

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

28
69

**LA FUSION DE SOCIEDADES ANONIMAS
EN EL DERECHO MEXICANO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A**

PIERLUIGI CASTAÑEDA RICCI



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

LA FUSION DE SOCIEDADES ANONIMAS EN EL DERECHO MEXICANO.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA. FINALIDAD.

1.1 Concepto. - - - - -	pág. 2.
1.2 Naturaleza jurídica..	
1.2.1. Teoría de la sucesión - - - - -	pág. 33.
1.2.2. Teoría del acto corporativo - - -	pág. 46.
1.2.2.1. Teoría de la tasación - proporcional - - - - -	pág. 53.
1.2.3. Teoría de Ernesto Simonetto.- - -	pág. 57.
1.2.4. Teoría contractual.- - - - -	pág. 65.
1.2.5. Teoría propia - - - - -	pág. 70.
1.3. La finalidad de la fusión.	
1.3.1 Estrategias empresariales que se- asemejan a la fusión - - - - -	pág. 79.
1.3.2 Fusión y escisión - - - - -	pág. 86.
1.3.3 La finalidad de la fusión - - - -	pág. 95.

2. EL PROCEDIMIENTO DE FUSION.

2.1 Secuencia del procedimiento de fusión- -	pág.111.
2.2 El acuerdo de fusión. - - - - -	pág.122.
2.3 La ejecución del acuerdo de fusión - - -	pág.131.
2.4 El contrato de fusión - - - - -	pág.137.

3. EFECTOS DE LA FUSION _____ pág. 150.

3.1 Efectos del acuerdo de fusión.

3.1.1 Efectos sobre las sociedades partici-
pantes.

3.1.1.1. Sociedades fusionadas - - pág. 152.

3.1.1.2. Sociedad fusionante - - - pág. 154.

3.1.1.3. Sociedad nueva - - - - - pág. 154.

3.1.2 Efectos sobre los socios - - - - - pág. 155.

3.1.3 Efectos sobre terceros - - - - - pág. 161.

3.1.3.1. Acreedores - - - - - pág. 162.

3.1.3.2. Deudores - - - - - pág. 176.

3.2 Efectos del contrato de fusión. _____ pág. 177.

3.2.1 Efectos sobre las sociedades parti--
cipantes - - - - - - - - - - - pág. 178.

3.2.1.1. Sociedades fusionadas - - pág. 178.

3.2.1.2. Sociedad fusionante - - - pág. 182.

3.2.1.3. Sociedad nueva - - - - - pág. 187.

3.2.2 Efectos en cuanto a los socios - - - pág. 190.

3.2.3 Efectos en cuanto a terceros acreedo
res y deudores. - - - - - - - - - - - pág. 198.

BIBLIOGRAFIA - pág. 200.

FUENTES - pág. 203.

LA FUSION DE SOCIEDADES ANONIMAS
EN EL DERECHO MEXICANO.

Ideas, conceptos, definiciones, ... instituciones, procedimientos y doctrinas, ... todo ello se entremezcla complicada y lógicamente cuando entramos al análisis de algún fenómeno jurídico ó cuando tratamos de resolver algún cuestionamiento. Algunos tendrán un menor grado de dificultad que otros, pero todos implicarán el conocimiento de variados tópicos o temas, sea de una o varias ramas del Derecho.

Esta situación la encontramos en la operación jurídica que ocupa el tema de esta tesis, ya que, además de dilucidar los -- distintos conceptos que trae consigo la fusión de sociedades, -- hemos de tomar muy en cuenta aquellos relativos a la sociedad anónima. Por ello partiré, primeramente, de un concepto de fusión, el cual nos servirá a lo largo del desarrollo de esta tesis, para después analizar las distintas teorías que sobre su naturaleza se han dado, redondeando y completando la idea lograda, mediante la debida diferenciación de la fusión con otras figuras que se le asemejan y comprender su finalidad.

Logrado este capítulo fundamental, podré entrar a conocer la fusión en detalle, tanto en su procedimiento como en los --- efectos que produce en la vida y la estructura de la sociedad.

Tal es el esquema que me he propuesto y que ahora sirve de índice para esta tesis profesional, tratando de seguir un orden lógico y coherente de ideas.

1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA. FINALIDAD.

1.1 CONCEPTO.

"Llegamos ahora a los más importantes poderes reconocidos a la asamblea general extraordinaria, o sea, los de poner término a la vida social y destruir el mecanismo jurídico que ha sido creado. La ley no ha vacilado en reconocer tal poder a la asamblea, pues las necesidades económicas pueden imponer tales decisiones." (1)

Aunque esta cita encierra afirmaciones que posteriormente serán motivo de cuestionamiento, logra proporcionarnos una noción primitiva de lo que es la fusión, sin formalismos ni complicaciones, pero con sabia sencillez. Y es éste el medio para lograr un determinado fin: el individuo necesita, lógicamente, de un medio, que proporcionado por el Derecho, le permitirá alcanzar sus logros dentro del contexto social. Así, para poder intervenir flexiblemente en el ámbito comercial, adopta un mecanismo, la S.A. generalmente; sin embargo, en determinadas situaciones y condiciones, se torna insuficiente y es así que es necesario recurrir a otro para hacer frente a las circunstancias destruyendo el anteriormente adoptado.

La fusión, como unión de intereses que antes estaban en pugna, según nos enseña el Diccionario de la lengua española, implica, forzosamente, la participación de otro ente ideal, ...

(1) Ripert, Georges. Tratado elemental de derecho comercial, -- Buenos Aires, 1954. Tomo II, pág. 546.

...de otra personalidad jurídica, que para esta tesis serán --- otra(s) sociedades anónimas. Una fusión autónoma es un contra-- sentido, una aberración.

La estructura social sufre una modificación importante, de tal magnitud que provoca su disolución; el acto constitutivo de la sociedad se transfigura, cambiando todo el detallado funcionamiento del organismo. Se incide un cambio en el ente social.

La voluntad de la sociedad se encamina hacia su disolución, hacia una conformación más compleja aún, mediante su amalgama-- ción con otro ente social. Sin embargo, al leer estas explica-- ciones podría afirmarse que nos encontramos ante una transforma-- ción de la sociedad anónima. Aunque una parte de la doctrina -- confunde y aun identifica a la fusión con la transformación, no es correcto considerarla como tal.

Ambas figuras se distinguen nítidamente: en la transforma-- ción encontramos un cambio en la forma de la sociedad, en el ti po adoptado en un principio; su personalidad jurídica no sufre modificación: sigue existiendo como sociedad y lo que es más -- importante: la sociedad no desaparece como ente jurídico, conti-- núa existiendo, continúa viviendo, aunque bajo una distinta for ma: "Ocurren dos fases diversas de una sociedad única sin solu-- ción de continuidad." (2)

(2) Valeri, Giuseppe. Manuale di diritto commerciale. Firenze, -- 1945. Tomo I, pág. 105.

Es decir, cuando la sociedad se transforma, adopta un diferente tipo legal, una diversa regulación jurídica y posiblemente una diversa estructura y organización, pero seguirá existiendo con su nombre y patrimonio, persistirá su presencia en el mundo comercial. En cambio, la fusión es tajante, drástica: forzosamente deberá desaparecer uno, varios o todos los entes participantes, ya sea que sobreviva uno de ellos o resulte una personalidad nueva, según veremos posteriormente.

Si bien el art. 228 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, (LGSM en adelante), permite la aplicación de disposiciones de la fusión a la transformación, no por ello podrían identificarse ambas figuras. Es de mencionarse que hay autores como Escarra (3), que consideran a la fusión como una modalidad de la transformación. Pero la diferencia es bien clara: en la transformación, la sociedad modifica su tipo, sin desaparecer; en la fusión, se incorpora a otra ya existente o a una nueva que surge con motivo de la operación, pero siempre implicando la "muerte jurídica", estrictamente hablando, de una de las participantes, punto que será objeto de cuestionamiento posterior, pero que resulta característica esencial de la fusión.

(3) Escarra, Jean. Cours de droit commercial y Traité théorique et pratique de droit commercial. París, 1952.

Por otra parte, en la transformación no ocurre la disolución de la sociedad, ya que ésta es el primer paso para la desaparición del ente, ya sea liquidándolo o fusionándolo, objetivo que, repito, no persigue la transformación, aunque la sociedad conserve su personalidad, a pesar del acto de disolución, pero sólo para efectos de liquidación. En términos sencillos, sus días están contados. Además, por simple lógica y haciendo a un lado los argumentos jurídicos, en la fusión de sociedades siempre intervendrá más de una, mientras que la transformación contempla a la sociedad individualmente considerada. Y más sencillo aún, la transformación es un cambio de ropaje, mientras que la fusión es la compenetración de dos o más sociedades. El hecho de que las disposiciones de la fusión, sean aplicables a la transformación, obedece a la necesaria protección que la ley debe otorgar a socios y acreedores.

Tenemos pues que la fusión no es una especie de la transformación. Pero, ¿en qué consiste la fusión?. Pues bien, antes de dar una definición, atendamos a Vivante, quien categóricamente afirma: "Hay fusión cuando una sociedad se disuelve desapareciendo en otra: sin disolución no hay fusión".⁽⁴⁾ Lógicamente, no podrá subsistir la sociedad que se ha fusionado, afirma el autor. Forzosamente al desaparecer debe disolverse, aunque no por ello llega a la liquidación.

Sin embargo, si bien toda fusión implica una disolución, son instituciones bien diferentes, ya que en la segunda el

(4) Vivante, César. Tratado de derecho mercantil. Madrid, 1932. Tomo II, pág. 513.

...accionista recupera su aportación, mientras que en la primera, su obligación, (aportar la cuota), se renueva y continúa, señala el autor.

Es de recordarse que la disolución es la situación en la cual la sociedad se encuentra a partir que la asamblea toma el acuerdo relativo, dirigida hacia su desaparición y extinción, -- siendo el siguiente paso la liquidación, conservando el ente su personalidad sólo para éste efecto, devolviendo a los socios -- sus aportaciones originales, bajo la forma de cuotas de liquidación, una vez finiquitadas las operaciones sociales.

Puedo afirmar así, que la disolución que se encuentra implicada en la fusión, tiene un fin diferente que aquella, digamos, propiamente dicha, y que consiste precisamente en compenetrarse con otro organismo social, desapareciendo como ente con personalidad, pero sin liquidarse el vínculo social originario, el cual, aunque disuelto, continúa persistiendo dentro de la otra sociedad; es decir, que la disolución en la fusión no va seguida de la liquidación, porque, como afirma Vivante, el socio no recibe la devolución de su aportación, sino que ésta persiste y formará parte de un capital más amplio y cuantioso. Y aunque así sucediera, sería objeto de una operación diferente, no consecuente de la fusión.

Las finalidades son pues diferentes y diferentes son los efectos. Ahora bien, repetidamente se ha afirmado que la disolución es paso previo y obligado de la fusión, y es así que se llega a la afirmación de Vivante antes apuntada y a decir que sin fusión puede haber disolución de sociedad, obedeciendo....

a otras distintas causales (art. 229 ss. LGSM). Hay que disolver la sociedad para fusionarla con otra, como de la misma manera hay que hacerlo para liquidarla. La fusión es pues, causal - de disolución, y ésta, uno de los pasos del procedimiento de fusión; precisamente por esto no se identifican.

Puntualicemos: cuando se habla de disolución, hablamos del principio del fin de la sociedad, pero por sí sola no lo implica, sino que limita su actividad en el sentido de no contraer nuevas obligaciones: su actividad no es ya el lucro, sino la liquidación y "muerte" de la sociedad. En la fusión, en cambio, - la sociedad participante que va a desaparecer, continuará realizando sus actividades normales, su vida normal. En la disolución provocada por fusión, la actividad de la sociedad estará - marcada por el signo de la extinción, no de la liquidación.

Ambas, disolución y fusión, tienen la característica común de conservar la personalidad del ente hasta un determinado momento: la finalización de la liquidación y la compenetración al momento de fusionarse, respectivamente.

Ahora bien, Ferri (5), en su magistral monografía, considera que la disolución no es un elemento constitutivo de la fusión. En ella, afirma, se da una modificación estatutaria, no para disolver el vínculo social, entendiéndolo a la disolución como la extinción del ente que se fusiona, no liberación de los socios del vínculo originalmente establecido. Este se refuerza y amplía.

(5) Ferri, Giuseppe. La fusione delle società commerciali. Roma 1936.

Existe una modificación esencial, la del vínculo social, - además de otras conexas, como las relativas a la duración y al objeto. La voluntad social se dirige hacia la compenetración - de los grupos sociales, no a la disolución del vínculo y su re-constitución con diferente base.

Por tanto, si bien existe la disolución en la fusión, no - constituye su esencia: esta se cifra en la transmisión del pa- - trimonio, afirma Ferri, en una opinión que ampliaré más adelan- te. Por lo pronto su afirmación tiende a esclarecer las diferen- cias entre fusión y disolución. Además, agrega que "La disolu- - ción de las sociedades que se fusionan no es solo un efecto de- la fusión, sino un efecto reflejo que se verifica, no por volun- tad de la sociedad, sino por disposición de la ley. Si bien la disolución, en el caso de la fusión, depende indudablemente de- un acto jurídico implementado por la sociedad, la ley imputa la disolución tanto a hechos materiales, como a actos jurídicos -- realizados por la sociedad". (6)

Es decir, según el autor, en la fusión es inevitable la di - solución, como efecto, no sólo lógico, sino legal, independiente- mente de la voluntad de la sociedad, ya que si bien la disolu- - ción depende de un acto emanado de ella, no es efecto de este - acto la disolución, sino que la ley señala tal consecuencia a - ese acto (véase el art. 229 LGSM).

(6) Ferri, citado por Brunetti, Antonio en su Trattato del Diri- to delle società. Milano, 1948. Tomo II, pág. 628.

Consecuente a las consideraciones anteriores, no se tendrá dificultad alguna para diferenciar a la fusión con la liquidación, entendida esta como paso obligado a la disolución, (art.- 234 LGSM), y que consiste en "la conclusión de los vínculos jurídicos que existen entre la sociedad y los terceros que con ella contrataron (...) (y en) la extinción de las relaciones entre la sociedad y los socios y de éstos entre sí." (7). Implica la liquidación, a entender del autor citado, la conclusión de las operaciones pendientes y tornar el activo de la sociedad en numerario. Esta característica es extraña a la fusión, aunque en la LGSM se establezca (arts. 222 a 228) la obligación de publicar el sistema de extinción del pasivo y un derecho de oposición que concierne a los acreedores; porque el propio ordenamiento es categórico al afirmar que: "la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas."

El patrimonio de la sociedad en la liquidación desaparece, se desintegra y las aportaciones vuelven a sus dueños. En la fusión, lo he repetido, el patrimonio subsiste, aunque reunido junto con otro(s), persistiendo las aportaciones en su cometido, dentro de un marco diferente, más amplio.

Se excluye pues, la liquidación, porque en la transmisión del activo y del pasivo y la incorporación de los socios, huelga esa operación, porque no hay derechos o créditos que exin-

(7) Rodríguez Rodríguez, Joaquín.- Tratado de las sociedades mercantiles. México, 1977. Tomo II, pág. 481.

guir, ni activo neto a repartir. (8)

Además, la liquidación del pasivo en la fusión se opera - por medio de una sucesión universal (art. 224 LGSM) o mediante tres opciones que fija la ley (art. 225), ventajas que no ofrece la liquidación de la sociedad, precisamente por el fin que - persigue.

Otras diferencias podría señalar, pero prefiero apuntar - una sola más que es determinante: el hecho de que la sociedad - una vez liquidada, no volverá a "resucitar", se habrá suprimido y extinguido, mientras que en la fusión, podrá "revivir", podrá resurgir ese ente, mediante la escisión, que en forma breve analizaré en el inciso 1.3.2.

Sobre el tema referente a la posibilidad de fusión cuando una de las participantes se encuentre en fase de liquidación -- las opiniones son diversas, aunque en general es aceptada. Así, tenemos a De Semo, quien citado por Urfa (9), considera que esta operación no es verdadera, ya que la fusión presupone organismos activos que transfieren sus recursos; si uno de ellos se encuentra en fase de liquidación, sus fines son limitadísimos.

Urfa la admite como una cesión en bloque del patrimonio de la liquidada a la sociedad superviviente o a la nueva, opera-

(8) Urfa, Rodrigo. La fusión de sociedades mercantiles en el derecho español. Madrid, 1946.

(9) Ibidem.

ción idéntica a la que sucede en la fusión normalmente implantada, donde se cede el patrimonio de la disuelta a cambio de derechos de socio de la incorporante. Los socios reciben la contra prestación, no la sociedad.

Brunetti (10), considera también que no es posible llevar a cabo una modificación estatutaria sobre un vínculo social inexistente, ya que previamente se ha disuelto; la fusión supone la preexistencia del vínculo social, mientras que el estado de liquidación supone la disolución. Existe, por otro lado, -- una incompatibilidad conceptual.

Tomados en cuenta estos argumentos, Burnetti considera -- aceptable la revocación de la liquidación y consecuentemente, -- la fusión que involucra a una sociedad en liquidación ya que és ta, la liquidación, no hace más que variar el objeto de la empresa, de explotación de patrimonio a conjunto de bienes afectos a liquidación. Por otra parte, los acreedores se encontrarán mejor protegidos en la fusión que en la liquidación.

Estas y otras opiniones guardan un alto grado de interés.- Pues bien, si consideramos que la disolución no es más que el -- inicio del largo procedimiento de desaparición del ente y que -- la liquidación puede ser, en puridad, revocable siempre y cuando no se perjudique a terceros y se rectifique la causal de disolución, y que si bien es paso siguiente a la disolución, pero no obligatorio, vislumbraremos las posibilidades del plantea-

(10) Brunetti. Op. cit.

miento del que me ocupo; es decir, la fusión cuando una de las participantes se encuentra en fase de liquidación.

Pero por otra parte, la actividad de la empresa se dirige hacia su extinción, y si bien es cierto que se limita por virtud del art. 233 LGSM desde que toma el acuerdo de disolución - en cuanto a las nuevas operaciones, éstas pueden ser necesarias para los efectos de la liquidación: pensemos en las deudas de la empresa.

Opino que la factibilidad de la operación se cifra en la debida protección a los acreedores, ya que, al verse la sociedad en liquidación con un pasivo exagerado, podrá liberarse de sus acreedores mediante una fusión, en la cual la sociedad incorporante puede resultar perjudicada al responsabilizarse por deudas ajenas de monto considerable, pudiendo, a su vez, perjudicar a sus acreedores y socios. En la medida en que este obstáculo sea salvado, será posible llevar a cabo la operación. -- Eliminada esta oposición, no veo ningún problema para que una sociedad anónima en liquidación se fusione con otra que no lo esté, ya que, repito, la liquidación en sí es revocable, y como afirma Brunetti, los acreedores se encuentren mejor protegidos y los socios avizoran nuevas oportunidades que antes daban por perdidas.

Si bien el supuesto me parece algo inverosímil, aunque no imposible, puede ser instrumento de maniobras fraudulentas. Es de hacerse notar que llegar a un acuerdo de socios y acreedores de las sociedades participantes, es de complicada realización.

Con respecto a la limitación del art. 233 sobre las nuevas operaciones, no considero que la fusión entre dentro del concepto de éstas, ya que el dispositivo se refiere, por el lenguaje que utiliza, a operaciones dentro del ramo comercial de la empresa o nuevas operaciones; pero siempre desde el punto de vista económico, no jurídico.

La fusión es una estrategia empresarial, si la consideramos desde el punto de vista económico, pero jurídicamente es un acto de tal naturaleza que no lo considero implicado en el concepto expresado en el artículo 233, si lo interpretamos dentro de su contexto y aplicación. Recordemos que la disolución y la liquidación son instituciones destinadas a proteger los intereses jurídicos, pero también los económicos de socios y acreedores. Así pues, no hay limitación legal alguna a la operación.

Es cierto que la liquidación y la fusión, son conceptos -- contradictorios, pero en el supuesto planteado, lo que realmente sucede es una marcha atrás; es decir, se revoca la liquidación, se vuelve a la disolución, pero en esta ocasión se dirige hacia la fusión, tomando en cuenta además que la personalidad - del ente continúa vigente durante la liquidación y con plena capacidad, siendo las limitaciones referentes al fin de la misma - y consecuentemente a los representantes de ese ente (art. 242 - LGSM). Campea la libertad de los socios en el contrato de sociedad, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros.

Ningún autor consultado trata la cuestión; sin embargo, - Brunetti y Urfa, que aceptan la fusión durante la liquidación,-

implícitamente también convienen en que se realicen nuevas operaciones jurídicas después de tomar el acuerdo de disolución, - previo a la liquidación, como lo sería una fusión, salvando así la prohibición del art. 233. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia, se ha pronunciado en contra (11 bis).

El supuesto contrario, es decir, la incorporación de una - sociedad en normal actividad, destinada a desaparecer en una en liquidación, es inverosímil, indigno de consideración.

Pues bien, tenemos que la fusión no es una especie de la - transformación, ni se identifica con ella; supone a la disolu-- ción, pero no acarrea la liquidación; pero ¿qué es la fusión de sociedades anónimas?.

Existe una verdadera multitud de definiciones, todas ellas con un diferente grado de exactitud. Así, "la fusión es la - - transmisión del patrimonio entero de una sociedad a otra, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe ese patrimonio".(11), en ella "se requiere la preexistencia de dos o más - sociedades, de las cuales, por unión de sus patrimonios, ha de - resultar solo una que bien podrá ser una de las anteriores o -- una distinta que sea su resultado. La fusión se denomina así, - porque en ella se 'funden' patrimonios de sociedades."(12)

(11) Garrigues. Tratado de derecho mercantil. Tomo I, vol. - III, pág. 1270. Madrid, 1949.

(11 bis) Tesis: Sociedades mercantiles. Subsistencia de las, -- después de su disolución. 5a. época. Tomo LXX, pág. -- 1624, 3a. sala.

(12) Alegría, Héctor. Sociedades Anónimas. Buenos Aires 1971, pág. 154.

El determinar como elemento definitorio de la fusión, a la transmisión de patrimonios únicamente, es limitar su concepto, debido a que también las personalidades jurídicas se funden, ya que desaparecen una o varias, no para liquidarlas, sino para --compenetrarse en otra, para seguir viviendo latente, dentro del ente que la ha absorbido o dentro del nuevo ente surgido con motivo de la operación.

Es cierto que dicha transmisión de patrimonios implica una serie de efectos y consecuencias propios de la fusión, tales como el canje de acciones, pero si nos basamos en ella para definirla, la confundiremos con operaciones como la simple cesión del patrimonio, en las distintas modalidades que en ésta encontramos, según la especie de los bienes; o con la íntegra compra de acciones de una sociedad por otra. Es entonces insuficiente: se necesita de un concepto propio del derecho mercantil, del derecho de las sociedades mercantiles, para poder definirla. Además, como he señalado antes, esta posición nos lleva forzosamente a pensar en la liquidación de la sociedad, que como he demostrado, no ocurre en la fusión.

Por ello la consideración de Vázquez del Mercado al decir que "por fusión debe entenderse la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen, para dar nacimiento a uno nuevo o cuando sobrevive un titular, ésta absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás".(13), no define más-

(13) Vázquez del Mercado, Oscar. Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles. México, 1980. pág. 289.

que una parte del fenómeno de fusión, aunque posteriormente -
afirme que "La fusión es la compenetración de organismos econó-
micos en uno sólo, compenetración que necesariamente lleva con-
sigo la pérdida de la individualidad de las empresas". (14)

En mi opinión, se requiere un elemento definitorio más am-
plio. De seguir su tesis deberíamos hablar de fusión de patri-
monios de sociedades y no de fusión de éstas, llevándonos, repi-
to, a confundirla con otras operaciones prácticas que no confor-
man fusión. La fusión no es una simple unión de patrimonios; -
de ser así no tendríamos más alternativa que admitir la fusión
por absorción, es decir, cuando todas las participantes desapa-
recen para dar lugar al nacimiento de una nueva sociedad, sin -
considerar a la incorporación, tipo de fusión que explicaré más
adelante.

Ferri, afirma que: "(...) la fusión es una transformación-
extintiva de la sociedad, lo que requiere una modificación del-
vínculo social, pero no de su disolución. La transmisión del -
patrimonio es el presupuesto de la participación en la sociedad
incorporante o en la nueva. (15) En sentido semejante se pronun-
cian Escarra y Brunetti. (16)

(14) Idem, pág. 292.

(15) Rodríguez Rodríguez, Op. cit. Tomo II, pág. 521'

(16) Op. cit.

Ese elemento patrimonial, continúa Ferri, en la compenetración de grupos, supone un aporte como participación en la sociedad nueva o incorporante, mediante la transmisión de su patrimonio lo que permite su realización. Este elemento, considera Ferri, demuestra la unidad sustancial del fenómeno de fusión en su aspecto modificativo-constitutivo-extintivo. La simple compenetración no explica la fusión; la transmisión da contenido a la aportación, lo que trae consigo la extinción de la aportante, concluye (17).

Aquí el autor citado incurre en una contradicción. Si continuamente habla de aportación, ¿por qué se reduce a la transmisión?; aporte supone la transmisión, pero no a la inversa; es decir, todo aporte implica transmisión de patrimonio, pero no toda transmisión de patrimonio que realice la sociedad podrá -- considerarse como aporte; este tiene una serie de características que lo diferencian de una simple transmisión del patrimonio en que insisten los autores. Por lo demás, las objeciones a considerar a la fusión como especie de la transformación ya los he expuesto y se aplican a las ideas de Ferri.

Ferri incurre en un doble error; el considerar a la fusión como especie de la transformación y basarla en una transmisión-patrimonial. Admito que el elemento patrimonial es importante, pero no definitorio; el propio Vivante así lo señala cuando considera como supuesto de la operación a la estimación del patrimonio de las participantes, para así permitir el canje de acciones (18).

(17) Ferri, Giuseppe. Op. cit.

(18) Vivante, César. Op. cit.

Se confunden los patrimonios en forma total y absoluta, dándose un "ayuntamiento superlativo". (19).

El patrimonio, su transmisión, la disolución de la sociedad; todos ellos son supuestos de la fusión, elementos que la conforman y que en su conjunto la definen, dentro de una esencia que nos explica su naturaleza. Rodríguez es más técnico en su definición al decir que la fusión "... supone un acuerdo modificatorio de los estatutos, que determina la disolución sin liquidación y la adhesión a un contrato de sociedad, nuevo o ya existente, acompañado de la correspondiente aportación" (20). Sin liquidación, porque en la fusión ésta pierde su razón de ser y su finalidad.

Considero como más acertada la definición de Ripert, al decir que "La fusión es la reunión de dos sociedades, que lleva consigo su desaparición, por el aporte global de sus bienes a una nueva sociedad, o con mayor frecuencia, por la absorción de una sociedad por otra". (21) Efectivamente, es el aporte el elemento definitorio de la fusión, ya que incluye aquél elemento patrimonial tan importante que atinadamente señaló Ferri, pero conteniéndolo, suponiéndolos, siendo así un concepto que contiene un grado de mercantilidad más concentrado que la simple transmisión, permitiendo explicar el fenómeno con más precisión, como demostraré más adelante al preparar una nueva definición.

(19) Uría, Rodrigo. Op. cit.

(20) Op. cit. Tomo II, pág. 521.

(21) Ripert, Georges. Op. cit. pág. 547.

Oigamos la idea de Simonetto, que deberemos de considerar más adelante: "... algunos autores hablan de compenetración de grupos sociales como característica de la fusión misma. Mejor sería hablar de 'unificación' de grupos sociales preexistentes, los cuales se reducen a uno solo, más que compenetrarse" (22).

Así, la compenetración, junto con la unión y la pérdida de la individualidad, nos dan la fusión: el vínculo social se modifica, afirma Simonetto. La fusión, por tanto, consiste en una multiplicidad de operaciones que, contenidas como pasos del procedimiento, conforman su concepto. En otras palabras, la decisión de la empresa en el sentido de fusionarse con otra(s), que bien puede ser de otra especie, pero que para esta tesis queda limitada a la S.A., traerá como consecuencia que se lleven a cabo una verdadera pléyade de distintas operaciones, algunas de las cuales ya he señalado y que repito son: la disolución de -- cuando menos una de las participantes, la transmisión del patrimonio, el tránsito de socios de un ente a otro y el canje de acciones.

Todos ellos son fenómenos que suceden en la fusión, es cierto: y son sus elementos, también es cierto. Los autores -- aludidos y otros más, tratan de definir a la fusión en base a uno de esos elementos. Esta directriz, repito, es limitada, ya que el basarse en uno sólo de ellos, pretendiendo que produzca o abarque los demás, resulta difícil, porque como he afirmado --

(22) Simonetto, Ernesto. Delle società, en el Comentario del Codice Civile. Libro V, Del Lavoro. Arts. 2498-2510. Bologna, 1968, pág. 90.

antes, de no expresarse en términos de derecho mercantil, - - caeríamos en el error de identificar a la fusión con otras operaciones diferentes, como ya he señalado, y que analizaremos en el inciso 1.3. Ese elemento, ese término mercantil definitorio de la fusión, lo obtendré del análisis y explicación de las clases de fusión, es decir, de las formas en que se lleva a cabo - la fusión.

Los autores consultados coinciden en aceptar dos tipos de fusión y así, "(...)" las sociedades al fusionarse pueden hacerlo de dos diferentes maneras..., o desaparecen todas y surge una nueva, o subsiste una que incorpora a las demás que desaparecen. En el primer caso estamos en presencia de la fusión propiamente dicha y en el segundo de la fusión por incorporación".

(23) La primera, afirma este autor, es una integración y la segunda, una absorción.

Ahora bien "en ninguno de ambos casos cabe suponer una 'liquidación' de las sociedades, pues de ocurrir ello ya no sería la figura de la fusión la que correspondería, sino la extinción de dos entidades y la constitución de una nueva, con absoluta independencia en lo que respecta a la formación del capital, incorporación de accionistas, objeto, etc." (24)

Claramente nos permite Garo diferenciar así la liquidación

(23) Vázquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág. 297.

(24) Garo J. Francisco. Sociedades Anónimas. Buenos Aires 1954, Tomo II, pág. 220.

de la fusión y comprender porqué ésta, aunque implique la disolución de las sociedades, no conlleva aquélla, redondeando así la idea lograda líneas arriba ateniendo a la diferenciación tan importante de ambas figuras.

Las participantes seguirán funcionando hasta que se efectúe la fusión. Es claro, como he señalado antes y siguiendo a Vásquez del Mercado, que el fin que priva en la liquidación consistente en convertir todo el activo en dinero, no es la finalidad de la fusión, que persigue la unión de esfuerzos.

El problema de la definición de la fusión radica, en mi opinión, en los momentos en que se lleva a cabo la operación; es decir, se convoca a una asamblea general extraordinaria para deliberar sobre una fusión posible, o sea, que es ésta la que ha provocado aquélla. Se acuerda la fusión y ésta trae consigo la disolución.

Se fija, entonces, una fecha anticipada de disolución, que coincide con la ejecución de la fusión. La disolución queda de esta manera diferida y coincide pues con la ejecución del acto de fusión, quedando el ente absorbido, por extinción de su personalidad jurídica. (25) Así, la idea de la fusión se propone a la asamblea para su deliberación, en donde se acordará la misma, modificando el término de la sociedad y difiriendo la disolución al momento de ejecución del acto de fusión, siendo éste el momento en que nos encontramos con la fusión misma, que provoca

(25) Vásquez del Mercado. Op. cit. págs. 297. ss.

a la disolución, la cual se considerará efectuada precisamente en el momento de ejecución del acto de fusión. Existe entonces una amalgamación de los distintos elementos que conforman cada sociedad anónima, afirma el autor citado.

Para Ferri, en las dos clases de fusión (26) encontramos la misma sustancia: la sociedad, el vínculo social, continúa, pero cambia de forma; la unión de los cuerpos o grupos sociales no se realiza mediante su sola disolución y la formación posterior de un nuevo contrato social, sino mediante una modificación estatutaria con la cual el vínculo social originario se transforma.

Persiste latente dentro de diferente contexto, en mayor o menor grado de importancia, pero renovado dentro de otro espíritu.

Brunetti (27), afirma que si bien se necesita del acuerdo-modificadorio de estatutos de las sociedades interesadas en ambos casos de fusión, sus efectos son diferentes en cada uno, ya que en la incorporación podemos notar que con respecto a la incorporada, ésta se disuelve y transfiere su patrimonio a la incorporante, la cual conserva su individualidad, modificando su capital por el aporte de la incorporada: ambas modifican sus estatutos. En la integración, todas las sociedades se disuelven, cosa que en el anterior tipo sólo sucede respecto de la incorporada, y aportan patrimonio a la nueva sociedad. Lo que le lleva a concluir que en el caso de la incorporación, la disolución

(26) Ferri Giuseppe, citado por Brunetti en Op. cit.,

(27) Brunetti, Antonio. Op. cit.

de una sociedad y la transferencia de su patrimonio a otra, no provoca más que su transformación.

La cuestión, en síntesis, radica en lo siguiente: Ferri sostiene la identidad de los tipos debido a que en ambos el vínculo social persiste. Brunetti, en cambio, atribuye efectos -- muy diferentes al acuerdo modificatorio y establece diferencias entre ambas especies de fusión, diciendo que en la incorporación, el acuerdo estatutario produce: (a) La disolución de la sociedad incorporada; (b) la transferencia de su patrimonio íntegro a la incorporante y (c) el aumento de capital de ésta emitiendo acciones o atribuyendo cuotas de capital de acuerdo con el capital transferido.

En la integración, continúa Brunetti, cada sociedad delibera sobre la fusión y al mismo tiempo, sobre la disolución. En la incorporación, en cambio, la incorporante delibera la incorporación de la incorporada, pero no la propia disolución y la incorporada, por su parte, delibera la fusión, su disolución y la transferencia de su patrimonio.

Se constituye en la integración, una nueva sociedad con capital conformado por el patrimonio de las desaparecidas, asignando acciones y cuotas a los antiguos socios, en proporción a su aportación.

En mi opinión, en ambos tipos de fusión ocurre una modificación del vínculo social, ya que, en la incorporación, la incorporada deberá disolverse y la incorporante acordar un aumento de capital y consecuentemente admitir nuevos socios: en am--

bas sociedades, se da una modificación del vínculo social, alterándolo. Sin embargo, la alteración es de mayor trascendencia en la incorporada que en la incorporante. En la integración, - la alteración es igualmente profunda para todas las participantes, ya que, conformarán, entre todas, un nuevo ente.

Por ello adhiero a la opinión de Ferri, en el sentido de - identificar como elemento común a ambos tipos de fusión la continuación del vínculo social, aunque en distinta forma. Si bien son correctas y atinadas las afirmaciones de Brunetti, no son - lo suficientemente fuertes para combatir las afirmaciones de -- Ferri. Bien pueden variar en sus efectos los tipos de fusión, - pero el elemento común persiste.

Además de éste último carácter común, podemos apuntar, junto con Brunetti, lo siguiente:

- (a) La fusión trae como consecuencia la disolución y extinción de las sociedades fusionadas;
- (b) Existe disolución sin liquidación;
- (c) Se da una compenetración del patrimonio de la incorporada a la incorporante y de los patrimonios de las fusionadas al - patrimonio unitario de la nueva;
- (ch) En la incorporante, el patrimonio neto de la incorporada -- aparece como un aporte, de la misma manera que el patrimo-- nio neto de las fusionadas conforman diversos aportes al ca

pital social de la nueva sociedad;
- (d) Existe en ambos tipos de fusión un canje de acciones respecto a los antiguos socios; que podrían sustituirse por bie--

nes, dinero o valores, si mediara un acuerdo o un contrato adicional, diferente al de fusión, hipótesis ésta última -- que cuestionaré en su momento.

Es interesante observar como la fusión se convierte en una forma de aportar recursos a una S.A. Tendríamos así, en el caso de la integración, a una nueva S.A., más poderosa, con aportes de capital cuyo contenido es el patrimonio de las fusionadas y cuyos titulares son otros socios. Posiblemente también podrían ser titulares de esos patrimonios, otras sociedades. La cuestión es que se diluye así la importancia y la individualidad del socio individualmente considerado, ya que en la sociedad a la que perteneció antes, siendo de capitales, disminuyó su importancia como ente singular. Ahora que, con motivo de la fusión, su vínculo social se modificó y la sociedad se amplió con otros diversos capitales, con mayor razón su individualidad se diluye: es esto el avizoramiento de los grandes monopolios y conglomerados.

Es importante hacer notar que en cada tipo de fusión, la operación se puede contemplar desde un punto de vista diferente; es decir, desde cada sociedad participante, sea la incorporada o la incorporante en la incorporación, o las fusionadas o la nueva sociedad, en la integración. Cada posición nos dará una diferente cara de la operación: disolución, transferencia patrimonial, entrada a un nuevo ente, por un lado; admisión de nuevos socios, aumento de capital o creación de un nuevo ente, por el otro. En ambas especies, las incorporadas y las fusionadas -

sufren el mismo efecto: disolución, transferencia de patrimonio, tránsito de socios. Y en ambos, cosa importantísima, encontramos la figura del aporte, sea en la incorporación que en la integración.

En la absorción o incorporación, no se crea un ente nuevo, se dan deliberaciones separadas e individuales. Existe, en la incorporante, un acuerdo de incorporación, un aumento de capital y la emisión, en su caso, de nuevas acciones.

A entender de Frisch(28), la transferencia se da en un acto único, no fragmentado, siendo la sociedad subsistente sucesor general de la absorbida, abarcando aún contratos y procedimientos judiciales.

La incorporada o absorbida renuncia al objeto de su empresa, cesa la organización del ente con respecto a la participación de los socios como quedaba en la anterior etapa, se extingue su personalidad y se cancela su registro, mientras que a la incorporante, se agregan todos o una parte de los socios de la incorporada. Puede incluirse evitarse el canje de acciones si la sociedad absorbente posee acciones de la absorbida.

Escarra (29), distingue diversas especies dentro de la incorporación: pura y simple, donde únicamente el activo neto se aporiará, en cuyo caso la absorbida recibe en contraprestación acciones; a título oneroso, donde la absorbente toma a su cargo

(28) Frisch Phillip, Walter. La Sociedad Anónima Mexicana. México, 1979.

(29) Escarra, Jean. Op. cit.

el pasivo de la absorbida y, por último, el caso en que la sociedad absorbida recibe en contrapartida de su aporte, obligaciones emitidas por la absorbente, sustituyendo así a las acciones, convirtiéndose en acreedora de la subsistente.

El aporte de la absorbente a la absorbida, es un aporte en especie, sujeto a verificación y comprobación. Recordemos aquí el supuesto establecido por Vivante, es decir, el previo inventario del patrimonio de la absorbida y atinadamente señala Escarra que "Las acciones creadas en representación del aumento de capital de la sociedad absorbente y remitidas a la sociedad absorbida, son acciones de aporte". (30). De nuevo aquí el elemento del aporte.

Las sociedades anónimas participantes bien pueden tener un objeto social diferente, sin que ello obste para llevar a cabo la fusión, ya que la LGSM no exige identidad en ese aspecto. Sin embargo, en la práctica surgen impedimentos naturales, como lo sería la fusión de un banco con una empresa minera o de ésta con una cadena de supermercados. En esta cuestión, el impedimento sería más de índole práctica que legal. (31)

En la integración, encontramos como característica principal que los socios de las desaparecidas pasan a formar parte de la nueva sociedad que surge con motivo de la operación. Podría pensarse que son las sociedades fusionadas las que se convierten en socias de la nueva sociedad. El autor últimamente citado no

(30) Escarra, Jean. Cours de droit commercial. Paris, 1952, - pág. 593.

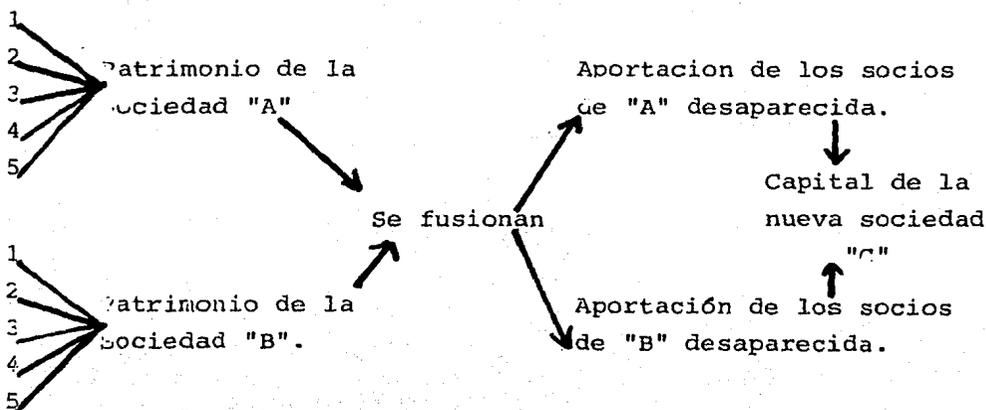
(31) Vásquez del Mercado. Op. cit.

acepta esta posición, ya que considera que las aportaciones originales individuales al antiguo capital, formarán ahora una sola aportación al capital de la nueva sociedad que surge con motivo de la fusión, como formaban de la misma manera, un sólo patrimonio en la antigua sociedad. Es decir, las aportaciones -- que los socios tendían en la antigua sociedad, vienen a constituir como una sola, su aportación a la nueva sociedad.

La respetable opinión del autor no la comparto, ya que, si bien es cierto que no son las sociedades desaparecidas aquellas que se convierten en socias de la nueva, sino sus socios, el patrimonio que llega a la subsistente, nueva o incorporante, es el conjunto de las aportaciones originales de los socios, que si bien son un conjunto, global y totalmente, no conforman una unidad única, como lo afirma Vásquez del Mercado.

Así,

Aportaciones de los socios.



De esta manera podemos dilucidar el tránsito de la aportación de los socios, a saber: la aportación de un socio 1, entra al patrimonio de la sociedad "A", la cual se fusiona con "B", - para formar "C"; así el patrimonio de "A" y "B", en forma individual, se convierten en aportaciones de cada una al capital de "C", pero la diferencia consiste en que el titular de esos patrimonios ya no son las sociedades "A" ó "B", ya que se han disuelto, sino los socios participantes en cada una de ellas, pero considerados de una manera global, es decir, como aportación de los socios de "A" ó "B" desaparecidas, al capital de "C" nueva, no la aportación de la sociedad "A" ó "B", al capital de la nueva "C", porque en este último caso nos encontraríamos ante una simple constitución de sociedad conformada por los aportes de las sociedades.

A cambio de la aportación, los socios obtienen acciones representativas de la misma, pero no en la proporción que guardaban en el patrimonio antiguo, sino diferente y menor, ya que el patrimonio de "C" es mayor, distribuyéndose entre los socios de las sociedades fusionadas.

El vínculo social, insisto, persiste, aunque dentro de otro contexto. Por eso, si el vínculo que dió origen, por medio de un contrato, a una persona moral se mantiene vigente, y esa sociedad anteriormente creada, se disuelve sin extinguirse, tenemos que, en ambos tipos de fusión, el ente o entes de las fusionadas continúan su existencia dentro del nuevo ente o en la incorporante.

Nada impide, sin embargo, que los socios de la fusionada, sean a su vez sociedades, titulares del patrimonio de la sociedad disuelta con motivo de la fusión y que pasan a ser socios de la nueva sociedad que nace, según sea el caso, o de la incorporante, recibiendo así las acciones canjeadas, no las personas físicas que crearon cada sociedad que funge como socia de la fusionada.

Garrigues (32), afirma categórico que, sea cual fuere la especie, no hay fusión cuando se afecta tan sólo a patrimonios y no a socios. Esto es claro, ya que de ser así y como he señalado anteriormente, nos encontraríamos ante una venta de acciones y no ante una fusión, y por esto es difícil aceptar que a los socios de las fusionadas se les entregue como contraprestación, bienes diferentes a acciones de la subsistente o la nueva. Por lo mismo, es criticable una definición de la fusión basándose en la idea de transmisión del patrimonio.

Disolver la sociedad es romper el lazo que une a los socios y que es causa generadora de sus obligaciones: liquidar, es finalizar los negocios de la sociedad devolviendo las aportaciones a los socios; fusionar es, en cambio, desaparecer a la sociedad, para desvanecerla en otra.

Imaginemos a la sociedad como un individuo; si lo liquidamos", su cuerpo, (forma), y su alma (vínculo social y personalidad) se extinguirán hasta reducirse a la nada. En cambio, si lo "fusionamos", su cuerpo quedará "enterrado", pero su "alma" vivirá dentro de otra, latente y lista para que en algún momento, --

(32) Garrigues, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. Madrid, - 1949.

salga de ese espíritu mayor, "desentierre" su cuerpo y reaparezca en el mundo de los vivos. Si al tomar este curioso pero ilustrativo ejemplo, hablará de transmisión de patrimonios, no podría explicar el fenómeno, ya que en ambos casos tendría una liquidación.

Fusión es, en mi opinión, la desaparición de una o varias sociedades, para desvanecerse en otra, bien sea que ésta sea totalmente nueva o preexistente a la operación, provocada por una aportación de tal magnitud que implica la íntegra transmisión del patrimonio, pero sin ocasionar su liquidación, de tal manera que, si bien su personalidad se extingue, el vínculo social que le dió origen permanece existente, de tal suerte que los socios transitan de una sociedad a otra.

No existe, pues, la destrucción de que habla Ripert; es cierto que la fusión es drástica, así lo he apuntado, pero la destrucción es la finalidad de la liquidación, no de la fusión. No hay en la fusión, ni ésta lo provoca, la "muerte jurídica" de la sociedad.

Si estoy considerando a la transmisión patrimonial, pero no como precedente de la aportación sino como consecuencia de ésta.

En efecto, el término aportación, como elemento definitorio- esencial de la fusión, lo encontramos tanto en la incorporación como en la integración; si consideráramos a las fusionadas, éstas siempre -- aportarán la integridad de su patrimonio a la fusionante, sea ésta la incorporante o la nueva, las cuales recibirán esos patrimonios bajo la figura de aportes: es éste el elemento común a ambos tipos de fusión.

Al hablar de aportación implícito no sólo a la transmisión de el patrimonio dentro de un contexto más coherente, sino el tránsito de los socios de un ente al otro, si tomamos en cuenta que las acciones representativas de ese patrimonio, las.....

....poseen los socios de las fusionadas y el consecuente canje de acciones, así como la extinción de la personalidad de las fusionadas. Lo que tenemos es una reacción en cadena que se inicia con el aporte global del patrimonio y que provoca una multiplicidad de operaciones, que si bien también se dan con la idea de la transmisión patrimonial, ésta nos lleva a confusiones, ya -- que podríamos pensar en una donación global de una sociedad a -- otra, o a una venta global del patrimonio de una sociedad a otra, y posiblemente a una asunción de deuda , o aún, a una subroga--- ción y, en fin, a figuras que, si bien tienen algún parecido con la fusión, no se identifican con ella.

1.2. NATURALEZA JURIDICA.

Pasemos ahora a analizar las principales teorías que sobre el tema se han desarrollado, para así comprender el porqué de la fusión.

1.2.1. TEORIA DE LA SUCESION.

"Hecha efectiva la fusión, la sociedad que se funde, deja de existir, pierde su personalidad jurídica, su nombre, su patrimonio y sus administradores; la nueva sociedad la sustituye como un sucesor a título universal."(33)

(33) Vivante, César, citado por Rodríguez Rodríguez, Joaquín. -- Op. cit. Tomo II, pág. 528.

Siendo así que: "(...) aquí la sucesión a título universal no parece concepto fuera de lugar puesto que, la sociedad incorporada se extingue, o sea, que muere jurídicamente y este hecho, recuerda de cerca la muerte de la persona física." (34). Lo recuerda de cerca, pero no considero que se le pueda equiparar, debido a que, como lo he expresado líneas arriba, la sociedad no "muere", ya que no se liquida.

Ahora bien, hay que tomar en cuenta aquí a la otra especie de fusión, es decir, a la integración. En ella, al disolverse -- las participantes para desaparecer desvaneciéndose, en una nueva sociedad creada al efecto, y como consecuencia e intención de la operación, el nuevo ente se sucede en las relaciones que pertenecían y en las que participaban las fusionadas. En ambos casos, se aplica sin problemas el concepto de sucesión,, siguiendo aquí al maestro Ibarrola (35), y se observa que los distintos patrimonios, ahora convertidos en uno sólo, continúan su existencia, pero mediante un cambio de titular. Tal es la idea de la sucesión, es decir, " ... el que un patrimonio perdura a través del cambio de titular." (36)

(34) Messineo, Franciso. Manual de derecho civil y comercial. --- Tomo I, pág. 561.

(35) Ibarrola , Antonio de. Cosas y sucesiones. México, 1977.

(36) Idem, pág. 609.

Y eso es lo que acontece en la operación de fusión. Pero -- esa sucesión, ¿ de qué tipo es?, ¿mortis causa o inter-vivos?. En el primer caso, " el autor ya no se encuentra entre nosotros;-- concluyó a personalidad y su patrimonio pasa a un nuevo titular." (37), y en el segundo, ambas partes se encuentran presentes. Siguiendo este orden de ideas, esta teoría, es decir, la que explica a la fusión como una sucesión universal, afirma que nos encontramos ante el primer supuesto, es decir, ante una sucesión mortis-causa, y ello es necesariamente así, ya que ocurre una "muerte jurídica" del ente.

De no ser así, se tendría que seguir el " lento y dispensioso de descomponer la sucesión patrimonial en los singulares - negocios jurídicos aptos para la transmisión de los derechos que la sociedad cede a la absorbente." (38): Tradición de muebles, cesiones, endosos, etc. Todas estas operaciones quedan comprendidas en la sucesión. La entidad sucesora responderá con todo su patrimonio, de las obligaciones así asumidas.

La liquidación, al decir de Salandra, (39), se substituye - por una sucesión universal de la incorporante o la nueva en las relaciones y patrimonios de las participantes fusionadas, sin necesidad de una transmisión particular de cada relación. Para este autor se dan los efectos sucesorios en virtud de una compenetración, tanto objetiva como subjetiva y no tanto por virtud del contrato.

(37) Idem, pág. 610.

(38) De Semo, citado por Garrigues en Op. cit. Tomo I, vol III, - pág. 1274,

(39) Salandra, Vittorio, citado por Vásquez del Mercado. Op. cit.

En la compenetración subjetiva, afirma Salandra, la fusión va a operar precisamente en la pluralidad de sujetos, como elemento subjetivo. Esta pluralidad de sujetos, subsistirá integrada a un cuerpo mayor, por virtud de la compenetración. En la compenetración objetiva o patrimonial, se adopta el concepto de sucesión universal de la incorporante a la incorporada, o, de la nueva a la preexistente, según afirma Soprano (40). La atracción de derechos y obligaciones de las colectividades originarias a la nueva producida, o a la incorporante, es una consecuencia lógica, si consideramos que ambos, derechos y obligaciones, pertenecen a la sociedades fusionadas.

Puntualizando, tenemos que en la fusión se dan dos tipos de compenetración: una subjetiva, donde las personalidades se aglutinan, digamos, en una "mayor"; y otra objetiva, donde se funden los patrimonios de las participantes. En ambas especies de compenetración, ocurre la sucesión.

"(...) De acuerdo con esta tesis, la sociedad que nace o subsiste, cuando desaparecen las demás que se fusionen, adquieren la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedades que dejan de existir, en virtud de que se opera la transmisión a título universal de patrimonio de una a otra sociedad." - (41)

(40) Soprano, Enrico, citado por Vásquez del Mercado, op. cit.

(41) Vásquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág. 307.

Se responde así, al concepto básico de sucesión que proporciona el derecho civil. "El momento en que se produce la sucesión universal continúa, será aquél en que se hayan cumplido todos los requisitos de forma y publicidad que la ley establece -- (...)." (42)

Lo que hace resaltar la teoría de la sucesión, según Garrigues, (43), es la simplificación de la transmisión patrimonial, - privada de actos específicos y aislados, realizada "unu actu". Sin embargo, Vázquez del Mercado, (44), considera que la teoría podría aceptarse si la fusión sólo consistiera en el acto propio de fusión, pero esta sucesión sería consecuencia de actos consumados - anteriores y concatenados, con una diversa naturaleza. El contrato viene a ser base de la operación, afirma, y la sucesión patrimonial su consecuencia.

El art. 224, último párrafo, LGSM, parece adoptar la tesis, nos dice el autor, pero la transmisión se opera como efecto y - con fundamento en el contrato, no como una sucesión. Esta crítica la encuentro fundada, ya que, si atendemos al lógico devenir - de la fusión en sus distintos pasos, notaremos como forzosamente antes de la sucesión, que indubiamente se lleva a cabo, se ha celebrado un contrato de fusión y aún antes de éste, la delibera-ción en cada una de las sociedades.

(42) Uría, Rodrigo, citado por Vázquez del Mercado, en op. cit. - pág. 305, nota. 5.

(43) Op. cit.

(44) Op. cit.

Así tenemos que la sucesión, tal como lo afirma el autor - últimamente citado, es consecuencia del contrato, pero no motivo de éste. Además, la sucesión se producirá si ocurre otro acto o hecho jurídico que la provoca, pero no se da en forma independiente y autónoma, sino siempre dependiente. Por esto, si bien es correcto que se produce una sucesión durante el procedimiento de fusión, la teoría de la sucesión adolece de inconsistencia, - ya que pretende explicar a la fusión como una consecuencia y no a partir de un acto "generador" de ésta (tanto de la fusión como de sus consecuencias).

Dentro de la teoría de la sucesión, se encuentra una importante e interesante variante y que consiste, no tanto en considerar a la fusión como una sucesión mortis causa, sino inter-vivos. De Gregorio (45), así lo considera, porque la convención se perfecciona entre entes todavía vivos. En cuanto a su actuación, - continúa, presupone la extinción de una de las sociedades; sin - ella, la transferencia de la empresa, no implicaría la del patrimonio. Por otra parte, afirma, la disolución de la sociedad para fusionarse con otra no provoca la disolución del vínculo social, si recordamos que éste persiste, renovándose y trasladándose los socios de una sociedad a otra.

(45) De Gregorio, Alfredo. De las sociedades y de las asociaciones comerciales. Buenos Aires, 1950.

Brunetti es más claro al decir que: " Si può dunque parlare di 'successione nel patrimonio', cioè ' in activis é in passivis', regolata dalla lege. Si tratta dunque di un caso riconosciuto -- dalla legge di sucesione a titulo particolare nel debito per atto tra vivi."(46). Afirma el autor, que si bien en gran parte de la doctrina se ha aceptado el principio de la sucesión mortis -- causa para explicar la fusión, esta tesis ha sido objetada, ya que la sucesión del patrimonio no encuentra su fundamento en la disolución o en la extinción, sino en la constitución de la nueva o de la participación en la incorporante, ya que los socios -- pasan de una sociedad a otra. Existe aquí una contradicción, en mi opinión, entre lo que es la sucesión, con la novación subjetiva, es decir, con la substitución del deudor con el consentimiento del acreedor, siendo así que por la natura de ésta, parecería excluir a la sucesión mortis causa por acción debida del de cujus. La operación de fusión, dice Brunetti, así entendida, se asemeja más a una novación subjetiva por cambio de deudor que a una sucesión mortis causa.

Continúa diciendo que la asunción de derechos y obligaciones se contempla como efecto directamente consecuente de la fusión.-- Cuando se adquiere una calidad que implica la asunción de una -- obligación, la de deudor en este caso, la ley imputa la titularidad pasiva de las obligaciones preexistentes, es decir, una sucesión en sentido lato.

(46) Brunetti, Antonio. Op. cit. Tomo II, pág. 650.

Es decir, la asunción de determinada calidad, afirma, trae como consecuencia legal, la imputación de ciertas responsabilidades: es ésta una figura que encuentra una amplia aplicación y -- que encuentra en la sucesión mortis causa, su máxima expresión.-- La sucesión particular de la deuda, tiene como presupuesto lógico la desaparición de la persona anteriormente obligada o la --- inescindible relación proveniente de la existencia de determinada calidad y la responsabilidad de determinada obligación.

La interesante teoría de Brunetti, parece confundir varias figuras, es decir, a la novación subjetiva por cambio de deudor, en sus especies de novación delegatoria y expromisión; * -- la novación subjetiva por cambio de acreedor, con las figuras de asunción de deuda y cesión de crédito. Y la sencilla diferencia, amén de otras importantes, consiste en que la novación, en sus -- diversas especies, extingue una obligación para crear otra, mientras que la cesión de crédito o deuda simplemente lo transmite. Ahora bien, ¿Qué figura se da en los distintos tipos de fusión?; ésto lo responderé en el tercer capítulo al analizar los efectos del contrato de fusión sobre terceros acreedores y deudores. --- Por lo pronto he de afirmar que sí existe la posibilidad, y de -- hecho así sucede, de que cualquiera de ambas se presente, pero -- solamente explicará una operación específica dentro de la multiplicidad que se da en la fusión, sin poderse entender la sucesión en la titularidad de bienes inmuebles y muebles con esta -- definición que propone Brunetti. Es decir, el concepto de novación resulta así insuficiente para explicar la fusión.

Inteligentemente Ferri encuentra las siguientes diferencias entre la sucesión que se da en la fusión y aquella hereditaria - (47):

1) En la fusión, la sociedad que se extingue, pierde su individualidad jurídica, pero permanece como asociación, compenetrada con otra o en otra. En la sucesión mortis causa, se extingue la persona como sujeto de derecho y como ente material. "La persona física muere, la sociedad, como dicen los alemanes, se disuelve (Eslochen), pero no muere (Gestorlem)." (48).

2) En la sucesión mortis causa, la muerte es un fenómeno natural, independientemente de la voluntad del sujeto, no conexo a ella. En la fusión, la sucesión viene a ser una consecuencia, un efecto del acto de voluntad de la sociedad; es decir, ésta lo provoca, lo desea y lo ejecuta, depende de su voluntad y es una consecuencia de ella.

La diferencia más relevante consiste en el contraste, en mi opinión, que existe en la voluntad determinante de la transmisión del patrimonio de las participantes y su extinción que se da en la fusión, y la sucesión forzosa y necesaria a la muerte de una persona física. La diferencia es pues, bien clara y muestra la dificultad de adaptación de un concepto del derecho civil a un fenómeno de derecho mercantil y su insuficiencia, que como he señalado antes, radica en su naturaleza consecuente.

(47) Ferri, Giuseppe. Op. cit.

(48) Idem, pág. 205.

Así, Ferri, encuentra el fundamento de la universalidad de la sucesión que ocurre en la fusión, en la compenetración de un grupo social en otro, lo cual no presupone, pero determina, la extinción de la personalidad. Es claro que esta compenetración de sujetos de derecho, en mi opinión, no encuentra explicación con conceptos propios del derecho civil, como lo es la sucesión. Es decir, no niego que en la fusión se de una sucesión, pero es una consecuencia, y no explica en sí a la fusión. En cambio, un concepto netamente mercantil como lo es la compenetración de sociedades, sí lo logra. De ahí la necesidad de utilizar no sólo el lenguaje adecuado, ya que no es lo mismo desaparición que extinción. Por esto, "Sólo cuando se evidencie la continuación del vínculo social, solo cuando se excluya la destrucción del organismo social, se podrá comprender la esencia de la fusión y la universalidad de la sucesión (49)." Hay, por tanto, que admitir la continuación y persistencia del vínculo social y la existencia, ahora en potencia, de la sociedad fusionada, dentro de la fusionante incorporante o nueva. Existencia latente, aún no revelada, diría yo.

Así podemos afirmar, continúa Ferri, que la sucesión se opera no en virtud de un acto de disposición de la sociedad, sino por la compenetración aludida y la sustitución de una persona jurídica en la posición de otra diversa.

(49) Idem, pág. 217.

Hay pues una sucesión universal, pero no hereditaria, sino- que "Se trata de una sucesión universal por acto entre vivos, la cual no presupone, pero determina la extinción de la sociedad y- que se lleva a cabo en virtud de un procedimiento que pone en -- evidencia una particular relación entre la persona que desaparece y aquella que surge o que sobrevive".(50). La cita es particularmente importante, ya que, primeramente, deja bien asentado- que la sucesión es consecuencia, no fundamento, de la fusión; se gundo, la fusionada no desaparece y pone en evidencia la diferen- cia tan tajante que existe entre ambas especies de sucesión, lo- cual impide, dadas estas diferencias, aplicar a la sucesión que- ocurre en la fusión, los principios referentes a aquella heredi- taria. Hay sucesión, sí; ella es universal, también, pero es in ter-vivos y no mortis-causa, consecuencia, no causa, de la compe netración de las sociedades. Así de sencillo.

Sin embargo, en ambas hipótesis, mortis causa e inter vivos, la sucesora asume la misma posición que tenía la persona a quien sucede, respecto de su patrimonio. En ambas hipótesis, una perso na subentra en el conjunto de relaciones jurídicas de otra diver sa. Ahora bien, de esa misma manera, en ambas hipótesis, algunas relaciones se extinguen con la muerte de la persona física o con la desaparición de la fusionada.

(50) Idem, pág. 220.

Ferri nos lleva así a la conclusión de que la sucesión - que se lleva a cabo en la fusión, es universal e intervivos, - y esto es así, porque al momento de acordarse, los entes aún continúan "vivos" y las fusionadas continúan una existencia - latente en la fusionante. Siguiendo esta ilación de ideas, - Ferri postula los siguientes principios rectores de las relaciones afectadas por la fusión:

1) Uno general: la persistencia de las relaciones jurídicas, en donde se ha substituído a la fusionada, sujeto de la misma, o sea como acreedora o como deudora, precisamente porque si bien la fusionada pierde su individualidad jurídica, - no desaparece por completo;

2) En los contratos en donde la confianza constituye un elemento esencial y que se extinguen con la muerte de la persona física, dada su naturaleza *intuiti personae*, la fusión, - en principio, no los extingue.

Esto es debido a que, al contratarse con la sociedad en esta especie de contratos, se atiende a especiales características, digamos "personales", que posee, como su condición financiera y que pueden verse afectadas con motivo de la fusión, fundamentando la intransibilidad de la relación y la eventual revocación unilateral por la contraparte.

3) En relación a los derechos personalísimos, tales como el usufructo y el uso, en donde, con la muerte del titular se

extingue el derecho, (salvo la excepción del art. 1039 del - Código Civil para el D.F.), no cabe duda que con motivo de la fusión, estos derechos corren la misma suerte, ya que, en esta especie de relaciones, la existencia del derecho está subordinada a la del sujeto titular del mismo. Son derechos - - atribuidos a una persona y limitados a su existencia.

Por esto y no obstante la compenetración de las sociedades que ocurre en la fusión, nos dice Ferri, opera la extinción de esta especie de derechos y su intransibilidad, ya que se afecta la esencia del derecho mismo.

Siguiendo este orden de ideas, Ferri concluye que con - la fusión se extingue todo contrato que haya estado expresamente condicionado a la existencia de la sociedad.

1.2.2. TEORIA DEL ACTO CORPORATIVO

En esta posición doctrinal, nos comenta Vázquez del Mercado en su multicitada obra, las sociedades participantes no desaparecen; lo único que sucede es que el vínculo social es diverso, la nueva sociedad tiene una personalidad jurídica - que no es distinta a la de las fusionadas, ya que tienen sus mismos socios, sus mismos deudores y acreedores, negocios, -- etc., sólo que ahora en una sola unidad.

Varios grupos, continúa, varios entes, se unen para formar uno solo.

La esencia de la operación, afirma, es siempre la misma: - la sociedad; lo que sucede es que cambia de forma, pero no di solviéndose junto con las otras y suscribiendo un contrato so cial, sino que mediante una modificación estatutaria, se - - transforma el vínculo social originario en un vínculo social - respecto de la fusionante, es decir, dentro del contexto de - una sociedad diversa. Así considerada la fusión, se puede ex plicar su aspecto tan especial y excusar de las formalidades - típicas de una nueva constitución. Esta opinión la considero aplicable a la integración y no así a la incorporación, donde no se crea una nueva sociedad, sino que subsiste una de las - participantes.

En cualquier caso, la deliberación de los socios se diri ge no a la disolución para la reconstrucción, sino a conti - nuar el vínculo jurídico en diverso organismo. Siguiendo esta idea, Ripert (51), explica la fusión de acuerdo con la per manencia del concepto de empresa que subsistirá a través de - la modificación de las estructuras jurídicas, a diferencia de la teoría tradicional que la considera como una transmisión - universal del patrimonio. Propone el análisis de la fusión, -

(51) Ripert, Georges. *Traité Élémentaire de Droit Commercial*.
Paris, 1980.

como una disolución anticipada de la absorbida, con un aporte global del patrimonio de esta sociedad a la absorbente, cuyo capital es aumentado en esa proporción. Claro está que este aumento se apreciará en la incorporación, no así en la integración. Esta idea, que coincide con las que he expuesto antes, es diametralmente opuesta a la interesante teoría que analicé en el inciso anterior.

Para la teoría del acto corporativo, continúa explicándonos Vázquez del Mercado, la fusión es un negocio corporativo, ya que las participantes modifican su estructura interna, por efecto del negocio, siendo así que no se establecen vínculos jurídicos diversos con terceros o con otros entes, sino que se establece una nueva estructura interna, una nueva de ser corporativa o sea, que "los efectos del negocio jurídico corporativo, se producen en el interior, no obran sobre su estructura y no afectan sus relaciones externas". (52)

Así, los participantes no se dirigen a crear un vínculo entre ellos, sino una nueva estructura de los diversos órganos en un nuevo organismo o en el que se sobrevive. Es, digo yo, una estrategia empresarial, obligada por las circunstancias.

Uría, (53), considera que no es la fusión un pacto individual entre las participantes, sino precisamente un acto de derecho corporativo. La teoría contractualista, que poste-

(52) Vázquez del Mercado, Op. cit. pág. 302.

(53) Uría, Rodrigo. Op. cit. y Derecho Mercantil, Madrid, 1958.

riormente analizaré, habla de un simple cambio de bienes, contemplando únicamente el aspecto externo, sin explicar los fenómenos internos. En la fusión, se transmiten los bienes, -- acontecimiento que externamente puede pasar por un pacto, pero internamente hablando, no es una compraventa o cesión; estos conceptos son insuficientes, de la misma manera que no -- puede calificarse así el aumento de capital o la admisión de un socio; se necesitan pues, conceptos propios y suficientes.

Los actos internos de la sociedad, no son los externos de la misma, es decir, no son lo mismo. A los primeros es necesario explicarlos con conceptos de derecho corporativo, ya que, por ejemplo, una compraventa, puede o no dar lugar a una disolución, si implica la transmisión íntegra del patrimonio. En otras palabras, no nos será posible pretender afirmar que una fusión provenga o sea resultado de una compraventa, porque si bien en la práctica esta situación podría llegar a presentarse, teóricamente no nos encontramos ante una fusión. -- La mecánica es interna y los efectos que se dan en la fusión, no pueden ser explicado mediante el concepto de contrato. La fusión por acto corporativo, permite entender como sucede el traspaso patrimonial, el consenso de los socios a disolver la sociedad, aportar su patrimonio y cambiar su condición de socios mediante la entrega de acciones. En suma, los conceptos contractuales son insuficientes.

Esta opinión de Uría la considero bien fundada, ya que -- la fusión es un fenómeno que se da entre sociedades, no entre

individuos, es decir, se da corporativamente. Puedo decir - que la fusión, siendo institución propia del derecho mercan-- til, debe explicarse con conceptos y definiciones que tengan la amplitud suficiente para explicar sus fenómenos, caracte-- rística que falta en aquéllos de derecho civil que podamos ex-- traer del contrato. Este es consecuencia de actos corporati-- vos y no al contrario, porque el contrato realizado por los - administradores, como bosquejo, no tendrá efectos sin el - - acuerdo de la asamblea.

Los socios verán afectada su posición como efecto direc-- to del negocio corporativo y de sus consecuencias internas en el ente, bajo la forma de una modificación estructural y no - de una estipulación contractual. De la particularidad de esta modificación, se encuentra la individualidad del negocio cor-- porativo y su elemento distintivo. En otras palabras, es pre-- cisamente esa específica modificación en la estructura del en-- te, consecuencia del negocio corporativo, la que lo diferen-- cía y distingue de otros semejantes.

Pues bien, una de las particularidades de la modifica--- ción que puede provocar un negocio corporativo en el ente, -- puede ser la fusión, la compenetración de los organismos so--- ciales. El negocio corporativo produce efectos internos en - el ente, que pueden ser de distinto grado y naturaleza, entre los que podemos situar a la fusión, siendo así que siempre --

que exista el negocio corporativo, se provocará una modificación interna en la sociedad y de sus notas específicas podremos distinguirlo de los demás.

Ferri sostiene, como hemos visto, que la fusión es la compenetración de entes proveniente de un negocio corporativo. Se compenetran los grupos, como resultado de una transformación del vínculo social original y de la consecuentetransferencia de capital, la cual está dentro del procedimiento de fusión y que es presupuesto de la participación en la nueva sociedad o en la incorporante. La fusión no es para este autor, un contrato de sociedad, porque tal afirmación no llega a explicar el tránsito de los socios de una sociedad a otra, ni la extinción de las fusionadas, toda vez que es insostenible afirmar que la fusionada, una vez que ha transmitido su patrimonio, adquiere derechos sociales de la fusionante o nueva para después transmitirlo a sus socios vía liquidación.

Los negocios corporativos, afirma Ferri, no crean o tratan de crear vínculos jurídicos entre el ente y los terceros. Sus efectos no infieren en las relaciones externas del ente, sino en las internas. No se dirige a crear un vínculo entre las participantes, sino a determinar una nueva estructura de los entes, fijando la posición de los socios de las participantes en la nueva o subsistente y así "La posizione dei singoli soci delle società (...) non si determina in base ad una stipulazione fatta a loro favore nel contratto, né in base a un diritto da essi singolarmente acquistato, ma l'effetto diretto del negozio corporativo e della capacità di reazione interna che ha tale negozio." (54) La eficacia será independiente de la aceptación de los socios.

Así llega a las siguientes conclusiones:

- 1) La compenetración de los grupos sociales, esencia de la fusión, es resultado de la transformación del vínculo social originario más la transmisión del patrimonio social, consecuencia de la transformación. Ambos son interdependientes. El primero es base justificación del segundo. Este es decisivo.
- 2) La fusión es una transformación extintiva de la sociedad, ya que en la transformación se da una modificación sin disolución. En la transformación no hay disolución y reconstitución del vínculo
- 3) La compenetración es un negocio corporativo que incide en la estructura interna del ente.

(54) Ferri, Giuseppe. Op. cit. Pág. 82.

Pues bien, esta teoría de Ferri, explica claramente el fenómeno, aunque no admito, por argumentos que expuse en el anterior capítulo, que la fusión sea una especie de la transformación. -- Sin embargo, la búsqueda de un debido concepto definitorio y la consideración del negocio corporativo como tal concepto, es acertada y supera a la teoría de la sucesión, por su precisión y uso de conceptos netamente mercantiles.

Vásquez del Mercado, no acepta esta teoría, porque considera ineludible la disolución, si bien el acuerdo de la asamblea se dirige a modificar el plazo de duración del ente y no a la disolución, la cual se verifica al ejecutarse la fusión. De aceptarse esta tesis, afirma, no podrían explicarse las relaciones del nuevo ente con deudores y acreedores de las participantes, con la continuidad del vínculo y con la ausencia de efectos en relaciones externas del ente. Esta afirmación no es exacta: basta aplicar la figura de la novación, en sus diversas especies, para explicar el fenómeno que el autor cuestiona. Y así de sencillo es, porque las relaciones de los deudores y acreedores con las fusionadas, son lógicamente obligaciones, donde no existe -- ningún impedimento para novarlas y aún transmitir las por cesión, -- según sea el acuerdo que se llegue con tales sujetos, el sentido de su consentimiento y aún el sistema establecido para extinguir el pasivo (arts. 223 a 225 LGSM). Su crítica es rígida: todas esas relaciones se explicarían de acuerdo con los detalles consecuencia y perfección del negocio corporativo. De él emanan consecuencias que se adaptarán a las distintas relaciones.

1.2.2.1. TEORIA DE LA TASACION PROPORCIONAL.

Dentro de la teoría del acto corporativo se encuentra una variante en la posición sostenida por Fischer (55). Este autor acepta que en la fusión se dé la sucesión universal, pero no se puede explicar con ella que los socios de las fusionadas reciban como contraprestación acciones y valores y no tan sólo acciones, de la fusionante. Es decir, que a los socios de las desaparecidas se les canjee, ya ejecutada la fusión, sus acciones, parte en acciones de la subsistente, parte en valores. No obstante, "sólo con la ayuda de la tasación proporcional se ve perfectamente claro que la fusión es un acto de derecho corporativo y que, por tanto, la contraprestación (concebida por la sociedad absorbente ha de consistir (...), en acciones suyas en acciones emitidas sobre la base de un aumento de capital, que ha de tomarse ad hoc." (56)

Fischer considera así a una de las tantas operaciones que se realizan en la fusión: consiste en el canje de acciones de los socios de las desaparecidas, por acciones de la nueva o incorporante, para así garantizar sus derechos, dentro del nuevo contexto, con la variante de que una parte de su aportación no será representada por acciones, sino por diferentes valores disminuyendo así su participación en la subsistente.

(55) Fischer, Rodolfo. Las sociedades anónimas, Su régimen jurídico, Madrid, 1934.

(56) Idem, pág. 358.

En cualquier caso, se requiere de un cálculo que determine el valor proporcional de las acciones a entregar a los antiguos accionistas, de acuerdo a la relación de su aportación con el patrimonio de la incorporante o de la nueva sociedad.

"La tasación proporcional es aquella operación a que se someten las cuentas del patrimonio neto, que expresan la relación de participación entre los socios, es decir, la regulación de la proporción económica de participación entre los socios cuando -- uno de ellos se incorpore a la empresa." (57) Es la tasación -- (justiprecio de las cosas), por tanto, el valor la aportación -- de los accionistas de la desaparecida a la absorbente por virtud de la fusión, y que servirá de base tanto para la contraprestación como para el canje de acciones; es decir, se valían los patrimonios de las desaparecidas, se establece su proporción con -- el patrimonio de la subsistente o el futuro de la nueva y se fija así el porcentaje de su participación, el canje de acciones, -- el valor de éstas y la contraprestación.

Es entonces la tasación, dato básico que se necesita para -- la realización de la fusión, especialmente en aquella por integración, afirma el autor. Mediante esta tasación, en virtud de la cual se admitirán a los socios de la desaparecida, se les incorpora como resultado de un acto corporativo. Un justiprecio -- patrimonial para establecer una contraprestación, con relación -- a la fusionada y a sus socios, es un acto corporativo.

(57) Idem pág. 361.

En el caso de la integración, se comparan las acciones antiguas con las nuevas que se emiten, de tal modo que los rendimientos de la empresa, que a partir de ahora forma una unidad económica, se distribuyan entre los accionistas de la sociedad que -- desaparece y los de la subsistente, de acuerdo a la rentabilidad de ambas, al momento de la operación. Así, la rentabilidad de la empresa, es base de la operación de fusión y su punto de partida, en opinión del autor cuyas ideas estamos analizando.

La explicación la aclara con un ejemplo:

-- Sociedad "A" -- valor de cotización -- 150.

-- Sociedad "B" -- valor de cotización -- 200.

Proporción 3:4

Capital social de c/u- \$1,000,000 en 1000 acciones de \$1,000 c/u.

Pasos:

1) Reducción de 1/4 del valor del capital y acciones de la sociedad "A", como consecuencia de la proporción, quedando en \$750,000 y 750, respectivamente.

2) La sociedad "B" aumenta su capital en \$750,000 pero ella,

3) No puede emitir acciones con valor de \$750 para entregar en contraprestación de una de \$1000 de la desaparecida, sino emitir 750 nuevas acciones de \$1000 c/u para los accionistas extraños, entregando tres acciones nuevas por 4 antiguas.

4) Los \$250,000 reducidos en la sociedad "A" se llevan a -- cuenta especial y los \$750,000 aportados al aumento de capital.

5) 1750 acciones de \$1000 c/u en la subsistente, es decir, -- de la sociedad "B". Aunque equiparadas, los rendimientos se -- aportan en proporción 3:4.

De acuerdo a la tasación, a las aportaciones de la menos va liosa se les da un valor inferior al que tenían en realidad, - - siendo esto base del canje.

Independientemente de considerar si el canje de acciones - antiguos accionistas de las fusionadas se considera como contra- prestación y que ésta pueda consistir, parcialmente, en valores diferentes a acciones, cuestión que corresponde a otro inciso, - esta teoría evidencia claramente cómo los conceptos de tinte ci- vilista no pueden explicar el mecanismo de la fusión. La mecáni- ca de la operación, para el caso de las S.A., implica el manejo- de conceptos propios del derecho mercantil, como la acción, y se recalca así la naturaleza corporativa de la operación en cuestión.

Al parecer, en el canje de acciones se sintetizan varios ac tos importantes, es decir, el tránsito de los socios y la trans- misión del capital, que son por demás importantes para la fusión. Dicho canje se lleva a cabo cuando la situación de los socios ha sido clarificada y los acreedores han otorgado su consentimiento para la fusión. Así las cosas, para Fischer, el canje viene a ser el punto culminante y final del procedimiento de fusión, cuando- ya los entes se han compenetrado y todas las partes han consenti- do.

La tasación proporcional del valor de las acciones, es for- zosamente un concepto corporativo, y como implica el patrimonio- de la fusionada, que garantiza a los acreedores su pago y a los socios la participación correspondiente, es el dato más importan- te de la operación, según Fischer.

Sin embargo, Fischer no aporta más datos para poder entender cómo se explica la fusión en base al concepto que él da de tasación proporcional. Cierta es la importancia de esta fase del procedimiento y la síntesis que implica, pero por ser, al parecer, el punto culminante, no explica el acto generador de la fusión. Parece partir más bien del final del procedimiento que del principio.

1.2.3. TEORIA DE ERNESTO SIMONETTO.

Previamente este autor destaca que:

- A) La intención de las partes no es extinguir, sino reforzar organismos, haciéndolos más idóneos y potentes.
- B) El paragón entre la fusión y la sucesión mortis causa es impropcedente. La intención de la pretendida sucesión universal fusión, no es idéntica a la que tiene la sucesión mortis causa. La naturaleza y función económico social del testamento y la intención del testador, no es idéntica al de la fusión.

La fusión no es un fenómeno por causa de muerte, sino que tiende a revitalizar los organismos participantes. No provee a la sucesión de aquél que ya no existe. Se transmiten no sólo derechos patrimoniales, sino situaciones jurídicas especiales.

"La secuencia de los eventos que se dan en la sucesión por causa de muerte y en la sucesión por fusión, es profundamente diferente, en cuanto a que en la primera, se tendría primero la muerte y luego la sucesión y en la segunda, primero la sucesión

y luego la muerte." (58)

C) Es absurdo conceder al socio derecho de separación con motivo de la fusión.

Para Simonetto, la teoría de la extinción-creación-sucesión, resulta insuficiente y ampliamente criticable. Considera excesivo extinguir para crear de nuevo, así como también el comparar a la fusión con la sucesión mortis-causa, y considerar que el -- acuerdo de fusión produzca efectos extintivo-constitutivos, cuando estos provienen del contrato de fusión.

Su teoría toma como elementos principales la intención de -- las partes y las funciones y límites de la deliberación asamblearia; así: "la deliberación asamblearia se revela capaz e idónea -- (...) para producir la fusión (...), con la correspondiente fusión de contratos y actos constitutivos. Las sociedades, en suma, no se extinguen, sino se fusionan, se unifican y las participaciones sociales permanecen perfectamente identificables en sus elementos cuando los contratos se unifican." (59).

Es pues la voluntad de la sociedad expresada mediante la deliberación asamblearia, la que da origen a la fusión. Dentro -- del procedimiento de fusión, éste parece ser el primer paso y para Simonetto, el instrumento principal.

(58) Simonetto, Ernesto, Op. cit. pág. 113.

(59) Idem, pág. 114.

El contrato de sociedad es para este autor de naturaleza abierta, donde se pueden agregar nuevos elementos después de la constitución de la sociedad. De esta manera, existe la posibilidad de que los contratos se unifiquen formando un todo, sin alterarse, sin extinguir la sociedad. La fusión, pues, no constituiría una sociedad nueva, sino sólo en potencia, mediante la unificación de los contratos.

Las participaciones sociales no se extinguen, se unifican en torno al núcleo social único; se unifican los patrimonios, cesando así la autonomía patrimonial entre los entes, de los varios complejos de bienes. La unificación de los patrimonios deriva de la unificación de los complejos personales y de las participaciones alrededor de la entidad social unificada.

En su concepto: "Aquello que la doctrina ha confundido por extinción de la sociedad y creación de una nueva sociedad diversa (...), es, en cambio, una única mutación, o sea, aquélla consistente en la pérdida de la individualidad, que es consecuencia necesaria y voluntad de la fusión." (60). Hasta aquí podemos distinguir a la deliberación asamblearia como instrumento principal de la fusión, a la unificación de los contratos de sociedad, dada la naturaleza abierta de éstos; a la intención de las partes de reforzar el vínculo social existente y la posibilidad de crear sin extinguir; son los puntos principales, hasta ahora, de esta teoría.

(60) Idem, pág. 115.

No se da en la fusión el aumento de capital o el ingreso de nuevos socios, precisamente por la unificación de complejos ya existentes. No hay, pues, aportaciones de las participantes. Lo que ocurre es una modificación del acto constitutivo. Este corresponde a la adhesión de participaciones sociales pertenecientes a otros entes, en torno a la sociedad unificada. La unificación del complejo de participaciones es el resultado práctico constante.

Por esta razón, afirma el autor, no debe haber derecho de separación para los disidentes. Es decir, al darse la modificación estatutaria del acto constitutivo en una de las sociedades participantes, esta modificación se reúne junto con las demás correspondientes a cada una de las demás participantes, en un acto constitutivo único, donde las modificaciones se reducen tan sólo al ingreso, de nuevos socios, cuestión que no parece afectar los derechos patrimoniales de los antiguos socios, ya que, como mencioné antes, la participación -- queda perfectamente identificada. No habría aquí razón de -- ser del derecho de separación del socio; sus derechos están a salvo, no existe el tránsito de su aportación, ni de su calidad de socio de una sociedad a otra. No hay más que una sencilla modificación estatutaria que traerá la consecuencia de una amalgamación de los contratos de constitución entre sí.

Hablemos de unificación de contratos, nos dice Simonetto, más que de compenetración de sociedades, en clara crítica a Ferri.

Apunta semejanzas entre el contrato de constitución de sociedad y aquél de fusión, diciendo que: "(...) constituyen dos etapas diversas de (...) la evolución de los organismos sociales, en busca de una sistematización óptima (...); el primero atiende al nacimiento y el segundo a la evolución, a la adaptación de la sociedad." (61). El contrato de fusión, viene a ser el desarrollo de aquél de constitución, su evolución, su movimiento de ajuste, orden y adaptación. Este, por su naturaleza abierta, se adapta a las necesidades del organismo social.

Se crea entonces, un negocio nuevo, evolucionado, como paso obligado posterior a la fusión. Es una creación que sigue a otra, como un movimiento evolutivo hacia formas de organización más sofisticadas, donde la S.A. resulta ser la expresión primaria. - - "Los participantes son ya socios de las distintas sociedades y por efecto de la fusión se convierten en consocios: no se tiene una constitución de alguna participación social, sino reunión de participaciones sociales preexistentes." (62)

Por ello, no hay transferencia de los bienes, como cuando las personas se convierten en socios como consecuencia de la suscripción de acciones y del aporte. Las sociedades en la fusión ya existen. No hay constitución, sino admisión de nuevos socios. Las sociedades se funden (no se extinguen para luego reconstituirse), mediante una modificación del acto constitutivo, en una operación única, como contraposición a una multiplicidad de actos que dispersarían socios y patrimonio.

(61) Idem, pág. 118.

(62) Idem, pág. 116.

Unificar las sociedades existentes, no es igual a la aportación a sociedades en proceso de constitución o ya existentes. El patrimonio de la participante, no es un aporte a la nueva o subsistente, sino que se reúne con otros en uno unificado, resultando de la unificación de las participantes. Los bienes ya existen en las participantes. No hay nuevas aportaciones. Sólo la simple reunión de patrimonios y socios.

Hay reunión de organismos sociales y contratos ya existentes, superando formalidades que se opondrían al proceso, siendo así posible por vía de la modificación (unificación y evolución), de los contratos y organismos, realizándose la fusión sin extinguir las sociedades que se funden y sin que se dé la sucesión. Se da una mutación máxima para no perder la individualidad, salvo en la integración. El límite consiste en la modificación de la causa social, de su objeto social; fuera de ella es posible todo tipo de modificaciones llegando a una extrema ductilidad, agilidad y capacidad de adaptación de la causa social a las exigencias prácticas. Existirán modificaciones de tal grado, que la sociedad se torne irreconocible, pero sin perder su identidad, salvo el caso de la integración. No admite Simonetto que, haya en la fusión la mutación del objeto social por otro distinto.

Finalmente, no admite, por los efectos de la unificación, la confluencia de varias relaciones jurídicas en una sola. No hay novación subjetiva, ya que los socios permanecen, ni tampoco la objetiva, precisamente porque no hay extinción, sino unificación y mutación de identidades preexistentes.

Tampoco se da una sucesión universal o particular, por la diferente intención de las partes, diferente función socio-económica y sus diferentes procedimientos.

Respecto a la limitante que establece Simonetto para la fusión, consistente en la modificación del objeto social, interpreto, ya que no lo dice explícitamente, que se refiere a la actividad de la sociedad, es decir, al ramo industrial o comercial al cual específicamente, se dedica y que posiblemente no pueda ser compatible con el de las demás participantes en la operación.

No es clara, en mi opinión, la teoría de este connotado autor, ya que primeramente afirma que ingresan socios en el organismo unitario por efecto de la fusión, además de los elementos patrimoniales que siguen a las participaciones sociales. Pero luego determina las diferencias entre el aumento del capital e ingreso de nuevos socios en la fusión, al decir que en ésta hay unificación de complejos ya existentes, no ingreso de nuevos socios o aportación ex-novo. Al determinar a la fusión como modificación correspondiente a la adhesión de participaciones a un ente único, unificándose junto con otros actos constitutivos en uno sólo, explica que tal modificación se limita tan sólo a la adquisición de nuevos socios.

No me parece que exista congruencia, salvo que se entienda de la siguiente manera: el ingreso de nuevos socios a una sociedad implica que ésta siga existiendo; en la fusión no hay adquisición de nuevos socios para la propia sociedad, sino para aquella resultante, es decir, se adquieren nuevos socios -

..... por agrupación de diferentes grupos que liquidan la individualidad de sus sociedades, en un sólo ente, de tal manera que cada uno se ve enriquecido en su vínculo social vía fusión, no vía ingreso de nuevos socios en la sociedad, porque ésta ya no funciona. Es diferente, pues, agruparse con otros grupos o vínculos, que admitir socios al propio vínculo, porque en el primero desaparece la sociedad, no así en el segundo.

Por tanto, el ingreso de un nuevo socio a una sociedad, que sigue funcionando como tal, con el consiguiente aumento de capital en la empresa, no es igual a la unificación de los diversos grupos con sus patrimonios en un sólo ente, ya que en ésta se amplía el número de socios, pero no el monto del patrimonio del vínculo singular, que participará proporcionalmente del patrimonio del ente único, en el cual se encuentra el propio patrimonio no aumentado; sin embargo las posibilidades del grupo sí, ya que ha unido fuerzas. Por esto Simonetto postula que hay unificación de participaciones sociales, no ingreso de nuevos aportes, con correspondiente unificación de vínculos sociales.

Se crea, según Simonetto, un negocio nuevo, evolucionado, como paso obligado posterior a la fusión. Es una creación que sigue a otra.

Sin embargo, no hay razones suficientes para considerar que la fusión no crea una nueva sociedad. La idea de su comparación y analogía con la constitución de la sociedad, ayuda a explicar a la fusión como una aportación de recursos a un fin común. Es lamentable que el autor no dé más razones para explicar tanto esta semejanza de ambos contratos, el de sociedad y el de fusión, como su negativa a de que mediante fusión no se crea una nueva sociedad. Por otra parte, es difícil distinguir, en sus distintas consideraciones, a cuál clase de fusión se refiere. Tal parece que en lo general se refiere a la integración y ocasionalmente a la incorporación.

1.2.4. TEORIA CONTRACTUAL

Esta teoría, nos enseña Vázquez del Mercado, se limita al acuerdo y al acto de fusión, para explicar la naturaleza de ésta.

El acuerdo de los socios de las sociedades participantes no es más que una declaración unilateral de voluntad de los entes a fusionarse. En él se delibera la fusión propuesta y los socios podrán oponerse. La resolución de la asamblea no implica ninguna obligación con las demás sociedades, siendo así que mientras las deliberaciones existan, sólo habrá declaraciones unilaterales de voluntad independientes, que si bien son necesarias, son insuficientes para llevar a cabo la fusión.

Para Garrigues, la fusión entraña una relación jurídica--- compleja, donde coexisten los actos corporativos y un contrato; internamente se dan acuerdos sobre disolución, aumento de capital, etc. Estos acuerdos no tendrían ningún sentido ni utilidad sin un acuerdo de tipo contractual entre los administradores:-- "El negocio primordial es, pues, siempre un contrato." (63)

El acto de fusión, por otra parte, explica Vázquez del --- Mercado, es un negocio bilateral ejecutado por orden de la voluntad de las asambleas, por sus representantes legales. El contrato de fusión se afectará así diferentemente, según sea la especie de ésta: uno de constitución, en el caso de integración y --- en la incorporación, un simple acto de cesión de derechos y --- obligaciones. En el primer caso tenemos la constitución de una nueva sociedad, tal será la naturaleza del contrato, porque las participantes se disuelven, transmitiendo el conjunto de sus relaciones a la nueva, la cual deberá cumplir las formalidades de constitución de nuevas sociedades.

En opinión de Vivante, (64), en el caso de la integración--- se da un contrato de fusión y no de constitución, ya que la sociedad viene a ser resultado de la fusión misma, no del acuerdo. De esta manera, el acto de fusión tiene un efecto constitutivo--- y extintivo, porque desaparecen las participantes y surge la--- nueva o se modifica la incorporante. Se da, según el autor, un--- doble efecto simultáneo.

(63) Garrigues, Joaquín. Op. cit. Tomo I, vol. III. pág. 1274.

(64) Vivante, César. Op. cit.

En el caso de la incorporación, esta teoría contractual--- considera que sucede una cesión de todas las relaciones de distinta y diferente naturaleza, pertenecientes a la cedente-fusionada y que por ley se efectúa a través de la sucesión universal. Inclusive llegan a afirmar que se da una comproventa o cesión,- pero cumpliendo especiales requisitos.

Para Vásquez del Mercado, la deliberación tiene como fin-- inmediato la fusión, si bien no la implica, ya que es sólo un momento de ella, porque la fusión tiene lugar con el acto de fusión, al celebrarse el contrato típico entre las partes y a consecuencia de éste surge la nueva sociedad, ya que las partes- celebran un contrato de fusión, no uno de sociedad.

A opinión de Vivante, los representantes de las participantes van a ejecutar los acuerdos de las asambleas, elaborando la base de la nueva persona jurídica, siguiendo las directrices de esos acuerdos, relativos al valor de las aportaciones o de las- utilidades, que hacen innecesarias nuevas deliberaciones, por-- que han sido resueltas en asambleas individuales. De no ser --- así, los nuevos socios, ausentándose o rechazando los acuerdos, podrían incumplir el contrato. El instrumento público suscrito- por los representantes no es más que un instrumento de eejecución exigido por la ley.

Nuestra LGSM considera que la nueva sociedad surge, no de un contrato de sociedad celebrado por los representantes de las partes, sino como efecto de la fusión misma,

..... como consecuencia del acto de fusión (art. 226). De la misma manera, en la incorporación, la adquisición del patrimonio de la desaparecida no es más que un efecto del contrato. Esto es claro, ya que de otra manera nos encontraríamos ante un diverso acto, por ejemplo, una compraventa. No nos encontraremos ante una simple cesión del activo o una venta en bloque, debido a -- que esta no da lugar a una fusión jurídica, ni ocasiona una com penetración, ni aún tiene su ordenamiento jurídico y permanece la supuesta fusionada responsable ante terceros.

Vásquez del Mercado se adhiere a esta teoría, afirmando -- que la fusión se da en dos partes: el acuerdo deliberatorio y -- su ejecución; el primero no implica la fusión aunque no se lleve a cabo el segundo, el cual es el contrato del cual ^{sur}surirá el nuevo ente o se realiza la incorporación.

Esta teoría, en mi opinión, analiza desde el punto de vista eminentemente práctico al fenómeno de fusión, sin tomar en -- cuenta aspectos teóricos como el canje de acciones. Me pregunto cómo podría explicar esta teoría este canje, sobretodo cuando -- se manejan conceptos como participación, acción o dividendos, -- si sus conceptos de ~~cor~~te civilista, no alcanzan a definirlos. Por eso le es aplicable la misma crítica que dirige en contra -- de la teoría de la sucesión. Si bien es correcto afirmar que en la integración no existe un nuevo acto de constitución, sino -- que la sociedad que suege deriva del contrato de fusión,.....

en primer lugar, es claro que no hay tal acto de constitución, porque de ser así, tendríamos que admitir la fusión con liquidación, aspecto que definí como contrasentido, en cuanto a - que ésta supone el pago-reembolso a los socios y la fusión no; consecuentemente se evidencia un fenómeno que esta teoría no alcanza a explicar y que es la compenetración de un ente en - otro, su disolución dentro de un nuevo contexto. Son éstos, - actos de naturaleza corporativa que bien pueden tomar la for-ma de un contrato, pero no por esto se puede decir que sea és te acto en sí, es decir, el contrato, aquella causa generadora de la operación. Es la voluntad, digamos "corporativa", expresada por la sociedad en sus respectivos acuerdos, la que - lleva dentro el "germen" de la fusión, el inicio de todo el - procedimiento que implica; el contrato, en cambio, como fase-ya adelantada de este procedimiento, contiene un "producto -- terminado".

Siguiendo este orden de ideas y considerando las expresa- das en esta teoría observo que esta incurre en el mismo error que la teoría de la sucesión; es decir, basarse en una conse- cuencia, el contrato, para explicar la naturaleza de la fusión.

El contrato de fusión no viene a ser más que la forma de documentar, de formalizar una voluntad que se ha venido confor- mando desde etapas anteriores y que al llegar al papel no es- más que un requisito más, propiamente legal, ya que nada impide,-

..... en puridad, el que sea verbal; claro que al ser complicada la operación, esto ocasionaría un alto grado de inseguridad. En pocas palabras, considero que no es el contrato el que da -- origen o provoca la fusión, como tampoco lo hace la sucesión -- que en ella ocurre, porque ambas son consecuencias de actos anteriores.

1.2.5. TEORIA PROPIA.

Las distintas teorías que he analizado, poseen un grado de interés que llama la atención; son sostenidas cada una por reconocidos autores y su fundamento no dista demasiado de ser el -- correcto. Se refieren todas, a fenómenos que indubiamente se -- dan en el proceso de fusión. Por esto, no pueden ser completa-- mente rechazadas.

Cabe hacer aquí una breve digresión, que me servirá para fundamentar críticas posteriores. Pues bien, el Derecho tiene -- como herramienta principal al lenguaje, tanto hablado como es-- crito y varios problemas de Derecho son, en buena parte, problemas de lenguaje, de encontrar la palabra apropiada que defina -- un régimen jurídico, una nueva institución o el concepto aplicable a un caso. Por otra parte, es generalmente admitido que el Derecho es un todo y que las distintas ramas en el que se le -- divide, sirven para facilitar su estudio y comprensión.

Y es éste el primer error en que incurren, ya lo he apuntado, en que incurre tanto la teoría de la sucesión como la contractual, al querer aplicar y explicar fenómenos mercantiles, - con conceptos e instituciones civiles. Quizás peque de rigidez, pero si no se observa una disciplina y esfuerzo, nos encontraremos ante conceptos insuficientes o tan generalizados que caeríamos en un absurdo.

Por otra parte, es de hacerse notar que todas las teorías tratan de encontrar el acto generador, provocador de la fusión, aquél que le da origen; así, las teorías de la sucesión y contractual fallan en el intento, porque buscan ese origen en consecuencias de otros actos, como son la sucesión y el contrato, - que si bien indubitablemente suceden, son provocados por otros actos que son anteriores y jerárquicamente más importantes, como lo es el acuerdo asambleario, respecto del contrato y uno y -- otro respecto a la teoría de la sucesión. Empero, ninguno de los dos da origen por sí sólo a la fusión.

La interesante teoría de la tasación proporcional, si bien evidencia el punto probablemente culminante de la fusión y nos permite así entrever más claramente el carácter corporativo del acto, dramatizando el necesario uso de conceptos mercantiles - para explicar fenómenos de la misma especie, incurre también en el error de considerar a la tasación proporcional y al consecuente canje de acciones, como actos generadores de la fusión, - cuando en realidad, son consecuencia a su vez de otros actos.

Lo que deseo aquí dejar claro, es que la naturaleza jurídica de la fusión, la encontraremos en la medida en que descubramos ese acto generador tan mencionado y que da origen a los demás.. Es decir, encontrar el acto primario que provoca a los secundarios que los ocasiona. ¿Cuál es pues ese acto generador?.

Esta cuestión implica una anterior, y que consiste en definir, dentro del procedimiento de fusión, cuál es el primer acto que lo inicia. Si consideramos un punto de vista práctico, encontraremos que son las tratativas y pláticas preliminares entre los administradores de las participantes, las que redactarán las bases generales de la fusión, para después proponerla a una asamblea extraordinaria, ya que por sí sola tal proposición no obliga a la sociedad representada por el administrador y no necesariamente provoca la asamblea extraordinaria, la cual puede ser convocada para otros efectos.

Desde el punto de vista teórico, es el acuerdo de la asamblea aquél que "echa a andar" y da las bases para la fusión, permitiendo la formalización de esas pláticas anteriores. Es en la asamblea, en el acuerdo que ésta toma, donde se manifiesta la voluntad de la sociedad. Es, definitivamente, el acuerdo deliberatorio de fusión, ese acto generador del fenómeno. Y la lógica así lo indica, si pensamos que al buscar la naturaleza del mismo, tratamos de descubrir el acto primero, prístino,.....

como exteriorización de la voluntad del ente. Es a partir de este momento y a partir del cual se inicia el procedimiento de fusión.

Siguiendo esta idea, llegamos claramente a considerar, en consecuencia, que este acuerdo tomado es una especie del género de los negocios corporativos, ya que sólo corporativamente, mercantilmente hablando, se pueden explicar como acto realizado por una sociedad en expresión de su voluntad. Por esto, adhiero a la teoría del acto corporativo y a la idea de Simonetto de el acuerdo deliberatorio como acto generador de la fusión.

En cuanto a las ideas de Ferri y Simonetto sobre la compenetración y unificación de entes, respectivamente, considero para la fusión, más exacto el hablar de unificación, que implica la idea de hacer una sola cosa, unificando, mezclando y amalgamando; fenómeno que claramente se presenta tanto en la integración como en la incorporación, que de compenetración, que para mí significa identificación en ideas y sentimientos. Pero no es mi intención caer en un juego de palabras, en todo caso, los entes se compenetrán para unificarse; es decir, identifican objetivos para formar un todo al unirse, y es esto, en último caso, la finalidad de la fusión, correspondiendo así a un orden lógico: ideación-compenetración-unificación.

Ahora bien, la postura de Simonetto que postula al contrato de fusión como de naturaleza abierta y cambiante, en grado tal que llega a admitir una unificación con otro contrato de la misma especie, es, sin duda, interesante y ~~fundamentada~~, pero el querer paragonar al contrato de fusión con el de constitución de sociedad, de tal manera que el primero viene a ser la unión de varios de los segundos, es caer en la teoría contractual. No niego la posible naturaleza abierta del contrato de sociedad, ni tampoco la idea de unificación en la fusión, --- a la cual me adhiero, pero no considero correcto hablar de --- unión de contratos, sino de sociedades, de personalidades, de entes. Es indubitable que el contrato es aquel que origina la sociedad, pero los mismos sostenedores de la teoría contractual diferencian y rechazan una identidad del contrato de --- constitución con el de fusión y caen así en la contradicción que en su momento apunte: al considerar correctamente que la sociedad nueva nace de la fusión y no de una nueva constitución, reconocen la idea corporativa que tanto rechazan, ya -- que este nacimiento es un fenómeno del derecho de sociedades, -- un fenómeno corporativo.

De esta manera, Simonetto también pretende explicar a la fusión como una unión de contratos, mediante una unión de contratos, aplicándosele la misma crítica que a la teoría contractual, pero con una agravante más,

si hablamos de unión de contratos, deberemos referirnos, en este tema, a la llamada teoría de los contratos; es decir, considerar la unión de los contratos bajo esta teoría, de lo cual únicamente diremos que: "Se da cuando se presentan dos o más contratos en un sólo acto, y aún cuando cada uno conserva su individualidad, - existe el propósito de las partes, según sea el caso, de quererlos como un todo, ya formal, ya interno". (65). Queda fuera del propósito de este inciso analizar si se adapta o no a la teoría de Simonetto, a esta idea, pero basta la referencia de que cada contrato conserva su individualidad, considerar sus diversos -- ejemplos y variantes y el querer aplicar de nuevo, conceptos de derecho civil a fenómenos mercantiles, para determinar su inaceptabilidad.

En síntesis, considero que para definir a la fusión, es -- útil considerar al punto culminante o más importante, como lo apunté en relación a la aportación y para encontrar su naturaleza, buscar aquél acto generador, prístino, que origina todo el procedimiento

En suma, considero que la naturaleza jurídica de la fusión, en sus dos especies estudiadas, radica en un acto generador: el acuerdo de fusión que toma cada una de las asambleas extraordinarias de las sociedades participantes, y que da origen a todo el mecanismo, es decir, a las formalidades legales: estipulación -- del contrato, su ejecución como consecuencia de las directrices -- tomadas en el acuerdo y de ahí, la sucesión universal-

(65) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Puebla, 1978. Págs. 199-200 nota 1, letra (A).

....las distintas transmisiones, el tránsito de socios, el --- aporte, el canje de acciones, la tasación proporcional. Todo un engranaje detallado y preciso que busca conciliar y proteger a los diferentes intereses en presencia.

Y este acto generador tiene una naturaleza, netamente corporativa, como manifestación de voluntad de las sociedades mercantiles participantes, que se manifiestan corporativamente, es decir, a través del acuerdo de asamblea, que tiene toda una mecánica corporativa.

Si bien los acuerdos por sí solos no pasan de ser manifestaciones unilaterales de voluntad que en el contrato de fusión se encuentran, y es ahí donde obligan formalmente a las partes, sin esos acuerdos no existiría el contrato.

Por último, ese acto generador, se dirige a compenetrar a las sociedades anónimas para unificarlas, creando un todo único, infragmentado, como si sobre una base uniéramos varias piedras para formar una figura. Y he aquí que encuentro la variante: la fusión, a mi parecer y de acuerdo a la definición que propuse, es un aporte consecutivo al primario con que se creó la sociedad, en busca de mayor fortaleza, es un aporte global de los primeros aportes, a una sociedad de sociedades, (porque la sociedad permanece latente dentro de la subsistente), donde hay socios de los socios y en fin, una cadena de repeticiones que nos llevan a formas más evolucionadas de las sociedades mercantiles.

El acuerdo es el acto generador que lleva a competetrar-- a la sociedad singular con otras para unificarlas, mediante el - aporte global de su patrimonio, implicando así la sucesión, el - canje de acciones, el tránsito de socios de una sociedad a --- otra, la tasación proporcional, etc.

En otras palabras, me atrevo a afirmar que ese acto genera dor, el acuerdo asambleario, compenetrará a la sociedad que lo - tomó, con otras , para unificarlas, tomando no un acuerdo de - fusión, sino uno de aporte global de su patrimonio a la incorpo rante o para crear la nueva sociedad, desición de tal importan - cia y trascendencia que implica y trae como consecuencia a la - fusión. En ésta, según opinión generalizada que comparto, hay un elemento que determina la razón de ser y finalidad de la opera - ción: el patrimonio.

Si consideramos fríamente el supuesto de la fusión, encon - tramos a una o varias empresas, con dificultades patrimoniales, que necesitan resolver sus problemas económicos, y recurren a - procedimientos, muchas veces rebasadas, que el Derecho le brinda; es probable que también una empresa desee monopolizar el -- mercado existente; en cualquier caso recurre al aporte. Si éste no afecta demasiado el patrimonio de la sociedad, se dan las -- consecuencias, digamos "normales": reducción de capital, opera - ciones referentes a las acciones, etc., pero si envuelve a todo el patrimonio, entonces taerá como consecuencia a la fusión.

Dicho de otra manera, la decisión de aportar todo el patrimonio, deberá ser implantada legalmente como una fusión y ésta siempre supone un aporte total, sea que se entregue a una sociedad que incorpora, sea que se entregue para una sociedad que va a nacer.

Es entonces, en mi opinión, el aporte, el dato esencial en la fusión, ya que da la razón de ser de todos los distintos actos y consecuencias que se dan en el fenómeno de fusión. Debido al aporte, a la sociedad no le queda más que fusionarse (claro, refiriéndome aquí al aporte global que he considerado líneas -- arriba), tomando el acuerdo relativo, y desencadenar así todas las consecuencias que apunté y para que en cada una de ellas se pregunte el por qué de la fusión y se responda, por el aporte -- que realizaremos, junto con otras sociedades, a otra, ya sea -- nueva o preexistente, para lograr así una posición más sólida.

Es, por tanto, el aporte de capital, la idea generadora -- del acuerdo que desencadenará la fusión. En otras palabras, -- prácticamente es el aporte global de capital, que tomado bajo -- la forma de acuerdo de fusión, formalmente hablando, da origen -- y explica la naturaleza corporativa de la fusión y al mismo -- tiempo constituye su paso cumbre, final y más importante. El -- acuerdo de fusión siempre supondrá un aporte global; si no existiera este supuesto, el del aporte global, no se tomaría un -- acuerdo en tal sentido, es decir, no habría fusión.

1.3. LA FINALIDAD DE LA FUSION.

Con el objeto de apuntar aclarar y completar las ideas expuestas en el inciso anterior, me referiré primero, a las figuras que se asemejan a la fusión, segundo, a la escisión y por último, a la finalidad de la fusión, todo esto en forma panorámica.

1.3.1. ESTRATEGIAS EMPRESARIALES QUE SE ASEMEJAN A LA FUSION.

Diversas situaciones prácticas guardan una semejanza casi idéntica con la fusión. De Gregoric, (66), nos brinda algunos -- ejemplos de concentraciones fuera de fusión:

1) La enajenación de un patrimonio de una sociedad a otra, la cual entrega acciones propias o dinero y después se delibera la disolución y liquidación de la enajenante. En este supuesto, - Vivante, (67), considera que se debiera de asignar acciones de nueva emisión de la fusionante a los antiguos socios de la fusionada, modificando estatutos. Sin embargo, continúa, la fusión no obliga a modificar estatutos si se reembolsa en metálico a - los antiguos accionistas de la fusionada, el valor de su aportación o se les entrega acciones retiradas de la circulación o -- aquéllas recibidas en comisión por sus propios accionistas, es decir, de accionistas de la fusionante.

(66) De Gregorio, Alfredo. Op. cit.

(67) Vivante, César. Op. cit.

- 2) Durante la liquidación, la sociedad transmite su patrimonio o satisface a sus acreedores, liquida actividades, - - transmite activo y pasivo restante a otra sociedad.
- 3) Aportación de una sociedad a otra por aumento de capital quedando como sociedad financiera.
- 4) Adquisición completa de acciones de una sociedad por otra.
- 5) Expropiación completa de acciones de una sociedad por el Estado.

Sobre el cuarto ejemplo de concentración fuera de fusión, - Uría, (68), comenta que se da una autonomía jurídica subsistente pero no real. Cuando esta adquisición es seguida de disolución, no hay tampoco fusión, porque le seguirá forzosamente una liquidación y no se reagrupan los socios. En este aspecto, no estoy de acuerdo, porque la fusión va precedida de disolución y de -- ella no se sigue una liquidación. Continúa el autor diciendo - que al adquirirse totalmente el patrimonio, los patrimonios se - confunden, pero no se agrupan los socios. La vendedora aquí puede seguir operando o disolverse y liquidarse.

Ahora bien, continúa Uría, cuando el pago de la venta se hace en acciones de la compradora, la analogía se hace superlativa, pero aquí es la vendedora y no los socios la que se convierte en accionista, en cambio, si se conviene la disolución y liquidación de la vendedora, entregando a título de cuota de liquidación, acciones a la compradora, tendremos una venta fusión. La dife--

(68) Uría, Rodrigo. Op. cit.

rencia consiste en que los socios de la disuelta devienen socios de la absorbente por la vía directa del cambio, en la fusión, -- mientras que en la venta-fusión, la vía es indirecta, por medio de la sociedad vendedora, disuelta y liquidada.

Vivante comenta que en la concentración de acciones en manos de un solo accionista, falta la relación contractual, base jurídica de la sociedad; sin embargo, la sociedad continúa teniendo una vida aparente, ya que sus formas le dan figura de S.A. Es una fase de parálisis. Esta opinión no es del todo exacta, si recordamos a las sociedades unimembres.

La supervivencia de estas "sociedades " unimembres", según el autor, es debida a que la concentración de acciones en un sólo titular debiera de ser considerada como causa de disolución, -- que no opera sino a consecuencia del acuerdo del titular único. -- La forma le da substancia, siendo así que la sociedad existe, -- aunque carezca de un requisito intrínseco y esencial. Sin embargo, continúa Vivante, este único titular debiera de garantizar subsidiariamente el pago de los débitos sociales ya que entonces, si no fuera así, parecería que ejerce el consorcio con responsabilidad limitada.

De Gregorio da otros ejemplos de aplicación de la fusión a situaciones económicas en donde la fusionada es sustancialmente destruída a través de una liquidación:

- 1) Una sociedad, liquidada de hecho, (sin disolución), en cuanto a sus elementos esenciales, acuerda la incorporación transmitiendo el activo restante.

- 2) Incorporación a otra sociedad, sin llenar ningún requisito legal quien liquidará el patrimonio.
- 3) La incorporación, sin seguir el procedimiento legal de fusión, al igual que en el ejemplo anterior, a otra sociedad sin entrega de acciones de la incorporante a socios de la incorporada, sea porque el activo y el pasivo se incorpora no se entregan en dinero.

Estos y otros ejemplos nos sirven para comprender mejor a la fusión y delinear sus elementos. Ninguno de los ejemplos citados y otros que parecen "de laboratorio", meramente teóricos, como el supuesto de una sociedad acreedora de otra que absorba su patrimonio, no configurarán fusión, aunque hay algunos fenómenos que se le acercan sorprendentemente. Todos ellos y otros -- más que se nos puedan ocurrir, quedan explicados al considerarse la llamada fusión de hecho.

En ella, explica De Gregorio, se forma una sociedad única, con una única administración, un único patrimonio (de hecho), un único órgano administrativo con una asamblea única que obligan a un único ente. A este fin tienden los ejemplos que he citado. La cuestión, según Brunetti, (69), consiste en que una fusión de derecho sea actualizada y oponible sin llenar los requisitos legales, afirmando que una fusión sin formalismos sólo opera económicamente, siendo así que para De Semo, (70), la sociedad de he-

(69) Brunetti, Antonio. Op. cit.

(70) De Semo, citado por Brunetti, en op. cit.

cho por la unión de patrimonios, de una posible fusión de hecho.

Para Ferri, no hay una sociedad irregular entre los entes, porque de la ejecución de la fusión ineficaz, se da una sociedad entre los socios de las sociedades, no entre las sociedades. Es entonces, una simple operación práctica y si se quiere económica, pero no jurídica. Entre los socios ha habido una previa deliberación, teniéndose a la fusión por hecha, aunque frente a terceros no es oponible, sobre todo en cuanto a la conservación de sus garantías.

Para de Gregorio, (71), la fusión de hecho es ineficaz, persistiendo las sociedades con patrimonios separados, cuyos acreedores tratarán de satisfacer sus créditos, mediante la identificación del antiguo patrimonio.

Ferri nos brinda tres ejemplos de la fusión de hecho:

- A) Aquélla en que no existe negocio de fusión, por falta de liberación de las asambleas;
- B) Cuando existe un negocio de fusión, pero no se cumplen con las normas de publicidad y registro;
- C) Cuando siguen los requisitos de registro, pero no se publicó el balance o se operó antes de los tres meses de plazo para la oposición de acreedores (art. 224 LGSM).

En estos casos el enfoque es diferente, porque no se tra

(71) De Gregorio, Alfredo. Op. cit. págs. 228. ss.

ta de estrategias, sino de falta de cumplimiento de algún requisito.

En (A), se obtienen los efectos económicos, pero no jurídicos de la fusión; existirá una válida transmisión patrimonial que vincula a los acreedores, si éstos consienten. La disolución y liquidación serán eventuales, siendo así un negocio individual, no corporativo.

En (B) y (C), se da la transmisión como consecuencia de una fusión, pero en forma ineficaz por falta de requisitos.

La modificación estatutaria (art. 223 LGSM), no publicada, da una ineficacia absoluta, no habiendo obligación del socio de sujetarse a ella, no teniendo valor jurídico su ejecución. La reunión de hecho de varias S.A., en una sola, en base a una fusión ineficaz, no da como resultado una sociedad irregular: esto implicaría la conservación de un negocio ineficaz en otro, con la subsistencia de un elemento objetivo, (elementos esenciales para un negocio), y uno subjetivo (la voluntad).

El primero no se da, porque no se trata de crear un fondo-social del cual se dividan las ganancias, y el segundo tampoco, porque la voluntad va dirigida a la compenetración social y consecuentemente a la formación de una sociedad única y no a la -- creación de una sociedad entre los entes. La concentración irregular no da una constitución irregular, ni tampoco la voluntad para la nueva sociedad.

Termino este inciso con la afirmación categórica de Brunetti, (72): la condictio iuris de la fusión, radica en los actos unilaterales realizados por cada sociedad y que se estipulan en un contrato de fusión. El procedimiento de fusión es una unidad inescindible, formado por actos interdependientes y complementarios, la falta de uno, ríndela ineficaz y se llega al resultado mediante el contrao de fusión.

Comulgo, en lo general, con esta opinión de Brunetti, por la razón de que, siendo de por sí complicada la fusión, el desviar o modificar o aún omitir alguno de sus pasos, plantea situaciones fuera de lo común, que, imagino, son fuente de abusos y fraudes.

(72) Brunetti, Antonio. Op. cit.

1.3.2. FUSION Y ESCISION.

Me referiré en este inciso a un interesantísimo fenómeno-- vinculado con la fusión y que bien puede ser tema de una mono-- grafía: la escisión de sociedades anónimas.

Resulta esta operación, de una fragmentación del patrimo-- nio de una sociedad; de cada parte del patrimonio dividido, pro-- vendrá una sociedad.

Se puede combinar con la fusión, de tal manera que cada -- fracción de la sociedad escindida es absorbida por una sociedad existente o constituye junto con el patrimonio de ésta, el de -- una sociedad nueva.

Sus razones y motivos son diferentes a los de la fusión,-- es decir, suprimir el capital excedente para invertirlo en una-- sociedad creada para tal ocasión. En la escisión se da una de-- sincorporación, una fusión a la inversa, como legítimo procedi-- miento.

Ripert la define diciendo que: "La scission est la divi-- sion du patrimoine de'une societe entre deux ou plusieurs autres. La société qui si divisi disparait et ses actionnaires des so-- ciétés qui reaeillent son actif." (73) (la escisión consiste en la división del patrimonio de una sociedad entre dos o más. La-- sociedad que se divide, desaparece y sus accionistas se convier-- ten en accionistas de las sociedades que recogen su activo) Tal parece como una marcha atrás de la fusión.

(73) Ripert, Georges. Traité élémentaire por Roblot, pág.1009.

Simonetto, por su parte, la considera como un instrumento-
 "para efectuar una inmediata utilización de fondos que resultan
 excedentes por haberse cumplido el objeto social en forma satis-
 factoria, sin dilaciones (...), sin (...) transferencias que de
 otra manera, desalentarían a los socios y se dispersaría el ca-
 pital." (74)

Es de hacerse notar que mientras Ripert considera a la es-
 cisión como desmantelamiento de una sociedad, Simonetto, en cam-
 bio, la postula como un instrumento óptimo de inversión para -
 los recursos excedentes de una sociedad. Para Ripert, la socie-
 dad que se divide, desaparece, su patrimonio se fragmenta y sus
 socios transitan a las sociedades absorbentes de ese patrimonio
 o a la nueva creada al efecto. Ninguno de estos supuestos pare-
 ce considerar Simonetto.

La escisión guarda un grado de dificultad menor que la fu-
 sión, debido a que concierne a un solo ente, afirma Simonetto,-
 con sus elementos personales y patrimoniales, mientras que en -
 la fusión, operan varias sociedades unificándolas, con efectos-
 más amplios y complejos. Cabe dentro de las modificaciones es-
 tatutarias, afirma, por el carácter abierto del contrato de so-
 ciedad, por su flexibilidad. Es la dependencia y derivación en-
 tre la nueva y la vieja sociedad, la que da la posibilidad de -
 tal afirmación.

(74) Simonetto, Enrico. Op. cit. pág. 130.

El autor pretende esbozar así, que la escisión tiene un -- grado menor de dificultad que la fusión, porque implica una sociedad, de la que se derivará sus mismos elementos patrimoniales y personales y la coloca dentro de las modificaciones estatutarias debido precisamente a la flexibilidad del contrato de sociedad. Considera a la escisión implícita en la fusión:

En cambio Ripert, considera que la escisión propiamente dicha, provoca que la sociedad que se escinde aporte su patrimonio a las sociedades especialmente creadas al efecto, como un -- procedimiento de desconcentración de empresas, en conglomerados demasiados grandes. Una desintegración de una gran empresa, de un gigante empresarial.

La repartición del activo se puede hacer a sociedades preexistentes de la misma especialidad o a nuevas sociedades que -- nacen del aporte conjugado de varias sociedades antiguas que se reagrupan para reorganizarse.

Nada impide, que esas nuevas sociedades que nacen con motivo de la escisión, sean las antiguas que se fusionaron y que -- ahora reaparecen en su antigua forma: la persistencia del vínculo social y la vida latente de la fusionada en la fusionante, -- vuelven a hacer su aparición. Si la repartición del activo se hace a sociedades preexistentes, considero que aunque sean de -- la misma actividad, nos encontramos ante una desintegración de una sociedad.

Para Simonetto, la fusión y la transformación son modificaciones estatutarias específicamente reguladas por la ley, pero-

dentro del sistema de modificaciones; en cambio, la escisión es una especie del género modificación estatutaria, en base a una interpretación extensiva que hace el autor de la permisión de las modificaciones en general. Es decir, la escisión entra dentro de las modificaciones generales posibles dentro de la sociedad, diciendo que la escisión es: "aquella extensión y emanación directa del acto constitutivo, que es la escisión, apta para desdoblar la sociedad, creando una sociedad hija con el patrimonio de la sociedad madre." (75)

Fácil es inferir aquí que el autor nos muestra a la escisión como estrategia empresarial de expansión, mientras Ripert lo hace como de retracción. La definición anterior nos muestra a la escisión como instrumento de creación de filiales.

Interesante planteamiento que esas filiales, como queda dicho, sean las antiguas fusionadas. De cualquier manera, la escisión es una solución netamente práctica que rebasa la normativa legal. El problema radica en la legitimidad de la operación, no prevista en nuestra LGSM y sobre la facultad de la sociedad para crear otra.

La crítica consiste en que la autonomía de la voluntad en el ámbito privado, no puede actuar en materia de formas sociales, porque el resultado al que quieren llegar las partes, está condicionado a la existencia de ciertos actos y requisitos.

(75) Idem, pág. 134.

Habría que analizar si la sociedad puede tener un poder - dispositivo que le permita crear otras sociedades nuevas, dotadas de personalidad jurídica. Esto, en opinión de Simonetto, - no es posible, porque la sociedad es un contrato, obra de va- - rios sujetos, no de uno solo y porque la personalidad, junto con la patrimonial, sólo surge en los casos y con los requisitos -- previstos por la ley.

El supuesto sí coincide en ambos autores, es decir, la - - creación de una sociedad por acto de otra, pero no actuando con - juntamente con otras como en la fusión por la integración, sino singularmente, como socia única, sea que disponga de elementos - patrimoniales sobrantes o decida desintegrar una parte de su -- conglomerado, separa un grupo de empresas.

El planteamiento no es de nada fácil solución. Puntualicé - mos: tenemos una sociedad con recursos excedentes o que es tan - grande que desea reducirse, pero conservando una cierta cohe- - sión entre los entes creados, que pueden ser filiales, empresas nuevas creadas al efecto o que el activo retirado sea absorbido por otras sociedades preexistentes o que vuelvan a figurar, o - sea, las antiguas fusionadas.

El caso de que el activo sea absorbido por una preexistente no ofrece problema, como tampoco lo ofrece el que una sociedad, utilizando la escisión, separe una parte de su patrimonio para crear nuevas sociedades anónimas, siempre y cuando concu- - rran con ella el número de socios que la ley exige.

De otra manera, es justificada la crítica de Simonetto, - ya que sólo la ley crea y reconoce, no la voluntad de los particulares, la personalidad jurídica, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, como lo es el número de socios en una S.A.- Supongo que en la práctica corporativa se ha superado ya este - problema, mediante alguna variante, o bien, haciendo participar junto con la escindida, a socios fantasmas o a prestanombres en la nueva sociedad creada.

El procedimiento de escisión es muy semejante al de fusión; se aplican las normas relativas a la aportación, en cuanto a la protección de terceros, y en cuanto a la sociedad como organismo económico, atienden a la formación del patrimonio social, - aplicando las normas relativas. (Simonetto).

Se toma la decisión por la asamblea como si se tratara de una modificación de estatutos; se pueden crear así sociedades - anónimas que se registrarán de acuerdo al régimen de constitución - de nuevas sociedades. (Ripert).

Existe, por tanto, enseña Ripert, una sociedad que se escinde y un conjunto de sociedades, nuevas o preexistentes, que se benefician con la partición del activo de la escindida. Cuando son preexistentes, nos encontramos ante la fusión-escisión, - que implica aumento de capital en la absorbente y la aplicación de las reglas de la fusión por incorporación. Si las beneficiadas son nuevas, se rigen por las reglas de constitución con - aporte en especie. (integración).

Hay, en ambos casos, explica Simonetto, una reducción de capital para la escindida. Las acciones permanecen en el patrimonio social, conservando su valor que tenían antes de la escisión (ya que las acciones de la sociedad derivada pueden ser un activo en el balance de la escindida). Se utilizan fondos libres para inversiones colaterales. En cuanto a los acreedores, las sociedades beneficiadas son deudoras solidarias de los acreedores de la escindida, sin que por ello opere novación, sino precisamente una responsabilidad solidaria. (Ripert).

En cambio Simonetto considera que los acreedores no se ven perjudicados, porque los fondos de la escindida se dirigen a sociedades preexistentes o a crear nuevas sociedades, por ser excedentes. Se encuentran estos fondos, fuera del vínculo que tiene la escindida con respecto a sus créditos. Esta afirmación no la considero del todo exacta, ya que cabe recordar el principio de la prenda general tácita de los acreedores, que recae sobre todo el patrimonio del deudor y aunque no fuera así, cualquier reducción en el patrimonio de un deudor afecta la garantía de un acreedor. Este podría oponerse a la operación, si la beneficiada adquiere un pasivo tal que la pueda volver solvente, al igual que en la fusión, aplicándose lo mismo con respecto a la escindida, a sus garantías para sus acreedores.

Por otra parte, Ripert afirma que el aporte parcial de una sociedad a otra, conservando el remanente y su existencia -

.....jurídica la aportante, puede someterse al régimen de escisión o al correspondiente para el aumento de capital por aporte en especie. Sin embargo, tal aporte puede provocar el control de la beneficiaria sobre la aportante, la cual sufre una reducción de capital.

Aquí Ripert ofrece la opción apuntada, que más que serlo, parece confundir las dos figuras, que se asemejan grandemente. Considero que serán las circunstancias y condiciones las que aconsejen qué camino tomar, siempre y cuando se puedan prever las consecuencias en base a una legislación existente sobre la materia.

Sin embargo y para dejar apuntado un concepto genérico de escisión para efectos de esta tesis, tomaremos en cuenta el expresado por Ripert en la cita número (73), que en mi opinión es el que más se acerca a la realidad teórica de la operación referida a la fusión, ya que el confundirla con una reducción del capital, nos llevaría a considerar una temática que excede los límites de esta tesis. En una palabra, considero a la escisión como una fusión a la inversa, donde el todo, (la incorporante o la nueva), se descompone paulatinamente en sus partes, las cuales pueden ser absorbidas por sociedades diferentes, ya existentes pueden servir para crear nuevas sociedades, filiales o no, bajo los requisitos legales o finalmente pueden servir para hacer reaparecer a las antiguas fusionadas, en otro tiempo compenetradas para unirse, con su consecuente desaparición y que ahora recuperan su individualidad y su personalidad.

Es de hacerse notar como de nuevo aparece en la escisión, - la figura del aporte y el elemento patrimonial, como esencia de la operación, al igual que en la fusión. Si bien un sólo sujeto hace nacer la sociedad, cuando debería ser una reunión de varios, (como lo son los socios); es un sujeto colectivo, una sociedad. La sociedad que nace tiene una pluralidad de socios o uno sólo, pero de cualquier manera: es un ente colectivo, no una persona individual. (Simonetto) En mi opinión, bien pueden formar algunos socios de la escindida, junto con ella, los necesarios para la nueva o ésta puede ser formada por antiguos socios de las -- sociedades antes fusionadas. En cualquier caso los socios mantie- nen en la misma sociedad su aportación y su posición. Si bien - es un sólo sujeto el que la crea, éste sujeto es un ente colec- tivo que crea a su vez a otro ente colectivo y no a una persona moral. Y es de tal manera evidente que se crea un ente colecti- vo, que los socios de la derivada o beneficiada, pueden disol-- ver ésta, sin que la sociedad "madre" pueda imponer su voluntad, ya que si así fuera, deformaría la intención y traicionaría in- tereses.

Considero que el determinar una escisión sin tránsito de - socios de la escindida a la nueva o a la absorbente-beneficiada, sea que los fondos provengan de excedentes o de desintegración- del patrimonio, es confundirla con una aportación parcial del -- activo, que Ribert confunde con la escisión y que por eso mismo, me parece que la escisión es una aportación parcial

.....del activo de una gran sociedad, que puede obedecer a un exceso de recursos o a la intención de desintegrarla, dirigida, sea a sociedades diferentes, sea a crear nuevas o a hacer reapaecer antiguas fusionadas, pero siempre implicando el tránsito de socios y la reducción de capital en la escindida. Más sencillamente, no concibo a la escisión como una aportación parcial de activo de la escindida a la beneficiada, singularmente considerado, es decir, sin el tránsito obligado de socios.

1.3.3. LA FINALIDAD DE LA FUSION.

Pues bien, hemos llegado al inciso en que la definición y la naturaleza jurídica de la fusión, su diferenciación con diferentes situaciones de hecho y la mención de la escisión, se completan con la referencia genérica que sobre las concentraciones de empresas y sus especies realizaré a continuación.

Brunetti, en su ya multicitado libro, nos enseña que el reagrupamiento de sociedades es un fenómeno típico de la moderna economía y responde a necesidades derivadas de la creación de un núcleo productivo inicial, que a su vez dará origen a otras actividades subsidarias o colaterales, las cuales, por razones de organización, conviene una gestión autónoma, pero siempre con relación al control que sobre ella ejercen el núcleo original .

Es importante destacar aquí, antes de continuar con esta idea, el desarrollo que ha tenido la empresa, siguiendo a Rodríguez Rodríguez (76). Las diversas situaciones y circunstancias sociales y económicas que se han dado en el devenir económico de la sociedad, han producido cambios en las reglas del juego del mercado. Se comenzaron a dar los primeros monopolios y con ellos, una verdadera maraña de problemas, no sólo jurídicos, sino sociales y económicos. Se concentran las empresas, se unen los poderosos en diversas formas, entre ellas la fusión. Se crean así "estados" dentro de otros Estados, que trascienden fronteras y que plantean el cuestionamiento acerca de las empresas gigantes, transnacionales, cuestión de la cual se ocupa el derecho internacional privado. En opinión de Rodríguez, se crea un nuevo derecho, el derecho de la economía o derecho económico, que va a tratar de las federaciones y concentraciones de empresas.

En el caló empresarial, se ha dado por llamar "sistemas planetarios", (76 bis) a las concentraciones de empresas. De esta manera surgen las concentraciones horizontales y verticales para limitar la competencia entre las empresas, reagrupando -- sistemas de producción y se logra una igualdad y un reparto -- de riesgos típicos.

(76) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit.

(76 bis) Urfa, Rodrigo. Op. Cit:

La importancia que ha tenido y que actualmente tiene la empresa, la sociedad anónima en especial, es evidente. Sirve como instrumento idóneo de inversiones, incluso es utilizada ampliamente por el Estado para alcanzar sus propósitos.

"La empresa capitalista colectiva llega a su máxima expresión en la sociedad por acciones, que no es ya una unión de personas, sino de capitales." (77). Es esta una expresión muy elocuente que nos brinda el autor. Efectivamente, los capitales se encuentran en un momento dado desvinculados y desperdigados y al encontrar un objeto o propósito común, se vinculan y se funden para constituir uno solo y poder así lograr la consecución de un fin que le sería difícil, sino imposible, el alcanzarlo uno solo.

La sociedad por acciones es un síntoma, y reflejo de la sociedad capitalista, con fuerte dosis de despersonalización y "unión" de capitales, con un acendrado contenido económico. Tienen las sociedades por acciones, un sentido fuertemente capitalista, es un organismo esencialmente económico.

Sociedad y empresa son conceptos que se combinan pero no se confunden. Esta es un concepto económico, el cual, en sentido amplio, mira a la combinación de los factores de la producción. Aquella, combina, organiza y dirige tales factores mediante un órgano, el consejo de administración, que se supone formado por personas idóneas y que son las que verdaderamente manejan la sociedad, las que pulsan su vida, no los accionistas.

(77) Brunetti, Antonio, Op. cit. pág. 27, Tomo II.

Por ello, los economistas consideran al dividendo, como un simple rendimiento de capital, debido a la poca participación del accionista en la actividad social.

Todo ello dentro del contexto económico-jurídico, nos trae la imagen de la sociedad anónima como línea de límite entre la empresa mediana y la gran empresa. Esta trabaja ante un vasto mercado, con una fuerte y marcada división del trabajo. Los componentes, los accionistas, no concurren a la formación del rédito, pero sí al del capital. La constitución de empresas colectivas es signo de nuestros tiempos y el Derecho logró movilizar un número indefinido de partes alícuotas, estableciendo claras cuotas de dividendos.

Es la acción, un título que trajo una verdadera innovación económica, inaugurando una nueva era del capitalismo; podría considerársele como una mercancía más en el mercado. La rápida, ágil e irrestricta circulación de la riqueza y de la propiedad ha sido, quizás, el mayor aporte que ha traído a la sociedad capitalista moderna, la sociedad por acciones: el que una persona puede traficar con sus acciones con absoluta libertad, logrando ser socios de una infinidad de empresas, ampliando así fácilmente su patrimonio. Tales son las ideas que al respecto tiene Brunetti y que son tan claras, que no son objeto de cuestionamiento.

"Si de los aspectos económicos íntimamente vinculados a -- (...) las S.A. se pasa a otro punto de observación (...) externo (...) nos encontraremos (...) con otras manifestaciones carentes de legislación (...), entidades económicas que están (...) por -- encima de las S.A.." (78) Considera este autor a la sociedad de sociedades como aquella entidad a la que se refiere en la cita y yo me aventuro a afirmar que se trata de un paso más en la -- evolución de las sociedades anónimas: el aporte de los aportes, la sociedad de sociedades, los socios de los socios, todo encaminado hacia la máxima expresión de síntesis, de perfección, de resumen, de condensación: la aparición de la nueva sociedad.

La idea de entidad económica, considera el autor, se basa en la creación de una superestructura económica que reúne los esfuerzos singulares de empresas colectivas. La meta es mejorar la posición con respecto a la competencia y aún suprimirla, nivelando así la economía.

Las grandes concentraciones empresariales: Holdings, Trust, Cartel, sindicatos y consorcios, tienden hacia el monopolio. La forma así adoptada no puede ser aprobada sino en relación a su fin, el cual, si es monopolístico y antieconómico, daña a la comunidad, convirtiéndose así en un medio para alcanzar un fin antieconómico. Esta afirmación de Rivarola me parece pueril, porque de la misma manera podría decir que las armas no son condenables, en la medida en que no se utilicen para matar.

(78) Rivarola A., Mario. Sociedades Anónimas, Buenos Aires, 1941 Tomo I, pág. 90.

Los motivos para estas concentraciones, nos lo brinda Vivan te, en su obra citada, diciendo que la explotación de mayores -- capitales en una industria común, la eliminación de la competen-- cia, con la consecuente eliminación de perjuicios y gastos, crean do así un monopolio de hecho, formando empresas más sólidas en - períodos de crisis, son las razones que nos llevan a la concen-- tración, la cual ahorra las pérdidas a las que nos llevaría una- liquidación. Para este autor, la máxima libertad de constitución, debe dar como consecuencia la máxima libertad de fusión, limi--- tándose la ley a proteger a terceros.

Es la dinámica del comercio frente al mínimo de seguridad-- jurídica que debe dar el derecho en estas situaciones.

En opinión de Urfa, la concentración de capitales y de so-- ciedades se manifiesta de diversas maneras, y como ejemplos seña la las uniones contractuales y financieras, donde se conserva la autonomía jurídica, pero se pierde la independiencía económica: - la absoluta unidad, concentrando totalmente a elementos persona- les y patrimoniales, como en la fusión. Las raíces de este movi-- miento las encuentra en la racionalización de la economía, donde se concentran las fuerzas productivas mediante un plan, siguien- do criterios racionalizadores; "standarizando", especializando, - fusionando. En una economía planificada por el Estado, la fusión aparece como instrumento de movilización total de la economía.

En la economía de los grandes espacios, se dan los grandes espacios económicos, donde se apoyan las grandes concentraciones, suprimiendo la libre concurrencia y disciplinando la producción, para permitir la supervivencia de las empresas.

Y así, puedo decir, con Mossa, que: "La concentración (...) tiene múltiples ventajas económicas y sociales que una amplia experiencia ha demostrado; (...) ha sido útil para frenar los abusos de la competencia (...). Disciplina en forma natural la competencia, unifica costos, asegura el perfecto conocimiento de las condiciones económicas y esa unidad de mando que es la llave de las grandes empresas." (79).

Es esta una muy interesante opinión que nos muestra a la fusión como instrumento práctico de respuesta a las condiciones imperantes en el mercado.

En mi opinión, las concentraciones de empresas que someramente analizaré más adelante, son una cuestión que no sólo implica planteamientos jurídicos, sino económicos, sociales y aún políticos, si pensamos que es la ideología política que se adopte, la que determinará las formas económicas a seguir. Actualmente, sin pretender ser economista, la situación económica de nuestro país y de nuestro planeta, es difícil y complicada: diversos fenómenos han provocado la agravación de las condiciones económicas. Este es el caldo de cultivo de las fusiones de empresas, considerada ésta por la doctrina, como especie del género de las contracciones.

(79) Mossa, Lorenzo, citado por Brunetti, en op. cit. Tomo II, pág. 626.

Si la situación económica es estable, también se puede dar la fusión, si pensamos en ella como práctica con tendencias monopolísticas. Ante esta situación, los distintos ejemplos que consideramos al principio del inciso 1.3., nos hacen pensar en prácticas y movimientos que posteriormente desencadenarán en una concentración empresarial, sea Trust o fusión.

Las objeciones a este tipo de empresas se han dado desde el siglo pasado cuando comenzaron a surgir. Fueron y son duramente criticadas y es cierto que conllevan una serie de perjuicios a la sociedad. Pero no deben ser entendidas como monstruos devoradores de la economía, sino como un paso más allá en la evolución de la misma, de la sociedad, de las empresas; evolución que no gustará a muchos y que lleva una serie de consecuencias difíciles, tanto de aceptar como de permitir. Sin embargo, son necesarias, como necesarios son los pasos de la evolución. Es duro, pero necesario y aún beneficioso. Estos fenómenos los provoca la situación imperante, económica y social y surgen como instrumentos de solución .

Son estos tipos de concentración, Trust, Cartel, etc., necesarios, aceptables y deben ser considerados como etapas de perfeccionamiento y evolución del sistema de libre empresa y aún de la sociedad, que evoluciona irremediablemente hacia formas cada vez más amplias y complicadas de corporaciones. Pero aquí ya entraríamos en cuestiones políticas y económicas que, además de ser profano en el tema, no entran en esta tesis. Una verdadera lástima.

En este contexto, podemos comprender más amplia y cabalmente a la escisión, como el desmembramiento, la desintegración de un gran conglomerado, como los veremos y no tanto como alternativa de inversión para excedentes de fondos.

Para la gran empresa, Rodríguez apunta las siguientes características:

A) Una concentración industrial y comercial. La continua dinámica del crecimiento industrial y comercial se refleja en la multiplicación de los establecimientos de la misma. Se concentran, - crecen, acumulándose el capital. El mayor beneficio orilla e impulsa al crecimiento del activo fijo o capital constante (maquinarias). Así se eliminan a las pequeñas empresas carentes de infraestructura y se da " la centralización de empresas que persiguen en su fusión o simplemente en su coordinación, la eliminación de los factores de concurrencia." (80). A ambos factores - agrega la superioridad técnica, el menor costo, las ventajas en el transporte y la ganancia por número, no por unidad. El contenido económico de la cuestión es inmediatamente apreciable, --- trascendiendo en lo político y en lo social.

B) La producción en serie. Resultado del maquinismo. Se reducen los tipos de productos fabricados para facilitar el cambio.

C) Organización científica del trabajo.

D) La integración. Que es el carácter más interesante para la tesis. En la industria moderna, la conjunción de los diversos factores de la producción, trae como consecuencia la concatenación de diversos actos y actividades, sean de extracción, transformación, etc.

(80) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. T. II, pág. 514.

"Debido a la complejidad de estos actos, se necesita que - la empresa pueda realizar una serie de trabajos distintos y coordinados, para llegar a ser así más independiente cada vez y - consecuentemente más fuerte y sólida. Es éste el fenómeno de - la integración, la cual es ascendente o vertical, cuando precisamente la empresa tiene la capacidad técnica y financiera para lograr el producto final, es decir, tiene la materia prima y -- realiza todos los actos del proceso de producción. Será descendente u horizontal cuando la empresa controla a otras para las- que la producción de aquélla es importante." (80 bis).

Brunetti nos detalla mejor estas características al apuntar:

- I) Un control mediante la participación accionista, que puede ser total o de influencia según su proporción. Aun cuando la participación sea minoritaria aunándolo al de las otras empresas del grupo en la misma sociedad, se obtiene:
- II) Una comunidad de intereses mediante un acuerdo contractual entre empresas autónomas que se reparten las ganancias.
- III) Una delegación de miembros del consejo o directores de la sociedad en los de las otras (vínculo moral).
- IV) La administración de toda o una parte de la empresa por -- otra bajo la forma de filiales, relacionando todas las haciendas, creando una empresa administradora.

De todas ellas, la más usada es la participación accionaria que se denomina: sociedad madre y sociedad hija en Alemania, subsidiary company, en Inglaterra....

(80 bis) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. T. II, pág. 516.

..... que se diferencia de la holding company,, ya que en aquélla se tienen más de la mitad de las acciones o votos y en Italia, sociedad a cadena. Estas formas se realizan, ya sea por creación de una pequeña sociedad hija o mediante posteriores y ulteriores inversiones en capitales y acciones de otras sociedades.

Conozcámos ahora las formas específicas de concentración, según nos enseña Kaskel, citado por Rodríguez:

--- Uniones contractuales : (a) transitorias, sin menoscabo de la independencia jurídica. (consorcio).

(b) duraderas, con pérdida de la independencia jurídica (fusión). (recuperación de esa independencia con la escisión, en mi opinión.)

(c) Duraderas sin pérdida de la independencia jurídica: (1c) Regulación de la producción, precio y relaciones con la clientela. (Cartel).

(2c) Para fines especiales: comunidad de ganancias u obtención de materias primas (konzern)

Rodríguez, en cambio, contempla la concentración de empresas de la siguiente forma:

A) Internas: ampliación y crecimiento con problemas de sucursales y agencias.

B) Exterior: (1B) Con desaparición de algún titular jurídico (fusión).

(2B) Sin desaparición de titulares jurídicos (Cartel, Trust, Konzern).

(3C) Creación de un nuevo titular jurídico: sociedad de sociedades, sociedad madre y sociedad hija.

Así podemos vislumbrar claramente: a la fusión como especie del género de la concentración de empresas, como estrategia empresarial, diferente e independiente de cada una de ellas por ese importante y determinante elemento que permite diferenciarla de todas las demás formas: la desaparición de una de las sociedades cuando menos; a la escisión, no como forma de crear -- sociedades filiales, (Simonetto), sino como fusión a la inversa o como desmembramiento de algún conglomerado, cuando al mismo se le pueda aplicar tal figura, pero no, repito, como instrumento de expansión, sino de retracción y de desintegración; a todas ellas, como paliativo, remedio y perfeccionamiento del sistema de libre empresa, capitalista, dirigido a corregir los errores del sistema de libre concurrencia, perfeccionando, mejorando e incrementando mejores condiciones en el mercado.

Junto a la fusión, al cartel y a los trust que sirven para reducir la competencia, las participaciones se presentan como la forma más sencilla de enlazar empresas y que varía según la proporción de acciones que pasa de una sociedad a otra.: si es menor, será influencia, pero si es una mayoría, se convierte en predominio, caso en que nos encontramos con que la sociedad tiene el control. De aquí a la fusión de hecho, hay un corto paso, conservando controlada y controladora su personalidad.

Es esta la idea de la Holding, la sociedad financiera que invierte acciones y obligaciones de diversas sociedades operando dentro de diversos límites. Mediante la Holding se logra la colocación de títulos nuevos que no se acogerían por el público o lo harían lentamente. Esta sociedad financiera maneja la administración, acciones, asambleas, nombra administradores y comisarios, reparte dividendos y deja a las filiales una dirección tan sólo administrativa.

Implica la Holding, la creación de una sociedad superdominante, quedando con respecto a sus dominadas, una cierta autonomía jurídica, constituyéndose su patrimonio de las acciones que posee de cada una de las administradas. Existe, pues, una sociedad dominatriz y varias sociedades dominadas. Aquella es la sociedad financiera, administradora de éstas, para así lograr un mejor aprovechamiento de los recursos. Hay una administración interna, de una sociedad central sobre las administradas, como si fueran sucursales y así tenemos que la sociedad central dominatriz-financiera-holding no tiene más industria que administrar a las sociedades dominadas-administradas, que carecen de dirección administrativa industrial.

La holding podrá presentarse en forma vertical, cuando se realiza en forma ascendente, o descendente u horizontal, cuando se amplían las clases de los productos elaborados.

En otras palabras, la integración ascendente o vertical,-- se refiere a una cadena de producción, que las empresas van integrando en una concentración, cubriendo cada una diferente fase de la cadena, obedeciendo a la planeación establecida por -- la dominatriz; la integración descendente u horizontal, resulta en un control de empresas dependientes técnicamente. Así, la integración vertical puede ser ascendente o descendente y la horizontal se referirá a la diversificación de los productos elaborados.

En cuanto al Cartel, Tchernoff, citado también por Rodrí-- guez, apunta los siguientes caracteres:

- A) Tiene como fin influenciar al mercado.
- B) Es de carácter provisional.
- C) Si bien técnicamente no se crea un Órgano distinto a los demás, en la práctica se crea una personalidad jurídica distinta, llamado sindicato, sea en forma de sociedad o no. Cabe la posibilidad de que sea un acuerdo oral y que la conformen productores o consumidores.
- D) No supone uniones industriales o financieras; sus propósitos son siempre comerciales y, en teoría, no tiene a monopolizar. En pocas palabras el Cartel, "es un acuerdo contractual entre individuos o sociedades, que, sin renunciar a su existencia comercial e industrial distinta, se entienden para seguir

....mediante una acción concertada, un resultado económico --- determinado." (81).

El Cartel se diferencia de la fusión, porque mientras en ésta desaparece cuando menos una de las participantes, esto no sucede en aquél. En el primero se persigue una acción concertada, ⁹cos que en el segundo se convierte en única acción. El Cartel trata de no agravar la situación, mientras que la fusión se dirige a reforzar una empresa. El Cartel pretende evitar un futuro perjuicio, la fusión, una futura liquidación.

Algo semejante se puede decir con respecto a la Holding, -- en referencia a la fusión: diversidad de fines y de efectos.

En el llamado Trust, se da " una agrupación de empresas -- sobre las que existe ahora, una comunidad de intereses más o -- menos estrecha, que representa una gama de las más complejas, -- que comprende desde el simple cambio de patentes y de informa-- ciones, hasta la constitución de un órgano director único, respe tándose la independencia y autonomía de las empresas y su perso^u nalidad jurídica." (82) De este Trust, bien puede derivarse la - holding y es clara la diferencia que tiene con la fusión.

La expresión Konzerne, se refiere, dentro de la clasificación de Kaskel ya aludida, en una simple convención de comunidad de ganancias o de obtención de materias primas.

(81) Idem, pág. 531.

(82) Ibidem.

La fusión se distingue de estas y de otras formas de concentración fácilmente: siempre se dirigirá hacia la unión de esfuerzos para configurar una sola fuerza, un todo, dirigido a salvar a las empresas de su posible liquidación o para reaccionar en contra del mercado, agrupando políticas empresariales.

Queda así encuadrada la fusión, dentro de las estrategias empresariales, como una especie de concentración de las empresas mismas, en lo que el elemento patrimonial-económico se encuentra muy presente y reafirmo mi idea del aporte como dato esencial en la fusión. La escisión, por su parte, y aun que lo repita demasiado, queda bien comprendida como instrumento de reversión y desintegración de un conglomerado, desmembración de una fusión anteriormente realizada, restituyendo las cosas al estado que tenían antes de la concentración.

2. EL PROCEDIMIENTO DE FUSION

Lograda una idea clara y completa de lo que es la fusión, - en este capítulo entraré al estudio de los diferentes pasos que las sociedades participantes deben cumplir, para llevar a cabo la fusión, dando primero una idea de cuáles son esos, para después analizarlos.

2.1. Secuencia del procedimiento de fusión.

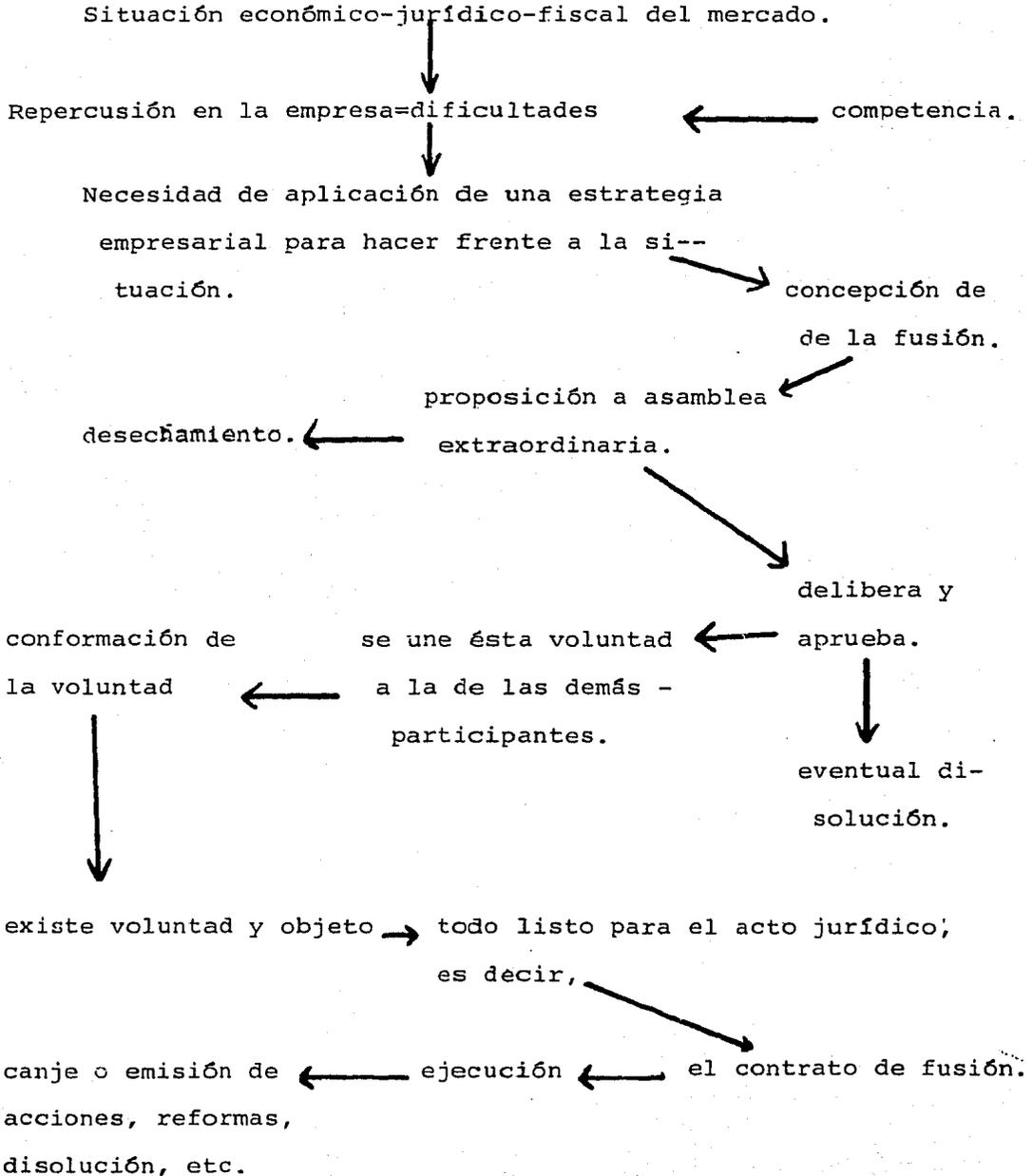
"(...) la fusión se perfecciona en dos fases: la primera - concierne a la manifestación de voluntad de cada una de las sociedades a fusionarse; la segunda, encierra un acuerdo, un contrato entre ambos". (83).

Estos son los dos pasos principales que se dan en el procedimiento, los dos que se deberán tomar en cuenta durante toda la secuencia; en otras palabras: "...Hemos dicho ya que la fusión se compone de dos elementos, o sea, la deliberación por -- parte de cada una de las sociedades que deberán fusionarse, y - el acto de fusión, es decir, la celebración del negocio jurídico por el que la fusión se lleva a cabo". (84).

En la siguiente página propongo un primer esquema de secuencia del procedimiento que nos ayudará a entender el que posteriormente lo completa.

(83) Garo J., Francisco. Sociedades Anónimas. Buenos Aires, 1954, Tomo II, pág. 222.

(84) Vásquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág. 322.



Aquí debo de reafirmar que el primero paso del procedimiento es el acuerdo deliberatorio de fusión, que, como he dicho antes, es la expresión de la voluntad de la sociedad que viene a poner movimiento al procedimiento. Lo anterior a este suceso, son circunstancias y condiciones que motivan la operación, pero que singularmente consideradas no constituyen el inicio de la fusión; y las consideraría más bien como antecedentes de la operación de fusión.

Para Brunetti (85), se dan en principio declaraciones unilaterales de voluntad que se van a fundir en un acto de fusión, que es bilateral, ya que es ahí donde se van a encontrar las -- manifestaciones, y así tenemos que la deliberación de la asamblea de socios en cada sociedad participante, donde se alegará un estado patrimonial de los bienes tanto de la fusionada como de la fusionante. Se concretiza aquí la decisión de fusionarse del complejo de socios de cada participante. La deliberación, más la presentación y aprobación del balance último de la sociedad, que permite apreciar el estado patrimonial de la sociedad, se depositan en el Registro Público de Comercio, junto con el sistema para extinguir el pasivo para las sociedades que se van a fusionar. (art. 223 LGSM)

Transcurrir después, un término de 3 meses contados a partir del día de la inscripción, considerado como el término para que los acreedores presenten oposiciones a la operación. Estas provocarán durante su sustanciamiento, la suspensión del...

(85) Brunetti, Antonio. Op. cit. pág.

procedimiento de fusión, "hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada" (art. 224 LGSM).-- Terminado el plazo sin haberse formulado posición, se podrá estipular el contrato y provocar la sucesión universal inter-vivos - (art. 224 LGSM).

La publicación de los acuerdos de fusión, junto con el balance y el sistema para extinguir el pasivo de las fusionadas, deberán publicarse en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse (art. 223 LGSM), de tal manera que si cada fusionada tiene domicilio en diferentes ciudades o cada una posee filiales en diferentes plazas y que se incluirán en la fusión, deberán publicar esos documentos, en cada una de las ciudades en que tengan su domicilio social. La práctica ha añadido publicaciones en los periódicos de mayor circulación.

Así, transcurrido el plazo aludido o efectuada alguna de las excepciones que señala el art. 225 LGSM, "...sigue la estipulación, mediante deliberación de las sociedades, del acto de fusión propio y verdadero que da ejecución a la deliberación -- asamblea mencionada, manifestándola y traduciéndola en negocio." (86)

Este procedimiento, lógicamente, se desenvuelve paralela y separadamente en cada sociedad, como conjunto de actos unilaterales que se vaciarán en el acto de fusión, que tiene la naturaleza de contrato.

(86) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág. 181.

En cuanto a las tratativas precedentes a la deliberación - de la asamblea extraordinaria, comulgo con la opinión de Simonetto, en el sentido de que si bien cada acto del procedimiento, sea práctico o jurídico, señalado como indispensable, tiene su valor, pero puede invertirse el orden de su secuencia, manteniendo su naturaleza, efectos y caracteres, siendo esto más importante que seguir el procedimiento paso a paso (87). En otras palabras, es necesario distinguir dentro del procedimiento, los pasos que son eminentemente prácticos, como estas tentativas y los pasos netamente jurídicos, como el acuerdo deliberatorio de fusión. No son indispensables los pasos prácticos, no jurídicos, pero ayudan a comprender el procedimiento que estamos examinando.

Estas tentativas preliminares plantean una situación interesante: la estipulación de un contrato de fusión por una persona sin poderes para obligar a la sociedad que representa, es decir, el que una persona representante de la sociedad, estipule un contrato de fusión sin estar autorizado para ello.

Podría darse aquí, según Simonetto (88), una posible ratificación por parte de la asamblea, ya que el representante pudo haber actuado rápidamente, por temor de pérdida de voluntad o interés de contrapartes, práctica que se impone en el dinámico mundo corporativo.

(87) Idem, pág. 183.

(88) Ibidem.

El acto de fusión estipulado, no tendrá otro efecto inmediato, que preparar la decisión de las participantes que se expresará a través del acuerdo de asamblea. Una vez que interviene la deliberación de ratificación, (de fusión, según la ley), el acto de fusión será, en cuanto a la sociedad que ha tomado un acuerdo en tal sentido, inmediatamente eficaz y operante.

En otras palabras: la estipulación del contrato de fusión por persona no autorizada, a cargo de la sociedad que se supone representa, prepara a la asamblea de ésta para su decisión, la cual, si resulta afirmativa, ratifica el poder y la estipulación, siendo así el contrato de fusión, en este preciso momento y no antes, con respecto a la sociedad que ratifica, inmediatamente eficaz y operante.

"Hemos dicho que el acto de fusión será puesto en operación inmediatamente, por lo que respecta a las sociedades que decidieron fusionarse." (89) El caso es el que contempla el art. 2565 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), donde se deja a opción del mandante el ratificar la operación realizada por el mandatario en exceso de poderes. El art. 2563 del ordenamiento citado, aclara la situación al determinar que, cuando no fuere posible la consulta con el mandante, para realizar una operación fuera de sus atribuciones, el mandatario podrá actuar como la prudencia le dicte; en el caso de la fusión, el ejemplo sería la estipulación anticipada del contrato con promesa de ratificación por parte de la asamblea de la sociedad que representa.

(89) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág. 182.

Ahora bien, en cuanto a que la estipulación del acto de -- fusión, ratificada por la asamblea, sea inmediatamente eficaz -- para la sociedad que decide fusionarse, de tal manera que po- -- dría ser exigido su cumplimiento por sus contrapartes, no es -- exactamente en mi opinión, debido a que los arts. 223 a 225 de -- la LGSM, impide tal situación al establecer, primero, la publi- -- cación de los acuerdos de fusión tomados por las distintas so- -- ciedades, junto con el balance y el sistema para extinguir el -- pasivo, con las excepciones del art. 225 del mismo ordenamiento -- y segundo, el plazo de oposición para los acreedores. Y sólo a -- partir de la terminación de este plazo, sin oposiciones

que se podrá estipular la fusión en un contrato y queden obligadas las partes; mientras tanto, existen un conjunto de intenciones/declaraciones unilaterales de voluntad de cada sociedad, que se reunirán en el contrato, pero que, mientras tanto, no obligan a las sociedades.

En la práctica, supongo que es posible que la ratificación se dé al mismo tiempo que el acuerdo con los acreedores que permite la LGSM (art. 225) y que permite la ejecución del acuerdo y la firma del contrato; sin embargo, aún faltarían los requisitos de publicación e inscripción. En ambos casos, es decir, ra tificación posterior a la estipulación y que ésta sea simultánea al acuerdo junto con los acreedores, considero que nos encontramos ante una fusión de hecho, que estaría afectada por -- una falta de formalidad diferente en cada caso.

Por lo tanto, es más exacto hablar de que la estipulación-

obliga, pero queda afectada de una ineficacia frente a terceros hasta que se les pague o se garantice sus créditos.

La publicación e inscripción del acuerdo, el balance y el sistema para extinguir el pasivo, tienen por objeto dar la posibilidad a acreedores y socios de oponerse al procedimiento. En las hipótesis anteriores, al cumplirse con estos requisitos, en lugar de pasar a celebrar el contrato, se pasará directamente a ejecutarlo; es decir, tanto se puede pasar a estipular el contrato de fusión, una vez llenados los mencionados requisitos, como provocar la plena eficacia del previamente celebrado.

Por otra parte, podría darse la falta de estipulación de -- contrato después de la deliberación respectiva; ésta queda como el acto meramente interno de la sociedad, pudiendo, posiblemente, las demás sociedades exigir la estipulación omitida.

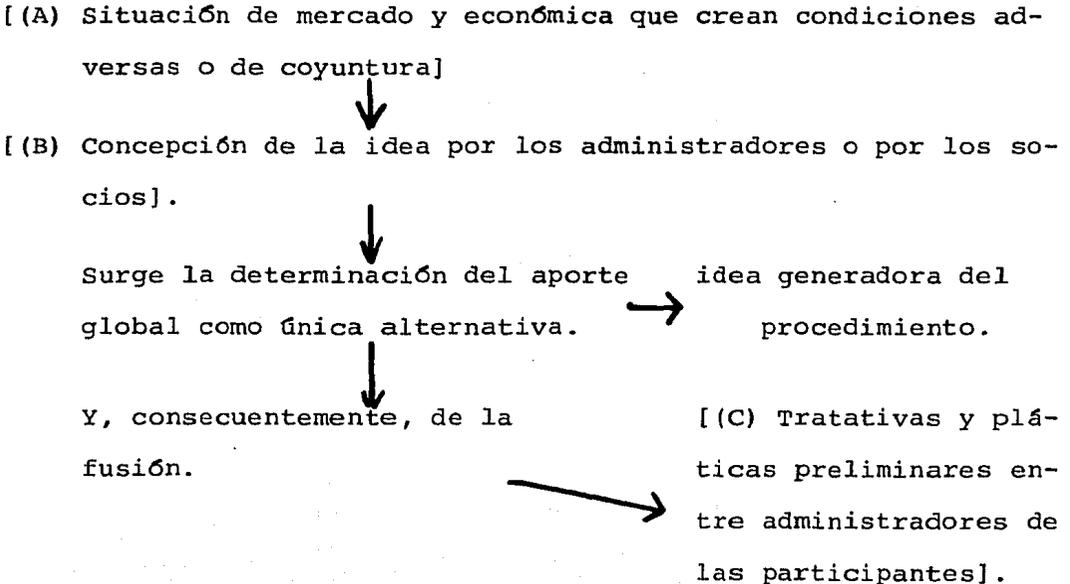
"(...) la deliberación de fusión no contiene una voluntad o declaración negocial manifestada que pueda valer como propuesta de contrato." (90). Si bien la sociedad expresa su voluntad en la asamblea y esta actúa por medio de representantes a los cuales se les encomienda la estipulación del contrato, esta aseveración del autor no es exacta, ya que aunque sea un acto interno, esa manifestación de voluntad configura una declaración unilateral de voluntad, que es fuente de obligaciones y que al coincidir con la de la(s) otra(s) sociedades que se fusionan, llevará a la formalización del contrato de fusión.

(90) Idem, pág. 183.

La sociedad puede revocar tal decisión interna, es decir, el acuerdo, sin afectar a terceros. La publicación del acuerdo, no altera su naturaleza, sólo lo convierte de un acto interior a uno exterior y aún así, es perfectamente revocable, porque, como ya he dicho varias veces, no es más que una policitud que se revoca antes de que se configure el consentimiento necesario para la firma del contrato.

Paso ahora a mostrar la secuencia esquemática del procedimiento de fusión, desde mi punto de vista, apareciendo los pasos prácticos dentro de un corchete y los jurídicos, sin ellos.

--FASE DE IDEACION DE LA FUSION.



((D) Firma de un contrato de promesa de fusión)

6

((E) Estipulación de un borrador a considerarse.)

FASE DE IMPLANTACION JURIDICA

Convocatoria a asamblea extraordinaria

Deliberación en base a datos y balances, considerando la -
consecuencia del aporte global y de la fusión.

Y consecuentemente, la
fusión.

1) Acuerdo de la asamblea ex
traordinaria de efectuar el
aporte global.

aprobando las directrices generales para un contrato de fusión
que contenga el aporte global.

Mandato a representantes pa
ra la estipulación del acto
de fusión, de acuerdo a las
directrices establecidas.

2) Procedimiento registral de acuerdo
de fusión, más el balance y el sistema
para la extinción del pasivo.

oposiciones a tal -
procedimiento ante
el juez o el regis-
tro.

3) Oposición del socio por vicios del acuerdo o de la constitución de la asamblea general extraordinaria.



4) Publicaciones en el Diario Oficial y periódicos.



5) Término suspensivo de 3 meses. 6) Consentimiento, pago o
oposición de acreedores. → garantía a acreedores
fundamentada o infundada. (art. 225 LGSM).



7) Estipulación del contrato de
fusión o plenos efectos del-
celebrado pero suspendido.

8) Efectos de la fusión. → desaparición de sociedades.
compenetración para unión.
modificaciones estatutarias.
nueva sociedad.
aumento de capital.
tránsito de socios.
canje de acciones.
sucesión universal
inter-vivos.

2.2. EL ACUERDO DE FUSION.

"El procedimiento de fusión se inicia con la deliberación por parte de cada una de las sociedades que participan." (91).

Es el primer elemento, jurídicamente hablando, que puede ser precedido, prácticamente hablando, de la redacción de un -- proyecto de fusión. Son deliberaciones separadas, actos preparatorios de la futura fusión, ya que el acto autónomo de la futura fusión, lo completa.

La deliberación, lógicamente desembocará un acuerdo de la asamblea, el cual, contendrá la expresión de la voluntad de llevarla a cabo, la forma de implantarla, la situación patrimonial social y la situación futura de los derechos de los socios (92). Incluirá el acuerdo, en forma precisa, las condiciones de penetración patrimonial de la sociedad.

El acuerdo es competencia indiscutible e indelegable de la asamblea. No se puede admitir que la decisión de fusión se contenga en el acto constitutivo o en una modificación anterior. -- Sólo una asamblea "ad hoc", contemporánea a la fusión, puede -- ponderar circunstancias y condiciones de ésta, en su justa medida. Una cláusula que prevea o imponga la fusión en el acto -- constitutivo, se considerará como una simple propuesta o consejo (93).

(91) Santagata, Carlo. La disciplina della deliberazione di fusione. Milano, 1965. pág. 499.

(92) Vásquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág.

(93) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

Y esto es claro, ya que una cláusula de tal naturaleza limitaría en forma importante la actuación y dinámica de la sociedad para el futuro. Por otra parte, tal prevención parecería indicar que no sería necesaria una deliberación posterior, porque tal inserción, es decir, la decisión de fusión incluida en el - acto constitutivo, supondría una manifestación de voluntad que - posterga su ejecución a un determinado momento. Sin embargo, - esto no es admisible, por la posible posición de los acreedores y de la falta de publicidad.

En la fusión, se modifica el acto constitutivo, sobre todo respecto de la incorporada, ya que la incorporante no pierde su individualidad; es decir, la modificación se presenta más pro-- fundamente en la primera que en la segunda.

Para Vásquez del Mercado (94), las deliberaciones son tan-- sólo declaraciones unilaterales de voluntad, cuyos efectos no - sobrepasan el ámbito de las relaciones internas de cada ente, y afirma que si bien necesarias, son insuficientes para configu-- rar la fusión. No es inferible derivar de ellas una propuesta. Es decir, la voluntad de la asamblea es de carácter imperativo- y no es posible ver en ella una propuesta o aceptación. La opi-- nión del autor, no da una más amplia fundamentación, debido pro-- bablemente a que, siempre que hay una declaración unilateral de voluntad, como en la especie sucede claramente al tomarse el - acuerdo asambleario relativo una vez sopesadas las ventajas y - desventajas de la operación,.....

(94) Vásquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág.

..... nos encontramos ante una fuente de obligaciones, sea propuesta o aceptación, de tal manera que ambas van a conformar el consentimiento.

En el caso de la fusión, ambas situaciones se dan en forma recíproca de un ente a otro. Sin embargo, el mencionado autor, afirma que tal voluntad no se dirige a la sociedad, sino a sus órganos ejecutivos y es por esto que no es una propuesta o aceptación; pero, digo yo, si no es a estos órganos, ¿ a quién deberá dirigirse, si son éstos los representantes del ente que comunicarán a las otras participantes, tal declaración de voluntad, implantando así el procedimiento de fusión.?

La deliberación y el acuerdo a que da lugar es previo a la fusión. El acuerdo se decide en asamblea general extraordinaria de socios con mayorías calificadas(arts. 182 fr. VII, 190 y 191 LGSM), ya que se trata de una modificación estatutaria y como tal debe decidirla la voluntad social. Sin embargo, no considero exacto, junto con Simonetto(95), que la duración de la sociedad se limita con respecto al término original; es decir, que se de una disolución anticipada, porque la relación social continúa en la colectividad unificada, debido a la persistencia -- del concepto de empresa.

Podrán intervenir en la asamblea, accionistas con dividendos preferentes, (art. 113 LGSM). La incorporante, con algunas acciones de la incorporada, no podrá votar en el acuerdo.....

(95) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

de ésta, ya que no puede juzgar sobre condiciones de la fusión. No puede actuar como parte y contraparte al mismo tiempo. De la misma manera deberá abstenerse de votar la participante fusionada que tenga acciones en alguna otra participante a fusionarse, o de la incorporante (art. 196 LGSM). Si se aceptara tal intervención y teniendo la titular de tales acciones, la mayoría de ellas, dictaría las condiciones de la fusión unilateralmente.

El consentimiento es, pues, inevitablemente colectivo. Se explica así porque el acuerdo, jurídicamente hablando, es el paso inicial de la fusión. Expresa una declaración de voluntad que deberá ser perfeccionada por los administradores y no tan sólo "La deliberación de fusión se resuelve en un mandato a concluir el negocio de fusión".(96), porque esto implicaría que -- tal deliberación se concretizaría a discutir si se otorga o no tal mandato, para que a su entender configuren el contrato de fusión, ratificando de antemano sus actos. Si bien nada parece impedir tal situación, los derechos de los socios se harían nugatorios.

Se necesita, nos dice Ferri (97), de una mayoría necesaria, para la modificación estatutaria deliberada de acuerdo al act constitutivo o a lo fijado en la ley, modificación que aunque no la haya, (art. 182 fr. VII LGSM), atribuye a aquella el resultado de la fusión.

(96) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág. 146.

(97) Ferri, Giuseppe. Op. cit. pág.

En otras palabras y siguiendo la hilación de las ideas que he propuesto en el capítulo anterior, a un acuerdo de aporte -- global tomado, la ley indefectiblemente, le dará el carácter de acuerdo de fusión, ya que es esto lo que trae como consecuencia dicho aporte global y lógicamente es causa primera generadora -- de la fusión. El contenido del acuerdo, continúa Ferri, contendrá la aprobación de determinada mayoría, las condiciones de la penetración y la modificación del vínculo social, no en forma precisa, quizás, sino cuando menos la futura condición del -- socio y la modificación en la estructura social.

Sin embargo, considero que en la medida en que se particularice el acuerdo, los socios verán mejor protegidos sus derechos y evitarán caer en la inconveniencia que representa que el acuerdo se reduzca a un mandato sin directrices, dirigido a los administradores para implantar la operación. Y esto es claro, si pensamos que la modificación del acto constitutivo es competencia de la asamblea y su ejecución, de los administradores, ya -- que conocen mejor el estado que guarda la sociedad.

Los acuerdos son diferentes en cada sociedad. En la incorporante, por ejemplo, se puede limitar a una modificación en el capital y a la admisión de nuevos socios, mientras que en la incorporada las modificaciones se dirigen hacia la pérdida de la individualidad, la decisión del aporte global y el tránsito de socios. Rodríguez Rodríguez (98), considera que una sociedad -- anónima con acciones de tesorería y que sea incorporante, bien puede realizar la fusión sin modificación estatutaria.

(98) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. pág.

Al hablar de deliberaciones y acuerdos asamblearios, hemos hecho referencia en forma invariable a las modificaciones estatutarias y esto nos lleva al planteamiento consistente en averiguar la naturaleza del acuerdo de fusión.

Al respecto, Rodríguez (99), señala que para conocerla hay que distinguir dos actos desiguales: el acuerdo de fusión de cada sociedad participante, en cualquier tipo de fusión y el - -- acuerdo de fusión "propriadamente dicho" en el que cada sociedad - participante establece sus bases de fusión, de conformidad al - acuerdo de fusión individual. Es decir, primeramente se acuerda dentro de cada sociedad la fusión, para que dentro de sus términos intervenga el acuerdo global. Un momento primero individual y uno segundo colectivo: los acuerdos individuales y el conve--nio, respectivamente.

Según sea el tipo de sociedad, así será el acuerdo que tome, al tenor el art. 222 LGSM, considerándolo Rodríguez como un acto unilateral complejo o ahora bien, continúa, el acuerdo en cuestión, tanto en la incorporación como la integración, implica siempre modificación en los estatutos, ya que en ésta últi--ma, al desaparecer todas las participantes, se acorta el plazo de duración de cada una, hay cambio en el capital y en el número de acciones.

(99) Idem, Op. cit. pág.

Santagata (100), plantea la discusión sobre las consideraciones de la fusión como modificación estatutaria, la identificación de la deliberación de fusión con aquella relativa a las modificaciones, la inutilidad de una deliberación sobre fusión en la incorporante cuando no se implicarán modificaciones para ésta, ya que en caso de que así lo fuera, sólo se decidiría sobre ellas en lo estrictamente necesario. Todas estas teorías, considera que han quedado descartadas, ya que es claro que, por ejemplo, también la incorporante debe decidir en deliberación sobre la fusión y rechaza la identificación entre la fusión y la modificación estatutaria, es decir, reducir a la fusión a sus efectos en detrimento de su verdadera naturaleza.

No puede considerarse, afirma, que la fusión sea decidida en respuesta y consecuente relación a las modificaciones necesarias para su actuación, ya que de esta manera, la deliberación de fusión perdería su carácter autónomo con respecto a las modificaciones. En todo caso, considero que primero viene la decisión de fusión y posteriormente las consideraciones sobre las modificaciones que pueda ocasionar.

Considera Santagata que la decisión sobre fusión como la relativa a las modificaciones estatutarias, constituye un acto único: " Una sola e inscindibile deliberazione." (101)

(100) Santagata, Carlo. Op. cit. pág.

(101) Idem, pág. 509.

"Se trata, entonces, de una deliberación estructuralmente unitaria (...). Los objetos de la deliberación de fusión están constituidos por el complejo de modificaciones estatutarias necesarias para la realización de la fusión." (101).

Así, la deliberación del aumento del capital, afirma Santa gata, tendrá una disciplina propia, pero su ejecución se regirá por las normas de fusión, es decir, una modificación estatutaria ejecutada dentro del régimen de fusión. En otras palabras, todas las modificaciones estatutarias se ejecutarían dentro del contexto de la fusión. La naturaleza y precisión de aquéllas dependerá del tipo de ésta. En la deliberación sobre fusión, se debe observar una disciplina semejante en la que se cumple en las demás modificaciones, sobre todo con respecto a la tutela de los socios. Consideremos además que la fusión se le incluye en el mismo artículo que las demás modificaciones, (art. 182 -- LGSM). Queda así implícita en la deliberación de fusión, aquéllas relativas a las modificaciones.

Así podemos observar que en la incorporada, la deliberación, funcionalmente hablando, tiene el objeto de adecuar las relaciones sociales al estatuto de la incorporante o nueva, y estructuralmente, se referirá a todas las modificaciones necesarias para realizar la adecuación recíproca de los estatutos de la sociedad participante hasta obtener la coincidencia objetiva.

(101) Idem pág. 555.

La incorporante, mientras tanto, procurará modificar estatutos con el objeto de preveer la adopción de todas las relaciones de las sociedades a incorporar. Cada una operará, en suma, cambios para lograr la operación, para alcanzar la completa asimilación mutua, la compenetración para la unificación y el aporte global.

En resumen, afirma Santagata, el objeto de la deliberación, no sólo es la voluntad de fusionarse, sino sus modalidades y las bases para el canje de acciones, de su exactitud dependerá la seguridad del socio. La desición respectiva a las modificaciones se da tan sólo en función de la fusión, ya que se trata de realizar los efectos de la fusión, no aquéllos de las modificaciones. Estas agotan sus efectos en la realización de sus efectos.

Entendamos claramente: la fusión es causa, las modificaciones son consecuencia; la fusión perdura hasta la escisión o hasta la liquidación y en consecuencia más tiempo que las modificaciones que se agotan con su cumplimiento. Las modificaciones estatutarias no son más que un paso más dentro de la multiplicidad que se da en el procedimiento de fusión. La deliberación en la fusión, se da con motivo del aporte global, no de una modificación estatutaria, que en todo caso reviste la naturaleza de forma exigida por la ley para que la sociedad implante su---
vo, untad

Sanatagata insinúa vagamente la posibilidad de que existan modificaciones estatutarias que no tengan nexo causal o lógico con la fusión, de tal manera que sean autónomas de ella, a tal grado que necesiten de un procedimiento deliberativo, publicitario y de ejecución diferente al de fusión. No me parece que --- existean tal clase de modificaciones estatutarias.

En mi opinión y a reserva que mi última aseveración resulte incorrecta, ambos momentos, fusión y modificación estatutaria, constituyen un sólo momento, subsumiéndose la modificación con la fusión en una sola deliberación unitaria, toda vez que, jerárquicamente la fusión implica una gran diversidad y número de pasos a seguir, de los cuales una pequeña parte es llevada por las modificaciones y por último, una razón de índole práctica: en el procedimiento de fusión, de intención eminentemente práctica y versátil, sería absurdo si se separaran deliberaciones y ejecuciones de modificaciones que, insisto, ignoro su existencia, que no tengan un nexo causal, lógico y consecuente con ella.

2.3. LA EJECUCION DEL ACUERDO DE FUSION.

Pues bien, el acuerdo de fusión tomado por cada participante contiene las principales directrices de la fusión y el mandato específico a los administradores para estipular el contrato de fusión, ya sea sin poder apartarse de esas directrices o con amplias facultades discrecionales.

Cabe recordar que de la inmutabilidad de las condiciones-- fijadas para la estipulación. en el acuerdo asambleario, al momento mismo de la estipulación, dependerá el respeto al va lor fijado para las acciones de la fusionada participante y su redimensionamiento en el nuevo contexto, de los socios y sus -- aportaciones. De no ser así, un mandato con amplias facultades-- para decidir en la estipulación, debiera ser adoptado por unani midad.

Ferri (102), considera a las exigencias de registro del -- acuerdo de fusión y su publicación junto con el balance y el -- sistema para extinguir el pasivo, como requisitos de eficacia - más que condiciones de validez, siendo así que seu incumplimieno ocasiona la ineficacia de la deliberación.

Más específicamente hablando, este autor nos enseña que el acuerdo tiene como elementos de existencia a la mayoría legal - de accionistas que votan y al contenido del acuerdo que toman, (voluntad y objeto), y como requisitos de validez, los señala-- dos en el párrafo anterior, más el término suspensivo de tres - meses para oposición de acreedores, el cual claramente se refiere a la ejecución de la fusión y no a la fusión misma. En otras palabras, la falta de cumplimiento de algún requisito de validez, acarreará sea una nulidad relativa que una absoluta, según sea el caso.

(102) Ferri, Giuseppe. Op. cit. pág.

El acuerdo ya ha sido analizado; toca ahora hacer algunas consideraciones sobre el balance. Frisch (103), apunta que no es necesario un balance especial, bastando el anual, señalando que no es igual un balance para reparto de utilidades, que incluye utilidades pérdidas y reservas y el balance del patrimonio real, que incluye el activo y el pasivo real netos. Para el canje de acciones y la protección de acreedores, es conveniente el balance del patrimonio real, que pudiera considerarse de fusión por responder a un fin específico. En cambio, para el reparto final de utilidades entre accionistas de fusionadas, es necesario el balance para el reparto de utilidades. Ambos son diferentes, -- porque diferentes son sus datos y los fines a que se avocan.

Para el caso específico de la fusión, este autor considera como aplicable un balance que sirva para la continuación contable de la estimación del patrimonio de la fusionada y la evaluación por la fusionante de ese patrimonio, es decir, un balance análogo al anual de reparto de utilidades. Su opinión se basa -- en aspectos meramente prácticos y contables que desconozco y me temo que se pierde en los detalles sin llegar a dar una debida solución más general.

La publicación del balance obedece a que se necesita dar a conocer la situación patrimonial de las participantes, informando así a los socios primero y a los acreedores después, constituyendo una obligación común para las participantes, posibilitando y fundamentando la oposición de ambos..

(103) Frisch, Phillip. Op. cit. pág.

Su redacción, nos dice Vázquez del Mercado en su citada -- obra, (104) es parte del proceso y aunque la ley establece su publicación después de la toma del acuerdo, el balance se conforma antes del acuerdo, poniéndolo a consideración de los socios, siendo de tal importancia para ellos, que de él dependerá su futura situación, el canje de acciones y la tasación proporcional, siendo así el dato más importante para los socios.

Ferri opina que no debe dársele a las sociedades opción -- para presentar cualquier balance, ya que bien pueden presentar uno que no muestre la verdadera situación de la empresa. Por es to es importante presentar un balance redactado al momento de la fusión, es decir, realizado precisamente para la operación, -- atendiendo a la exigencia legal del conocimiento de la situación patrimonial y a la función del balance, como documento informativo a acreedores y socios. Sólo así, afirma, se conocerá la situación patrimonial de cada sociedad, ya que el balance de ejercicio, muestra una situación pasada y alejada de su redacción.

Considera que, si bien no se prevee en la ley la redacción de un abalance de fusión, esto se encuentra implícito en la norma que dispone la publicación, atendiendo a sus fines, toda vez -- "que es una obligación que recae sobre todo tipo de sociedad que se fusiona, siendo así que por mayoría de razón, le corresponde también a la S.A., que tiene expresa la obligación de redactarlo, (art. 172 ss. LGSM),

(104) Vázquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág.

En otras palabras, si las sociedades constituidas bajo algún otro tipo legal diferente a la S.A. y que no tengan normalmente la obligación de redactar un balance en forma regular y al momento de fusión, deban redactar uno especial, ¿por qué a la S.A. se le debe relevar de tal obligación?. Por mayoría de razón, entonces, debe presentarse un balance especial de fusión. Una argumentación en el sentido de una innecesaria doble publicación, se rechaza si consideramos los intereses en juego (acreedores y deudores).

La LGSM (art. 223), exige el último balance sin hacer referencia a uno especial de fusión. En síntesis el planteamiento radica en determinar qué balance presentar para la fusión: uno especial, redactado para la fusión o el común de ejercicio.

Ferri (105), afirma que si la ley hubiera requerido la publicación de un balance de ejercicio o extraordinario y no uno específico de fusión, la disposición resultaría superflua, ya que se le impondría a la S.A. una inútil doble publicación del balance: "Si en efecto tuviera que considerarse necesaria una particular disposición (...) para que se pudiera considerarse que el balance a publicarse fuera (...) el balance del ejercicio pasado, ninguna particular indicación sería necesaria respecto al balance de fusión." (106). Por mi parte me adhiero completamente a la opinión de Ferri.

(105) Ferri, Giuseppe. Op. cit. pág. 162.

(106) Ibidem.

La publicación del balance es simultánea o al menos contemporánea, a la publicación del acuerdo, ya que será criterio de oposición de acreedores por tres meses. Es claro que sin la debida información, que sólo se puede otorgar por medio del balance, a acreedores, éstos no podrán ejercitar plenamente sus derechos, es decir, la publicación del balance no deberá ser en un momento posterior demasiado alejado a la publicación del acuerdo, de tal manera que perjudique a los acreedores.

En cuanto al sistema de extinción del pasivo, existen cuatro opciones: la primera, la relativa a la sucesión universal inter-vivos que se da en la fusión y que provoca una novación-subjetiva, sea por cambio de acreedor o de deudor, (art. 224-LGSM) y las tres opciones del art. 225 del mismo ordenamiento citado, consistentes en: el pago de todas las deudas, el depósito de su importe o el consentimiento de los acreedores. En el pago, lógicamente, se extinguirán las deudas y en las otras dos hipótesis, operaba la novación subjetiva por cambio de deudor.

Es así como Ferri nos dice que ante estas opciones, la extinción del pasivo no constituye un presupuesto de ejecución del acuerdo. Y esto es correcto, ya sea que por ministerio de ley o por convenio, además del término suspensivo de tres meses, los acreedores quedan de cualquier manera protegidos. Las participantes podrán establecer libremente el contenido de este sistema, en estrecha relación con el interés de los acreedores.

Reunidos estos requisitos, comienza a contarse el término - suspensivo de tres meses, desde el momento de inscripción del - acuerdo, para la oposición de acreedores, salvo que se haya op- tado por las excepciones aludidas, en cuyo caso se salva tal tér- mino y se pasa directamente a la estipulación del contrato de -- fusión(que bien podría ya estar redactado), (arts. 224, 225, y- 178 LGSM). También se podrá abreviar el término, liquidando al - deudor inconforme. Un contrato estipulado sin llenar estas forma- lidades , no afecta a los acreedores , pero obliga a las partes.

El registro al que me he estado refiriendo se dirige, nos- dice Frisch (107), tanto a la incorporante como a la incorpora- da, sobretodo para poder causar los efectos inmediatos e incon- dicionales del art. 225, sin que exista orden de prelación algu- na entre ambos. Es decir, se dan dos inscripciones: el acuerdo- de fusión de la absorbente y de la (s) absorbida(s). Se requie- re de ambos. Bien puede oponerse el acreedor o el socio a las - inscripciones defectuosas.

Ahora bien, no se señala un término perentorio para inscri- bir los acuerdos. Si no se inscriben, el procedimiento de fusión queda detenido, suspendido. El Reglamento del Registro Público-- de Comercio , no parece señalar ningún término (art. 14), ni - tampoco lo hace el Código de Comercio, (art. 18 ss.), ni el Có- digo Civil para el D.F., en su capítulo respectivo.

(107) Frisch; Phillip. Op. cit. pág.

No alcanzo a dilucidar alguna disposición al respecto. Si no se registra el acuerdo, simplemente la operación no sigue -- adelante, la declaración de la sociedad queda dentro de su ámbito interno y en todo caso, se aplica el art. 26 del Código de Comercio, reproducido en los ordenamientos citados anteriormente. El tiempo que se tome la sociedad en registrar sus acuerdos y demás documentos, provoca que no se pueda empezar a contar el término suspensivo o llevar a cabo las demás opciones. Al parecer no hay término perentorio, sino aplicación del principio -- que encierra el citado artículo. Por otra parte, el acuerdo, -- que encierra una manifestación de voluntad de la sociedad, podrá permanecer a disposición de la asamblea, el cual lo puede -- ratificar o revocar. Claro que en este caso hay que tomar en -- cuenta las consideraciones que se hicieron con respecto al balance.

2.4. EL CONTRATO DE FUSION.

Dentro de la ejecución del acuerdo de fusión, nos encontramos con la estipulación del acto de fusión, es decir, del contrato de fusión, que contendrá las prestaciones, contraprestaciones y obligaciones de las partes. He querido incluirlo en un inciso del capítulo y no en un subinciso, por la importancia que ----- reviste.

"El contrato de fusión es (...) de prestaciones recíprocas, en donde, la reubicación de las participaciones y la fusión de los medios económicos de funcionamiento, constituyen respectivamente la prestación y la contraprestación." (108).

"La fusión tiene lugar cuando se realiza el contrato de fusión, que se estipula por los representantes de la sociedad y que se considera como consecuencia de la deliberación." (109)

Es posible que el contrato no sea consecuencia directa de la operación, si consideramos las tratativas preliminares como situación práctica que antecede a la asamblea y que en ella se conforma prácticamente el contrato estipulado con anterioridad, por los administradores de las participantes.

Los efectos de la fusión, vendrán a darse propiamente con el contrato de fusión, ya que el acuerdo de cada asamblea no -- produce tales consecuencias, de tal manera que: "La fusión se concretiza como efecto de un negocio jurídico dirigido a producirla. Tal negocio (...) es estipulado por los representantes de la sociedad (...)." (110).

En la estipulación se viene a detallar y perfeccionar la fusión que ha proyectado la asamblea, ya que ésta no puede -- abarcar todos los aspectos de la fusión: condiciones de operación, designación de activos, canje de acciones, su evaluación, liquidación de cuentas de las participantes, designación y evaluación de pasivos, etc.

(108) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág. 144.

(109) Vásquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág. 325.

(110) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág. 171.

Obstáculo importante es designar el valor para las acciones de los accionistas de las fusionadas: el intrínseco o matemático (patrimonial), el valor de liquidación (el valor patrimonial menos la fracción de liquidación), el valor de rendimiento (capitalizando los dividendos) ó el valor bursátil. (111)

En fin, toda una gama de cuestiones se resuelven en la estipulación del contrato de fusión. En él, pueden participar --- cualquier número de sociedades anónimas, no importando su objeto, finalidad o nacionalidad, teniendo aquí presente las dificultades prácticas y legales que puedan ocasionarse y, en opinión de Rodríguez (112), deberá constar en escritura pública, ya que implica un nuevo pacto de sociedad o modificación de uno ya existente (art. 260 LGSM).

Con respecto a esto último, Vásquez del Mercado (113), observa que la ley establece que los acuerdos de fusión deben --- inscribirse y que sólo hasta la ejecución del contrato se da la fusión. Así, en el caso de fusión por integración, ante la omisión de tal requisito, parecería que nos encontramos ante una sociedad irregular, es decir, no inscrita, pero con personalidad. Ahora bien, en este caso se da origen a una nueva sociedad; al no inscribirse los acuerdos, no se puede considerar inscrita la sociedad y por eso sería irregular.

(111) Ripert, Georges. *Traité élémentaire de Droit Commercial*. - París, 1980. pág.

(112) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Op. cit.* pág.

(113) Vásquez del Mercado, Oscar. *Op. cit.* pág.

En su opinión, la ley presenta una laguna, ya que sólo se refiere a los acuerdos y no al contrato, el cual si se inscribe subsana la omisión, salvando la irregularidad. Difiero de la -- respetable opinión, ya que claramente el art. 226 de la LGSM, - ordena que en el caso de integración, la sociedad deberá ceñirse a los requisitos que para su constitución se establezcan, según sea su tipo. En la integración, el contrato de fusión, bien pudiera ser el constitutivo de la sociedad y por ello ser inscrito(art. 21 fr. V Código de Comercio y art. 31 fr. III del Reglamento del Registro Público de Comercio). En cambio, comulgo con su opinión, en el sentido de considerar infundado el que - la sociedad fusionada, una vez estipulado el acto de fusión, - se abstenga de realizar nuevas operaciones(art. 233 LGSM), ya- que la nueva o incorporante, por efecto de la fusión, se substituye en la incorporada o fusionadas, continuando la marcha-- de los negocios.

Sobre el contenido del pacto, Garrigues (114), nos enseña los siguientes lineamientos generales:

A) La obligación de la sociedad anexionada de transferir en - su conjunto, su patrimonio, a la sociedad anexionante, desde - una fecha y sin liquidación. Si es absorción, la transmisión - sigue las reglas de la aportación del capital a una nueva so-- ciedad. No veo porque no también en la incorporación.

(114) Garrigues, Joaquín. Op. cit. pág.

B) En la incorporación, se incluye la obligación de la anexionante de entregar a cambio del patrimonio aportado, acciones propias o éstas junto con numerario, como contraprestación. En la integración, se señalará el número de acciones a entregar a cada socio.

C) El tipo de canje entre las acciones de las participantes.

D) Pactos secundarios: aumento de capital en la incorporante, composición del consejo de administración, inscripción, etc. Incluiría aquí yo garantías de cumplimiento, arbitraje, rescisión, etc.

Pues bien, tenemos como sujetos del contrato de fusión a las sociedades sobre las que tendrá efecto la fusión y como voluntad la que se prepara en las deliberaciones individuales y que no llega a ser voluntad negocial de fusionarse, sino su preparación. Esta voluntad, aunada a aquella de los administradores dirigida a ejecutar la fusión, conforman los elementos de la voluntad social (Ferri, 115)

Las partes que intervienen se refuerzan por la reunión de patrimonios y la eliminación de competencia, junto con la reducción de costos. Es ésta la prestación, explica Simonetto (116), que cada sociedad exige de las otras participantes, a todas sin distinción y lo obtiene de todas las partes del contrato, en cuanto todas las otras deben aceptar como participantes del organismo unificada, a cada una de las participantes. Es decir, se otorga la prestación mencionada en la medida en que se.....

(115) Ferri Giuseppe. Op. cit. pág.

(116) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

reconoce el carácter de participante a la sociedad fusionada. - La prestación así definida por Simonetto, reviste un carácter -- eminentemente práctico y realista, ya que, las participantes -- buscan, independientemente de las cuestiones legales, los beneficios apuntados, en la medida en que los demás las otorguen y reconozcan su posición en el organismo unificado.

La sociedad que ingresa en el complejo unificado, explica el autor, se adapta para hacer partícipes a las demás de sus -- ventajas y patrimonio: "tenemos, por tanto, que cada una de las sociedades participantes en un conjunto de ventajas, con propio sacrificio, adquiere, con sacrificio de todas las demás y por -- voluntad de todas las demás, un complejo de ventajas correlativas." (117).

En otras palabras, la relación se establece de la siguiente manera:

- | | | |
|--------------------------|---|-----------------------|
| 1) Sacrificio individual | ↔ | beneficio colectivo. |
| 2) Sacrificio colectivo | ↔ | beneficio individual. |

Mediante la realización de (1) la sociedad obtiene (2), repitiéndose tal operación con respecto a cada participante.

"... la contraparte de cada una de las sociedades que se fusionan, (las cuales ciertamente son partes), está constituida por el conjunto de las otras que la aceptan en el complejo unificado y le atribuyen la situación social unificada. Tenemos -- (...) que cada una de las (...) participantes da una prestación y a cambio recibe una contraprestación." (118)

(117) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág. 172.

(118) Ibidem.

(La contraparte a cada una de las sociedades que se funden, (la cual es parte), está constituido por el conjunto de las ---- otras que la ceptan en el conjunto unificado y le atribuyen la - situación social unificada. Tenemos que cada una de las socieda- des da una prestación y a cambio recibe una contraprestación).

En pocas palabras: todos para uno y uno para todos.

La sociedad que entra en el complejo unificada se sacrifica en cuanto a la competencia y aporta su esfuerzo y patrimonio al objetivo común, y al mismo tiempo aprovecha el sacrificio similar de las demás participantes y participa del patrimonio de - ellas.

La prestación de la participante será su aporte y la contra prestación colectiva, su participación proporcional a ese aporte, en el patrimonio colectivo, el reconocimiento de su posición en el ente unificado.

Hay pues, prestaciones intercombinadas, de diversa naturaleza, idóneas a la satisfacción de intereses contrapuestos, dándose un número indeterminado de intercambios, tantos como sean --- las participantes. Cada una da y recibe, junto con las otras --- que vienen a constituir el complejo unificado.

Así, continúa Simonetto, la fusión no crea ninguna sociedad si bien tiene alguna analogía con el contrato de sociedad. El - contrato de fusión es de evolución hacia organismo más potentes: sólo fusiona sociedades ya existentes, que pierden su autonomía e individualidad.

Por otra parte, Ferri, afirma que no existe solución de - continuidad entre la extinción de las fusionadas y la creación de la nueva o entre aquella y la participación de la incorporante de los socios de la(s) incorporada(s). Es en el mismo negocio jurídico, afirma, donde ocurre la extinción-creación-participación. Es en el mismo negocio jurídico, insiste, donde al extinguirse las participantes se determina el surgimiento de la - sociedad que se extingue: "Entre la extinción de las sociedades que se fusionan y constitución de la nueva sociedad no hay solución de continuidad..."(119) No hay interrupción en el procedi- - miento de la operación, sino persistencia del vínculo social, - persistencia del concepto de empresa.

No admite un procedimiento de constitución junto con el -- contrato de fusión por integración, ya que de ser así, los so-- cios de la asamblea constitutiva la impedirían, ausentándose o combatiéndola.

No puede haber, pues, procedimiento de constitución junto con el de fusión, en cuanto que no consiente que se rompa ese - nexo inescindible que existe entre la extinción de la personalidad de las participantes y el surgimiento de la nueva sociedad- o ente y que hace de la extinción y del nacimiento de la personalidad los efectos necesarios e inescindibles de un único acto.

(119) Ferri, Giuseppe. Op. cit. pág. 187.

En cuanto a que no consciente, además, que se conciba como efecto de un vínculo jurídico nuevo y autónomo la participación en la sociedad que se forma de aquéllos que dejan de existir, y pone a tal participación como el efecto de la modificación del vínculo original. De nuevo aquí, la idea de persistencia del -- vínculo y del concepto de empresa. A estas ideas puedo agregar que, de aceptar un proceso constitutivo junto con el contrato de fusión, deberíamos aceptar que las sociedades participantes mueren en definitiva y consecuentemente llegaríamos al contrasentido de la fusión con liquidación ya que de otra manera no podría considerarse una constitución de una nueva sociedad, sin la necesaria y previa liquidación de las participantes, quedando tan sólo un conjunto de patrimonios "flotantes" y sin titular.

No existe, en suma, un procedimiento de constitución autónomo y distinto al de fusión, no hay que observar las normas de constitución, dice Ferri, que no tienen aplicación en el procedimiento de fusión: "a menos que no sean explícitamente requeridas." (120). En otras palabras, el procedimiento de la fusión -- por integración, por sí mismo considerado, no implica la inclusión de un procedimiento constitutivo de sociedad, de acuerdo -- con las ideas de Ferri, siendo así que la excepción que señalase cumple en el art. 226 de la LGSM.

(120) Idem. pág. 189.

No sólo comparto las ideas de Ferri, sino que las apoyo con la ya multicitada concepción de la continuación del vínculo social y la idea de reaparición de la sociedad que he expuesto al hablar de la escisión y repito que, de aceptar, aunque la ley mexicana indebidamente así lo haga, la constitución consecuente de fusión, caemos en el contrasentido de la fusión con liquidación, caso más que analizado en el primer capítulo.

Es pues, el contrato de fusión, nos enseña el Simonetto, un contrato *intuiti personae*, ya que se estipula en atención a la participante, por un lado y del complejo social unitario, por el otro, en el cual se insertará aquélla.

Los vicios de la incorporación o adhesión al complejo de una de las participantes no provoca la anulabilidad de la operación, a menos que ésta dependa en buena parte de la participación de la sociedad rechazada.

Efecto inmediato del contrato, lo es la compenetración de las sociedades, su unificación, de tal manera que sean concurrentes a la ejecución de la fusión, pero no a la fusión misma, todo acto consecuente, como el canje de acciones.

"Estos actos ya pertenecen a la fase de realización concreta del fin de la fusión, pero no de la ejecución, la cual se efectúa por la sola manifestación de la voluntad en las formas de ley." (121)

(121) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág. 175.

Es decir, al estipularse el contrato, manifestándose así - la voluntad bajo la forma que exige la ley, la fusión tendrá - efectos inmediatos sobre las sociedades. Los demás serán tan - sólo detalles consecuentes del acto principal ya consumado, -- ya que las sociedades sólo necesitan de su voluntad para fu--- sionarse, una vez llamados los requisitos legales; de la misma manera que hay libertad para constituirse, debe haberla para - fusionarse.

Dentro de alguna de las variadas combinaciones que puede tener este contrato, apunta Simonetto, la condición resolutive y los términos suspensivos y resolutivo.

A la llegada del término resolutivo, se reconstituye la - pluralidad de las sociedades antes de la fusión, devolviéndose las aportaciones, pudiéndose reconstituir o no las socieda des fusionadas. Bien puede suceder una supresión o próroga de ese término: todo dependerá de la situación del mercado y de la economía, ya que bien puede darse una unificación transi-- toria con una división posterior ante el mejoramiento de las condiciones. El ejemplo no sólo ilustra de nuevo la clara per sistencia del vínculo social originario en la fusión, sino -- también la posibilidad de una fusión-escisión.

Las diferentes condiciones y tperminos, deberán responder a un tiempo congruente y no a uno breve donde se desperdicien energía y recursos.

También es posible aplicar una condición resolutive o suspensiva a una de las adhesiones de una de las participantes, --- incluso un término, con lo cual se elimina una adhesión singular, que no afecta al negocio de fusión, a menos que tal adhesión sea trascendental para el negocio.

Las posibilidades de combinación son tan amplias y variadas como complicadas sean la situación y condiciones del momento.

En cuanto a la nulidad de que pueden adolecer los distintos pasos del procedimiento de fusión, es ampliamente aplicable la teoría general de nulidad e inexistencia del acto jurídico.

Así tenemos que la nulidad del acuerdo de fusión individual, provoca la nulidad de la adhesión singular y del contrato de fusión respecto a esa sociedad. Puede existir, tanto en los acuerdos individuales como en el contrato, el error, la violencia, el dolo, aplicándose los principios generales de la teoría general del acto jurídico.

Puede existir dolo al sobrevalorarse el activo, o lesión, cuando el estado de necesidad de una participante, sirva para beneficiar a una o varias sociedades, para obtener mayores condiciones unilaterales, casi obligando a la fusión.

Puede darse también la rescisión, la resolución por imposibilidad de aportar determinados bienes o por excesiva onerosidad, cuando un incidente rompe con el equilibrio, de distribución de cargas y ventajas entre las participantes, en forma -- excesiva.

Aunque ésta última la doctrina tiende a rechazarla con posterioridad al cumplimiento de la fusión, porque las partes han perdido su individualidad.

En opinión de Frisch (122), con los efectos de las distintas anulaciones se da una desfusión, en donde se devuelve a la indebidamente absorbida, por parte de la subsistente, su aporte y - si jesto no fue posible, los accionistas de la injustamente absorbida devuelven a la subsistente las acciones recibidas. De cualquier manera el efecto variará según sea el lado desde que se contemple, siendo más correctamente hablar de lo ilegal, --- que de lo injusto, al considerar las anulaciones en materia de fusión.

(122) Frisch, Phillip. Op. cit. pág.

3. EFECTOS DE LA FUSION.

"Debemos distinguir entre los que produce el acuerdo de fusión y la fusión propiamente dicha. La distinción es procedente, ya que desde el momento en que el acuerdo de fusión sea adoptado por las diversas sociedades afectadas, hasta aquél otro en que dicho acuerdo pueda ejecutarse, realizándose la fusión acordada, han de transcurrir cuando menos tres meses, salvo casos excepcionales (art. 224 y 225 LGSM), durante los cuales cada una de las sociedades deberá continuar atendiendo sus (...) negocios y llevando cuenta de ellos(...), pagando (...) deudas y cobrando (...) créditos e incluso contrayendo nuevas deudas, si el desarrollo del negocio lo hace necesario." (123)

Esta atinada reflexión, nos muestra los dos momentos en que el procedimiento de fusión comienza a surtir sus efectos, es decir, desde el acuerdo asambleario individual debidamente inscrito y la ejecución de dicho acuerdo, que se concreta en el contrato de fusión, siendo este el esquema que seguiré para el desarrollo de este capítulo.

Es, además, comprensible que durante el término suspensivo la sociedad continúe su vida normal, ya que: "(...) la finalidad normal de la fusión, (...) es modificar el ordenamiento jurídico y económico de la hacienda perteneciente a la sociedad que se extingue sin detener su productividad." (124).

(123) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. pág. 524, Tomo II.

(124) Vivante, César. Op. cit. Vol. II pág. 518-519.

De no ser así, se estaría forzando a la fusión, la cual no es absolutamente segura en cuanto a su realización, sobretodo - durante el mencionado término, salvándose así la prohibición -- del art. 233 LGSM ya comentado.

Se provocan, entonces, modificaciones en el vínculo social, que aunque sean de muy amplia gama, no lo liquidan o extinguen. Este vínculo se enriquece al admitir nuevos socios. A la unificación de grupos sociales, dice Simonetto (125), corresponde la unificación de patrimonios, ya que el sustrato patrimonial se - amplía en correspondencia con la ampliación del personal.

La consecuencia es lógica, ya que de la unión de los socios, deviene la unión de los patrimonios, en un sólo ente unificado: los sustratos personal y patrimonial se funden, no se extinguen o liquidan, sino que se amalgaman, por virtud del aporte glo-- bal que se ha decidido.

Cada socio participante deberá tener, en correspondencia a su participación el vínculo unificado, un sustrato patrimonial que trae de la sociedad a la que perteneció y que ahora perma-- necerá latente dentro de un nuevo contexto. El aporte global -- deberá tener pues, su debida representación de proporcionalidad en el patrimonio unificado.

(125) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

3.1. EFECTOS DEL ACUERDO DE FUSION.

Como he expuesto, una vez tomado el acuerdo individual por cada participante, se inscribe y se publica junto con el último balance y el sistema para extinguir el pasivo, iniciándose así el término de 3 meses para oposiciones o de otra manera, pasar directamente a la estipulación del contrato de fusión, si se ha escogido alguna de las opciones legales. Es éste el primer momento en que se dan los efectos de la fusión y éstos los examinaré primero, respecto de las sociedades participantes, segundo respecto de los socios y por último, respecto a terceros, acreedores y deudores de cada sociedad fusionada.

3.1.1. EFECTOS SOBRE LAS SOCIEDADES PARTICIPANTES.

Como sociedades participantes consideraremos a la(s) fusionada(s) y a la fusionante, en el caso de la incorporación y fusionadas y sociedad nueva resultante de la operación, para el caso de la integración.

3.1.1.1. SOCIEDADES FUSIONADAS.

En ambos casos de fusión, incorporación o integración, el efecto es el mismo en las sociedades fusionadas, ya que en ambas el objetivo es el mismo.

Por fusionada, deberenos entender, en ambos casos de fusión, a las sociedades que se incorporan a la incorporante o que se funden en la nueva que surge con motivo de la operación.

Cada una habrá tomado su acuerdo individual y lo habrá inscrito, debiendo atender, en su caso, a la oposición de acreedores. Siendo este acuerdo completamente revocable, como he examinado en diverso inciso, sin más consecuencia para la sociedad que el posible pago de daños y perjuicios a las sociedades participantes aparentemente afectadas, su efecto no es más que el de una declaración unilateral de voluntad que se perfeccionará con la aceptación de la o de las demás participantes, en la estipulación del contrato.

La sociedad continúa su existencia normal sin afectar o -- limitar su actividad, nombre, órganos, pero eso sí, su objetivo estará puesto en la fusión. Pudiera decir que con el acuerdo de fusión la participante solamente "toma posición" para los si--- guientes pasos de la fusión y se prepara a enfrentar a socios, acreedores y deudores y a llenar los requisitos legales correspondientes. En síntesis, la sociedad anónima como tal, no sufre efectos internos por el acuerdo de fusión, sea el propio o el - de las demás participantes, pero como efecto externo, será el - de una declaración unilateral de voluntad, como fuente de obligaciones. Ni se desaparece, ni se extingue, ni se liquida. Sim-- ple y sencillamente ha exteriorizado su voluntad conforme a derecho, con el ánimo de obligarse. Pero nada más. Continúa, in-- sisto, su vida cotidiana y normal.

3.1.1.2. SOCIEDAD FUSIONANTE.

Aquí claramente nos encontramos ante el caso de la incorporación; el acuerdo de fusión tomado por la incorporada, si bien puede especificar la admisión de nuevos socios, el aumento de capital y el tipo de acciones, los efectos son los mismos que para la(s) fusionada(s).

3.1.1.3. SOCIEDAD NUEVA.

En el caso de la integración, donde surgirá una nueva sociedad anónima como principal efecto de la fusión, éste no se provoca sino hasta la estipulación del contrato de fusión. Aunque pudiera considerarse como efecto del acuerdo, el surgimiento de esta nueva sociedad, no pasa de ser una mención de un objetivo o realización, dentro de una declaración unilateral de voluntad, toda vez que es claro que semejante acuerdo de fusión no puede ser constitutivo de una nueva sociedad.

No hay efectos del acuerdo de fusión de las fusionadas sobre la nueva sociedad, porque ésta todavía no existe más que en la "mente" de las participantes. Falta el amalgamiento de las voluntades que sucederá con el contrato de fusión.

No pueden darse efectos sobre aquello que no existe aún.

3.1.2. EFECTOS SOBRE LOS SOCIOS.

En ambos tipos de fusión, enseña Rodríguez (126), su efecto principal en cuanto a los socios es la forma que poseen para defenderse del acuerdo de fusión y del procedimiento en general y claro que me estoy refiriendo a los socios de todas las participantes, incorporada y fusionadas.

Dos son las formalidades esenciales que más interesan al socio y que son: la formación del último balance y el sistema - por el cual se atenderán los créditos, es decir, ni precisamente la forma en que se atenderán de inmediato, sino la forma en que se garantizará su pago.

Este proyecto, que puede revestir combinaciones muy complicadas en las grandes sociedades, influirá en el ánimo del acreedor sobre oponerse o no a la fusión. Un incumplimiento sobre el balance o sobre el sistema aludido, afirma el autor, da pie a una acción de oposición por parte del socio afectado.

Es más correcto, en mi opinión, hablar de derecho de separación del socio que de derecho de oposición del socio. Con éste el socio atacará el procedimiento, basándose en vicios que - tenga, aquél, en cambio, provocará su alejamiento total y definitivo del procedimiento y del vínculo a que perteneció.

(126) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. pág.

Pues bien, el art. 206 de la LGSM, establece que cuando la asamblea general de accionistas adopte el acuerdo de modificar el objeto social, su finalidad o la transformación en otro tipo de sociedad (frs. IV, V y VI del art. 182), "cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad."

No hay pues, señalamiento legal sobre el derecho de separación en el caso de fusión, considerando Rodríguez que es adecuada una interpretación extensiva, ya que, por mayoría de razón, si se concede el derecho de separación en la transformación, -- que es menos trascendente que la fusión, se debe conceder en ésta, además de que, si han de aplicarse a la transformación de sociedades las normas relativas a la fusión, al tenor del art. 228 LGSM, se adecúa la interpretación extensiva que colma la laguna legal del art. 206 aludido.

En semejante sentido se pronuncia Brunetti (127). Pero -- objeta Frisch (128), invocando el art. 11 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: "Art. 11- Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.". Es decir, rechaza toda interpretación analógica, mayoría de razón o analogía, aunque, debeo decir, con un criterio un tanto rígido. La afirmación que postula este autor, aun en cierta forma fundamentada, se asemeja a la rigidez que campea en el campo del derecho penal

(127) Brunetti, Antonio. Op. cit. pág.

(128) Frisch, Phillip. Op. cit. pág.

Vásquez del Mercado postula que el socio tiene derecho a retirarse de la sociedad, ya que no es obligatorio el aceptar la fusión, pero es facultativo separarse de la sociedad, si la causal de separación se amolda a las hipótesis legales, conservando su responsabilidad, al tenor del art. 14 LGSM. Una variación radical en el contrato de sociedad, como efecto de la fusión da lugar al derecho de separación, al menos en teoría, por que hemos visto que la LGSM establece diferentes causales de separación a la fusión y no la menciona. Ahora bien, en opinión del autor interpretando en conjunto la LGSM, parece que no existe tal derecho en la fusión, pero afirma que debe darse el derecho de separación al socio si la fusión provoca el cambio de objeto, cambio de nacionalidad o transformación de la sociedad. De acuerdo con el art. 206 de la LGSM, no hay duda del derecho de separación en los supuestos citados.

En suma, tenemos que la doctrina mexicana se inclina por aceptar el derecho de separación para el socio disidente de la fusión, aunque la LGSM no lo exprese claramente, en la medida en que la fusión provoque una o todas las modificaciones que el art. 206 prevee como causales justificadas de separación del socio.

La situación es pues, complicada, ya que de una parte tenemos a la LGSM, que no torga expresamente el derecho de separación al socio disidente de la fusión, pero la doctrina sí lo admite, en base a una interpretación analógica y por mayoría de razón.

Ferri(129), justifica el derecho de separación, no tanto - por la ilegalidad de la deliberación, sino en la naturaleza de las modificaciones, limitando la voluntad de la mayoría, afirmando que es un derecho renunciabile. De esta manera se limita la - eficacia vinculatoria del acuerdo de fusión, presuponiendo no - sólo una modificación radical contra la cual la ley conceda la - separación, sino también el descuerdo del socio.

Se coloca así al socio disidente, fuera de la sociedad, de - tal manera que la modificación no lo implique ni lo perjudique.- En la incorporante, la separación de los socios procederá cuando la naturaleza de la modificación lo conceda. Es decir, se esta - blece una íntima relación entre la gravedad de la modificación - que provoca la fusión y el derecho de separación del socio.

Simonetto (130), sigue esta línea de opinión, al conside - rar que la extinción a que da lugar la fusión, debiera conside - rarse como grave; sin embargo, no da lugar al derecho de separa - ción, ni aún por analogía, ya que es otorgado por la gravedad - de las posibles consecuencias. Rechaza su otorgamiento por medio de la interpretación extensiva.

La ley menosprecia así la magnitud de la modificación que - provoca la fusión, que no es menos importante que los supuestos que contempla el art. 206 LGSM. Y afirma que, si con la fusión - se da una modificación grave del acto constitutivo, digamos su - transformación o su cambio de objeto, se deberá aumentar el --- quorúm necesario para la asamblea, así como reconocer el derecho de separación del socio.

(130) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

En primer lugar, Simonetto parece contradecirse, porque en un principio rechaza el otorgamiento del derecho de separación-
 vía interpretación y en el último razonamiento apuntado, hace uso de la analogía. Por otra parte, la LGSM, aumenta el quórum necesario para la toma de decisiones al establecer como competencia de la asamblea extraordinaria, a la fusión, siendo así -- que se necesita tres cuartas partes del capital representado y la mitad del mismo, representado en la votación (arts. 189, 190-LGSM). De cualquier manera, Simonetto se alinea junto con los -- que propugnan el otorgamiento del derecho de recesión al socio -- en relación a que se provoque, con la fusión, alguna de las modificaciones estatutarias que la ley considere como legales causas de separación, agregando que ningún acto, incluida la fusión, puede disfrazar una reducción o exclusión de la posibilidad de separación del socio en ciertas hipótesis, dado que en esta hipótesis analizada, se produciría la nulidad de la cláusula -- que excluye o dificulta tal derecho de separación.

Fré(131), intenta dilucidar la relación de dependencia o -- autonomía que pueda tener una modificación estatutaria con respecto a la fusión, sin establecer qué relación hay entre la conexidad de esas modificaciones y la negativa de negar al socio -- el derecho de separación, toda vez que la gravedad de las modificaciones afectan al socio. El mismo reconoce la dificultad de establecer en concreto la si una modificación del acto.....

(131) Fré, Giancarlo. Società per azioni. en el Commentario del Codice Civile. Libro quinto Del Lavoro, Bologna, 1951, pág.

.....constitutivo tenga o no carácter accesorio, respecto de la fusión(132), prefiriendo no generalizar, afirmando que será caso por caso como se podrá determinar dicha relación, es decir, si el socio puede o no ejercer el derecho de separación.

Antes de perdernos en las brillantes ideas de más teorías, puntualicémos lo antes expuesto: la relación que los autores -- establecen entre la gravedad de la modificación estatutaria y el derecho de separación del socio en el caso de fusión.

Por mi parte, ya he expuesto en el inciso 2.2., al hablar del acuerdo de fusión, que las modificaciones estatutarias se de ciden en la misma asamblea en que se toma el acuerdo de fusión, y que las modificaciones estatutarias no son más que un paso -- más en el largo y fragmentado procedimiento de fusión y que esta relación demuestra su carácter accesorio, y en cierto grado secundario, con respecto a la operación globalmente considerada, - toda vez que considerar a las modificaciones como autónomas de la operación de fusión, dificultaría en la práctica el llevarlas a cabo una por una. Por estas razones, considero inútiles las - consideraciones de Fré.

en cambio, la opinión generalizada de la doctrina la encuen tro fundamentada y comulgo con ella, sobretodo en el sentido - en que la expone Rodríguez, cuando por mayoría de razón, se otor ga el derecho de separación al socio en el caso de la transforma ción, menos grave que la fusión, no hay fundamento para negárse lo en éste último caso. Además, dicha modificación afecta de -- tal manera al socio, que la misma ley le otorga el derecho de - separación.

Sin embargo, no considero que el derecho de separación deba otorgarse cuando por efecto de la fusión se provoque una causal de separación, considerada ésta como modificación estatutaria aislada, que pareciera debiera decidirse separadamente a la fusión, sino cuando por la propia fusión se provoque un cambio de objeto, transformación o cambio de nacionalidad. En otras palabras, identificar a la fusión con la modificación estatutaria, con sus efectos, ya que parece que es éste el sentido en que hablan los autores, es decir, el que la modificación es un efecto autónomo de la fusión.

Por otra parte, el conceder por interpretación el derecho de separación, no va más allá de la ley, ya que se limita a los supuestos que la misma señala como fundamentos posibles para dicho derecho. Es decir que, las consecuencias diversas a las fracciones IV, V y VI del art. 182 LGSM, que son causales de separación, en relación con el art. 206 del mismo ordenamiento, aún cuando provocada por la fusión, no dan lugar, aún por analogía o interpretación, al derecho de separación.

3.1.3. EFECTOS SOBRE TERCEROS.

Consideraré para este capítulo como terceros, a los acreedores y deudores de cada una de las participantes.

3.1.3.1 ACREEDORES.

Al iniciarse el plazo de 3 meses que señala el art. 224 -- LGSM, salvo que se haya optado por las variantes del art. 225 -- el acreedor podrá oponerse a la fusión, suspendiéndola hasta -- que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición -- es infundada". La ley no hace referencia qué causales podrá -- acudir el acreedor, dejándolo a su arbitrio, sin señalar tam-- pooco, el posible fundamento legal de la estimación ó desestima-- ción de la oposición, siendo así, en opinión de Fischer, una -- facultad excesivamente discrecional para el acreedor, sin funda-- mento sustantivo(132).

El acreedor, en general tiene el derecho de oponerse a cual-- quier acción del deudor tendiente a disminuir sus garantías y -- la satisfacción de su crédito, ya que de no ser así tendría que -- esperar el acreedor a sufrir el perjuicio para poder reaccionar, -- lo cual es ilógico; tan anterior este derecho del acreedor, -- que hasta no quedar resuelta su oposición, la operación se sus-- pende. El acuerdo de fusión, a entender de Rodríguez (133), ya -- que desaparecen garantías y se confunden con aquéllas concier-- nientes a acreedores de otras participantes, que concurren junto -- con los demás, a demandar garantía sobre los mismos bienes.

La situación del acreedor en la fusión, es pues, bien deli-- cada.

(132) Fischer, Rodolfo. Las Sociedades Anónimas. Su régimen jurí-- dico. Traducción española. Madrid, 1934. pág.

(133) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. pág.

Por una parte, los acreedores de las fusionadas corren un gran peligro al ver desaparecer el patrimonio de su deudor en un complejo unificado, mientras que la fusionante, con respecto a sus acreedores, pueden éstos ver peligrosamente acrecentado el pasivo de su deudor. Además, el acreedor, puede hacer uso in debido de ese derecho, utilizándolo maliciosamente, sin que al parecer exista sanción efectiva alguna. La situación es bien -- complicada.

De cualquier manera, es la confusión de pasivos lo que lleva a la ley a otorgar este plazo de oposición a los acreedores, para que éstos aseguren o afiancen sus garantías. Hay, en sínte sis una tutela de acreedores por el peligro que corren.

Antes de seguir adelante, analicémos junto con Ferri, (134) el concepto de acreedor social para fines de fusión. El cuestio namiento radica en saber si se debe adoptar un concepto amplio de acreedor, que abarque a cualquier persona con un vínculo con tractual, con un derecho a prestaciones eventual ó únicamente - aquéllos que tienen derecho a una prestación en dinero.

Para Ferri, es indudable que comprende al acreedor con un crédito líquido y exigible, al privilegiado, al quirografario y al hipotecario, pero no puede comprenderse también a cualquier contratante, aunque del contrato resulte una obligación para -- la sociedad, ya que aquí el planteamiento es diverso, es decir, tomar en cuenta la influencia de la fusión en las relaciones -- jurídicas de las participantes.

(134) Ferri, Giuseppe. Op. cit. pág.

En otras palabras, la posibilidad de que con la fusión, la incorporante o la nueva, puedan cumplir un contrato. La solución la encontramos en la sucesión inter-vivos que sucede en la fusión, cualquiera que sea su clase y que reconoce el art. 224 in fine LGSM, en relación con los principios generales de los efectos de los contratos.

Esta solución general, facilita el exámen de la amplia variedad de acreedores que pueda tener la participante, de acuerdo al también variado número de relaciones que pueda tener ó establecer.

Así, en cada caso se determinará la afectación del cumplimiento de determinada obligación a cargo de la participante, en ocasión de la fusión. El derecho de oposición, considero, corresponde sólo a los acreedores sociales y el lenguaje de la ley hace pensar más bien en acreedores con créditos en numerario o en obligaciones de dar, que de obligaciones de hacer o de no hacer. Cabe aquí recordar lo que exprese en el inciso 1.2. sobre las afectaciones que produce la fusión a distintos tipos de contrato. Son, en fin, como dice Simonetto(135), todos los acreedores titulares de créditos que se insertan en el pasivo.

El transcurso del plazo corre desde que todas las sociedades han cumplido con los requisitos de inscripción de los acuerdos de fusión y su publicidad, junto con los documentos ya mencionados anteriormente y no desde que lo hace la sociedad con quien está ligado el acreedor. Sólo tendrá así éste suficiente información. (136)

(135) Simonetto, Ernesto. Op. cit., pág.

(136) Ferri, Giuseppe. Op. cit. pág.

Esta oposición, según Simonetto, no reviste la forma de un juicio ordinario, sino una manifestación unilateral de voluntad que alerta a la sociedad y será ésta a quien le corresponda citar al creador, para demostrar la falta de fundamento de su preocupación. (137)

Opino, junto con Ripert (138), que la oposición se debe sustanciar por la vía judicial. Sin embargo, ninguna apunta al LGSM. El juicio versará sobre la cuestión de establecer si la operación provocará un perjuicio al acreedor, no sobre la invalidez de la deliberación de fusión ó sobre la fusión misma: más sobre el pago del crédito que sobre su garantía, si el crédito es exigible de inmediato y sobre la conservación de garantías y si el crédito aún conserva un plazo para su pago.

Pues bien, con motivo de la sucesión universal inter-vivos que se da en la fusión ocasionada por la desición del aporte global, se provoca una disolución sin liquidación. Los acreedores-- buscarán garantías de pago de sus créditos: es ésta la razón de ser del término de tres meses.

También Brunetti, (139) opina que la oposición plantea una litis ordinaria en contra de la sociedad representada por sus administradores. no basta, afirma, la simple manifestación de voluntad del acreedor en el sentido de oponerse, sino que debe sustentarse un procedimiento judicial característico, ya que de otra manera tendríamos un derecho sin contenido.

(137) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

(138) Ripert, Georges. Op. cit. pág.

(139) Brunetti, Antonio. Op. cit. pág.

El efecto de la oposición es suspender el procedimiento -- de fusión hasta que se declare infundada ó se desinterese al -- acreedor ó se obtenga su consentimiento. Esta declaración deberá ser pronunciada por un juez y no mediante la situación que -- definió Simonetto. Es decir que: " Para que el acto de fusión se ejecute es necesario que todos y cada uno de los acreedores con sientan en la fusión, pues basta que uno sólo se oponga para que sea imposible antes del término." (139), hecha la salvedad de la excepción que más adelante veremos.

El efecto de la oposición que prospera, continúa el autor citado, no es el de anular la deliberación de fusión, sino que sólo suspende la ejecución. Esto es lógico, si consideramos que los acreedores no son socios. La suspensión se deriva entonces -- de la oposición y hasta no resolverse ésta no se lleva a cabo -- la fusión, privando de todo efecto al acuerdo de fusión. No es un simple disentimiento, sino toda una oposición basada en un -- en un futuro perjuicio. Como acreedor de la sociedad, considera este autor, a todo aquél que tiene un derecho que hacer efecti vo frente a la propia sociedad, incluyendo a los tenedores de -- obligaciones.

(139) Vásquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág. 352.

Así, por ejemplo, si el patrimonio de la absorbente no alcanza a cubrir las deudas propias y las de la incorporada, porque ésta tenga más pasivo que activo, cabe la oposición del -- acreedor, al igual que cabría en la integración, si la nueva cae en semejante situación. Hay, en ambos casos, un evidente perjuicio.

Ahora bien, en cuanto al contenido de la oposición, el juez juega un papel de vital importancia y es Ferri ((140) quien lo delinea claramente, al decir que, debido al traspaso de patrimonio que sucede en la fusión, se provoca que los acreedores concurren junto con otros de las diversas sociedades, sobre un patrimonio que antes era su garantía exclusiva. Por esto el juez se circunscribirá a determinar la afectación de los créditos y garantías de los acreedores, no a la legalidad del acuerdo de fusión y sus formalidades, ni a los motivos económicos -- que indujeron a la fusión, ni tampoco a la operación globalmente considerada, sino única y exclusivamente a establecer si se ocasiona o no perjuicio al acreedor en cuanto a que su crédito se vea satisfecho o que sus garantías de pago no se vean afectadas, sin hacer relación a otras cuestiones. Se suspenderá la ejecución de la fusión, por perjuicio al acreedor, no por vicios de la operación.

(140) Ferri, Giuseppe. Op. cit. pág.

Es oportuno analizar aquí como las posiciones del socio y del acreedor son distintas frente a la fusión. El primero se opondrá a la fusión cuando vea en ella un peligro para la sociedad a la cual pertenece, un peligro tal que provocaría la muerte del ente ó cuando note defectos en el procedimiento de fusión o una posible acción fraudulenta de los administradores que afecte sus derechos. El contenido de su oposición, no es un crédito en peligro de no ser pagado, sino un interés corporativo: su posición como socio en la futura operación.

En cambio, el acreedor no busca más que satisfacer su crédito sin importarle los pormenores de la operación: lo único que le interesa es que le paguen o que, cuando menos, le garanticen su pago.

El socio tiene una situación más preocupante y complicada. No es tan sólo un crédito, sino su posición dentro de la sociedad, el futuro del ente en cuya creación participó, el destino incierto de su aportación y, en fin, su posición dentro del nuevo contexto, la continuación del vínculo social, el enfrentar un diferente medio, más amplio por efecto de la fusión y hasta perder el puesto dentro de algún órgano de administración de la fusionada. En suma, opino que el socio arriesga más en la fusión que el acreedor. Si bien, monetariamente hablando, éste puede tener más riesgo que aquél, bien puede suceder que el socio tenga todo su patrimonio puesto en el futuro de la sociedad a la cual pertenece.

Curiosa posición tendría el socio que al mismo tiempo sea acreedor de la sociedad. Opino que nada obsta para que en cada situación diferente, ejercite sus derechos, teniendo, eso sí, - la ventaja sobre los demás acreedores, en cuanto a que tendría mejor información que ellos, aparentemente, aunque se encontraría junto con todos ellos, en un plano de igualdad.

Tiene entonces la oposición, una eficacia general, ya que suspende el procedimiento de fusión y se dirige, según Simonetto, (141) hacia la sociedad deudora singular del acreedor, no siendo admisible que siendo un contrato plurilateral, se suspenda toda la operación, por razones que atañen a una sola participante. La suspensión sólo atañerá a la participante afectada. La fusión tiene elementos autónomos separables, siendo posible que opere en tiempos diversos.

Esta opinión de Simonetto, que difiere con la de Vázquez - del Mercado expresada anteriormente, denota un conocimiento --- práctico y una posición más flexible que la de éste autor. La - situación que plantea Simonetto, complicada, es aceptable y me adhiero a ella.

En el término de tres meses, caduca la acción de oposición, no obstante que otros acreedores hayan suspendido la fusión. En otras palabras, la oposición es un derecho individual, de tal - manera que, si el acreedor singular no lo ejercitó en el término de ley, su derecho caduca, no obstante que otros acreedores hayan interpuesto sus respectivas oposiciones.

(141) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

La excepción a éste embrollo de oposiciones, la establece - el art. 225 LGSM, además de que se puede abreviar el plazo si se desinteresa al acreedor, pagándole, garantizándole su crédito, obteniendo su consentimiento o desvirtuando la oposición planteada.

Es decir, aún con la oposición interpuesta, puede el tribunal autorizar la operación, previo aseguramiento de idónea garantía.

El artículo citado, ofrece las siguientes opciones:

- a) Pacto de pago de todas las deudas a todos los acreedores;
- B) Depósito de su importe en una institución de crédito, en un certificado de depósito que también deberá publicarse;
- C) La constancia de consentimiento de todos los acreedores.

Estas opciones las señalé como excepción para salvar el término de tres meses para presentar oposiciones, como posible contenido del sistema para extinguir el pasivo, pero pueden ser utilizadas en cualquier momento, inclusive después o durante el término aludido. Claro que la sociedad, debe demostrar, a opinión de Brunetti (142), la evidente urgencia y necesidad de llevar a cabo la fusión de esta manera, evitando posibles perjuicios.

(142) Brunetti, Antonio. Op. cit. pág.

De esta manera, al tomar alguna de las apuntadas hipótesis, la fusión tiene efectos desde su inscripción e inmediatamente - después de ésta procede a la estipulación del contrato, (que en la práctica bien puede estar ya estipulado). Por mandamiento de ley, las deudas a plazo se darán por vencidas, cuando se opte - por alguna de las posibilidades apuntadas.

Frisch(142), considera que estas medidas son insuficientes, ya que no se aplican a todos los acreedores: faltan los desconocidos. Es una hipótesis un poco difícil de imaginar. Por otra parte, considera que el vencimiento anticipado ordenado en la -- parte final del primer párrafo del art. 225 citado, no provoca un pago anticipado, sino un acuerdo de vencimiento anticipado ó un depósito de cantidades vencidas y por vencer por parte de - las sociedades deudoras.

Simonetto (143) nos ofrece una interesante cuestión práctica: El término de tres meses suspende el acto de fusión estipulado anticipadamente: por la conveniencia e intención económica de la fusión, se obstaculizaría ésta o se destruiría, al retardar la estipulación de un contrato, ya sea por el cambio de condiciones o de circunstancias.

En otras palabras, el término de tres meses no establece una obligación a los administradores de no estipular el contrato, sino de suspender sus efectos, su ejecución.

(142) Frisch, Phillip. Op. cit. pág.

(143) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

Es ésta última, la ejecución, la que puede causar un perjuicio a los acreedores y no la estipulación de un contrato sin -- ejecución, que es letra muerta con respecto a ellos. A lo mucho obliga a las partes, aunque esté afectado de nulidad relativa. Lo que aconseja el autor citado últimamente, es estipular bajo la condición suspensiva del transcurso del término de tres meses sin oposiciones ó hasta que éstas sean resueltas.

Nuevamente nos ofrece una situación práctica. He expresado anteriormente, en múltiples ocasiones, que considero a las tratativas preliminares y a la estipulación anticipada del contrato de fusión, como situaciones prácticas, jurídicamente inválidas, pero que son antesala del inicio del procedimiento de fusión. La estipulación que plantea Simonetto, no tiene ningún efecto jurídico, pero es un útil consejo para darle mayor celeridad a la fusión. Nada impide a los administradores que estipulen el contrato de fusión en forma anticipada y condicionadas, a sabiendas de que jurídicamente puede ser afectado y carece de validez.

Por último cabe dilucidar si el acreedor ante la fusión se encuentra ante una novación subjetiva por cambio de deudor (novación delegatoria) o ante una cesión de deuda.

La primera es solemne: se necesita del consentimiento expreso del acreedor, ya que de otra manera se encontraría ante una cesión de deuda. El "animus novandi", pues.

En ambos casos, las garantías otorgadas subsisten, si fueron personales del deudor, pero se extinguen si fueron otorgadas por tercero que no consienta expresamente a continuar garantizando.

En cuanto a excepciones, en la cesión de deuda, el nuevo deudor transmisionario puede oponerle a su acreedor, además de las excepciones derivadas de la naturaleza del acto, las propias que tenga contra el acreedor y las que tenía el cedente en su contra, menos las personales. En cambio, en la novación, sólo podrá oponer las dos primeras.

La novación, al parecer, ofrece mayores garantías al --- acreedor, al ser más rigurosa. Así, en mi opinión, si el acreedor, sea en el término de tres meses que en laguna opción del art. 225 LGSM, consiente con la fusión, consiente al mismo --- tiempo con la novación subjetiva por cambio de deudor. En caso contrario es decir, que no exprese consentimiento, su silencio da lugar a la cesión o asunción de deudas, con las consecuencias apuntadas.

Sin embargo, Ripert (144), rechaza toda posibilidad de -- alguna novación, debido a la sucesión inter-vivos universal -- que sucede en la fusión. Es cierto que esta sucesión se da en la fusión, pero por efecto de ella se da la novación subjetiva o la cesión de deuda.

(144) Ripert, Georges. Op. cit. pág.

Para Ferri, (145) no hay novación subjetiva por cambio de deudor en la fusión, porque en ésta el acreedor sigue garantizado por la transmisión del patrimonio a la fusionante, garantías que con la novación se extinguen o se limitan a las del nuevo deudor. De seguir una derivación del derecho común, donde el deudor no puede ser sustituido por otro sin consentimiento del acreedor, se debería demostrar que la fusión se paralice tan sólo porque el acreedor no esté de acuerdo. En suma, se inclina más por aceptar una sucesión universal inter-vivos que una novación subjetiva por cambio de deudor.

Repito, como lo hice respecto a Ripert, que dentro de esa sucesión se encuentra incluida, sea la novación que la cesión de deuda. En un caso en que ha sido el deudor, es decir, la sociedad deudora, quien haya otorgado las garantías al acreedor, éstas quedaron intactas en los tres supuestos (sucesión inter-vivos, novación subjetiva por cambio de deudor y cesión de deuda), quedando el acreedor probablemente mejor protegido si consideramos incluida en la sucesión, a la novación y a la asunción de deuda, ya que en éste caso, no sólo se responde con los bienes de la fusionada, sino con los de la fusionante o con la reunión de patrimonios de las fusionadas en aquél de la nueva.

En mi opinión, los tres fenómenos, sucesión universal inter-vivos, novación y cesión de deuda, se dan en la fusión, aplicando la primera a las dos restantes, en las cuales dependerá si los acreedores dieron o no su consentimiento.

De cualquier manera, el acreedor se enfrenta a una substitución de deudor y que deberá manejar según su conveniencia, sea como una novación subjetiva o como una asunción de deuda, sin que por esto sea válido afirmar, como lo hizo Brunetti en el inciso 1.2.1., que la fusión es una novación, ya que esto es limitar la fusión a uno de sus tantos aspectos.

3.1.3.2. DEUDORES.

Estos sujetos se encuentran en una situación muy similar a la del acreedor. Es decir, encuentran que en la relación jurídica que los liga con la participante, se da una substitución del acreedor, sea por una cesión de crédito, cuando el deudor no expresa su consentimiento o por una novación subjetiva por cambio de acreedor, cuando expresamente confiere su consentimiento.

Las consecuencias en cuanto a excepciones oponibles al acreedor, son también más amplias en la cesión de deuda que en la novación subjetiva por cambio de acreedor, ya que tiene el deudor dos excepciones que oponer, las del nuevo crédito y las del anterior y no únicamente las primeras, como sucede en el caso de la novación, además de aquéllas que el deudor puede interponer cuando al notificársele la cesión del crédito, puede oponer al cesionario, tanto las excepciones que tuviere en contra del cedente, como del cesionario.

No hay que olvidar que el deudor no notificado de la cesión, cumple pagando a su acreedor originario-cedente, provocando así problemas a la sociedad subsistente que substituye a la fusionada.

¿ Cómo pagará el deudor no enterado de la fusión y menos notificado de la cesión que tuvo lugar?. Pues bien, considero que consignando su pago a favor del acreedor primitivo, es válida la excepción del art. 2040 Del Código Civil para el D.F.; -- además, podrá oponer a la fusionante-cesionaria las excepciones mencionadas anteriormente, cuando ésta venga a exigirle el cumplimiento.

Por último, tanto para los deudores como para los acreedores, hay diferencia entre novación y cesión: la primera es una manera de extinguir obligaciones creando otra nueva, forma que considero , para el caso de fusión, más conveniente al acreedor, y la cesión, como forma de transmitir obligaciones, que conviene, en la fusión , al deudor.

3.2. EFECTOS DEL CONTRATO DE FUSION.

Pues bien, cumplidos todos los requisitos legales de inscripción y publicidad del acuerdo, balance y sistema para extinguir el pasivo y satisfechos o garantizados los acreedores, puede -- ahora pasarse a la estipulación del acto de fusión, es decir, - del contrato de fusión y, como he dicho antes, es éste, jurídicamente hablando, el momento de estipulación, aunque prácticamente hablando ya se haya realizado una estipulación previa.

Estudiemos pues, los efectos del contrato de fusión, con respecto a las participantes, a los socios y a los terceros -- acreedores y deudores y notaremos como los efectos del acuerdo de fusión recaen más sobre los socios y terceros y los del contrato de fusión, sobre las participantes.

3.2.1. EFECTOS SOBRE LAS SOCIEDADES PARTICIPANTES.

Contemplaremos estos efectos respecto a las fusionadas, - para ambos casos de fusión, a la fusionante, en el caso de la incorporación y a la nueva, en el caso de la integración.

3.2.1.1. SOCIEDADES FUSIONADAS.

"La característica propia de este efecto, sin lugar a dudas, puesto que casi en su totalidad se ha reconocido que la desaparición de las sociedades se efectúa sin que se presente la necesidad de liquidarlas."(145). Esta cuestión ya ha quedado clarificada en el inciso 1.1.

El mismo autor afirma que: " si se admite que un ser moral puede aportar la integridad de su patrimonio a otro ser moral, lo que constituye el principio mismo de la fusión, no se debe admitir, ni vencimiento del término ni reembolso anticipado, - ni resolución del contrato."(146)

(145) Vázquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág. 338.

(146) Idem, pág. 340.

Es la postura del apoete que yo sostengo y que el autor -- citado rectifica, ya que al principio de su brillante exposición sobre el tema, habla de fusión como simple transmisión del patrimonio, a lo cual ya realice una crítica en el primer capítulo de esta tesis.

Es indiscutible que sucede la disolución de las sociedades; pierden su personalidad, su nombre, sus órganos de dirección; - su patrimonio pasa a la incorporante e a la nueva, por virtud - de la sucesión universal inter-vivos.

Sin embargo, las sociedades no mueren; desaparecen del mundo jurídico amalgamándose dentro de otro contexto, sea en la incorporante que en la nueva sociedad, compenetrándose para unificarse, persistiendo el vínculo social originario y el concepto de empresa, para reaparecer posiblemente en la escisión.

Ahora bien, la transmisión de derechos y obligaciones de la fusionada a la subsistente, abarca las relaciones patrimoniales y las corporativas. Las primeras se transmiten, como lo hemos visto, cuando la subsistente se substituye frente a terceros acreedores o deudores, como acreedora o deudora, y las segundas, cuando el vínculo social original se constituye entre la incorporante o la nueva y los mismos socios de la fusionada, los cuales pasan a ser socios de una u otra. Ambas transmisiones se podrán llevar a cabo una vez resueltas las oposiciones de los -- acreedores.

Si recordamos, continúa Vázquez del Mercado, que tanto el activo como el pasivo, forman el patrimonio de una sociedad y que la incorporante o nueva, al aceptar la fusión, toma a su cargo el pasivo de la fusionada, llegamos a la conclusión de que no es admisible que se deba, por parte de la fusionada, liquidar el pasivo antes de la fusión.

La transmisión de las relaciones se realiza por el sólo acto de fusión, 'unu actu', sin formalidad alguna, sin realizar actos particulares de transmisión o notificar cambios de sujetos a acreedores. Todo se transmite en un sólo acto.

Por esto mismo, la novación y la cesión, en sus diferentes especies que analice, se encuentran incluidas en la sucesión y no en el contrario. En otras palabras, primero sucede la sucesión universal inter vivos de todo el patrimonio y de todas las relaciones. Posteriormente, cuando la operación se va detallando, relación por relación, al irse ejecutando el contrato de fusión, nos encontraremos ante cesiones, novaciones o cualquier otra forma de creación, transmisión o extinción de obligaciones y obligaciones, resolviéndose, después de la transmisión y de la fusión, nunca antes, los problemas, detalles y excepciones a que den lugar. Si fuera al contrario, es decir, primeramente atender cada relación mediante un específico medio de transmisión y luego operar la sucesión, que no tendría ya razón de ser, nos encontraríamos ante dos situaciones: una, que la operación sería cualquier cosa menos fusión y aunque así lo fuera.....

.....probablemente nunca llegaría a cumplimentarse, por lo complicado y fragmentado del procedimiento a que daría lugar considerar a la fusión como posterior a las formas particulares de transmisión de relaciones.

Continúa señalando Vásquez del Mercado, atinadamente, que ninguna de las relaciones transmitidas deberá considerarse como concluída por el hecho de la fusión, cuestión que ya hemos analizado.

En cuanto a los efectos internos, los órganos de las fusionadas dan por concluídas sus funciones, substituyéndose por los de la incorporante o siguiendo las normas de constitución para la nueva, enseña el citado autor.

Hay pues, un cúmulo de modificaciones, de efectos que pueden agravar las consecuencias. Existe una amplia posibilidad de modificaciones, debiéndose mantener inalterados aquélos elementos con que la sociedad permanece identificable aún, dentro del nuevo contexto y después de la fusión. Si el nombre se pierde y el objeto puede cambiar, no se me ocurre más que una mención informativa al respecto en el contrato de fusión, que sería prácticamente un resumen del acto constitutivo de la fusionada.

3.2.1.2. SOCIEDAD FUSIONANTE.

El efecto sobre la fusionante viene a ser el aumento de capital ocasionado por el aporte global que han hecho la(s) fusionada(s) y la admisión de nuevos socios en el vínculo social. En palabras más sencillas, la ampliación tanto de su patrimonio -- como de sus socios mediante una vía semejante al aumento de capital y que es la fusión por incorporación. Se modifica, en una palabra, el contrato de sociedad de la incorporante.

Las sociedades participantes, al igual que sucede en la -- integración, subsistirán bajo un sólo nombre, sea uno nuevo, el de la incorporante o el de la sociedad nueva. Puede existir diversidad de objetos entre las participantes. En este caso la -- subsistente mantiene ambos, adquiriendo un objeto compuesto. Sólo la incompatibilidad, como ya he expresado, impediría tal -- proceder, pudiéndose aún, unificar el objeto.

Pues bien, es necesario que en la fusionante se provoque un aumento de capital para que así se les entreguen a los socios de las fusionadas, acciones representativas de su aportación.

Sin embargo, el aumento de capital, no es consecuencia inevitable de la fusión, ya que puede ocurrir que " desde el punto de vista del capital, el aumento de capital se representa con la puesta en circulación de las acciones que la sociedad tuviere en su poder como resultado de un proceso judicial en contra de sus socios morosos o aquéllas que hubiere amortizado con utilidades." (147)

(147) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. pág. 529, Tomo II

No siempre habrá entonces, un aumento de capital en la -- fusión por incorporación con respecto a la incorporada, cuando el aumento se presente poniendo en circulación acciones amortizadas o aquéllas no cubiertas (art. 134 y 135 LGSM).

Puede también evitarse el aumento de capitañ si la socie-- dad anónima incorporante es de capital variable y posee acciones de tesorería suficientes para cubrir el aporte de los socios de la(s) fusionada(s), es decir, las acciones de cartera, como las llama la doctrina. Adcmás, dentro de la misma S.A. de C.V., tam-- poco habrá lugar al aumento de capital, si el aporte de las fu-- sionadas queda dentro del capital autorizado.

Cuando por motivo de la fusión, la incorporante se vea en-- la necesidad de acordar un aumento de capital, deberá, conse--- cientemente, emitir acciones. Para la integración, se siguen -- las normas de constitución de una S.A. nueva.

Garrigues apunta que el aumento de capital en la fusión se simplifica, porque en lugar de la suscripción , se da el canje-- de acciones, donde es importante señalar un plazo al efecto, de-- jando sin efecto acciones de la absorbida que no se presenten -- para el canje. La elevación del capital, continúa, deberá ser -- en la misma cuantía en que se valore la aportación del patrimo-- nio de la fusionada, necesitándose, por tanto, una valoración -- patrimonial, tanto de la incorporada como de la incorporante, -- ya que la contraprestación para los socios de la incorporada, -- son precisamente las acciones representativas de su aporte. (148)

(148) Garrigues, Joaquín. Op. cit. pág.

Aquí viene a la mente la idea de sacrificio mutuo que en el contrato de fusión ocurre, según explicó Simonetto anteriormente; es decir, la representación del sacrificio individual a favor del ente colectivo y la permisión de éste a las incorporadas de aprovechar los distintos beneficios, patrimonio y prerrogativas colectivas, se plasma y representa en las acciones.

Estas acciones de la incorporante que se entregan a socios de la incorporada(s), son la contraprestación que éstos reciben por su sacrificio individual en aras del beneficio colectivo y representan (es ésta la contraprestación), el beneficio individual que recibe la(s) incorporada(s) a costa del sacrificio colectivo.

La preferencia de adquisición de las acciones emitidas por la incorporante, no corresponde a sus antiguos socios, sino a aquéllos de la incorporada(s)

Por otra parte, el art. 133 LGSM, ordena que "No podrán emitirse nuevas acciones hasta que las precedentes no hayan sido íntegramente pagadas", tratando de evitar que los nuevos accionistas provoquen una afluencia de nuevos aportes para ocultar su insolvencia. Considera Santagata que la disposición, idéntica en el derecho italiano, corresponde tan sólo al caso de aumento de capitales mediante nuevos aportes. (149)

(149) Santagata, Carlo. Op. cit. pág.556

Para Fré (150), dicha disposición no opera en la fusión-- porque obstaculiza el procedimiento e impone sacrificios innecesarios a los socios, si la incorporante no necesita el numerario. Sin embargo, si existe este detalle durante el procedimiento de fusión, opino que tanto acreedores como socios de -- las incorporadas deben exigir un exacto delineamiento de obligaciones y de destino de sus aportes, para evitar así que se cubra la insolvencia posible de los socios de la incorporada.

Santagata termina de aclarar la cuestión al afirmar que:- "Anche nella nostra ipotesi non ricorre in realtà il conferimento di nuove attività alla società incorporante. Le azioni-- che quest'última società emette in occasione della fusione, sono rappresentative di quote od azioni preesistenti presso le società incorporate: solo dal punto di vista formale può parlarsi di emissione di nuove azioni, giacché dal punto di vista sostanziale, si tratta dei conferimenti già eseguiti presso le società già incorporate. La fusione non altera il collegamento causale dei rapporti di partecipazione, né con gli originari conferimenti, né la loro preesistente disciplina, e quindi i soci non potranno essere obbligati per effetto della fusione, a liberare integralmente le azioni, a meno che ciò non sia richiesto per le esigenze stesse della fusione. Tale esigenza potrà verificarsi allorché i soci delle altre società partecipanti della fusione, abbiano integralmente liberato le loro azioni." (150)

(150) Idem pág. 558.

"También en nuestra hipótesis no es necesario recurrir en realidad a la aportación de nuevas actividades a la sociedad incorporante. Las acciones que esta última sociedad emite con motivo de la fusión, son representativas de cuotas y acciones preexistentes en las sociedades incorporadas: solo desde el punto de vista formal puede hablarse de emisión de nuevas acciones, ya que desde el punto de vista substancial, se trata de aportaciones ya realizadas en las sociedades ya incorporadas. La fusión no altera la conexión causal de las relaciones de las participaciones, ni con las aportaciones originales, ni su preexistente orden, siendo así que los socios no podrán ser obligados por efecto de la fusión, a liberar integralmente sus acciones, a menos que esto no haya sido exigido por las condiciones mismas de la fusión. Tal exigencia podrá verificarse cuando los socios de las otras sociedades participantes en la fusión hayan integralmente liberado sus acciones." (150)

Posiblemente se critique, probablemente con razón, de excederme en la transcripción anterior, pero el párrafo es tan elocuente y claro que lo amerita y para su mejor comprensión, de él se destaca: (A) La emisión de acciones que ocurre en el aumento de capital por fusión en la incorporante, no es igual -- que la emisión en circunstancias normales. Por esto no es aplicable el citado artículo.

(B) Y no es idéntica, porque esas acciones emitidas con motivo de la fusión, representarán acciones y cuotas preexistentes, en la incorporada, fenómeno que no sucede en el aumento de capital usual.

(C) Consecuentemente, sólo formalmente podrá -- hablarse de una nueva emisión de acciones, porque sustancialmente se trata de aportes ya ejecutados y entregados.

(D) Al ser un fenómeno independiente, la fusión no afecta las relaciones de los socios de la incorporada con sus acciones, siendo así que la fusión no puede por sí obligar a éstos a liberar sus acciones pendientes, salvo que así se -- pacte o los socios de la incorporada hayan librado integralmente sus acciones antes de la operación, lo que me parece lo más equitativo.

Reocondemos que el aporte lo realizan los socios de las incorporadas y no éstas. ya que desaparecen y a ellos se les --- asignan las acciones.

Por último, apunta Fischer(151), existe una estrecha correlación entre el aumento de capital que se da en la incorporante y el aporte de la incorporada, de tal manera que la invalidez de uno acarrea la del otro, siendo así que la invalidez del --- acuerdo de aumento de capital, afecta la contraprestación a los socios de las fusionadas y la transmisión del patrimonio de la fusionada a la fusionante.

3.2.1.3. SOCIEDAD NUEVA.

Cuestiones referentes a estos efectos, ya los he adelantado en los incisos anteriores.

En la fusión por integración, los representantes de las -- sociedades ejecutan los acuerdos, redactando el instrumento de constitución de la sociedad, que bien puede estar incluido, en mi opinión, en el mismo acto de fusión o aporte, como la ley -- mexicana lo exige(art. 226 LGSM).

Es decir, se redacta un contrato de fusión, cuyas proyec-- ciones serán plasmadas en el acto constitutivo de la nueva S.A. exigido por la ley para que la integración tenga efecto, es decir, como su requisito de formalidad, su forma. El nuevo ente, -- por tanto, deberá estructurarse y formalizarse como una socie-- dad nueva siguiendo el procedimiento que al efecto señala la -- ley respectiva.

(151) Fischer , Rodolfo. Op. cit. pág.

Puede válidamente, opina Vivante (152), rechazar la escritura de constitución del nuevo ente, el tribunal, si considera que le falta algún requisito, pudiendo exigir reformas o modificaciones. Este planteamiento, que imagino en la práctica de difícil realización, complicaría aún más el procedimiento de fusión, ya que, por ejemplo, si el juez exige nuevos nombramientos o restricción de poderes a los representantes, deberá convocarse a asamblea con todo el complicado procedimiento que ello implica.

La escritura que exige la ley, no es más que la formalización de un hecho consumado, es decir, la integración de las fusionadas en un sólo ente nuevo. La ejecución de algo a lo que ya se obligaron, plena y jurídicamente, las participantes.

Los retrasos que sufra esta formalización, no afectan las obligaciones de las partes.

Al hablar del contrato de fusión, critiqué el que en la integración deba seguirse un procedimiento constitutivo para la creación del nuevo ente, ya que esta nos lleva al contrasentido de la fusión con liquidación y pugna con el concepto que hemos sostenido a lo largo de la tesis, concerniente a la continuación del vínculo social en el procedimiento de fusión, la persistencia del concepto de empresa, el concepto de aporte global que se da en la fusión y que es principal para la misma, y la idea de reaparición de la sociedad en la escisión, todas ellas que no repetiré y que considero reproducidas.

(152) Vivante, César. Op. cit. pág.

Por otra parte he mencionado líneas arriba, las posibles, aunque lejanas complicaciones que puede acarrear el adoptar un procedimiento de constitución en la integración.

Considero que la ley mexicana pecó de otorgar demasiada protección a acreedores y socios de las fusionadas al establecer el requisito del art. 226 de la LGSM. Sin embargo, la protección puede ser siempre bienvenida y nunca rechazada, salvo cuando excede los límites de la lógica, ya que en el procedimiento de fusión, se da la suficiente oportunidad de oposición a socios y acreedores, como para considerarlos protegidos, amén de la sucesión universal inter-vivos que se opera.

Opino que tal exigencia legal debe ser considerado como simple requisito de formalidad, cuya omisión provoca una nulidad relativa convalidable y el resultado de una sociedad irregular, cuya regulación conocemos.

Termino este inciso, diciendo que para Simonetto(153) no existe sociedad nueva, ni nuevos socios, sino unificación de participaciones, unificación y constitución de un complejo unitario.

Si hay, considero, el surgimiento de un ente nuevo, pero como resultado directo del contrato de fusión y sin solución de continuidad que provoca la estipulación de un acto constitutivo para la nueva sociedad. Este, ya lo he dicho, hay que reducirlo a un requisito formal de validez para un hecho consumado? la integración.

(1530 Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

3.2.2. EFECTOS EN CUANTO A LOS SOCIOS.

En este inciso haré algunos comentarios sobre el canje de acciones a que se ven sometidos los socios de las fusionadas, como -- efecto principal respecto a su posición, del contrato de fusión, Es decir, la delimitación y delineamiento preciso de la posición de los socios dentro del ente al cual se incorporan, los títulos que la representarán, etc.; y sobretodo, la proporción en que su aporte global se verá representado en esas acciones.

Para Frisch (154) este canje se realiza con base a la cotización resultante del valor material de las acciones de cada una de las participantes, no el valor contable ni el nominal. Este -- canje constituye, continúa, constituye la esencia de la fusión, de tal suerte que una contraprestación que incluya numerario, -- desvirtúa la operación de fusión, salvo que nos encontremos ante fracciones incanjeables o proporciones muy pequeñas. Tampoco admite contraprestaciones complementarias en especie.

Esta última cuestión, la amplía Vivante, (155) al decir --- que fijado el valor efectivo, se puede tener: (1) Igual valor --- nominal, pero diferente valor efectivo, considerando que aquí - se devuelve el excedente a quien tiene las acciones de mayor valor o reducir la parte que no han pagado, que no han liberado; - (2) Iguales valores, tanto nominal como efectivo, en cuyo caso- bastará renovar los títulos

(154) Frisch Phillip, Walter. Op. cit. pág.

(155) Vivante, César. Op. cit. pág.

Son éstas dos fórmulas prácticas y claras que se debrán -- tomar en cuenta.

Considero la opinión de Fischer, fundada, en el sentido de rechazar toda contraprestación en numerario o en especie a los socios de la fusionada, sea que esta pretación sea complementaria o no, salvo en las excepciones que apunta el autor, ya que caeríamos en alguna de las situaciones prácticas que tanto se asemejan a la fusión. La fusión es fusión y basta: el hecho de que en la práctica se opere con variaciones es otra cuestión.

Por otra parte cada autor parece tener un sistema diferente para fijar el valor proporcional a asignar a las acciones -- de los socios de las fusionadas. La cuestión ya la he analizado en varias partes de esta tesis y considero que es un planteamiento que tiene más visos contables que jurídicos, además -- de que puede ser mejor comprendida ante una situación prácti---ca concreta, de tal manera que me atrevo a afirmar que no es--- posible dar una fórmula general: cada caso individual indicará que procedimiento utilizar.

En suma, el efecto en los socios, además de incidir en sus acciones, es pasar a ser socios de la nueva o de la absorbente, recibiendo acciones en la cuantía convenida y con la situación jurídica de socios de la incorporada o de la nueva.

Este intercambio de títulos es elemento esencial de la --- fusión también para Vázquez del Mercado(156), si consideramos - que también sucede una agrupación de socios de los diversos entes, a lo que agregaría yo la agrupación de vínculos, patrimo-- nios y personalidades.

El efecto importante, continúa, de establecer el vínculo - social único entre los socios de las participantes, se logra entregando a éstos acciones de la nueva o de la incorporante. Para asignar el valor respectivo, deberá asignarse diversos facto--- res.

Es este tránsito del vínculo social dentro del nuevo contex to y su permanencia dentro del mismo, un elemento que he eviden ciado ya como principal en la fusión. Es el aspecto que le da - tinte corporativo a la operación y que junto con la desapariti--- ción de un titular jurídico, diferencian y explican claramente la fusión de otras operaciones semejantes.

Para Simonetto, (157), como una seguridad adicional para - el socio, éste debe conservar la participación del lugar que -- ocupaba en la relación original, dentro de la nueva o incorpo-- rante. El valor patrimonial, continúa, deberá incluir el nom-- bre comercial, la posesión de ciertos bienes y todo aquello que no se encuentre en el balance y no sólo lo que en él aparece: - un valor patrimonial global que sirva para un justo canje de -- acciones.

(156) Vázquez del Mercado, Oscar. Op. cit. pág.

(157) Simonetto, Ernesto. Op. cit. pág.

Considero que el socio no puede tener la misma proporción de participación ni la misma situación social que tenía en la fusionada, en la incorporante o en la nueva, ya que es un contexto más amplio, tanto corporativa como patrimonialmente hablando, a menos que en ese tránsito corporativo, amplíe por otros medios su posición. En síntesis, la antigua posición de socio que tenía en la fusionada, persistirá, en debida proporción dentro de la fusionante.

Son las entidades útiles como el nombre comercial, continúa Simonetto, aquéllas que hacen interesante la fusión, ya que no es posible computarlas en el capital ni asignarle acciones de canje. Sin embargo, propone se incluyan en el capital con aportaciones que hacen los mismos socios en proporción a su valor, atribuyéndoseles así acciones.

En mi opinión y en el caso citado por el autor, se deben evitar a toda costa contraprestaciones en dinero o en especie, ya que ello equivaldría a una enajenación definitiva de bienes que en alguna forma podrán servir a la fusionada, si es que en algún momento se decide escindir. Es decir, se privan drásticamente de elementos importantes, alterando de esta manera el equilibrio entre el sacrificio individual para beneficio colectivo y el sacrificio colectivo para beneficio individual.

Probablemente una solución a este problema, sería entregar acciones de aporte o acciones sin valor nominal, tan criticadas en la doctrina.

También podría plantear el supuesto consistente en que a los accionistas de las fusionadas se les entregarán obligaciones convertibles en acciones, que en este caso.....

.....serían de tesorería (art. 210 bis de la Ley Genral de Títulos y operaciones de crédito, en adelante LGTOC).

La fórmula, admito, parece ser "de laboratorio".

Primeramente, esta solución no es general para la fusión--ya que se limita a la fusión por incorporación, en donde la incorporante sea una S.A. de C.V. y que posea acciones de tesorería. Así las cosas, no parece necesario que la incorporante --- utilice esta opción, si es que tiene acciones de tesorería suficientes para cubrir el o los aportes de las fusionadas, de tal suerte que no necesite el aumento de capital, ni la emisión de nuevas acciones. Tal parece que será una desición particular la que determine tal desición, es decir, entregar obligaciones con vetibles en acciones a socios de las fusionadas.

El caso está contemplado, escasamente, por la doctrina, -- como una forma de aumento de capital, en donde la preferencia - en la adquisición de estas acciones, establecida por el art. -- 132 LGSM, se excluye, tanto por mandamiento de ley (art. 210 bis, fr. II LGTOC), como por la naturaleza de la operación, es de--- cir, al ser una fusión, si los socios de la incorporante tuvieran preferencia sobre los de la fusionada, a adquirir las nue-- vas acciones, huelga decir que ya no nos encontraríamos ante -- una fusión. El art. 210 bis (LGTOC), exige la existencia de ac-- ciones de tesorería (fr. I), de un plazo de ejercicio del dere-- cho de conversión (fr. III) y de una solicitud de

.... los obligacionistas (fr. V). Es decir, se establece como una opción para el obligacionista, ya que éste bien puede dejar fenecer el plazo y no ejercitar su derecho de conversión, conservando su derecho crediticio.

El socio, por tanto, sufre una conversión a acreedor obligacionista con opción a convertir su crédito en acciones de tesorería de la incorporante. El aporte global de la fusionada pierde su carácter y se convierte en un crédito a cargo de la incorporante y a favor de acreedores, que en algún tiempo fueron socios de la participante, ahora desaparecida.

Esta operación podría realizarse con respecto a una de las participantes, para el caso, imagino, de que sus socios, no obstante que se haya realizado el procedimiento de fusión, y que a estas alturas esté prácticamente consumado, no estén aún seguros de querer participar en la incorporante y así se les otorgue un plazo determinado para decidirse: el de ejercicio del derecho de conversión.

También puede ser una forma para la incorporante, de eliminar a la competencia, ofreciéndole atractivos intereses sobre sus obligaciones convertibles en acciones a cambio de que no ejerzan o renuncien a su derecho de conversión.

Alguna ventaja fiscal también puede tener.

Sin embargo, hay varios obstáculos: el que otros acreedores exijan el mismo privilegio o se opongan mediante sus derechos de oposición(si es que llegan a enterarse del arreglo); - se necesita de un acuerdo mayoritario de los obligacionistas, - ex-socios de la fusionada, con la salvedad que tal acuerdo no - obliga a disconformes, además que se necesita de la delibera-- ción correspondiente de la asamblea general extraordinaria de - la incorporante para autorizar la operación. (158)

La operación, en suma, tiene el aspecto que la aportación se convierte en un crédito y de ahí se pasa a una compensación optativa que para proceder se necesita del acuerdo mayoritario de los obligacionistas. Así, se hace transitar el patrimonio - bajo distintas formas. Aunque desconozco cuál sea, me parece - percibir ventajas fiscales.

Si bien este punto podría merecer un análisis más profundo, basta con decir lo siguiente:

- 1) Firmado el contrato de fusión y al terminar casi el proce-- dimiento de fusión o incluso desde los acuerdos de fusión, las partes acuerdan optar por la entrega de obligaciones converti-- bles en acciones.
- 2) Se transforma la aportación global en crédito y a los so--- cios de la fusionada en acreedores.
- 3) En consecuencia, desaparece el elemento del canje de accio-- nes y el importantísimo consistente en la persistencia del -- vínculo social originario dentro de un nuevo contexto.....

(158) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Op. cit. pág.

.....y del concepto de empresa.

4) El vínculo social originario de cada sociedad fusionada no existe ya: los socios se han convertido en acreedores, aunque puedan entrar, optativamente, a ser socios de la incorporante, pero ya no como antiguos accionistas de la fusionada desaparecida, sino como acreedores convertidos en accionistas.

5) Se transforma la fusión, se le deforma, se le modifica, se afectan gravemente sus elementos, sobretudo el principal: el aporte global, amén de otros ya mencionados. No hay ya fusión, habrá cualquier otra cosa, menos fusión, no obstante la desaparición de un titular jurídico, faltan elementos para completarla. Las posibilidades de escisión desaparecen, por estratagema legal, al desaparecer los socios de las fusionadas.

Si bien parece que en la legislación mexicana no hay impedimento para esta operación y que en puridad, no tiene un obstáculo importante, opino que puede prestarse a situaciones fraudulentas afectando a acreedores y al fisco, además de debilitar la posición de los socios de las fusionadas.

Por otra parte, cabe señalar junto con Fischer(159), de que las acciones de la fusionada, vienen a ser el medio de prueba para su poseedor, para acreditar su derecho a que se le asigne un número proporcional de acciones de la absorbente. A la obligación de exhibición, corresponde la de canje.

(159) Fischer, Rodolfo. Op. cit. pág.

Los socios de la fusionada, permanecen en sociedad entre sí, entrando al vínculo social de otros socios y éstos a su vez en el de aquéllos, amalgamándose y viendo ingresar a su patrimonio, elementos nuevos, participando así en el nuevo patrimonio colectivo más amplio que el original. El beneficio es también colectivo y recíproco: los recursos se multiplican, sea en la incorporación que en la integración.

3.2.3. EFECTOS EN CUANTO A TERCEROS ACREEDORES Y DEUDORES.

Ambos sujetos, a esta altura del procedimiento, se encuentran ante un hecho consumado: la fusión.

Los acreedores, por una parte, han visto correr su término de oposición, durante el cual pudieron ejercerlo y se les declaró fundada o infundada su oposición, fueron desinteresados o simplemente aceptaron tácitamente la fusión. En todo caso se enfrentan, como ya he analizado, a una substitución de deudor, ya sea por cesión de deuda o por novación subjetiva -- por cambio de deudor., según hayan o no otorgado su consentimiento expreso, prosiguiendo, en todo caso, los litigios pendientes en contra de la fusionada, ahora en contra de la fusión.

El deudor, por su parte y como ya he analizado, se encuentra en una posición igual al acreedor: si alguna oposición pudo haber interpuesto, si es que existió, ya pasó el tiempo.....

..... para hacerlo y si dió su consentimiento, se encontrará ante una novación subjetiva por cambio de acreedor y si no lo dió, ante una cesión de crédito. En síntesis, podrfa decir que la posición del deudor no guarda demasiada importancia en el procedimiento de fusión.

El tema de la fusión lo he analizado aquí en forma panorámica. Su temática y problemática es vasta e interesante. El estudio de sus efectos, no termina aquí, ya que en un exámen interdisciplinario de la operación, deberfamos de considerar sus consecuencias en el ámbito laboral, fiscal, civil, de seguridad social, administrativo y aún social, político y económico. Es pues el tema de la fusión de sociedades anónimas en el derecho mexicano, meritorio de un análisis amplio y profundo, dentro del contexto del mundo corporativo al cual estamos evolucionando y al cual se dirige la S.A. Por otra parte, la actualidad del tema es evidente y palpitante, lo que amerita la perfección en su conocimiento y la búsqueda de nuevas alternativas y fórmulas corporativas: el mundo económico empresarial del futuro avizora el dominio de los grandes conglomerados.

BIBLIOGRAFIA.

ALEGRIA, Héctor. Sociedades Anónimas. Reimpresión. Ediciones -- Forum. Buenos Aires, 1971.

ASACARELLI, Tullio. Principios y problemas de las sociedades -- anónimas. Traducción de René Cacheaux Sanabria. Imprenta Univer^sitaria. s/e. México, 1951.

BROSETA Pont, Manuel. Manual de derecho mercantil. 2a. edición. Editorial Tècnos, S.A.. Madrid, 1974.

BRUNETTI, Antonio. Trattato del diritto delle società. s/e. --- Dott. A. Giuffré editore. Milano, 1948.

DE GREGORIO, Alfredo. De las sociedades anónimas y de las aso-- ciaciones comerciales. Traducción de Delia Viterbo de Fruder y Santiago Sentís Melendo. 6a. edición. Ediar editores. Buenos -- Aires, 1950.

ESCARRA, Jean. Cours de droit commercial. Nouvelle edition. Li-- braire du Recueil Siney, S.A. Paris, 1952.

ESCARRA, Jean. Escarra, Edouard, Rault, Jean. Traite théorique-- et pratique de droit commercial. Les sociétés commerciales. s/e Libraire de Recueil Siney, S.A.. Paris, 1955.

FERRARA, Francesco. Gli imprenditori e le società. 4a. edición-- Dott. A. Giuffré editore. Milano, 1962.

- FERRI, Giuseppe. La fusione delle società commerciali. s/e -----
Società editrice del foro italiano. Roma, 1936.
- FISCHER, Rodolfo. Las sociedades anónimas. Su régimen jurídico.
Traducción de W. Roces. Editorial Reus. s/e. Madrid, 1934.
- FRE, Giancarlo. Società per azioni. Commentario del codice ci--
vile. Libro Quinto Del Lavoro. s/e. Nicola Zanichelli editore -
Bologna, 1951.
- FRISCH, Philipp Walter. La sociedad anónima mexicana. 1a. edi--
ción. Porrúa. México, 1979.
- GARRIGUES, Joaquín. Tratado de derecho mercantil. s/e Revista -
de derecho mercantil. Madrid, 1949.
- GARO J. Francisco. Sociedades Anónimas. Ediar editores suc. ---
1a. edición. Buenos Aires, 1954.
- GRAZIANI, Alessandro. Diritto delle società. 1a. edición. A. Mo
rano editore. Napoli, 1951.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. 5a.
edición, editorial Cajica. Puebla, 1978.
- IBARROLA, Antonio de. Cosas y sucesiones. 4a. edición. Porrúa..
México, 1977.
- MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial. Traduc
ción de Santiago Sentís Melendo. 1a. edición. Ediciones jurfdi-
cas europa américa. Buenos Aires, 1955..

MOSSA, Lorenzo. Derecho Mercantil. Traducción de Felipe de J. - Tena. UTEHA Argentina. s/e. Buenos Aires, 1940.

RIPERT, Georges. Traité élémentaire de droit commercial. 10a. - edición por René Roblot. Libraire général de droit et jurisprudence, Paris, 1980.

RIPERT, Georges. Tratado elemental de derecho comercial. Traducción de Sola Cañizares. Tipograffa editora argentina. 3a. - edición. Buenos Aires, 1954.

RIVAROLA A., Mario . Sociedades Anónimas. 4a. edición. Editorial el ateneo. Buenos Aires, 1941.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Tratado de sociedades mercantiles. 5a. edición. Porrúa. México, 1977.

SANTAGATA, Carlo. La disciplina di fusione. Revista Banca Borsa e titoli di crédito. Anno XXVIII, Fasc. IV, Oct-Dic. 1965. Dott. A. Giuffré editore. Milano, 1965.

SIMONETTO, Ernesto. Delle società. Dentro del Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro quinto -Deel Lavoro. Arts. 2498-2510. Reimpresión de la 1a. - edición. Nicola Zanichelli editore. Società editrice del foro italiano. Bologna, 1968.

URIA, Rodrigo. Derecho Merxnatil. s/e. Madrid, 1958.

URIA, Rodrigo. La fusión de sociedades mercantiles en el derecho español. Revista de derecho mercantil. Vol I, num 2, Mzo-Abril-1946. Madrid.

VALERI, Giuseppe, Manuale di diritto dommerciale. Casa editrice-"il Castelaccio", s/e. Firenze, 1945.

VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles. 2a. edición. Porrúa. México 1980.

VIVANTE, César. Tratado de derecho mercantil. Versión española. 1a. edición. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1932.

FUENTES.

CODIGO Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (1 octubre 1932).

CODIGO De Comercio. (13 de octubre de 1889).

LEY General de sociedades mercantiles. (4 de agosto de 1934).

LEY Genral de Títulos y operaciones de crédito (27 de agosto-- de 1932).

REGLAMENTO del Registro Público de Comercio (22 de enero de 1979).