

SOBRE LA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE FUSIÓN DE SOCIEDADES ESTABLECIDO POR LA LEY N° 18.046

["On the Extension of the Merger System as Stipulated by Act N° 18.046"]

MARCELO MARDONES OSORIO*
Master en Asesoría Jurídica de Empresas
Doctor (c) en Derecho

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la extensión subjetiva que en nuestros días las operaciones de fusión han alcanzado en las más modernas legislaciones, poniéndose éstas al alcance de todo tipo de entidades con personalidad jurídica, públicas o privadas, para después estudiar la situación en el ordenamiento jurídico chileno, en donde se aprecia una escasa generalización de dicho tipo de operaciones, y una limitada regulación, la cual, por medio de un proceso hermenéutico extensivo se ha aplicado de forma genérica, obviándose las especiales características de dicho tipo de operaciones.

PALABRAS CLAVE: Fusión de sociedades - Comercialización del Derecho civil.

ABSTRACT

This paper analyzes the subjective scope that today merger operations have reached in the most modern legislations, placing them within the reach of all kinds of entities with corporate personality, public or private. Then, it discusses the situation in the Chilean legal system where, on the one hand, a scant generalization of such kind of operation is noticed and, on the other, a limited regulation which, by means of a comprehensive hermeneutic process, has been generically applied, thus avoiding special characteristics of such operations.

KEY WORDS: Merger - Commercialization of Civil Law.

* Abogado de la División Jurídica del Ministerio de Minería. Dirección postal: Teatinos 120, piso 9º, Santiago, Chile. Correo electrónico: marcelomardones@mi.cl

I. INTRODUCCIÓN

1. *Justificación del presente trabajo.*

La fusión de sociedades es en la actualidad una de las operaciones de mayor trascendencia en el campo del Derecho, debido a los efectos que la misma trae consigo en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico. La fusión de sociedades no sólo conlleva consecuencias en lo que es la estructura organizativa de las sociedades que se fusionan, sino que asimismo surte importantes efectos en el ámbito del Derecho laboral, Derecho de la competencia y Derecho tributario, entre otros. Esta multiplicidad de efectos inherentes a la fusión, ha llevado a algún autor a calificar a la misma como una operación de carácter “poliédrico”¹.

La gran variedad de consecuencias hiladas a una operación de fusión es un reflejo más de la importancia que las sociedades juegan en la actualidad y de la fuerza con que las alteraciones operadas en aquellas influyen en el equilibrio del sistema.

Por otra parte, los efectos connaturales a la fusión suponen una derogación de importantes reglas de Derecho común en aras de facilitar la concentración y permitir por tanto la consecución de las finalidades de la operación, las cuales normalmente, aunque no exclusivamente, apuntan a un incremento de la magnitud de la empresa, a fin de adecuarse a las exigencias del mercado, lo que no es susceptible de ser realizado de manera eficiente y eficaz por medio de los cauces normales previstos en el Derecho común.

Estas características que decoran a la fusión, hacen que la misma si bien sea una operación necesaria en los momentos actuales de nuestra economía, sea a su vez una operación necesitada de previsión legal expresa, a fin de acotar sus efectos y prever los mismos en sus justos términos, reglando de manera equitativa el juego de intereses que se presenta ante una operación de esta envergadura.

Por lo anterior es que cobra especial relevancia para el régimen legal de la fusión, el ámbito de aplicación del mismo, que es precisamente el objeto de este trabajo.

2. *La fusión como fenómeno de concentración de empresas.*

Desde sus orígenes, el Derecho mercantil, en comparación con el Derecho común o civil, se ha caracterizado por su gran capacidad de ade-

¹ Vid. GÓMEZ SEGADÉ, José, *Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*, en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero* (Madrid, 2002), V, p. 5030.

cuación a las nuevas exigencias del comercio, pudiendo en cierta manera decirse que ésta es la razón de ser de dicho sector del Derecho privado. Como es sabido, el Derecho mercantil surge como medio a través del cual se reglamentan las propias necesidades del tráfico económico moderno, el que requiere mover cada vez más altas cantidades de bienes y servicios en el menor tiempo posible, con las mayores garantías para todas las partes involucradas.

La evolución de la tecnología ha tenido una relevancia fundamental en el desarrollo del Derecho mercantil, influyendo de manera decisiva en la ampliación de su marco de aplicación. En efecto, como consecuencia del desarrollo de las tecnologías con la revolución industrial, se produjo un aumento del tráfico, el cual dejó de ser meramente comercial, es decir, de intermediación, para extenderse a la industria, y por lo tanto, a la fase de producción del proceso económico². En el nuevo tráfico económico propio del capitalismo liberal del siglo XIX, se da preeminencia a la celeridad y masificación en las transacciones, mediante el establecimiento de nuevos principios y reglas que responden a tales fines. Así, al amparo de estas necesidades, han visto la luz las más diversas instituciones, como por ejemplo los títulos-valores, las condiciones generales de la contratación –contratación en masa–, el seguro o las entidades financieras³, las cuales facilitaron enormemente el comercio y la industria, y sirvieron como medio de satisfacción del insaciable fin de lucro que opera como principio inspirador del sistema capitalista⁴. A este objeto sirvió también la aparición de la limitación de la responsabilidad del empresario, por medio de la generalización de la figura de la sociedad anónima⁵, que se convirtió rápidamente en el medio idóneo para la ejecución de aquellas actividades económicas que por su naturaleza requerían una alta financiación y conllevaban un elevado riesgo⁶.

² Vid. BROSETA PONT, Manuel, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil* (Madrid, 1965), pp. 44, 79-83; GONDRA ROMERO, José, *Derecho mercantil* (Madrid, 2000), p. 26; VICENT CHULIÁ, Francisco, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español* (Madrid, 1971), p. 22.

³ Aunque como es bien sabido, los orígenes de la mayoría de estas instituciones se remontan incluso hasta Roma.

⁴ Y que de hecho, según el artículo 2053 de nuestro Código Civil, es uno de los elementos que caracteriza a las sociedades.

⁵ Vid. BROSETA PONT, Manuel, cit. (n. 3), p. 80; DAVIS, Arturo, *Sociedades civiles y comerciales* (Santiago, 1963), p. 23; RUIZ MASSIEU, José, *Régimen jurídico de las empresas multinacionales en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio* (México, 1972), pp. 78-80; VILLEGAS, Carlos, *Tratado de las sociedades* (Santiago, 1995), pp. 29-30.

⁶ Es tal la relevancia que han tenido los títulos-valores y las sociedades anónimas en el desarrollo de la economía moderna, que existen autores que indican que los

A la luz de dichas premisas, aproximadamente entre los años 1897 y 1904 tuvo lugar en los Estados Unidos la primera gran oleada de fusiones, la que trajo consigo el nacimiento de los primeros “trusts” del petróleo y del acero, y que precisamente por ello, algunos autores han denominado como la “merging for monopoly wave”⁷. A partir de ese momento, los fenómenos concentracionistas empezarán a sucederse de manera cíclica, coincidiendo los aumentos de los mismos con los períodos de bonanza económica. Es en este punto donde la doctrina suele ubicar el inicio del movimiento de concentración de empresas –cuyo máximo representante son las fusiones, según veremos posteriormente⁸–, produciéndose una generalización del mismo tras la Primera Guerra Mundial, y alcanzado su punto de mayor expansión después de la Segunda Guerra Mundial⁹.

Las concentraciones de empresas pueden definirse como una modalidad de concentración económica consistente en “[...] *la combinación de dos o más empresas en una única entidad económica, o su conducción bajo la*

mismos son los pilares del capitalismo moderno. Vid. BARRERA GRAF, Jorge, *Temas de derecho mercantil* (México, 1983), p. 19; GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, I: *Parte General, Sociedades colectivas y comanditarias* (Madrid, 1976), p. 7; VICENT CHULIÁ, Francisco, cit. (n. 3), p. 23.

⁷ Paradójicamente, los principios que informan el modelo capitalista permitieron el nacimiento de estos grandes monopolios, los cuales resultan ser el peor enemigo de dicho sistema económico, por cuanto los mismos en ocasiones tienen como efecto principal la limitación o eliminación de la libre competencia. Vid. BAINBRIDGE, Stephen, *Mergers and Acquisitions* (New York, 2003), p. 2; BLACK, Bernard, *The First International Merger Wave (and the Fifth and Last U.S. Wave)*, en *University of Miami Law Review* 54 (2000), pp. 799-818; CARNEY, William, *Mergers and Acquisitions, Cases and Materials* (New York, 2000), pp. 2-3; GIRÓN TENA, José, *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)* (Madrid, 1986), p. 53; GONDRA ROMERO, José, cit. (n. 3), p. 77; LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes* (Madrid, 2000), pp. 39-40; SOLARI COSTA, Osvaldo, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades* (Buenos Aires, 1996), p. 28; VICENT CHULIÁ, Francisco, cit. (n. 3), p. 23.

⁸ Dice mucho a este respecto el proyecto de ley actualmente en primer trámite constitucional, relativo a las fusiones y tomas de control de empresas (Boletín N° 3618-03), que propone la inclusión de un artículo 3 bis en el Decreto Ley N° 211 –precepto que es una transcripción casi literal del artículo 14 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia de España–, en el que se califica a las fusiones como operaciones de concentración de empresas. Por su parte, el artículo L 430-1.1.1, incardinado en el Título III (de la concentración económica) del libro IV del *Code de Commerce*, indica que una operación de concentración se realiza cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan.

⁹ Vid. CÁMARA, Héctor, *Derecho societario. Estudios relacionados con la leyes 19.550 y 22.903* (Buenos Aires, 1985), pp. 283-284; LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades mercantiles*, cit. (n. 8), pp. 40-41; SOLARI COSTA, Osvaldo, cit. (n. 8), p. 28.

*dirección de una de ellas...*¹⁰ constituyendo el mismo “[...] un fenómeno típico en la evolución de la empresa capitalista [...]”¹¹. De esta manera, como consecuencia de la concentración se produce una centralización de los poderes de decisión y la acumulación de masa financiera, operándose un aumento de tamaño de las empresas y una disminución correlativa de su número¹². La concentración empresarial es un movimiento que entraña la formación de unidades económicas cada vez más extensas, si bien su fin último no está constituido por el gigantismo empresarial, sino que más bien por la obtención del tamaño óptimo de la empresa¹³.

La concentración de empresas no es más que un concepto económico que se materializa a través de los más diversos instrumentos jurídicos, los que acarrearán un mayor o menor grado de compenetración de las empresas partícipes, pero todos ellos tendiendo a un fin común: la obtención de lucro, lo cual no es más que una manifestación del carácter empresarial del fenómeno. En este sentido es acertado señalar que la finalidad mediata de las concentraciones de empresas es la obtención de lucro, si bien ello no excluye la existencia de otras metas de carácter inmediato, entre las cuales se suele citar la racionalización del mercado y de la producción a fin de obtener una mejor movilización de los factores productivos¹⁴, la incursión en nuevos mercados, la eliminación de competidores¹⁵, el propósito monopolístico¹⁶, obtención del tamaño óptimo de la empresa¹⁷, el salvamento de empresas en crisis, etc. Así, las operaciones de concentración cuentan

¹⁰ Vid. CÁMARA, Héctor, cit. (n. 10), p. 283; VICENT CHULIÁ, Francisco, cit. (n. 3), p. 85.

¹¹ Vid. GÓMEZ PORRÚA, Juan, *La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario* (Madrid, 1991), p. 7. En este mismo sentido, vid. RUIZ MASSIEU, José, cit. (n. 6), p. 91; VILLEGAS, Carlos, cit. (n. 6), p. 402.

¹² Vid. RUIZ MASSIEU, José, cit. (n. 6), p. 92.

¹³ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, *Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima*, en DELGADO DE MIGUEL, Juan (editor), *Instituciones de Derecho Privado* (Madrid, 2004), VI: *Mercantil*, 2º: *Derecho de sociedades. Parte Especial* (I), p. 633; CHAMPAUD, Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions* (Paris, 1962), p. 2; GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, cit. (n. 7), p. 366; GÓMEZ SEGADÉ, José, cit. (n. 2), pp. 5027-5028; LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*, en *Revista de Derecho de Sociedades* 12 (1999) 1, pp. 59-131, pp. 71-72; RECORDON, Pierre-Alain, *La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés en droit suisse et en Droit français* (Genève, 1974), p. 2; RUIZ MASSIEU, José, cit. (n. 6), p. 94.

¹⁴ Vid. GÓMEZ PORRÚA, Juan, cit. (n. 12), p. 9; PÉREZ FONTANA, Sagunto, *La fusión de sociedades* (Montevideo, 1970), p. 9.

¹⁵ Vid. SOLARI COSTA, Osvaldo, cit. (n. 8), p. 30.

¹⁶ Vid. DAVIS, Arturo, cit. (n. 6), p. 167.

¹⁷ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, cit. (n. 14), p. 633.

con un gran número de causas o motivos inmediatos, si bien todos ellos apuntan finalmente a la obtención de un mayor lucro¹⁸.

No existe unanimidad en la doctrina en lo que respecta a la clasificación de los fenómenos de concentración económica, pudiendo apreciarse las más diversas propuestas, unas basadas en los aspectos económicos del fenómeno y otras en sus aspectos jurídicos¹⁹. Una de las tantas clasificaciones que la doctrina hace, distingue entre aquellas que no afectan a la autonomía económica ni a la jurídica, aquellas que afectan sólo a la autonomía económica y las que afectan a ambas²⁰. Como ejemplos de las dos primeras podemos citar a las diversas clases de contratos de unión y los grupos de sociedades, respectivamente, donde las entidades partícipes, si bien trabajan de manera conjunta para la consecución de un mismo fin, siguen manteniendo su independencia jurídica, y por lo tanto, su individualidad como persona jurídica autónoma, sin perjuicio de la mayor o menor afectación a su independencia económica. Respecto de las concentraciones que sí eliminan la autonomía jurídica, las mismas constituyen la forma más radical de compenetración, por cuanto conllevan la pérdida total, tanto desde un punto de vista económico como jurídico, de la independencia de las empresas que participan en la operación. El máximo exponente de este grado de compenetración es la fusión, que es la forma más acabada de concentración empresarial²¹. Este alto sitio que ocupa la fusión en lo que son las concentraciones, se debe a los efectos que le son inherentes, los cuales conllevan la extinción de al menos uno de los partícipes de la operación, subsumiéndose íntegramente la entidad extinta en el partícipe preexistente supérstite o de nueva creación. De esta forma –y esto es importante clarificarlo ya en este momento–, desde una perspectiva jurídica, nos encontramos ante una fusión única y exclusivamente cuando en la operación de que se trate se observa la concurrencia de estos dos elementos esenciales: extinción y subsunción.

¹⁸ Vid. GÓMEZ PORRÚA, Juan, cit. (n. 12), p. 9.

¹⁹ Vid. CÁMARA, Héctor, cit. (n. 10), pp. 285-286; QUAGLIA, Marcelo, *La definición de concentración económica dentro de la ley de defensa de la competencia argentina (Ley 25.156)*, en *Boletín latinoamericano de competencia* 16 (2003), pp. 24-39, p. 26; SOLARI COSTA, Osvaldo, cit. (n. 8), p. 44, nota al pie 29; VICENT CHULIÁ, Francisco, cit. (n. 3), pp. 125-128.

²⁰ Vid. CÁMARA, Héctor, cit. (n. 10), p. 286, nota al pie 7; SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial, Tomo I, Volumen 2, Sociedades de personas y de capital* (Santiago, 1999), pp. 377-378; VICENT CHULIÁ, Francisco, cit. (n. 3), p. 143.

²¹ Vid. CÁMARA, Héctor, cit. (n. 10), p. 297; GÓMEZ PORRÚA, Juan, cit. (n. 12), p. 10; PÉREZ FONTANA, Sagunto, cit. (n. 15), p. 10; VILLEGAS, Carlos, cit. (n. 6), p. 402.

3. *La fusión como modificación estructural. Una visión del Derecho comparado.*

Frente a la calificación económica de la fusión como fenómeno de concentración de empresas, es común en la doctrina extranjera incluir a aquélla, esta vez desde una perspectiva jurídica, dentro de las denominadas modificaciones estructurales (“Umstrukturierungen”)²². Con esta denominación se hace referencia a todas aquellas modificaciones del contrato social que tienen una intensidad tal, que suponen una importante alteración de éste, que va mucho más allá de ser un mero cambio en los estatutos²³. Tales modificaciones tienen por fin la revitalización de la sociedad, no su extinción, se llevan a cabo a través de un procedimiento reglado y de consecución imperativa y conllevan una afectación de la forma societaria, del patrimonio social y de la posición de los socios. Todos estos elementos son los determinantes de una modificación estructural²⁴, y atendidos los mismos es que dentro de esta categoría se incluyen sin género de dudas a la transformación y a la escisión o división societaria. Asimismo, algunos autores consideran como modificación estructural a las enajenaciones globales de patrimonios, la reactivación de una sociedad disuelta, y, desde un punto de vista amplio, la disolución o la liquidación de sociedades²⁵,

²² Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, cit. (n. 14), pp. 632 ss.; BROSETA PONT, Manuel, cit. (n. 3), p. 540; LARGO GIL, Rita, *Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en *Revista de Derecho de Sociedades* 9 (1997) V, pp. 143-185; LEÓN SANZ, Francisco, *Derecho proyectado alemán sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (“Referentenentwurfgesetz zur bereinigung des umwandlungsrechts” de 15 de abril de 1992), en *Revista de Derecho de Sociedades* 2 (1994) II, pp. 448-453, p. 449; URÍA, Rodrigo - MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de derecho mercantil* (Madrid, 1999), I, p. 1247. Otras denominaciones utilizadas son “reestructuración societaria” o “cambio de estructura de la sociedad”. Vid. LARGO GIL, Rita, *Las modificaciones estructurales*, cit. (n. 23), p. 145. En este sentido cabe hacer alusión al libro XI (“Reestructuración de Sociedades”) del *Code des Sociétés* Belga, –“Wetboek van Vennootschappen”–, publicado en el Monitor Belga de 6 de agosto de 1999 y en vigor desde el 6 de febrero de 2001, que fija el régimen legal de las sociedades civiles y comerciales (artículo 2), el cual regula la fusión, la escisión, la transferencia de patrimonio de sociedades íntegramente participadas, el aporte de universalidad y de rama de actividad, aunque excluye a la transformación como una operación de reestructuración, normándola en un libro separado. El artículo 670 del *Code* señala que el libro XI se aplica a todas las sociedades dotadas de personalidad jurídica regidas por el Código, a excepción de las sociedades agrícolas y de las Agrupaciones de Interés Económico.

²³ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, cit. (n. 14), p. 637; BROSETA PONT, Manuel, cit. (n. 3), p. 540; LARGO GIL, Rita, *Las modificaciones estructurales*, cit. (n. 23), p. 146; URÍA, Rodrigo - MENÉNDEZ, Aurelio, cit. (n. 23), p. 1247.

²⁴ Vid. LARGO GIL, Rita, *Las modificaciones estructurales*, cit. (n. 23), p. 146.

²⁵ Vid. LARGO GIL, Rita, *Las modificaciones estructurales*, cit. (n. 23), p. 145.

aunque siguiendo la caracterización antes realizada de las modificaciones estructurales, claramente no cabe incluir en éstas ni a la disolución ni a la liquidación de sociedades.

En el ámbito del Derecho comparado no se suele realizar un tratamiento generalizado de las modificaciones estructurales, acotándose normalmente el mismo a las sociedades mercantiles –por cuanto tales alteraciones, según señalamos, conllevan una revisión del vínculo contractual inicial, o una modificación de la forma jurídica (del “tipo social”²⁶)–, y no abarcando la totalidad de las operaciones que pueden considerarse como de reestructuración. Es decir, el tratamiento de las operaciones de modificación estructural en los ordenamientos comparados, suele pecar de deficiencias en lo que respecta a la amplitud con que se regulan, tanto en lo tocante a las formas a través de las cuales se pueden llevar a cabo tales reestructuraciones, como en lo relativo a las entidades que pueden participar en tales operaciones.

Esta tendencia mundial en la materia encuentra dos grandes excepciones, las cuales nos sirven de guía en el planteamiento que realizaremos durante el curso de este análisis. En primer lugar, la alemana “Ley de Transformaciones” o *Umwandlungsgesetz* –UmwG–, de 28 de octubre de 1994, que regula (§1.1 UmwG) las operaciones de fusión (“Verschmelzung”), división (“Spaltung”), transferencia de propiedad (“Vermögensübertragung”) y transformación (“Formwechsel”). En segundo lugar, debemos citar la suiza *Loi fédérale sur la fusion* –Lfus–²⁷, de 3 de octubre de 2003–, que trata de la “scission, la transformation et le transfert de patrimoine”, la cual de manera amplia regula las mismas cuatro operaciones de que trata la UmwG.

La UmwG entró en vigor el 1 de enero de 1995 y encuentra su origen en el artículo 1º de la *Gesetz zur bereinigung des umwandlungsrechts* –UmwBerG– (“Ley para la reunificación del Derecho de transformaciones”), de 28 de octubre de 1994, cuyo objeto fue el unificar en un solo cuerpo normativo toda la regulación de las modificaciones estructurales, que hasta ese momento se encontraba dispersa en distintas normas, y ampliar el número de

²⁶ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, cit. (n. 14), p. 637; BROSETA PONT, Manuel, cit. (n. 3), p. 540; URÍA, Rodrigo - MENÉNDEZ, Aurelio, cit. (n. 23), p. 1247.

²⁷ En el *Messaggio a sostegno di una legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio*, de 13 de junio de 2000, que acompañó a la Lfus, se explica que una de las denominaciones barajadas para la misma fue la de “Ley sobre adecuaciones estructurales”, la cual finalmente no prosperó, por los riesgos de generar confusiones con actos legislativos en materia de política estructural, pp. 3789-3790.

entidades que pueden participar en las distintas operaciones de reestructuración²⁸. En este sentido, la UmwG regula para cada una de las operaciones señaladas en el párrafo anterior quiénes pueden ser sujetos activo y pasivo de las mismas. En lo que toca a la fusión, el §3.1 de la UmwG señala, con carácter de *numerus clausus*, que en una fusión pueden tomar parte como entidad absorbente, absorbida o como nueva resultante, las siguientes: sociedades comerciales de personas (sociedad colectiva u “offene Handelsgesellschaft” –oHG–, comanditaria o “Kommanditgesellschaft” –KG– y sociedades de profesionales o “Partnerschaftsgesellschaft”; sociedades de capital (sociedad de responsabilidad limitada²⁹ o “Gesellschaft mit beschränkter Haftung” –GMBH–, sociedad anónima o “Aktiengesellschaft” –AG– y sociedad comanditaria por acciones o “Kommanditgesellschaft auf Aktien” –KgaA–); cooperativas inscritas (“eingetragene Genossenschaft”); asociaciones inscritas (“eingetragene Vereine”); federaciones de cooperativas (“genossenschaftliche Prüfungsverbände”) y compañías mutuas de seguros (“Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit”). Seguidamente, el §3.2 de la UmwG indica que en una fusión, además, pueden participar las asociaciones comerciales a que se refiere el §22 del BGB, si bien sólo como transferente, y las personas naturales que sean socios únicos de una sociedad de capital, como adquirentes del patrimonio de ésta.

En cuanto a la LFus, la misma entró en vigor el 1 de julio de 2004, y al igual que la UmwG, tiene por objeto actualizar el régimen de las operaciones de reestructuración, las cuales bajo el imperio del *Code des Obligations* sólo eran permitidas para las sociedades comanditarias por acciones (artículo 770.3 del *Code*), las sociedades anónimas (artículos 748 a 750) y las sociedades cooperativas (artículo 914), permitiéndose además, de manera excepcional, la fusión entre una sociedad anónima y una comanditaria por acciones (artículos 750 y 770.3), lo cual llevó a que, en base a un estudio preparado por el jurista suizo Frank Vischer, la Oficina Federal del Registro de Comercio comenzara a aceptar la posibilidad de llevar a cabo operaciones de fusión entre entidades de diversas formas, apoyándose básicamente en una aplicación analógica de las normas sobre la materia contenidas en el *Code des Obligations*³⁰. Solucionando tales problemas, el artículo 1

²⁸ Vid. LEÓN SANZ, Francisco, cit. (n. 23), p. 449.

²⁹ En general, en Europa las sociedades de responsabilidad limitada se consideran como sociedades de capital, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, donde las mismas se enmarcan dentro de las sociedades de personas.

³⁰ Vid. el *Messaggio*, cit. (n. 27), en el cual se da toda la explicación de las causas que motivaron la preparación de la LFus. El mensaje indica que tal postura adoptada por el Registro de Comercio –y también por la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo– es contraria a la posición de la doctrina mayoritaria, la cual estima que no es

de la LFus señala que la misma tiene por fin regular la adaptación de las estructuras jurídicas de las sociedades de capital, colectivas, en comandita, cooperativas, asociaciones, fundaciones y empresas individuales. Asimismo, el artículo 99 de la ley establece que las instituciones de Derecho público pueden transferir su patrimonio por vía de fusión a sociedades de capital, cooperativas, fundaciones y asociaciones. Por otra parte, la regulación de la fusión realizada por la LFus no se limita sólo a las fusiones internas sino que también aborda las fusiones internacionales, dictando nuevas normas de Derecho internacional privado al efecto.

Como se puede apreciar y atendidas las previsiones de las normas señaladas, no existen motivos para limitar las denominadas modificaciones estructurales al ámbito societario³¹, sin perjuicio de que así sea *de lege data* tanto en nuestro país como en parte importante de los Derechos extranjeros. Exactamente en esta dirección es en la que corren las citadas UmwG y LFus, que hacen aplicables dichos tipos de operaciones no sólo a las sociedades, sino que a una amplia gama de entidades de las más diversas naturalezas, lo cual se muestra del todo congruente con lo que son las finalidades que pueden motivar las mencionadas operaciones, las que no necesariamente responden a un objetivo lucrativo. Así, atendido el mencionado planteamiento, creemos que las operaciones de reestructuración deben ser objeto de regulación conjunta, la cual ha de abarcar la generalidad de los fenómenos asociativos, con independencia de si los mismos tienen una finalidad económica o no. Ahora bien, es menester dejar indicado que sin perjuicio de la aplicabilidad generalizada aquí propugnada, no podemos obviar que los distintos entes asociativos poseen características especiales que necesariamente deben ser objeto de atención pormenorizada a la hora de regular cada una de estas operaciones, de manera tal que se respeten las configuraciones de cada uno de ellos.

posible la aplicación de la fusión si la misma no cuenta con sustento legal expreso, pp. 3766-3769.

³¹ Aunque esta afirmación está sujeta a revisión en cuanto a su extensión, dependiendo de si nos ceñimos al concepto amplio ("Gesellschaft im weiten Sinne") seguido en Alemania, o restringido de sociedad. A este respecto, vid. DE EIZAGUIRRE, José, *Derecho de sociedades* (Madrid, 2001), pp. 5-20; GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, cit. (n. 7), pp. 25-30; PÉREZ ESCALONA, Susana, *La asociación y el Derecho de Sociedades: notas para un debate*, en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja* 2 (2004), pp. 79-98, pp. 84-92.

II. LA COMERCIALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y SU INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE LA FUSIÓN

1. *La comercialización del Derecho civil y la unificación del Derecho privado.*

Uno de los fenómenos que afectan al Derecho privado en la actualidad es la denominada comercialización del Derecho civil o generalización del Derecho mercantil. En efecto, el crecimiento de las empresas con la consecuente masificación de la contratación ha tenido como efecto la ampliación del Derecho mercantil a un campo que va más allá del comercio *stricto sensu*, dejando así de ser de aplicación única y exclusiva entre los comerciantes muchas de las instituciones mercantiles existentes, para pasar a ser también utilizadas por las personas que carecen de tal condición³². Debemos recordar, a los efectos de comprender el proceso de generalización del Derecho mercantil, que esta rama del Derecho privado tiene un origen marcadamente historicista, ya que nació como una normativa especial vinculada al nacimiento de una clase, los comerciantes, cuya finalidad era subsanar la falta de flexibilidad del Derecho civil que se contraponía directamente con las necesidades del tráfico, que demanda un Derecho flexible y de fácil acomodación. De ahí que en sus orígenes el Derecho mercantil se encontrara limitado y acotado: se trataba básicamente —aunque no exclusivamente— de un Derecho por y para los comerciantes. Esta situación fue cambiando con el devenir de los años y de los avances tecnológicos, especialmente tras la revolución industrial, los cuales fueron imprimiendo mayor celeridad al movimiento del capital, haciendo necesaria la adopción de figuras que lograran dar sustento a los nuevos requerimientos del mercado. El recurso a novedosas instituciones conllevó la masificación de la contratación³³, haciendo extensivo “lo mercantil” al común de la gente, rompiéndose de esta forma los límites iniciales de dicha rama del Derecho.

³² Vid. ALONSO LEDESMA, Carmen, *El Derecho mercantil del siglo XX: balance general de un siglo que se agota*, en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX* (México, 1998), pp. 541-591, pp. 554-555; BROSETA PONT, Manuel, cit. (n. 3), pp. 35-36, 198-206; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil* (Bogotá, 1987), I, pp. 30-33; GONDRA ROMERO, José, cit. (n. 3), pp. 35-36; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mercantil* (Madrid, 1990), pp. 29-30; PRADO PUGA, Arturo, *Nuevas orientaciones del Derecho comercial*, en *Gaceta Jurídica* 173 (1994), pp. 17-20, p. 18; PUENTE MUÑOZ, Teresa, *Notas para el estudio de un concepto de Derecho mercantil*, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* (Madrid, 1971), pp. 77-85.

³³ Vid. BROSETA PONT, Manuel, cit. (n. 3), pp. 201-202; GARRIGUES, Joaquín, cit. (n. 33), pp. 30-32.

A la luz del mencionado proceso de generalización, parte de la doctrina mercantilista de mediados del siglo XIX³⁴ comenzó a cuestionarse seriamente la razón de ser actual del Derecho mercantil, por cuanto las circunstancias que justificaban la existencia de este Derecho excepcional abrían desaparecido. Así, al haberse diluido las causas que sirvieron de fundamento al Derecho mercantil, el mismo debía ser eliminado por medio de la unificación del Derecho privado³⁵. Como se sabe, esta postura no fue la que triunfó en el proceso de codificación llevado a cabo en el siglo XIX, en el cual primó el modelo de dualidad de *Códigos Civil* y de Comercio, aunque pueden apreciarse algunas importantes excepciones, como son el *Code Fédéral des Obligations* de la Confederación Helvética, de 1881 –hoy integrado como libro V del *Código Civil* suizo de 1912–, y el *Codice civile* italiano, de 1942, los cuales trataron de manera unificada el Derecho de obligaciones y todo el Derecho privado, respectivamente³⁶. Como se puede ver, las tendencias unificadoras del Derecho privado constituyen el efecto más radical de la denominada generalización del Derecho mercantil.

La unificación del Derecho privado no es exclusiva del Derecho europeo, sino que también ha alcanzado las costas del continente americano. Así, un gran exponente de la unificación en América es el recientemente estrenado *Código Civil* de Brasil, aprobado por medio de la Ley N° 10.406, de 10 de enero de 2002, cuya entrada en vigor se postergó un año, hasta el 10 de enero del 2003. Este *Código*, que tuvo una largísima tramitación parlamentaria –aproximadamente 26 años–, viene a reemplazar al *Código Civil* de 1916 de dicho país, el cual “[...] *não resistiu aos desgastes provocados*

³⁴ Cuyos mayores representantes fueron Vivante en Italia, Munzinger en Suiza, Molengraaff en Holanda y Teixeira de Freitas en Brasil. Vid. GONDRA ROMERO, José, cit. (n. 3), pp. 39; VIVANTE, Cesare, *Per un codice unico delle obbligazioni (Prolusione al corso di diritto commerciale letta nell’Università di Bologna)*, en *Archivio Giuridico* 39 (1887), pp. 497-514; ID., *Trattato di Diritto Commerciale* (Torino, 1893), I, p. 27, nota al pie n. 44, aunque como es sabido, dicho autor posteriormente se retractó de su postura; VARELA VARELA, Raúl, *Derecho comercial* (Santiago, 1966), I, p. 12-14.

³⁵ Vid. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (Santiago, 1983), p. 52 y nota al pie n. 7; ALONSO LEDESMA, Carmen, cit. (n. 33), pp. 555-556; EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael, *Derecho comercial* (Santiago, 1962), pp. 8-10; GONDRA ROMERO, José, cit. (n. 3), p. 39; GIRÓN TENA, José, *Tendencias*, cit. (n. 8), p. 99; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil* (Madrid, 1999), I, pp. 12, 28-29; VARELA VARELA, Raúl, cit. (n. 35), p. 12.

³⁶ Posteriormente, otras legislaciones siguieron dichos ejemplos unificadores. Así, han unificado el Derecho de Obligaciones, Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Polonia (1934), Líbano (1934), Madagascar (1966), Senegal (1967) y Perú (1984). Por su parte, el Código holandés regula de manera unificada tanto el Derecho Civil como Comercial. Vid. RIVERA, Julio, *La recodificación. Un estudio de Derecho comparado*, en <www.alterini.org>, 16 de octubre de 2006.

*pelas profundas mutações sociais e tecnológicas desencadeadas pelo tormentoso século passado [...]»*³⁷. La nueva obra codificadora conservó parte importante del *Código Civil* de 1916³⁸, derogó el libro I del *Código de Comercio* de 1850, relativo a los actos de comercio³⁹ y reguló de manera general el Derecho de obligaciones⁴⁰. El *Código* se estructura sobre la base de una parte general, comprensiva de tres libros –de las personas, de los bienes y de los hechos jurídicos– y una parte especial, integrada por cinco libros –del Derecho de obligaciones, del Derecho de la empresa, del Derecho de cosas, del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones– siguiéndose la inicial estructura propuesta a mediados del siglo XIX por el jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas, uno de los precursores de la unificación del Derecho privado en el continente americano –y a nivel mundial– junto con el jurista argentino Lisandro Segovia.

Asimismo, otro gran exponente de la corriente unificadora del Derecho privado en América Latina lo podemos encontrar en el proyecto de *Código Civil* argentino de 1998, que tenía por fin la total unificación del Derecho civil y comercial argentino en un único texto de aproximadamente 2.500 artículos⁴¹. La mencionada unificación se propuso excluyendo determinadas materias, como son las concursales, societarias, letras de cambio y pagarés, Derecho de la navegación, seguros y oferta pública, y se estructuró en una parte general y diversas partes especiales para las distintas instituciones que regula, aunque dicha iniciativa finalmente no prosperó.

Pese a que se aprecie una movilidad de instituciones desde el Derecho mercantil hacia el civil⁴², operándose así la denominada comercialización

³⁷ Vid. REALE, Miguel, *O novo Código Civil e seus críticos*, en <<http://www.miguelreale.com.br>>, 16 de octubre de 2006.

³⁸ Ibidem; CAMILO JÚNIOR, Ruy, *O Código Civil brasileiro de 2002, a empresa e a autonomia do Direito Comercial*, en *Inter-American Bar Association E-Law Review* 1 (2005).

³⁹ Vid. JAEGER JÚNIOR, Augusto, *O novo Código Civil brasileiro e a reorganização de empresas*, en *Boletín Latinoamericano de Competencia* 21 (2006), pp. 51-55.

⁴⁰ Vid. CAMILO JÚNIOR, Ruy, cit. (n. 39); JAEGER JÚNIOR, Augusto, cit. (n. 40), pp. 51-55.

⁴¹ Vid. ALTERINI, Atilio, *¿No a la reforma? ¿no a esta reforma? Sobre ciertas críticas al Proyecto de Código Civil de 1998*, en *Jurisprudencia Argentina* 2 (1999), p. 1012.

⁴² Podría pensarse que esta idea fue la que primó a la hora de la promulgación del *Handelsgesetzbuch* alemán de 1897 –segundo Código de Comercio–, por cuanto, gracias a la influencia de L. Goldschmidt, si bien se mantuvo la dualidad Código Civil/Comercio, se produjo un trasvase de instituciones originalmente incluidas en el primer Código de Comercio alemán de 1861 (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* –ADHGB–) hacia el Código Civil de 1900 (*Bürgerlichen Gesetzbuchs* –BGB–). El profesor Gondra enseña que tal trasvase no responde tanto a la generalización del

de este último, la doctrina entiende que existe una especie de “núcleo duro” de materias que son esencialmente mercantiles y que nunca acabarán mezclándose con instituciones de Derecho civil, aunque las mismas sean recogidas en un único cuerpo legal⁴³. Por lo anterior, la pérdida de autonomía formal o legislativa del Derecho mercantil no conlleva necesariamente la eliminación de su autonomía científica.

2. *Incidencia de la comercialización del Derecho civil en la fusión.*

Visto lo visto, ¿cómo puede esto influir en la fusión? La unificación del Derecho civil y mercantil –o la mera comercialización de aquél– podría, en teoría, conllevar la aplicación generalizada de la fusión, es decir, que ésta fuera susceptible de ser realizada por cualquier persona, empresario o no. Recordemos que la esencia de la generalización de las instituciones mercantiles es la aplicación de las mismas a la totalidad de los sujetos, con independencia de si los mismos pueden o no considerarse como empresarios.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, la fusión constituye una operación reservada a las sociedades, y dentro de éstas, a las de carácter comercial⁴⁴. Esta situación llama la atención si tenemos en cuenta que la

Derecho mercantil, sino más bien a que debido a que el ADHGB es anterior a la codificación civil, aquél incluyó normas que posteriormente pasaron al BGB de 1900. Vid. GONDRA ROMERO, José, cit. (n. 3), pp. 35-36; VIVANTE, Cesare, *Per un codice*, cit. (n. 35), p. 503.

⁴³ Vid. ALONSO LEDESMA, Carmen, cit. (n. 33), pp. 554-555; APARICIO GONZÁLEZ, María, *La evolución del derecho mercantil en el Siglo XX*, en *Revista ICADE*, 46 (1999), pp. 88-103; BROSETA PONT, Manuel, cit. (n. 3), pp. 209, 215; GARRIGUES, Joaquín, cit. (n. 33), pp. 32-33; GONDRA ROMERO, José, cit. (n. 3), pp. 35, 38; PUENTE MUÑOZ, Teresa, cit. (n. 33), p. 80; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, cit. (n. 36), pp. 28-29; VARELA VARELA, Raúl, cit. (n. 35), p. 13.

⁴⁴ Cfr. los artículos 97 ss. del *Código das Sociedades Comerciais*; la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales argentina, y la Ley N° 16.060 de Sociedades Comerciales uruguaya, entre otras. Pese a lo señalado, en algunos ordenamientos se hace extensible la fusión también a las sociedades civiles. Tal es el caso de Francia, donde el artículo 1844-4 del *Code Civile* establece que una sociedad civil, incluso en liquidación, puede ser absorbida por otra sociedad o participar en la constitución de una nueva sociedad, vía fusión. En Italia, el artículo 2501 del *Codice* se refiere genéricamente a la fusión de sociedades, sin hacer restricciones en cuanto al tipo. Es más, el artículo 2501 bis 1) señala como requisito de contenido del proyecto de fusión la alusión al tipo social. En Brasil, los artículos 1.113 a 1.132 del nuevo *Código Civil* regulan la transformación, incorporación, fusión y escisión de todas las sociedades, sean empresarias o simples –según la terminología del artículo 982 del Código–, excluyéndose a las sociedades sin personalidad jurídica –no personificadas–. Finalmente, en Perú se regula con carácter general la fusión de sociedades civiles o comerciales en la Ley N° 26.887, General de Sociedades.

fusión ha sido catalogada por parte importante de la doctrina –si no por toda– y por algunos ordenamientos jurídicos, como un fenómeno de concentración empresarial, lo que conllevaría que la fusión fuera aplicable a todas las formas de organización de la empresa. En base a ello es que debería afirmarse que la fusión sería susceptible de ser aplicada no sólo entre las sociedades comerciales, sino que sería posible su utilización también entre las sociedades civiles, por cuanto las mismas también constituyen una forma válida de organizar la empresa. Desde este punto de vista, también debería sostenerse la viabilidad de que la fusión se opere entre empresarios individuales, si bien bajo ciertas condiciones que luego veremos, atendidos lo que son los efectos propios de la fusión. De esta manera, la fusión sería de aplicación a todas las formas de organización de la empresa, ya sean sociales o individuales. Todo lo señalado sería, eso sí, teniendo presente las particularidades de las distintas clases de entidades que podrían participar en la fusión, las cuales requerirían soluciones especiales que tuvieran en cuenta sus propios regímenes legales, tal y como se puede apreciar en las modernas legislaciones sobre la materia.

Es conveniente detenernos un momento en lo que respecta a la posibilidad de que la fusión se lleve a cabo entre empresarios individuales. Es menester en esta materia distinguir la figura del empresario individual de la de la empresa individual de responsabilidad limitada, que es una forma en la cual aquél puede organizar su empresa, a fin de acotar la responsabilidad derivada de las resultas de su actividad económica, al patrimonio afecto a la misma. En lo que toca al empresario individual, si bien existen autores que estiman que es posible la fusión entre éstos⁴⁵, coincidimos con otro sector de la doctrina para el cual la fusión entre empresarios individuales no es un supuesto de verdadera fusión, sino que se trata más bien de un caso de constitución de sociedad⁴⁶, en el cual los empresarios aportan a una nueva sociedad o a una sociedad preexistente, los bienes y derechos de que son titulares y que tienen destinados a su actividad –por lo que en realidad estaríamos ante una aportación, y no una transferencia patrimonial, ya que lo que se aporta son bienes concretos, no un patrimonio *in integrum*–. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico esta última posibilidad no tiene cabida –la de la aportación del patrimonio–, si tenemos presente

⁴⁵ Vid. SOLARI COSTA, Osvaldo, cit. (n. 8), p. 109; CÁMARA, Héctor, cit. (n. 10), pp. 352-354.

⁴⁶ Vid. GÓMEZ SEGADE, José, cit. (n. 2), p. 5036; LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades mercantiles*, cit. (n. 8), p. 66; SCARDULLA, Francesco, *La trasformazione e la fusione delle società* (Milano, 1989), p. 314, en CICÙ, Antonio - MESSINEO, Francesco - MENGONI, Luigi (editores), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXX; VICENT CHULIÁ, Francisco, cit. (n. 3), pp. 81, 219.

que en nuestro país se sigue la teoría clásica o subjetiva de patrimonio, en virtud de la cual el mismo ha de considerarse intransferible⁴⁷. A conclusión diversa podría llegarse en aquellos ordenamientos que conceptualizan al patrimonio de manera objetiva (patrimonio-fín o de afectación⁴⁸), ya que la misma permite que un mismo titular tenga varios patrimonios, en cuyo caso y tratándose de un empresario, el patrimonio que estuviera afecto a la realización de la actividad económica podría ser objeto de transferencia *in integrum* por medio de fusión, aunque aún en ese caso se aprecian dificultades al intentar encuadrar tal operación en el concepto de fusión, por cuanto no habría extinción de entidad alguna, omitiéndose uno de los elementos tipificadores de dicha operación.

Distinta es la situación si el empresario individual organiza su actividad por medio de una entidad con personalidad jurídica. En la actualidad, las formas existentes para organizar la actividad del empresario individual gozando de personalidad jurídica son principalmente a través de la sociedad unipersonal o unimembre –seguida ampliamente en Europa gracias a la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único–, o a través de la empresa individual de responsabilidad limitada⁴⁹. En el

⁴⁷ Vid. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, III: *De las obligaciones* (Santiago, s.d.), p. 267; DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil. Parte General* (Santiago, 1995), pp. 148-149, 218; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho civil* (Santiago, 1994), p. 126; VODANOVIC, Antonio, *Manual de Derecho civil*, I: *Parte Preliminar y General* (Santiago, 2003), p. 190. Como señalan los autores, tal prohibición legal se puede apreciar claramente en el caso de la venta a título universal (artículo 1.811 del Código Civil), la sociedad a título universal (artículo 2.056 del *Código Civil*) y la donación a título universal (artículos 1.407, 1.408 y 1.409 del Código Civil). En sentido similar en España, vid. DIEZ-PICASSO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, I: *Introducción, Derecho de la persona, autonomía privada y persona jurídica* (Madrid, 2002), pp. 376-384, 451; O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, V: *Derecho de sucesiones* (Madrid, 1999), p. 14.

⁴⁸ A este respecto, CONCHA, Carlos, *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, en *Revista del Abogado* 27 (2003). señala que en nuestro país, los patrimonios de afectación han recibido “[...] un reconocimiento expreso en el campo del negocio marítimo, y modernamente, en diversas instituciones como son los fondos administrados por sociedades administradoras de fondos mutuos, fondos de pensión, fondos securitizados, etc [...]”.

⁴⁹ Además de Chile, Colombia reconoce la figura de la “empresa unipersonal”, regulada por medio de la Ley N° 222 del 21 de diciembre de 1995, si bien la misma, según ha declarado la Corte Constitucional colombiana, “es más cercana a la sociedad unipersonal” por una serie de razones, aunque “en especial por la remisión que supletivamente se hace, a la aplicación de las normas mercantiles relacionadas con la sociedad de responsabilidad limitada tradicional” (Sentencia C-624/98). Otra forma de limitar la

caso de la sociedad unipersonal, el empresario individual deja de ser tal, pasando a ser empresario social, por lo que en dicho supuesto una fusión de sociedades unipersonales es más bien una fusión entre sociedades, no entre empresarios individuales. De modo diverso, cuando nos encontramos ante una empresa individual de responsabilidad limitada, apreciamos que el empresario individual sigue siendo tal, no habiendo impedimentos para que se dé cumplimiento a los efectos esenciales de la fusión, por cuanto existe un patrimonio con personalidad jurídica sobre el cual los mismos pueden operar. En este sentido, es plenamente acertado lo señalado por el profesor Uría en cuanto a que “[...] parece, en efecto, que el recurso a la fusión debe considerarse abierto, al menos, para aquellas entidades con personalidad jurídica y autonomía patrimonial que se hallen sujetas al deber de inscripción en el Registro mercantil [...] siempre que exista una norma que proporcione cobertura legal expresa a la posibilidad de realizar la operación [...]”⁵⁰, requisitos todos los cuales se dan en la figura de la empresa individual de responsabilidad limitada –excepción hecha de la cobertura legal, la cual entendemos no existe en estos momentos en nuestro ordenamiento, según veremos en el apartado siguiente–. Así, según nuestro parecer, la fusión entre empresarios individuales puede darse como tal sólo cuando los mismos se organizan a través de alguna forma dotada de personalidad jurídica –a falta de la posibilidad de hablar con carácter general de la existencia de patrimonios de afectación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque como hemos indicado, aún ante tal posibilidad cabe la duda–, si bien en tales casos la operación tendrá caracteres especiales, ya que la fusión no conllevaría la integración de masa social alguna debido a la ausencia de las mismas, elemento de la fusión el cual no es considerado como absolutamente necesario por la doctrina⁵¹.

Hasta aquí hemos analizado la posibilidad de que la fusión sea extensible a todas las formas de organización de la empresa, sean sociales o individuales. Cabe plantearse la posibilidad de que esta operación sea asimismo de aplicación a otras entidades dotadas de personalidad jurídica

responsabilidad del empresario individual es por medio de la figura del patrimonio de afectación, en virtud de la cual un grupo de bienes integrantes del patrimonio del empresario se afecta a una finalidad determinada, constituida en este caso por el comercio, respondiendo sólo esos bienes de los resultados de la actividad económica que se realiza. Tal es el caso del portugués “establecimiento individual de responsabilidad limitada”, creado por el Decreto ley N° 248/86, de 25 de agosto, que se acoge a esta modalidad de patrimonio de afectación sin personalidad jurídica.

⁵⁰ Vid. URÍA, Rodrigo - MENÉNDEZ, Aurelio, cit. (n. 23), p. 1250.

⁵¹ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, cit. (n. 14), p. 703; GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, cit. (n. 7), p. 362; LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades. Caracterización*, cit. (n. 14), p. 75.

que no persiguen fines de lucro, como es el caso de las corporaciones y fundaciones. Para ello, debemos partir de la premisa consistente en que “[...] la fusión puede no insertarse, necesariamente, en el régimen de la competencia económica y, a pesar de ello, quedar intereses legítimos que aconsejarían la acogida de la figura en los ordenamientos positivos [...]”⁵², como por ejemplo, la necesidad de realizar una reestructuración de la organización para alcanzar una mayor difusión del fin corporativo o fundacional de la misma.

En la solución de esta cuestión es preciso partir de la base de que la conceptualización económica de un fenómeno como la concentración no puede operar como limitante de la amplitud con que se regula la fusión. El mero hecho de que la fusión se defina desde el punto de vista económico como un fenómeno de concentración empresarial, no debe impedir que la misma pueda también abarcar a otros tipos de entidades que, no teniendo ánimo de lucro, puedan verse en la necesidad de operar una reordenación en su estructura organizacional. Creemos que éste es el principio que inspiró tanto a la UmwG como a la LFus, las cuales reconocen expresamente la posibilidad de que la fusión se realice por entidades sin fines de lucro (corporaciones y fundaciones), e incluso por entidades de Derecho público, según ya se indicó⁵³.

Ahora bien, la posibilidad de que tanto las corporaciones como las fundaciones se fusionen se encuentra supeditada a que la entidad resultante tenga un giro no lucrativo, ya que de no ser así previamente a la fusión sería necesario operar una transformación de la corporación a un tipo de sociedad⁵⁴.

III. LA FUSIÓN EN LA LEY N° 18.046 Y LA CUESTIONABLE AMPLIACIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. *Excepcionalidad de los efectos típicos de la fusión.*

Según el artículo 99 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, la fusión “*consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aportan*

⁵² Vid. GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades*, cit. (n. 7), p. 359.

⁵³ Un planteamiento similar puede verse en LYON PUELMA, Alberto, *Personas Jurídicas* (Santiago, 2004), donde, sobre la base del artículo 99 de la Ley N° 18.046, define a la fusión como “la reunión de dos o más sociedades o personas jurídicas [...]”, p. 215.

⁵⁴ Vid. SOLARI COSTA, Osvaldo, cit. (n. 8), pp. 120-121.

a una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos. En estos casos, no procederá la liquidación de las sociedades fusionadas o absorbidas". De esta manera, nuestro Derecho positivo ha reconocido expresamente lo que en la doctrina se conoce como efectos típicos de la fusión, a saber: transferencia *in integrum* y *uno actu* del patrimonio social a otra sociedad preexistente o de nueva creación; extinción de la o las sociedades transferentes –disolución sin liquidación–; e integración de las masas sociales de la o las sociedades extintas en la sociedad absorbente o de nueva creación⁵⁵.

Tras una primera lectura de los señalados efectos de la fusión, se puede apreciar que los mismos se escapan de la aplicación de una serie de reglas generales contenidas en el Derecho común, lo que hace que la fusión pueda, y deba, ser catalogada como una institución excepcional⁵⁶, lo que es determinante a la hora de analizar el ámbito de aplicación de las normas que regulan este instituto. La excepcionalidad que se aprecia en la fusión viene básicamente de la mano de los dos aspectos siguientes:

En primer lugar, la fusión, en tanto que operación que conlleva una transferencia a título universal de todos los activos y pasivos de las sociedades que se extinguen, sin que para ello sea necesario cumplir con las formalidades que se exigirían para la transferencia de cada uno de dichos bienes por su propia ley de circulación⁵⁷, puede considerarse como una excepción a las reglas generales sobre los modos de adquirir el dominio y otros derechos –reales o personales–. En efecto, por medio de la fusión se está operando la transferencia de la totalidad del patrimonio de las sociedades que se extinguen, sin que sea necesario para ello el cumplimiento de las formalidades que para cada tipo o clase de bienes, derechos y obligaciones prescribe el ordenamiento jurídico, por cuanto tal transferencia se opera

⁵⁵ Si bien este último efecto no es del todo imprescindible. Baste pensar en un supuesto de fusión por absorción de una sociedad íntegramente participada por la absorbente.

⁵⁶ Recordemos que la excepcionalidad implica la existencia de principios esencialmente opuestos, y no sólo distintos, a los propios del Derecho común.

⁵⁷ Vid. CÁMARA, Héctor, cit. (n. 10), p. 302; GÓMEZ PORRÚA, Juan, cit. (n. 12), pp. 47-49; HERNÁNDEZ ADASME, Ricardo, *Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, efectos tributarios* (Santiago, 2000), p. 56; MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE, *Sociedades mercantiles 2002-2003* (Madrid, 2002), p. 881; MOTOS GUIRAO, Miguel, *Fusión de sociedades mercantiles* (Madrid, 1953), pp. 52-56; PÉREZ FONTANA, Sagunto, cit. (n. 15), p. 60; SANTAGATA, Carlo, *La fusione tra società* (Napoli, 1964), p. 110; SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, *Transformación, fusión y escisión*, en SÁNCHEZ-CALERO, Fernando (director), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas* (Madrid, 1993), p. 95; SOLARI COSTA, Osvaldo, cit. (n. 8), p. 80.

en virtud de la ley. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en su Sentencia de 23 de marzo de 1994, ha señalado que “[...] *en el caso de fusión de sociedades anónimas no es necesaria la anotación al margen de la hipoteca existente o una nueva inscripción de ella, para que la sociedad subsistente pase a ser titular de dicho derecho, ya que tal anotación sólo cumple el rol de actualizar la historia del derecho real de hipoteca*”⁵⁸. Así, la sucesión universal que se produce como efecto de la fusión constituye una excepción a dichas reglas relativas a la necesidad de cumplir con cada una de las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico para la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones que integran los patrimonios de las sociedades absorbidas o disueltas.

En segundo lugar, el efecto principal de la fusión –la sucesión universal– debe considerarse como excepcional, por cuanto el mismo conlleva la modificación de la persona del deudor –las sociedades– sin contar con el consentimiento del acreedor –los acreedores sociales–, lo que escapa a la regla general establecida en el artículo 1631 N° 3 del *Código Civil*, relativa a la novación subjetiva por cambio de deudor, que exige que cada uno de los acreedores consientan en el cambio de la figura del deudor, lo que, como hemos señalado, en el caso de la fusión, no se da⁵⁹. En efecto, si en la fusión fuera de aplicación el régimen general de la novación subjetiva por cambio de deudor, según prescribe el artículo 1635 del *Código Civil*, al no prestar los acreedores sociales su consentimiento al cambio de deudor, la sociedad absorbida o de nueva creación se debería considerar como diputada para el pago o como deudora solidaria o subsidiaria, lo cual es imposible, debido a la extinción de las sociedades que se fusionan. Por otra parte, el aplicar el instituto de la novación subjetiva a la fusión entraña dejar la viabilidad de la operación en las manos de los acreedores, lo cual es negativo desde dos puntos de vista: es inaceptable que la decisión última sobre la realización o no de la fusión quede en manos de terceros, debido a la importancia que la operación tiene para la vida de la sociedad; por otra parte, esta posibilidad claramente se puede prestar para toda clase de abusos. De esta forma, la coherencia interna del ordenamiento y la necesidad económica de llevar a cabo la operación sin traspies, demandan la inaplicabilidad de la mencionada regla, sin perjuicio de lo cual, los acreedores sociales pueden intentar las acciones impugnatorias generales previstas en el Derecho común, a falta de vías

⁵⁸ Vid. HERNÁNDEZ ADASME, Ricardo, cit. (n. 58), p. 83.

⁵⁹ Vid. GÓMEZ PORRÚA, Juan, cit. (n. 12), p. 48; MOTOS GUIRAO, Miguel, cit. (n. 58), p. 55. En España, igual regla se encuentra recogida en el artículo 1.205 del Código Civil.

especialmente previstas para las operaciones de fusión⁶⁰.

2. *Ámbito de aplicación de la regulación de la fusión contenida en la Ley N° 18.046.*

La fusión es una operación cuyos efectos se pueden dar solamente si los mismos se encuentran expresamente previstos en el ordenamiento positivo, por cuanto de no ser así entraría en juego todo el régimen general aplicable a la transferencia de bienes y derechos, individualmente considerados, con todo el peso del sistema previsto para los supuestos de novación subjetiva por cambio de deudor. De esta forma, los efectos de la fusión requieren de reconocimiento expreso, por lo cual es patente que la fusión se encuentra precedida por un principio de tipicidad⁶¹. En nuestro ordenamiento, la fusión de sociedades está recogida única y exclusivamente por el artículo 99 de la Ley N° 18.046, sin perjuicio de que la misma también se encuentre regulada expresamente para las Cooperativas, en el Decreto con fuerza de ley N° 5, de 25 de septiembre de 2003, que fija el *Texto refundido, concordado y sistematizado de la ley general de cooperativas*, cuyo artículo 45 reproduce casi de manera idéntica el contenido del artículo 99 de la *Ley de sociedades anónimas*⁶². Según se desprende de la simple lectura del artículo 99, la regulación que dicho precepto realiza abarca sólo a las sociedades anónimas, no habiendo por tanto sustento legal para que la fusión se pueda realizar por otras sociedades que no participen de dicho tipo social. Pese a ello, ésta no es la posición que se ha seguido en la *praxis* societaria chilena. Basta con realizar una lectura del *Diario Oficial* para constatar que las operaciones de fusión se están realizando también entre otros tipos sociales, especialmente, entre sociedades de responsabilidad limitada. Por su parte, igual postura es seguida por el Servicio de Impuestos Internos,

⁶⁰ En el Derecho comparado, este sistema de protección “sustituta” se opera básicamente a través del denominado “derecho de oposición” de los acreedores a la fusión, el cual opera de diversa forma según sea el esquema seguido –sistema latino o germánico–.

⁶¹ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, cit. (n. 14), p. 643. No expresamente, pero en el mismo sentido, vid. CÁMARA, Héctor, cit. (n. 10), p. 373; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, cit. (n. 36), p. 540; URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, cit. (n. 23), p. 1250. Por otra parte, el artículo 1 de la UmwG ha recogido expresamente la tipicidad de las operaciones de reestructuración.

⁶² Existen otros cuerpos normativos que se refieren a la fusión, como es el caso de la Ley General de Bancos (Decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997), el Decreto ley N° 3.500, de 1980, que establece el nuevo sistema de pensiones, o el Decreto con fuerza de ley N° 251, de 1931, de Hacienda, si bien dichas normas sólo establecen algunas reglas específicas para los casos de fusión, en atención a la naturaleza de la sociedad correspondiente.

quien ha señalado en diversas ocasiones el carácter general que tendría la regulación que de la fusión realiza el artículo 99 en estudio. De todo lo señalado se desprende que para parte importante de nuestra doctrina⁶³ –y en la práctica–, el régimen legal de fusión establecido en el artículo 99 de la Ley N° 18.046 es el régimen general de fusión en Chile, siendo de aplicación a todas las operaciones de fusión que se realicen, ya sea entre sociedades anónimas u otros tipos sociales.

La aplicación generalizada del régimen de la fusión, si bien responde a la necesidad de amparar la posibilidad de que las mismas se realicen entre otros tipos sociales, debido a los requerimientos propios del mercado y del modelo económico vigente, no es ajustada a Derecho, por cuanto las únicas formas en virtud de las cuales podría profesarse tal generalización no son susceptibles de aplicación. La primera posibilidad pasa por considerar que el ámbito de aplicación de una norma (en este caso, la del mentado artículo 99), es decir, su conceptualización como norma de carácter general o especial, no viene determinado por el carácter general o especial de la ley o cuerpo legal en que la misma se contiene, sino que dicho carácter deriva directamente de la propia naturaleza de la norma. Ejemplo gráfico de ello en Chile es el caso relativo al momento y al lugar de la perfección de los contratos, tema éste que no está regulado en nuestro *Código Civil*, pero sí lo está en el *Código de Comercio*. En relación con este asunto, el *Mensaje* con que se acompañó al Congreso Nacional el *Proyecto de Código de Comercio*, señalaba que la regulación que sobre el momento y el lugar de la perfección de los contratos se realizaba en el *Código de Comercio*, venía a llenar “*un sensible vacío en nuestra legislación comercial y civil*”⁶⁴, con lo cual se postulaba la aplicabilidad general de la norma que al respecto se establecía en el *Código de Comercio*. Aterrizando esta línea argumental a las fusiones, se podría señalar que en esta materia la regulación que establece la

⁶³ Vid. BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Derecho comercial* (Santiago, 2003), II, p. 1310; LYON PUELMA, Alberto, cit. (n. 54), p. 215; PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades* (Santiago, 2001), I, p. 201; VILLEGAS, Carlos, cit. (n. 6), p. 165.

⁶⁴ Vid. DUCCI CLARO, Carlos, cit. (n. 48), pp. 248-249; SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial* (Santiago, 2001), III, 1, p. 8. Ambos autores señalan que la jurisprudencia no es uniforme en este aspecto. PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, 1999), p. 250; ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad precontractual* (Valparaíso, 1979), pp. 101-108; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia* (Santiago, 1939), pp. 134-135; VODANOVIC, Antonio, cit. (n. 48), pp. 21-22. Pese a lo señalado, este último autor indica que nuestros Tribunales de Justicia no valoraron de esa forma las reglas del *Código de Comercio* aludidas. Vid. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de agosto de 1948; Corte Suprema, sentencia de 26 de julio de 1971.

Ley N° 18.046 ha de considerarse como el régimen común o general, en la medida que ello sea posible. Y decimos en la medida que ello sea posible, ya que no toda la regulación que de la fusión hace el artículo 99 de la Ley N° 18.046 puede considerarse de aplicación general. Así, en lo relativo al reparto de los títulos por el órgano de administración, podría pensarse que tal disposición está establecida sólo para las sociedades anónimas, ya que el tenor del precepto se refiere expresamente a acciones y accionistas, o en lo relativo a los balances auditados, si tenemos en cuenta que no todas las sociedades comerciales tienen la obligación de auditar sus balances. Creemos que esta interpretación no tiene asidero alguno, básicamente por dos razones. En primer lugar, no existe documento en el cual fundamentar que tal fue la intención del legislador de la época al regular la fusión. De hecho, nada se desprende de los trabajos preparatorios de la Ley N° 18.046. En segundo lugar, el artículo 99 de la Ley N° 18.046 se incardina en el título 9° de la ley, rubricado *De la división, transformación y fusión de las sociedades anónimas*. Una interpretación lógica de conformidad a lo preceptuado por los artículos 19 y 22 del *Código Civil* nos lleva a afirmar que la fusión se encuentra reconocida como una institución propia de las sociedades anónimas, y que por lo tanto, respecto de las fusiones en que se vean involucrados otros tipos sociales distintos, no sería posible la aplicación de lo dispuesto por el señalado artículo, de manera tal que la fusión entre tipos sociales distintos a la sociedad anónima debe realizarse mediante la transferencia de cada uno de los bienes integrantes del patrimonio social, de acuerdo a las normas de circulación de cada bien, siendo de aplicación, además, las reglas sobre novación subjetiva por cambio de deudor del *Código Civil*, con los correspondientes riesgos que ello conlleva para la operación. Por ello, en este caso no nos encontraremos verdaderamente ante una operación de fusión.

Desechada la eventual consideración del artículo 99 como norma de carácter general contenida en una ley especial, debemos analizar la posibilidad de realizar una interpretación extensiva del precepto por medio del recurso a la analogía. Es lugar común en la doctrina señalar que debido a la relevancia de las operaciones de reestructuración, la posible afectación de los derechos de socios y de terceros y el carácter excepcional de la transmisión patrimonial *in universum ius* que se da en la fusión, las modificaciones estructurales han de regirse por los principios de interpretación estricta y de prohibición de la analogía⁶⁵. Ahora bien, se indica que esta posición debe ser matizada en el sentido de que la prohibición de la analogía no alcanzaría

⁶⁵ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, cit. (n. 14), p. 643. En este mismo sentido, el artículo 1 de la *UmwG*.

a impedir la aplicación del régimen de fusión a aquellas sociedades para las cuales éste no se encuentra previsto expresamente⁶⁶.

La determinación de la correcta extensión de la norma pasa por aclarar en un primer estadio la voluntad del legislador a la hora de redactar la misma, para posteriormente proceder a completar la interpretación atendiendo al propio sentido del precepto⁶⁷. Desde esta óptica, creemos que a la hora de elaborarse el texto de la Ley N° 18.046 no cruzó por la mente del “legislador societario” el hacer del régimen de la fusión, expresamente incardinado en el Título relativo a la división, transformación y fusión de sociedades anónimas, el sistema de general aplicación a la fusión de cualesquiera sociedades. La afirmación consistente en que el carácter general del artículo 99 se desprende de la utilización del término sociedad sin hacer alusión a tipo alguno, queda inmediatamente desvirtuada si atendemos al contenido del mismo inciso primero del artículo 99, el cual se refiere de forma expresa a los accionistas de los entes fusionados. Por otra parte, cuando la ley ha querido abarcar a otros tipos sociales en su regulación lo ha indicado expresamente, como ocurre por ejemplo en el artículo 97, el cual regula la transformación de las sociedades anónimas en otras sociedades, indicando expresamente que en tal caso deberá darse cumplimiento a las formalidades propias de ambos tipos sociales, lo cual perfectamente podría haberse realizado al regular la fusión.

No puede dejar de considerarse en este tema la posibilidad de que no nos encontremos ante un supuesto de laguna legal, sino que más bien ante una opción de política legislativa, lo cual nos impediría la integración de laguna alguna, por cuanto ésta no existiría.

Asimismo, debemos reparar en que la aplicación analógica del régimen de fusión del artículo 99 no podría realizarse a las empresas individuales de responsabilidad limitada, las cuales, al no ser consideradas como sociedades, no podrían fusionarse. Tampoco cabría la aplicación de dicho régimen por la vía del artículo 18 de la Ley N° 19.857, por cuanto según nuestro planteamiento, las sociedades de responsabilidad limitada no caben dentro del ámbito de aplicación del régimen legal de fusión previsto en la Ley N° 18.046.

Lo indicado nos mueve a afirmar que es al menos cuestionable la extensión que en la actualidad se está realizando del régimen legal de la fusión de sociedades anónimas a los demás tipos sociales existentes, por cuanto tal aplicación generalizada no encontraría fundamentación jurídica

⁶⁶ Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, cit. (n. 14), pp. 644, 710.

⁶⁷ Vid. LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid, 2001), p. 312.

alguna. Por todo lo expresado es que parece necesario que el legislador tome cartas en el asunto, regularizando la mencionada situación y dotando a nuestro país de un régimen amplio y moderno sobre operaciones de modificaciones estructurales, a fin de estar a la altura de nuestras pujantes necesidades económicas.

IV. CONCLUSIONES

La situación actual de las operaciones de reestructuración desborda los estrictos límites societarios en los cuales se enmarcó en sus inicios, considerándose en estos días un fenómeno de carácter empresarial, abarcando por ende todas las formas jurídicas de organización de la empresa, es decir, sociedades, sean estas civiles o comerciales, y empresas individuales de responsabilidad limitada. En el Derecho comparado pueden apreciarse algunos ordenamientos que recogiendo estas ideas han legislado sobre la materia, regulando de forma amplia y generalizada las operaciones de reestructuración.

Claramente, las necesidades económicas actuales demandan la realización de operaciones de adecuación de las estructuras jurídicas de la empresa, a fin de alcanzar el tamaño óptimo y por lo tanto satisfacer el fin lucrativo al cual responde su existencia. También es meridianamente claro que estas operaciones, en mayor o menor grado, producen importantes efectos tanto respecto de los miembros de las entidades que operan la reestructuración como respecto de terceros. Ambas cuestiones justifican desde todo punto de vista la necesidad de contar con una legislación moderna y garantista, que otorgue seguridad jurídica a las empresas partícipes y a quienes puedan verse afectados por la operación de que se trate.

Por otra parte, la concepción económica de reestructuración, como forma de concentración empresarial, ha sido también excedida por la realidad, por cuanto se ha demostrado que la reorganización estructural de una entidad asociativa no necesariamente responde a fines económicos, sino que la misma puede tener objetivos muy diversos. Esto justifica que en las nuevas legislaciones la regulación de las operaciones de modificación estructural abarque también entidades sin fines de lucro e incluso a entidades de Derecho público.

Esta forma de comprender las reestructuraciones no se aprecia en nuestro ordenamiento, en el cual de manera específica se regula la división, la transformación y la fusión de sociedades anónimas en la Ley N° 18.046. La propia realidad económica de nuestro país ha hecho que tal régimen, rayando en la ilegalidad, se haya hecho extensivo a la fusión entre cualesquiera sociedades, haciéndose caso omiso a la conexión de significado de la ley, la cual claramente llama a entender como exclusivo de las sociedades

anónimas el régimen legal de la fusión. Creemos que si bien es necesario dar cobijo a las nuevas necesidades propias del tráfico mercantil moderno, ello no es posible de realizarse desatendiendo el tenor de la norma y su sistematización, único factor relevante en la actualidad para determinar su verdadera extensión, habida cuenta de la prácticamente inexistente historia de la Ley N° 18.046. Consideramos que es necesaria una acción legislativa en la materia, de forma tal que se dé respaldo legal a todas aquellas operaciones que en estos días se efectúan, creemos, sin él.

[Recibido el 18 de octubre y aceptado el 6 de noviembre de 2006]

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (Santiago, 1983).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo - SOMARRIVA UNBURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil, III: De las obligaciones* (Santiago, s. d.).
- ALONSO LEDESMA, Carmen, *El Derecho mercantil del siglo XX: balance general de un siglo que se agota*, en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX* (México, 1998).
- ALTERINI, Atilio, *¿No a la reforma? ¿no a esta reforma? Sobre ciertas críticas al Proyecto de Código Civil de 1998*, en *Jurisprudencia Argentina* 2 (1999).
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo, *Las modificaciones estructurales de la sociedad anónima*, en DELGADO DE MIGUEL, Juan (editor), *Instituciones de Derecho Privado* (Madrid, 2004), VI: *Mercantil, 2º: Derecho de sociedades. Parte Especial* (I).
- BAEZA OVALLE, Gonzalo, *Derecho comercial* (Santiago, 2003), II.
- BAINBRIDGE, Stephen, *Mergers and Acquisitions* (New York, 2003).
- BARRERA GRAF, Jorge, *Temas de derecho mercantil* (México, 1983).
- BLACK, Bernard, *The First International Merger Wave (and the Fifth and Last U.S. Wave)*, en *University of Miami Law Review* 54 (2000).
- BROSETA PONT, Manuel, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil* (Madrid, 1965).
- CÁMARA, Héctor, *Derecho societario. Estudios relacionados con la leyes 19.550 y 22.903* (Buenos Aires, 1985).
- CAMILO JÚNIOR, Ruy, *O Código Civil brasileiro de 2002, a empresa e a autonomia do Direito Comercial*, en *Inter-American Bar Association E-Law Review* 1 (2005).
- CARNEY, William, *Mergers and Acquisitions, Cases and Materials* (New York, 2000).
- CHAMPAUD, Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions* (Paris, 1962).
- DAVIS, Arturo, *Sociedades civiles y comerciales* (Santiago, 1963).
- DE EIZAGUIRRE, José, *Derecho de sociedades* (Madrid, 2001).
- DÍEZ-PICASSO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil, I: Introducción, Derecho de la persona, autonomía privada y persona jurídica* (Madrid, 2002).
- DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil. Parte General* (Santiago, 1995).
- EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael., *Derecho comercial* (Santiago, 1962).
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de derecho mercantil* (Bogotá, 1987), I.

- GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades, I: Parte General, Sociedades colectivas y comanditarias* (Madrid, 1976).
- GIRÓN TENA, José, *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)* (Madrid, 1986).
- GÓMEZ PORRÚA, Juan, *La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario* (Madrid, 1991).
- GÓMEZ SEGADE, José, *Algunas notas preliminares (y elementales) sobre la fusión*, en *Derecho de Sociedades*, en *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero* (Madrid, 2002), V.
- GONDRA ROMERO, José, *Derecho mercantil* (Madrid, 2000).
- GONZÁLEZ, María, *La evolución del derecho mercantil en el Siglo XX*, en *Revista ICADE*. 46 (1999).
- HERNÁNDEZ ADASME, Ricardo, *Fusión, transformación y división de sociedades anónimas, efectos tributarios* (Santiago, 2000).
- JAEGER JÚNIOR, Augusto, *O novo Código Civil brasileiro e a reorganização de empresas*, en *Boletín Latinoamericano de Competencia* 21 (2006).
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mercantil* (Madrid, 1990).
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid, 2001).
- LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes* (Madrid, 2000).
- LARGO GIL, Rita, *La fusión de sociedades. Caracterización y aspectos conflictivos en la etapa previa a la decisión social*, en *Revista de Derecho de Sociedades* 12 (1999) 1.
- LARGO GIL, Rita, *Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en *Revista de Derecho de Sociedades* 9 (1997) V.
- LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho civil* (Santiago, 1994).
- LEÓN SANZ, Francisco, *Derecho proyectado alemán sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* ("Referentenentwurf gesetz zur bereinigung des umwandlungsrechts" de 15 de abril de 1992), en *Revista de Derecho de Sociedades* 2 (1994) II.
- LYON PUELMA, Alberto, *Personas jurídicas* (Santiago, 2004).
- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE, *Sociedades mercantiles 2002-2003* (Madrid, 2002).
- Messaggio a sostegno di una legge federale sulla fusione, la scissione, la trasformazione e il trasferimento di patrimonio*, de 13 de junio de 2000.
- MOTOS GUIRAO, Miguel, *Fusión de sociedades mercantiles* (Madrid, 1953).
- O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, V: Derecho de sucesiones* (Madrid, 1999).
- PÉREZ ESCALONA, Susana, *La asociación y el Derecho de Sociedades: notas para un debate*, en *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja* 2 (2004).
- PRADO PUGA, Arturo, *Nuevas orientaciones del Derecho comercial*, en *Gaceta Jurídica* 173 (1994).
- PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, 1999).
- PUNTE MUÑOZ, Teresa, *Notas para el estudio de un concepto de Derecho mercantil*, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* (Madrid, 1971).
- QUAGLIA, Marcelo, *La definición de concentración económica dentro de la ley de defensa de la competencia argentina (Ley 25.156)*, en *Boletín latinoamericano de competencia* 16 (2003).

- REALE, Miguel, *O novo Código Civil e seus críticos*, en <<http://www.miguelreale.com.br>>, 16 de octubre de 2006.
- RECORDON, Pierre-Alain, *La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés en droit suisse et en Droit français* (Genève, 1974)..
- RIVERA, Julio, *La recodificación. Un estudio de Derecho comparado*, en <www.alterini.org>, 16 de octubre de 2006.
- ROSENDE ÁLVAREZ, Hugo, *Responsabilidad precontractual* (Valparaíso, 1979).
- RUIZ MASSIEU, José, *Régimen jurídico de las empresas multinacionales en la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio* (México, 1972).
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil* (Madrid, 1999), I.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial* (Santiago, 2001), III,1.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial*, I, 2: *Sociedades de personas y de capital* (Santiago, 1999).
- SANTAGATA, Carlo, *La fusione tra società* (Napoli, 1964).
- SCARDULLA, Francesco, *La trasformazione e la fusione delle società* (Milano, 1989), en CÍCÙ, Antonio - MESSINEO, Francesco - MENGONI, Luigi (editores), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXX.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo, *Transformación, fusión y escisión*, en SÁNCHEZ-CALERO, Fernando (director), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas* (Madrid, 1993).
- SOLARI COSTA, Osvaldo, *Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades* (Buenos Aires, 1996).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel., *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia* (Santiago, 1939).
- URÍA, Rodrigo - MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de derecho mercantil* (Madrid, 1999), I, p. 1247.
- VARELA VARELA, Raúl, *Derecho comercial* (Santiago, 1966), I.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español* (Madrid, 1971).
- VILLEGAS, Carlos, *Tratado de las sociedades* (Santiago, 1995).
- VIVANTE, Cesare, *Per un codice unico delle obbligazioni (Prolusione al corso di diritto commerciale letta nell'Università di Bologna*, en *Archivio Giuridico* 39 (1887).
- VIVANTE, Cesare, *Trattato di Diritto Commerciale* (Torino, 1893), I.
- VODANOVIC, Antonio, *Manual de Derecho civil, I: Parte Preliminar y General* (Santiago, 2003).