

870109

2
209

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE GUADALAJARA
INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



**"LA NECESIDAD DE REFORMAR EL CAPITULO NOVENO DE LA
LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES RELATIVO A
LA FUSION DE SOCIEDADES"**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FERNANDO MANUEL CAMARA RODRIGUEZ
GUADALAJARA, JALISCO. JULIO 1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

INDICE.

Capítulo Primero

Introducción Pág. 1

Capítulo Segundo

La Fusión.

I.- Unión de Empresas o Sociedades . . . Pág. 7
II.- Concepto de Fusión Pág. 11
III.- Características Pág. 15
IV.- Clases de Fusión Pág. 16
V.- Naturaleza Jurídica de la Fusión . . Pág. 17

Capítulo Tercero

El Procedimiento de Fusión.

I.- Acuerdo Unilateral de cada una de las
Sociedades para Fusionarse Pág. 22
II.- Información Financiera Pág. 24
III.- Viabilidad de las Sociedades . . . Pág. 25
IV.- Acuerdo o Convenio de Fusión Celebrado por
los Organos Sociales Pág. 26
V.- Protocolización Pág. 26
VI.- Publicidad Pág. 28
VII.- Requisitos de Registro Pág. 28
VIII.- Finalidad Pág. 29

IX.- Ejecución Diferida de la Fusión . .	Pág. 35
X.- Ejecución Inmediata de la Fusión . .	Pág. 38
XI.- Constitución de una Nueva Sociedad	Pág. 41

Capítulo Cuarto

Efectos de la Fusión.

I.- Período de Espera	Pág. 44
II.- Efectuada la Fusión	Pág. 45
III.- Respecto de las Fusionadas	Pág. 45
IV.- Constitución de una Nueva Sociedad	Pág. 46
V.- Respecto de la Fusionante	Pág. 47
VI.- Respecto de los Socios	Pág. 50
VII.- Respecto de Terceros	Pág. 52
VIII.- Respecto de los Trabajadores . .	Pág. 53
IX.- Respecto de las Autoridades	Pág. 53

Capítulo Quinto

Conclusiones.

Conclusiones	Pág. 57
------------------------	---------

Bibliografía

Bibliografía	Pág. 64
------------------------	---------

+ CAPITULO PRIMERO.-**INTRODUCCION.**

CAPITULO PRIMERO.**INTRODUCCION.**

Este trabajo a más de los fines académicos que persiguen los de esta índole, tiene el de transmitir las inquietudes que el tema de la fusión de las sociedades mercantiles me ha provocado.

Reconozco que es un tema para la gran mayoría desconocido, inclusive dentro de la legislación pareciera olvidado y resumida a unos cuantos artículos su importancia.

No ha sido sino hasta fechas muy recientes en que hemos tenido, a raíz de la nacionalización de la Banca, la palabra "fusión" como vocablo de uso más o menos común.

El porque de esta circunstancia estriba en el hecho de que hasta antes de la reforma legislativa del año 82', que suprime la existencia de las acciones "al portador", fue muy cómodo para el comerciante o el industrial el constituir tantas sociedades como fuera necesario de acuerdo al crecimiento de sus negocios.

Como ejemplo supongamos que hay una sociedad dedicada a la venta de ropa cuyos accionistas son una familia de seis miembros. El negocio empieza a crecer

y se plantea la posibilidad de abrir uno más.

Hasta antes de la reforma la solución pudiera haber sido el constituir una nueva sociedad, con socios distintos pero manejando acciones al portador, de manera que la propiedad de las acciones continuara dentro de la misma familia sin mayor problema. Con esta solución el negocio funcionaría administrativamente en forma independiente del otro, desde el punto de vista de los administradores y los accionistas su responsabilidad sería menor y a no ser en caso extremo no se verían en la necesidad de aparecer ellos mismos como accionistas; si al poco tiempo se podía comprar un local comercial simplemente se constituía una inmobiliaria y así indefinidamente en tanto los negocios fueran prosperando.

A partir de la reforma legislativa, esa panacea dejó de serlo al desaparecer la existencia de las acciones al portador, lo que obligó a la sociedad a identificar plenamente y llevar un control mas estricto respecto de la persona del accionista.

Volviendo al ejemplo de la familia anterior, nos encontraríamos entonces con seis o más sociedades con los mismos accionistas, pero con una carga

administrativa y fiscal multiplicada también por seis c siete, y si la aparente ventaja de permanecer en el anonimato de las acciones al portador ya no existe, entonces los gastos que implica mantener todo este aparato mas que ser un beneficio se convierte en un perjuicio real y económico.

La única alternativa jurídica y válida para desbaratar esa maraña es fusionar las sociedades y por consiguiente reducir los costos administrativos y simplificar los problemas.

Al llegar a este punto, cuando por cuestión de mi trabajo profesional me he visto en la necesidad de intervenir en un negocio de ésta índole me he encontrado con varios problemas, destacando entre ellos, a mi modo de ver; una pobre redacción de la ley sobre el tema, así como la falta bibliografía especializada en el país que es casi nula; aunando a estas dificultades una interpretación y aplicación equivocada, dando a los problemas que presente el tema una solución mas fácil o práctica que jurídica.

No pretendo que este trabajo llene en parte ese vacío bibliográfico; por el contrario, su objeto es una vez planteado el tema, definirlo, hacer una breve

referencia a las teorías que la tratan y explicar los mecanismos que deben seguirse de acuerdo a la legislación vigente para la fusión de las sociedad; y en mis conclusiones hacer propuestas concretas para solucionar en mi opinión, las dificultades y necesidad de una nueva regulación en la ley de Sociedades Mercantiles.

+ CAPITULO SEGUNDO.-

LA FUSION.

- I.- UNION DE EMPRESAS O SOCIEDADES.
- II.- CONCEPTO DE FUSION.
- III.- CARACTERISTICAS.
- IV.- CLASES DE FUSION.
- V.- NATURALEZA JURIDICA DE LA FUSION.

CAPITULO SEGUNDO.**LA FUSION.****I.- UNION DE EMPRESAS O SOCIEDADES.**

Así como los individuos considerados como personas físicas se unen para la realización de diversos fines que por sí mismos no podrían llevar a cabo constituyendo así personas morales; así estas mismas a su vez pueden unir sus recursos para cumplir un mejor objetivo.

Desde esa perspectiva, consideraremos en primer lugar la posibilidad de que diversas personas físicas formen distintas sociedades en las que todos ellos son socios, teniendo cada una de dichas sociedades fines diversos pero complementarios.

Esta multiplicidad de empresas con fines complementarios tiene como objetivo primordial el que se reduzca la responsabilidad de cada una de las empresas hasta el monto del patrimonio de cada una de ellas ante terceros, permitiendo además una estrategia fiscal adecuada.

Otra forma existe cuando una sociedad considerada como "SOCIEDAD MADRE" constituye, mediante la aportación de sus recursos otras sociedades que se

denominan "SOCIEDADES FILIALES".

En las sociedades madres los recursos son aportados por ésta y los ingresos que obtengan los socios originarios se obtienen siempre a través del puente que constituye esta sociedad.

En esta caso la sociedad madre fundamentalmente tiene el carácter de inversionista y su finalidad mas que ser la de producir bienes o prestar servicios en forma directa, tiene la finalidad de ser propietaria de acciones o partes sociales.

Existe también la posibilidad de un procedimiento inverso que consiste en la constitución de diversas sociedades que tengan por objeto el ser titulares de acciones o partes sociales y todas ellas aportan precisamente los recursos aportados originalmente por los socios para la constitución de una nueva sociedad si es destinada a la producción de bienes o servicios. Esto además de las finalidades de carácter fiscal puede darse cuando precisamente se trata de unión de recursos de sociedades que originalmente tienen socios que constituyen diversos grupos de interés.

En este caso ya no se trata como en los anteriores en el que un grupo de personas establecen puentes o

diversifican sus ingresos sino una verdadera unión de diversos grupos o personas morales con intereses distintos.

Puede también adquirir una sociedad todos los activos y aún los pasivos de otra sociedad mediante los diversos contratos permitidos por la ley lo cual implica que la sociedad enajenante simplemente sustituye los elementos de su patrimonio sin que se vea alterado o modificado su capital unicamente en la medida que obtenga perdida o ganancia en las operaciones concertadas.

Una enajenación total de activos o pasivos de esta naturaleza pudiera tener como finalidad el facilitar la liquidación de una empresa y de esa manera precisamente concluir con su liquidación.

Con anterioridad a la fusión de las Instituciones de Crédito en bancas múltiples, y su posterior nacionalización, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público otorgó la autorización de "FUSION ADMINISTRATIVA", a algunos de los bancos, permitiendo de esta manera que aun subsistiendo las personalidad jurídica de cada uno de ellos; sus activos y pasivos quedaran absortos y administrados por otra Institución,

caso que no es factible para otro tipo de sociedades.

Todas las anteriores formas de unión de recursos por parte de diversas sociedades pueden considerarse como casos de unión externa.

En todos ellos cada sociedad conserva su individualidad jurídica, y así, aún cuando los socios sean los mismos o los recursos iniciales aportados por ellos a una sociedad hayan ido derivando a otras sociedades, y las intermediarias solo sean puente entre los socios y las últimas sociedades de la cadena, siempre seguirán conservando su individualidad.

Por otra parte existe un último caso que pudiera llamarse de unión interna que se da en el caso de la fusión.

Mediante la fusión, las empresas fusionadas dejan de existir; y en su caso subsiste una de ellas que se denomina "FUSIONANTE", misma que absorbe a las demás, las cuales se extinguen; o en otro caso se extinguen todas ellas y dan nacimiento a una nueva sociedad.

La fusión es diferente de las otras formas de unión precisamente por esta característica. Es decir que, una, alguna o todas las empresas fusionadas desaparecen y la sociedad fusionante o la sociedad que

surge de la fusión, se convierte en la sucesora universal del patrimonio de la o las sociedades fusionadas. Autores como Joaquín Garrigues, en su "Curso de Derecho Mercantil"; Rodrigo Uría, en su obra "La Fusión de las Sociedades Mercantiles en el Derecho Español"; y Giuseppe Ferri, en "La Fusione delle Società Commerciali" afirman que la fusión tiene como característica principal la de liquidación y en su caso disolución de las sociedades que intervienen en la misma.

No comparto este punto de vista y como lo explicaré posteriormente, en mi concepto la fusión de las sociedades mercantiles en ningún momento podrá considerarse como la disolución de las mismas.

II.- CONCEPTO DE FUSION.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, en el capítulo relativo a la materia de este trabajo no hace una definición del concepto de fusión; así como tampoco los tratadistas, se han puesto de acuerdo en cuanto a una definición de dicho concepto.

Gramaticalmente la palabra "FUSION" proviene del latín "fusio" y se define como ... "unión de intereses, ideas o partidos que antes estaban en pugna" ...

"reunión de dos cosas en una sola, como de dos poderes, o de dos o más oficinas"¹.

La fusión, es la unión de dos o mas sociedades para formar una sola o dar nacimiento a una nueva; ésta unión, como veremos debe ser no solamente desde un punto de vista económico o administrativo, sino que forzosamente deberá ser una unión jurídica a efecto de que las sociedades fusionadas desaparezcan y subsista una sola de ellas, o bien que todas dejen de existir y den nacimiento a una nueva sociedad.

Garrigues, Rodrigo Uría y Giuseppe Ferri en sus obras mencionadas, definen la fusión, en función de determinadas características; "...En la fusión se dice, hay siempre disolución de una sociedad al menos, pero falta generalmente, la liquidación. La fusión es la transmisión del patrimonio entero de una sociedad a otra, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe ese patrimonio"².

Por su parte Oscar Vázquez del Mercado, la define

¹.- Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa-Calpe.- Tomo XXV.- Página 301.- Editorial Espasa-Calpe.- Madrid, España.-

².- Vázquez del Mercado Oscar.- Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles.- Página 275.- Editorial Porrúa.- México, D.F.-

como: "LA REUNION DE DOS O MAS PATRIMONIOS SOCIALES, CUYOS TITULARES DESAPARECEN PARA DAR NACIMIENTO A UNO NUEVO, O CUANDO SOBREVIVE UN TITULAR ESTE ABSORBE EL PATRIMONIO DE TODOS Y CADA UNO DE LOS DEMAS; EN AMBOS CASOS EL ENTE ESTA FORMADO POR LOS MISMOS SOCIOS QUE CONSTITUIAN LOS ENTES ANTERIORES Y AQUELLOS EN SU CASO RECIBEN NUEVOS TITULOS EN SUSTITUCION DE LOS QUE POSEIAN O SE LES RECONOCE LA PARTE SOCIAL CORRESPONDIENTE"³.

Personalmente, la conceptúo: "Como la unión de varias sociedades, que integran sus patrimonios en uno sólo, para formar una integridad jurídica única, que viene a sustituir a la pluralidad de sociedades".

Terminaré diciendo, que la Ley General de Sociedades Mercantiles, contiene en el Capítulo IX, artículos del 222 al 228, las reglas generales sobre las cuales podrá llevarse a cabo la fusión de las sociedades.

Considerando los anteriores conceptos, como corolario estimo favorable considerar la fusión desde un punto de vista económico y otro jurídico.

³.- Vázquez del Mercado Oscar.- Op. Cit. Página 276.-

Desde el punto de vista económico puede considerarse la fusión como "la unión del patrimonio" de dos o mas sociedades para integrarse como un "patrimonio único"; cuyo titular será una de las empresas parte de la fusión, o una nueva que surge de la unión de estas.

Cabe hacer mención que la unión de patrimonios no deberá de confundirse en ningún momento con la adquisición del patrimonio (entiéndase activos y pasivos) de una empresa, ya que en estos casos siempre la sociedad enajenante obtendrá un ingreso que al fin y al cabo vendrá a constituir su "nuevo" patrimonio, de tal manera que aún cuando se da la transmisión de bienes no se forma un patrimonio común ya que la sociedad enajenante conserva un capital.

Desde el punto de vista jurídico, no basta con la comunidad de bienes, derechos y obligaciones para que exista la fusión; elemento indispensable es que la unión o integración opere mediante la realización de diversos actos jurídicos, que culminan, con la desaparición de las fusionadas, y su incorporación a una de ellas que subsiste; o la desaparición de todas ellas, dando origen a la creación de una nueva

sociedad.

III.- CARACTERISTICAS.

Los elementos característicos de la fusión de sociedades son:

a.- La reunión de patrimonios.

Indispensablemente al operar la fusión el patrimonio de las sociedades que desaparecen habrán de fundirse para ser uno sólo con el de la sociedad que subsiste o en el de la que se constituye con motivo de la fusión.

b.- La desaparición de los titulares de dichos patrimonios.

Esta desaparición, no debemos considerarla como una disolución anticipada, ni como el paso previo a la liquidación de la sociedad, puesto que el sello distintivo de la idea de fusión, estriba principalmente en la permanencia de la unión entre los socios.

La fusión de dos o más personas morales, con independencia de que alguna o algunas de ellas desaparezcan, está caracterizada por la voluntad de los socios de reunir patrimonios, integrandolos en uno solo; mientras que la finalidad de la disolución, es extinguir o desintegrar dichos patrimonios. Por tanto

insisto, la fusión, en mi concepto no es sinónimo de liquidación inconclusa, sino de subsistencia.

c.- La integración de los socios en la nueva sociedad.

Lo interesante de esta característica es señalar que los socios, sean personas físicas o morales; y no la sociedad o las sociedades que desaparecen, son quienes tienen el carácter de socio en la sociedad que subsiste o que se constituye.

d.- El reconocimiento del carácter de socio.

Los socios de la persona o personas morales que desaparecen, habrán de ser reconocidos como tales por la que se constituya o subsista, y en el caso de las sociedades de capital habrá de entregarseles los títulos de las acciones que los acrediten como tales.

IV.- CLASES DE FUSION.

Hasta el momento hemos dejado ver que pueden existir dos tipos de fusión:

El primero se conoce como "fusión por integración" que se da cuando dos o mas sociedades constituyen una nueva; y el segundo que se denomina como "fusión por incorporación" surge cuando una de las sociedades que intervienen en la fusión no desaparece, sino que en

éste caso, va a incorporar a su organización jurídica el patrimonio de la fusionada o fusionadas, mediante la absorción de su personalidad.

V.- NATURALEZA JURIDICA DE LA FUSION.

Son tres las principales teorías que se ocupan de explicar la naturaleza jurídica de la fusión.

a.- TEORIA DE LA SUCESSION UNIVERSAL.

Quiénes la sostienen afirman que la fusión jurídicamente constituye un acto de transmisión patrimonial a título universal entre vivos; considerando la fusión simplemente como un traslado de derechos y obligaciones a otra persona moral distinta. Destacando como seguidores de la anterior teoría Giuseppe Valeri, Tulio Ascareli y Vittorio Salandra.

Dentro de la fusión encontramos una sucesión universal de los derechos y obligaciones de las partes intervinientes; pero me parece inaceptable esta tesis porque omite considerar que dicha sucesión viene a ser la consecuencia de una serie de actos y el cumplimiento de una serie de requisitos previos.

b.- TEORIA DEL NEGOCIO CORPORATIVO.

Dicha teoría señala que la fusión consiste

presisamente en que las personas morales que se fusionan, no desaparecen porque el vinculo social continúa en uno diverso; independientemente de que dicha fusión se lleve a cabo por integración o incorporación; en este caso estamos en presencia de un negocio corporativo que afecta exclusivamente las relaciones entre los socios de las personas morales involucradas en dicho acto.

Oscar Vázquez del Mercado, al referirse a la teoria anterior, señala: "...la nueva sociedad no es una sociedad completamente distinta de las sociedades fusionadas, porque a decir verdad la nueva sociedad no es otra cosa sino la misma personalidad jurídica de la de aquellas, integrada en la misma unidad orgánica; sus socios, sus capitales, sus acreedores, sus deudores, sus negocios, son exactamente los mismos que los de las sociedades fusionadas"⁴.

Esta teoria es sustentada, entre otros por Giuseppe Ferri, Rodrigo Uría y Rodolfo Fisher.

La considero incertada, toda vez que desde mi punto de vista no hay lugar a duda que al operar la

⁴.- Vázquez del Mercado Oscar.- Op. Cit. Página 293.-

fusión las sociedades fusionadas que en ella intervienen se extinguen; cesando consecuentemente las relaciones corporativas entre los socios de las mismas; originandose nuevas relaciones entre los socios de la fusionada o fusionadas y la fusionante; o entre los socios en la sociedad de nueva creación, según sea el caso.

c.- TEORIA CONTRACTUAL.

Esta teoría es la más aceptada y a la que me adhiero; toda vez que distingue dos momentos fundamentales e independientes.

El primero de ellos es unilateral y se refiere exclusivamente a la toma del acuerdo de fusión por parte de la asamblea general según corresponda de acuerdo a la naturaleza de la sociedad.

Por ser un acto unilateral no implica en ningún momento la obligación de fusionarse así como tampoco el derecho de exigirlo a la o las sociedades con las que se pretende hacerlo de llevar a cabo la fusión. Es decir que el hecho de que la sociedad "a" en asamblea tome el acuerdo de fusionarse con "b" y con "c" no implica ni obliga éstas a aceptar y tomar el mismo acuerdo y en última instancia a ella mismo a no revocar

dicho acuerdo.

Partiendo de dicho acuerdo, los órganos sociales podrán llevar a cabo los actos y celebrar los contratos necesarios para cumplir con esta fase; no hago una especial mención de todos ellos porque merecen capítulo aparte y los trato mas adelante en este trabajo.

La segunda parte o momento que debemos distinguir es la fusión propiamente dicha.

Veremos, cumplidos los requisitos previos los órganos sociales podrán celebrar formalmente la fusión; momento en el que desaparecen las fusionadas y existe solamente la fusionante o la sociedad que se constituye.

Esta celebración puede consistir en el otorgamiento del contrato especial de fusión ó, de la escritura constitutiva.

Hasta este momento podremos decir realmente que la fusión se ha consumado, hasta entonces cesan en sus cargos los órganos sociales de las sociedades que desaparecen, habrán de darse también los avisos correspondientes a las autoridades hacendarias, en fin que es cuando existe la "FUSION".

+ CAPITULO TERCERO.-

EL PROCEDIMIENTO DE FUSION.

- I.- ACUERDO UNILATERAL DE CADA UNA DE LAS SOCIEDADES PARA FUSIONARSE.
- II.- INFORMACION FINANCIERA.
- III.- VIABILIDAD DE LAS SOCIEDADES.
- IV.- ACUERDO O CONVENIO DE FUSION CELEBRADO POR LOS ORGANOS SOCIALES.
- V.- PROTOCOLIZACION.
- VI.- PUBLICIDAD.
- VII.- REQUISITOS DE REGISTRO.
- VIII.- FINALIDAD.
- IX.- EJECUCION DIFERIDA DE LA FUSION.
- X.- EJECUCION INMEDIATA DE LA FUSION.
- XI.- CONSTITUCION DE UNA NUEVA SOCIEDAD.

CAPITULO TERCERO

EL PROCEDIMIENTO DE FUSION.

I.- ACUERDO UNILATERAL DE CADA UNA DE LAS
SOCIEDADES PARA FUSIONARSE.

Como primer paso señalaremos que en atención a lo señalado por el artículo 222 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que "la fusión de varias sociedades mercantiles deberá ser decidida por cada una de éstas en la forma y términos que corresponda según sea su naturaleza".

"... las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple deciden la fusión, salvo pacto en contrario por el consentimiento unánime de los socios. (art. 34 L.G.S.M.); las sociedades de responsabilidad limitada acuerdan la fusión con otro ente, cuando en la asamblea convocada para este fin, la decisión se toma por los socios que representen por lo menos las tres cuartas partes del capital social (art. 78 fracc. VIII, y 83 de la L.G.S.M.). Por último las sociedades anónimas y en comandita por acciones tratan sobre la fusión en las asambleas extraordinarias y la aprueban por mayoría que represente por lo menos la mitad del capital social (art. 182 fracc. VII de la L.G.S.M.)

...." (4).

Esto implica que el primer paso para llevar a cabo la fusión consiste en la resolución tomada por el órgano competente de cada una de las sociedades en atención a sus estatutos, la ley y su naturaleza.

Como dije, unilateralmente cada una de las sociedades deberá manifestar conforme a derecho su voluntad de fusionarse.

Ahora bien, previo a éste acuerdo hay un presupuesto indispensable que consiste en la concertación previa realizada por los órganos de las sociedades a fusionarse, en los cuales se puntualice los términos de la misma. Es decir que mientras no se de dicho acuerdo previo, de nada serviría y resultaría totalmente inútil el que una sociedad acordara su fusión con otra u otras que no están de acuerdo en llevarla a cabo.

El por qué se menciona que serán los órganos competentes (entiéndase acuerdo de la asamblea de socios o accionistas) quienes tomen la decisión de fusión estriba en que éstos son el órgano supremo de cualquier persona moral, independientemente de que existan representantes de la sociedad con todas las

facultades posibles, pues simple y sencillamente por dos razones principales, la primera y de más peso es que como ejemplo se atribuye precisamente al órgano supremo (asamblea de accionistas) de la sociedad anónima que resulta ser la forma más difundida de persona moral en nuestra sociedad como materia de asamblea extraordinaria y segundo, que son los socios o accionistas quienes directamente se ven afectados en sus intereses al pasar a formar parte de otra sociedad.

En consecuencia la expresión unilateral de la voluntad de la sociedad, siempre es la consecuencia y expresión de la voluntad colectiva de sus socios o accionistas.

II.- INFORMACION FINANCIERA.

El artículo 223 de la ley señala que deberá de contarse con un balance o información financiera a fin de hacer público el estado de la sociedad con el doble objeto de hacer del conocimiento tanto de terceros como de los mismos socios o accionistas la situación de la sociedad en la deliberación acerca de la conveniencia de la fusión. La ley dice que dicho balance deberá de ser el último de la sociedad.

Ahora bien, esto no significa que necesariamente

deba de ser el balance del último ejercicio, si por cualquier otra razón la sociedad practico con posterioridad a la fecha de cierre de ejercicio social un nuevo balance, este será el último, independientemente que para efectos de la fusión es mucho más conveniente realizar un balance reciente que refleje de una manera más real la situación de la sociedad al tomarse el acuerdo de fusión.

Regularmente la información financiera que se presenta a los accionistas y a terceros son las conclusiones finales del balance; por razones de orden práctico y que señalaré posteriormente es mucho más indicado que en la información financiera se haga una relación detallada de los acreedores de la sociedad.

III.- VIABILIDAD DE LAS SOCIEDADES.

Primeramente señalaré que las sociedades que habrán de fusionarse no deben haber caído en los presupuestos de disolución automática ya que esta por disposición expresa del artículo 232 de la ley opera en forma automática.

Ahora bien una sociedad que ha tomado el acuerdo de disolución podrá previo la revocación de dicho acuerdo tomar el de fusionarse.

Podrán también fusionarse las sociedades mercantiles irregulares que consten en escritura pública aunque no estén inscritas en el Registro Público de Comercio; lógicamente en estos casos previamente a inscribir el acuerdo de fusión deberá de inscribirse a la sociedad.

Tampoco podrán fusionarse las sociedades en estado de quiebra o suspensión de pagos si previamente no se tiene el consentimiento de los acreedores y la aprobación de la autoridad judicial, se ha levantado la quiebra o cumplido el convenio preventivo del suspenso.

IV.- ACUERDO O CONVENIO DE FUSION CELEBRADO POR LOS ORGANOS SOCIALES.

Una vez que la sociedad unilateralmente tomo el acuerdo de fusionarse con otra, entonces por medio de sus órganos sociales podrán celebrarse los convenios de fusión, los cuales habrán de sujetarse a los términos y condiciones aprobados previamente por la asamblea de socios que aprobó la fusión.

V.- PROTOCOLIZACION.

Aun cuando no se establece expresamente en la ley que deban de protocolizarse, tanto el acta de la asamblea de socios o accionistas según sea el caso y

por ser extraordinaria, así como el acuerdo de fusión; esto deberá de hacerse.

Respecto de las actas de asamblea, el artículo 194 de la L.G.S.M., señalamiento genérico se hace en el sentido de mencionar que los acuerdos tomados en asamblea extraordinaria de accionistas deberán siempre de protocolizarse.

Respecto del acuerdo, aunque no se hace como dije la mención expresa del requisito de protocolizar, éste es el único camino viable para cumplir el señalamiento de registrar el acuerdo de fusión, ya que el reglamento del Registro Público de Comercio establece que sólo se registrarán los documentos públicos, las resoluciones judiciales que así lo ordenen o los documentos privados ratificados ante Notario Público. Por eliminación si no se trata de documento privado ratificado ni resolución judicial el documento registrable será la escritura pública en que se haga la protocolización del acta de asamblea que acuerde la fusión.

El mismo camino habrá que seguir que para cumplimentar lo establecido por propio artículo 223 de la Ley y exhibir al Notario al hacer la protocolización el balance publicado a fin de que este pueda inscribirse

en el Registro Público de Comercio.

VI.- PUBLICIDAD.

Como sabemos una de las funciones del Registro Público de Comercio es el dar publicidad a los documentos que en el mismo se inscriban, pero en el caso del acuerdo de fusión, éste deberá también de publicarse en el Diario Oficial del Estado del domicilio social.

a.- La publicación antes mencionada habrá de contener además del acuerdo de fusión y la información financiera, la forma en que se extinguirá el pasivo de las sociedades que desaparezcan (fusionadas).

Lógicamente el sistema de extinción de las obligaciones es el pago, sin embargo deberá de establecerse si este pago estará cargo de la sociedad que surja o subsista con la fusión, en la misma forma y términos convenidos por la fusionada, y en las condiciones originalmente convenidas con los acreedores, mediante el asumir las mismas por parte de la fusionante o nueva sociedad, o de acuerdo con los medios establecidos por el artículo 225 de la ley, se pagarán anticipadamente todas las deudas.

VII.- REQUISITOS DE REGISTRO.

La inscripción que se hace de la escritura pública que contiene la protocolización del acta de asamblea que acordó la fusión, del convenio de fusión, de la información financiera y del sistema de extinción del pasivo, se hace de manera directa sin que se haga necesaria orden judicial ni el permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores a menos que por efecto de la fusión se modifiquen los estatutos sociales de la fusionante.

VIII.- FINALIDAD.

La publicidad del acuerdo de fusión es indispensable para que aquellos que estén legitimados puedan, si así procede oponerse al acuerdo de fusión.

Pueden oponerse al acuerdo de fusión los terceros acreedores de la sociedad y en algunos casos los socios de ésta.

Hay que hacer notar que pueden oponerse los acreedores de la sociedad y no los acreedores de los socios, ya que estos no ven menoscabada la responsabilidad de la sociedad en lo personal, respecto de sus obligaciones, ya que solamente habría sustitución de las acciones o partes de interés de una sociedad por otra.

Los terceros que si pueden oponerse son los acreedores de la sociedad cuando por el acuerdo de fusión se ven perjudicados en sus derechos o ven menoscabada su posibilidad jurídica de hacer efectivos sus créditos. Estos serían aquellos acreedores que no estuvieran incluidos dentro de la relación de estos formulada con la información financiera.

Aún cuando un acreedor no fuera reconocido por la sociedad, no se ve perjudicado su derecho ni su acción procesal para exigir el pago de su crédito, no solamente a la sociedad fusionada sino a la fusionante después de extinguida aquella, pero el hecho de no haberse incluido su crédito dentro del pasivo de la sociedad fusionada, implicará que el patrimonio que resulte de la conjunción del de ésta y el de la fusionante, será desapegado a la realidad, y en un momento dado, podría ser solvente la sociedad fusionante o la nueva sociedad para el pago de dichos créditos.

De ahí resalta la necesidad de recalcar el que al publicarse la información financiera se incluya la relación de acreedores, ya que de esa manera se tendría la certeza de cuáles si han sido reconocidos y cuales

no, y quedaría la duda para cualquier acreedor de si está considerado o no su crédito dentro del pasivo de la fusionada.

Podrán también oponerse los acreedores de cualquiera de las sociedades aun cuando hayan sido reconocidos, ya que pueden ver perjudicado su derecho o la garantía de sus obligaciones, cuando por el tipo de la sociedad fusionante o de la de nueva creación se vea modificada la responsabilidad de los socios. Esto significa que si una sociedad en nombre colectivo, que implica la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada de los socios con la sociedad v a dejar de existir y la sociedad fusionante o nueva sociedad es una sociedad de responsabilidad limitada o por acciones, el acreedor que contrató con la sociedad teniendo en cuenta no solo la solvencia de ésta por su patrimonio, sino la de los socios solidarios, puede validamente oponerse a la fusión. De lo antes mencionado resulta que el derecho de oposición no es indiscriminado para todos los acreedores de la sociedad, sino que la oposición debe de ser fundada. de tal manera que la sociedad deudora puede oponer como excepción que las garantía en ningún momento se

disminuyen ni tampoco las garantías de los acreedores.

Podrán también oponerse a la fusión los socios de las sociedades fusionantes o fusionadas, pero únicamente en las sociedades en Comandita por Acciones o de la Anónima, y en los casos en que no puedan ejercitar su derecho de retiro.

El acuerdo de fusión en las sociedades en nombre colectivo o en comandita simple deberá de ser tomado por unanimidad, salvo los casos en que dicha decisión pueda tomarse por mayoría, pero el artículo 34 de la Ley General de Sociedades Mercantiles previene que en estos casos la minoría que no está de acuerdo con la fusión no podrá oponerse pero si ejercitar el derecho de retiro.

En la sociedad de responsabilidad limitada, los socios que constituyen la minoría representantes de hasta la cuarta parte del capital social que hayan votado en contra del acuerdo de fusión cuando no se requiera la unanimidad de votos, no tiene la posibilidad de oponerse, sin que por otra parte esté establecido de alguna manera el derecho de retiro, por lo que estos socios son los más limitados en cuanto a sus derechos ya que de ninguna manera pueden oponerse

al acuerdo de fusión.

En lo relativo a la sociedad anónima cuyas disposiciones son las aplicables a la sociedad en Comandita por acciones, los socios que representen cuando menos el treinta y tres por ciento del capital social, pueden oponerse judicialmente a las disposiciones de la asamblea, siempre y cuando hayan votado en contra de la resolución o no hayan estado presentes o representados en la asamblea y que, al tomarse el acuerdo se haya violado alguna disposición de los estatutos sociales o legal.

Cabe aclarar que en el caso de que la sociedad resultante sea de nacionalidad distinta, sea de otro tipo social o tenga un objeto distinto al de las fusionadas, los socios no tendrán el derecho de oponerse pero sí podrán ejercitar el derecho de retiro.

En conclusión sólo podrán oponerse a la fusión cuando haya existido violación a las disposiciones legales al tomarse el acuerdo, y se reúnan los requisitos de no haber asistido a la asamblea o votado en contra.

La oposición, ya sea por socios o acreedores de la sociedad deberá de substanciarse en la vía ordinaria

mercantil. En el caso de que la oposición sea de terceros la ley señala que la misma deberá de tramitarse en la vía sumaria pero en la ley adjetiva mercantil no se prevé este tipo de vía, sino solamente la ordinaria y la ejecutiva; y al no haber titulo ejecutivo ni ejecución por realizar, la vía procedente tendrá que ser la ordinaria.

En este caso la fusión deberá de suspenderse y no podrá llevarse a cabo sino sólo hasta que se haya dictado sentencia definitiva que declare improcedente la oposición.

La oposición de tercero deberá de tramitarse por separado en razón de que las causas que cada uno de ellos alegue serán distintas.

La oposición de los socios deberá de tramitarse también en la vía ordinaria, pero el procedimiento podrá suspenderse solamente en el casos de que la parte actora otorgue fianza para responder de los posibles daños y perjuicios que pudiera llegar a ocasionar la suspensión del acuerdo de fusión; bastando que el socio o socios que representen cuando menos un 33 por ciento del capital social se opongan a la fusión para que esta surta efectos respecto de todos los socios.

Si los socios que se oponen fueran varios, sus oposiciones deberán de acumularse a efecto de que exista una sola resolución que resuelva todas ellas.

La ley señala que en el caso de que en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha en que se haya inscrito el acuerdo de fusión no se haya presentado oposición alguna esta podrá llevarse a cabo.

Hay que señalar que no obstante en la ley no se señala mediante que medio se sabrá si se planteó alguna demanda en oposición a la fusión, basta pensar que la declaración de los interesados sería suficiente, aunque es más correcto suponer que si el acuerdo de fusión se sujeta como dijimos a su registro a fin de surtir efecto respecto de terceros; lo más lógico es que la parte actora en los juicios deberá de solicitar al Juez ordene la inscripción de su demanda.

IX.- EJECUCION DIFERIDA DE LA FUSION.

El artículo 225 de la Ley señala en su primer párrafo que la fusión tendrá efectos tres meses después de su inscripción; por lo cual debe de pensarse que basta el acuerdo inicial de fusión y su inscripción para que esta surta efectos a los tres meses de la misma, estando entre tanto unicamente sujeto a plazo y

condición de no oposición el que surta efectos, por lo que transcurrido dicho plazo sin haber sido presentada oposición, ésta surtirá sus efectos.

La no oposición dentro del plazo mencionado por parte de los terceros acreedores implica su consentimiento tácito, transmitiéndose las obligaciones a la fusionante en los mismos términos y condiciones establecidos por las fusionadas con los acreedores, ya que estos en ningún momento podrán invocar el vencimiento anticipado de sus deudas, puesto que la falta de oposición surte efectos de conformidad tácita para que opere la remisión de deuda.

Por otra parte el artículo 225 de la Ley prevé que cuando se anticipe el pago a todos los acreedores, la fusión tendrá efectos en el mismo momento de su inscripción.

El tercer párrafo del señalado artículo 224 dice que una vez que haya transcurrido el plazo sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión. En la práctica resulta que al diferirse dichos acuerdos se considera que éstos no han surtido sus efectos ni siquiera después de haber transcurrido dicho plazo, trayendo como consecuencia que la fusión deba

formalizarse realizando diversos actos posteriores.

Para esto deberán de llevarse a cabo asambleas separadas en las que cada sociedad confirme nuevamente los acuerdos de fusión y los ratifica por no haber formulado oposición alguna y se da cumplimiento a todos los acuerdos relativos a la fusión; en las de las sociedades fusionadas revocando todos los nombramientos de órganos y de poderes, cancelando los títulos de las acciones o partes sociales de capital; y en la fusionante acordando la reintegración del capital social y en su caso la emisión de los nuevos títulos.

En el caso de que las sociedades fusionadas sean propietarias de inmuebles o derechos reales sobre los mismos, deberá de subsistir el apoderado con facultades suficientes para llevar a cabo la transmisión de los mismos a la fusionada o nueva sociedad.

La celebración de asambleas posteriores pudiera acarrear como consecuencia que las decisiones inicialmente tomadas en relación a la fusión, pudieran llegar a ser revocadas haciendo inútiles los mecanismos llevados a cabo para realizar la fusión.

Por tanto, las sociedades deberán designar el Delegado o Delegados, que una vez transcurrido el plazo

de los tres meses ejecuten los actos necesarios para llevar a cabo la fusión, haciendo constar que la misma ha surtido sus efectos y por tanto quedan revocados los nombramientos de administradores y apoderados, que surte sus efectos la reestructuración del capital social y en su caso, se efectúen las transmisiones patrimoniales, otorgándose las escrituras públicas respecto de los derechos reales sobre inmuebles.

X.- EJECUCION INMEDIATA DE LA FUSION.

En su artículo 225 la ley señala que es posible el llevar a cabo en forma inmediata la fusión momento de inscribirse en el registro de Comercio si se satisfacen los siguientes requisitos:

- 1.- SE PACTE EL PAGO DE TODOS LOS CREDITOS.-
- 2.- SE CONSTITUYA DEPOSITO DE SU IMPORTE EN UNA INSTITUCION DE CREDITO; O
- 3.- CONSTE EL CONSENTIMIENTOS DE TODOS LOS ACREEDORES.-

Además la ley señala que en esta caso las deudas a plazo se darán por vencidas.

Respecto de la primera de las posibilidades mencionadas, tan sólo señalaré que resulta incongruente el que se hable de "pacto del pago de todos los

créditos", puesto que desde el momento en que se contraen las obligaciones de pago, se esta estableciendo, o si así se quiere "pactando" el pago de las misma. Una deuda ya existente, no esta sujeta a su pacto o reconocimiento. Por otro lado, la palabra pacto sugiere el acuerdo de dos o mas voluntades.

La segunda de las alternativas suena mucho más lógica, puesto que al haberse pagado o constituido el depósito de las deudas, o hecho su depósito que se contempla como una forma de extinguir las obligaciones. El ofrecimiento de pago se hará de una forma general, es decir que no tiene que notificarse personalmente a los acreedores del depósito hecho en su favor, ya que se considera que la publicación que se haga del acuerdo surte efectos de notificación. Lo anterior es acorde a lo establecido en los arts. 223 y 225 último párrafo de la propia ley.

El último caso que establece el consentimiento de todos los acreedores, parte de la base que al efectuarse el convenio éstos podrán hacer exigible el pago de las deudas con fundamento en lo señalado por el primer párrafo del artículo 225 de la ley. La conformidad que den los acreedores deberá de ser

expresa para que tenga efectos inmediatos la fusión, ya que en el caso contrario deberá forzosamente esperarse a que transcurra el plazo de tres meses para que surta efectos la fusión.

En el caso de la ejecución inmediata de la fusión una vez que se hayan inscrito los acuerdos esta surtirá efectos; por lo que el acuerdo tomado en las diversas asambleas no exige que se lleve a cabo un acuerdo posterior confirmando la ejecución en cuanto a la extinción de la personalidad, revocación de órganos administrativos y apoderados, transmisión de patrimonio social, pero lógicamente para el otorgamiento de las escrituras correspondientes deberá de constar el pago de las deudas, el depósito de su importe o la conformidad de los acreedores, e igualmente deberá de otorgarse las escrituras publicas en que se transmita la propiedad de los inmuebles de las fusionadas. Una vez que se haya comprobado lo anterior podrá procederse a la inscripción de la fusión por haberse satisfecho la totalidad de los requisitos, subsistiendo hasta ese momento la personalidad de las sociedades y la representación de los delegados de las asambleas para ejecutar los acuerdos.

XI.- CONSTITUCION DE UNA NUEVA SOCIEDAD.

En el caso que por efecto de la fusión se haya de constituir una nueva sociedad, no bastará protocolización e inscripción que se ha venido mencionando para que esta se lleve a cabo, sino que por el contrario deberá otorgarse su escritura constitutiva.

En el caso de la ejecución diferida del acuerdo, la sociedad se constituirá una vez que haya transcurrido el plazo de los 3 meses, y ésta habrá de asumir en los términos y plazos originalmente convenidos las obligaciones de las sociedades fusionadas que dejan de existir.

Cumplidos los requisitos que se mencionaron para la ejecución inmediata del acuerdo, la sociedad se puede constituir una vez registrada la escritura correspondiente.

Lógicamente la sociedad que se constituya deberá de reunir los requisitos que la ley señala para las de su clase.

Una especial atención acerca de quien o quienes deberán de comparecer al otorgamiento de la nueva sociedad.

En mi opinión la escritura constitutiva se redactará en los términos de mencionar que comparecen las Sociedades Fusionadas representadas por los Delegados que para esos efectos nombren, señalándose las proporciones que dentro del capital social de la nueva sociedad representarán todos y cada uno de los socios o accionistas de las fusionadas, tomando como base la representación que tenían en las mismas.

Lo anterior, ya que resultaría impráctico el hacer comparecer en lo personal o por medio de apoderados a todos y cada uno de los accionistas, que pueden ser muchos o tener su domicilio en diversas ciudades; ni mucho menos sujetar a la comparecencia de todos ellos, el que pueda otorgarse la escritura constitutiva.

+ CAPITULO CUARTO.-

EFFECTOS DE LA FUSION.

- I.- PERIODO DE ESPERA.
- II.- EFECTUADA LA FUSION.
- III.- RESPECTO DE LAS FUSIONADAS.
- IV.- CONSTITUCION DE UNA NUEVA SOCIEDAD.
- V.- RESPECTO DE LA FUSIONANTE.
- VI.- RESPECTO DE LOS SOCIOS.
- VII.- RESPECTO DE TERCEROS.
- VIII.- RESPECTO DE LOS TRABAJADORES.
- IX.- RESPECTO DE LAS AUTORIDADES.

CAPITULO CUARTO**EFFECTOS DE LA FUSION.****I.- PERIODO DE ESPERA.**

Como se ha venido repitiendo, la fusión de una sociedad no implica su disolución; por lo cual debe atenderse a lo que sucede con ella durante los tres meses que transcurren a partir de la fecha de la inscripción de la escritura en que se protocolizó el acuerdo, y en caso de no haber oposición, a la fecha en que se lleva a cabo la fusión.

El primer aspecto que debe considerarse es que partiendo de la base de que no se encuentra en un estado de liquidación, la sociedad deberá de seguir sus operaciones normales, cuidando sin embargo de no realizar aquellas que pudieran afectar mayormente sus estados financieros, ya que la publicación de un balance que se viera totalmente alterado por los movimientos de la empresa durante el período de espera, es un arma irrefutable en manos de cualquier tercero acreedor que se oponga a la fusión alegando con toda justificación el dolo.

Igualmente seguirán en funciones los órganos de representación de la sociedad pudiendo seguir actuando

con la misma eficacia, mas sin embargo como se señalo en el párrafo anterior, conviene que al momento de acordarse la fusión se limite hasta donde sea posible de acuerdo al criterio expresado en el párrafo anterior, la actuación de los representantes de la empresa para de esta manera no afectar en lo más mínimo el procedimiento de fusión.

II.- EFECTUADA LA FUSION.

Los efectos que se producen una vez que ya se ha efectuado la fusión se producen consecuencias que afectan tanto internamente respecto de accionistas, funcionarios y empleados de la sociedad, como externamente respecto de terceros y autoridades.

III.- RESPECTO DE LAS FUSIONADAS.

Como consecuencia de la fusión se extingue la sociedad y desaparecen sus órganos administrativos así como los poderes que otorgó la sociedad. Los bienes de su propiedad pasan a estar sujetos a la finalidad de la sociedad que subsiste o de la que se constituye, dándose en consecuencia la transmisión del patrimonio de la fusionada mediante la sucesión universal.

Cuando el capital social de la fusionada esté representado por acciones, deberán de cancelarse los

mismos y entregarse al accionista en caso de que así proceda los certificados provisionales o acciones de la sociedad que subsista o se cree.

IV.- CONSTITUCION DE UNA NUEVA SOCIEDAD.

Al darse la fusión mediante la constitución de una sociedad nueva, ésta adquiere como se mencionó a título de sucesión universal el patrimonio de las que desaparecen, más sin embargo no así las características de las mismas, ya que pueden ser de otro tipo, con otro domicilio, con diferente objeto social y con una duración que empezará a contar a partir de su constitución.

La sociedad de nueva creación tiene como sello distintivo de las demás, que ésta al momento de constituirse al transmitirsele universalmente un patrimonio adquiere tanto el activo como el pasivo, con relaciones activas y pasivas respecto de terceros. Por esta cuestión el capital de la nueva sociedad no se limita a la suma del capital o capitales de la o las sociedades fusionadas.

Es decir que el capital social de la sociedad recién constituida no es como dije la suma de los capitales de las fusionadas, ya que en la mayoría, por

no decir en todos los casos el capital social dista mucho de corresponder al valor real del patrimonio de una empresa, que se obtiene restando el pasivo del activo, sin contar el capital social para determinar cual es la parte líquida del haber social, lo que constituye el valor real del patrimonio.

Las características de la sociedad que se constituye pueden ser totalmente distintas a las de las que desaparecen, debiendo designarse el órgano administrativo y los apoderados de la sociedad.

Por esta razón al acordarse la fusión podrá preverse que los Delegados de la Asamblea tengan también facultades para establecer las cláusulas a que se sujetará el contrato social y designar el órgano administrativo y apoderados de la nueva empresa.

Estos Delegados en su actuación quedan circunscritos estrictamente a los terminos establecidos por los socios en las asambleas extraordinarias que acordaron la fusion; sus facultades en ningun momento podran ser discrecionales.

V.- RESPECTO DE LA FUSIONANTE.

Quando la fusión se realiza por la absorción de el patrimonio de otras sociedades, ésta no ve alterada en

forma alguna sus estatutos, a excepción del monto de su capital social. Cualquier modificación de los mismos, no es consecuencia de la fusión, sino unicamente decisión de la fusionante, posterior e independiente de ésta, aún cuando las modificaciones se hagan por haberse convenido previamente con los socios de las fusionadas.

La modificación del capital social no es exacta por el monto del de las fusionadas, de ser así podría ser inequitativo para los socios de una u otra, puesto que alguno o algunos de los patrimonios puede ser mayor en proporción a la representación del valor nominal de las acciones o partes sociales de una u otra.

De tal manera que si en todo caso, el aumento del capital social tiene como causa la aportación de un patrimonio, del cual los socios representan una parte alícuota, dicha aportación deberá de ser considerada en su valor real y no el nominal, o mejor aún, conviene que llevado a cabo el aumento de capital en esa forma, se verifique un ajuste en relación al valor real de las partes sociales o acciones tanto de la fusionante como de las fusionadas a fin de que pueda llevarse a cabo una representación equitativa de las acciones o partes

sociales; esto podría hacerse aumentando o disminuyendo el capital de la fusionante de acuerdo con su información financiera a efecto de hacer coincidir el valor real con el valor nominal, de tal suerte que los socios tanto de la fusionante como de la fusionada sean titulares de acciones o partes sociales que al momento de surtir efectos la fusión sean equivalentes en su valor real y nominal.

En el caso de que la sociedad fusionante era accionista de la fusionada; en primer lugar no tiene un incremento en su patrimonio puesto que, parte de este lo es su participación alicuota en el patrimonio de la fusionada, y por lo tanto ya esta considerado en sus estados financieros; por otro lado pudiera darse una confusión de derechos independientemente del caso de las sociedades por acciones en las cuales existe la prohibición de que una sociedad anónima adquiera sus propias acciones según lo prescribe el artículo 134 de la ley, de tal manera que no pueden entregarse nuevas acciones a la sociedad fusionante a cambio de las que tenía en la fusionada, en tal virtud deberá de realizarse el ajuste de capital de la fusionante y entregarse nuevas acciones a sus socios anteriores.

De acuerdo con lo anterior no es exactamente adecuado que el aumento de capital se haga por el importe del capital de la sociedad reduciendo la participación que en ella representaba la fusionante, puesto que esto dejaría en desventaja a los socios de ésta en cuanto a su participación alicuota en el patrimonio adquirido, sino como ya se dijo deberán ajustarse las respectivas participaciones tanto de los socios de la fusionante como de la fusionada.

Tampoco se da la modificación de los estatutos cuando el capital social de la fusionante se ve aumentado en su parte variable.

Opara también respecto de la fusionante cuando la fusión se lleva con efectos diferidos una cesión de derechos y deudas sin los requisitos que para la misma señala el Código Civil.

VI.- RESPECTO DE LOS SOCIOS.

Los socios tanto de la sociedad fusionante como los de la o las fusionadas tienen el derecho de participar en forma alicuota en la proporción a la unión de patrimonios líquidos de las sociedades fusionadas que dan como resultado el capital de la nueva sociedad, o en su caso el capital aumentado de la

fusionante, los cuales estarán representados en partes sociales o acciones según sea el tipo de sociedad de que se trate y en su caso tendrán el derecho a la entrega de las acciones correspondientes en el lapso de un año contado a partir de la fecha de constitución o sea reconocido el monto nominal del capital que ampara su expresada participación según sea el caso.

Si alguna de las sociedades fusionadas implicara la responsabilidad solidaria de los socios respecto de las obligaciones sociales y la nueva sociedad o la fusionante no lo fuera desaparece desde luego dicha responsabilidad. En el caso contrario, es decir que los socios de la fusionada no tuvieran dicha responsabilidad y la fusionante o la nueva sociedad sí, a partir de ese momento los socios ingresados con motivo de la fusión, serán solidariamente responsables, no solamente de las obligaciones sociales contraídas a partir de esa fecha, sino de las de fecha anterior, no pudiendo establecerse pacto en contrario a dicha responsabilidad atento a lo señala el artículo 13 de la ley.

Los socios de las colectivas o en comandita simples tienen el derecho de retiro, siempre y cuando

en la asamblea que acordó la fusión sean de la minoría que voto en contra de la aprobación del acuerdo. También podrán ejercitar el derecho de retiro los socios de las anónimas y de las Comanditas por acciones de las fusionadas que hayan votado en contra del acuerdo de fusión siempre y cuando, la fusionante pertenezca a un tipo distinto, tenga un objeto social diferente u otra nacionalidad.

Los socios de las de Responsabilidad limitada no tienen el derecho de retiro.

VII.- RESPECTO DE TERCEROS.

Para que pueda llevarse a cabo la fusión como se ha repetido anteriormente deberá de mediar la conformidad ya sea expresa o tácita de los acreedores de la sociedad, de tal suerte que al no existir oposición estarán legitimados para exigir respecto de la fusionante o de la sociedad constituida con motivo de la fusión, el cumplimiento de todas las obligaciones contraídas por la o las fusionadas y que no hayan sido cumplidas previamente.

Respecto de los terceros deudores de las fusionadas, ésta podrá exigir el cumplimiento sin el requisito previo de notificación expresa,

constituyéndose por esto una excepción al principio de la cesión, ya que en el caso de la fusión la publicación del acuerdo hace las veces de notificación.

VIII.- RESPECTO DE LOS TRABAJADORES.

La fusión de sociedades implica la substitución de patrón, razón por lo cual los trabajadores de las fusionadas que desaparezcan no ven menoscabados en forma alguna sus derechos adquiridos, considerándose a la sociedad fusionante o a la que se constituye como patrón substituto.

IX.- RESPECTO DE LAS AUTORIDADES.

La fusión de sociedades tiene diversos efectos de consecuencia fiscal tanto para la sociedad nueva o fusionante como respecto de los socios.

El artículo 27 del Código Fiscal de la Federación impone la obligación a la sociedad fusionante de presentar el aviso de extinción de las fusionadas.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta señala que los ingresos de las fusionadas deberán de acumularse a los de la fusionante por la parte del ejercicio social durante la cual se llevó a cabo la fusión y antes de ésta; además que será causahabiente de todas las obligaciones de carácter fiscal relativas a los

ejercicios anteriores, e inclusive existe la disposición expresa en cuanto a que la depreciación de los activos de las inversiones de las fusionadas se continuarán a los valores pendientes de deducir por ellas de acuerdo con los valores originales de inversión, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 46, fracción IV del ordenamiento antes señalado.

En el caso de que se requiera la transmisión de inmuebles, se considera enajenación y esta es causante del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles de conformidad a lo que establece el artículo 30. fracción V de la ley de la materia.

En materia de Impuesto al Valor Agregado la transmisión de bienes por motivo de la fusión no es considerada enajenación para los efectos de dicho impuesto por lo que no se causa de conformidad lo señala el artículo 80. segundo párrafo de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Respecto a los socios, si estos son sociedades deberán de acumularse la ganancia obtenida por la fusión atento lo señala el artículo 17 fracción quinta de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, no así en el

caso de los socios personas físicas ya que en ese caso no se entenderá obtenida utilidad en el momento de efectuarse la fusión, por así considerar el artículo 95 de dicha ley que no se consideran ingresos por enajenación los que deriven de la fusión de sociedades, por lo que no se determina ganancia alguna para efectos fiscales al momento de la fusión, pero sí de la disminución de capital o liquidación de la sociedad.

+ CAPITULO V.-**CONCLUSIONES.**

CAPITULO V.

CONCLUSIONES.

I.- Si queremos pertenecer al primer mundo, habremos también de tener un ordenamiento legal en materia comercial acorde con los tiempos y necesidades no sólo de nuestro país sino a nivel mundial. Para mí es inconcebible que en la época de las computadoras y las telecomunicaciones vía satélite, la materia se rija por un Código de Comercio del siglo pasado y una Ley General de Sociedades Mercantiles con más de sesenta años.

II.- Aunque no es el tema central de mi trabajo, no puedo dejar de mencionar que me parece inapropiado el incluir en la ley, la transformación de sociedades mercantiles dentro del capítulo referente a la fusión.

La adopción de la modalidad de capital variable, no acarrea la transmisión patrimonial que implica la fusión, por lo tanto pretender que se sujete la transformación a los mismos mecanismos y requisitos de la fusión no es mas que letra muerta en la ley. Con conocimiento de causa puedo afirmar que en la gran mayoría, por no decir en todos los casos en que una sociedad se transforma en sociedad de capital variable,

se omite el cumplir con todos los requisitos que se señalan en la ley, limitándose al acuerdo de los accionistas en asamblea extraordinaria y a la protocolización del acta respectiva.

III.- Debe también modificarse la redacción del artículo 225 de la ley que señala los casos en que la fusión tendrá efectos inmediatos, ya que en la práctica su interpretación ha sido a mi ver incorrecta, en cuanto al supuesto de que se "pacte" el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse.

En estricto sentido "un pacto" es bilateral, es decir que al hacer referencia al pacto la intención del legislador fué que las sociedades a fusionarse y sus acreedores acordaran la forma y términos en que se realizaría el pago de los créditos a cargo de las fusionadas; pero como dije en la práctica la interpretación de dicho artículo ha sido que baste con la declaración por parte de la sociedad en el sentido de que "se pacta el pago de todas las deudas sociales", para que la fusión indebidamente tenga un efecto inmediato y sin mayor problema tanto las autoridades hacendarias como Registro Público de Comercio tome nota de que la fusión se ha realizado.

Por tanto considero necesario establecer literalmente que el pacto a que se refiere esta posibilidad forzosamente habrá de constar por escrito y suscrito de conformidad por todos los acreedores.

IV.- Concluyo también que para el caso en que la fusión sobre las bases anteriores no pueda llevarse a cabo para tener efectos inmediatos, el procedimiento de fusión podría ser el siguiente:

a).- Señalar con precisión y no como lo hace actualmente el artículo 222 y 223 de la Ley de la materia; haciendo una distinción gramatical respecto del acuerdo de Asamblea Extraordinaria de Accionistas que tome la decisión de fusionarse (ACTO UNILATERAL) que por tanto no implica el que exista por parte de la sociedad o sociedades con las cuales se pretende llevar a cabo la fusión la obligación de llevar a cabo ésta; del "Convenio de Fusión" que celebren los órganos de administración (ACTO BILATERAL) que es el documento que habrá de registrarse y que definitivamente engendra ya, la obligación y compromiso asumido por las sociedades participantes en la fusión para llevar a cabo ésta.

b).- El Convenio de Fusión y las actas de Asamblea Extraordinaria de Accionistas que acuerden ésta,

deberán por fuerza ser protocolizadas ante Notario Público y registradas en Registro Público de Comercio.

A partir de la fecha de registro se computará un término de 30 días naturales para que los acreedores que se opongan a la fusión presenten su demanda ante el Juez competente del domicilio de la sociedad a fusionarse.

c).- La publicación del Convenio de Fusión y los Balances con números al día último del mes anterior en que se tome el acuerdo de fusión, deberá realizarse no en el Diario Oficial del Estado, sino en dos de los periódicos de mayor circulación en la ciudad o población en que esté ubicado el domicilio de cada una de las sociedades que intervengan en la fusión. Esta publicación tendrá que hacerse dentro de un término de 15 días hábiles contados a partir de la fecha en que se protocolice el Acta de Asamblea y el Acuerdo de Fusión.

d).- En el caso de existir oposición de algún acreedor, el Juez a quien corresponda conocer de ella dentro de un término de 8 días a partir de la fecha en que ésta sea presentada, deberá dictar una sentencia interlocutoria que declare la procedencia o improcedencia de la oposición planteada.

Si la oposición es procedente, en la misma sentencia deberá ordenarse que la misma sea registrada en Registro Público de Comercio con el objeto de que el registrador se abstenga de registrar cualquier movimiento relativo a la fusión. También la interlocutoria ordenará se notifique a la sociedad.

e).- La sociedad podrá optar por pagar de inmediato y que la medida de suspensión ordenada en la Interlocutoria sea levantada sin mas trámite; o, solicitar al Juez dentro del término de tres días que fije el monto de la garantía que deberá exhibir con el objeto de que sea levantada la orden de mantener suspendida la fusión y de esta manera continuar con el trámite de la misma.

f).- En el caso de llevarse a cabo la fusión y posteriormente procedente la oposición planteada, el acreedor opositor, estará garantizado en el pago de su crédito, haciendo en el caso efectiva la fianza exhibida.

Con esta medida se evitaría los perjuicios que en un determinado momento puede causar a una sociedad la posibilidad que tienen sus acreedores de oponerse a la fusión y suspenderla hasta en tanto no sea resuelta.

g).- En el caso de que la sociedad no pague el crédito ni tampoco garantice su cumplimiento, la fusión quedaría suspendida hasta en tanto el Juez dictara su fallo.

h).- Considero también necesario señalar que el accionista que hubiera votado en la Asamblea Extraordinaria a favor de que la fusión se lleve a cabo, así como el acreedor en cuyo favor este constituida una garantía real por parte de la sociedad que pretende fusionarse, no podrán oponerse a la fusión.

i).- La sociedad tendrá también la obligación de solicitar al Registro Público de la Propiedad transcurridos seis días hábiles contados a partir de los 30 días que se mencionan en el inciso b) que le expida la constancia de que no hubo oposición por no estar registrada orden del Juez que ordene suspender la fusión; así como también que está debidamente registrada la escritura de protocolización que contiene el acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas y el Convenio de Fusión.

j).- La escritura constitutiva de la sociedad que se crea con motivo de la fusión, o la protocolización

que contenga el contrato de fusión en el caso de fusión por incorporación, deberán de contener forzosamente la inserción del certificado mencionado en el inciso anterior, así como también la transcripción de las publicaciones hechas en los dos periódicos.

k).- La fusión surtiría efectos a partir de la fecha en que sea firmada la escritura constitutiva o la protocolización según sea el caso.

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

1.- J. Rodriguez y Rodriguez, Tratado de Sociedades Mercantiles, Porrúa, México, 1981.

2.- Oscar Vazquez del M. Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, Porrúa, México, 1989.

Autores citados por este autor en la obra referida:

Julius Von Gierke, Handelsrecht, Berlin.

Pompeyo Claret y Martí, Sociedades Anónimas, Barcelona.

Aurelio Candian, Inst. de Dcho. Priv. México.

Robert Gompel, De La Fusión de Sociedades Anónimas, Paris.

Jean Copper Royer, La Ley del 13 de Noviembre de 1933, Paris.

Simonetto Ernesto, De Las Sociedades, Transformaciones y Fusiones, Italia.

Agustín Vicente Gella, Curso de Derecho Mercantil Comparado, Zaragoza.

Cesar Vivante, Tratado de Derecho Mercantil, Madrid.

Mario Ghidini, Sociedad Personal, Padova.

Jean Copper Royer, Teoría y Práctica de las Sociedades Anónimas, Paris.

Rodrigo Uria, La Fusión de las Socs. Merc. en el Derecho Español, Madrid.

Giovani Tantini, La Modificación del Acto Constitutivo, Padova.

Alberto Marghieri, De las Socs. y de las Acciones Comerciales, Torino.

3.- Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, Porrúa, México, 1987.

4.- Ley General de Sociedades Mercantiles.