



37
2013

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ASPECTOS MERCANTILES DE LA
ESCISION DE SOCIEDADES"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ARTURO ALVARADO HERNANDEZ

MEXICO, D. F.

JUNIO 1993

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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

	<u>Pág</u>
INTRODUCCION	
 CAPITULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES 	
1.- CONCEPTOS GENERALES	1
A. Concepto de escisión	1
B. Sistemas y clases de escisión	7
a) Escisión total o pura	8
a.1) Escisión total o pura perfecta	9
a.2) Escisión total o pura imperfecta	10
b) Fusión-escisión	10
b.1) Fusión-escisión por absorción	11
b.2) Fusión-escisión por combinación	12
c) Escisión parcial	13
2.- NECESIDAD ECONOMICA Y JURIDICA DEL FENOMENO DE LA ESCISION DE SOCIEDADES MERCANTILES	14
3.- PRINCIPIOS JURIDICOS DE LEGALIDAD DE LA ESCISION	23
A. Principio de autonomía de la voluntad	27
B. Principio de libertad y libertad de asociación	30
C. Principio de las mayorías	32
4.- LA ESCISION DE SOCIEDADES COMO FORMA DE CONCENTRACION Y DESCONCENTRACION DE EMPRESAS	33
A. Concepto de empresa y de concentración de empresas	33
B. La escisión como forma de concentración de empresas	39
C. La escisión como forma de desconcentración de empresas	41
5.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ESCISION DE SOCIEDADES	43
A. Teorías sobre la naturaleza jurídica de la fusión de sociedades	43

	<u>Pág</u>
a) Teoría de la sucesión universal_____	43
b) Teoría del acto corporativo_____	44
c) Teoría contractual_____	45
d) Teoría de la transformación extintiva_____	47
B. Sobre la naturaleza jurídica de la escisión de sociedades_____	48
6.- ACUERDO DE ESCISION Y REALIZACION DE LA MISMA_____	52
A. Deliberación de la escisión_____	52
B. Ejecución del acuerdo de escisión_____	59
C. Formalidades para la deliberación y ejecución Del acuerdo de escisión_____	61
D. Revocación del acuerdo de escisión_____	73
E. Nulidad del acuerdo de escisión_____	75

**CAPITULO SEGUNDO
EFECTOS DE LA ESCISION DE SOCIEDADES**

1.- EFECTOS DE LA ESCISION CON RELACION A LA SOCIEDAD ESCINDENTE Y ESCISIONARIA_____	77
A. Efectos respecto a la sociedad escindente_____	77
a) Disolución_____	78
b) Reducción del capital social y contable_____	80
c) Responsabilidad solidaria_____	81
B. Transmisión de las relaciones patrimoniales y corporativas_____	82
a) Transmisión de las relaciones corporativas_____	84
C. Creación de títulos_____	85
D. Surgimiento de una nueva sociedad_____	87
2.- Efectos frente a los socios_____	88
A. Derecho de oposición_____	89
B. Derecho de retiro_____	92
3.- Efectos frente a los acreedores_____	94
A. Derecho de oposición_____	97
4.- Efectos frente a terceros_____	98
A. En relación con los trabajadores_____	98
B. En relación con el fisco_____	102

CAPITULO TERCERO
ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE
LA ESCISION, LA FUSION Y LA HOLDING

1.-	CONCEPTO DE ESCISION, FUSION Y HOLDING_____	108
	A. Concepto de escisión_____	108
	B. Concepto de fusión_____	110
	C. Concepto de holding_____	112
2.-	DIFERENCIACION EN BASE A LOS CONCEPTOS DE ESCISION Y FUSION_____	113
3.-	DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA ESCISION Y LA FU- SION EN BASE A SUS EFECTOS_____	117
	A. Respecto de los socios_____	117
	a) Participación accionaria_____	117
	b) Derecho de oposición_____	118
	c) Derecho de retiro_____	120
	B. Respecto de las sociedades_____	121
	a) Capital contable_____	121
	b) Transmisión de las relaciones patrimonia- les y corporativas_____	122
	c) Creación de títulos_____	124
	d) Efectos frente a los acreedores_____	125
4.-	LA ESCISION - HOLDING_____	129
5.-	LA FUSION Y LA HOLDING_____	130
6.-	FENOMENO DE CONCENTRACION DE EMPRESAS EN RELACION A LA ESCISION A LA FUSION Y A LA HOLDING_____	131
	CONCLUSIONES_____	136

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION.

Tal ha sido el desarrollo comercial experimentado en el presente siglo, que la concentración societaria y empresarial ha creado nuevos instrumentos capaces de responder a las necesidades económicas y jurídicas de las sociedades mercantiles.

La escisión de sociedades, instrumento derivado de la evolución económica y comercial en las naciones, es una opción más para aquellas sociedades que persiguen un alto grado de desarrollo y optimización de sus recursos.

Ante la inminente apertura comercial que actualmente vive nuestro país, la regulación jurídica de la escisión de sociedades fue una respuesta oportuna y acertada por parte de nuestros legisladores, al darle reconocimiento expreso y por ende mayores expectativas de reorganización y desarrollo a las sociedades mercantiles.

Debido a que el presente trabajo se inició antes de la última reforma de la Ley General de Sociedades Mercantiles de fecha 11 de junio de 1992, que incluyó la regulación de nuestro tema a estudio, esta tesis contiene el análisis de los principios jurídicos de legalidad sobre los cuales fue posible efectuar escisiones de sociedades antes de la reforma antes citada.

Aún cuando este trabajo se refiere a los aspectos mercantiles de la escisión de sociedades, con el propósito de tener un panorama más amplio acerca de los efectos que produce una escisión, se hace una breve referencia del régimen fiscal aplicable y sobre los efectos laborales.

La escisión se estudia enfocada a la sociedad anónima, por ser dicho tipo social el más común y en la que con mayor frecuencia se observa el fenómeno de la escisión de sociedades.

En el primer capítulo de esta tesis se exponen diversos conceptos de escisión y se propone el propio, se establecen las formas posibles de escisión, la necesidad jurídica y económica del fenómeno de escisión, los principios jurídicos de legalidad en base a los cuales se efectuaron escisiones antes de su regulación legal, la concentración y desconcentración de empresas a la luz de nuestro tema a estudio, su naturaleza jurídica y el procedimiento para llevar a cabo una escisión.

El segundo capítulo, se refiere a los efectos que provoca una escisión respecto de la sociedad o sociedades escidentes y escisionarias, de los socios, de los acreedores, así como los efectos para con otros terceros como son el fisco y los trabajadores.

Por último, en el tercer capítulo se hace un estudio comparativo entre la escisión, la fusión y la holding, diferenciando en primer término a la escisión de la fusión,

en base a sus conceptos y efectos mercantiles y finalmente se analizan la escisión y la fusión en relación con la holding.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES

1.- CONCEPTOS GENERALES.

A. CONCEPTO DE ESCISION.

Para el Diccionario de la Lengua Española, el término escisión viene del latín "scissio-onis, cortadura" que significa 'rompimiento, desavenencia'; y su verbo transitivo escindir, quiere decir, 'cortar, dividir, separar' (1).

El Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas más que definir el fenómeno de la escisión, delimita su característica:

"II. La característica del fenómeno consiste realmente en una división o separación de bienes y de actividades de una sociedad, que se transmiten a otra u otras, sin que se extinga la sociedad escindida que sólo se desprende de bienes y derechos de su activo" (2).

Es común en los Estados Unidos oír hablar de "Corporate division, corporate separation, divisive reorganization, pero con mayor frecuencia se alude a la escisión con los nombres de tres de sus variedades, siendo estas variedades de la escisión, split up, split off y sping off" (3).

(1) Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo I, Editorial Espasa-Calpe, 20a. Edición, Madrid, España 1984, Pág. 580.

(2) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Jorge Barrera Graf, Diccionario Jurídico Mexicano, D-H. Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México 1989, Pág. 1300.

(3) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Conrad, Alfred citado por Jorge Barrera Graf, Vol. XIII, Ob. cit., Pág 1299.

En opinión del autor Conard Alfred, resulta más conveniente la locución francesa SCISSION cuya grafía es la misma para el mundo anglosajón (4).

A continuación transcribiremos los conceptos de escisión de algunos estudiosos del tema y posteriormente propondremos el nuestro.

Para el Licenciado José María Abascal Zamora la escisión "consiste en la disgregación de la empresa en otros organismos que adquieren personalidad jurídica y patrimonio propio, y que generalmente viven al lado de la empresa madre, como filiales o subsidiarias, o conviven todas organizadas en cualquiera de las formas de concentración o coordinación a que me he referido" (5).

El maestro Alberto Moreno de la torre, quien considera que la operación de escisión tiene una motivación económica, cita al tratadista Justino F. Duque Domínguez, quien menciona que la escisión:

"A. Es un medio que pueden utilizar las sociedades para "adaptarse a las situaciones cambiantes de la economía";

B. Una forma de redistribuir las actividades de las empresas y procura su descentralización;

(4) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ob. cit., Pág 1299.

(5) Abascal Zamora, José María, Fusión de Sociedades Anónimas en el Derecho Mexicano, Tesis U.N.A.M. 1963, Pág. 42, Citado por Villavicencio Castañeda, Luis, La Escisión de Sociedades Mercantiles, Tesis, Escuela Libre de Derecho, 1989, Pág. 9.

C. Separar las operaciones de una empresa que funcionan con pérdida, de otras que tienen utilidades, para hacer más rentable esta última;

D. Que puede servir también para dar "solución a problemas internos de la sociedad escindida", como superar diferencias de opinión entre dos grupos de socios, respecto del manejo de los negocios sociales" (6).

Al respecto el Licenciado Alberto Moreno de la Torre, agrega que para considerar una escisión, se requiere que la operación sea unitaria y semejante al proceso de fusión y que de ninguna manera basta para considerarse realizada una escisión, con que una porción importante de los negocios y activos de una empresa pasen a otra sociedad (7).

Refiriéndonos a los conceptos descriptivos de la escisión de sociedades, tenemos los siguientes:

Considerando también a la escisión de sociedades como una operación unitaria, el jurista Francisco Javier Villalón Esquerro en su artículo "La escisión: La realidad ante la Ley", publicado en los Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., agrega que dicha operación unitaria debe implicar:

"1. Desde el punto de la persona jurídica, un fraccionamiento de ésta.

2. Desde el punto de vista patrimonial, una distribución del

(6) Duque Domínguez, Justino F., citado por Alberto Moreno de la Torre, Fusión, Escisión y Transformación de la Sociedad Anónima, en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año 1, No. 3, septiembre-diciembre de 1986, Pág. 1053.

(7) Cfr. Moreno de la Torre, Alberto, Ob. cit., Pág. 1053.

pasivo y del activo de una sociedad en una u otras sociedades.

3. Desde el punto de vista del contrato social, una modificación de éste en virtud del cual los socios se adscriben a otra u otras personas jurídicas, pudiendo conservarse la participación en la sociedad originaria en el caso que ésta permanezca" (8).

Por su parte el profesor Duque Domínguez establece que: "Es necesario considerar la escisión no como una operación integrada por las operaciones distintas y sucesivas en que temporalmente puede descomponerse el proceso desde la sociedad escindida a las nuevas sociedades creadas (o reestructuradas), sino como una operación unitaria semejante al proceso de fusión" (9).

En la legislación de nuestro país, encontramos dos conceptos sobre escisión; la legislación fiscal, fue el primer ordenamiento en regular la escisión en el año de 1991, específicamente en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, y en 1992 se estableció un concepto de la figura en comento en el artículo 15-A del Código Fiscal de la Federación, mismo que dispone que "Se entiende por escisión de sociedades, la transmisión de la totalidad o parte de los activos, pasivos y capital de una sociedad residente en el país, a la cual se le denominará escidente, a otra u otras sociedades residentes en el país que se crean expresamente para ello, denominadas escindidas".

(8) Villalón Esquerro, Francisco Javier, La escisión: la realidad ante la ley en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año 1, No. 3, septiembre diciembre de 1986, Pág. 1142.

(9) Duque Domínguez, Justino F., citado por Alberto Moreno de la Torre, Ob. cit., Pág. 1037.

No fue sino hasta junio del año pasado, que se adicionó el artículo 228 Bis al capítulo IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde se establece que "Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación".

No nos parece adecuado el anterior concepto pues carece de precisión en su redacción.

En efecto, de la simple lectura de la primera parte de dicho concepto se denota la falta de precisión en el mismo, ya que puede interpretarse que siempre que ocurre una extinción por virtud de una escisión la escidente divide su patrimonio en forma total o parcial, lo cual es falso pues cuando sucede una escisión que trae como consecuencia la extinción de la sociedad, solo podemos entender que se dividió el patrimonio en forma total.

Antes de proponer nuestro concepto y para evitar confusiones respecto a la denominación de los entes que intervienen en la figura de la escisión, debemos referirnos a dichos sujetos o entes, de la siguiente manera:

a) Respecto a la sociedad que da origen a los nuevos entes, coincidimos con la denominación que tanto la Ley General de Sociedades Mercantiles, recientemente reformada, como el Código Fiscal de la Federación utilizan, llamando escidente a la sociedad que acuerda la división de su patrimonio.

b) Por lo que hace a la sociedad o sociedades que surgen por virtud de una escisión, no estamos de acuerdo en la denominación prevista en los ordenamientos legales mencionados en el inciso anterior, pues consideramos que el término escindida o escindidas, según sea la clase de escisión, puede prestarse a confusión con la llamada escidente, como ya lo hemos detectado en algunos estudios sobre escisión de los maestros especialistas en la materia mercantil, razón por la que creemos correcto el criterio del autor argentino Julio Otaegui, cuando llama escisionaria precisamente a la sociedad que surge como consecuencia de una escisión.

El concepto de escisión de sociedades mercantiles que proponemos es el siguiente:

La escisión de sociedades es un acto jurídico por el cual una sociedad denominada "escidente", divide su patrimonio en dos o más partes, manteniendo o perdiendo su personalidad jurídica para crear con dichas partes escindidas una o varias sociedades, o bien, transmitiendo dicho patrimonio a sociedades ya existentes, cuyas sociedades se denominan escindidas, escisionarias o beneficiarias, a cambio

de la entrega de acciones que emitan las sociedades escisionarias en favor de sus propios accionistas, en la proporción a la participación accionaria de éstos en la sociedad escidente y al patrimonio escindido, según lo acuerden las partes.

El profesor Moreno de la Torre, al referirse a los actos de organización que se llevan a cabo dentro de las sociedades para el cumplimiento de sus propósitos sociales, considera que "La fusión, la escisión y la transformación de las sociedades anónimas se encuentran dentro de esta categoría de ACTOS JURIDICOS, que recién aparecen en el mundo de nuestro acontecer jurídico-económico, y por ello la legislación que los regula aparece inspirada más por la teoría, que por la experiencia" (10).

B. SISTEMAS Y CLASES DE ESCISION.

Siendo la figura de la escisión una forma de desconcentración de empresas, como lo veremos con más detalle en el punto 4 de este capítulo, coincidimos con la clasificación que el jurista Sánchez Mejorada hace sobre los tipos de escisión; así tenemos que una sociedad mercantil puede escindirse de tres maneras:

1.- La llamada escisión total o pura, plena o en sentido estricto, que a su vez puede ser escisión total perfecta o escisión total imperfecta.

(10) Moreno de la Torre, Alberto, Ob. cit., Pág 1038.

2.- La fusión-escisión, pudiendo ser ésta una fusión-escisión por absorción o una fusión-escisión por combinación.

3.- La escisión parcial (11).

A continuación analizaremos cada una de estas formas o tipos de escisión.

a) ESCISION TOTAL O PURA.

La principal característica de este tipo de escisión es que la sociedad que se escinde desaparece del campo jurídico y económico, esto es, pierde personalidad jurídica y de igual forma se extingue su patrimonio, dando lugar al surgimiento de una o más nuevas sociedades.

El Licenciado Carlos Sánchez Mejorada y Velasco, quien ha denominado a este tipo de escisión como escisión pura, plena o en sentido estricto nos dice que "En primer lugar, una sociedad se puede dividir en varias, desapareciendo totalmente la sociedad original y naciendo a la vida jurídica las nuevas sociedades en las que la primera se dividió" (12).

Podemos definir a la escisión total o pura como el acto jurídico por el cual una sociedad llamada escidente divide su patrimonio en dos o más partes, desapareciendo dicha sociedad para así dar surgimiento a la vida jurídica a

(11) Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, La Escisión de Sociedades, Memoria del Seminario sobre la escisión de las sociedades mercantiles de la ANADE, A.C., Celebrado el 4 de marzo de 1991, Págs. 6 y 7.

(12) Idem., Pág 6.

una o más sociedades escisionarias, a cambio de las acciones o partes sociales que emitan la o las sociedades escisionarias en favor de los accionistas de la escidente, quienes las recibirán en proporción a las aportaciones efectuadas y al patrimonio de dicha sociedad escidente.

a.1) ESCISION TOTAL O PURA PERFECTA.

Una escisión pura será perfecta, cuando todos los socios de la sociedad escidente tengan participación en el capital social de todas y cada una de las sociedades beneficiarias, en las mismas proporciones que tenían en el capital social en la sociedad que se escindió en forma total (13).

El maestro Carlos Sánchez Mejorada y Velasco considera que existen dos subclasificaciones dentro de la escisión pura, siendo la primera de ellas la denominada escisión pura perfecta y explica que "... Todos los socios de la sociedad escindida participarán en el capital social de todas las nuevas sociedades en las mismas proporciones que en la sociedad escindida" (14).

Cabe hacer la aclaración de que el profesor Sánchez Mejorada denomina sociedad escindida a la escidente, éstos es, a la sociedad que da origen a las nuevas sociedades.

(13) Cfr. Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Págs. 6 y 7.

(14) Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 7.

a.2) ESCISION TOTAL O PURA IMPERFECTA.

Una escisión pura será imperfecta cuando pueda haber variedad de combinaciones tanto en el número de socios de la sociedad escidente que participen como tales en las nuevas sociedades, así como en las proporciones con que intervengan dichos socios en el capital social de las sociedades escisionarias o de nueva creación (15).

Escisión total o pura perfecta e imperfecta:

Para distinguir estas dos subclasificaciones es determinante el número de socios de la sociedad escidente que participen en las nuevas sociedades, así como de la proporción en que tengan participación en las nuevas sociedades o sociedades originarias (16).

b) FUSION-ESCISION.

La denominación de "Fusión-escisión" es producto de la legislación francesa; dentro de esta forma de escisión encontramos dos subclasificaciones, la fusión-escisión por absorción y la fusión-escisión por combinación (17).

La característica fundamental en este tipo de escisión, es que participan la sociedad que va a escindirse (total o parcialmente), conjuntamente con sociedades ya

(15) Cfr. Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 7.

(16) Idem.

(17) Idem.

existentes pudiendo éstas, como resultado de la escisión, extinguirse o no (18).

Son subclasificaciones de esta segunda forma de escisión, la "fusión-escisión por absorción" y la "fusión-escisión por combinación".

A continuación analizaremos ambas figuras:

b.1) FUSION-ESCISION POR ABSORCION.

El citado autor Carlos Sánchez Mejorada y Velasco, manifiesta que esta modalidad de escisión se da "cuando con la escisión no se produce la constitución de nuevas sociedades independientes, sino la absorción por otras sociedades ya existentes de las partes en las cuales se divide la sociedad escindida" (19).

Esto es, en la fusión-escisión por absorción participan tanto la sociedad que pretende escindirse, como la sociedad o sociedades ya existentes que absorberán las partes del patrimonio que sean divididas de la sociedad escidente.

Por otra parte, considero que la denominación de esta forma de escisión es la correcta, toda vez que desde el punto de vista de la sociedad o sociedades existentes, estas absorberán al igual que como sucede al efectuarse una fusión por absorción, la parte o partes en que se divida el patrimonio de la sociedad escidente; y es correcto

(18) Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 7.

(19) Idem.

denominarla escisión, porque desde el punto de vista de la sociedad que realiza dicho acto jurídico de escisión, ésta separa parte de su patrimonio.

Lo que en algún momento puede cuestionarse es, si es más correcta la denominación FUSION-ESCISION POR ABSORCION o ESCISION-FUSION POR ABSORCION, siendo esta última la que en mi opinión es más acertada por las siguientes razones:

1.- Por tratarse de una subclasificación de la ESCISION y no de la FUSION.

2.- Porque si bien es cierto que este acto mercantil participa de algunas características de la fusión, es también cierto que la principal característica de esta subclasificación es la ESCISION, siendo ésta la base y lo primero que ocurre al actualizarse esta forma de escisión.

b.2) FUSION-ESCISION POR COMBINACION.

El jurista Sánchez Mejorada y Velasco nos dice que esta forma de escisión es más compleja que la fusión-escisión por absorción y que sucede "... cuando otras sociedades aportan la totalidad de su patrimonio y la sociedad escindida aporta sólo una parte del suyo, a una nueva sociedad constituida al efecto. Esta figura se conoce como "fusión-escisión por combinación" (20).

Ocurre la FUSION-ESCISION POR COMBINACION cuando, al igual que la anterior subclasificación, la sociedad

(20) Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 7.

escidente sólo divide parte de su patrimonio para destinarlo a la constitución de una nueva sociedad, conjuntamente o con la participación de una o más sociedades ya existentes, las cuales (a diferencia de la escidente) se extinguen al destinar la totalidad de su patrimonio a dicha sociedad o sociedades de nueva creación (21).

Como podemos observar, en este tipo de escisión también tenemos la participación de otras sociedades existentes, aparte de la sociedad que va a escindirse, con la diferencia de que en este caso podrán surgir una o varias sociedades por virtud de esta forma de escisión.

Por las mismas razones de orden que apuntamos en el inciso b.1) que antecede, consideramos impropia la denominación de FUSION-ESCISION POR COMBINACION y creemos más apropiada la de ESCISION-FUSION POR COMBINACION.

Por último, sólo resta definir la tercera forma de escisión.

c) ESCISION PARCIAL.

Continuando con la clasificación que hace el autor Sánchez Mejorada y Velasco, encontramos finalmente la tercera forma de escisión, a la que él denomina "Escisión parcial"; al respecto, dicho autor considera que "... una sociedad se puede escindir parcialmente, mediante la segregación de parte de ella para formar con esta parte una nueva sociedad,

(21) Cfr. Sánchez Mejorada y Velasco, *Carios*, Ob. cit., Pág. 7.

subsistiendo la sociedad originaria con las partes no escindidas" (22).

En este tipo de escisión, sólo parte del patrimonio o actividades de la sociedad que se escinde, son las destinadas a la creación de una o varias sociedades, con la singular característica de que la sociedad escidente mantiene su personalidad jurídica subsistiendo a la escisión; sin embargo, en amplio sentido, la escidente dejará de ser la misma debido a la transmisión de sus partes escindidas.

2.- NECESIDAD ECONOMICA Y JURIDICA DEL FENOMENO DE LA ESCISION DE SOCIEDADES MERCANTILES.

La escisión de sociedades, como lo veremos en este capítulo, es un fenómeno que surge como respuesta a varias necesidades, entre ellas y quizá la más común, es la necesidad económica de reestructuración, que trae como consecuencia una desconcentración de la sociedad que se escinde.

Cabe señalar que surge la escisión como una necesidad de reestructuración de las empresas antes de los años 30's en los Estados Unidos de Norteamérica y en los 50's en Francia; para los Estados Unidos fue trascendental la "Public Utility Holding Company Act. of 1935, así como la "Federal Bankruptcy Act" (23).

(22) Cfr. Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 7.

(23) Cfr. Robles Nájera, Rafael, Consideraciones Teóricas y Prácticas sobre la Escisión de Sociedades a la luz del Sistema Jurídico Mexicano, Tesis, Escuela Libre de Derecho México 1990, Pág. 68.

En relación a lo cambiante que es el derecho mercantil el maestro Francisco Villalón Ezquerro nos habla del surgimiento de estas necesidades:

"El fenómeno de la reestructuración de las sociedades mercantiles es un importantísimo instrumento que ha formado paulatinamente el derecho mercantil para que éstas se adapten a las cambiantes situaciones de hecho, que marcan la evolución de la sociedad y la economía moderna, así como a las necesidades de las personas humanas que participan en la empresa, y de esta misma como entidad, y, a su vez, puede servir para propósitos directivos, como los que intentaremos apuntar, con lo que manifiesta la influencia de las formas de organización jurídica en la apertura de desarrollo de la sociedad y la economía hacia formas más humanas de convivencia, convirtiéndose así en un medio propicio para modelar el ámbito de desarrollo de personas humanas en la empresa. Como se ha dicho, institucionalizar la empresa es humanizarla, flexibilizarla es humanizarla" (24).

Es precisamente la escisión de sociedades un ejemplo de esa evolución del Derecho mercantil. De unos años a la fecha se le ha venido dando la importancia que esta figura del Derecho mercantil tiene como una nueva alternativa que surge a las necesidades de las sociedades actuales, logrando éstas adaptarse a los cambios y transformaciones que el mundo mercantil va generando.

(24) Villalón Ezquerro, Francisco Javier, Ob. cit., Pág. 1143.

De lo anterior se desprende la importancia que tiene el utilizar alguna forma de organización jurídica, para encontrar así un óptimo desarrollo de la economía y una mejor convivencia entre las personas que integran a la sociedad.

En este orden de ideas, el jurista Sánchez Mejorada nos comenta: "Como es claro, las situaciones cambiantes de la vida económica hacen necesario el que las sociedades se adapten a tales situaciones. Como es bien sabido, las instituciones mercantiles están en constante evolución y por tanto el derecho mercantil es costumbrista, es reactivo, más que proactivo, pues tipifica o reglamenta situaciones o instituciones que el uso, la costumbre, la práctica han convertido en hecho común en la vida del comercio" (25).

Por su parte el profesor Alberto Moreno de la Torre nos da su opinión acerca del proceso de cambio que se da con los negocios en la actualidad y de las formas en que se organizan las sociedades mercantiles, manifestando que:

"El desarrollo de los negocios en el mundo ha provocado que nazcan grupos de empresas, como un desenvolvimiento de la empresa unitaria. Estos conglomerados se forman entre otras maneras, a través de fusiones, escisiones y transformaciones, para dar forma a una organización corporativa de empresas o sociedades vinculadas o relacionadas entre si por relaciones de negocios o por los accionistas que les son comunes. La existencia de estos grupos es una realidad que no se puede negar y el consorcio

(25) Sánchez Mejorada y Velasco, Ob. cit., Pág. 5.

se integra por sociedades que tienen, cada una, en lo individual, su personalidad jurídica" (26).

Asimismo, dicho autor llama actos de organización a todo el conjunto de actos jurídicos, contratos, y convenios que se relacionan con la estructura de los grupos de empresas y que a su vez estos actos norman las relaciones del grupo de sociedades para lograr entre sí y con terceros los propósitos sociales que siguen (27).

Según el autor Duque Domínguez, existen tres motivos para efectuar una escisión considerando a ésta como una forma de descentralización, y nos señala en primer término el de racionalización económica; en segundo lugar, la ejecución de una política que va en contra de ciertos actos gubernamentales; y por último, como una solución a los problemas internos que se dan en una sociedad mercantil (28).

En cuanto hace a la escisión por motivos de racionalización económica, podemos decir que en la actualidad las sociedades mercantiles buscan tener un mejor control de su patrimonio con objeto de llevar a cabo sus propósitos sociales, siendo ésta la razón por la que se acude a actos de organización eficaces como la escisión.

En nuestro país, por lo que respecta al segundo motivo que puede causar una escisión, creemos que estas escisiones surgieron como únicas alternativas que tuvieron

(26) Moreno de la Torre, Alberto, Ob. cit., Pág. 1037 y 1038.

(27) Cfr. Idem.

(28) Cfr. Duque Domínguez, Justino F., citado por Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Págs. 5 y 6.

las sociedades mercantiles a las políticas gubernamentales que prevalecieron en sexenios pasados y tenemos como ejemplo claro de estas políticas, el de la estatización de la Banca.

En efecto, el autor Sánchez Mejorada en su artículo publicado en las memorias del Semanario sobre la escisión de las sociedades mercantiles, refiriéndose a que la escisión es un fenómeno reactivo al igual que muchos otros relativos al derecho mercantil, da como ejemplo de una escisión llevada a cabo como respuesta a una medida gubernamental contradictoria, específicamente el caso de la estatización bancaria, señalando que en 1982 una institución de crédito efectuó la separación de activos, los activos bancarios de los no bancarios, logrando así salvar estos últimos de la expropiación (29).

Por otro lado, si consideramos que el negocio constitutivo de una sociedad es la vinculación recíproca de las partes para la realización de un fin común y que otras notas constitutivas en una sociedad son: la affectio societatis que significa en pocas palabras la existencia de una igualdad entre los socios; las aportaciones que realizan los socios; y la vocación a ganancias y pérdidas, entendiéndose por dicha vocación, que los socios están llamados a obtener las primeras y a soportar las segundas como consecuencia de la realización del fin común (30), al actualizarse algún conflicto por intereses contrapuestos entre dos o más grupos de socios que integran una sociedad,

(29) Cfr. Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 6.

(30) Cfr. Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil, Vigésima Séptima Edición, Revisada y actualizada por Roberto L. Mantilla Caballero y José Abascal Zamora, Editorial Porrúa, México 1990, Pág. 185 y 186.

en relación a alguna de estas notas características del negocio social, es viable pensar en la posibilidad de una escisión, para resolver este problema.

En efecto, estamos de acuerdo en que la figura de la escisión puede ser otra alternativa para la solución de los conflictos que surgen por motivos personales o por virtud de intereses diametralmente opuestos entre los grupos de socios que conforman a una determinada sociedad.

Al respecto el maestro Duque Domínguez nos dice que "Una solución a problemas internos de la sociedad escindida. La existencia de dos o más grupos de socios con intereses contrapuestos o con valoraciones contradictorias, de lo que puede ser el interés social en un momento determinado, puede superarse mediante una escisión a través de la cual se atribuya el activo social a dos nuevas sociedades, en cada una de las cuales están agrupados los socios con intereses homogéneos o con una postura semejante con relación al desarrollo de los negocios sociales" (31).

En relación al tema que nos ocupa en este inciso, el maestro Villalón Ezquerro al final de su estudio "la escisión la realidad ante la Ley" concluye en tres apartados lo siguiente:

"15) En la empresa concreta, aquí y ahora, la escisión puede utilizarse como técnica alternativa para

(31) Duque Domínguez, Justino F., Citado por Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 6.

resolver problemas de y en la empresa, de tipo jurídico, económico de desarrollo personal, social y político.

16) La escisión puede utilizarse en interesantes proyectos de participación de los trabajadores en la empresa, combinada con incentivos fiscales para estas soluciones, para así lograr la unidad de la empresa desde un punto de vista jurídico-social-económico.

17) En la reforma social cara al futuro, la escisión puede utilizarse como técnica alternativa en la adecuación de la empresa a "escala humana", para lograr ámbitos propicios al ejercicio de una mayor libertad y responsabilidad y con ello coadyuvar al perfeccionamiento de personas humanas" (32).

Otra necesidad que pudiera ser resuelta mediante una escisión es la siguiente:

En el caso de que una sociedad que tenga diversas ramas de actividad contempladas dentro de su objeto social y suponiendo que alguna o algunas de esas actividades no estén redituando lo que de ellas se esperaba, obteniendo en su conjunto mayores pérdidas que ganancias, pudiéndose llegar a un estado de insolvencia, causando así desintereses y preocupaciones en los socios que participan como accionistas en la sociedad, sería conveniente una escisión de dichas ramas de actividad para lograr una reorganización y en consecuencia un mejor control de los recursos en las nuevas

(32) Villalón Ezquerro, Francisco Javier, Ob. cit., Pág. 1176.

sociedades, acrecentando así la posibilidad de obtener utilidades para después proceder, a elección de los socios, ya sea al reparto o a la reinversión de dichas utilidades.

Como podemos observar, los motivos para realizar una escisión son de diversa índole, dependiendo de las necesidades concretas de cada sociedad, siendo generalmente de tipo económico, social, jurídico o político y consecuentemente también son de distinta índole los beneficios que una escisión puede acarrear.

Es pues la escisión de sociedades una nueva alternativa para adecuar a un ente mercantil dentro del dinámico mundo económico de las sociedades mercantiles, brindándole a cualquier sociedad una posibilidad más para una mejor organización y aprovechamiento de sus recursos, en fin, resulta ser una solución más a problemas de muy diversa índole.

Dependerá en gran medida de los estudios que realicen los administradores o socios de la sociedad a escindirse para tomar la decisión sobre llevar o no a cabo una escisión.

Por otra parte, a medida que ha evolucionado el mundo de los negocios empresariales han surgido problemas en el campo de lo jurídico que sólo pueden ser solucionados satisfactoriamente mediante la actualización de las leyes.

De algunos años a la fecha, el fenómeno de la escisión se ha venido estudiando y legislando en muchos

países del mundo, en nuestro país fue un nuevo reto a vencer para nuestros legisladores el incluir la figura de la escisión en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles pues era notoria la necesidad de darle una regulación jurídica a este fenómeno económico.

En efecto, el vacío legislativo que existía en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles causaba inseguridad jurídica para quienes pretendían efectuar escisiones, debido a la falta de dicha regulación legal.

Es importante señalar que, aún cuando no existía una regulación jurídica relativa a la escisión de sociedades mercantiles, esto no impidió la posible práctica de escisiones en nuestro país ya que contamos con fundamentos jurídicos previstos en nuestras leyes, así como diversos principios jurídicos fundamentales perfectamente aplicables al fenómeno de escisión.

Así, la falta de regulación jurídica de dicho fenómeno perjudicaba de alguna manera a un sinnúmero de sociedades que al desconocer las ventajas y beneficios que constituía para ellas la alternativa de una escisión, utilizaban otros medios para resolver sus problemas, sin que éstas alternativas fueran lo suficientemente capaces o adecuadas para lograr dichos fines.

El profesor Alberto Moreno de la Torre concuerda con la opinión de Duque Domínguez cuando establece que "La reglamentación jurídica de la escisión podría hacerse bajo

términos similares a los que se dan para la realización de la fusión, cuidando de manera muy especial los derechos de los acreedores, para lo cual tendrían derecho de oposición mientras no se garantizan sus créditos, o se les pagara, o bien mediante un régimen legal que hiciera obligadas solidarias a las empresas participantes en la escisión. Por lo que se refiere a los accionistas, además de requerirse acuerdo de asamblea extraordinaria se debería dar el derecho de retiro a los accionistas desidentes" (33).

3.- PRINCIPIOS JURIDICOS DE LEGALIDAD DE LA ESCISION.

Como lo mencionamos con anterioridad, de algunos años a la fecha, se han efectuado varias escisiones dentro de nuestra República Mexicana, en donde el problema era precisamente el determinar si la práctica de esta figura era o no legal.

Entre los principios jurídicos de legalidad que fundamentan el acto jurídico de la escisión de sociedades mercantiles encontramos tres básicamente, el de autonomía de la voluntad, el de libertad y libertad de asociación; y el principio de las mayorías.

En nuestra opinión, la práctica de escisiones en nuestro país, aún cuando no estuvo regulada anteriormente por nuestro derecho positivo, ello no fue un obstáculo para la realización de escisiones en forma legal.

(33) Duque Domínguez, Justino F., citado por Alberto Moreno de la Torre, Ob. cit., Pág. 1055.

Apoyaba la práctica de escisiones la máxima según la cual nos dice que lo que no está expresamente prohibido está permitido, en virtud de que como se afirma, no existía disposición alguna que regulara esta figura.

Antes de la entrada en vigor del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se consideraba legal la escisión que se ajustaba a las normas jurídicas y a los principios generales de derecho que rigen en general a los actos jurídicos. De igual manera, la escisión nunca debía ni debe ir en contra de leyes prohibitivas o del interés público, para considerarse legal (34).

De esta forma, con anterioridad al Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para encontrar la legalidad de la escisión en las normas jurídicas, debíamos acudir a lo dispuesto en el artículo 1858 del Código Civil que es de aplicación supletoria en materia común, y que a continuación transcribimos:

"Artículo 1858.- Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento" (35).

(34) Código Civil para el Distrito Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928.

(35) Idem.

Cabe señalar que esta regla se aplica a las posibles lagunas que encontremos en la legislación mercantil, en lo referente al así determinado por la ley como Contrato de Sociedad.

Asimismo, en el artículo 1859 se establece que: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos" (36).

De los artículos anteriormente transcritos podemos expresar las siguientes ideas:

a) En primer lugar la interrogante que surge es: ¿Se podía aplicar a la figura de la escisión las reglas de la analogía antes de la entrada en vigor del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Consideramos que sí, el autor García Maynez nos dice que: "la aplicación analógica sólo puede expresarse cuando a una situación imprevista se aplica un precepto relativo a un caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza, sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que el otro (ubi eudem ratio, idem jus)" (37).

(36) Código Civil para el Distrito Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928.

(37) García Maynez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 34a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1982, Pág. 342.

"La aplicación analógica no debe ser vista como una forma de interpretación de la ley, porque está destinada a colmar las lagunas que ésta presenta... Hay, pues, que reconocer abiertamente que la ley es sólo, frente a la analogía, un elemento objetivo que se toma como punto de partida, para aplicar la misma disposición a todos aquellos casos, no previstos, en que existe igualdad de razones jurídicas" (38).

b) Era pues preciso aplicar por analogía las disposiciones aplicables a la fusión que viene a ser el convenio con el que la escisión tiene mayor semejanza, máxime que la escisión de sociedades es una comparación figurativa del lado cóncavo o convexo de la fusión de sociedades.

Asimismo, el profesor Montilla Molina señala que: "Tampoco es de aceptarse la tesis de que el derecho mercantil tiene el carácter de un derecho excepcional, frente al civil. En efecto, el derecho comercial constituye, por sí mismo, un sistema completo de normas, susceptibles de ampliación analógica, lo cual no sería posible si tuvieran el carácter de excepcionales" (39).

Por otra parte, también era de aplicarse antes de la multitudada Reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles lo establecido en el artículo 8° del Código Civil, que dice:

(38) García Maynes, Eduardo, Ob. cit., Pág. 343.

(39) Montilla Molina, L. Roberto, Ob. cit., Pág. 25.

"Artículo 8.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario" (40).

En este orden de ideas, tenemos que en cualquier materia y desde luego en la mercantil, si se llegara a ejecutar un acto que quebrantara alguna disposición contenida en una ley prohibitiva o de interés público, dicho acto jurídico sería nulo; esto mismo pudo suceder antes de la mencionada reforma, en el supuesto caso de una escisión en donde se actuara en contra de alguna estas leyes.

Era pues indiscutible y necesaria la aplicación de las normas jurídicas que regulan el proceso de fusión al fenómeno de la escisión, quedando dicha aplicación legalizada por el principio de analogía.

A. PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Otro de los Principios sobre el que la escisión era factible de llevarse a cabo antes del Derecho que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, era el principio de la autonomía de la voluntad, que a nuestro parecer, lleva implícita la idea de libertad que tienen los particulares para poder ejercitar algún derecho, misma que va acorde con la máxima que establece que aquello que no está expresamente prohibido está permitido.

(40) Código Civil para el Distrito Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928.

El acuerdo de escisión tomado por los socios que conformaban la sociedad a escindirse, era plenamente válido, en base a este principio que les otorgaba esa posibilidad de decidir sobre el futuro de la sociedad de la cual formaban parte, llevando a cabo dicho acuerdo en las condiciones y formas que fueron establecidas por los socios, siempre y cuando se ajustara a las normas jurídicas y a los principios generales de derecho, sin más limitaciones que la de no ir, dicho acuerdo, en contra de leyes prohibitivas o del orden público, según se establece en el artículo 8° del Código Civil para el Distrito Federal.

En caso de que dicho acuerdo no cumpliera con las condiciones señaladas en el párrafo que antecede, dicho acto podría ser declarado nulo.

En base al principio de autonomía de la voluntad de las personas morales, estas podían, sin dejar de observar las limitaciones que hemos venido apuntando, ejercitar y ejecutar cualquier derecho y acto que consideraran indispensable para el cumplimiento de sus fines e intereses propios.

Al respecto, en el artículo 26 del Código Civil se establece que "las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución" (41).

Es tan importante para la vida de las sociedades mercantiles este principio de autonomía de la voluntad, que

(41) Código Civil para el Distrito Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928.

el mismo legislador así lo consideró al reconocerle a las sociedades la importancia que su escritura constitutiva y sus estatutos tienen equiparando estos a la misma ley; y así quedó establecido en el artículo 28 del citado Código Civil que nos dice que "las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos" (42).

También lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Comercio era aplicable antes de la citada reforma, ya que hace notoria la aplicación del principio de autonomía de la voluntad a la materia mercantil, en nuestro caso específico a la escisión, así "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados" (43).

En efecto, el acuerdo de escisión era realizado conforme lo determinado por los socios integrantes, siendo dicho acuerdo plenamente válido sin depender de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Con anterioridad a la última Reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, la autonomía de la voluntad hacía posible que en base a los estatutos donde se hubiere acordado la posibilidad de llevar a cabo una escisión esta se realizara en lo futuro. Asimismo era factible la escisión en base a un convenio realizado mediante asamblea extraordinaria

(42) Código Civil para el Distrito Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928.

(43) Código de Comercio, Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días del 7 al 13 de octubre de 1889.

de socios, donde se especificarán normas adjetivas válidas y reconocidas por la ley, siendo en consecuencia lícito dicho convenio de escisión.

Como sabemos, en el transcurso de los últimos años, aún cuando no había regulación legal, se efectuaron algunas escisiones en base a este principio de autonomía de la voluntad.

B. PRINCIPIO DE LIBERTAD Y LIBERTAD DE ASOCIACION.

Antes de la multicitada reforma, el principio de libertad, consignado principalmente en el artículo 5° constitucional, era piedra angular sobre la cual la práctica de escisiones encontraba su fundamento.

En efecto, en el primer párrafo del mencionado artículo se establece el derecho que tienen las personas a la libertad de elegir cualquier actividad profesional, industrial, comercial o cualquier otro tipo de trabajo a su libre albedrío (44).

Las limitaciones a este derecho de libertad son propiamente, que el ejercicio de cualquier actividad sea lícita y que no se afecten los derechos de terceros. En relación a estas restricciones el artículo 8° del Código Civil, ya citado, señala que serán nulos los actos ejecutados en contra de leyes prohibitivas o del interés público. Asimismo, el artículo 16 de dicho ordenamiento se refiere a

(44) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edición Única, Publicada por el Diario Oficial de la Nación, Impresa en los Talleres Gráficos de la Nación, México, 1988. Pág. 24.

esta garantía de libertad, toda vez que establece la obligación de ejercer esa libertad que se manifiesta en el ejercicio de sus actividades, así como de usar y disponer de sus bienes, siempre y cuando no se perjudique a la colectividad.

De lo anterior podemos concluir que las personas físicas o morales, en nuestro caso las sociedades mercantiles, en base a esta garantía constitucional pueden con plena libertad llevar a cabo escisiones siempre y cuando sean lícitas, no afecten leyes prohibitivas y no se vaya en contra del interés público.

Por lo que respecta a la libertad de asociación como principio fundamental para la práctica de escisiones en las sociedades mercantiles, podemos decir, que esta libertad de asociación constituye básicamente el negocio constitutivo de una sociedad, mismo al que ya nos hemos referido anteriormente.

La libertad de asociación consignada en el artículo 9° de nuestra Constitución como un derecho fundamental por medio del cual los particulares pueden reunirse, asociarse y en consecuencia organizarse en la forma y términos que ellos mismos establezcan para la realización de un objeto lícito, es también un fundamento legal por el cual los socios integrantes de una sociedad pueden optar y decidir sobre la escisión de la sociedad que conforman.

Asimismo, el artículo 26 del Código Civil refiriéndose a este principio de libertad, hace posible la práctica de escisiones, toda vez que en él se establece la libertad que tienen las personas morales de ejercer todos sus derechos con la finalidad de realizar su objeto social.

C. PRINCIPIO DE LAS MAYORIAS.

Indudablemente, el principio de mayorías se manifiesta como un fundamento de validez en la toma de decisiones y celebración de convenios de los socios, que en ejercicio de su derecho de voto en asamblea manifiestan su voluntad simultánea y equivalente para conformar la voluntad del ente. El jurista Vásquez del Mercado nos dice al respecto: "... la voluntad social es la de la mayoría, voluntad que se impone a la minoría, que está formada por los que votaron en contra de la proposición o se abstuvieron de votar y se impone asimismo a los que no concurrieron a la asamblea" (45).

En base a este principio también puede acordarse la posibilidad de una escisión en la escritura constitutiva que contenga los estatutos de la sociedad.

En relación a este principio, el maestro Vásquez del Mercado señala: "La Asamblea general no puede, por necesidad práctica y lógica, sino exteriorizar normalmente la voluntad social por medio de la mayoría aún cuando sean varios los

(45) Vásquez del Mercado, Oscar, *Asamblea Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles*, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987, Pág. 23.

criterios y más o menos rigurosas las exigencias que puedan regularmente informarla" (46).

4.- LA ESCISION DE SOCIEDADES COMO FORMA DE CONCENTRACION Y DESCONCENTRACION DE EMPRESAS.

Es importante advertir que dependiendo del ángulo o punto de vista que analicemos cada caso específico de escisión, tomando como base el fin o fines pretendidos, es como podremos distinguir con claridad, ante que clase de fenómeno nos encontramos, si estamos en presencia de una concentración o bien de una desconcentración de empresas.

A. CONCEPTO DE EMPRESA Y DE CONCENTRACION DE EMPRESAS.

Para estar acordes con las ideas que más adelante se expondrán, cabe advertir desde ahora lo que entendemos por empresa.

En nuestro país, como atinadamente manifiesta el profesor Acosta Romero, no existe concepto teórico o legal alguno que defina a la empresa, siendo esta una noción vaga e imprecisa para el mundo jurídico, pues al parecer es un concepto que fundamentalmente pertenece al quehacer económico y político de los pueblos (47).

(46) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 23.

(47) Cfr. Acosta Romero, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, 8a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1958, Pág. 382.

Este autor dice que la palabra empresa es frecuentemente utilizada como sinónimo de: "a) patrón individual; b) sociedad mercantil que se dedica a determinada actividad, con ánimo de lucro; y c) sociedad civil que se dedica a determinada actividad, de contenido económico, pero no de lucro" (48).

Ahora bien, "desde el punto de vista de la economía, la empresa es la organización de los factores de la producción, elementos naturales, capital y trabajo, bajo una organización y dirección que les da congruencia y estructura, para producir bienes y servicios" (49).

Nos dice este autor: "Esa organización, como concepto económico, no tiene una equivalencia con un concepto jurídico tipo y definido como tal, sino que, necesariamente tendrá que tener una envoltura jurídica que le dé la capacidad de ejercitar derechos y obligaciones" (50).

Así pues, el tratadista Acosta Romero, reconoce como una forma o envoltura jurídica de la empresa a las sociedades mercantiles, y precisamente el concepto que señala dicho autor es el mismo utilizado en la Ley General de Sociedades mercantiles en su artículo 4°.

Asimismo, es cierto el criterio de lo que por empresa y empresario entiende el jurista Vásquez del Mercado.

(48) Cfr. Acosta Romero, Miguel, Pág. 382.

(49) Idem.

(50) Idem.

El razonamiento previo que hace este autor para llegar a sus definiciones es el siguiente: Señala que la empresa es el ejercicio de una actividad económica por medio de la organización de los medios de producción y que el empresario vendría a ser el sujeto, persona física o moral, que ejercita dicha actividad económica organizada (51). Asimismo, "considerada desde un punto de vista objetivo, la empresa se tiene cuando existe la combinación de elementos personales y reales en función de producir o dar bienes o servicios dentro del mercado en general para satisfacer necesidades de personas diversas a las del empresario" (52).

De la misma forma, manifiesta que siendo la sociedad una forma de organización colectiva de una actividad económica, es por eso que en función de equivalencias, la sociedad absorbe a la empresa (53).

Siguiendo este razonamiento, y entendida así a la empresa, el maestro Vásquez del Mercado concluye que es correcto hablar de concentración de empresa. "Por ello, es correcto hablar de unión o concentración de empresas, entendiéndolas desde un punto de vista objetivo, así como de organización por el ejercicio en común de una actividad económica" (54).

Analizado el concepto de empresa pasaremos a estudiar más a fondo la figura de la concentración de las mismas, su evolución histórica, el motivo de dichas concentraciones y si

(51) Cfr. Acosta Romero, Miguel, Ob. cit., Pág. 382.

(52) Vásquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 266.

(53) Cfr. Idem.

(54) Idem.

en el caso particular que se estudia, que es la escisión, se da este fenómeno.

El proceso evolutivo de la agrupación de empresas ha sido muy similar al proceso de surgimiento de las sociedades mercantiles.

Ambas figuras se han formado por causas comunes, como por ejemplo, por un lado tenemos la necesidad de repartir los riesgos y por consiguiente compartir las responsabilidades y por el otro la combinación de recursos o esfuerzos para la realización de fines comunes.

Así pues, consideramos que lo que fundamentalmente ha originado el nacimiento de este fenómeno de agrupación de empresas, es el de la conveniencia de unirse para lograr mayor solidez y seguridad en cuanto a su existencia, dado que la competencia tecnológica y desde luego comercial se ha venido acrecentando en forma impresionante en el presente siglo y sobre todo a partir de la segunda mitad del mismo, como ejemplo de estas agrupaciones mundiales tenemos a las grandes Holdings (55).

En todo el mundo han surgido diversos fenómenos como resultado de agrupaciones empresariales los cuales han sido denominados Holdings, Trust, Sociedad de Sociedades, Sociedades Matriz, Sociedades Filiales, Empresas Madre, Cartel, Sociedad dominatriz, Conglomerados. En América Latina la finalidad que se ha perseguido con estas formas de

(55) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Acosta Romero, Ob. cit., A-CN, Pág. 563.

agrupación de sociedades, es el evitar ser desplazadas por las grandes empresas norteamericanas cuyo poderío económico es enorme (56).

Tales agrupaciones han utilizado y siguen utilizando medidas como son: la limitación de la concurrencia de productores en diversos giros para evitar ventas a precios excesivamente bajos; equilibrar los volúmenes de producción o el concentrar en una sola empresa todas las gestiones comerciales de las sociedades. Con dichas medidas, estas agrupaciones compuestas por empresas han logrado sostener su estabilidad económica y su sobrevivencia (57).

Además de lo anterior podemos agregar "... que la concentración como un movimiento de evolución que se impone, se debe a que tienen su causa en los procesos científicos que la práctica económica asimila, es el producto de una tendencia sociológica, más fuerte que las leyes y que se impone a todas las formas de actividad humana, tanto de los hombres como de las industrias que crean y a los capitales que ponen en movimiento" (58).

El autor Acosta Romero define a la concentración de empresas como un "fenómeno jurídico y económico mediante el cual dos o más empresas o sociedades civiles o mercantiles, inciden en un solo centro de decisión, sea para efectos meramente administrativos, o para la consecución de un fin socioeconómico o únicamente económico" (59).

(56) Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Acosta Romero, Ob. cit., A-GH, Pág. 563.

(57) Idem.

(58) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 268.

(59) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Acosta Romero, Ob. cit., Pág. 562.

La definición que propone el profesor Walter Frisch Philipp sobre la agrupación de empresas es la siguiente: "Ella es la reunión entre empresarios que conservan su personalidad jurídica, por medio de la cual se constituyen relaciones económicas durante cierto tiempo que surten efectos profundos y generales a la situación de los mismos empresarios" (60).

Por otra parte tenemos que las características de la agrupación de empresarios, como el autor Walter Frisch prefiere denominar a esta figura son:

a) La reunión de empresarios, desde luego encaminada a uno o varios fines o negocios.

b) La conservación de la personalidad jurídica de cada uno de los sujetos participantes. Lo cual, como lo veremos más adelante esta idea es incompatible con la fusión por integración, pues por virtud de ésta, no subsiste la personalidad jurídica de las sociedades que se fusionan, y lo mismo ocurre en el caso de la escisión pura o total, en donde actualizado el supuesto, desaparece la personalidad jurídica de la sociedad escidente.

c) La constitución de relaciones económicas por un cierto tiempo y con efectos profundos.

(60) Frisch Philipp, Walter, La Sociedad Anónima Mexicana, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1982, Pág. 474.

Según el autor, los efectos a que se refiere este último inciso, no se limitan a una operación determinada, ya que incluso, llega a existir una estrecha interdependencia económica entre quienes forman parte de la agrupación (61).

Los ejemplos que da este autor para ilustrar con mayor precisión cuando suele darse una agrupación de empresas, son entre otros: cuando se tenga por objeto la dirección o administración de una empresa por la otra y la transmisión de utilidades. Asimismo, menciona como ejemplos de estructuras o figuras corporativas a las Holdings, en donde se dan estas agrupaciones por la realización de operaciones mercantiles de cierta permanencia y con efectos profundos entre las sociedades que la componen (62).

En el caso de la fusión y la escisión, hablamos de sociedades mercantiles como dice el profesor Walter Frisch que tengan ese carácter de empresarias, en el sentido del concepto de agrupación de empresas, o sea que se trata de sociedades mercantiles que tengan estas finalidades preponderantemente económicas y de obtención de lucro y no de aquellas con otros fines, como por ejemplo el científico.

B. LA ESCISION COMO FORMA DE CONCENTRACION DE EMPRESAS.

Como lo mencionamos al inicio de este apartado dependerá del fin perseguido por la sociedad que pretende

(61) Cfr. Frisch Philipp, Walter, Ob. cit., Págs. 470 y 471.

(62) Idem.

escindirse cuando estemos en presencia de un fenómeno similar a la concentración de empresas.

Es preciso señalar que hablamos de un fenómeno similar a la concentración de empresas, porque en estricto sentido en el fenómeno de concentración de empresas, las sociedades que participan en dicha unión para efectos económicos profundos no pierden su personalidad jurídica.

Estaremos en presencia del fenómeno de concentración de empresas cuando por motivo de una escisión un grupo empresarial o simplemente alguna poderosa sociedad mercantil logre conseguir con este mecanismo jurídico, un mayor control y rendimiento de su personal, un mejoramiento tanto de sus procesos económicos como de especialización y repartición de responsabilidad y riesgos a cada una de las nuevas sociedades.

Aún cuando conocemos las radicales diferencias que existen entre los fenómenos de concentración y desconcentración de sociedades, no por ello podemos decir que en el caso específico de una escisión dichos fenómenos no puedan ocurrir uno como consecuencia del otro, esto es, el de desconcentración como consecuencia del de concentración, siendo ambos el resultado de una misma estrategia empresarial.

Autores como Julio Otaegui confirman esta idea al señalar que "la realidad es que un grado de concentración empresarial, al conllevar el inevitable gigantismo de la

empresa y de la organización, requiere para el mantenimiento de su eficacia productiva que se proceda a una descentralización no empresaria pero sí organizativa. Para lograr tal descentralización se recurre a diversos medios v, gr., la filial, el departamento y la escisión" (63).

El autor argentino anteriormente citado, considera que tanto la filial como la escisión son adecuados para la organización empresarial de los grupos de sociedades, quienes logran así un "crecimiento por multiplicación", ya que la excesiva centralización obstaculizaría el desarrollo de esas empresas (64).

Concluye su idea referente a la ubicación del fenómeno de escisión dentro de este plano de concentración y desconcentración, al afirmar que "queda, pues, claro que la escisión es un instrumento útil para la concentración empresarial a través de la descentralización organizativa" (65).

C. LA ESCISION COMO FORMA DE DESCONCENTRACION DE EMPRESAS.

Consideramos que la desconcentración, es un fenómeno propio de la escisión, dado que siempre existe una segregación patrimonial de un ente, dirigida (dicha segregación), a la creación de nuevas sociedades o a

(63) Otaegui, Julio C., Fusión y escisión de sociedades comerciales, Reimpresión, Editorial Abaco, Rodolfo de Palma, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1981, Pág. 236.

(64) Cfr. Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 237.

(65) Idem.

sociedades ya existentes, según se haya acordado en la asamblea extraordinaria de la sociedad escindida.

Un ejemplo ilustrativo de lo anterior, es cuando por virtud de una escisión surgen nuevas sociedades para grupos de socios con intereses diversos y así se da solución a conflictos personales.

Visto desde otro punto de vista, la desconcentración es un instrumento por el cual se logra una estrategia de concentración empresarial.

En estos términos, podemos afirmar que cualquiera que sea la estrategia empresarial a seguir para la escisión de sociedades, encontraremos el fenómeno de la concentración o desconcentración empresarial.

Por otra parte, debemos tomar en cuenta que pueden ser otras estrategias las pretendidas con una escisión, como son las fiscales, laborales o de simple beneficio económico para los socios y no siempre será una estrategia de concentración o de simple desconcentración la que determine la necesidad o conveniencia de una escisión.

Es eminente que la principal causa que ha dado origen, tanto en nuestro país como en la mayoría de los países en donde se ha comenzado a legislar sobre la escisión de sociedades, como son: Francia, Italia, España, Estados Unidos de América, Argentina y Brasil, a sido por situaciones relativas a la materia fiscal, dado que este fenómeno

corporativo se ha venido efectuando en las sociedades para resolver problemas con el fisco o bien con el propósito de ahorrarse el pago de algunos impuestos.

5.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ESCISION DE SOCIEDADES.

Para desentrañar la naturaleza jurídica de la escisión de sociedades, es necesario hacer un breve análisis de las diversas teorías que pretenden demostrar la esencia y características de la fusión de sociedades. Dicho análisis nos servirá para entender y dar nuestra opinión sobre este tema específico, ya que como anteriormente lo indicamos, el fenómeno de la escisión es muy similar al de la fusión, dadas las características de ambas figuras.

A. TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA FUSION DE SOCIEDADES.

La Figura jurídica de la fusión de sociedades a sido objeto de estudio para muchos de los autores especialistas en la materia mercantil, sin que a la fecha exista uniformidad de criterios sobre su naturaleza jurídica.

Entre las Teorías más conocidas encontramos la de Sucesión Universal, la del Acto Corporativo, la Contractual y la de Transformación Extintiva.

a) TEORIA DE LA SUCESION UNIVERSAL.

Según esta teoría, la fusión es una sucesión, dado que se transmite el patrimonio a título universal (implicando dicha transmisión, la totalidad de los derechos y

obligaciones) de la sociedad o sociedades que se extinguen a la sociedad que surge o subsiste (66).

La crítica que se hace a esta teoría es en el sentido de que es parcialmente válida y por lo mismo incapaz de demostrar plenamente la esencia y características que la fusión entraña.

En efecto, como bien lo señalan algunos tratadistas, entre ellos el autor Vázquez del Mercado, esta transmisión de patrimonio a título universal... "sería en todo caso, consecuencia de una serie de actos anteriores, que si bien tienden a que la fusión tenga lugar son distintos al acto mismo de fusión y, por lo mismo, son de distinta naturaleza" (67).

Es pues insuficiente esta teoría para demostrar la naturaleza jurídica de la fusión de sociedades.

b) TEORIA DEL ACTO CORPORATIVO.

Los exponentes de esta tesis, encuadran a la fusión dentro de los denominados negocios jurídicos, negocios con los cuales siempre se pretende crear nuevas estructuras internas en la persona o personas morales que intervienen en los mismos, sin afectar o crear vínculos con terceras personas (68).

(66) Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 290.

(67) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 291.

(68) Cfr. Idem., Pág. 294.

Así pues, se pretende explicar la naturaleza jurídica de la fusión como una modificación interna de los diversos organismos sociales que participan en las mismas para lograr reorganizarse y vincularse (69).

Sin embargo, el aceptar esta teoría sería absurdo, en razón a que no podemos tomar como razón suficiente para determinar la naturaleza jurídica de la figura en estudio, el que la voluntad de los socios expresada en la asamblea donde se decida sobre la fusión, no vaya con la intención de disolver el vínculo social creado hasta entonces y su reorganización interna, ni que solo se pretenda pasar de un vínculo social determinado a uno diverso, y siguiendo el criterio del maestro anteriormente citado, las sociedades que van a fusionarse se disuelven al momento en que tienen lugar el acto de fusión (70).

Además de lo anterior, el hecho considerado por los que se manifiestan en favor de esta teoría, de que la modificación de la organización interna del o de los entes que participan en la fusión tienda a continuar la vida del o de los entes dentro de uno nuevo o uno ya existente, se contrapone con la realidad jurídica que implica la creación de nuevo ente.

c) TEORIA CONTRACTUAL.

Con esta teoría se pretende demostrar que la naturaleza jurídica de la fusión es contractual, siendo la

(69) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 291.

(70) Cfr. Idem., Pág. 295.

esencia misma de la fusión, toda vez que surge la fusión por virtud del contrato celebrado entre las sociedades que van a fusionarse.

Quienes defienden esta teoría señalan dos momentos para llevar a cabo la fusión; siendo el primero de ellos, el acto jurídico unilateral que realiza cada una de las sociedades que participaran en la fusión; el segundo consiste en el contrato de fusión que celebran los representantes de las sociedades que intervienen, para concretar dicha fusión, surgiendo una nueva, en el caso de fusión propiamente dicha, o subsistiendo una en el caso de fusión por incorporación o absorción. En relación a este último tipo de fusión hay quienes consideran que existe una cesión de derechos y obligaciones en virtud de que se habla de una sociedad ya existente la que recibe el patrimonio de aquellas que se extinguen (71).

Resulta evidente para esta teoría, el que los dos momentos se concreten para que la fusión tenga lugar, ya que "Es cierto que se trata de un acto esencial para que se pueda dar el acuerdo de fusión, pues sin él no cabría la posibilidad del contrato respectivo, pero es también cierto que si el acto de fusión no se celebra, la sola resolución del órgano no implica la fusión de las sociedades" (72).

Aún cuando la tesis anteriormente expuesta es la que actualmente prevalece sobre las otras, para explicar la naturaleza jurídica de la fusión es insuficiente, ya que

(71) Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Págs. 295 y 297.

(72) Cfr. Idem., Pág. 301.

olvida los demás elementos (como por ejemplo el corporativo) que ocurren antes y como consecuencia o efectos de la fusión de sociedades, por lo que podemos afirmar que también es parcialmente válida, sin dejar de reconocer su gran trascendencia.

d) TEORIA DE LA TRANSFORMACION EXTINTIVA.

Para quienes exponen esta teoría, como son FERRARA y FISHER, "La fusión es una transformación extintiva de la sociedad una combinación de disolución y una nueva fundación" (73).

Asimismo, los autores antes mencionados señalan como requisitos en toda fusión "A) el que una sociedad anónima asuma el patrimonio de otra anónima disuelta, B) y que la sociedad existente conceda a los miembros de la sociedad disuelta, como contraprestación fundamental, el derecho de participación en la formación de sus acciones" (74).

Para esta teoría no hay lugar a la disolución del vínculo social de una determinada sociedad en el caso de una fusión, sino una modificación de dicho vínculo.

Para el tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez, quien comparte la opinión de los anteriores tratadistas considera que "La fusión supone un acuerdo de modificación de los estatutos que determina la disolución sin liquidación y la

(73) Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Tratado de Sociedades, Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México 1947, Pág. 627.

(74) Idem.

adhesión a un contrato de sociedad, nuevo o ya existente, acompañado de la correspondiente aportación" (75).

Consideramos que en toda fusión se da el fenómeno de disolución y creación de un nuevo ente jurídico; en forma acertada el Licenciado Enrique Gallaga Esparza, manifiesta que "cuando se habla de transformación extintiva, en realidad se trata de un confuso juego de palabras ya que gramaticalmente la transformación implica un cambio más no la desaparición de algo, por lo que consideramos incorrecto hablar simultáneamente de cambio y extinción" (76).

B. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ESCISION DE SOCIEDADES.

Sin duda alguna, en razón a que la escisión es la figura espectral de la fusión, podrían ser defendibles y aplicables las mismas teorías que expusimos al explicar la naturaleza jurídica de la fusión. De esta manera, tendríamos tantas teorías para explicar la naturaleza jurídica de la escisión como teorías existan en torno a la naturaleza jurídica de la fusión.

Al tratar de desentrañar la esencia de la escisión, podríamos pensar en diversas formas jurídicas preestablecidas, como por ejemplo la declaración unilateral de voluntad sujeta a la condición suspensiva de la inscripción en el Registro Público de Comercio, de la

(75) Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Ob. cit., Pág. 628.

(76) Gallaga Esparza, Enrique, Diversos Aspectos sobre fusión de Sociedades, Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 1981, Pág. 47.

transmisión de parte o la totalidad del patrimonio de una sociedad a otra u otras, asimismo de que transcurra el plazo correspondiente para que surta sus efectos y sin que exista la oposición de acreedores respecto de los efectos causados por virtud de la escisión (77).

Otro ejemplo de considerarse, sería el de la cesión como esencia de la escisión de sociedades, dada la transmisión que resulta de parte o la totalidad de los derechos y obligaciones, actividades etc., de la sociedad escidente para con las que resulten por virtud de la escisión.

Sin embargo, las posturas anteriormente transcritas no son sino parcialmente válidas, ya que si bien es cierto que tales caracterizaciones pudieran asimilarse a la esencia jurídica de la escisión, también es cierto que otras tantas de ellas como son el contrato, la sucesión, o el acto corporativo guardan gran similitud al acto mismo de la escisión.

A propósito de la Sucesión Universal tratándose de la escisión de Sociedades, consideramos que sería impropio pretender encontrar en dicha forma jurídica la única explicación de la naturaleza jurídica de la escisión, ya que como bien lo señala el jurista Barrera Graf "En el caso de que la escisión se planteara por una sociedad en favor de dos o más beneficiarias, el fenómeno de la sucesión total sólo podría aceptarse respecto de cada patrimonio separado o de

(77) Cfr. Villavicencio Castañeda, José Luis, La Escisión de Sociedades en el Derecho Mexicano, Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 1985, Pág. 25.

afectación que tuviese la escindida (a través, por ejemplo de sucursales, fideicomisos, etc.). pero aún en este caso, no operaría la transmisión de los pasivos (y por tanto, no se hablaría de transmisión universal) sin el acuerdo de los acreedores sociales" (78).

Por nuestra parte, consideramos que los razonamientos que más nos sirven para llegar al fondo de este planteamiento, son los que expone el profesor Julio Otaegui, mismos que aquí estudiaremos.

Este autor considera que la constitución de una sociedad o sociedades escisionarias, esto es, las que surgen por virtud de la escisión, se decide, no mediante la celebración de un contrato sino por un acto colectivo consistente en la decisión de la sociedad escidente, formulada por sus socios (79)... siendo en el caso de una sociedad anónima, como un acto colectivo colegial ya que ésta se resuelve por mayoría.

También especifica el profesor Julio Otaegui que: "Es exacto que el referido acto de escisión se imputa no solo a la sociedad escidente, sino también a sus socios, que devienen socios de la escisionaria, por lo que se trata asimismo de un acto complejo, resultando que los socios de la escidente son partes indirectas de la escisión" (80).

(78) Barrera Graf, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1991, Pág. 717.

(79) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 246.

(80) Idem., Pág. 147.

Agrega el autor que "la escisión comporta el desdoblamiento de sujeto de derecho, con el consiguiente desdoblamiento de las organizaciones, en que continúan como miembros las mismas personas" (81).

Concluye su razonamiento el Licenciado Otaegui diciendo que "Es por esto que la resolución aprobatoria de la escisión es tanto un acto colectivo en el que la decisión de los socios se imputa a otro sujeto de derecho que es la propiedad, como un acto complejo en el que la decisión de los socios recae sobre los mismos socios" (82).

Es pues importante considerar las ideas anteriores para conocer cual es la naturaleza jurídica de la escisión, que al parecer no podemos negar, en principio, la existencia o concurrencia de varias formas o estructuras jurídicas que se destacan al momento de realizarse una escisión; sin embargo, dichas formas jurídicas se dan sólo en forma parcial, por lo que no podemos sino decir, que no basta ninguna de ellas para encuadrar a la escisión en alguna de éstas, pero si podemos establecer en forma genérica y sin temor a equivocarnos que la escisión es un acto jurídico complejo en razón a que coincide plenamente el significado de esta denominación con la esencia y características de la escisión.

En efecto, la escisión es un acto jurídico, ya que los efectos que se producen en virtud de una escisión son los

(81) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 248.

(82) Idem., Pág. 249.

de crear, transmitir modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Antes de la entrada en vigor del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tomando en consideración el acto jurídico que significa la escisión, era perfectamente aplicable el artículo 1859 del Código Civil para la realización de escisiones, toda vez que en dicho numeral se establece que: "Las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos" (83).

6.- ACUERDO DE ESCISION Y REALIZACION DE LA MISMA.

Desde luego, el llevar a cabo una escisión significa desarrollar todo un procedimiento así como cumplir con diversos requisitos.

Nuevamente encontramos gran similitud entre la fusión y la escisión, en los procedimientos relativos tanto para la resolución del acuerdo como para la realización del mismo.

A. DELIBERACION DE LA ESCISION.

Conforme al criterio del jurista Vásquez del Mercado, la fusión se compone de dos elementos a saber "la

(83) Código Civil para el Distrito Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1928.

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).

Al igual que la fusión, en la escisión se requieren los elementos anteriormente mencionados, para concluir dicho acto mercantil.

Así como en la fusión, las deliberaciones para llegar a una escisión constituyen declaraciones unilaterales en cada sociedad; en estas declaraciones se expresan los requisitos y etapas que habrán de efectuarse, así como los efectos patrimoniales, la forma, cuantía y reconocimiento de los derechos de los socios que integren a la sociedad o sociedades que intervengan en el acto mercantil (85).

Para el caso de la escisión, habría que determinar que clase de escisión se pretende efectuar, para establecer que procedimiento, requisitos y efectos habrán de ser materia de las deliberaciones en la sociedad o sociedades que internamente acuerden la escisión.

Así pues, podemos decir que las deliberaciones de los socios en la asamblea, concluyen con el acuerdo de escisión adoptado en forma individual por la sociedad o sociedades que participarán en dicho acto mercantil, en donde se expresa la manifestación de la voluntad para ejecutar dichos acuerdos.

(84) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 302.

(85) Cfr. Idem., Págs. 302 y 303.

Algunas de las interrogantes que surgieron debido a la falta de regulación legal que había en la Ley General de Sociedades Mercantiles antes de su última reforma, respecto a la toma del acuerdo de escisión, son las siguientes:

A) Una de estas interrogantes es el determinar si se requería o no el voto unánime de los socios para adoptar el acuerdo de escisión o si era suficiente el voto de la mayoría.

Al respecto, el Licenciado Rafael Robles Miaja, comenta en su tesis profesional, que en España éste fue el punto más delicado y discutido que se tuvo que resolver antes de la regulación legislativa de la escisión (86).

El supuesto problema que pudiera surgir por tomar un acuerdo de escisión en base a la mayoría, sería por considerarse afectados los derechos de la minoría disidente.

En estas condiciones, el fondo del problema consistía en que la minoría disidente podría verse afectada, ya que en cualquiera de las formas de escisión que pudieran efectuarse, todos los socios de una sociedad escindida pasarían a serlo de la nueva sociedad o bien de sociedades ya existentes, sintiéndose obligados a participar en sociedades consideradas totalmente ajenas a ellos, siendo esta la razón por la que los socios que integran la minoría pugnarían porque el acuerdo de escisión fuera tomado por unanimidad.

(86) Cfr. Robles Miaja, Rafael, Ob. cit., Pág. 178.

El problema anterior se agravaría aún más, si consideramos que probablemente los objetos sociales, tanto de las nuevas sociedades como de las ya existentes, según sea el tipo de escisión, serían de diversa índole, idea esta, que a la minoría disidente no agradaría, por el hecho de sentir afectados sus derechos derivados de la libertad de asociación al verse obligados a participar en dichas sociedades, antes en los que cuando constituyeron la sociedad originaria nunca pensaron formar parte como socios.

El autor Sánchez Mejorada, quien es de la opinión que el acuerdo de escisión puede lograrse por el voto de la mayoría de los socios, nos dice al respecto: "La Ley reconoce que en ciertos casos no es dable exigir unanimidad en las resoluciones de los socios, sobre todo en sociedades de capital, en las cuales el número de socios llega a ser sumamente grande" (87).

Además de la razón anteriormente transcrita, sería absurdo pensar en la posibilidad de una escisión en base al voto unánime de los socios integrantes de una sociedad, dado el supuesto de que dicha sociedad anónima integrada por 5 socios, 1 de ellos, quien tuviera un voto al igual que sus socios y una aportación correspondiente al 1/5 del Capital Social, se opusiera al acuerdo de escisión.

Con la entrada en vigor del multicitado Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, quedaron plenamente

(87) Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 12.

resueltas las dudas que teníamos respecto a la votación requerida para la resolución de un acuerdo de escisión, toda vez que en la fracción primera del nuevo artículo 228 bis se establece que la escisión "sólo podrá acordarse por resolución de la asamblea de accionistas o socios u órgano equivalente, por la mayoría exigida para la modificación del contrato social".

Como sabemos, no obstaculiza a los socios de una sociedad el establecer en sus estatutos una mayoría más elevada para la toma de un posible acuerdo de escisión.

Conforme a lo anterior, debemos acudir a los estatutos de la sociedad que va a escindirse y aplicar el mismo porcentaje de mayoría que se especificó necesario para la modificación del contrato social, a la resolución del acuerdo de escisión.

De cualquier manera, a falta de disposición expresa en los estatutos respecto a la mayoría exigida para la modificación del contrato social o concretamente para el acuerdo de escisión, será suficiente el voto favorable del número de acciones que representen la mitad del Capital Social reunido en asamblea extraordinaria, para que pueda resolverse el acuerdo de escisión, en base a lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ahora bien, por lo que respecta a la supuesta violación a los derechos de libre asociación, consideramos que no hay tal, ya que los socios de una sociedad originaria

o escindida, cuando constituyeron ésta, expresaron su libre voluntad de asociarse, aceptando precisamente en uso de este derecho, el que los actos de la sociedad se rigieran por determinadas reglas, mismas que son tanto las establecidas en la ley como en los estatutos de la sociedad (88).

Asimismo, debemos considerar la posibilidad de establecer en los estatutos de cualquier sociedad que pretenda constituirse, los procedimientos y requisitos necesarios para llegar al acuerdo de escisión, si es que en un futuro se llegase a presentar dicho supuesto, eliminando así cualquier incertidumbre que pudiera surgir en el ánimo de los socios al acordarse una escisión, así como en el momento de ejecutar dicho acuerdo.

Otra incertidumbre que se tenía antes de la entrada en vigor del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, era si podía darse o no el derecho de retiro para los socios disidentes en el caso de que una sociedad acordara escindirse.

Como es sabido, en la ley General de Sociedades Mercantiles no encontrábamos ninguna disposición que previera la posibilidad de retiro a los socios que votaron en contra de un acuerdo de fusión; en la ley de referencia, específicamente en el artículo 206, solamente se establece el derecho de retiro en tres situaciones: Dado el acuerdo de

(88) Cfr. Sánchez Mejorada y Velasco, Carlos, Ob. cit., Pág. 12.

cambio de objeto social, de nacionalidad o bien de transformación de la sociedad.

Sin embargo, en el caso de una fusión, habrá derecho de retiro para los socios disidentes si como consecuencia de la misma se da alguno de los supuestos contenidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, el cambio de objeto social, de nacionalidad o bien de transformación de la sociedad.

Antes de la multicitada reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, con respecto a la escisión, el profesor Sánchez Mejorada nos decía que: "... por lo que toca al derecho de retiro, si bien el argumento lógico nos indicaría que al igual que en el caso de la fusión, si se debería reconocer esta facultad, por la trascendencia que la escisión implica para la vida social, si la figura es desconocida para nuestro derecho positivo, malamente se le puede invocar para reglamentar algo que para la ley no existe'. Es aún más específico cuando nos dice que '...Tampoco debe autorizarse el derecho de retiro en los casos de escisión, ya que, sobre todo cuando la sociedad a escindirse cuente solamente con el número mínimo de socios que señala la LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, el retiro de uno de ellos implicaría la reducción del número de socios a menos de mínimo, y por tanto, por una parte, conllevaría la disolución forzada de la sociedad, y por otra parte, impediría la escisión" (89).

(89) Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 12.

Actualmente, el socio que vote en contra de un acuerdo de escisión tendrá el derecho de separarse de la sociedad, debiendo aplicarse para tal efecto lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, obteniendo dicho socio el reembolso de sus acciones, "en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea" (90).

Es de tomarse en cuenta lo que establece el Licenciado Sánchez Mejorada cuando se refiere a que no debe otorgarse el derecho de retiro, si como consecuencia del mismo se disuelve forzosamente la sociedad escidente, es decir, que el número de socios de una sociedad se llegara a disminuir por virtud del acuerdo de escisión a menos de dos, que es el número mínimo de socios para que una sociedad exista.

B. EJECUCION DEL ACUERDO DE ESCISION.

El ejecutar un acuerdo de escisión, es precisamente lo que hace que surta plenos efectos dicho acuerdo de escisión, nacido de las deliberaciones a que nos referimos en el inciso anterior (91).

Ahora bien, cabe la pregunta, ¿Cuándo debemos considerar que se perfecciona una escisión?

(90) Ley General de Sociedades Mercantiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934.

(91) Cfr. Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 304.

Antes de dar la respuesta adecuada respecto a la escisión, resulta interesante saber que para el caso de la fusión, algunos tratadistas, entre ellos el maestro Vázquez del Mercado considera necesario la celebración del contrato de fusión para que esta figura se perfeccione y la explicación que nos da al respecto es la siguiente: "Mientras el contrato no se realiza, las sociedades continúan existiendo y la fusión por ende no tiene lugar. Es necesario, entonces, para la incorporación de una sociedad en otra o para la creación de una nueva, por la extinción de las existentes, además de la deliberación por separado de cada sociedad, que los representantes autorizados por éstas, celebren el contrato respectivo" (92).

De lo anterior, no dudamos en que para la fusión, ya sea por integración o incorporación se requiera de los dos momentos ya estudiados, o sea, tanto del acuerdo de escisión adoptado por cada sociedad participante en la fusión, como del acuerdo de voluntades entre dichas sociedades para que quede efectuada la fusión.

Por lo que respecta a la escisión no siempre ocurrirán los dos momentos que se requieren para la fusión.

En efecto, en los casos de escisión pura o total y de escisión parcial, únicamente interviene la sociedad que habrá de escindirse, sin que participen otras sociedades, razón por la que en estas formas de escisión no encontramos más que el primer momento que ya hemos analizado, o sea, el de

(92) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 305.

deliberación de los socios que concluye con el acuerdo adoptado por la sociedad que va a escindirse.

Sin embargo, en la fusión-escisión, llamada así por los franceses, ya sea por absorción o por combinación, donde siempre participan otras sociedades además de la que se escinde, necesariamente se dará el segundo momento, ya que lo lógico es, que si otras sociedades están involucradas en la operación de escisión, éstas deban celebrar un convenio con la sociedad que se escinda.

Asimismo, también se nos ocurre que puede darse el convenio como segundo momento, en el caso de acordarse una escisión que podríamos denominar simultanea múltiple, dado el supuesto de que dos o más sociedades, previa la deliberación de sus socios en la que manifiesten la voluntad de escindir sus sociedades, celebren un convenio en el que acuerden la creación de una o más sociedades, con las partes del patrimonio escindido por las sociedades originarias.

C. FORMALIDADES PARA LA DELIBERACION Y EJECUCION DEL ACUERDO DE ESCISION.

En este apartado haremos el estudio de todos los pasos que se requieren para llevar a cabo una escisión, tomando en consideración para dicho estudio el Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 1992.

Cabe señalar, que en el Decreto de referencia, se incluye una adición al capítulo IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde aparece el nuevo artículo 228 Bis con 10 fracciones para regular la figura de la escisión.

1. El primer requisito que debemos cumplir es el relativo a las convocatorias para celebrar la asamblea en que se acuerde la escisión.

Las convocatorias se rigen por lo dispuesto en los artículos 186 y 187 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establecen las siguientes obligaciones:

- a) Publicar las convocatorias para las asambleas generales en el periódico oficial del domicilio de la sociedad o en periódico de alta circulación.
- b) Hacer dicha publicación con 15 días de anticipación a la fecha de la asamblea.
- c) Poner a disposición de los socios, en el domicilio de la sociedad la información financiera a que se refiere el artículo 172 de la citada ley; y por último,
- d) Que la convocatoria contenga el orden del día debidamente firmado por quien la haga (93).

(93) Cfr. Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

Coincidimos con el criterio del Licenciado Javier Arce Gargollo, en que la convocatoria para la asamblea debe contener el señalamiento de la clase de escisión, si esta es total, parcial o fusión-escisión en alguna de sus variantes (94).

Es importante mencionar, que se pudo haber adicionado a través del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles una fracción más al artículo 182 de dicho ordenamiento, que se refiriera específicamente a la escisión de sociedades, como un supuesto más para ser resuelto en asamblea extraordinaria; no obstante que no se hizo dicha adición, debemos entender que el acuerdo de escisión debe ser adoptado en asamblea extraordinaria, ya que la fracción I del nuevo artículo 228 Bis que nos señala que el acuerdo de escisión debe de ser tomado por la mayoría exigida para la modificación del contrato social, nos remite a la fracción XII del artículo 182, en donde se establece que se celebrará asamblea extraordinaria en "Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial" (95).

2.- Conforme a lo expresado en el párrafo anterior, la escisión deberá resolverse en asamblea extraordinaria, por el voto favorable de la mayoría exigida para la modificación del contrato social.

(94) Cfr. Arce Gargollo, Javier, Algunos Aspectos sobre la Práctica de la Escisión de Sociedades en el Derecho Mexicano, en Estudios sobre Escisión, Pág. 3.

(95) Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

No obstante lo anterior, sabemos que si en los estatutos de una sociedad que va escindirse no se estableció un quórum especial para el supuesto caso de modificación del contrato social, conforme a los artículos 190 y 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la resolución sobre escisión podrá adoptarse por el voto favorable del número de acciones que representen por lo menos del 50% del capital social, siempre con un quórum de asistencia en donde este representado el 75% del capital social en primera convocatoria y el 50% de dicho capital en caso de segunda o ulteriores convocatorias (96).

Cabe señalar, que la resolución sobre escisión también podrá tomarse en asamblea totalitaria de accionistas.

3.- El Decreto que Reforma Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la parte conducente que regula la escisión, resuelve el problema respecto a la protocolización notarial y publicación de la resolución de escisión, toda vez que en la fracción V del propuesto artículo 228 Bis se establece lo siguiente:

"V.- La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Asimismo, deberá publicarse en la gaceta oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escidente, un extracto de dicha resolución que contenga, por lo menos, la síntesis de la información a que se refieren los incisos a) y d) de la fracción IV de este

(96) Cfr. Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

artículo, indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores en el domicilio social de la sociedad durante un plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de que se hubieren efectuado la inscripción y ambas publicaciones" (97).

En este orden de ideas, así como se establece en la fracción V anteriormente citada, la obligación de publicar un extracto de la resolución de escisión, sería conveniente que, en forma similar a lo dispuesto en el artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se obligara a dicha sociedad a publicar su último balance y si fuera el caso de que la sociedad escidente se dividiera en forma total, dándose en consecuencia su desintegración, esta deberá publicar el sistema establecido para la extinción de su pasivo (98).

Al respecto el Lic. Javier Arce Gargollo nos comenta que sería recomendable que el último balance se apruebe previamente a la asamblea donde se acuerde la escisión o a más tardar en la propia asamblea de escisión (99).

4.- Resulta importante destacar que se elimina un obstáculo tanto para las nuevas sociedades que pretendan constituirse como para las sociedades derivadas de una escisión, al derogarse en el Decreto de Reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles el capítulo XIV de dicho

(97) Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 1992, Pág.5.

(98) Cfr. Ley General de Sociedades Mercantiles, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934.

(99) Cfr. Arce Gargollo, Javier, Ob. cit., Pág.4.

ordenamiento, denominado "Del registro de las sociedades mercantiles", en donde se establecía el requisito de obtener orden judicial para la inscripción en el Registro Público de Comercio, de la escritura constitutiva de las sociedades y sus reformas, así como del procedimiento para obtener dicha orden judicial.

Asimismo, en el artículo 4° transitorio de la multicitada Reforma a la Ley General de sociedades mercantiles, se dispone que "No se requerirá autorización judicial para la inscripción de escrituras de constitución o modificación de sociedades, aún cuando hayan sido otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto" (100).

5. Por otra parte, para la constitución de la nueva o nuevas sociedades por virtud de una escisión, se requerirá el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores "y en caso de tener inversión extranjera directa, contar con la autorización de la (CNIE) Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, o constituirse al amparo del régimen automático previsto en el RLIE" (101).

El jurista José Lee Hidalgo nos dice: que si la sociedad que va a escindirse, asumió con anterioridad compromisos con la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, para evitarle confusiones a dicha Comisión respecto a la posible evasión de los compromisos y para

(100) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 6.

(101) Lee Hidalgo, José, Manejo Contable, Fiscal y Jurídico de la Escisión de Sociedades, en Análisis Fiscal Hoy, Ediciones Fiscales FE, S.A. DE C.V., Colección de Oro, Año 1, Número 2, México 1991, Pág. 34.

lograr su aprobación, resultará conveniente presentarle planteamientos globales sobre la escisión proyectada, que demuestren que se cumplirán los compromisos adquiridos con antelación, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° Transitorio del Reglamento de la Ley de Inversiones Extranjeras y a la resolución general número 4 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (102).

Las disposiciones antes mencionadas, regulan a aquellos inversionistas extranjeros que tienen concertados compromisos, metas y programas a que se refiere la Ley de Inversiones Extranjeras, dichos numerales establecen:

"Resolución General Numero 4, que establece el régimen para los inversionistas que tengan concertados compromisos, metas y programas con la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, su secretario ejecutivo o la Dirección General de Inversiones Extranjeras de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, a la fecha de entrada en vigor del reglamento de la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, de acogerse a compromisos, metas y programas similares a los señalados en el artículo 5 del mismo ordenamiento" (103).

"Quinto. Los inversionistas extranjeros que realicen las actividades eco-

(102) Lee Hidalgo, José, Ob. cit., Pág. 34.

(103) Resolución General No. 4, aprobada por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras en Sesión de 15 de agosto de 1990, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de septiembre de 1990.

nómicas no incluidas en la Clasificación, y que tengan concertados compromisos, metas y programas con la Comisión, el Secretario ejecutivo o la Secretaría a la fecha de entrada en vigor de este Reglamento, podrán solicitar la modificación de los mismos para acogerse a compromisos, metas y programas similares a los señalados en el artículo 5" (104).

Brevemente mencionaremos que la clasificación a que se hace referencia en el párrafo anterior, establece todas aquellas actividades económicas y productivas sujetas a un régimen especial por cuanto hace a la participación de inversiones nacionales y extranjeras dentro del capital de una determinada empresa; por lo que respecta al citado artículo 5°, éste señala los compromisos, metas y programas a los que se pueden adecuar los inversionistas extranjeros que tuvieran concertados compromisos con anterioridad.

6.- Conforme a la fracción II del artículo 228 Bis del Decreto de Reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles, es requisito para una sociedad que va a escindirse, el que sus acciones o partes sociales estén totalmente pagadas (105).

7.- De igual forma, en la fracción III del artículo mencionado en el punto 6 anterior, se establece la obligación a cargo de los socios de la sociedad escidente, de tener inicialmente una proporción del capital social en las nuevas

(104) Artículo 5° Transitorio del Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de mayo de 1989.

(105) Cfr. Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 15.

sociedades, igual a la que tengan en la sociedad que se escinda, lo cual implica que también inicialmente los socios de la sociedad escidente serán los mismos en la sociedad o sociedades escisionarias (106).

En relación a lo abordado en este inciso, resulta interesante saber que se tendrá un beneficio fiscal, para aquellas sociedades que se escindan y que cumplan con el requisito establecido en su artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación, en donde se dispone que no se considerará enajenación "siempre que los accionistas propietarios de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto, de la sociedad escidente y de las escindidas, sean los mismos durante un periodo de cuatro años contado a partir del primer año anterior a aquel en que se efectúe la escisión " (107).

8.- En la fracción VI del artículo 228 Bis del multicitado Decreto de Reformas de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se regula al igual que la fusión la forma y requisitos que deberán cumplir los socios que pretendan oponerse judicialmente a la resolución de escisión, y específicamente dicha disposición establece que:

"Durante el plazo señalado, cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social o acreedor que tenga interés jurídico, podrá oponerse judicialmente a la escisión, la que se suspenderá hasta

(106) Cfr. Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 15.

(107) Código Fiscal de la Federación publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1981.

que cause ejecutoria la sentencia que declara que la oposición es infundada, se dicte resolución que tenga por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición o se llegue a convenio, siempre y cuando quien se oponga diere fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad con la suspensión" (108).

9.- Para efectuar una escisión debemos cumplir con los requisitos que específicamente nos marca la fracción IV del artículo 228 Bis del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que son los siguientes:

"a) La descripción de la forma, plazos y mecanismos en que los diversos conceptos de activo, pasivo y capital serán transferidos" (109).

Con anterioridad a la entrada en vigor del decreto antes especificado, el autor Arce Gargollo consideraba en su artículo sobre escisión, la importancia que tiene el hecho de que en la asamblea extraordinaria donde se acuerde la escisión, se presenten y aprueben los balances pro-forma que muestren la situación financiera que tendrán tanto la sociedad escidente como la o las escisionarias, así como la aprobación del sector o parte del patrimonio que se transmita a la escisionaria (110).

(108) Cfr. Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 17 y 18.

(109) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

(110) Cfr. Arce Gargollo, Javier, Ob. cit., Pág. 4.

"b) La descripción de las partes del activo, pasivo y del capital social que correspondan a cada sociedad escindida, y en su caso a la escidente, con detalle suficiente para permitir la identificación de éstas;

c) Los estados financieros de la sociedad escidente, que abarquen por lo menos las operaciones realizadas durante el último ejercicio social, debidamente dictaminados por auditor externo. Corresponderá a los administradores de la escidente, informar a la asamblea sobre las operaciones que se realicen hasta que la escisión surta plenos efectos legales;

d) La determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida. Si una sociedad escindida incumpliera alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de la escisión, responderán solidariamente ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, la o las demás sociedades escindidas, durante un plazo de tres años contado a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas; si la escidente no hubiere dejado de existir, ésta responderá por la totalidad de la obligación;

e) Los proyectos de estatutos de las sociedades escindidas" (111).

10.- Respecto a los efectos del acuerdo de escisión, estos surtirán, una vez que haya transcurrido el plazo de los 45 días contados a partir de que se hubiere efectuado la inscripción y las publicaciones de la resolución de escisión, sin que haya habido oposición en este lapso, conforme a lo establecido en las fracciones V y VII del artículo 228 Bis del multicitado Decreto (112).

11.- De acuerdo con la fracción VIII del artículo 228 Bis del Decreto en comento y con el mismo tratamiento legal previsto para la fusión, en el caso de la escisión si se permite el derecho de retiro a los socios o accionistas que voten en contra de la resolución de escisión (113).

12.- Se preve en la fracción IX del artículo 228 Bis en comento, que para el caso de que la sociedad escidente se extinga por virtud de la escisión, una vez que ésta surta efectos deberá solicitarse ante el Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción de su contrato social.

13.- Por último, nos dice la fracción X del artículo 228 Bis de referencia, que no se aplicará a las sociedades escindidas lo previsto en el artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuyo numeral establece dos

(111) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

(112) Cfr. Idem.

(113) Idem.

supuestos que por virtud de esta reforma se eliminan para el caso de la escisión, y que son:

a) La obligación que tienen los socios de depositar durante dos años las acciones que hayan pagado en todo o en parte mediante aportaciones en especie; y

b) La obligación de los accionistas a cubrir a la sociedad las diferencias que existieren en el valor de los bienes si es que disminuyó éste más de un veinticinco por ciento de cuando se hizo la aportación teniendo la sociedad el derecho preferente, respecto de cualquier acreedor, sobre las acciones depositadas (114).

D. REVOCACION DEL ACUERDO DE ESCISION.

Aplicando la doctrina que existe para la fusión podemos citar lo que el maestro Vásquez del Mercado nos dice en relación con la revocación del acuerdo de fusión;

"La revocación del acuerdo de fusión siempre puede ser resuelta por las sociedades que han decidido efectuarla, toda vez que en tanto no se celebra el contrato respectivo, las propias sociedades conservan su individualidad y tienen la posibilidad absoluta de decidir respecto de ellas mismas. En todo caso, consideramos que si la revocación provoca algún perjuicio a alguna de ellas, habrá necesidad de resarcirlas en los términos que, en su caso, se convenga o proceda" (115).

(114) Cfr. Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

(115) Vásquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 307.

Así pues, la fusión puede ser revocada, en un primer momento, si después de las deliberaciones existe alguna causa que influya negativamente en el ánimo de los socios que habiendo decidido fusionarse en asamblea extraordinaria, e incluso tomado el acuerdo en forma unilateral de fusionarse, deciden la revocación de dicha resolución (116).

Para la escisión es aplicable el anterior razonamiento, toda vez que al igual que sucede para la fusión, los socios reunidos en asamblea extraordinaria deliberan con la finalidad de escindirse y concluyen con la toma del acuerdo respectivo. Es pues en este periodo, donde los socios que habían resuelto escindir la sociedad, deciden sobre la revocación de dicha resolución.

Asimismo, para determinar si existen otras oportunidades para dar marcha atrás respecto de una escisión, debemos referirnos nuevamente a la fusión.

El profesor Vásquez del Mercado, quien ha analizado la revocación en relación a la fusión, comenta que hay dos aspectos interesantes "Uno es el caso en que antes de celebrarse el contrato de fusión se proceda a revocar el acuerdo respectivo, y otro es cuando ya celebrado el contrato las partes acuerden no darle efectividad. En el primer caso no hay participación de dos o más partes, sino que se trata de un acto unilateral y como tal puede reconsiderarse por medio de otro acto de la misma naturaleza. En el segundo

(116) Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 307.

caso participan más de una parte y también puede reconsiderarse por acuerdo de ellas" (117).

En pocas palabras, se habla de evitar que una vez celebrado el contrato de fusión, este surta sus efectos.

Al igual que ocurre para la fusión, en la escisión podría darse una segunda oportunidad para retractarse de la escisión, si conforme lo manifiesta el licenciado anteriormente citado se acude a la reconsideración, en donde la forma de dar marcha atrás con la escisión es no dándole efectividad, ya sea en los casos de escisiones totales o parciales que son aquellas en donde sólo participan las sociedades que van a escindirse sin que otras intervengan en el acuerdo de escisión, o bien en cualquiera de los tipos conocidos de escisión-fusión, que como sabemos, son aquellas escisiones que requieren la celebración del contrato respectivo con otras sociedades que participan en el acto mercantil.

E. NULIDAD DEL ACUERDO DE ESCISION.

Para que un acuerdo de escisión sea plenamente válido, la sociedad que pretenda escindirse, debe cumplir con lo dispuesto por la ley y sus estatutos, ahora bien, "La consecuencia de las violaciones a la ley o a los estatutos, implica la invalidez del acuerdo de la sociedad, por lo que los socios pueden impugnarlo y obtener la declaración de nulidad o anulabilidad del mismo" (118).

(117) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 308.

(118) Idem.

En los casos de escisión-fusión la declaración de nulidad de acuerdo de escisión promovida en la sociedad A, por cualquiera de los socios o por algún tercero, deja, abierta la posibilidad a la sociedad B, para demandar la rescisión del acuerdo de escisión "si consideramos que el contrato de fusión es como cualquier otro contrato en que las prestaciones derivadas del mismo son correlativas" (119).

El autor anteriormente citado, nos dice que "Puede también darse el caso de rescisión por imposibilidad de cumplimiento del contrato si por la misma declaración de invalidez del acuerdo de fusión, la sociedad se encuentra en una situación tal que le sea impedido transmitir los bienes y así se haga imposible integrar el patrimonio de la sociedad que subsiste o surja" (120).

En efecto conforme a lo dispuesto en el artículo 1949 del Código Civil, los supuestos anteriores dan lugar a demandar la rescisión del acuerdo de fusión-escisión y obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas con el correspondiente pago de daños y perjuicios, lo cual se traduciría en la nueva toma del acuerdo de fusión-escisión por aquellas sociedades que participen en el acto mercantil cumpliendo con lo dispuesto en la ley y en los estatutos de las sociedades, o bien, la resolución de las obligaciones, con el resarcimiento de los daños y perjuicios correspondientes.

(119) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 309.

(120) Idem.

CAPITULO SEGUNDO

EFFECTOS DE LA ESCISION DE SOCIEDADES

Antes de entrar al estudio de los efectos que se producen al efectuarse una escisión, debemos recordar que la principal consecuencia que se actualiza con la escisión de una sociedad, es precisamente la creación de un nuevo ente jurídico con personalidad propia, ya sea que intervenga una o más sociedades (en los casos de escisiones puras o parciales) o bien, la transmisión de la parte del patrimonio de las escidentes a sociedades ya existentes (si hablamos de la llamada escisión-fusión), en donde cualquiera que sea la forma de escisión, los socios de la o las escidentes lo serán también de las escisionarias.

1.- EFECTOS DE LA ESCISION CON RELACION A LA SOCIEDAD ESCIDENTE Y ESCISIONARIA.

A. EFECTOS RESPECTO A LA SOCIEDAD ESCIDENTE.

Como sabemos, la desaparición de la sociedad escidente dependerá de la forma de escisión que se efectúe, ya que, como lo vimos en el apartado correspondiente del capítulo anterior, existen varias formas de escisión y de éstas, sólo en los tipos de escisión pura y escisión-fusión se desintegra la sociedad que se escinde, transmitiendo la totalidad de su patrimonio a uno o varios entes jurídicos de nueva creación, o ya existentes.

Sin embargo, hay otra forma de escisión, que es la llamada parcial, en donde no ocurre la desaparición de la sociedad escidente, sin descartar la posibilidad de que en la llamada escisión-fusión pueda darse alguna variante que dé lugar a la desintegración de la sociedad escidente.

Por otra parte, en la escisión pura o escisión-fusión invariablemente ocurre, que "La extinción del ente se efectúa antes de la fecha señalada para que la disolución de la sociedad tenga lugar" (121).

En efecto, en estos casos las sociedades escidentes se disolverán durante la vigencia del plazo de duración prevista en los estatutos de dicha sociedad.

Lo anterior es posible, ya que al acordarse cualquiera de estos dos tipos de escisión, en asamblea extraordinaria, dicha resolución llevará implícita la modificación de los estatutos, en la parte relativa a la duración de la sociedad escidente.

Las consecuencias para una sociedad escidente que desaparece serán... "la pérdida de la personalidad jurídica, la pérdida del nombre social y la transmisión del patrimonio a la nueva sociedad" (122).

a) DISOLUCION.

Por lo que se refiere a la disolución como consecuencia de la escisión total, no tenemos duda de que

(121) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 314.

(122) Cfr. Idem.

siempre que ocurra una escisión de este tipo, la misma traerá como consecuencia inmediata la disolución de la sociedad escidente, al concurrir por lo menos tres de los cinco supuestos de disolución contenidos en el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, estos tres supuestos se refieren a: la expiración del término fijado en el contrato social; el acuerdo de los socios para disolver la sociedad escidente; y la pérdida de las dos terceras partes del capital social de la escidente.

Cabe advertir que el efecto que normalmente se produce como consecuencia de la disolución de una sociedad y que llamamos liquidación, en los casos de fusión, escisión y escisión-fusión, no se concluye con dicha operación, ya que "La característica propia de este efecto consiste, sin lugar a dudas, puesto que casi en su totalidad se ha reconocido en que la desaparición de las sociedades se efectúa sin que se presente la necesidad de liquidarlas. En efecto, la transmisión del patrimonio de las sociedades que dejan de existir, se hace por el solo contrato de fusión y no hay necesidad de ejecutar ningún acto para regular el activo y extinguir el pasivo, como sucede en el caso en que se disuelve la sociedad y se pone en estado de liquidación" (123).

De esta forma, al igual que en la fusión, en los casos de escisión por virtud de las cuales se extinguen las sociedades escidentes no es necesario liquidar dichas sociedades, ya que una vez efectuada la escisión y

(123) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 315.

transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días previsto en la ley, no hay necesidad de ejecutar ningún acto para regular el activo y extinguir el pasivo, pues éste queda establecido en el acuerdo de escisión respectivo, además, en cada caso, los socios de las escindidas y escindentes son los mismos y el objeto de la liquidación no iría acorde con la operación de escisión.

b) REDUCCION DEL CAPITAL SOCIAL Y CONTABLE.

El efecto para aquellas sociedades que optan por la escisión parcial, es la transmisión de parte del patrimonio de dicha sociedad a otra u otras sociedades escisionarias, cuya característica particular de esta forma de escisión, es la no desaparición de las sociedades escindentes.

En relación a la escisión parcial, llamada por los argentinos "excorporación", el maestro Julio Otaegui señala que "La excorporación importa la reducción proporcional del capital de la sociedad escidente y dicha proporción está determinada por la correlativa el monto del patrimonio activo neto de la sociedad excorporante antes de la escisión" (124).

Es pues inminente la reducción del capital en la sociedad escidente, en la medida que se haya transmitido dicho capital a la escisionaria.

Si el capital contable de la escidente (sin incluir el capital social), no es suficiente para constituir la nueva

(124) Otaegui, Julio E., Ob. cit., Pág. 252.

sociedad, pero si lo es el simple capital social, dicha sociedad podrá optar por reducir su capital social, siempre y cuando dicha reducción de capital no exceda del mínimo establecido en la Ley para la existencia de la sociedad, que en el caso de la Sociedad Anónima son cincuenta millones de pesos.

Sin embargo, si hablamos de sociedades con altos excedentes de capital contable, resulta lógico y práctico el utilizar dichas reservas libres para no tener que reducir parte del capital social de la escidente.

En este sentido "Resulta evidente que aquí se admite un camino abreviado. Es decir, que si cabe la capitalización de las reservas libres, no se advierte razón para tener que proceder en dos pasos, o sea, primero capitalizar las reservas libres de la escidente y segundo escindir la con reducción de su capital, en vez de un solo paso consistente en no aumentar el capital de la escidente y escindir la conformando el capital de la escisionaria con las reservas libres. Dicho de otra forma, en vez de capitalizar las reservas libres de la escidente en la misma, se capitalizan dichas reservas en la escisionaria" (125).

c) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

Por lo que hace a las obligaciones de las sociedades escidentes que no desaparecen por virtud de una escisión, conforme a la fracción IV inciso d) del multicitado Decreto

(125) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 255.

de Reformas, dichas sociedades escidentes responderán solidariamente durante un plazo de 3 años posteriores a la última publicación del acuerdo de escisión, ante los acreedores que no consintieron expresamente la escisión, por la totalidad de las obligaciones contraídas por ellas y de las obligaciones asumidas por las escisionarias a consecuencia de la escisión, en casos de incumplimiento.

Con la anterior disposición se resuelve el problema de la garantía que se debe otorgar a los acreedores de las sociedades que se escindan.

B. TRANSMISION DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES Y CORPORATIVAS.

Uno de los efectos que produce una escisión es precisamente la transmisión de las relaciones patrimoniales a las sociedades de nueva creación.

Ahora bien, ¿cuándo ocurre dicha transmisión? El jurista Vázquez del Mercado, refiriéndose a la fusión, atinadamente nos dice "... la transmisión de las relaciones no se efectúa sino hasta que transcurre el término legal y se lleva a cabo la fusión" (126).

Esta transmisión de relaciones patrimoniales tiene consecuencias tanto en la sociedad escidente como en las escisionarias.

(126) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 316.

Si se tratara de una escisión pura o escisión-fusión, sabemos que la sociedad escidente perdería todo su patrimonio, en cambio si habláramos de una escisión parcial, la escidente contaría con solo parte del patrimonio que detentaba antes de escindirise, ésto es, sufrirá una reducción en su capital social.

Para el caso de escisión, esta transmisión patrimonial puede actualizarse en dos momentos, como ocurre en la fusión; el primero de ellos es cuando una vez que se ha inscrito y publicado el acuerdo de escisión, éste surte sus efectos de inmediato, si conforme al artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles aplicado por analogía a la figura de escisión, la sociedad que se escinde paga sus deudas a los acreedores respectivos, obtiene el consentimiento de éstos o efectúa el depósito de las deudas en cualquier institución de crédito en favor de sus acreedores; o bien, el segundo momento, cuando se deja transcurrir el plazo de 45 días a que se refiere la fracción V del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley antes mencionada, considerandose, por ese simple hecho la transmisión de las relaciones patrimoniales de la sociedad escidente a la o las escisionarias.

Así pues, en ejecución del acuerdo de escisión, sea parcial o total, siempre se requerirá la transferencia parcial del patrimonio, siendo la diferencia entre los dos tipos de escisión, que en la escisión total se hace "... la transferencia íntegra del patrimonio de la escidente a

través de transferencias parciales a favor de cada una de las escisionarias" (127).

Al respecto, el autor antes citado, establece que "La transferencia es a título universal, pues en caso contrario sería menester transmitir cada uno de los bienes integrantes de acuerdo con las formalidades impuestas para su transmisión a título singular, V.gr., la escritura pública en caso de inmuebles..." (128).

En este sentido, la o las sociedades escisionarias, al recibir activos y pasivos (obligaciones), quedarán como responsables frente a acreedores o deudores; así por ejemplo, si las sociedades escisionarias adquirieron obligaciones por virtud de la escisión, la ley nos dice que dado el caso de incumplimiento de alguna de dichas sociedades respecto de cualquier obligación asumida, como consecuencia de la escisión, ésta responderá solidariamente frente a los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, conjuntamente con la o las demás sociedades escisionarias, por un plazo de 3 años, contado a partir de la última publicación del acuerdo de escisión, hasta por el importe del activo neto atribuido a cada sociedad por virtud de la escisión que les dio origen (129).

a) TRANSMISION DE LAS RELACIONES CORPORATIVAS.

Al igual que se transmiten a las sociedades escisionarias las relaciones patrimoniales por virtud de una

(127) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 257.

(128) Idem.

(129) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

escisión, también les son transmitidas las relaciones corporativas.

El profesor Vázquez del Mercado, refiriéndose a la fusión, considera que "La transmisión de relaciones corporativas se verifica cuando el vínculo social que ligaba a la sociedad disuelta con sus miembros, se constituye entre la sociedad incorporante o nueva y los mismos socios, los cuales vienen a ser socios de ésta" (130).

Aún cuando sabemos que no existe doctrina sobre la escisión que se refiera específicamente a la transmisión de las relaciones tanto patrimoniales como corporativas, dada la semejanza que existe en el fondo entre la fusión y la escisión, es posible determinar, que en cualquier forma de escisión, habrá esta transmisión de relaciones ya que los socios de la escidente serán los mismos en las sociedades escisionarias, creándose en consecuencia un nuevo vínculo social entre aquellos y éstas.

Así pues, se puede afirmar que por virtud de la transmisión de las relaciones corporativas se atribuye a los socios de la sociedad escidente el carácter de socios en las sociedades escisionarias.

C. CREACION DE TITULOS.

La creación de títulos por parte de las sociedades escisionarias en favor de sus socios (mismos que lo son de la

(130) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 315.

escidente) es la consecuencia de la transmisión de las relaciones patrimoniales y corporativas anteriormente analizadas.

Al respecto, cabe citar el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que dispone que "Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley" (131).

De esta forma, la expedición de acciones que hacen las sociedades escisionarias atribuye a sus socios su carácter como tales.

Por otra parte, la fracción III del nuevo artículo 228 bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece como requisito que "cada uno de los socios de la sociedad escidente tendrá inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente" (132).

De lo anterior, se desprende la obligación que tienen las sociedades escisionarias de expedir en favor de sus socios las acciones correspondientes según sea su participación social en la sociedad escidente.

(131) Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

(132) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

En este sentido, resulta tan esencial la emisión de acciones por parte de las sociedades escisionarias que "... una transmisión de bienes que no vaya acompañada de emisión de nuevas acciones o cuotas, en las sociedades beneficiarias, que se suscriban por los socios de las escindidas, o de aumento de valor de las acciones, no sería escisión, sino sólo un contrato traslativo de dominio, de arrendamiento, de fideicomiso, entre dos o más sociedades" (133)

En estas condiciones, la expedición de títulos por parte de las sociedades escisionarias en favor de sus socios, es uno de los efectos más importantes, sin el cual se vería frustrada la escisión, pues representa la contraprestación que deben otorgar las nuevas sociedades a sus socios por su nacimiento al mundo jurídico económico.

D. SURGIMIENTO DE UNA NUEVA SOCIEDAD.

El principal efecto de toda escisión es la creación de un nuevo ente, mismo que será independiente y contará con su personalidad jurídica propia.

Excepción a la regla anterior, es el efecto que se produce con la llamada escisión-fusión por absorción, en donde no se crea una nueva sociedad, sino que la sociedad beneficiaria ya existente experimenta un aumento en su capital por la transmisión de las partes del patrimonio que recibió de la sociedad escidente.

(133) Barrera Graf, Jorge, Ob. cit., Pág. 718.

2.- EFECTOS FRENTE A LOS SOCIOS.

Por lo que hace a los efectos que produce una escisión respecto de los socios, debemos remitirnos al Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, al cual ya hemos hecho referencia.

Conforme al artículo 228 fracción III del Decreto en comento, "Cada uno de los socios de la sociedad escidente tendrá inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente" (134).

De lo anterior, se observa la intención que tuvo el legislador de preservar el principio de igualdad que debe existir entre los socios, al establecer la obligación, por lo menos temporal, a cargo de cualesquier sociedad que pretenda escindirse, de llegar a un acuerdo de escisión donde inicialmente, todos y cada uno de los socios de la sociedad escidente, tendrán una participación en el capital social de las sociedades escisionarias, igual a la que tengan en la sociedad escidente.

Cabe señalar, que la disposición que se comenta no obliga a los socios de las nuevas sociedades a permanecer por siempre con el mismo porcentaje inicial de participación

(134) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

en el capital social de dichas sociedades, razón por la que se debe considerar meramente temporal esta obligación.

Por otro lado, llama nuestra atención el problema al que se enfrentarán aquellas sociedades que pretendan efectuar el tipo de escisión pura imperfecta, ya que como lo analizamos en el capítulo anterior, en estas escisiones, los socios de la o las sociedades escisionarias, aún cuando son los mismos de la sociedad escidente, no poseen un porcentaje igual de participación entre aquellas y éstas, sino que dicho porcentaje puede variar.

En consecuencia, toda vez que conforme al artículo 228 Bis fracción III del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, existe la obligación a cargo de los socios de la sociedad escidente de tener inicialmente una proporción del capital social de las nuevas sociedades, igual a la que tengan en la sociedad de origen, podemos afirmar que actualmente estamos imposibilitados para llevar a cabo en nuestro País la denominada escisión pura imperfecta.

A. DERECHO DE OPOSICION.

Antes que entrara en vigor del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, únicamente estaba regulado el derecho de oposición de los socios contra cualquier resolución adoptada en asamblea general, de acuerdo a lo establecido en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Actualmente en el Decreto anteriormente mencionado, ya se encuentra reglamentado este derecho de oposición respecto de la escisión.

En efecto, conforme a la fracción VI del nuevo artículo 228 Bis, durante un plazo de 45 días "... cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social o acreedor que tenga interés jurídico, podrá oponerse judicialmente a la escisión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declara que la oposición es infundada, se dicte resolución que tenga por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición o se llegue a convenio, siempre y cuando quien se oponga diere fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad con la suspensión." (135)

Considerando que ya existe regulación del derecho de oposición por lo que respecta exclusivamente a la escisión, queda sin efecto para esta figura lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que con anterioridad, era posible aplicar por analogía dicha disposición.

Con el propósito de hacer la comparación entre el derecho de oposición en favor de los socios en los casos de escisión, antes y después de la última reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, a continuación

(135) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

transcribiremos el artículo 201 de dicha ley, al cual ya hemos hecho referencia.

"Artículo 201. Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea;

II. Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución; y

III.- Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación.

NO podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios" (136).

Expuesto lo anterior, podemos hacer las siguientes reflexiones:

1.- Se reduce el porcentaje de representación que requerirá uno o más de los socios de la escidente, en un

(136) Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

10%, ésto es del 30% (antes de la reforma) al 20% en la actualidad.

2.- Se dejan de aplicar las tres fracciones del artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, simplificándose por ende el procedimiento de oposición, más aún se aumenta el plazo de 15 a 45 días naturales para dar inicio a este procedimiento.

3.- Varía la fecha de iniciación del plazo en que debe presentarse la oposición al acuerdo de escisión, que antes de la reforma empezaba a computarse a partir de la clausura de la asamblea en donde se tomó el acuerdo, mientras que ahora, el nuevo plazo de 45 días naturales inicia, conforme a la fracción V del nuevo artículo 228 Bis, a partir de la inscripción del acuerdo en el Registro Público de Comercio y las publicaciones del mismo tanto en la gaceta oficial como en uno de los periódicos de mayor circulación.

B. DERECHO DE RETIRO.

Como lo hemos manifestado en anteriores ocasiones, la similitud que guardan en diversos aspectos, la figura de la fusión con la escisión, hizo posible, con anterioridad a la última Reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, la aplicación analógica de diversas disposiciones para los casos de escisión, así como los mismos tratamientos legales para diversas cuestiones, entre ellas, el derecho de retiro en favor de los socios que votaran en contra del acuerdo de escisión.

De esta forma, antes de la multicitada reforma, los socios de la sociedad escidente que votaran en contra del acuerdo de escisión, sólo podían separarse de la sociedad, si se actualizaban los supuestos contenidos en el artículo 206 y 182 fracciones IV, V y VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En efecto, conforme a los artículos mencionados en el párrafo anterior, ha lugar al derecho de retiro en favor de los socios que voten en contra de alguna resolución adoptada en Asamblea General de Accionistas, cuando lo soliciten dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea, y siempre que, dicho acuerdo o resolución traiga como consecuencia: cambio de objeto de la sociedad; ii) cambio de nacionalidad de la sociedad; o transformación de dicha sociedad (137).

En la actualidad, el Derecho de Retiro a favor de los socios disidentes, está regulado en la fracción VIII del nuevo artículo 228 Bis del Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de nuestra Ley mercantil, misma que a la letra dice: "Los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión gozarán del derecho a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo previsto en el artículo 206 de esta ley" (138).

(137) Cfr. Ley General de Sociedades Mercantiles, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934.

(138) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que lo único que hizo el legislador fue dejar en claro que existe el derecho de retiro para los socios que en asamblea extraordinaria voten en contra del acuerdo de escisión, ya que los requisitos y las causas de procedencia para hacer uso de este derecho siguen siendo los mismos, esto es, los relativos a los artículos 206 y 182 fracciones IV, V y VI.

3.- EFECTOS FRENTE A LOS ACREEDORES.

La transmisión de obligaciones por parte de una sociedad escidente hacia sus escisionarias, por virtud de una escisión, puede causar efectos contradictorios en los intereses de aquellos acreedores de la sociedad que se escinde, más aún si dicha sociedad no cuenta con un patrimonio apto para la oportuna satisfacción de su pasivo.

El profesor Julio Otaegui, quien considera el patrimonio de una sociedad como la debida garantía frente a los acreedores de ésta, abunda sobre el particular manifestando que:

"En la escisión, si bien en definitiva se mantiene el mismo patrimonio aunque repartido, dado que por los motivos antes expuestos consideramos que puede procederse a la adjudicación tanto de bienes como de deudas entre las escisionarias, es preciso que las sociedades escisionarias, entre las que se encuentra también la escidente en el caso de excorporación, cuenten con sendos patrimonios que permitan la existencia de capitales adecuados al cumplimiento de los

respectivos objetos, así como el pago oportuno del pasivo exigible, atribuido a cada una de ellas" (139).

Por lo que respecta a la garantía de los acreedores en contra de los efectos contradictorios a sus intereses que pudieren causarse por virtud de una escisión, ya sea pura o parcial, la fracción IV inciso d) del nuevo artículo 228 Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles expresa:

"IV.- La resolución que apruebe la escisión deberá contener:

d) La determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida. Si una sociedad escindida incumpliera alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de la escisión, responderán solidariamente ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, la o las demás sociedades escindidas, durante un plazo de tres años, contado a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas; si la escidente no hubiere dejado de existir, ésta responderá por la totalidad de la obligación" (140).

De lo anteriormente transcrito, se desprenden las obligaciones a cargo de las sociedades tanto escidentes como escisionarias, con el fin de salvaguardar los derechos de los

(139) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 271.

(140) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

acreedores de éstas; siendo dichas obligaciones las siguientes:

1.- El determinar en la resolución de escisión las obligaciones que habrán de asumir las sociedades escindidas.

2.- La obligación a cargo de las sociedades escindidas de responder solidariamente hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido a cada una de ellas, dado el incumplimiento en que incurriera cualquiera de ellas, en favor de los acreedores que no dieron su consentimiento expreso con la resolución de escisión.

Dicha responsabilidad solidaria está limitada a un plazo de 3 años, contados a partir de la última publicación de la resolución de escisión.

3.- En los casos de escisiones parciales, donde la sociedad escidente no se extingue, ésta responderá por la totalidad de la obligación que hubiere asumido e incumplido cualquiera de las escisionarias.

De esta forma, queda prevista en la ley la garantía en favor de aquellos acreedores que no hubieren dado su consentimiento expreso con la resolución de escisión, estando facultados para hacerla efectiva en contra de la sociedad escidente o escisionaria, según haya sido el tipo de escisión, para obtener el cumplimiento de las obligaciones correspondientes.

A. DERECHO DE OPOSICION.

El derecho de oposición en favor de los acreedores de una sociedad escidente, también fue regulado en la última reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Cabe señalar, que la regulación del derecho de oposición es la misma tanto para los acreedores de la sociedad escidente como para sus socios, debiéndose hacer efectivo este derecho en los mismos términos y con los mismos mecanismos previstos en la fracción VI del recién creado artículo 228 Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que a la letra dice:

"La escisión se registrará por lo siguiente:

VI. Durante el plazo señalado, cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social o acreedor que tenga interés jurídico, podrá oponerse judicialmente a la escisión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declara que la oposición es infundada, se dicte resolución que tenga por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición o se llegue a convenio, siempre y cuando quien se oponga diere fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad con la suspensión" (141).

(141) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

Como se desprende de la fracción antes citada, el único efecto que se conseguirá con la oposición judicial interpuesta por algún socio, grupo de socios o acreedor con interés jurídico, será la suspensión de la ejecución del acuerdo de escisión.

Así pues, el efecto de la oposición que llegase a formular cualquier acreedor en contra del acuerdo de escisión adoptado por una sociedad con la que tenga de por medio interés jurídico, será momentáneo, hasta en tanto no se de alguna de las tres formas a que se refiere la fracción transcrita en el presente apartado.

Por lo que respecta a la fianza que debe otorgar quien se oponga al acuerdo de escisión, consideramos apropiado este sistema de garantía en favor de la sociedad que pretende escindirse, ya que de esta forma se aseguran los daños y perjuicios que la no ejecución oportuna de la escisión se pudiesen causar en su persona.

4.- EFECTOS FRENTE A TERCEROS.

A. EN RELACION CON LOS TRABAJADORES.

Toda sociedad mercantil que pretenda escindirse, debe tener presente la situación laboral existente al momento de acordar la escisión para poder planear la estrategia correcta respecto de las relaciones laborales que habrán de regir una vez efectuada la escisión.

Lo anterior es de gran importancia, si consideramos que cada escisión tiende necesariamente a modificar o a extinguir las relaciones laborales preestablecidas entre la sociedad (empresa-patrón) y sus trabajadores.

En efecto, dependiendo del tipo de escisión que se efectúe, habrá una modificación o una extinción de las relaciones laborales al afectarse concretamente la sociedad (empresa-patrón), los trabajadores o las condiciones de trabajo.

Así por ejemplo, en los casos de escisiones donde desaparece la sociedad escidente, que son todas las escisiones puras y sólo algunos casos de escisión-fusión, "al desaparecer la sociedad originaria y naciendo a la vida jurídica nuevas sociedades, el patrón al que el trabajador le presta el servicio, desaparece totalmente, ésto es, en principio termina la relación laboral.

Lo anterior, conforme a lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley Federal del Trabajo en su fracción III aplicada por analogía, podría constituir una nueva terminación de la relación laboral" (142).

En estos casos de escisión, si los trabajadores de la sociedad que se extingue pasan a formar parte de la nueva o nuevas sociedades estaremos en presencia de una modificación de las relaciones laborales anteriores con un nuevo patrón,

(142) Limón Aguirre Berlanga, Miguel, Aspectos Laborales de la Escisión. Memoria del Seminario sobre La Escisión de Sociedades Mercantiles de la ANADE, A.C., Ob. cit., Pág. 26.

es decir, la modificación de la relación laboral habrá sido únicamente respecto de la empresa (sujeto-patrón).

Ahora bien, sobre la escisión parcial debemos señalar que puede haber extinción o modificación de las relaciones laborales.

En efecto, si como consecuencia de la escisión provocada por la empresa patrón, los trabajadores de la escindida dejan de prestar sus servicios en la sociedad escidente y también se les priva de la posibilidad de prestar sus servicios en las nuevas sociedades, habrá que entender la extinción total de las relaciones laborales.

Por otra parte, hay modificaciones de las relaciones laborales en los casos de escisión parcial: si se cambian las condiciones de trabajo; y si se trasladan trabajadores de la sociedad escidente a las escisionarias, mismas que serán consideradas como patrones substitutos, conforme a la Ley Federal del Trabajo.

Cabe aclarar que la modificación de que hablamos en el segundo supuesto antes señalado, se refiere únicamente al cambio de sujeto, empresa patrón de la relación laboral, sin que dicha modificación implique afectación de las relaciones de trabajo, como la misma ley de la materia lo establece en su artículo 41 y que a la letra dice:

"Artículo 41. La substitución de patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento.

El patrón substituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de la substitución, hasta por el término de seis meses; concluido éste, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón.

El término de seis meses a que se refiere el párrafo anterior, se contará a partir de la fecha en que se hubiere dado aviso de la substitución al sindicato o a los trabajadores" (143).

Respecto a las condiciones de trabajo, éstas no deben variar por causa de una escisión, ya que se correría el riesgo de incurrir en faltas de probidad, generando acciones en favor del trabajador, como por ejemplo la acción de rescisión del contrato de trabajo.

El Licenciado Limón Aguirre Berlanga, establece que "es recomendable analizar previamente a la escisión los términos y condiciones en que se generará la substitución patronal a fin de no caer en faltas de probidad y de igual manera convenir con los trabajadores las nuevas condiciones de trabajo, ratificando este convenio por escrito ante la junta de conciliación y arbitraje que corresponda" (144).

(143) Ley Federal del Trabajo, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de abril de 1970.

(144) Limón Aguirre Berlanga, Miguel, Aspectos Laborales de la Escisión, Ob. cit., Pág. 29.

De lo anterior, podemos afirmar que los aspectos laborales analizados en este apartado son de suma importancia y deberán ser estudiados y relacionados, con cada caso específico de escisión, para lograr que dicho acto mercantil tenga éxito.

B. EN RELACION CON EL FISCO.

Aun cuando el presente trabajo se refiere a los aspectos mercantiles de la escisión de sociedades, resulta conveniente hacer un breve análisis del régimen fiscal aplicable a esta figura.

La evolución del derecho mercantil, en el presente siglo, ha dado origen a figuras mercantiles como la escisión de sociedades, de ahí la necesidad de su regulación jurídica.

En países europeos como Francia, Italia y España, la figura de la escisión fue regulada primero por la legislación fiscal y posteriormente por la legislación comercial. Dicho orden de regulación no fue la excepción en América latina, incluyendo a México.

El hecho de regular primero la escisión de sociedades en la legislación fiscal, quizá obedece a que la materia tributaria tiene una relación directa con el quehacer económico empresarial de las naciones.

Cabe señalar que nuestra legislación tributaria comenzó a regular expresamente la escisión de sociedades a partir de 1991 en la Ley del Impuesto sobre la Renta y su Reglamento, así como en la Ley del Impuesto al Valor Agregado y en la Ley del Impuesto al Activo.

En las reformas y adiciones al Código Fiscal de la Federación, correspondientes a 1992, se incluyó el artículo 15-A que define la escisión de sociedades mercantiles de la siguiente manera:

"Se entiende por escisión de sociedades, la transmisión de la totalidad o parte de los activos, pasivos y capital de una sociedad residente en el país, a la cual se le denominará escidente, a otra u otras sociedades residentes en el país que se crean expresamente para ello, denominadas escindidas. La escisión a que se refiere este artículo podrá realizarse en los siguientes términos:

- a) Cuando la escidente transmite una parte de su activo, pasivo y capital a una o varias sociedades escindidas, sin que se extinga; o
- b) Cuando la escidente transmite la totalidad de su activo, pasivo y capital a dos o más escindidas, extinguiéndose la primera" (145).

Del concepto anteriormente transcrito se desprende que nuestra legislación fiscal únicamente reconoce y regula dos formas de escisión: la llamada pura o total y la parcial.

Cabe señalar que en la reforma de 1992 a las leyes fiscales, se cambió la terminología empleada para definir a los sujetos de la escisión, ya que en las disposiciones legales vigentes en 1992 se denominaba escindida a la sociedad que transmitía los activos, pasivos y capital y sólo se hacía referencia a la sociedad de nueva creación, como la que surgía con motivo de la escisión.

Actualmente el Código Fiscal de la Federación regula expresamente a la escisión en sus artículos 14 fracción I (concepto de enajenación), 14-A (enajenación de bienes en la escisión), 26 fracción XII (responsabilidad solidaria) y 32-A fracción III (sujetos obligados a dictaminar sus estados financieros). Por lo que respecta al Reglamento del Código Fiscal de la Federación, los artículos 5-A fracción I (avisos por escisión de sociedades), 5-B (permanencia accionaria en escisión, por herencia o adjudicación), 23 fracción I, tercer párrafo (aviso de cancelación de Registro Federal de Contribuyentes), 51 fracción III, inciso f 1, E y F, e inciso g) (requisitos del contenido y forma de presentación del dictamen).

Asimismo, la Ley del Impuesto Sobre la Renta regula expresamente la escisión en los artículos 5°-A (transmisión de bienes por escisión), 12 penúltimo párrafo (pagos provisionales sociedad escidente y escindidas), 17 fracción

V (ingresos acumulables por escisión), 18 último párrafo (ganancia por enajenación de bienes por escisión), 19 fracción III (costo comprobado de adquisición de acciones), 41 tercer párrafo (deducción de inversiones), 46 fracción IV (reglas para deducción de inversiones), 55 último párrafo (deducción de pérdidas fiscales por escisión), 64-A (no determinación presuntiva en adquisición de bienes por escisión), 120 fracción II, quinto párrafo (ingresos gravables por utilidades distribuidas en casos de escisión), 121 sexto párrafo (dividendos por disminución de capital social por escisión), 124 sexto párrafo (cuenta de utilidad fiscal neta, transmisión del saldo por escisión). Por cuanto hace al Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta, éste regula expresamente a la escisión en el artículo 7-E (ajustes de pagos provisionales).

Por lo que respecta al Impuesto al Valor Agregado, cabe señalar que la ley de la materia vigente en el año de 1991, regulaba expresamente la escisión de sociedades en su artículo 8º, relativo al concepto de enajenación, en los siguientes términos:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por enajenación, además de lo señalado en el Código Fiscal de la Federación, el faltante de bienes en los inventarios de las empresas. En este último caso la presunción admite prueba en contrario.

No se considerará enajenación, la transmisión de propiedad que se realice por causa de muerte, por fusión o por escisión de sociedades,

así como la donación, salvo que ésta la realicen empresas para las cuales el donativo no sea deducible para los fines del impuesto sobre la renta." (146).

El motivo por el cual se adicionó a la Ley del Impuesto al Valor Agregado, vigente en 1991, la excepción al concepto de enajenación anteriormente citado, radica precisamente en lo establecido en la exposición de motivos correspondiente a la Ley que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales para el año de 1992, en donde se especifica que la escisión de sociedades no estará gravada cuando se limite a la reorganización de una o varias sociedades con fines de eficiencia económica.

Fue también en base al anterior criterio que se adicionó en 1992 el artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación, que se refiere de manera más específica a los supuestos en los cuales la escisión no se considera como una forma de enajenación para fines fiscales. Como consecuencia de esta adición, al establecerse en la fracción I del artículo antes señalado el requisito de permanencia accionaria, fue innecesaria la regulación del concepto de enajenación sobre escisión, contenido en el artículo 8° de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, citado en el presente apartado.

Por último, la Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles regula expresamente la escisión de sociedades desde

(146) Ley del Impuesto al Valor Agregado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1978.

el año de 1992, en su artículo 3 fracción V, en donde se establece lo siguiente:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por adquisición la que derive de:

V. Fusión y escisión de sociedades, incluso en los casos del artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación" (147).

De lo anterior se desprende que el Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles grava las adquisiciones de inmuebles derivadas de cualquier tipo de escisión.

(147) Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1979.

CAPITULO TERCERO

ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA ESCISION, LA FUSION Y LA HOLDING

1.- CONCEPTO DE ESCISION, FUSION Y HOLDING.

Podemos adelantar que tanto la escisión, la fusión y la holding son figuras afines, toda vez que éstas persiguen las metas que se pretenden alcanzar con las políticas de concentración de empresas, sin embargo, dichas figuras son distintas en cuanto a sus acepciones y características propias.

Por otro lado, consideramos apropiado definir dentro de este apartado las figuras de escisión, fusión y holding, para posteriormente formular el análisis comparativo entre dichos actos mercantiles.

A. CONCEPTO DE ESCISION.

Conforme al concepto propuesto en el capítulo primero del presente trabajo (147), la escisión de sociedades es un acto jurídico por el cual una sociedad denominada "escidente", divide su patrimonio en dos o más partes, manteniendo o perdiendo su personalidad jurídica para crear con dichas partes escindidas una o varias sociedades, o bien, transmitiendo dicho patrimonio a sociedades ya existentes, cuyas sociedades se denominan escindidas, escisionarias o

(147) Supra Pág. 6.

beneficiarias, a cambio de la entrega de acciones que emitan las sociedades escisionarias en favor de sus propios accionistas, en la proporción a la participación accionaria de éstos en la sociedad escidente y al patrimonio escindido, según lo acuerden las partes.

Como también se mencionó en el capítulo primero de esta tesis, existen diversas formas de escisión, conforme a las cuales varía el concepto anterior, es decir, en cuanto a los sujetos (sociedades escidentes y escisionarias), montos de transmisión de derechos y obligaciones y proporción de participación accionaria de los socios; pero siempre existiendo en dichas operaciones tres características que la particularizan y que son: la división o rompimiento del patrimonio de la sociedad escidente; la transmisión de dichas partes escindidas a sociedades creadas por efecto de la escisión o a sociedades preexistentes, según sea el caso; y la participación accionaria de los socios de la sociedad escidente en las sociedades escisionarias.

Otro concepto de escisión con el cual coincidimos y que resulta conveniente tenerlo presente para el análisis comparativo que se persigue, es el propuesto por del jurista Barrera Graf, ya que dicha definición es formulada en base al concepto y clases de fusión.

Así pues, "como en el caso de la fusión, podría hablarse de escisión por incorporación y por integración; en aquella, el patrimonio (total o parcial) que se escinde, se une e incorpora a una o más sociedades existentes

(beneficiarias), las que, por ende, incrementan correlativamente su patrimonio; además, los socios de la escindida normalmente pasarían a ser socios de la o de las beneficiarias.

En la escisión por integración, con los bienes y derechos de las sociedades escindidas, se procederá a constituir una o más beneficiarias, cuyos socios serán los de las escindidas" (149)

B. CONCEPTO DE FUSION.

La definición de fusión, sólo puede plantearse a través del estudio de su naturaleza jurídica.

Esta figura mercantil tiene sus primeros antecedentes desde finales del siglo pasado, "determinar la naturaleza jurídica de la fusión, es uno de los problemas que mayor dificultad presenta al investigador, de ahí la diversidad de teorías que se han elaborado para resolverlo, sin que hasta la fecha podamos decir que hay una opinión unánime al respecto" (150).

Al parecer, la complejidad de sucesos y etapas que representan la realización de una fusión de sociedades (situación que también ocurre en los casos de escisión), es la razón por la que existen diversas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la fusión.

(149) Barrera Graf, Jorge, Ob. cit., Pág. 717.

(150) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 289.

Para el profesor Vásquez del Mercado existen tres teorías fundamentales acerca de la naturaleza jurídica de la fusión, siendo dichas teorías la de sucesión universal, la del acto corporativo y la contractual, siendo esta última, en su opinión, la que debiera tener mayor aceptación (151).

El concepto de fusión que nos parece más adecuado, por englobar todo el contenido de el acto mercantil de fusión, es la que expresa el jurista Barrera Graf y que a la letra dice:

"Se trata de un negocio corporativo, complejo, de naturaleza contractual, sui generis, que se desarrolla en diversas etapas sucesivas y cuyos efectos consisten en la sucesión universal del activo y del pasivo de la o de las sociedades fusionadas en favor de la fusionante; lo cual, además, implica el pacto y la adición de los socios de aquella, a los de ésta, generalmente mediante aumento de su capital social; y consiste, por otra parte, en la extinción de la o las fusionadas, ya sea para incorporarse a otra que existe (fusión por incorporación), o para integrar y constituir una sociedad nueva (fusión por integración)" (152).

Como se menciona en la cita anterior, existen dos formas de fusión, y aunque en el capítulo IX de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, que regula la fusión no se

(151) Cfr. Vásquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Págs. 289 y 300.

(152) Barrera Graf, Jorge, Ob. cit., Pág. 693.

definen expresamente dichas formas, de la lectura del artículo 226 se desprende que, aparte de la fusión por incorporación que se caracteriza por la unión de dos o más sociedades subsistiendo sólo una de ellas, puede haber fusión, en la que, de varias sociedades surja una nueva.

C. CONCEPTO DE HOLDING.

Como lo manifestamos al principio de este capítulo, la Holding o Sociedad Controladora, es una institución corporativa que al igual que la escisión y la fusión se estudian dentro del tema de la concentración (153).

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, dice que las sociedades de control "Son las constituidas con la finalidad de manejar a otras sociedades, mediante la suscripción y el voto de mayorías de acciones o de cuotas del capital social de éstas. Se les conoce en todo el mundo por su nombre inglés: Holding Companies..." (154).

Por su parte, el maestro Vázquez del Mercado, manifiesta que "Se ha denominado vigilancia y también holding al hecho que consiste en la participación de una sociedad en otra, mediante la posesión de acciones. En esta forma, cuanto mayor sea el número de acciones, mayor será la vigilancia a través de la intervención en la asamblea.

(153) Cfr. Barrera Graf, Jorge, Ob. cit., Pág. 721.

(154) Instituto de Investigaciones Jurídicas. Jorge Barrera Graf, Ob. cit., Pág. 169.

Puede acontecer también que no sólo una sociedad adquiriera las acciones de otra, sino que ésta adquiriera también acciones de aquéllas y entonces habrá recíproca vigilancia" (155).

Es pues indudable, que actualmente las empresas de gran tamaño, nacionales y transnacionales, obtienen mayores beneficios, inclusive de tipo fiscal cuando constituyen varias sociedades de las cuales una es controladora y las demás controladas.

2.- DIFERENCIACION EN BASE A LOS CONCEPTOS DE ESCISION Y FUSION.

Aún cuando la escisión, la fusión y la Holding, guardan importantes similitudes en cuanto a sus fines y políticas de concentración de empresas o sociedades, dichas figuras tienen características que las diferencian y que las hacen más apropiadas unas que otras, dependiendo de las metas que pretenda alcanzar una sociedad.

En relación a estas diferencias, diversos autores como Jorge Barrera Graf y Carlos Juan Rodríguez Zavala, han expresado los siguientes criterios.

El jurista Barrera Graf dice: "Hay, pues, ciertas semejanzas con la fusión, en cualquiera de sus dos manifestaciones: por incorporación y por integración. A diferencia de ella, sin embargo, por una parte, hay división y multiplicación de sociedades, sin que la escisión provoque

(155) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 272.

necesariamente la extinción de la escindida. Cuando ello ocurre, su desaparición no es concomitante con la escisión, como sucedería en la fusión" (156).

Dicho autor, también manifiesta que en la escisión, ya sea por incorporación o por integración, "hay diferencias con la fusión, en cuanto que la escisión puede hacerse en beneficio de varias sociedades, no de una sola (la fusionante)" (157).

Refiriéndose a esto último el autor argentino Carlos Juan Zavala Rodríguez, quien como los juristas de su país denominan "división" a la escisión total o pura, explica:

"La división de la sociedad no debe ser confundida con la fusión y se diferencia en que la sociedad desmembrada, como la sociedad fusionada, hace aporte total de su patrimonio y procede seguidamente a su disolución, pero se diferencia esencialmente en que el aporte es hecho no a una sociedad sino a dos o más sociedades preexistentes y nuevas" (158).

De lo anterior resulta conveniente hacer un análisis explicativo de lo expuesto por el profesor Barrera Graf, respecto a la extinción de la sociedad escidente o fusionante:

(156) Barrera Graf, Jorge, Ob. cit., Págs. 716 y 717.

(157) Idem., Págs. 717 y 718.

(158) Zavala Rodríguez, Carlos Juan, Fusión y Escisión de Sociedades, Primera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, Año 1976, Pág. 102.

En este sentido y sobre la extinción de que hablamos, podemos afirmar que entre la escisión por incorporación (escisión parcial) y la fusión por incorporación no hay diferencia, pues las sociedades escidentes y fusionantes, en ambos casos, subsisten.

Lo mismo ocurre entre la escisión por integración (escisión total) y la fusión por integración, es decir, no existe diferencia ya que la sociedad escidente y fusionante, en ambos casos desaparecen.

Sin embargo, existe diferencia sustancial entre la escisión por incorporación (escisión parcial) y la fusión por integración, dado que la primera de las mencionadas implica la subsistencia de la sociedad escidente, en tanto que por virtud de la segunda, la sociedad fusionante desaparece.

Asimismo, haciendo la misma comparación que en el párrafo anterior, la escisión por integración y la fusión por incorporación resultan diferentes, ya que la sociedad escidente, en los casos de escisión por integración (escisión total) desaparece, cosa que no ocurre con la sociedad fusionante en los casos de fusión por incorporación.

Ahora bien, tratándose de la sociedad resultante, coincidimos con los autores citados en el presente apartado, en el sentido de que si existe diferencia entre la escisión y la fusión sea cual fuere la forma (integración o incorporación), ya que en la escisión puede darse una o varias sociedades resultantes, en tanto que en la fusión sólo una será la sociedad resultante o beneficiaria.

En apoyo de esto último, tenemos la opinión del autor argentino Julio C. Otaegui, quien manifiesta:

"Es decir que mientras en la fusión se parte de varias sociedades fusionantes y se llega a una sociedad fusionaria, en la escisión se parte de una sociedad escidente y se llega a varias sociedades escisionarias, esto teniendo presente que en la incorporación la sociedad incorporante es a la vez fusionante y fusionaria y que en la escisión regulada en la LS la sociedad escidente es simultáneamente escidente y escisionaria" (159).

Para el autor antes citado "mientras que la fusión consiste esencialmente en la unificación de personas jurídicas con la amalgama de sus patrimonio y en el caso de sociedades fusionantes en la agrupación de todos los socios de las mismas en una sola sociedad fusionaria, la escisión estriba fundamentalmente en el desdoblamiento de una persona jurídica con el reparto de su patrimonio entre varias personas jurídicas y en el caso de sociedades con la atribución a los socios de la sociedad escidente del carácter de socios de la sociedad escisionaria" (160).

En efecto, mientras que la figura de la fusión tiende a la reunión de patrimonios de las sociedades que participen en dicho acto mercantil, en la escisión ocurre lo contrario,

(159) Otaegui, Julio C., Ob. cit., .Págs. 235 y 236.

(160) Idem., Pág. 235.

o sea, la división del patrimonio de una o más sociedades para crear una o más sociedades escisionarias.

Cabe hacer la crítica respectiva al concepto de escisión de algunos tratadistas, en el sentido de que la persona jurídica, sociedad escidente a que se refiere no se desdobra, sino que con el patrimonio escindido, se crea una o varias sociedades nuevas o bien se transmite a sociedades preexistentes.

3.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA ESCISION Y LA FUSION EN BASE A SUS EFECTOS.

A. RESPECTO DE LOS SOCIOS.

a) PARTICIPACION ACCIONARIA.

Como lo vimos en los capítulos anteriores, una característica importante de la escisión es la participación accionaria que tienen los socios de la sociedad escidente en las sociedades escisionarias, es decir, se les atribuye a los socios de la sociedad escidente, el carácter de socios de las sociedades escisionarias.

Así por ejemplo, si hablamos de una escisión parcial, los socios de A serán los mismos socios de las sociedades B y C, con las mismas proporciones accionarias que tengan en A; lo mismo ocurre en los casos de escisión total, en donde los socios de A (que desaparece) resultaran ser los mismos socios de las sociedades B y C, con las mismas proporciones accionarias que tuvieron en A.

Ambas situaciones resultan imposibles en los casos de fusión.

En efecto, como sabemos, este fenómeno no ocurre en los casos de fusión, por el simple hecho de que las sociedades fusionarias desaparecen y en consecuencia sus socios dejan de serlo para sólo formar parte como socios de la sociedad fusionante.

La similitud que podemos encontrar entre la escisión, la fusión y la holding respecto de la participación accionaria de los socios, estriba en que los socios de las sociedades que las llevan a cabo logran obtener acciones de las nuevas sociedades, o bien de sociedades ya existentes dependiendo el caso, sin embargo, como sabemos, varía el origen o las causas por las cuales se obtienen dichas acciones y en consecuencia los efectos serán diversos.

b) DERECHO DE OPOSICION.

Con la entrada en vigor del Decreto que Reforma Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ha quedado regulado el derecho de oposición en la escisión y, consecuentemente, deja de aplicarse a esta figura lo dispuesto en los artículos 201 y 224 de la ley en comento; sin embargo, estos numerales siguen siendo aplicables para los casos de fusión.

Haciendo un análisis comparativo entre la escisión y la fusión, respecto de este derecho de oposición, podemos establecer los siguientes puntos:

1.- En los casos de escisión, la fracción VI del nuevo artículo 228 Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles, regula de igual forma el derecho de oposición de los socios y acreedores de la sociedad escidente; en cambio, la regulación del derecho de oposición para la fusión es distinta ya que los socios y acreedores de la sociedad fusionante deben sujetarse a lo dispuesto por los artículos 201 y 224 respectivamente, cuyas condiciones y plazos varían según el caso.

2.- En la fusión el porcentaje de representación que requieren los socios para ejercitar el derecho de oposición es del 30% en tanto que para los casos de escisión, los oponentes requieren un 10% menos, ésto es, sólo necesitan el 20% de representación del capital social.

3.- En la fusión los accionistas tienen un plazo de 15 días a partir de la clausura de la asamblea para presentar la demanda de oposición a la resolución de fusión y los acreedores a las sociedades fusionantes cuentan con un plazo de 3 meses a partir de la inscripción del acuerdo de fusión en el Registro Público de Comercio, mientras que para los supuestos de escisión, tanto los socios de la escidente como los acreedores de dicha sociedad, gozan, conforme a la fracción V del artículo 228 bis, de un plazo de 45 días, contados a partir de la inscripción del acuerdo de escisión

en el Registro Público de Comercio y las publicaciones del mismo tanto en la gaceta oficial como en uno de los periódicos de mayor circulación.

c) DERECHO DE RETIRO.

El derecho de retiro en favor de los socios que voten en contra de un acuerdo de escisión tiene exactamente el mismo tratamiento legal que para la fusión.

De esta forma, quien pretenda hacer uso de este derecho deberá: votar en contra del acuerdo de escisión o fusión; estar en alguno de los tres supuestos a que se refieren los artículos 206 y 182 fracciones IV, V y VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles; y presentar su solicitud dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea que acordó dicha escisión o fusión.

La única diferencia, que no resulta de ningún modo substancial, entre la regulación del derecho de retiro en los supuestos de fusión y escisión es que para este último caso sí existe un reconocimiento expreso de dicho derecho en el artículo 228 bis fracción VIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ahora bien, afirmamos que esta diferencia no es sustancial en razón a que la disposición mencionada en el párrafo anterior nos remite al procedimiento que debe seguir cualquier socio que vote en contra de un acuerdo de fusión, pues dicho numeral establece lo siguiente:

"Los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión gozarán del derecho de separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo previsto en el artículo 206 de esta ley" (161).

B. RESPECTO DE LAS SOCIEDADES.

a) CAPITAL CONTABLE.

Un efecto característico de la escisión es la transmisión total o parcial del patrimonio de una sociedad escidente a la o las escisionarias y dado que el patrimonio de que hablamos se comprende de capital contable, además de activos y pasivos, éste podrá ser enajenado en forma total o parcial, dependiendo del tipo de escisión.

Como se especificó en el capítulo anterior, sólo podemos hablar de reducción de capital social en los casos de escisiones parciales, dado que las sociedades escidentes, mismas que subsisten al acto mercantil de escisión, quedan con una porción reducida de su capital como consecuencia de dicha operación.

Por el contrario, no podemos decir que se reduce el capital de las llamadas escisiones totales ya que como efecto de estas escisiones la sociedad escidente transmite todo su patrimonio y en consecuencia se extingue.

(161) Decreto que Reforma..., Ob. cit., Pág. 5.

Tampoco es aceptable que haya reducción de capital en los casos de fusiones, sean estas por integración o por incorporación.

En efecto, en la fusión por integración, no encontramos sociedad fusionaria que subsista a la fusión y en todo caso serían estas sociedades fusionarias las que sufrirían una reducción en su capital contable.

Ahora bien, en la fusión por incorporación que supone la subsistencia de la sociedad fusionante, tampoco existe una reducción de capital; por el contrario, aquí ocurre un fenómeno inverso, la sociedad fusionante experimenta un aumento de capital contable en su patrimonio como consecuencia de la fusión.

b) TRANSMISION DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES Y CORPORATIVAS.

Como sabemos, la escisión y la fusión implican la transmisión de relaciones tanto patrimoniales como corporativas, sin embargo, esta transmisión varía respecto de las cantidades que se transmiten y respecto de los sujetos que las reciben.

De esta manera, en la fusión, las sociedades fusionarias transmiten todo su patrimonio a la sociedad fusionante, ya sea fusión por integración o por incorporación, en tanto que en la escisión, sólo en los casos de escisión pura o total, hay una transmisión total del

patrimonio a dos o más sociedades escisionarias, situación que no se da en la llamada escisión parcial, ya que como su nombre lo dice, no se transmite todo el patrimonio de la escidente, sino sólo parte de éste.

Ahora bien, respecto de las sociedades que participan de la transmisión de las relaciones corporativas, también encontramos diferencias entre la fusión y la escisión, toda vez que en la primera de las mencionadas sea cual fuere su tipo, sólo habrá una sociedad fusionante o beneficiaria la que reciba esta transmisión de relaciones, en tanto que en la segunda, pueden ser dos o más sociedades las que las reciban.

Refiriéndome a la fusión, cabe señalar que "La transmisión de relaciones corporativas se verifica cuando el vínculo social que ligaba a la sociedad disuelta con sus miembros, se constituye entre la sociedad incorporante o nueva y los mismos socios, los cuales vienen a ser socios de ésta" (162).

Lo anteriormente transcrito también ocurre en la escisión, es decir, la transmisión de relaciones corporativas se verifica: en los casos de escisiones totales, cuando el vínculo social que ligaba a la sociedad disuelta con sus miembros, se constituye entre las nuevas sociedades y los mismos socios, los cuales vienen a ser socios de éstas; y en los supuestos de escisiones parciales, cuando el vínculo social que liga a la sociedad escidente (aún existente), se

(162) Vázquez del Mercado, Oscar, Ob. cit., Pág. 315.

extiende entre las nuevas sociedades y los mismos socios, los cuales vienen a ser también socios de ésta.

c) CREACION DE TITULOS.

La emisión de acciones por parte de la sociedad resultante de la fusión o por las resultantes de la escisión, en favor de sus socios, es la consecuencia de la transmisión de las relaciones patrimoniales y corporativas analizadas en el apartado anterior.

Al respecto, el maestro Alberto Moreno de la Torre nos dice: "Como consecuencia de la unión de los capitales sociales de las empresas que participan en la fusión, la sociedad que subsista o la que nazca deberá emitir acciones en número suficiente para entregar a los accionistas de la sociedad fusionada, a fin de que éstos participen en el capital social de la fusionante en los mismos términos y condiciones en que habían venido siendo accionistas" (163).

Lo anterior también sucede en la escisión, con las particularidades que a ésta corresponden. Así, en los casos de escisión las sociedades escisionarias emitirán acciones en favor de sus socios, mismos que también lo son de la escidente, si es que esta subsiste.

Debemos señalar que la participación accionaria que detentan los socios de las escisionarias en razón de lo dispuesto por la fracción III del nuevo artículo 228 bis de

(163) Moreno de la Torre, Alberto, Ob. cit., Pág. 1042.

la Ley General de Sociedades Mercantiles, tendrá que ser en principio, la misma que éstos tengan en la sociedad escidente, según sea el tipo de escisión.

Por lo que hace a la fusión no encontramos disposición legal semejante a la anterior, motivo por el cual, la participación accionaria de los socios de la fusionante no está condicionada ni en cantidades ni en tiempo.

d) EFECTOS FRENTE A LOS ACREEDORES.

La transmisión de obligaciones que produce una escisión o fusión, puede causar efectos contradictorios a los intereses de los acreedores de la sociedad escidente o sociedades fusionarias, más aún si dichas sociedades no cuentan con un patrimonio apto para la oportuna satisfacción de sus pasivos.

Al respecto el profesor Otaegui, refiriéndose primero a la fusión nos comenta que "...puede entenderse que si el patrimonio de la sociedad fusionaria es apto para la satisfacción en término de su pasivo exigible, ese patrimonio constituye la debida garantía de los acreedores y no corresponde fijar garantía especial" (164).

Asimismo, respecto de la escisión, el criterio anterior es aplicable, con la obvia diferencia de los sujetos que garantizan las obligaciones en favor de los acreedores.

(164) Otaegui, Julio C., Ob. cit., págs. 178 y 179.

Se corrobora esta idea con lo expresado por el autor antes citado:

"... es preciso que las sociedades escisionarias, entre las que se encuentra también la escidente en el caso de excorporación, cuenten con sendos patrimonios que permitan la existencia de capitales adecuados al cumplimiento de los respectivos objetos, así como el pago oportuno del pasivo exigible atribuido a cada una de ellas" (165).

Así pues, podemos afirmar que el patrimonio de una sociedad que sea lo suficientemente sólido y en donde sus activos sean muy superiores a sus pasivos, es la mejor garantía frente a los acreedores de éstas en los casos de escisión o fusión o cualesquier otro acto mercantil.

Por otra parte, la transmisión de patrimonio que se actualiza como efecto de una escisión o fusión, implica casi siempre el cambio de sujeto que deba responder de las obligaciones contraídas con los acreedores.

De esta forma, en los casos de fusión, la sociedad fusionante asume todas las obligaciones contraídas por las sociedades fusionarias.

El artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, específicamente en su tercer párrafo, reconoce este cambio de sujeto obligado, al establecer que

(165) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 271.

"transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas" (166).

Sobre el particular, el jurista Barrera Graf expresa:

"Por lo que se refiere a los deudores de las sociedades fusionadas, sus obligaciones subsisten frente a la fusionante, quien puede exigir y recibir pagos, transigir, reducir el monto de adeudos, cobrar los intereses pactados y los moratorios" (167).

Ahora bien, en forma inversa a lo que ocurre con la fusión y toda vez que por efecto de una escisión se crean dos o más sociedades, el patrimonio (activos y pasivos) que es dividido, repartido entre dichas sociedades de nueva creación, también provoca en forma simultánea la división de responsabilidades entre las mismas.

En efecto, al recibir las sociedades escisionarias el conjunto de activos y pasivos (derechos y obligaciones) que le fueron transmitidos por la sociedad escidente, éstas deberán consecuentemente cumplir y responder por las

(166) Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

(167) Barrera Graf, Jorge, Ob. cit., Pág. 705.

obligaciones correspondientes salvaguardando así los derechos de los acreedores.

Por virtud de la ley, existen varios requisitos que todo acuerdo de escisión debe contener para eliminar incertidumbre respecto del cumplimiento de las obligaciones en favor de los acreedores.

En este orden de ideas y de la lectura del nuevo artículo 228 bis, fracción IV inciso d) de la Ley General de Sociedades Mercantiles, podemos establecer tres obligaciones o requisitos que el acuerdo de escisión debe contener para salvaguardar los derechos de los acreedores, siendo estas:

1.- El determinar en la resolución de escisión las obligaciones que habrán de asumir las sociedades escindidas.

2.- La obligación a cargo de las sociedades escindidas de responder solidariamente hasta por el monto de su activo neto atribuido, dado el incumplimiento en que incurra cada una de ellas en favor de los acreedores que no consintieron expresamente con la resolución de escisión.

Esta responsabilidad solidaria es por tres años, contados a partir de la última publicación de la resolución de escisión.

3.- En las escisiones parciales, donde no hay extinción de la escidente, ésta responderá por la totalidad

de la obligación que hubiere asumido e incumplido cualquiera de las escisionarias.

4.- LA ESCISION - HOLDING.

En múltiples ocasiones suele haber confusiones entre los actos mercantiles de escisión, fusión y holding, por lo que es preciso establecer que cada una de estas operaciones tienen características que las particularizan y diferencian unas de otras.

Ejemplo claro de estas confusiones es la llamada escisión-holding, "procedimiento en el cual una sociedad aporta bienes y su pasivo a dos o más sociedades constituidas al efecto, recibiendo como contraprestación partes sociales de las mismas. Si por ejemplo la sociedad anónima Alpha transmite sus bienes y pasivo a las sociedades anónimas Beta y Gamma, recibiendo acciones de estas últimas que integran por lo tanto el activo de Alpha, y continuando los socios de Alpha simplemente como socios de las mismas sin ser socios de Beta ni de Gamma" (168).

Desde luego, en la operación anterior se denotan situaciones que hacen imposible clasificar a la misma como una forma más de escisión, inclusive, la doctrina francesa considera a la escisión holding como falsa escisión.

Refiriéndose a la que nosotros denominamos escisión pura o total, el profesor Julio Otaegui nos comenta "En este supuesto falta la transmisión a título universal del patrimonio de Alpha en alícuotas a favor de Beta y de Gamma, así como la atribución a los socios de Alpha del carácter de

(168) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 243.

socios de Beta y Gamma y la disolución de Alpha por tratarse de una división" (169).

La anterior comparación es también aplicable en la escisión parcial, a excepción del último aspecto, o sea, la disolución de la sociedad de origen Alpha, ya que en la escisión parcial la sociedad escidente no se extingue sino que subsiste.

5.- LA FUSION Y LA HOLDING.

Al igual que hay confusión entre la escisión y la holding, existe confusión entre la fusión y la holding.

Las características particulares de la fusión, la distinguen de otras figuras mercantiles; específicamente en relación con la holding el jurista Otaegui establece lo siguiente:

"La constitución de una holding puede realizarse mediante el traspaso de las acciones de las sociedades fundadoras a la sociedad holding, recibiendo los socios de dichas sociedades fundadoras acciones de la sociedad holding, pero subsistiendo dichas sociedades fundadoras. Este supuesto... se parece a la fusión porque los socios de todas las sociedades fundadoras se agrupan en la sociedad holding, y porque tal decisión se adopta en las asambleas de las sociedades fundadoras por mayoría... pero se diferencia de la fusión en que no hay disolución de sociedades" (170).

En efecto, como lo señalamos en su oportunidad la disolución de las sociedades fusionadas es una de las características fundamentales de la fusión.

(169) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 243.

(170) Idem., Pág. 45.

En este sentido, se confirma lo expuesto al inicio de este capítulo, en donde manifestamos que éstas figuras son distintas en cuanto a sus acepciones y características propias.

6.- FENOMENO DE CONCENTRACION DE EMPRESAS EN RELACION A LA ESCISION A LA FUSION Y A LA HOLDING.

Las figuras mercantiles de escisión, fusión y holding son estudiadas por los tratadistas en derecho mercantil dentro del capítulo relativo a la concentración de empresas.

Tal capítulo analiza fundamentalmente los motivos y las manifestaciones a propósito de la concentración de empresas.

La concentración de empresas respecto de la escisión ha sido analizada en el capítulo primero de la presente tesis, sin embargo, resulta interesante apuntar ciertos aspectos propios de la escisión, la fusión y la holding.

En común, los tres actos mercantiles a que se refiere este apartado, pertenecen al fenómeno de la concentración empresarial iniciado desde el siglo pasado.

Dentro del estudio de la concentración empresarial, por la similitud que guardan la escisión y la fusión, en cuanto a sus motivos y fines ambas figuras son analizadas por lo general en forma conjunta.

Al respecto, "la fusión y la escisión son instituciones propias del régimen de las personas jurídicas que aplicadas a las sociedades sujetos de derecho sirven al proceso de concentración de empresas iniciado en el siglo XIX y proseguido en el siglo XX.

Confluyeron así las empresas, la sociedad y la persona jurídica para contribuir al desarrollo material de nuestra civilización mediante el crecimiento de las empresas en una evolución que conduce a la concentración de las mismas mediante procedimientos diversos, tales como la fusión, que estrictamente consiste en la unificación de varias personas jurídicas, y la escisión que es el desdoblamiento de una persona jurídica en varias" (171).

El tratadista antes citado considera tres motivos fundamentales dentro de la concentración empresarial, siendo éstos: la coordinación, la colaboración y la diversificación de inversiones.

De los tres motivos de concentración, nos interesa la colaboración, en los casos de la escisión y la fusión, y la diversificación de inversiones, por lo que respecta a la holding, ya que la coordinación se refiere a otro tipo de fenómeno, como lo es el consorcio, cuyo objetivo es planificar las actividades de las sociedades que lo conforman, conservando éstas su personalidad y autonomía de decisión.

Así pues "La colaboración se presenta cuando se trata de aunar el potencial de varias sociedades para realizar una obra que excede las posibilidades aisladas de cada una de ellas, o para constituir una unidad de producción o intercambio de bienes o servicios de dimensión óptima, pudiendo ser, por lo tanto, accidental o permanente" (172).

Como ejemplo de la colaboración accidental encontramos figuras como la sociedad accidental o en participación.

(171) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Págs. 23 y 24.

(172) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 31.

Por lo que hace a la colaboración permanente, esta se manifiesta a través de vías contractuales o vías societarias.

"Mediante vías contractuales, las sociedades celebran contratos de colaboración, manteniendo entre ellas la igualdad de decisión, o bien celebran contratos de integración, en donde algunas sociedades participantes quedan subordinadas a otras..." (173).

En cambio, "Las vías societarias de colaboración permanentemente conducen a dos supuestos: las participaciones societarias y la fusión y la escisión, sin perjuicio de que en la práctica se combinen ambas soluciones" (174).

En ese orden de ideas, refiriéndose a la fusión y a la escisión nos dice el profesor Otaegui "Los procedimientos de concentración expuestos conducen en mayor o menor grado a la unión económica de las empresas. Por su parte, la fusión lleva asimismo a la unificación jurídica de las correspondientes sociedades, y es un procedimiento adecuado en las etapas iniciales de la formación de una gran empresa. Empero, en ciertos grados de avanzada magnitud empresarial es conveniente una descentralización que se logra mediante la creación de un grupo de sociedades, para lo que se recurre a la escisión mediante el desdoblamiento de la personalidad jurídica de la sociedad existente, siendo también útil este instituto combinado con la fusión para la reorganización de un grupo societario, ... en este sentido la escisión favorece la descentralización requerida por el crecimiento gigantesco de la empresa" (175).

Reflexionando sobre lo anterior, podemos establecer que la escisión es un mecanismo útil para reorganizar una

(173) Otaegui, Julio C., Ob. cit., Págs. 29 y 30.

(174) Idem.

(175) Idem.

sociedad preexistente, obteniéndose un crecimiento por multiplicación de dicha sociedad y en consecuencia un desarrollo próspero de toda la empresa.

Ahora bien, por lo que respecta al tercero de los motivos de la concentración empresarial, o sea el relativo al de la diversificación de inversiones, debemos reconocer a la holding como ejemplo ilustrativo.

La holding como instrumento de la concentración empresarial, persigue el óptimo desarrollo de su grupo societario mediante negocios diferentes, compartiendo así los riesgos entre las sociedades que conforman al grupo y accediendo a actividades industriales altamente rentables (176).

Vistos los motivos de la concentración de empresas, ahora nos referiremos a sus políticas o fines:

Sobre los fines que persigue la concentración empresarial, nos dice el maestro Barrera Graf: "La concentración de empresas y de actividades de empresas es una característica propia y natural del capitalismo, que se ha acentuado en las dos últimas centurias; sus motivos son múltiples, de carácter económico la mayoría, pero también sociales y políticos. La economía contemporánea se desarrolla en función de la gran empresa, que no solamente se organiza y actúa como causa, sino también como efecto de la concentración industrial y comercial; y que tiende a crecer 'hasta el punto en que es alcanzado el (grado) óptimo" (177). En este sentido, alcanzar el grado más alto de desarrollo es la meta sin fin que debe perseguir toda estrategia de concentración empresarial.

(176) Cfr. Ortaegui, Julio C., Ob. cit., Pág. 31.

(177) Barrera Graf, Jorge. Ob. cit. Pag 723.

Podemos concluir, que la escisión, la fusión y la Holding, por sus características particulares, motivos y fines, son instrumentos útiles para la concentración de empresas.

CONCLUSIONES

1.- La escisión de sociedades es un acto jurídico por el cual una sociedad denominada escidente, divide su patrimonio en dos o más partes, manteniendo o perdiendo su personalidad jurídica para crear con dichas partes escindidas una o varias sociedades, o bien, transmitiendo dicho patrimonio a sociedades ya existentes, cuyas sociedades se denominan escindidas, escisionarias o beneficiarias, a cambio de la entrega de acciones que emitan las sociedades escisionarias en favor de sus propios accionistas, en la proporción a la participación accionaria de éstos en la sociedad escidente y al patrimonio escindido, según lo acuerden las partes.

2.- La escisión de sociedades puede configurarse en tres formas básicas: La escisión pura o total, la escisión - fusión y la escisión parcial.

3.- Las políticas y motivos de la concentración de sociedades cuentan con mecanismos como la fusión, la holding y la escisión, siendo esta última, a diferencia de las anteriores, una forma de descentralización organizativa o reestructuración que responde a la necesidad económica de optimizar todos los recursos de las sociedades mercantiles.

4.- La falta de regulación jurídica anterior a la última reforma de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde se reguló por primera vez la escisión, no constituyó

un obstáculo para la realización de escisiones en forma legal, siempre y cuando éstas se ajustaran a las normas jurídicas vigentes, a los principios de derecho y no fueran en contra de leyes prohibitivas ni del interés público.

5.- La naturaleza jurídica de la escisión es un acto jurídico complejo en razón de la esencia de dicho acto mercantil y a sus características particulares que la diferencian de otras.

6.- Como requisitos esenciales de toda escisión, se contemplan los siguientes: el acuerdo de escisión, la protocolización ante notario, la inscripción en el Registro Público de Comercio, la publicación en un periódico de alta circulación y gaceta oficial del domicilio de la escidente, la descripción de forma, plazos y mecanismos en que se transmite el activo, pasivo y capital, la descripción del activo, pasivo y capital que corresponda a cada escisionaria y escidente en su caso, como mínimo los estados financieros dictaminados del último ejercicio de la escidente, la determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuman las sociedades escidentes y escisionarias, los proyectos de estatutos de las sociedades escindidas y desde luego la constitución de la sociedad o sociedades escisionarias.

7.- El acuerdo de escisión puede ser revocado al momento posterior de adoptada la resolución de escisión, ya sea por mayoría o por unanimidad de los socios que la acordaron.

8.- El acuerdo de escisión puede anularse por declaración judicial a petición de parte interesada, si para la resolución de escisión no se cumple con los requisitos señalados por la ley y los estatutos de la sociedad escidente.

9.- Los efectos mercantiles que ocasiona una escisión de sociedades, son los siguientes:

A. La principal consecuencia que se actualiza con una escisión es la creación de una o más sociedades con personalidad jurídica propia, ya sea que intervenga una o más sociedades (en los casos de escisiones puras o parciales) o bien, la transmisión de la parte del patrimonio escindido hacia sociedades ya existentes (en los supuestos de escisión-fusión), en donde cualquiera que sea la forma escisión, los socios de la o las escidentes lo serán también de las escisionarias.

B. En la sociedad escidente:

a) Refiriéndonos a la escisión, total o pura y a algunos casos de escisión-fusión, la extinción de la escidente, como consecuencia de la transmisión de su patrimonio y la pérdida de la personalidad y nombre social.

b) Respecto de la escisión parcial: la subsistencia de la sociedad escidente debida a la enajenación parcial de su patrimonio; la reducción del capital contable; la

responsabilidad solidaria; y la transmisión de las relaciones patrimoniales y corporativas.

C. En la o las sociedades escisionarias:

a) La constitución de la nueva o nuevas sociedades, su inscripción en el Registro Público de Comercio y las demás formalidades que señala la ley.

b) El aumento del capital contable en la o las sociedades beneficiarias, cuando por virtud de una escisión-fusión por absorción, se recibe la parte del patrimonio escindido por la sociedad de origen.

c) La creación de títulos por parte de las sociedades escisionarias en favor de sus socios (que representen el mismo porcentaje de participación en la escidente, a excepción de los casos de escisión-fusión) como consecuencia de la transmisión de las relaciones patrimoniales y corporativas.

D. Respecto de los socios:

a) El derecho y obligación de los socios de la escidente, por disposición de la ley, de tener inicialmente un porcentaje de participación en el capital social de las escindidas, igual a la que tengan en la sociedad escidente.

b) El derecho de oposición en favor del socio o grupo de socios con participación no menor del veinte por ciento

del capital social, quienes pueden oponerse a la resolución de escisión dentro de los 45 días siguientes a la clausura de la asamblea que acuerde la misma.

c) El derecho de retiro en favor del socio o socios disidentes, quienes presenten su solicitud dentro del término de 15 días siguientes a la clausura de la asamblea que acuerde la escisión, siempre y cuando dicha resolución traiga como consecuencia: cambio de objeto de la sociedad; cambio de nacionalidad de la sociedad; o transformación de dicha sociedad.

E. Respecto de los acreedores, el pago o garantía en favor de éstos, la responsabilidad solidaria de la escidente y las escisionarias y el derecho de oposición en la vía judicial en contra del acuerdo de escisión.

F. Respecto a terceros, éstos están obligados a respetar el acuerdo de escisión.

a) Por cuanto hace a los trabajadores, si se trata de escisión total o pura, en donde se extingue la sociedad escidente, los trabajadores tendrán derecho a su liquidación en términos de ley, pero si es el caso de que la sociedad escidente subsista se estará a las consecuencias de la sustitución patronal, en cuyo caso no deberán variar las condiciones de trabajo.

b) En cuanto al fisco, éste otorgará beneficios en favor de las sociedades que ocurran a la escisión, siempre y

cuando ésta se limite a la reorganización de una o varias sociedades con fines de eficiencia económica.

10.- La escisión, la fusión y la holding, son mecanismos útiles para la concentración de empresas, ya que participan de sus motivos y políticas.

11.- Con la escisión, la fusión y la holding se pretende alcanzar el más alto grado de desarrollo y eficiencia de las sociedades mercantiles.

12.- Como formas de colaboración permanente de concentración empresarial, la escisión y la fusión son dos opciones que pueden elegir aquellas sociedades que pretendan desarrollarse en forma óptima.

13.- La holding, como sociedad de control pretende a diferencia de la escisión y fusión, la diversificación de inversiones para alcanzar sus objetivos.

B I B L I O G R A F I A

OBRAS CONSULTADAS

- ABASCAL ZAMORA, JOSE MARIA**, Fusión de Sociedades Anónimas en el Derecho Mexicano, Tesis U.N.A.M., México, 1963.
- ACOSTA ROMERO, MIGUEL**, Voz Empresa, Diccionario Jurídico Mexicano, A-CH., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México 1989.
- ACOSTA ROMERO, MIGUEL**, Teoría General del Derecho Administrativo, 8a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1988.
- ARCE GARGOLLO, JAVIER**, Algunos Aspectos sobre la Práctica de la Escisión de Sociedades en el Derecho Mexicano, Estudios sobre Escisión.
- BARRERA GRAF, JORGE**, Voz Escisión, Diccionario Jurídico Mexicano, D-H., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México 1989.
- BARRERA GRAF, JORGE**, Instituciones de Derecho Mercantil, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**, Real Academia de la Lengua Española, Tomo I, Editorial Espasa-Calpe., 20a. Edición, Madrid, España 1984.
- FRISCH PHILIPP, WALTER**, La Sociedad Anónima Mexicana, 2a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1982.
- GALLAGA ESPARZA, ENRIQUE**, Diversos Aspectos sobre Fusión de Sociedades, Escuela Libre de Derecho, México, D.F., 1981.
- GARCIA MAYNES, EDUARDO**, Introducción al Estudio del Derecho, 34a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

- LEE HIDALGO, JOSE**, Manejo Contable, Fiscal y Jurídico de la Escisión de Sociedades, Análisis Fiscal Hoy, Ediciones Fiscales FE, S.A. DE C.V., Colección de Oro, Año 1, Número 2, México 1991.
- LIMON AGUIRRE BERLANGA, MIGUEL**, Aspectos Laborales de la Escisión, Memoria del Seminario sobre Escisión de Sociedades Mercantiles de la ANADE, A.C., Celebrado el 4 de marzo de 1991.
- MANTILLA MOLINA, ROBERTO L.**, Derecho Mercantil Vigésima Séptima Edición, Revisada y actualizada por Roberto L. Mantilla Caballero y José Abascal Zamora, Editorial Porrúa, México 1990.
- MORENO DE LA TORRE, ALBERTO**, Fusión, Escisión y Transformación de la Sociedad Anónima, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año 1, No. 3, septiembre-diciembre, México 1986.
- OTÁEGUI, JULIO C.**, Fusión y Escisión de Sociedades Comerciales, Reimpresión, Editorial Abaco, Rodolfo de Palma, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1981.
- ROBLES MIAJA, RAFAEL**, Consideraciones Teóricas y Prácticas sobre la Escisión de Sociedades a la luz del Sistema Jurídico Mexicano, Tesis, Escuela Libre de Derecho, México 1990.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN**, Tratado de Sociedades, Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México 1947.
- SANCHEZ MEJORADA Y VELASCO, CARLOS**, La Escisión de Sociedades, Memoria del Seminario sobre la escisión de las sociedades mercantiles de la ANADE, A.C., Celebrado el 4 de marzo de 1991.
- VASQUEZ DEL MERCADO, OSCAR**, Asamblea Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.
- VILLALON EZQUERRO, FRANCISCO JAVIER**, La escisión: la Realidad ante la ley en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Año 1, No. 3, septiembre diciembre de 1986.

VILLAVICENCIO CASTAÑEDA, JOSE LUIS, La Escisión de Sociedades en el Derecho Mexicano, Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1985.

VILLAVICENCIO CASTAÑEDA, LUIS, La Escisión de Sociedades Mercantiles, Tesis, Escuela Libre de Derecho, México, 1989.

ZAVALA RODRIGUEZ, CARLOS JUAN, Fusión y Escisión de Sociedades, Primera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina 1976.

LEGISLACION

- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION Y SU REGLAMENTO.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- DECRETO QUE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.
- LEY DEL IMPUESTO AL ACTIVO.
- LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.
- LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y SU REGLAMENTO.
- LEY DEL IMPUESTO SOBRE ADQUISICION DE INMUEBLES.
- LEY FEDERAL DEL TRABAJO.
- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.
- REGLAMENTO DE LA LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EXTRANJERA, ARTICULO 5° TRANSITORIO, DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.
- RESOLUCION GENERAL NO. 4, COMISION NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS, SESION DE 15 DE AGOSTO DE 1990, DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.