esta reorganización societaria, tal como se adelantó, existen otras causas que serán citadas y consideradas en lo pertinente, buscando responder a dudas fundamentales en lo que respecta a medidas cautelares en los casos de reorganizaciones societarias.

I. La oposición de acreedores frente a una reorganización

El art. 83 de la Ley General de Sociedades ("LGS") dispone en su parte pertinente: "Acreedores: oposición. Dentro de los quince [15] días desde la última publicación del aviso, los acreedores de fecha anterior pueden oponerse a la fusión. Las oposiciones no impiden la prosecución de las operaciones de fusión, pero el acuerdo definitivo no podrá otorgarse hasta veinte [20] días después del vencimiento del plazo antes indicado, a fin de que los oponentes que no fueren desinteresados o debidamente garantizados por las fusionantes puedan obtener embargo judicial (...)".

Tal como surge de la LGS y ha sido explicado por la doctrina, esta "oposición" no impide la reorganización que continúa, sino que conlleva simplemente el otorgamiento de un plazo adicional para que el acreedor obtenga una medida cautelar de protección de su crédito. Pero frente a esta norma surgen varias preguntas que pasamos a analizar.

II. ¿El otorgamiento del embargo es automático?

La primera pregunta que surge es si quien solicita un embargo ¿Debe cumplir con los requisitos de las medidas cautelares o el otorgamiento es automático? Lo mismo preguntado en otras palabras, ¿se debe cumplir con los requisitos de la verosimilitud en el derecho y peligro en la demora o por ser un embargo del art. 83 LGS debe ser otorgado por el Juez sin analizar estos requisitos?

El fallo que comentamos claramente responde a este interrogante al decir: "(...) el ejercicio del derecho de oposición establecido por el art. 83 de la Ley General de Sociedades, previsto para aquellos acreedores de las sociedades involucradas en la fusión y no hayan sido previamente desinteresados o suficientemente garantizados, no implica el otorgamiento automático de un embargo. Por el contrario, lo establecido por el art. 83 de la Ley General de Sociedades tiene a asegurar que, en el marco de una escisión-fusión, el acreedor de la sociedad escidente no vea disminuida la prenda común objeto de su garantía. Sobre dicha base, dada esa

finalidad, el embargo solo procederá cuando el acreedor de una sociedad en trámite de fusión vea disminuida la garantía común de su crédito, pues solo en tal supuesto peligrará —por causa de la disminución de la garantía— el cobro de tal acreencia. Pero si tal circunstancia no se presenta, no hay razón alguna que justifique esa cautela. En síntesis, la previsión del art. 83 inc. 3º in fine de la Ley de Sociedades, no debe ser aplicada mecánicamente, sino que en cada supuesto concreto en que se la reclame debe examinarse si las circunstancias justifican decretar la medida cautelar (CNCom., sala D, "OEM Telefonía Celular Argentina SA c. Miniphone SA", resol. del 04/03/2000) (...). Destacamos que el resaltado está en el original.

El fallo objeto del presente análisis es claro y no deja lugar a dudas. El mero hecho de haberse opuesto a la reorganización no da derecho sin más a obtener un embargo, es necesario probar que existe una disminución del patrimonio de la sociedad escidente que lleve a un aumento del riesgo de cobro (art. 199 inc. 5º ya citado). Si alguna duda pudiera quedar, el fallo aclara que no aplicación "mecánica" sin que se debe analizar cada caso concreto. Se sigue de lo dicho que quien pretenda obtener un embargo luego de oponerse a una reorganización societaria debe probar que existe una reducción sustancial del patrimonio de la sociedad escidente.

El fallo, correctamente y para evitar toda duda, analizar si están dadas las condiciones para una cautelar genérica, esto es, si existe verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, y concluye que tampoco existen estas condiciones necesarias para el dictado de una cautelar.

Cabe destacar que posteriormente a este fallo, dos fallos de la sala IV, en causas análogas, fueron decididos remitiendo al fallo que se comenta, nos referimos a "Indunor SA c. EN-BCRA y otros s/proceso de conocimiento (expte. 089067/2017, resolución de 09/05/2019)", e "Invertir en Bolsa SA c. EN-BCRA y otros s/proceso de conocimiento (expte. 89097/2017, resolución de 09/05/2019)".

Este mismo criterio es el adoptado por otras salas de la misma Cámara. Son ejemplos de lo dicho las decisiones en las causas "Suárez, Adrián Héctor c. EN-BCRA y otros s/ proceso de conocimiento (expte. 89.082/2017, resolución de 19/03/2019)", "Sáenz Fernando Javier c. EN-BCRA y otros s/ proceso de conocimiento (expte. 89087/2017, resolución de 26/03/2019)" y "Caba Jorge Raúl c. EN-BCRA y otros s/ proceso de conocimiento (expte. 89.076/2017, resolución de 04/04/2019)". La sala III expresó que "la actora había fundado su petición en el proceso de reorganización societaria que se estará llevando a cabo (...) con la escisión de una parte del patrimonio, para su posterior absorción (...) mediante una fusión, por lo que reduciría su patrimonio, en desprotección de su crédito". En otras palabras, es innegable que existe una escisión y que conlleva la reducción del patrimonio, y que quien está litigando solicita una medida cautelar. El actor indica que la absorbente no asumirá las deudas de la sociedad que queda luego de la escisión. Frente a estos hechos (los mismos que en el fallo que se comenta) la sala III sostiene que "cabe poner de relieve que la procedencia de medidas como la requerida queda subordinada a la verificación de extremos básicos insoslayables: verosimilitud en el derecho invocado y peligro de un daño irreparable en la demora (conf. art. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. y art. 13, inc. 1º, aparts. A) y b), de la ley 26.854)". En otras palabras, el criterio es que el embargo solicitado bajo el art. 83 LGS no es automático. Reforzando lo dicho la sala explica que "para acceder a cualquier medida precautoria debe evidenciarse fehacientemente el peligro en la demora que la justifique, el que debe ser juzgado de acuerdo con un juicio objetivo o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros (...)". Para luego concluir que en el caso "no se encontraba acreditado que la reorganización societaria denunciada pudiese implicar la desprotección del eventual crédito de la actora". Y que "[m]enos aún, cuenta el Tribunal con prueba suficiente que lleve —ni siquiera prima facie— a convicción alguna sobre la existencia de un accionar temerario de la codemandada (...)". Este fallo deja claro que (i) mera oposición en los términos del art. 83 LGS no genera un derecho a obtener un embargo; (ii) se debe cumplir con los requisitos de las medidas cautelares; y (iii), un punto que destacamos, se evaluó la buena fe y prudencia de la sociedad que se escinde. Volveremos sobre este punto más adelante, por ahora nos basta decir que no toda reducción patrimonial autoriza el embargo, debe haber un elemento más, que esta reducción sea "temeraria" o contraria a lo razonable.

Mismo criterio aplicó la sala III en incidente de apelación en autos: "Gluck Ariel c. EN-BCRA y otros s/ proceso de conocimiento (expte. 89.070/2017, resolución de 02/05/2019)", y en "Kirasian, Juan Pablo c. EN BCRA y otros s/ Proceso de Conocimiento", en este último fallo luego de hacer un racconto de los fallos ya citados en este comentario, sostuvo que "de conformidad con el criterio sentado en los precedentes citados, se impone concluir que no se ha logrado probar la existencia de un peligro concreto, frente a perjuicios de imposible reparación, de modo que la denegatoria de la medida cautelar solicitada pudiese llevar a la frustración de la efectividad de una eventual sentencia definitiva favorable, como así tampoco que se halle comprobado el presupuesto indicado en el art. 209, inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial (disminución apreciable de la solvencia del deudor)".

En igual sentido, en otras causas análogas la sala II de la CFed. Cont. Adm., en autos "Villasana, Ignacio c. EN-BCRA y otro s/ proceso de conocimiento (expte. 89.083/2017, resolución de 22/03/2019)", "Incidente N° 1

- actor: Luciano Cueros SA s/ inc. de medida cautelar (expte. 89.094/2017, resolución de 27/03/2019)" y "Álvarez, Diego Martín c. EN-BCRA y otros s/ proceso de conocimiento (expte. 89.093/2017, resolución de 29/03/2019)" confirmó la decisión de primera instancia que rechazó la cautelar, toda vez que evaluó que no se encontraban reunidos en autos los extremos necesarios para que se otorgue una medida cautelar. En concreto, se dijo que la reducción del patrimonio neto de la escindida no conllevaba una "disminución o situación tal que impida que en el sub examine se afronte el pago de lo adeudado en caso de obtener —el actor— una sentencia de fondo favorable a su pretensión" y que "(...) tampoco se trata de un supuesto en el que el solicitante de la medida alegue que el trámite de fusión tenga como efectos la disminución de la garantía común del crédito de los acreedores de [la escidente] por la concurrencia de los acreedores de la otra sociedad". Mismo criterio fue aplicado en "Villasana, Ignacio c. EN-BCRA y otro s/ proceso de conocimiento" (expte. 89.083/2017, Resolución del 21/03/2019), "Luciano Cueros SA s/ inc. de Medida Cautelar" (expte. 89.094/2017, Resolución del 26/03/2019); y "Degourmen SA c. EN-BCRA y otros s/ Proceso de Conocimiento" (expte. 87.476/2017, Resolución del 28/05/2019).

Por su parte, la sala I en "Packaging Internacional SA c. EN-BCRA y otros s/ Inc. Apelación" (expte. 89.066/2017, Resolución del 29/05/2019) sostuvo que no reúnen ni las condiciones para las medidas cautelares en general ni "tampoco se reúnen las condiciones para otorgar el embargo preventivo en los términos del art. 209 inc. 5° del Cód. Procesal, pues no puede vislumbrarse —en este estado de la causa— la existencia de un temor fundado por la falta de recursos de los demandados para afrontar una eventual sentencia favorable a la actora". En otras palabras, evidentemente se debe cumplir con los requisitos para las medidas cautelares y la mera oposición en los términos del art. 83 LGS no es suficiente. Mismo criterio aplicó esta sala en "DHN Desarrolladora SRL c. EN-BCRA y otros s/ Inc. Apelación" (expte. 89.096/2017, Resolución del 29/05/2019).

Cabe mencionar que el fallo que aquí se comenta utiliza dos argumentos más para fundamentar su postura sobre la necesidad de analizar la causa, en contra de la concesión automática de una medida cautelar. En primer lugar, del análisis del Prospecto no surge que la concurrencia con acreedores identificados por la Sociedad Absorbente pueda considerarse automáticamente causal de peligro en la demora [en igual sentido, "Álvarez, Diego Martín c. EN-BCRA y otros s/ proceso de conocimiento" (expte. 89.093/2017), resolución de 28/03/2019, sala III CCAF]. Por otro lado, la Cámara ha tenido en consideración a todas las personas demandadas en la causa bajo análisis, concluyendo que una eventual sentencia desfavorable que diera origen a una obligación pecuniaria, podría eventualmente recaer sobre algún otro codemandado y no la escidente sobre la cual se reclamaba el embargo (En idéntico sentido se argumentó en autos: "Incidente de apelación en autos: "Gluck Ariel c. EN-BCRA y otros s/ proceso de conocimiento" (expte. 89.070/2017), resolución de 02/05/2019, sala III CCAF).

En síntesis, todas las salas de la Cámara Contencioso Administrativo Federal que se expidieron en la materia (eso es, las salas I, II, III y IV, faltando solo la sala V que no trató el tema a la fecha del presente comentario) son del criterio que el derecho a obtener embargo de un sujeto que se opone a la reorganización en los términos del art. 83 de la LGS no es automático sino que por el contrario se debe acreditar el real peligro en la demora a partir de la nueva situación de la escidente, sea por reducción del activo o por incremento del pasivo, y la verosimilitud del Derecho. Esta solución es a nuestro entender, una excelente aplicación armónica de la normativa societaria y del Cód. Proc. Civ. y Com. y está ilustrada en el fallo que se comenta de forma expresa, clara e indubitable.

III. Quien litiga contra la sociedad escidente reclamando una suma de dinero, ¿es un acreedor en los términos del art. 83 LGS?

La segunda pregunta es ¿quién dice tener un derecho contra la sociedad que se reorganiza es un "acreedor" en los términos del art. 83 LGS? Lo mismo dicho en otras palabras, en el caso de quién litiga contra la sociedad que se reorganiza, pero no tiene elementos que documenten su crédito y siendo su crédito negado por la sociedad ¿tiene derecho a oponerse y obtener embargo bajo el art. 83 LGS?

El caso bajo examen es el de quien no posee contra la sociedad que se reorganiza un crédito cierto ni líquido alguno, ni tampoco tiene crédito sujeto a plazo o condición, pues las sociedades jamás han reconocido un crédito a favor de esta persona, y es justamente por eso que se encuentran en litigio. De la lectura del art. 83 de la LGS se sigue que la norma exige una verosimilitud en el derecho mucho más restrictiva para la concesión de una medida cautelar que el Cód. Proc. Civ. y Com.

Una primera pauta sobre la postura de la jurisprudencia surgiría del fallo de la sala I de la CNCiv., del 18/07/1995 (JA 2000-I-153), secc. Índice, 8 en que se dijo que "[n]o puede tampoco ser decretada una medida cautelar, cuando el derecho que se pretende resguardar por su intermedio depende necesariamente de una sentencia previa que lo reconozca". Parecería que aceptar como acreedor a quien está litigando conllevaría

adelantar la decisión de fondo, lo que estaría reservado para el dictado de una sentencia definitiva.

El fallo que comentamos, luego de explicar lo ya dicho en el punto anterior de este comentario, continúa fundamentando su negativa al decir que la misma es de toda lógica; "[m]áxime cuando se tratar de un crédito litigioso, cuyo reconocimiento se encuentra controvertido hasta tanto no se cuente con sentencia firme. Más allá de la inclusión o exclusión de este tipo de créditos del ámbito de aplicación de (...)" el art. 83 LGS, para agregar que "lo cierto es que ello exigiría examinar la verosimilitud del derecho, circunstancia que remite a los recaudos de la medida cautelar genérica (art. 232, Cód. Proc. Civ. y Com.) (...)".

Para entender mejor este punto cabe traer a colación dos causas análogas de la sala II de la CFed. Cont. Adm., en autos "Villasana, Ignacio c. EN-BCRA y otro s/ proceso de conocimiento (expte. 89.083/2017, resolución de 22/03/2019)" e "Incidente N° 1 - actor: Luciano Cueros SA s/ inc. de medida cautelar (expte. 89.094/2017, resolución de 27/03/2019)" confirmó la decisión de primera instancia que rechazó la cautelar, toda vez que, "[a] juicio de este Tribunal, en el sub examine no se dan las condiciones para acceder a la tutela en los términos en que ha sido solicitada. Ello es así, en primer lugar, por cuanto no se trata, la presente, de una deuda sujeta a condición o a plazo, sino que en autos el actor inició una demanda (...) por el cobro de una suma (...)" para agregar que "[e]n las presentes actuaciones, el concepto por el que se pretende el embargo no es una deuda líquida y exigible sino un derecho controvertido judicialmente, cuya dilucidación será materia de la sentencia de fondo".

La misma la sala II en "Álvarez, Diego Martín c. EN-BCRA y otros s/ proceso de conocimiento (expte. 89.093/2017, resolución de 29/03/2019)" aplicó el criterio explicado en el párrafo anterior y lo sustentó expresando que, sobre este particular embargo, se ha sostenido que "[p]rocede rechazar el embargo, solicitado por el actor, en los términos de la LSC 83. Ello por cuanto, las disposiciones del art., en su parte pertinente establecen que, dentro de los quince [15] días desde la última publicación del aviso allí ordenado, los acreedores de fecha anterior pueden oponerse a la fusión. Las oposiciones no impiden la prosecución de las operaciones de fusión, pero el acuerdo definitivo no podrá otorgarse hasta veinte [20] días después del vencimiento del plazo antes indicado, a fin de que los oponentes que no fueren desinteresados o debidamente garantizados por las fusionantes puedan obtener embargo judicial. Ahora bien, en el caso, al tratarse de un crédito litigioso la acreencia, no se encuentra dentro de aquellas contempladas en dicha normativa. En efecto, la oposición prevista en la norma citada se rige por las disposiciones contenidas en la ley 11.867 sobre transferencia de fondo de comercio, por lo que el derecho de oposición puede ser ejercido por los acreedores denunciados por las sociedades involucradas en la fusión y por aquellos que presenten los títulos de sus créditos o acreditasen la existencia de ellos por asientos contables realizados en forma legal (...). Así los acreedores legitimados para formular oposición serán solo aquellos acreedores de las sociedades fusionantes que pueden verse perjudicados con motivo u ocasión de la fusión, por ver disminuida su garantía patrimonial de las sociedades que resulten ser sus deudores (en igual sentido: CNCom., sala D, 04/03/2000, "OEM Telefonía Celular Argentina SA c. Miniphone SA"), para ello deben ser titulares de créditos de fecha anterior a la publicación legal mediante la cual se da noticia del proceso de fusión en los términos de la LSC 83-3° (...). Y en la especie, la reclamante no ostenta un crédito líquido y exigible que pueda oponer a las entidades fusionantes, pues el derecho por ella reclamado se encuentra discutido y está sujeto a lo que se decida en la sentencia de fondo (conforme sala A de la CNCom., en los autos 'Asociación por la Defensa del Usuario y Consumidores c. Telecom Personal SA s/ sumarísimo s/ incidente de medida cautelar', expte. 49.837/07/3, sentencia del 7 de noviembre de 2017)". Para agregar que también se ha dicho que "[e]l embargo especialmente previsto en la LS: 83 in fine, solo procederá cuando el acreedor de una sociedad en trámite de fusión 'vea disminuida la garantía común de su crédito por la concurrencia de los acreedores de la otra sociedad'. Por ende, en tal hipótesis cabe dar protección al acreedor de modo que este afecte concretos bienes de su deudora al pago de su crédito, pues solo en tal supuesto 'peligrará' —por causa de la disminución de la garantía— el cobro de tal acreencia; dado ese 'peligro, es justo y razonable otorgarle al acreedor por la escidente una preferencia —constituida por un embargo— por sobre los acreedores de la otra sociedad. Mas si tal circunstancia no se presenta, no hay razón alguna que justifique esa cautela; por lo que la previsión de la LS: 83 in fine no debe ser aplicada mecánicamente, sino que en cada supuesto concreto en que se reclame su aplicación debe examinarse si las circunstancias justifican decretar la medida cautelar o —en otras palabras— si en el caso de que se trate tiene sentido jurídico y racional disponer el embargo (en el caso se desestimó la medida, toda vez que por consecuencia de la fusión operada no quedará disminuida la prenda común garantía del invocado crédito del peticionario de la cautelar) —cfr. CNCom, sala D, en los autos 'OEM Telefonía Celular Argentina SA c. Miniphone SA s/ med. Precautoria', del 4 de abril de 2000—. En las presentes actuaciones, el concepto por el que se pretende el embargo no es una deuda líquida y exigible sino un derecho controvertido judicialmente, cuya dilucidación será materia de la sentencia de fondo".

De la lectura del fallo bajo comentario y de los fallos análogos surge que el criterio judicial mayoritario ha

sido permitir el planteo de la oposición y pedido de embargo de quienes están litigando contra la sociedad que se reorganiza, pero apreciar su pedido con desfavor. En otras palabras, el criterio mayoritario no es rechazar a quien es un litigante en forma automática, pero sí exigirle con mayor rigor que demuestre que están dadas las condiciones para el dictado de la medida cautelar.

IV. ¿El presunto acreedor se puede oponer a la asignación de créditos y deudas a una nueva sociedad emergente de una escisión?

La pregunta es si los presuntos acreedores pueden válidamente objetar la atribución de activos y pasivos entre dos sociedades o a una nueva sociedad, propia de toda escisión. Va de suyo que en el caso de la fusión el ente fusionado tendrá el total de activos y pasivos de los fusionantes (salvo que hubiera una escisión previa por ser una escisión-fusión como es el caso que se analiza). De existir una escisión, sea que haya luego una fusión o no, necesariamente se debe atribuir a las continuadoras (sean dos o más) una parte de los activos y una parte de los pasivos, y desde ya esto puede no ser del agrado del oponente que se encuentra en una sociedad que no tiene los activos (en cantidad o calidad) que le parecería correcto, o que tiene los pasivos (nuevamente en cantidad o calidad) que le parecería justo y adecuado.

La doctrina ha discutido si el presunto acreedor debe dar su consentimiento cuando se atribuye una deuda a una nueva sociedad o si el art. 83 LGS permite esta atribución sin intervención del deudor. La doctrina dista de dar una respuesta unánime a este tema.

El fallo que comentamos sostiene que "más allá de la posibilidad o no de agredir el patrimonio de sociedades fusionadas por parte de quienes se opusieron a esta operación y no fueron desinteresados, lo cierto es que [la sociedad de la cual se escinde otra] subsiste como sujeto titular de sus derechos y obligaciones" y que si bien existe una reducción de su patrimonio "no resulta posible inferir que la [reorganización] implique un supuesto de apreciable disminución de su solvencia a los efectos de eludir hacer frente a una hipotética sentencia condenatoria (...)". En otras palabras, el Fallo no entra a analizar si el presunto acreedor que se opone puede o no demandar a las sociedades escindidas, y así lo hace porque entiende que la sociedad de la cual se escinden es la titular de los activos (que se muestran suficientes) y de los pasivos. Pero lo más importante, destaca que no se busca "eludir hacer frente" a obligaciones futuras. Esto es, se actúa razonablemente y de buena fe.

Por nuestra parte creemos que al criterio de la sala IV del fallo que se comenta se debe sumar un punto que la sala III ha considerado relevante. En toda escisión hay una reducción patrimonial, este elemento por sí solo no autoriza el dictado de una medida cautelar, sino sería automática y ya hemos visto que la jurisprudencia es clara. Para que exista fundamentos para impugnar la atribución de deudas y activos la misma debe ser irrazonable, o utilizando la expresión de la sala III, debe ser "temeraria" (esto es, lo contrario a prudente). La prudencia como criterio no es ajeno al derecho en la Argentina, estamos hablando del criterio del buen hombre de negocios previsto en nuestra LGS.

La pregunta que se impone es ¿Cómo evaluar la prudencia o razonabilidad de la reorganización societaria? A nuestro criterio la respuesta es simple, se debe analizar los motivos de la reorganización. Si se busca la eficiencia en los negocios, si se busca incrementar la productividad, estamos frente a decisiones razonables. Si además se prevé un patrimonio que razonablemente podrá hacer frente a las deudas (¡con todas las dificultades que conlleva hacer pronósticos sobre el futuro de los negocios!). Si, por el contrario, se demuestra que los motivos son espurios como por ejemplo el fraude a terceros, en tal caso, obviamente, la atribución de activos y deudas será inoponible a los presuntos acreedores por aplicación del principio de la buena fe (arts. 9º, 10 y 12 del Cód. Civ. y Com.).

V. Comentario final

El fallo comentado es excelente avance en la materia dado que nos permite responder claramente varios interrogantes fundamentales. En primer lugar, la mera oposición en los términos del art. 83 LGS de ninguna manera conlleva que en forma automática o mecánica se pueda obtener una medida cautelar. Se debe cumplir con los requisitos del Cód. Proc. Civ. y Com. Solución que reiteramos coordina en forma armónica la normativa societaria y del Cód. Proc. Civ. y Com., cumpliendo no solo con lo dicho por la ley sino con su finalidad de balancear los derechos de todos los participantes de la reorganización.

En segundo lugar, quienes no tienen un crédito, como regla general podrán oponerse, pero deberán pasar un examen más minucioso, al punto que no cabe esperarse que, salvo prueba de disminución drástica y temeraria del patrimonio neto, obtengan la medida cautelar solicitada. Nuevamente, es una solución que permite evitar una situación de indefensión del presunto acreedor, pero que también considera en forma correcta a un eventual demandado que no es deudor.

Finalmente, si bien el tema no es tratado en forma expresa como que hubiéramos deseado, es razonable concluir que, salvo actuación temeraria y maliciosa, la atribución de deudas y activos de una reorganización societaria no puede ser atacada por el presunto acreedor. Es correcto que el fallo no entre al análisis de este punto dado que no hace a la decisión que debe tomar la Cámara, pero si bien estamos frente a un obiter dictum, creemos que nos da una pauta valiosa de evaluación de este tema tan discutido en doctrina.

En síntesis, un excelente fallo que dará sustento a decisiones futuras tanto de quienes estamos del lado de quienes asesoran y litigan, como de quienes tienen la ardua tarea de impartir Justicia.

(*) Abogado y Doctor en Derecho de la UBA. Autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del leasing, fideicomiso, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

(**) Abogada con Orientación en Derecho Tributario (Facultad de Derecho, UBA) - Especialización en Derecho Tributario (Facultad de Derecho, UBA) (en curso).

(1) Nos referimos al fallo de la CNCom., sala D, "OEM Telefonía Celular Argentina SA c. Miniphone SA", resolución del 04/03/2000, que generalmente fue citado por nuestros colegas como "Fallo Miniphone".

(2) El citado artículo dispone: "Art. 209.— Podrá pedir embargo preventivo el acreedor de deuda en dinero o en especie que se hallare en alguna de las condiciones siguientes: (...) 5) Que, aun estando la deuda sujeta a condición o plazo, se acredite sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes, comprometiendo la garantía, o siempre que se justifique del mismo modo que por cualquier causa ha disminuido apreciablemente la solvencia del deudor, después de contraída la obligación".

(3) Para nuestro análisis consideramos el Cód. Proc. Civ. y Com. Existen códigos de rito, como el de la Provincia de Santa Fe, que no exigen ambos requisitos, pero su análisis excede el objeto del presente trabajo.

Información Relacionada

Voces:

SOCIEDAD COMERCIAL ~ LEY GENERAL DE SOCIEDADES ~ MEDIDAS CAUTELARES ~
PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR ~ EMBARGO ~ ACREEDOR ~ DERECHOS DEL
ACREEDOR ~ ESCISION DE SOCIEDAD

Fallo comentado: [CNFed. Cont. Adm., sala IV ~ 09/05/2019 ~ Battaglia, Michele c. EN - BCRA y otros s/ proceso de conocimiento](#)