30/1809
68
26

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ANALISIS TEORICO-PRACTICO DE LA FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CANDIDO HUERAMO VILLALPANDO

PRIMERA REVISION
LIC. SILVIA LLITERAS ALANIS.

SEGUNDA REVISION
LIC. JESUS MORA LARDIZABAL.

MEXICO, D. F. 1994

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

DEDICATORIAS.

A mi esposa, con mi amor y admiración por todo su apoyo y colaboración para la realización del presente objetivo.

A mis hijos: Jessica Mabel, Karla Mariana y Miguel Alejandro, con todo mi cariño.

A la memoria de mi madre.

A mi padre con profundo cariño, al buen ejemplo que me ha brindado.

A mis queridos hermanos, por el amor y la sangre que nos une, especialmente a mi hermana Luz.

A mi cuñada, Licenciada Guadalupe De la Piedra Pensado, con cariño y admiración por el apoyo que me ha brindado.

A mi tía Inés Ortiz Huéramo,
por su desinteresada ayuda en
mi formación profesional.

Al Licenciado Joaquín F. Oseguera,
con profunda gratitud.

A mi asesor señor Licenciado
Jésus Mora Lardizábal, por
la ayuda y orientación para la
culminación del presente
trabajo.

A mis compañeros y amigos
afectuosamente.

A mis maestros por las sabias
enseñanzas que me dieron.

INDICE.

DEDICATORIA. Página.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

I.1.- La sociedad en el derecho romano..... 5
I.2.- La sociedad en el derecho español..... 11
I.3.- La sociedad en el derecho alemán..... 19
I.4.- La sociedad en el derecho francés..... 27
I.5.- La sociedad en el derecho mexicano..... 36

CAPITULO II.

CONCEPTOS GENERALES PARA LA COMPRENSION DE LA PRESENTE TESIS.

II.1.- Concepto de sociedad mercantil..... 46
II.2.- Elementos de sociedades mercantiles..... 49

A).- Denominación o razón social..... 49
B).- Domicilio..... 50
C).- Duración..... 50
D).- Objeto..... 51
E).- Capital..... 52
F).- Patrimonio..... 53
II.3.- Constitución..... 54
II.4.- Disolución..... 56
II.5.- Liquidación..... 58

CAPITULO III.

CONCEPTO DE FUSION.

III.1.- Diversas definiciones de la fusión de sociedades.. 62
III.2.- Definición personal..... 68
III.3.- Naturaleza jurídica de la fusión..... 69

CAPITULO IV.

CLASES DE FUSION.

IV.1.- Fusión por absorción..... 78
IV.2.- Fusión perfecta..... 82
IV.3.- Fusión de diversas clases de sociedades mercantiles..... 85

IV.4.- Fusión de sociedades con objetos diferentes..... 94
IV.5.- El problema de sociedades irregulares..... 96

CAPITULO V.

SISTEMAS DE FUSION.

V.1.- Sistemas de fusión en diversas legislaciones..... 101
V.2.- Sistema de ejecución para llevar a cabo la fusión... 102
A).- Sistema alemán..... 102
B).- Sistema italiano antiguo..... 104
C).- Sistema italiano vigente..... 109
D).- Sistema español..... 110
E).- Sistema inglés..... 112

CAPITULO VI.

PROCEDIMIENTO DE LA FUSION.

VI.1.- Acuerdo de fusión..... 119
VI.2.- Protocolización de los acuerdos de fusión..... 123
VI.3.- Liberación, revocación e impugnación del acuerdo de fusión..... 125
VI.4.- Problema de publicidad en la fusión..... 130
A).- Publicidad de los acuerdos de fusión..... 131
B).- Publicidad de balances..... 132

C).- Publicidad de extinción de pasivos..... 136
VI.5.- Oposición de acreedores y término de oposición a la fusión..... 137
VI.6.- Contrato de fusión..... 142

CAPITULO VII.

EFECTOS DE LA FUSION.

VII.1.- Efectos en relación a la sociedad fusionada o a la nueva sociedad..... 155
A).- Desaparación de las sociedades..... 155
B).- Transmisión de las relaciones..... 157
C).- Cambio de títulos..... 161
D).- Creación de una nueva sociedad y aumento de capital..... 164
VII.2.- Efectos en cuanto a los socios..... 166
A).- Ingreso a la sociedad..... 166
B).- El derecho de retiro..... 168
C).- El caso de accionista extranjero..... 172

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION.

La sociedad anónima es una de las más importantes y perfectas creaciones del genio comercial; en el orden económico produjo una verdera revolución y no existe nada de mayor importancia que este instrumento en la actividad mercantil. La historia de las sociedades anónimas muestran plenamente los grandes beneficios que han venido prestando al progreso del mundo, sin este poderoso instrumento jurídico, comercial no hubieran sido posibles las explotaciones de grandes empresas, ya que por medio de este instrumento, permite a los capitalistas asociarse a una empresa sin otra responsabilidad que la del capital aportado y sin necesidad de aplicar en ella directamente su actividad.

El derecho mercantil debe estar en contínua evolución para irse acoplando a las diversas corrientes económicas y sociales que se presentan constantemente, donde comerciantes individuales, como sociedades con fines preponderantemente económicos necesitan de la creación de nuevas instituciones jurídicas que vayan acordes con las metas fijadas por ellos mismos.

La fusión de sociedades mercantiles es una figura jurídica que en la actualidad se ha ido incrementando en diversos campos de la economía, para hacer posible una mayor

productividad y el consiguiente abatimiento de costos en el mercado, es por ello que la fusión de sociedades mercantiles es de actual interés en toda la economía, destacando entre otros, en el área de las Instituciones Bancarias.

Esta fusión o concentración de empresas, como también se le conoce, es producto del gran desarrollo del sistema capitalista y constituye una unión, una combinación de patrimonios tendientes a la obtención de mejores condiciones de producción en cuanto a sus respectivos productos.

La fusión de sociedades mercantiles, por lo que respecta a las Instituciones Bancarias se busca dejar atrás el obsoleto sistema de Banca multiple y además, el procurar un desarrollo equilibrado del sistema y una competencia sana entre las instituciones que forman. Finalmente, de acuerdo con las multicitadas reglas de la fusión de instituciones de crédito se busca una mayor competitividad con otras instituciones extranjeras, y con tendencias de que los problemas que tengan que afrontarse sean menores y se logre competir eficientemente

Por otro lado, una vez que los pueblos van desarrollándose a medida que el mundo avanza, van surgiendo grandes centros de trabajo y se van acumulando capitales de gran importancia, surgen infinidad de agrupaciones sociales

con diversas actividades comerciales, lo que origina, entre otras cosas, una lucha por agrandar y lograr más mercados de consumo, ya que generalmente las empresas grandes aplastan a las pequeñas.

Sin embargo, en la lucha por la vida en el campo económico, los empresarios de pequeñas empresas, buscarán la manera de salir adelante y de unir esfuerzos para no caer y poder sobrevivir, por lo que se unirán con las empresas grandes o entre ellas mismas y lograr una empresa con mayor fuerza

Aún así, debemos aclarar que dicha fusión de sociedades no son únicamente llevadas a cabo por sociedades pequeñas, ya que también las grandes empresas con mayor capacidad económica buscan la ayuda o alianza de aquella cuya capacidad es más limitada, lo anterior constituye un paso acertado, ya que simultaneamente se logrará un acrecentamiento en la fuerza económica y en consecuencia, en la mayoría de los casos, mejores utilidades.

De lo anterior se desprende que la fusión de sociedades, es un fenómeno económicamente normal, útil, resultado de la libre concurrencia que viene a constituir imperativo de la época actual, impuesto por la realización de la producción, por el progreso tecnológico y por las exigencias de la misma

competencia. Estos factores hacen indispensable que día a día la capacidad económica de las sociedades sea mayor, e imponen la necesidad, so pena de perecer, de unirse, tanto las sociedades pequeñas como las medianas y aún las grandes.

La presente tesis ésta encaminada a ofrecer posibles soluciones a los diversos problemas a que se enfrentan constantemente las sociedades que llevan a cabo la fusión, en virtud de que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles reglamenta esta figura de una forma muy escueta, por lo que surgen demandas dudas que entorpecen en la práctica llevarla a cabo de una forma más rápida.

CAPITULO I.
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

I.1.- LA SOCIEDAD EN EL DERECHO ROMANO.

Se estableció que al lado de los seres humanos o personas físicas, hay personas morales, que no tienen existencia material, sino que sólo son creaciones de Derecho, es decir, que la persona física es por excelencia el individuo que está protegido por la Ley, que permitió que a su lado subsistiera otro sujeto formado por un conjunto de individuos con un fin lícito capaz de adquirir derechos y obligaciones.

En Roma, La Societas era una entidad dedicada, generalmente al cobro de impuestos, pero también a la organización y provisión de milicias, construcción de obras públicas. Tenía alguno de los elementos, de la sociedad anónima actual: La personalidad jurídica de la Societas; y el título de participación, que diferenciaba al socio del participante, ya que éste, mediante el traspaso del título, se desvinculaba del ente por acto entre vivos o por causa de muerte. Sin embargo, se ignoraba si esta representación por título llevaba consigo la limitación de la responsabilidad de los partícipes, algunos autores desechan esta sociedad como antecedente directo, sin poder negar, no obstante, la existencia

de las características que tanto tiempo después formarían uno de los cimientos de la moderna sociedad anónima.

Juan Iglesias define a la Societas de la siguiente manera: "Es un contrato consensual por virtud del cual dos o más personas -socii- se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad común". (1)

Por otro lado Eugéne Petit define a la sociedad en los siguientes términos: "Es un contrato consensual por el cual dos o más personas se comprometen a poner ciertas cosas en común para sacar de ellas una utilidad apreciable en dinero". (2)

Floris Margadant Guillermo, determina que la sociedad: "Era el contrato por el cual dos o más personas ponían en común determinados objetos o sus energías, o una combinación de objetos y energías, para dedicarse a determinadas actividades, no necesariamente económicas, y repartirse los resultados". (3)

La sociedad romana era un contrato bilateral o multilateral perfecto, de buena Fé, y las relaciones entre las partes estaban impregnadas de una atmósfera de Fraternitas, las partes se obligaban a hacer la aportación convenida y

cuidar los intereses de la sociedad, los socios debían conocerse, además ninguno podía reclamar al otro más de lo que en sus cualidades especiales podía esperarse de él, esta característica de la sociedad romana, es un reflejo de la herencia indivisa, que se formaba entre hermanos y que duraba hasta que uno ejerciera la actio familiae.

En la sociedad romana, cada socio que obtuviera una ganancia para la sociedad, estaba obligado a entregar a los demás una porción de la misma, y tenía la obligación de contribuir a las pérdidas sufridas de un socio en los negocios celebrados para la sociedad, la sociedad romana era un centro de imputación de los derechos y deberes y tenía una eficacia interna, los terceros únicamente tenían que ver con el socio que celebraba un negocio con ellos, los efectos benéficos o perjudiciales del negocio repercutían en el patrimonio del socio que lo había realizado, en el derecho romano las pérdidas y ganancias se hacían por partes iguales, salvo acuerdo en contrario, además podía estipularse que algunos socios nunca participarían en las pérdidas, este pacto que excluía algún socio de las ganancias quitaba a la sociedad su carácter original para convertirla en una donación, lo cual en el derecho moderno no es aceptado, ya que éste, adopta una forma diferente a tales sociedades leoninas y que son declaradas nulas.

La sociedad romana en su forma típica y ordinaria, fue una sociedad oculta, sin existencia legal para los acreedores o terceros, y sólo producían efectos jurídicos respecto de los socios entre sí. El socio podía ceder su parte social a un tercero, pero para los demás socios tal cesión era una res inter alios acta, que no estaban obligados a reconocer, en caso de necesidad de hacer aportaciones adicionales, podía suceder que un socio careciese de fondos, por lo que tendría que asociarse con un tercero para poder hacer la nueva aportación. Sin embargo, el tercero que se hacía socio de la nueva sociedad, no lo era de la primera.

Por lo que respecta a la administración de la sociedad, el gerente o gerentes trataban y manejaban los negocios sociales en su propio nombre personal, no en nombre de la sociedad, ni en el de los demás socios, es decir, de que todos los socios como representantes o mandatarios de la sociedad, estaban obligados solidariamente respecto de los acreedores o terceros, por regla general, todos los socios tenían igual derecho a administrar la sociedad, pero en la práctica, se solía nombrar en el contrato de sociedad o por mandato posterior, a unos administradores, o bien se establecían diversos sectores de administradores, encargándose de cada sector a uno o más socios.

Posteriormente al surgir el comercio en las villas medievales italianas,se vió de un modo manifiesto que las viejas fórmulas jurídicas del contrato de sociedad, consagradas por la legislación romana, estaban en abierta hostilidad con las necesidades y aspiraciones de la vida mercantil ya que el alma el comercio era el crédito y sin crédito el mercader no puede competir, ya que la sociedad romana ocultaba a los socios y limitaba el crédito y solvencia personal del gerente, por lo que convenía reforzarlo con el crédito y solvencia de los demás socios y para esto, era necesario descubrir al público la existencia de la sociedad y los nombres de todos sus miembros, para que el público los pudiera ver y valorarlos y se supiera que no sólo el gerente sino que todos los miembros de la sociedad, también eran responsables del pago de deudas y del cumplimiento de las obligaciones sociales, por lo que los socios que integraban a la sociedad romana inscribieron sus nombres en un registro público y trataron desde entonces las operaciones sociales en nombre de la sociedad. Con esto operó desde el punto de vista dos modificaciones radicales en las normas clásicas del contrato de la sociedad; la primera fue, de que el gerente no tratara las operaciones sociales sólo en su beneficio, sino en nombre de todos los demás socios y de la sociedad, y bajo una razón social; la segunda que no sólo el socio administrador, sino todos los demás socios quedaran obligados para con los acreedores o terceros, al pago de deudas

y al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad.

Cuando una sociedad se disolvía, los socios, en vez de repartirse los bienes, créditos y deudas, reducían todo a términos monetarios, para lo cual se vendían los bienes, se pagaban las deudas y se cobraban los créditos.

La sociedad romana se existinguía por las causas siguientes:

a).- Por pérdida de su objeto material o por imposibilidad de realizar su fin.

b).- Por muerte, capitis deminutio o concurso de un socio, es decir, que los socios no estaban obligados a continuar en la sociedad con los herederos del socio difunto, ya que si continuaban con los herederos del socio difunto la sociedad se declaraba nula y si así lo acordaban los socios, de continuar con los herederos, primero tenían que disolver la sociedad y formar una nueva.

c).- Por voluntad de los socios e inclusive por voluntad de uno solo.

d).- Por el ejercicio de la acción de división, pero también como su producto del actio pro socio. A causa del esencial ambiente de fraternitas dentro de la sociedad, no se quería que continuara una sociedad con el trauma de una actio pro socio.

I.2.- LA SOCIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Joaquín Garriges señala al respecto: "A este impulso creador de las compañías coloniales no pudo ser ajena España descubridora de las Indias Occidentales, y cuyos reyes luchaban denodadamente por conservar el primitivo monopolio del comercio de ultramar y defenderlo de la durísima competencia de que era objeto por parte de otras naciones europeas cuyo poderío naval aumentaba sin cesar.

Así, a principios de siglo XVIII se encuentran ya algunos decretos de creación de grandes compañías, tanto para el comercio de las Indias Occidentales como para el de las Indias Orientales (Filipinas). Tal es el caso de la compañía creada en Guipúzcoa hacia el año 1728 para el tráfico con Caracas, y la gran compañía creada en Cádiz por Felipe V con el nombre Real Compañía de Filipinas.

Estas grandes compañías coloniales fueron la resultante de la combinación entre la antigua commenda y las asociaciones navieras.

Las grandes compañías coloniales holandesas y el Banco de San Jorge, genovés, constituyen, al parecer, dos manifestaciones paralelas diversas por su origen económico y por su configuración jurídica, y que han contribuído conjuntamente en la formación legislativa y conceptual de la

sociedad por acciones contemporánea, aún cuando hay que reconocer que ésta ha recibido los razgos principales de su fisonomía más de las compañías holandesas que de los montes italianos".(4)

Pedro Estasem manifiesta lo siguiente: "En España el Rey autorizó en 1756 la "Real Compañía de Comercio establecida en Barcelona" con una ordenanzas, cuyo artículo 17 dividía el capital en acciones transmisibles de 250 pesos cada una y el artículo 16 fijaba el capital social en un millón de pesos corrientes.(5)

El apartado 30 del Art. 122 del Código de Comercio establece: "La anónima, en que formando el fondo común los asociados por partes o porciones ciertas, figuras por acciones o de otra manera indubitada, encargan su manejo a mandatarios o administradores amóviles que representen a la compañía bajo una denominación aprobada al objeto o empresa a que destine sus fondos. En relación a este artículo Pompeyo Claret y Martí, dice al respecto: "Esta definición olvida un carácter esencial y distintivo de las sociedades anónimas, cual es la responsabilidad de la accionista".(6)

Martí de Eixelá Ramón, define a la sociedad de la siguiente forma: "La sociedad anónima es la que se crea con un capital dividido en número determinado de acciones, y en la

que no hay socio alguno que responda del resultado de las operaciones sociales, más allá del valor que representan las acciones por las que se interesa".(7)

La sociedad anónima en el Código de Comercio Español, los redactores de este Código al llevar el derecho de sociedades, optaron por volver esta vez la espalda al modelo francés, de la Ley de 1867, e interpretando a su manera el principio liberal formulado en España por la Ley de 1869, creyeron que el mejor modo de respetar este principio era abstenerse de una regulación completa de la sociedad anónima, y así vemos como se intenta, desde el Código de Comercio de 1885, de ordenar la sociedad anónima con sólo un puñado de artículos, regidos por el principio dispositivo que antepone la voluntad de los interesados al mandato de Ley. Esta escasez de preceptos legales podía estar justificada en el Código Español de 1829, porque sometía la fundación de la sociedad anónima al exámes y aprobación de una autoridad pública, es decir, al Consejo de Estado o Tribunales de Comercio, el cual era incomprensible en un régimen de libertad para la fundación de este tipo de sociedad. La libertad sólo se concibe dentro de un orden, y el orden reclama un ordenamiento, pero el Código de Comercio, por querer ser liberal, terminó siendo inhibicionista, juzgando suficiente diecinueve artículos para regular la materia de la sociedad anónima, la escasez de preceptos coactivos demuestra que el Código de Comercio Español, olvida la diferencia entre

reglamentación positiva de las sociedades con responsabilidad ilimitada, en la que los socios pueden ordenar con mayor libertad sus derechos y obligaciones y la reglamentación coactiva de las sociedades en que la responsabilidad está limitada y en las que no puede haber distinción entre las relaciones internas y externas de la sociedad, quedando la sociedad sometida a normas imperativas que impidan a los socios ordenar sus derechos y obligaciones de modo que pueda quedar reducida la garantía que los terceros tienen en el patrimonio social.

Al amparo de este régimen de libertad, florecieron las combinaciones más sorprendentes y vieron la luz estatutos de sociedades con disposiciones extrañas y muchas veces inconciliables con la escencia de la sociedad anónima. Hay que reconocer, que el ambiente de honestidad propio de la vida de los negocios en España, aminoró los daños que en cualquier otro país hubiera producido esta falta de un ordenamiento legal adecuado a la importancia de la sociedad anónima.

La evolución de la sociedad anónima es el paralelismo que mantiene con ideas y hechos políticos en Europa hasta la época actual, en la que la trayectora vital de la sociedad anónima vuelve sobre sí misma, con una curva que se cierra en su punto de arranque. La organización aristocrática, encarnada en la desigualdad de derechos y en la

preponderancia de los grandes accionistas y de los directores de la sociedad, desaparece con el sistema francés de las disposiciones normativas. Al compás del cambio político, la sociedad anónima, no sólo se libera de la intervención estatal, sino que se hace democrática.

El retorno a la fisonomía aristocrática y la socialización creciente de la sociedad anónima, son dos hechos característicos de la evolución de la sociedad por acciones, aún cuando superficialmente parezcan contradictorios entre sí. Mientras en la esfera interna tiende la sociedad anónima a configurarse de nuevo en régimen aristocrático, con pre dominio de los grandes accionistas, que representan la administración de la sociedad y privación de derechos al pequeño accionista; en sus relaciones con el Estado la sociedad anónima va perdiendo su significación privada para convertirse en un órgano de la economía nacional.

La íntima contradicción implica una sociedad mercantil en la que el ánimo de lucro de los accionistas y de sus correspondientes derechos van poco a poco desapareciendo, sólo pueden salvarse reavivando la doctrina de la institución, que antepone la finalidad representada por el interés social, y afirma que ese elemento determina los límites de la autonomía de la voluntad. Este carácter institucional de sociedad anónima, implica una cierta debilitación de la responsabilidad

de los directores frente a los accionistas y un paralelo aumento de su responsabilidad frente a la comunidad en general.

La sociedad anónima, comenzó su vida bajo la tutela del Estado y se acerca al derecho público, apartándose del derecho mercantil en el que tuvo su máximo esplendor en el siglo XIX, cobijando los elementos más heterogéneos y las más contradictorias tendencias bajo una forma jurídica que subsiste en esencia hace más de tres siglos.

Anteriormente, la intervención estatal fue establecida por la Ley de 28 de enero de 1848, la que en su artículo primero decía: "No se podrá constituir ninguna compañía mercantil cuyo capital en todo o en parte se dividiese en acciones, sino en virtud de una Ley o un Real Decreto". También se implantó en España la autorización por la Ley especial para la creación de las sociedades anónimas. Esta Ley y el Reglamento para su ejecución de 17 de febrero de 1848, exigía además la formación en las sociedades anónimas de un fondo de reserva que anualmente debía de separarse hasta que alcanzara por lo menos un diez por ciento del capital social.

Por Decreto de 28 de octubre de 1868, se volvió al régimen del Código de Comercio de 1829, suprimiéndose la autorización por la Ley especial. La legislación española fue

variando en el sentido de que se suprimió obstáculos a la creación de las sociedades anónimas.

La aprobación de los Tribunales de Comercio se sustituyó por la del Juez de Primera Instancia o del Monarca cuando la sociedad debía gozar de algún privilegio, hasta la Ley de 19 de octubre de 1869, fue la que suprimió la autorización previa basándose en principios de libertad y publicidad, imponiendo la obligación de insertar en la gaceta de Madrid y Boletín Oficial de la Provincia respectiva la escritura social, con sus estatutos o reglamentos, así como el acta de constitución de sociedad y anualmente el balance general de sus operaciones.

En el siglo XIX después de las fluctuaciones reseñadas, acabó imponiéndose la libre creación de las sociedades anónimas, y a este respecto los juristas españoles decían: "La vigilancia de éste, siempre racional y legítima, se ha convertido a menudo en tutela frecuentemente estéril, en nombre de la moralidad, de la buena fe y de la seguridad de los intereses privados; pero cuando conserva su verdadero carácter no puede repudiarse, aunque en este caso debe concretarse a velar por el cumplimiento de las disposiciones generales a la que las compañías se encuentran sujetas".

Finalmente, con la publicación del Código de Comercio de 1885, termina lo que pudieramos llamar parte histórica de la sociedad anónima vigente actualmente.

I.3.- LA SOCIEDAD EN EL DERECHO ALEMAN.

Las antiguas sociedades anónimas alemanas se fundaron sobre el principio del "octroit" (autorización gubernativa). Así, la "Compañía Brandenburguesa-americana" de 1681 y "La Sociedad Oriental" de Viena de 1719.

Prusia fue el primer estado alemán que legisló sobre sociedades anónimas, 1847. Lo hizo sobre la base del sistema de autorización gubernativa. Lo mismo que la comisión reunida en 1857, en Nuremberg para deliberar sobre la redacción de un Código de Comercio para toda Alemania.

Se imponía en él también para las sociedades anónimas, no así para las en comandita por acciones. Ante la redacción de las ciudades hanseáticas, que pedían la exclusión de ese requisito para las sociedades anónimas, se resolvió extenderlo a ambas sociedades, pero dejando librado a la legislación de cada Estado su aplicación o no. Las ciudades hanseáticas, Oldemburgo y Sajonia, lo suprimieron para ambos tipos; Prusia lo mantuvo para las sociedades anónimas.

El Código de Comercio Prusiano de 11 de junio de 1870, fue el primer cuerpo normativo de aceptación general en la nación alemana, el cual surgió tras la sanción de la Constitución del Imperio Alemán.

La Ley adicional Código de Comercio de 1870, la suprimió en absoluto, sustituyéndola por preceptos normativos y de publicidad. Modificó además el Art. 2o. relacionó con el 207, solamente mantenían sujetas al Código de Comercio las sociedades en comandita por acciones y las anónimas que tuviesen por finalidad una empresa mercantil, al disponer, por los artículos 174 y 208, que no era necesario al efecto indicado este último objetivo.

A partir de la promulgación de dicha Ley el Estado reconoce, no crea la personalidad jurídica de la sociedad anónima que cumpliendo en todos los requisitos legales solicite la inscripción de su contrato social. La personalidad jurídica es creada por los fundadores de la sociedad, que pueden exigir judicialmente se acceda a su solicitud de inscripción en las condiciones preindicadas.

Ello no impide a que por razones de política industrial algunas empresas requieran una autorización especial del estado, cualquiera que sea la entidad que las explote.

En 1884, se dictó una nueva Ley tendiente a suplir más eficazmente la ausencia de la vigilancia del estado en virtud de la susodicha supresión de la autorización. Para ello se procura dar mayor ingerencia al accionista en la vida y gobierno de la

entidad, acordándole el derecho de voto con la mayor amplitud y mediante normas tendientes a defender sus intereses individuales, nuevas y mayores atribuciones al consejo de inspección; una regulación sobre el modo de confeccionar los balances.

"Con la reforma del Código de Comercio se hizo una revisión general al respecto, la sociedad anónima es según la regulación de éste en principio una compañía mercantil cualquiera que sea el objeto a que se dedique".(8)

El capital se distribuye en un número definido de acciones de igual valor. Su integridad para ser la prenda a los acreedores es definida por numerosas disposiciones. Las acciones no pueden emitirse por un precio inferior a su valor nominal, pero sí mayor, no se admite la existencia de acciones que no se cubran con un aporte no patrimonial, por ejemplo, las de trabajo. Su valor mínimo es de 100 marcos. Pueden ser emitidas nominativamente o al portador. Si los estatutos nada expresan, se entiende que son nominativas, los son siempre las de menos de 100 marcos.

La transmisión de las mismas se opera de modo análogo a la de las muestras.

La sociedad puede fusionarse mediante una suscripción total de sus acciones (forma simultánea), por los fundadores; o una parte al iniciar los trámites para dicha constitución y el resto al concluirse (forma continuada). Se admite que los aportes sean en metálico o en especie. En este último caso se adoptan numerosas precauciones para asegurar su veracidad.

El contrato social es el punto de partida, pero la compañía no adquiere personería jurídica hasta no haberse inscrito, se extiende en escritura notarial o en documento autorizado por un funcionario público. Debe ser firmada por lo menos por cinco miembros. Los primeros accionistas son técnicamente los fundadores de la sociedad.

La administración y representación: en este aspecto es donde la Ley Alemana ofrece características que la diferencian netamente de las demás. El gobierno de la entidad está a cargo de tres organismos: la asamblea general de accionistas; el consejo de inspección y el consejo de administración.

Heinsheimer manifiesta lo siguiente: "La Ley no establece el modo en que se nombrará este último. Los estatutos proveerán al respecto. Las más de las veces lo nombra el consejo de inspección, otras menos, la junta de accionistas; puede serlo por un tercero, un funcionario público".(9)

Por ejemplo dice Heinsheimer: "Si intentamos establecer una especie de graduación entre los distintos órganos de una sociedad anónima sin la menor vacilación habremos de considerar la asamblea como el superior de todos ellos. Las más importantes resoluciones en orden a la vida social le están, en efecto, reservadas, y a ella compete elegir el consejo de inspección que por su parte, está encargado de vigilar al consejo de administración. En la realidad, sin embargo, las posibilidades de su actuación son muy limitadas; en términos generales, las juntas o asambleas solamente significa una reunión ocasional, una simple agrupación de los accionistas entre los cuales no existe una coordinación que pueda aumentar su eficacia; en cambio, el consejo de inspección elegido por la mayoría de la asamblea general se encarna la influencia que sobre los negocios y rumbos de la sociedad por acciones ejercen los principalmente interesados en el negocio de la magnitud y permanecía en su bagaje de acciones. Cuanto más fuerte su capital, y mayor, por consiguiente, el número de sus accionistas, más independientes resulta de los mismos socios, no solamente en el aspecto jurídico, sino también en el económico. Con ello se debilita la posición preponderantemente del consejo de inspección y la importancia del consejo de administración resulta cada vez mayor por lo que se refiere a la dirección de los negocios sociales. Los preceptos legales correspondientes son bastante

amplios para dejar a esta diferencia en el desenvolvimiento de la sociedad, suficiente campo de acción, que el Consejo de Administración y el Consejo de Inspección no han sido, por otra parte, concebidos por el legislador como órganos independientes en absoluto de la junta general de accionistas, resulta claramente de ciertos preceptos legislativos, como el que atribuye no sólo a los socios, sino también al consejo de administración y en determinadas circunstancias, a los miembros del consejo de inspección, la facultad de impugnar judicialmente acuerdos de la asamblea general que infringen un precepto legal o estatutario".(10)

La disolución puede decretarse por semejantes a las de nuestro Código, inclusive el retiro de la personería jurídica por razones de orden público.

En los años 30, a causa de los cambios políticos y sociales por Alemania, el plexo normativo en vigencia comenzó a ser objeto de severas críticas por el partido gobernante y en 1934, cuando la Academia de Derecho (creada por el nacionalismo), comenzó a elaborar un proyecto de Sociedades Anónimas, el cual fue sancionado el 30 de enero de 1937, por un decreto de Ley, se introducen algunas innovaciones a la Legilación sobre sociedades anónimas y en comandita.

Aunque en general mantiene la estructuración del Código, tiende a dar una mayor ingerencia al estado en la existencia de las mismas, so pretexto de que su desenvolvimiento puede afectar el orden público.

Según el artículo 288 del Código de Comercio establece que, el Tribunal de Economía del Reich puede disolver la sociedad si ésta pone en peligro el bienestar público. Además, las decisiones de las asambleas serán nulas, entre otras razones y muy especialmente, si violan disposiciones exclusivas o preponderantes establecidas para protección de los acreedores de la sociedad, o de todos modos si afecta el interés público.

El Directorio debe conducir los negocios sociales conforme a las exigencias de la empresa, de su personal o de la utilidad del pueblo y del Reich.

El ejercicio abusivo por parte de la mayoría del derecho de voto hace posible la impugnación. Lo mismo si la resolución es contraria al interés público, buenas costumbres o al interés de los mercaderes. Con éstas y otras disposiciones, se tiende a evitar la formación de grupos dominantes de accionistas, que procuren el sometimiento de la sociedad a su exclusivo interés.

En lo que respecta a la administración se introduce el llamado "Principio del Jefe" (Fuhierprinzip), que tiene por

objeto fortalecer la posición de la dirección (directorio), frente a la asamblea general.

La dirección es nombrada, sin embargo, por el consejo de vigilancia, y éste por la asamblea.

En 1965, se dictó la Ley de Sociedades Anónimas actualmente en vigencia, la cual, aunque mantuvo en gran parte la estructura de administración creada por su antecesora, eliminó la concepción institucionalista del órgano pertinente y su adscripción al Fuhreiprinzip, nervio de aquélla.

Para concluir, se destacó que los administradores deberán informar al consejo sobre las políticas empresariales proyectadas, la situación económica financiera, la rentabilidad del capital y otra serie de hechos inherentes a la actividad de la gestoría.

El 32, los Administradores no son responsables más que de la ejecución de su mandato. No contraen, en razón de su gestión, ninguna obligación personal ni solidaria relativa a las obligaciones de la sociedad.

El artículo 33 del Código Napoleónico proclama el principio de la responsabilidad limitada del accionista. Aún cuando reglamenta las Sociedades Anónimas con carácter general, las sujetaba en su nacimiento a una autorización previa del Gobierno y aprobación de sus Estatutos por decreto, previa consulta al Consejo de Estado. El gobierno durante su funcionamiento ejercía en ellas una inspección que le permitía revocar la autorización concedida. En cambio las Sociedades en Comandita por acciones no estaban sujetas a aprobación previa del Gobierno y la más amplia libertad reinaba para su creación.

El 34, modificado por las leyes del 9 de julio de 1902 y 16 de noviembre de 1903. El capital de la sociedad anónima se divide en acciones y también en cupones de acciones de igual valor.

El 36, la propiedad de las acciones pueden ser establecidas por una inscripción en el Registro de Sociedad. En ese caso, la cesión si opera por una declaración de

I.4.- LA SOCIEDAD EN EL DERECHO FRANCES.

La primera reglamentación legal, que marca la historia de las Sociedades Anónimas fue el Código de Comercio Francés promulgado por Napoleón en 1807, por primera vez la convierte en una institución jurídica y las reglamenta con carácter general; ya hemos visto como antes del Código cada compañía tenía que ser sancionada por una Ley Especial.

Asimismo, la doctrina de los autores coinciden en que la primera reglamentación legal que disciplina uniformemente la constitución de estas Sociedades se halla en el famoso Código de Comercio Francés de 1807, pues las anteriores se regían por las normas que en cada caso fijaban el Rey al autorizarlas y los Estatutos, que se conformaban a dicha autorización.

El Código de mención les dedica un reducido articulado, desde el 29 al 37 inclusive.

Los artículos 29 y 30, dicen que no tendrán nombre social, ni se designarán por el de sus asociados, sino por la designación del objeto de la empresa.

El 31 abrogado por la Ley del 24 de julio de 1867, consigna que la sociedad será administrada por mandatarios a término, revocables, asociados o no, retribuidos o no.

transferencia inscrita en el Registro y firmada por el que hace la transferencia o por el apoderado.

El 37, impone la autorización real para que la sociedad exista, y la autorización del acta de constitución, que debe conformarse a los reglamentos administrativos.

Es bajo la impresión de los abusos a que hemos hecho referencia, que la Ley decreta la necesidad de contar con la aludida autorización a las sociedades anónimas, pues no la requiere a las sociedades en comandita por acciones. Por lo demás, no contiene otras reglas restrictivas.

En realidad, en el proyecto no se hacía distinción entre ellas, ambas debían obtener la indicada autorización. Pero las reclamaciones de los Tribunales y Cámaras de Comercio hizo que se liberara de tal requisito a las en comandita por acciones, como queda dicho.

La autorización era dada ajustándose a los decretos del Consejo de Estado Art. 37, quien daba o no su aprobación a los estatutos sometidos a su consideración, pudiendo observarlos e indicar que reformas eran necesarias introducirles, en su caso, para posibilitar la aprobación.

Sobre el problema de la autorización previa del gobierno en la creación de las Sociedades Anónimas, el mercantilista francés Lyon Caen señala lo siguiente: "La lentitud de las formalidades administrativas a llenar, el hecho de que el gobierno defiende intereses privados, que no es su papel; que en caso de fracaso de la sociedad los afectados pueden hacer caer sobre el gobierno ciertas responsabilidades; ya que la mayoría de las sociedades anónimas, el gobierno les impide realizar bien su misión".(11)

La denegación de la autorización podía expedirse sin expresar motivo alguno a los afectados si le acordaba recurso para ante el mismo Consejo.

Al gobierno le era dado, en forma irrecurrible, retirar la autorización cuando según su soberano criterio consideraba que se habían violado los estatutos para la cual se establecíía una fiscalización y aprobar y desaprobar las reformas que se proyectasen de los estatutos.

"Pero este sistema de la autorización previa levantaba vivas y justificadas críticas. No es función del estado se decía, y se dice, los países en que aún se subsiste intervenir en la creación y funcionamiento de las sociedades para defender los intereses de los particulares asociados y de los acreedores sociales. Es a éstos a quienes corresponde tomar las

precauciones necesarias para no ser víctimas de los fraudes practicados con alguna frecuencia por los fundadores y administradores de las sociedades. La intervención del estado en esta materia tiene inconvenientes que aumentan con el número de los pedidos de autorización. El exámen de los estatutos y de la honorabilidad de los fundadores no puede efectuarse con la adecuada seriedad cuando esas demandas se multiplican. Sin embargo, los interesados están dispuestos a contar con el cuidado con el que el gobierno ha examinado los estatutos y apreciado las posibilidades de éxito de la empresa; se duermen en una falsa confianza".(12)

A ello se agrega que al eximir a las sociedades en comandita por acciones de dichos requisitos, unido a la escasísima reglamentación a que se hallan sometidas, hizo que los capitales se orientasen hacia aquellas entidades. Pero los socios comanditados o responsables solidarios ilimitadamente no constituían una garantía seria de solvencia como para responder a los grandes intereses en juego, y de ahí los abusos que sometieron y que determinaron al legislador francés a reglamentarlas cuidadosa y serenamente por la Ley de 24 de julio de 1867, artículos 1o. al 20.

La reforma así perseguida, comenzó con la Ley de 23 de mayo de 1863, la que dispensó de la autorización gubernativa a las sociedades anónimas que tuviesen menos de 20 millones que

denominó Societés a responsabilité limité" y no son las de la Ley de 1925, pero sometiéndolas, en cambio, a una serie de restricciones, mantiene así la autorización para las de mayor capital.

Esta distinción no se consideró, empero, racional, por lo que por la Ley de 24 de julio de 1867, terminó por suprimir el indicado requisito cualquiera que fuese el monto del capital. Se exceptuaban las que por naturaleza de sus operaciones lo requerían, como por ejemplo, las de seguros de vida, y aún con relación a éstas se suprimió por la Ley del 17 de maro de 1905, se mantuvo solamente, en general, para toda sociedad anónima que contrajese obligaciones a ejecutarse en el lapso de duración de la vida humana, un contralor gubernativo, reglas especiales sobre publicidad, un mayor contralor de los accionistas.

La Ley de 1867, es considerada justamente por la doctrina como fundamental, en cuanto contiene una regulación completa de las sociedades anónimas, aunque también lo hace minuciosamente y en parte promiscuamente en lo que respecta a las en comandita por acciones.

"Es una Ley de pocos pero bien nutridos artículos que ha sufrido múltiples modificaciones por numerosas leyes y

decretos-leyes; por lo que no es posible hacer aquí una síntesis más o menos completa e ilustrativa"".(13)

"Unicamente anticiparemos que la sociedad para constituirse debe contar por lo menos con siete fundadores, y puede serlo por las dos formas conocidas: simultánea o continuada, sobre la base de un estatuto, que es su carta fundamental".(14)

Las asambleas son de tres clases: constituyentes, ordinarias y extraordinarias. Se autorizan, además, en su caso, las asambleas de tenedores de obligaciones, de parte de fundadores.

Una vez constituída definitivamente la sociedad, por el cumplimiento de los requisitos de fondo, se deberá dentro del mes de su constitución inscribir las actas o los estatutos. Se depositarán dos ejemplares en la secretaría ("greffe") del Tribunal de Comercio de su respectiva jurisdicción. Se insertará además, so pena de nulidad, un extracto en el diario de anuncios legales del lugar de la sede social y de las diferentes sucursales, por un plazo de un mes.

Se registrará un ejemplar legalizado en el diario de anuncios legales.

La Ley contempla varios casos de nulidad por defectos de constitución o vicios de fondo en la negociación de acciones.

"La administración está integrada por un consejo compuesto por mandatarios accionistas designados por la asamblea, y llamados "administradores". Son revocables "ad nutum". La dirección general después de los decretos-leyes de 1940 y 1943, es confiada a presidentes del consejo de administración asistido en caso de vacancia por un director general adjunto".(15)

El contralor está a cargo de unos mandatarios especiales llamados "commissaires de suiveillance".

El capital social se forma con aportes en especie y en dinero. El fundador puede ser remunerado con "Parts de Fondateurs", que acuerdan derecho solamente a participar por la Ley.

El importe de cada acción es en su "minimum" limitado por la Ley.

Las acciones pueden ser emitidas al portador, a la orden y nominativas, y de ser aporte, de numerario y de goce. Los aportes en especie deben ser avaluados (sic) por los

"commissaires aux apports", cuyos informes son considerados por asambleas sucesivas.

"Cada accionista tiene derecho a la percepción en los beneficios y de su parte en los bienes sociales en caso de liquidación, a ceder sus acciones, a participar en el gobierno de la sociedad".(16)

Se autoriza el voto doble en ciertas condiciones, y la exigencia de tener un número de acciones que no puede pasar de veinte para intervenir en las asambleas.

I.5.- LA SOCIEDAD EN EL DERECHO MEXICANO.

En relación a los antecedentes históricos de las sociedades mexicanas nos faltan datos para determinar la fecha de aparición de las primeras sociedades en México, sin embargo en el último tercio del Siglo XVIII, numerosas sociedades por acciones se hallaban operando en el territorio de la Nueva España.

Ramón Combalía Pena, manifiesta que las primeras compañías que aparecen en la Nueva España son: "la Compañía Holandesa de las Indias Orientales de 1602, donde hay que buscar el precedente de las actuales sociedades anónimas. Esta compañía es la primera que admitió el pequeño ahorro en la formación de su capital, precisamente por necesitar grandes sumas de capitales y personas dispuestas a correr el riesgo de una aventura. El fraccionamiento del capital en acciones facilitaba la distribución del riesgo, y gracias a estas modestas aportaciones fue posible emprender negocios que, por su carácter de aventura, no hubieran podido ser llevados a la práctica bajo la forma de sociedades de tipo personal. Posteriormente surgen las compañías inglesa de 1612; la sueca de 1615; la danesa de 1616; la holandesa de las indias occidentales de 1627; la francesa de 1628; la portuguesa de 1649; y la española de 1729; se caracterizan por el gran riesgo que era soportado gracias a la divisibilidad de capital,

representado por acciones".(17) Estas sociedades perseguían fines económicos y además políticos, dando las bases para la sociedad anónima actual en nuestro derecho mexicano.

Por otro lado, Rodríguez y Rodríguez manifiesta, que las primeras sociedades se dieron en las Ordenanzas de Minas y al respecto señala que: "El estilo acostumbrado en Nueva España de entender imaginariamente dividida una mina en 24 partes iguales, que se llaman Barras, subdividiendo también cada una de ellas en las partes menores convenientes, cada barra daba derecho a un voto, pero si uno solo fuere dueño de dos o más barras, su voto valdrá siempre por menos que la mitad, lo que encontramos un anticipo de las acciones de voto limitado."(18)

En esta clase de sociedad ya existía la libertad de cesión de acciones y el socio podrá venderlas a cualquier tercero, por otro lado, si fallecía un socio la sociedad continuaba, estando obligados los herederos a seguir en ella, pero con el libre arbitrio de vender su parte.

Estos datos demuestran que ya antes de 1779, existían en la práctica sociedades por acciones en forma primitiva de las barras, en esta misma fecha, en Alicante se proyectó una sociedad anónima para operar en la Nueva España, con capital dividido en 400 acciones de trescientos pesos de veintiocho cuartos cada una, que habían de pagarse en géneros y frutos.

Estas acciones eran papeles comerciales y tenían facultad sus propietarios para negociarlas a favor de los mismos naturales de estos reinos en el modo y forma que más les convenía, sin que existiera impedimento alguno.

Siguiendo con los antecedentes históricos de las sociedades anónimas, el maestro Mantilla Molina manifiesta que: "La más antigua sociedad mexicana a la cual cabe considerar como anónima, es a lo que tengo noticia, una compañía de seguros marítimos que en el mes de enero de 1789, comenzó sus operaciones en Veracruz, con un capital de $230,000.00, formado por 46 acciones de cinco mil pesos, y con una duración de cinco años. El 9 de julio de 1802 se constituyó la compañía de seguros marítimos de la Nueva España, a la que indudablemente puede considerarse como una sociedad anónima, ya que su capital de cuatrocientos mil pesos, estaba dividido en 80 acciones; los socios sólo eran responsables de la integración del capital social y sus acciones eran transmisibles".(19)

Asimismo, Mantilla Molina señala que: "En México Independiente se encuentran referencias a sociedades que cabe considerar como anónima, en las concesiones para explorar vías férreas, y también en la otorgada para establecer una vía a través del Istmo de Tehuantepec. La primera regulación legal de ellas se encuentra en el Código Lares, aún cuando

puede inferirse la poca importancia que para entonces (1854) habían alcanzado, el hecho de que sólo se consagran a ellas diez artículos (del 242 al 251); bien es verdad que tampoco los códigos europeos que en aquella época regían eran mucho más minuciosos para establecer el régimen legal de la anónima".(20)

Walter Frisch Philipp, señala que: "Las fuentes legales primarias de la sociedad anónima unas referencias al desarrollo histórico de esta institución legal, que se efectuó a partir de la federalización del derecho mercantil en México, dispuesta por medio de la reforma constitucional del 15 de diciembre de 1883".(21)

Por otro lado, es conveniente señalar que en las Ordenanzas de Bilbao no conocían más formas de sociedad que la colectiva y en comandita, las cuales esbozan rudimentariamente las formas tradicionales de sociedades mercantiles, posteriormente el Código de Comercio de 1854, ya reconocía tres especies de compañías de comercio como son: la sociedad colectiva; la sociedad en comandita; y la sociedad anónima.

Las mismas tres formas de sociedades mencionadas anteriormente las encontramos en el Código de Comercio de 1883, en el que además, hallamos las llamadas compañías de

capital variable y las de responsabilidad limitada (Arts. 355 y 356), al tiempo que la sociedad en comandita se desglosa en forma simple y compuesta o por acciones (Arts. 493 y sigs., 507 y sigs.).

El Código de Comercio de 1884 reglamentó en sus artículos 527 hasta 588 la sociedad anónima. Esta reglamentación fue relativamente modesta en relación a la generalidad de las obras legislativas de tal época. El legislador no obtuvo definiciones legales completas y sistemáticamente ordenadas; así por ejemplo omitió en el artículo 527, donde hizo la definición de la sociedad anónima, el establecimiento de la importante responsabilidad limitada de los accionistas de la sociedad anónima, y se refirió, por la otra, en el artículo 583, a tal situación legal. En esta forma el legislador utilizó el método narrativo, no el normativo basado en una sistematización estricta del material normativo. Además faltaron en esta época varios principios cuya observación se entiende en nuestros días por sí misma; así, en el artículo 538, por ejemplo, permitió el embargo de derechos a dividendos basados en acciones a la orden o a determinada persona sin necesidad del embargo del documento de la acción respectiva.

Walter Frisch, al respecto señala que: "En la reglamentaciòn mencionada de la sociedad anónima se manifiesta una concesión del legislador demasiada amplia en

favor de la autonomía de la voluntad de los particulares. Para mencionar ejemplos al respecto, nos referimos al artículo 564, según el cual "las juntas generales tendrán las atribuciones que establezcan los estatutos...", y el artículo 555, conforme al cual "toda modificación en los estatutos de la compañía se verificará en la forma prescrita en ellos...". Esta amplia libertad nos parece casi incomprensible debido a que estamos acostumbrados a que el creador de reglamentaciones legales sobre la sociedad anónima se sirve, en cuanto a las competencias de sus órganos, de normas imperativas y limita así, en ciertos puntos, la libertad de las partes en forma estricta, como debe corresponder a todo principio protector relativo a sociedades de capitales, cuyas acciones circulan rápida y fácilmente, de lo cual resulta la obligación del legislador de proteger a adquirentes futuros de acciones, contra normas estatutarias perjudiciales a tales adquirentes".(22)

Nos parece que el Código de Comercio de 1884, sobre sociedades anónimas no satisfizo a juristas, gobernantes y legisladores en su ampliación ya que el 10 de abril de 1888, se publicó la Ley de Sociedades Anónimas. Esta Ley vino a reemplazar partes o capítulos de códigos de comercio existentes por nuevas legislaciones especiales, de esta Ley se siguen conservando diversas normas en nuestra legislación actual.

Posteriormente esta Ley fue derogada por el Código de Comercio de 1890 que en sus artículos 163 a 225 reglamentó la sociedad anónima. De este desarrollo histórico jurídico se infiere que la Ley General de Sociedades Mercantiles en vigencia tuvo, desde el punto de vista sustancial, dos sucesoras, en cuanto a la reglamentación de la sociedad anónima, desde la federalización del derecho mercantil en nuestro país.

Por último mencionaremos que nuestra Ley mexicana vigente, intitulada Ley General de Sociedades Mercantiles de 28 de julio de 1934, fue creada por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias, conferidas por Decreto expedido por el Congreso de la Unión, el 28 de diciembre de 1933, y que actualmente es aplicable a nuestras sociedades mexicanas con algunas modificaciones que se le han hecho.

1.) Iglesias Juan.- "Derecho Romano".- Editorial Ariel.- Sexta Edición.- Barcelona-Caracas-México, 1972.- pág. 432.

2.) Petit Eugéne.- "Tratado Elemental de Derecho Romano".- Editora Nacional.- México, 1971.- pág. 405.

3.) Floris Margadant Guillermo.- "Derecho Romano".- Editorial Esfinge, S.A.- Deudécima Edición.- México, 1983.- pág. 421.

4) Garrigues Joaquín.- "Curso de Derecho Mercantil".- Vol. I.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1981.- pág. 410.

5) Estasen Pedro.- "Tratado de las Sociedades Mercantiles y Demás Entidades de Carácter Comercial según el Derecho Español".- Madrid, 1906.- pág. 204.

6) Pompeyo Claret y Martí.- "Sociedades Anónimas".- Bosch, Casa Editora.- Barcelona, 1944.- pág. 27.

7) Martí de Eixelá Ramón.- "Instituciones de Derecho Mercantil de España".- Octava Edición.- Puesta al corriente por Manuel Durán y Bas.- Barcelona, 1879.- pág. 271.

8) Heinsbermer Karl.- "Derecho Mercantil".- Editorial Labor.- Traducción del Alemán al Español por A. Vicente Gella.- Barcelona-Madrid-Buenos Aires.- 1933.- págs. 93 y 124.

9) Heinsbermer, ob. cit.- pág. 149.

10) Heinsbermer, ob. cit.- págs. 23 y 24.

11) Ch. Lyón Caen y L. Renault.- "Manuel de Droit Comercial".- Séptima Edición.- París, 1904.- pág. 159.

12) Garo Francisco J.- "Sociedades Anónimas".- Vol. I.- Editorial Ediar.- Buenos Aires, 1954.- pág. 16.

13) Delsace A.- "Manuel Des Societes Anonymes".- París, 1947.- núm. 3.

14) Garo Francisco J.- ob. cit.- pág. 18.

15) Dalsace A.- ob. cit.- núm. 21.

16) Dalsace A.- ob. cit.- núm. 26.

17) Ramón Combalía Pena.- "Tratado Práctico de Sociedades Anónimas".- Editorial Teide.- Barcelona, 1952.- pág. 12.

18) Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "Tratado de Sociedades Mercantiles".- Tomo I, Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A..- México, 1965.- págs. 5 y 6.

19) Mantilla Molina L. Roberto.- "Derecho Mercantil".- Editorial Porrúa, S.A.- Vigésima Séptima Edición.- México, 1990.- pág. 342.

20) Mantilla Molina L. Roberto.- ob. cit.- pág. 342.

21) Frisch Philipp Walter.- "La Sociedad Anónima Mexicana".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1979.- pág. 1.

CAPITULO II.

CONCEPTOS GENERALES PARA LA COMPRENSION DE LA PRESENTE TESIS.

Antes de empezar el tema, es necesario tratar diferentes puntos que presenta la fusión de Sociedades Mercantiles, y creo conveniente detallar de una forma breve un estudio de las características esenciales de Sociedades, las cuales se verán modificadas o afectadas por dicha fusión.

II.1.- CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL.

Mantilla Molina, al referirse a este punto, manifiesta lo siguiente: "Muchas legislaciones y entre ellas la mexicana, hacen caso omiso de los fines perseguidos, para atender sólo a la estructura de la sociedad, considerándola mercantil si adopta un tipo social regulado por las leyes mercantiles, cualesquiera que sean sus finalidades. Por lo expuesto anteriormente se puede definir a la Sociedad Mercantil como un acto jurídico en el cual los socios se obligan a unir sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo a las normas que establece la Ley Mercantil para algunos de los tipos sociales que en ella se preveen". (1)

Es sumamente importante establecer un criterio para diferenciar a las sociedades mercantiles de las civiles, como el legislador de nuestro País lo ha hecho, porque si no surgirían conflictos de leyes y una gravísima inseguridad jurídica, por lo que encontramos que la legislación Española anteriormente, establecía un doble criterio para darle el carácter de mercantil a una sociedad, es decir, atendía a la vez a la forma y al fin de la sociedad y el Código Español establece que las sociedades civiles tengan un objeto mercantil y en tal virtud, les serán aplicables las disposiciones del Código de Comercio, aún cuando no dejen de ser sociedades civiles. El problema se resuelve posteriormente para las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, adoptando un criterio formal y dándoles el carácter de comerciantes. En virtud a estas disposiciones Joaquín Garrigues añade: "el criterio formal recobra para estos dos tipos de Sociedades la primitiva significación que a la forma concedía el Código de Comercio. Establece en el Art. 3o. de ambas leyes que las sociedades que al constituirse adopten la forma de Sociedad Anónima o de Sociedad de Responsabilidad Limitada serán siempre mercantiles, cualquiera que sea su objeto."(2)

En la Ley General de Sociedades Mercantiles, podemos darnos cuenta de la apreciación que el legislador tenía del problema al no dejar bien establecida la diferencia entre Sociedades Mercantiles y Civiles ya que el articulado de la ley

no tiene el carácter de enunciativa, sino de limitativa, y para asegurar la vigencia del sistema en lo que corresponde a la determinación del carácter mercantil de las sociedades.

"Este criterio formal, que ya fue consagrado por el Código Civil de 1928 se justifica independientemente de cualquier razón de índole teórica por la consideración particular de que en México la existencia de sociedades civiles de forma mercantil, nunca ha respondido a una verdadera necesidad que el legislador debiera de tomar en cuenta, sino, en la generalidad de los casos, al intento de evadir las disposiciones constitucionales que limitan en diversos aspectos de capacidad jurídica de las sociedades comerciales".(3)

Asimismo hemos señalado que la actual Ley General de Sociedades Mercantiles, no da un concepto de Sociedad, sino que en su artículo primero, sólo se concreta a enumerar los diversos tipos de sociedades con carácter mercantil. En tal virtud podemos afirmar que el legislador, al crear nuestra actual legislación sobre Sociedades Mercantiles, se concretó a considerar exclusivamente la forma que adopte una sociedad para considerarla mercantil.

Como podemos darnos cuenta, de la postura formalista que adoptó el legislador, existe una mayor certeza jurídica al

dejar claramente determinadas las sociedades con calidad de comerciantes y someterlas en consecuencia a requisitos de publicidad y reglas que tienden a la protección de sus miembros o de terceros.

II.2.- ELEMENTOS DE SOCIEDADES MERCANTILES.

En el desarrollo del presente punto, enumeraremos algunos elementos que componen a la Sociedad Mercantil, y que consideramos de vital importancia, en virtud de que al llevarse a cabo la fusión de dos o más sociedades, estos se verán modificados o afectados.

A).- Denominación o razón social.- Las personas morales son designadas e identificadas por su razón social o denominación, es decir, por su nombre, salvo que la elección del nombre en las sociedades esté sujeto a diversas normas legales. Por lo que se desprende de la redacción del título de este apartado, las sociedades deben constituirse bajo una denominación o razón social. La razón social se va a formar con el nombre de uno o más socios. La denominación se forma libremente y es obligatoria para las sociedades anónimas y optativa para las sociedades de Responsabilidad Limitada en Comandita por Acciones y Cooperativas. El Art. 88 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que la denominación se formará libremente, pero será distinta de la

de cualquiera otra sociedad, y al emplearse irá siempre seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abreviatura "S.A.". y esta denominación será aprobada por la Secretaría de Relaciones Exteriores, y si dicha denominación está ocupada, la Secretaría no concederá el permiso para la constitución de una sociedad, con el nombre de otra ya existente.

B).- Domicilio.- La Ley General de Sociedades Mercantiles, en el Art. 6o. Fracción VII, establece solamente el domicilio sin definir el concepto, el Código Civil del Distrito Federal, establece que el domicilio será el lugar en donde se encuentre asentada la administración de la persona moral según lo dispone el Art. 33. La Sociedad tendrá siempre un domicilio, y estará determinado en los estatutos y en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio se hará la inscripción de la sociedad. A su vez existen dudas del domicilio ya que el Art. 21 del Código de Comercio en su Fracción IV, establece a "Sucursales", pero consideramos que solamente significa a "sucursales situadas", ya que la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la Fracción VII, del Art. 6o. habla solamente de domicilio de la sociedad, y siendo posterior esta disposición al Código de Comercio.

C).- Duración.- La Ley General de Sociedades Mercantiles, sólo establece en su Art. 6o. Fracción IV, su

duración, pero no especifica si la duración podrá ser indefinida o debe señalarse el término de duración en años, en la práctica la duración se establece en los estatutos de la sociedad, por lo tanto la Suprema Corte como Tribunal de Justicia del Distrito Federal, apoyan la negativa del Registro Público de la Propiedad y del Comercio de inscribir sociedades de duración indefinida con excepción de las sociedades cooperativas por disposición de la Ley que su duración es indefinida. La duración de una sociedad podrá ser aumentada o disminuida según sus necesidades observándose las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a través de una modificación de estatutos sociales.

D).- Objeto.- El objeto de una sociedad son los fines o motivos por lo que los socios se han reunido y aportado sus cuotas y en él se deben expresar todas y cada una de las actividades a las que se va a dedicar la sociedad, también debe de precisarse el ramo de explotación en la que se desarrollará, ya que de esta manera se asegurarán los bienes o capital aportados por los socios que serán destinados al desarrollo del negocio propuesto, los cuales no deben ser desviados a otras actividades que no contemple el objeto social ya que pueden ser riesgosos para la sociedad y para los socios. Es importante destacar lo apuntado por Georges Ripert al establecer lo siguiente: "...una sociedad creada con un objeto determinado, no puede cambiar la naturaleza de sus actividades. Sería

necesario para ello modificar el contrato social y obtener, si se trata de una sociedad colectiva, el consentimiento unánime. Es por ello que en muchos actos constitutivos el objeto social está previsto de una manera muy amplia".(4)

E).- Capital.- Generalmente consideramos el capital social como la suma de valor de las aportaciones o el valor nominal de las acciones, que están obligados los socios, ya sea por aportaciones en dinero, bienes, derechos, créditos, etc., es decir, bastará con que la obligación de dar exista, aún cuando la aportación no se haya consolidado o realizado físicamente, creando un crédito a favor de la sociedad, a cargo del socio que haya suscrito cierta cantidad de acciones. Frisch Philipp Walter define al capital social como "el total de los valores nominales de las acciones suscritas de una Sociedad Anónima".(5)

Por lo que se refiere al capital este puede ser modificado por el ingreso de nuevos socios o porque los socios que en un principio constituyeron la sociedad, suscriban nuevas acciones al capital social, se harán por Asamblea General Extraordinaria, como lo establece el Art. 182, Fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles; en Sociedades de Capital Variable, el capital está dividido y en el contrato social debe de estipularse un capital mínimo fijo y un capital máximo ilimitado autorizado, el cual será modificado por acuerdos en

Asamblea General Extraordinaria de Accionistas o que esté establecido en los estatutos sociales de la sociedad, los aumentos al capital autorizado se pueden llevar a cabo, mediante las llamadas acciones de Tesorería, que una vez creadas se guardan o conservan en caja y en poder de la sociedad, para ser entregadas a los accionistas que vayan suscribiendo nuevas acciones. Mantilla Molina afirma que el "capital social es la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios, y se señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios puedan disfrutar de las garantías de la sociedad".(6)

F).- Patrimonio.- Mantilla Molina, define al patrimonio de la sociedad de la siguiente manera: "es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad con deducción de sus obligaciones". (7) Originalmente el patrimonio se constituye con aportaciones que hacen los socios al momento de constituir la sociedad, y también se forma cuando la sociedad se fusiona con otra sociedad. El patrimonio se incrementa por medio del éxito económico que desarrolle la empresa a través de sus actividades, por lo que siempre se va a encontrar en constante cambio resultando difícil que permanezca estático. Por tal motivo el patrimonio será dividido para considerar la proporción que corresponda al capital de la sociedad, lo cual es protegido celosamente por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en los artículos 18 y 141, los cuales no permiten la

repartición de utilidades si el patrimonio no es suficiente para alcanzar la cantidad de capital expresado.

II.3.- CONSTITUCION.

La constitución de una sociedad es de gran importancia al tema que estamos tratando, ya que, como se verá posteriormente, hay dos tipos de fusión de sociedades, una por absorción, donde una de las sociedades que participa subsiste y por fusión perfecta que da origen al nacimiento de una nueva sociedad, por lo que es conveniente llevar a cabo el proceso de constitución de una sociedad.

Las personas que desean constituir una sociedad han establecido sus elementos esenciales, como son la denominación, capital, objeto o ramo social, duración, domicilio, los cuales deberán solicitar a la Secretaría de Relaciones Exteriores el permiso que establece el Art. 17 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera: "Deberá recabarse permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la adquisición de bienes inmuebles por extranjeros y para la constituión de sociedades. La expedición del permiso se ajustará a las disposiciones legales vigentes y las resoluciones que dicte la Comisión de Inversiones Extranjeras". En la práctica actualmente para modificar la escritura constitutiva de una

sociedad únicamente se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para cambiar la denominación o nombre de la sociedad y para cambiar el régimen jurídico. Una vez que se ha obtenido el permiso correspondiente, la sociedad se constituirá ante Notario Público mediante escritura pública, conteniendo los requisitos que establece el Art. 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, debiéndose inscribir en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio el primer testimonio que se expida de dicha sociedad, la cual tendrá personalidad distinta a la de los socios.

En la actualidad existen sociedades no inscritas en el Registro y que se han exteriorizado como tales frente a terceros consten o no en escritura pública y tienen personalidad jurídica, como lo establece el Art. 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles. A pesar de que se les reconoce personalidad jurídica igual que a las sociedades legalmente inscritas, las sociedades no inscritas presentan las siguientes consecuencias: En primer lugar, los representantes de la sociedad responden subsidiariamente o solidariamente e ilimitadamente de las obligaciones de la sociedad, de manera solidaria y como segunda consecuencia de conformidad con lo establecido en el Art. 2o. párrafo quinto de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los representantes de la sociedad son responsables de los daños y perjuicios que la irregularidad ocasione a los socios no culpables a ella, ya que la falla de

registro es imputable a quienes por tener la representación de la sociedad, pudieron inscribirla en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y no lo hicieron.

II.4.- DISOLUCION.

Como más adelante analizaremos, diversos autores afirman que las consecuencias de la fusión es la liquidación de las sociedades que han acordado llevarla a cabo. Por lo tanto debemos hacer referencia a que la Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 229 no contempla entre otras causas de disolución, a la fusión.

Respecto a la disolución total de la sociedad, Mantilla Molina la explica de la siguiente forma: "Disolución total de la sociedad no es sino un fenómeno previo a su extinción a lograr, la cual va encaminado a la actividad social durante la etapa que sigue a la disolución o liquidación".(8) Específicamente, la disolución de una sociedad es sólo el paso previo para entrar al procedimiento de liquidación, que en la fusión no es llevada a efecto. La disolución, pues no es la terminación de las actividades de la sociedad, porque la misma Ley le permite la conservación de su personalidad jurídica, para llevar a efecto la liquidación.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 233 prohibe que los administradores de una sociedad realicen nuevas operaciones a partir de que se decrete cualquier causa de liquidación, como veremos más adelante, la fusión no sería aplicable en virtud de que las sociedades que la acuerdan siguen desarrollando sus actividades normales, hasta que se celebre el contrato de fusión y surta sus efectos. Por lo que no estamos de acuerdo con los que afirman que al acordarse la fusión, la sociedad se disuelve. Al efecto Francesco Messineo, al tratar los efectos de la disolución establece lo siguiente: "la disolución de la sociedad simple, si bien excluye el cumplimiento de operaciones nuevas, válidas frente a la sociedad, no implica que la vida de la sociedad se detenga toda ella, o sea, que la sociedad se extinga sin más. Es necesario proveer que los acreedores sociales sean satisfechos y que los créditos sean cobrados y el patrimonio social que eventualmente sobre, después de depuradas las deudas (patrimonio neto) se convierta en dinero, y en esta forma se distribuya entre socios".(9)

Como conclusión a la disolución de una sociedad podemos mencionar que su principal efecto es, la cesación de sus actividades normales y como paso previo a su liquidación.

II.5.- LIQUIDACION.

En el desarrollo de este punto, sólo nos referimos a los aspectos básicos de la liquidación, ya que las sociedades, al acordar la fusión, no entran en esta etapa.

El concepto de liquidación Messineo lo define de la siguiente forma: "Liquidación es un proceso de desintegración de la sociedad, o de reconvención del patrimonio social en dinero, con el objeto de satisfacer a los acreedores y de repartir el resto entre los socios a título de restitución de las aportaciones, aumentadas eventualmente con las utilidades".(10) El objeto de la liquidación será esencialmente concluir las operaciones de la sociedad, realizar el activo, pagar el pasivo y, finalmente, el remanente que resulte, distribuirlo entre los socios.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no da un concepto de liquidación debiendo recurrir en consecuencia al estudio del capítulo respectivo donde destacan las características de esta etapa, consecuencia de la disolución. El Art. 242, al mencionar las facultades de los liquidadores nos da una clara idea de lo que es el proceso liquidatorio. Dicho ordenamiento señala lo siguiente: "Salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social, los liquidadores tendrán las siguientes facultades:

I.- Concluir las operaciones sociales que hubieren quedado pendientes al tiempo de la disolución;

II.- Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba;

III.- Vender los bienes de la sociedad;

IV.- Liquidar a cada socio su haber social;

V.- Practicar el balance final de la liquidación, que deberá someterse a la discusión y aprobación de los socios, en la forma que corresponda, una vez aprobado, se depositará en el Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluída la liquidación.

1) Mantilla Molina L. Roberto.- "Derecho Mercantil".- Editorial Porrúa,S.A.- Vigésima Séptima Edición.- México, 1990.- pág. 176.

2) Garrigues Joaquín.- "Curso de Derecho Mercantil".- Vol. I.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1981.- pág. 313.

3) Sociedades Mercantiles y Cooperativas, Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.- pág. 9.

4) Ripplet, Georges.- "Tratado Elemental de Derecho Comercial".- Volumen II Sociedades.- Traducción por Felipe de Sola Canizares.- Tipográfica Editora Argentina.- Buenos Aires, 1954.- pág. 65.

5) Frisch Philipp Walter.- "La Sociedad Anónima Mexicana".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1979.- pág. 102.

6) Mantilla, ob. cit.- pág. 198.

7) Mantilla, ob. cit.- pág. 198.

8) Mantilla, ob. cit.- pág. 43.

9) Messineo, Francesco.- "Derecho Civil y Comercial".- Volumen V.- Traducción por Santiago Sentis Melendo.- Ediciones Jurídicas Euro-América.- Buenos Aires, 1971.- pág. 296.

10) Messineo, ob. cit.- pág. 317.

CAPITULO III.

CONCEPTO DE FUSION.

III.1.- DIVERSAS DEFINICIONES DE LA FUSION DE SOCIEDADES.

Una vez que hemos analizado las características de las Sociedades Mercantiles, pasaremos a tratar de conceptualizar el fenómeno de la fusión, para lo cual tomaremos diversas definiciones respecto de la fusión, en el orden siguiente:

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, define a la fusión como "La unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran recíprocamente para que una organización jurídicamente unitaria sustituya a una pluralidad de organizaciones".(1)

Vázquez del Mercado, haciendo un estudio de las definiciones de fusión que dan diversos autores, manifiesta que "Por fusión debe entenderse la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular, éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás; en ambos casos el ente está formado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquellos en su caso, reciben

nuevos títulos de sustitución de los que poseían, o se les reconoce la parte social correspondiente".(2)

Joaquín Garrigues, define a la fusión como "Un acto de naturaleza corporativa o social, por virtud del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad".(3)

José María Abascal Zamora, define a la fusión como "La reunión de dos o más sociedades mercantiles en una sola, disolviéndose las demás, que transmiten su patrimonio a título universal, a la sociedad que subsiste o resulta de la fusión, la que constituye con los socios de todas las sociedades participantes".(4)

Roberto L. Mantilla Molina, define a la fusión como "El acto mediante el cual una sociedad se extingue por las transmisión de su patrimonio a otra sociedad preexistente, o que se constituye con los patrimonios de dos o más sociedades que en ella se fusionan".(5)

Raúl Cervantes Ahumada, sostiene que la fusión es "El acto por el cual dos o más sociedades unen sus patrimonios, concentrándolos bajo la titularidad de una sola sociedad".(6)

Ascarelli, sin dar una definición propiamente dicha de la fusión, afirma lo siguiente: "El código disciplina la fusión por incorporación de una sociedad (que se disuelve) en otra, y la fusión a través de la disolución de varias sociedades, que se funden para dar lugar a una nueva, que resulta justamente de la fusión de las que preexistían. En una y otra hipótesis, un sujeto único de derecho (la sociedad que incorpora, o la que resulta de la fusión, sucede a varios sujetos jurídicos preexistentes".(7)

Miguel Motos Guirao, señala que "Ante la necesidad de servirnos de un concepto provisional podemos aceptar la definición que ofrece Salandra de la fusión. "Unión jurídica de varias organizaciones entre sí, de tal forma que una organización jurídicamente unitaria sustituye a una pluralidad de organizaciones".(8)

De esta definición Miguel Motos Guirao señala lo siguiente: "Partiendo de este concepto jurídico de la fusión se observará la extraordinaria amplitud del tema, puesto que a su amparo puede imaginarse toda fusión de sociedades, cualquiera que sea su objeto de clases. Caben dentro de este concepto las fusiones de sociedades dedicadas a negocios similares o no, las que tengan forma social idéntica y las que son de naturaleza distinta como sociedades de responsabilidad

limitada, en la amplia significación de esta expresión, y de responsabilidad ilimitada".(9)

Ripert, considera que: "La fusión es la reunión de dos sociedades que lleva consigo su desaparición por el aporte global de sus bienes a una sociedad o con mayor frecuencia por la absorción de una sociedad".(10)

Herrera Reyes nos dice que: "La fusión es una operación que consiste en reunir en una sola persona jurídica dos o más sociedades distintas".(11)

Ramón Combalía Pena define a la fusión de la siguiente manera: "Fusión es la reunión de dos o más sociedades que pasan a formar una sola sociedad, con personalidad jurídica propia".(12)

Por otro lado, Ramón Combalía Pena dice que: "La fusión de empresas es un aspecto más del problema de la concentración capitalista, que se manifiesta tanto en la asociación de los individuos como en la transformación de la sociedad personalista en anónima.

Para que la fusión se efectúe es necesario que una por lo menos de las sociedades muera. Por ello se ha querido separar

de manera decisiva la fusión de las restantes formas de concentración.

La fusión de cualquiera sociedades en una sociedad anónima nueva, se realizará acordando previamente cada una de ellas su disolución y el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir los derechos y obligaciones de aquéllas. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en la misma forma los patrimonios de las sociedades absorbidas, aumentando, en su caso, el capital social en la cuantía que proceda los socios de las sociedades extinguidas participarán en la sociedad nueva o en la absorbente, recibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones en aquellas sociedades".(13)

Nuestra actual Ley General de Sociedades Mercantiles no define a la fusión y sólo se concreta a señalar en su Art. 222, que ésta se podrá llevar a cabo por el acuerdo que debe tomar cada una de las sociedades que participan en ella.

Sucesivamente podemos seguir citando conceptos de otros autores, sobre lo que se entiende por fusión, pero este no es el caso, por lo que haremos un análisis de los conceptos anteriores.

De las definiciones antes transcritas, se desprende que en general los autores coinciden en que existe una compenetración de patrimonios, de la sustitución de unas sociedades por otras.

Sin embargo, difieren algunos de otros, en que unos hablan propiamente de sociedades, lo que consideramos más apropiado y otros hablan de organismos sociales, que a nuestra manera de ver, consideramos términos más amplios, ya que por organismos sociales entendemos a otros entes morales que no son propiamente las sociedades que ahora nos ocupan.

Consideramos además, que según se ha visto en la práctica, al presentarse las diversas fusiones generalmente se muestra una característica más de este fenómeno y es la que comunmente se fusionan empresas dedicadas a un ramo similar.

Asimismo, creemos necesario recalcar que el fenómeno de la fusión reviste en un doble aspecto: el económico, que implica la concentración de grandes o pequeños capitales; el jurídico, que implica la sustitución de empresas por otra, tanto en sus derechos como obligaciones. Un fenómeno que consideramos nace desde un punto de vista puramente económico, y que para darle forma, organizarlo y regularlo, es conveniente introducirlo, bañarlo de elemento jurídico. Es decir, los accionistas de las sociedades, en realidad no buscan la

realización de un acto jurídico, sino que buscan un beneficio económico, porque piensan como empresarios que son, ya que dicho beneficio económico es la finalidad inmediata de toda sociedad mercantil.

III.2.- DEFINICION PERSONAL.

De las anteriores definiciones, hacemos una recopilación de los elementos más sobresalientes, para obtener nuestra propia definición de fusión, que aplicando a las sociedades anónimas en particular sería la siguiente: "Es el contrato por virtud del cual dos o más sociedades, previo el acuerdo tomado por sus asambleas o juntas de socios correspondientes, convienen en reunir en un solo ente a sus socios, desapareciendo una o varias sociedades al transmitirse universalmente el patrimonio a la sociedad que subsista o que resulte de la fusión una vez que han sido cumplidas todas las formalidades de Ley". Para una mejor comprensión del anterior concepto, a continuación explicaremos brevemente sus principales elementos.

Como podemos darnos cuenta en las definiciones de los diferentes autores citados anteriormente, ninguno determinó la naturaleza jurídica de la fusión, nosotros nos hemos adherido a la postura que la considera un contrato, por los motivos que se exponen en el punto siguiente que precisamente trata sobre la

naturaleza jurídica de la fusión, al cual nos referimos para no incurrir en repeticiones innecesarias. Al afirmar que la fusión debe de ser acordada por las asambleas de las sociedades que van a intervenir o participar en ella, lo hacemos en virtud a lo dispuesto por el Art. 222 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y por los efectos tan importantes que son consecuencia de la fusión ya que en la mayoría de los casos ocurren reformas a las bases estatutarias de las sociedades que en todo caso requieren ser acordadas en Asambleas o Juntas de socios con las mayorías que para cada tipo de sociedad determina la Ley General de Sociedades Mercantiles. Otro elemento básico en la anterior definición es el hecho de que la sociedad que resulte o subsista de la fusión, integrará a los socios de los entes desaparecidos, a quienes se les canjearán sus títulos o se les reconocerá su parte social en dicha sociedad. Las sociedades que sean absorbidas por otra o las que vayan a integrar una nueva, al tener efectos la fusión se extinguirán, tal y como lo señala la parte final del Art. 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ocurriendo en consecuencia la transmisión universal de los patrimonios de las sociedades extintas o fusionadas hacia la sociedad fusionante.

III.3.- NATURALEZA JURIDICA DE LA FUSION.

Este es uno de los puntos que más han intrigado a los tratadistas y sobre el cual podemos decir que están en mayor

discrepancia. Se han elaborado una multitud de opiniones respecto a la naturaleza jurídica de la fusión de sociedades, al grado que la han confundido con las consecuencias que la fusión trae consigo. Pensamos que una causa que ha influído a la confusión de este tema es la falta de distinción entre el acuerdo de fusión que debe ser tomado por cada una de las sociedades que se van a fusionar y el negocio jurídico con el que la fusión se va a llevar a cabo. A continuación expondremos algunas opiniones que sobre el particular han elaborado algunos autores, haciendo una crítica o comentarios de ellas.

Vázquez del Mercado, nos dice que: "la fusión se funda sobre el contrato estipulado entre las sociedades; la sucesión a título universal en el patrimonio de la sociedad extinguida, aún cuando esté disciplinado por la ley, es su consecuencia".(14)

A nuestro parecer, esta afirmación tiene el mérito de distinguir la naturaleza jurídica de la fusión y una de sus principales consecuencias. El citado autor no deja lugar a duda de cual es la naturaleza de la fusión, al decir que: "esta se origina por el contrato estipulado entre las sociedades". Esta idea es correcta y deshace la tésis que considera que la naturaleza jurídica de la fusión es la sucesión universal. No debemos confundir el negocio jurídico, causa de la fusión de las sociedades, con la transmisión de los patrimonios de las

sociedades fusionadas, que es una consecuencia natural del contrato de fusión. Cabe hacer la aclaración de que no estamos negando la transmisión a título universal de los patrimonios de las sociedades que se fusionan, sino por lo contrario, la aceptamos y vemos en dicha transmisión la solución a innumerables problemas que podrían surgir con motivo de la fusión. Es precisamente por dicha transmisión, por lo que no hay necesidad de que los representantes de las sociedades estipulen contratos de cesión para cada uno de los créditos, ni hay necesidad de endosar los títulos a la orden, etc. La sociedad fusionante, o la nueva sociedad, según el caso, podrá exigir la observancia de todos los contratos celebrados por las sociedades fusionadas.

Ferri sostiene respecto de la naturaleza jurídica de la fusión lo siguiente: "esta unión de los grupos sociales no se efectúa mediante la disolución de los mismos y mediante la formación entre los que pertenecen a los varios grupos de un nuevo contrato social, sino que se efectúa a través de una modificación estatutaria base sobre la cual el vínculo social originario se transforma en vínculo social respecto de una sociedad diversa".(15) Ferri considera que la unión de los grupos sociales se realiza por medio de una modificación estatutaria, es decir, la fusión entra, en el ámbito de los negocios que se les llama corporativos; negocios que tienen como característica establecer una nueva estructura interna

del ente social. Como lo veremos más adelante, la fusión se inicia mediante un acto corporativo, donde intervienen dos o más sociedades en su realización y tiene una naturaleza contractual.

Cuando Ferri afirma que la unión de las sociedades no se efectúa mediante la disolución de las mismas y la formación de un nuevo contrato social, no está negando la posibilidad de que sea un contrato la causa de la fusión, sino que su afirmación sólo consiste en negar el nacimiento de una nueva sociedad o persona jurídica totalmente distinta de las anteriores. Aunque nosotros no aceptamos esta postura, si consideramos que la fusión produce la modificación estatutaria para las sociedades que intervienen. Sin embargo, los acuerdos de fusión por sí solos, tomados unilateralmente por las sociedades, no pueden causar esa modificación por ser la fusión consecuencia de la voluntad de dos o más personas morales. Por lo tanto, para que se lleve a cabo la fusión de sociedades es necesario que, basadas éstas en sus acuerdos previos, la contraten.

Como lo hemos venido manifestando, consideramos que la naturaleza jurídica de la fusión es contractual. Para que la fusión se pueda llevar a cabo, es necesaria una pluralidad de personas jurídicas que deseen compenetrarse a efecto de constituir una sola, pero debemos pensar además que no basta la existencia de esas personas morales, sino que es necesario

que, todas ellas, convengan en unir sus patrimonios. La voluntad de una de ellas nunca podrá tener efecto respecto de las demás, por más que se hayan cumplido con todas las formalidades que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, su acuerdo habrá sido legal pero no podrá una sola voluntad producir los efectos propios de la fusión, ya que ésta es un negocio jurídico que va a afectar a una pluralidad de sociedades y por lo tanto deben intervenir todas ellas en su realización para que pueda considerárseles jurídicamente obligadas a respetar dicho negocio.

La fusión es un acto jurídico, pues es una manifestación exterior de voluntad cuyo fin directo consiste en engendrar, con fundamente en una regla de derecho, una situación jurídica, para la cual se requiere el concurso de dos o más voluntades. En otras palabras, es necesaria la existencia de un convenio entre todas las sociedades que se van a fusionar para que puedan compenetrarse. Además como ese convenio produce derechos y obligaciones, lo podemos designar con el nombre especial de contrato.

Para nosotros, pues no queda la menor duda de que la fusión es un contrato que debe ser celebrado sólo después de que todas y cada una de las sociedades participantes hayan acordado internamente fusionarse y cumpliendo con todos los demás requisitos legales.

Para concluir con este tema, mencionaremos que la fusión abarca dos momentos principales: el acuerdo de la asamblea de cada una de las sociedades que proponen su fusión y la ejecución de aquél. El primero es un acto jurídico unilateral, consistente en la deliberación de las asambleas de cada una de las sociedades que se fusionan. El segundo es un contrato que celebran los representantes legales de las mismas sociedades, y en virtud del cual la que surge, si se trata de fusión propiamente dicha, o la subsistente, si se trata de fusión por incorporación, adquiere el patrimonio de las demás.

1) Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "Tratado de - Sociedades Mercantiles".- Tomo I, Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A..- México, 1965.- pág. 518.

2) Vázquez del Mercado Oscar.- "Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles".- Editorial Porrúa, S.A..- México, 1980.- págs. 289 y 290.

3) Garriguez Joaquín.- "Curso de Derecho Mercantil".- Tomo I.- Editorial Porrúa, S.A.- Madrid, 1936.- pág. 322.

4) Abascal Zamora José María.- "Instituto de Investigaciones Jurídicas.- Diccionario Jurídico Mexicano.- UNAM.- Tomo IV.- México, 1983.- pág. 263.

5) Mantilla Molina L. Roberto.- "Derecho Mercantil".- Editorial Porrúa, S.A.- Vigésima Séptima Edición.- México, 1990.- pág. 442.

6) Cervantes Ahumada Raúl.- "Derecho Mercantil".- Editorial Herrero, S.A.- México, 1978.- pág. 192.

7) Azcarelli Tulio.- "Derecho Mercantil".- Traducción por Felipe J. Tena.- Librería Porrúa Hnos. y Cía.- México, 1940.- pág. 202.

8) Citado por Miguel Motos Guirao.- "Fusión de Sociedades Mercantiles".- Prólogo de Antonio Polo Diez.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid, 1953.- pág. 16.

9) Motos, op. cit.- pág. 16.

10) Rippert Georges.- "Tratado Elemental de Derecho Comercial".- Vol. II.- Sociedades.- Traducci'on por Felipe de Sola Canizares.- Tipográfica Editora Argentina.- Buenos Aires, 1954.- pág. 547.

11) Herrera Reyes Luis.- "Sociedades Anónimas".- Editorial Nascimiento.- Santiago de Chile, 1935.- pág. 252.

12) Combalía Pena Ramón.- "Tratado Práctico de Sociedades Anónimas".- Editorial Teide.- Barcelona, 1952.- pág. 127.

13) Combalía, ob. cit.- pág. 127.

14) Vázquez, ob. cit.- pág. 309.

15) Citado por Vázquez del Mercado, ob. cit.- págs. 311 y 312.

CAPITULO IV.

CLASES DE FUSION.

Al fusionarse las sociedades pueden hacerlo de dos formas diferentes que son la denominada fusión por absorción o incorporación y fusión perfecta, fusiones contempladas por nuestra legislación mexicana, aunque no las menciona en forma expresa:

IV.1.- FUSION POR ABSORCION.

Es cuando una sociedad llamada fusionante perdura absorbiendo a una o más sociedades denominadas fusionadas, que desaparecen. Esta clase de fusión también es conocida como fusión imperfecta, impura o por incorporación. Esta fusión ocasiona una modificación estatutaria, en virtud de que los entes que serán absorbidos modifican la cláusula relativa a la duración, ya que la sociedad se extinguirá en forma anticipada, y la sociedad fusionante modificará la cláusula relativa al capital, el cual se incrementará por la unión del patrimonio de la sociedad fusionada hacia la fusionante, al efecto Rodríguez y Rodríguez, señala: "el capital es la suma del valor nominal de las aportaciones realizadas o prometidas por los socios".(1). Por lo tanto, al llevarse a cabo la fusión por

absorción, la sociedad subsistente incrementa su patrimonio, pero también aumenta su número de socios, a quienes se les deberá reconocer su participación en la sociedad. En caso de tratarse de una sociedad por acciones, deberán entregarse a los nuevos socios las acciones que a cada uno correspondan, en la misma proporción a la participación que tenían en el capital de la sociedad extinta, sobre este particular, debemos aclarar que será estudiado con mayor profundidad o amplitud al ser tratados los efectos de la fusión.

Existe una excepción al aumento de capital que ocurre normalmente en la sociedad fusionante al tener efectos la fusión, y es cuando la sociedad es de capital variable con acciones de Tesorería, ya que el aumento que tenga el capital por las aportaciones de las sociedades fusionadas, será en su parte variable y cubierto por las acciones de Tesorería a que se refiere la última parte del Art. 216 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La sociedad fusionante deberá continuar en todo momento ajustada a las disposiciones que rigen a la especie de sociedad a que pertenece, por ejemplo, no podrá llevarse esta fusión si la sociedad absorbente es una sociedad de responsabilidad limitada y la fusionada una sociedad anónima con más de 50 socios, ya que de esta fusión resultaría una violación a lo que establece el Art. 61 de la Ley General de

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Sociedades Mercantiles, al ordenar que ninguna sociedad de responsabilidad limitada tendrá más de 50 socios.

En la fusión por incorporación no hay nacimiento de un nuevo ente jurídico, porque la sociedad que absorbe los patrimonios de las fusionadas existía con anterioridad y es precisamente una de las que celebran el contrato de fusión. Al ser llevado éste a cabo, la sociedad fusionante deberá modificar sus estatutos referentes al capital social. Además, si se trata de una sociedad por acciones, deberá ordenar la expedición de nuevos títulos que serán entregados a los accionistas de los entes desaparecidos. Sobre este particular, debemos descartar la posibilidad de que dicha sociedad, en vez de entregar acciones, los liquide totalmente. Este caso no sería el de una fusión, pues los socios de la sociedad extinguida no pasarían a formar parte de la sociedad fusionante. Nosotros consideramos que, una de las características del contrato de fusión, es precisamente hacer que al extinguirse la sociedad fusionada sus socios pasen a serlo en la sociedad supérstite. Así también lo aprecia Miguel Motos Guirao, al afirmar que "El tercer rasgo esencial de la fusión en la Ley es la necesidad de que la contraprestación de la absorbente o de la nueva, haya de consistir en acciones. Con toda exactitud dice la parte pertinente de su exposición de motivos que la fusión no solamente es confusión de patrimonios, sino también agrupación de socios pertenecientes a entidades distintas.....De

esta forma se mantiene en toda su integridad la pureza asociativa de la fusión".(2)

Posteriormente mencionaremos las principales características que hemos localizado en la fusión por absorción: ocurre la extinción de la sociedad o sociedades fusionadas, subsiste sólo una de las sociedades que intervienen en la fusión, y que se llamará sociedad fusionante; los patrimonios de las sociedades fusionadas se transmiten universalmente a la que subsiste; la sociedad fusionante aumenta su patrimonio en el mismo valor en que están considerados los activos netos de las sociedades fusionadas; y los socios de las sociedades que se extinguen, pasan a ser socios de la sociedad absorbente.

El Art. 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se refiere a esta clase de fusión en su último párrafo al establecer que "transcurrido el plazo sin que se haya formulado oposición podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsiste ....", y el Art. 223 habla de "aquella" sociedad que deje de existir, pues sólo en esta clase de fusión puede haber una sola sociedad que se extinga.

Para finalizar, definiremos a la fusión por absorción como el contrato por virtud del cual una o más sociedades denominadas fusionadas, acuerdan con otra sociedad que

subsiste, y que se llama fusionante, en transmitir sus patrimonios a cambio de que los socios que las integran pasen a formar parte de ésta.

IV.2.- FUSION PERFECTA.

Conocida también como fusión pura o fusión por integración. Esta fusión provoca un cambio radical de los estatutos de las sociedades que hayan de fusionarse, ya que todas se extinguirán anticipadamente, para crear con su patrimonio una nueva sociedad. El capital de la sociedad nueva será la suma de los capitales netos de todas las sociedades que desaparecen, correspondiendo a sus anteriores miembros las acciones o cuotas de participación de la nueva sociedad, en proporción a la participación que tenían en el capital de las sociedades fusionantes.

Es necesario señalar que el tipo de fusión que se ha llevado a cabo, debe ser decidido en el momento en que la asamblea de socios acuerde fusionarse con otra sociedad. Si opta por la fusión perfecta, implícitamente se está acordando la extinción anticipada de la sociedad, la cual al llevarse a cabo el contrato de fusión tendrá efecto. La extinción de las sociedades fusionadas y el nacimiento del nuevo ente, resultado de la fusión, en simultáneas, donde los bienes que forman el patrimonio de aquéllas pasan a ser propiedad de la nueva

sociedad, sin que dichos bienes, en ningún momento pasen a ser propiedad de los socios que la integran.

En el último párrafo del Art. 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se refiere a este tipo de fusión, que establece que "La sociedad que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas", y el Art. 226 señala que "cuando de la fusión de sociedades vaya a resultar una distinta". La ley, aunque reconoce las dos clases de fusión, no distingue en forma precisa a cada una de ellas.

Es importante por otro lado, insistir sobre quienes serán los socios que forman a la nueva sociedad, ya que pueden suponerse que siendo las sociedades que han decidido fusionarse las que contratan la fusión, sean los mismos socios de la sociedad resultante, por lo que se debe aclarar que dichas sociedades, al tener efectos la fusión, se extinguen de manera automática, y por lo tanto, no sería posible que fueran parte en la nueva sociedad. Un efecto del contrato de fusión, es cuando los socios de las sociedades fusionadas sean los socios de la nueva sociedad.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Art. 226 señala que "Cuando de la fusión de varias sociedades resulte una diferente, su constitución se sujetará a los

principios que rijan la constitución de la sociedad a cuyo género pertenezca". De esta disposición, se destaca el hecho de que la nueva sociedad se constituirá en cualquiera de las especies de la sociedad mercantil que establece la ley en su primer artículo, ya que su constitución debe ser ante notario público. El instrumento que contenga el contrato de fusión será también la escritura constitutiva de la nueva sociedad, debiendo contener los requisitos que establece el Art. 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Los artículos que en cuanto a la forma no pueden ser aplicables a la fusión perfecta, son los que se refieren a la constitución de la sociedad anónima por suscripción pública, ya que por la misma naturaleza de la fusión, el capital de la nueva sociedad es formada con los activos netos de las fusionadas. La creación de la nueva sociedad deberá realizar en cuanto al fondo, examinando las disposiciones legales que se refieran a la clase de sociedad a cuyo tipo haya de corresponder. En resumen podemos asegurar que la fusión perfecta extingue a todas las sociedades preexistentes, al crearse una nueva sociedad y donde los socios que pertenecían a las sociedades fusionadas pasan a ser socios de la sociedad nueva.

Para terminar este punto, expondremos la definición que se ha obtenido para este tipo de fusión y que es la siguiente: La fusión perfecta es el contrato en virtud del cual, dos o más

sociedades mercantiles que se denominan fusionadas, convienen en extinguirse para confundir sus patrimonios y agrupar a sus respectivos socios en una nueva sociedad que recibe el nombre de resultante.

IV.3.- FUSION DE DIVERSAS CLASES DE SOCIEDADES MERCANTILES.

El Art. 222 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala que la fusión será acordada por cada sociedad en la forma y términos que correspondan, según su naturaleza. En dicho ordenamiento en ningún momento limita la fusión a un determinado tipo de sociedades, ni niega la posibilidad de que se fusionen sociedades de diversas clases, por lo que consideramos aplicable el principio de que lo que no está prohibido por la ley, está permitido, por lo que afirmamos que sí es posible la fusión de sociedades mercantiles que pertenezcan a diversas clases.

Al haber aprobado la posibilidad de fusión de diversos tipos de sociedades entre sí, consideramos los problemas que en la práctica surgirían al llevarla a cabo. Hay que reconocer que en la Ley General de Sociedades Mercantiles, la fusión es aplicable a las sociedades en Comandita Simple, de Responsabilidad Limitada, en Nombre Colectivo, en

Comandita por Acciones y Anónimas, en la que los socios de cada una de ellas tienen diversos derechos y obligaciones respecto de los socios de las demás sociedades. La doctrina ha seguido dos grandes grupos de sociedades desde el punto de vista económico, que son las llamadas *sociedades* de capitales y sociedades de personas; las sociedades de capitales eliminan el carácter personal en forma definitiva, pues los socios por sí, no tienen derecho a la gestión y se da la facilidad de ingreso a nuevos socios, ya que para este tipo de sociedades ésto representa la posibilidad inmediata de obtener recursos de inversionista. En las sociedades de capitales la única responsabilidad de los accionistas, será la de cubrir el importe de sus acciones. En las sociedades de personas los socios tienen una influencia decisiva, ya que con frecuencia existen entre ellas vínculos familiares o de amistad, y como consecuencia principal de tal carácter personal, los socios responderán personalmente con su patrimonio de las deudas que contraiga la sociedad y tendrán a su cargo la administración de ésta. Mantilla Molina señala al respecto de esta clasificación que "se funda en que el intuitu personae, la consideración de las cualidades personales de los socios, tiene gran importancia en algunas sociedades (sociedades de personas), al paso que en otras las tiene muy escasa, pues, se atiende preferentemente al capital aportado, y se contituyen intuitu pecuniae (sociedades de capitales)."(3). De acuerdo con esta clasificación, la única sociedad de capital propiamente dicha sería la Sociedad

Anónima, ya que todas las demás sociedades restringen la admisión de nuevos socios al consentimiento unánime de sus miembros, con la única excepción que en la sociedad comandita por acciones sí se permite el ingreso de socios comanditarios.

A efecto de tratar los problemas que en la práctica surgen con motivo de la fusión entre sociedades de diversas clases, es conveniente hacer su clasificación desde un punto jurídico, como lo entiende Joaquín Garrigues, quien establece que "Tal es el criterio que clasifica las sociedades por el dato de la distinta responsabilidad del socio por las deudas sociales. Cuando los Códigos quieren definir cada uno de los diversos fines sociales no acuden a ningún criterio económico (motivos que impulsan a la asociación), ni jurídico económico (gestión legal), sino que recurren a un criterio estrictamente jurídico de diferenciación: el de la responsabilidad."(4)

La responsabilidad para cada tipo de sociedad, la establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, por ejemplo: En la Sociedad en Comandita Simple y Comandita por acciones, se distinguen dos clases de socios: los Comanditados, quienes responden de las obligaciones sociales de igual manera que los socios de la Sociedad en Nombre Colectivo; y los Comanditarios, quienes responden limitadamente de las deudas sociales, es decir, sólo tienen

obligación de pagar su aportación, de acuerdo con lo establecido por el Art. 51. Los socios de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, al igual que los socios de las Sociedades Anónimas, sólo se obligan al pago de sus aportaciones respectivamente, por lo tanto los acreedores sociales sólo podrán irse en contra del patrimonio de la sociedad, ya que los socios no responden personalmente frente a los acreedores. Dichas responsabilidades las señalan los Arts. 58 y 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por otro lado encontramos que en la Sociedad en Nombre Colectivo los socios responden en modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, según lo establece el Art. 25 de dicha Ley.

Por lo que consideramos que toda fusión entre sociedades de diferente clase o forma equivale a una transformación de la sociedad absorbida y en el caso de fusión por creación es un proceso de transformación para las que no revistieron la forma de la nueva. Al aceptar que no es necesaria una forma común entre sí o con la de la nueva creación para que puedan fusionarse varias sociedades, queremos decir, que no se exige como requisito esencial para la fusión una transformación previa de las sociedades ya que consideramos que la transformación va subsumida en el propio acuerdo de fusión, de tal manera que al tener efectos de fusión, se operará al mismo tiempo la transformación de las

sociedades que hayan de extinguirse, cuya forma no coincida con la de la resultante de la fusión.

Frisch Philipp, afirma que "en México las partes pueden combinar de hecho operaciones de fusión y transformación en forma sucesiva para obtener resultados de cada una de tales operaciones; aplicando, sin embargo, de jure dos instituciones legales en forma separada; es decir, como primer acto de la transformación en Sociedad Anónima y como segundo, la fusión entre la transformada y otra sociedad anónima".(5). Lo cual no estamos de acuerdo, porque sería ilógico establecer la obligación de realizar una transformación previa a la fusión, ya que para obtener una y otra se deberá seguir el mismo procedimiento y cumplir con las mismas formalidades, como lo señala la Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 228, que establece lo siguiente: "En la transformación de las sociedades se aplicarán los preceptos contenidos en los artículos anteriores de este capítulo".

A fin de contemplar los diferentes supuestos que encontramos en la fusión de sociedades que revisten formas diversas, expondremos algunos casos que en la práctica pueden darse.

Primero trataremos el supuesto de una sociedad de diferente especie, que pertenece al mismo grupo en cuanto al

grado de responsabilidad de socios, encajando en este caso las fusiones de Sociedades Anónimas con sociedades de Responsabilidad Limitada; o bien las sociedades en Nombre Colectivo, con Comanditarias Simples o por Acciones. En estos supuestos ocurre una transformación de sociedades que hayan de desaparecer al tener efectos la fusión con la particularidad de que aún y cuando la forma social se ha transformado, la posición jurídica de los socios dentro de la sociedad y la garantía de los acreedores permanecen inalteradas, ya que los socios continuan con su anterior responsabilidad limitada o ilimitada, con excepción del caso de los socios comanditarios quienes, en el supuesto de que la sociedad a que pertenecen se fusione en una colectiva, pasarán a responder de las obligaciones sociales en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria. Pero en estas sociedades se dan amplias libertades a los socios de separarse de la sociedad, regularmente cuando se modifica el contrato social.

Se presentan mayores complicaciones en la fusión de sociedades de diferente especie y grado de responsabilidad. Porque la posición de los socios que por medio del acuerdo de fusión pasan a serlo de la otra sociedad, en general se ve profundamente alterada. Por otro lado, la transformación de la sociedad que desaparece con la fusión, para incorporarse a otra sociedad con una forma social de diferente responsabilidad, afecta gravemente a los acreedores. En este

tipo de fusión encontramos dos hipótesis, que serían el paso de sociedades cuyos socios tienen una responsabilidad ilimitada a sociedades con responsabilidad limitada y viceversa. Podemos mencionar que los casos que venimos comentando se pueden llevar a cabo, mediante la fusión por creación de una sociedad nueva, de grupo diferente a alguna o a todas las sociedades que se fusionaron para crearla, como la fusión por absorción, en la que la sociedad absorbente sea de un grupo diferente al de la absorbida, en la que la sociedad absorbente no sufrirá transformación alguna.

En la práctica la fusión que más se da, es la de la absorción que hace una sociedad Anónima a una sociedad de Nombre Colectivo, en Comandita Simple o por Acciones. También cabe la fusión de estas para crear una Sociedad Anónima. En estos casos, nos encontramos con un cambio radical en relación a la posición jurídica de los socios de las sociedades afectadas por la transformación que lleva consigo la fusión.

En este caso los socios, transforman completamente su sistema de responsabilidad, porque de una responsabilidad personal e ilimitada pasan a una responsabilidad limitada al importe de su participación social en la absorbente o de reciente creación. Por otro lado, estos socios, al llevarse a cabo la fusión, verán agravada su posición jurídica en la Sociedad

Anónima, ya que en los asuntos de la sociedad su intervención se veía disminuída, en virtud de que en las sociedades de tipo personalista, los socios, con excepción de los comanditarios, tienen el derecho de administrarla según lo establece la Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 40, por lo tanto, su absorción por una Sociedad Anónima, supondría la posibilidad de su separación de la administración. Desde el punto de vista de los acreedores, la fusión produce un grave riesgo, porque se ven disminuidas las garantías que protegían su crédito, toda vez que antes tenían que responder de él, el patrimonio social y subsidiariamente el privado ilimitado de todos los socios colectivos o comanditados, sustituído después de la fusión por una determinada responsabilidad, o sea del capital social de la nueva sociedad.

Como segunda hipótesis mencionada, es la que se refiere a la fusión que lleva consigo la transformación de una sociedad, donde los socios tienen una responsabilidad limitada y por otro lado una responsabilidad ilimitada, esta hipótesis es muy difícil que en la práctica se dé, ya que esta clase de sociedades tienden a desaparecer. Esto se da, cuando una sociedad en nombre Colectivo o en Comandita absorbe a una sociedad de Responsabilidad Limitada o Sociedad Anónima, donde estas sociedades se fusionan para dar origen a una sociedad nueva, ya sea Comandita o Colectiva. Esta unión da origen a una transformación que sustituye un sistema de

responsabilidad limitada al capital social de la sociedad, por otro en el que además del patrimonio social de la sociedad responderán subsidiariamente con responsabilidad personal o ilimitada todos o parte de sus socios. A primera vista, se puede deducir que la posición de los acreedores se fortalece, ya que de las garantías que tenían en la sociedad que se extingue, surge ahora la responsabilidad personal e ilimitada de todos o algunos de los socios que forman parte de la sociedad como socios comanditados o colectivos. Desde el punto de vista de los intereses de los socios, la fusión entraña mayores peligros, ya que los socios de las sociedades que se extinguen por la fusión pasan a otra sociedad con un régimen de responsabilidad personal e ilimitada. Por otro lado, los socios de la sociedad de Responsabilidad Limitada, para que se puedan aumentar las obligaciones de éstos, se requerirá el consentimiento unánime de todos ellos, como lo establece la Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 83, por lo que corresponde a los accionistas de una Sociedad Anónima, y a la vez, la ley en el Art. 206 concede a los accionistas el derecho de retiro a quienes hayan votado en contra de la transformación que sufrirá la sociedad al llevarse a cabo la fusión. Por lo enumerado anteriormente, concluímos que la legislación nuestra se ha preocupado de proteger a los socios, en caso de agravarse su régimen de responsabilidad dentro de la sociedad.

IV.4.- FUSION DE SOCIEDADES CON OBJETOS DIFERENTES.

Podemos afirmar que sí se puede llevar a cabo la fusión de sociedades con objetos diferentes. Ya que algunos autores, al definir la fusión hacen resaltar como característica el hecho de que la fusión puede celebrarse entre sociedades que tengan o no la misma forma u objeto y dicen que la fusión, en sentido lato, consiste en la reunión de dos o más sociedades de la misma o diversa forma, con el mismo o diferente objeto, y al efecto nuestra legislación no exige que las sociedades que acuerden fusionarse tengan el mismo objeto y así lo señala Vázquez del Mercado, quien manifiesta que: "Cuando a consecuencia de la fusión el objeto de la sociedad que absorbe a las otras se debe de modificar o cambiar no es causa que impida la celebración del contrato de fusión ya que nuestra ley como en otras legislaciones antecedentes de la nuestra (España) no exige que el objeto de las sociedades que acuerdan fusionarse sea el mismo".(6) Por otro lado, si ya mencionamos en el punto anterior que sí es posible la fusión de sociedades mercantiles de diferentes clases o especies, con mayor razón estamos de acuerdo en la fusión de sociedades con objetos distintos.

Desde el punto de vista jurídico, hemos de considerar que en la mayoría de los casos, al llevarse a cabo la fusión de

sociedades el objeto social será modificado y por lo tanto los socios que no hayan estado de acuerdo en la fusión y votaron en contra de la resolución respectiva, tienen derecho de separarse de la sociedad, es importante mencionar que al ser tomado el acuerdo, en la fusión por incorporación, la sociedad fusionante que amplíe su objeto social para que pueda desarrollar sus actividades en el ramo de las sociedades fusionadas, ya que en la práctica ocurre que la sociedad fusionante sólo modifica su cláusula relativa al capital, es decir, que aumenta su capital, pero no toma en cuenta que por efecto de la fusión debe ampliar su objeto social y dedicarse a desarrollar las actividades de las empresas o sociedades desaparecidas; lo mismo lo podemos afirmar para el caso de la fusión perfecta, en la que al darse el nacimiento o constituirse la nueva sociedad se deberá incluir en el objeto las actividades que desarrollaban las sociedades que dejaron de existir, para que de esta forma exista la posibilidad de explotar dichas empresas, ya que económicamente, consideramos que es necesario el no poner trabas a la fusión de sociedades dedicadas a diferentes giros, ya que constantemente es necesaria la fusión de sociedades de naturaleza diferente, para complementarse en la elaboración de determinados productos con un fin preponderantemente económico.

IV.5.- EL PROBLEMA DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES.

Para poder desarrollar este punto, es necesario primero determinar que se entiende por sociedad irregular, ya que como sabemos y como lo hemos señalado anteriormente, para la constitución de toda clase de sociedades mercantiles, éstas deben de sujetarse a los requisitos, que señala la Ley General de Sociedades Mercantiles, e incribirse en el Registro Público de Comercio el primer testimonio para que surta efectos contra terceros, ya que si no cumple con estas formalidades es considerada como irregular. Al efecto Joaquín Garrigues define a la sociedad irregular de la siguiente forma: "El concepto de la sociedad irregular lógicamente ha de ser la antítesis de la sociedad regular. Esta última nace de la concurrencia de un doble requisito: el otorgamiento de una escritura pública y la inscripción de esa escritura en el Registro Mercantil".(7) A esta inscripción se le dota de un efecto adicional al de la publicidad material positiva y que consiste en otorgar personalidad jurídica a la sociedad, convirtiéndola en sujeto del derecho, a nivel de los comerciantes individuales.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 2o. tercer párrafo, establece cuales son las sociedades irregulares, al señalar que "Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales

frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica" Por lo que nos damos cuenta, la sociedad irregular no afecta a su existencia ya que la misma ley le concede personalidad jurídica. Por otro lado, la Ley General de Sociedades Mercantiles no prohibe expresamente la fusión de sociedades irregulares, pero dicha fusión no puede realizarse, en virtud de que las sociedades irregulares interesadas tendrán que reunir todos los requisitos señalados por la ley para tal efecto. Uno de los requisitos que nos señala, es que la sociedad esté inscrita en el Registro Público de Comercio para que los acuerdos de fusión también se inscriban. Según lo dispuesto por el Art. 223 que establece lo siguiente: "Los acuerdos sobre fusión se inscribirán en el Registro Público de Comercio y se publicarán en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse". Y a su vez, el Art. 224 señala que: "La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior". Por lo anteriormente expuesto se deduce que no podrá efectuarse la fusión si no se inscriben los acuerdos que hayan tomado las partes interesadas, pero cabe señalar que si nos encontramos en el supuesto de que una sociedad es irregular, nos preguntamos ¿en qué Registro o en qué parte de éste se harán las inscripciones que nos establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, si tomamos en cuenta que este tipo de sociedades no están inscritas en dicha Dependencia?. Desde

luego, la inscripción del acuerdo de fusión que haya tomado la sociedad se deberá hacer en el Registro y en el Folio Mercantil en que esta sociedad se encuentra inscrita, pero en el caso que nos ocupa al no haber inscripción alguna, la sociedad irregular no podrá fusionarse, a menos que se regularice para poder celebrar el contrato de fusión acordado por los interesados.

Para finalizar este punto cabe señalar que las sociedades irregulares presentan dos aspectos, un interno (relaciones de socios entre sí) y un externo (relaciones de la sociedad con terceros).

a).- En el aspecto interno de la sociedad, la irregularidad de constitución es irrelevante donde el contrato de sociedad no elevado a escritura pública o no registrado, es válido solamente entre los interesados, y donde nuestra legislación no declara su nulidad, ni concede a los socios la facultad de pedir su disolución de la sociedad.

b).- En el aspecto externo la irregularidad de la sociedad, tiene tres consecuencias importantísimas:

Primera consecuencia es la falta de personalidad de la sociedad, ya que ésta se adquiere sólo inscribiendo la empresa en el Registro Público de Comercio.

Segunda consecuencia es la invalidez de los contratos que celebra la sociedad con terceras personas.

Tercera consecuencia es la responsabilidad de los gestores de la sociedad para con las personas extrañas (terceros) con quienes hubiesen contratado en nombre de la misma.

1) Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "Curso de Derecho Mercantil".- Vol. I.- Editorial Porrúa.- México, 1974.- pág. 79.

2) Motos Guirao Miguel.- "Fusión de Sociedades Mercantiles".- Prólogo de Antonio Polo Diez.- Editorial Revista del Derecho Privado.- Madrid, 1953.- pág. 356.

3) Mantilla Molina L. Roberto.- "Derecho Mercantil".- Vigésima Séptima Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1990.- pág. 240.

4) Garriguez Joaquín.- "Curso de Derecho Mercantil".- Vol. I.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1981.- págs. 321 y 322.

5) Frisch Philipp Walter.- "La Sociedad Anónima Mexicana".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1979.- pág. 448.

6) Vázquez del Mercado Oscar.- "Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1980.- pág. 296.

7) Garriguez, ob. cit.- págs. 338 y 339.

CAPITULO V.

SISTEMAS DE FUSION.

V.1.- SISTEMAS DE FUSION EN DIVERSAS LEGISLACIONES.

En primer lugar tenemos que existen legislaciones en que prácticamente no se regula la fusión y que la misma en realidad ha tenido su origen en la doctrina y en la Jurisprudencia,con situaciones no muy acertadas, como es el caso de Francia. Al respecto Rodrigo Uría, al referirse al derecho Francés decía: "Naturalmente el Código de Comercio Francés, redactado en los albores del liberalismo político, no captó el fenómeno de la fusión ni siquiera en aspectos puramente parciales. Tampoco suple esta laguna la Ley de Sociedades de 1867, y sólo las leyes de 9 de julio de 1902 y de 16 de noviembre de 1867 y, sólo las Leyes de 9 de julio de 1902 y de 16 de noviembre de 1903, consagran implícitamente la legalidad de la Institución al reglamentar la negociación de las acciones de aportación creadas en los supuestos de fusión de Sociedades. La carencia de textos legales obligó a la doctrina Francesa a recurrir al principio de la libertad de contratación para legitimar las operaciones de fusión, si bien con reserva de eventual aplicación del artículo 419 del Código Penal, en el

supuesto de que la fusión dirigida a provocar alteraciones de precios penados por ese precepto". (1)

Por otro lado, existe un segundo grupo de legislaciones, en que la fusión se regula con carácter General para todas las sociedades mercantiles, como son los casos de Italia y México.

Por último, tenemos un tercer grupo de legislaciones, en que la fusión está únicamente reglamentada por lo que se refiere a las Sociedades Anónimas, como son los casos de Alemania, Austria y Suiza, entre otros.

V.2.- SISTEMAS DE EJECUCION PARA LLEVAR A CABO LA FUSION.

Existen dos grandes sistemas que son los más importantes, en los que encontramos los adoptados en Alemania e Italia, sistemas que posteriormente fueron imitados por otras legislaciones entre ellas la legislación mexicana, que adopta al sistema italiano.

A).- SISTEMA ALEMAN.

Aquí la fusión tiene lugar inmediatamente que ésta se delibera, pero los patrimonios sociales permanecen separados por cierto tiempo al igual que su administración, que es llevada

a cabo por separado; y sólo cuando los acreedores han sido satisfechos o debidamente garantizados, los patrimonios sociales pasan a formar uno solo. Anteriormente, éste sistema conocía solamente la fusión por incorporación para las Sociedades Anónimas y para las Comanditarias por Acciones, sistema que contemplaba el Código de Comercio Alemán de 1900. Posteriormente, en 1937, la Ley sobre Sociedades por Acciones y Sociedades en Comandita por acciones, considera dos tipos de fusiones; la perfecta y por absorción, y establece a las Sociedades que desaparecen como sociedades transferentes y a la sociedad nueva, como incorporante, también establece que las sociedades que no hayan estado inscritas en el Registro de Comercio, dos años por lo menos, antes de realizarse la fusión, no podrán realizar una fusión propiamente dicha. Esta Ley amplía el campo de la fusión a las sociedades de diversa naturaleza que las anónimas y acepta que puedan fusionarse las sociedades en Comandita por acciones, de Responsabilidad Limitada y de explotación minera. Asimismo, desaparece la obligación de la administración separada de los patrimonios, garantizando en cambio el pago de los créditos en favor de terceros con la prestación de una garantía, teniendo dos acreedores un plazo de 6 meses para exigirla. Es decir, en Alemania, la fusión de una sociedad con otra, opera sin previa liquidación, pero los bienes de las sociedades que desaparecen continúan formando una masa separada de los bienes de la

sociedad que la absorve, mientras no sean satisfechos o garantizados, los intereses de todos sus acreedores.

B).- SISTEMA ITALIANO ANTIGUO.

Este sistema se basa en el Código de Comercio de 1883, y la fusión se puede realizar en dos formas: por incorporación, donde una o más sociedades se extinguen y son absorbidas por otra sociedad que subsiste; y, la fusión perfecta en la que se crea una sociedad diferente a las que han acordado la fusión, las cuales desaparecerán; en este Código en sus artículos 193 al 196, ordena la materia de fusión tomada por cada una de las sociedades que van a fusionarse y se da a conocer mediante publicación, en su artículo 96, señala que los documentos relativos a la fusión deben ser depositados, fijados y publicados en extracto, de acuerdo a las disposiciones de los artículos 90, 93, 100 y 197, que establecen que, cuando se trata de sociedades en nombre colectivo o en comandita simple, dentro de los 15 días siguientes al día en que la sociedad estipuló la fusión deberán depositarse en el Tribunal de Comercio, en cuya jurisdicción se encuentre establecido el domicilio de la sociedad, para que se inscriba en el registro de las sociedades y los administradores deben publicar el acuerdo de la Asamblea en el Diario de los anuncios judiciales del lugar en donde la sociedad tenga su sede. Cuando se trata de sociedades anónimas o en comandita por acciones, el extracto de la

liberación social se deposita en la cancillería del tribunal civil, del lugar donde tiene su domicilio la sociedad, donde el tribunal verifica si se reunen las condiciones exigidas para que la deliberación sea válida, y ordena su inscripción y fijación en los lugares que la Ley señala, al respecto César Vivante manifiesta lo siguiente: "El sistema Italiano, es el que, una vez deliberada la fusión, es necesario que transcurra determinado tiempo para que la fusión tenga efecto. Es decir, para que los patrimonios formen uno solo; y mientras ello ocurre, cada sociedad administra y dispone libremente de su haber social".(2)

La característica más importante de este sistema es que, deliberada la fusión por cada una de las sociedades que habrán de compenetrarse, es necesario que transcurra un plazo, que es de tres meses, igual que en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, que adopta el sistema italiano tanto en lo que se refiere al establecimiento de una serie de preceptos de carácter general sobre la fusión de toda clase de sociedades mercantiles, como en cuanto al sistema de fusión, que también se basa en el establecimiento de un término preventivo con el fin de garantizar los derechos de los acreedores, durante estos tres meses, los acreedores podrán oponerse a la fusión, o bien las diferentes sociedades podrán obtener el consentimiento de todos los acreedores, lográndose de esta manera que la fusión surta efecto inmediatamente después de que se hayan

efectuado las publicaciones ordenadas por la Ley. Durante este plazo, las sociedades conservarán su autonomía en la administración y disposición de su respectivo patrimonio.

Por otro lado, este sistema no señala en ningún momento la celebración de un acto de fusión diverso de los acuerdos tomados por los órganos de las sociedades, por lo tanto bastarían éstos para que la fusión pudiera llevarse a cabo, aunque como lo señala Motos Guirao, "La doctrina estimó que, además de las deliberaciones de las juntas generales, preceptuadas en el artículo 193 del citado cuerpo legal, era necesario un contrato de fusión, concluído por los administradores, en ejecución de los acuerdos adoptados por las respectivas sociedades en sus asambleas".(3)

Respecto de lo antes asentado, el Art. 224 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece: "La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción preventiva en el artículo anterior." (que se refiere al registro de los acuerdos de fusión y al último el balance).

Durante dicho plazo cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan podrá oponerse judicialmente a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que

declare que la oposición es infundada, salvo los casos de excepción que nuestra legislación señala.

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 obligaciones de las sociedades que desaparezcan.

Creemos que es importante señalar las fallas que encontramos en este sistema, ya que como lo hemos señalado anteriormente, nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, al referirse a la fusión, lo hace en los mismos términos que el sistema italiano, en primer lugar, debemos partir del hecho de que cada asamblea o junta de socios de las empresas que se fusionarán se reunen por separado y discuten y acuerdan las bases de fusión que consideran convenientes. Al no exigir la Ley la celebración de un contrato de fusión, podrá suponerse que es posible realizar ésta, tan solo con los acuerdos que hayan sido tomados para tal efecto por las diferentes sociedades, al ser resueltas las formalidades que la Ley exige, lo cual es difícil de lograr, ya que aunque los representantes de las sociedades con anterioridad han discutido entre sí las bases para llevarla a cabo, consideramos remota la posibilidad de que al ser tomados los acuerdos correspondientes, coincidieron en todos los puntos con los de

las otras empresas. La única posibilidad que consideramos factible para poder lograr la uniformidad en los acuerdos y realizar la fusión sin ningún contrato, sería que una de las sociedades decidiera la fusión, considerando en sus resoluciones todos los aspectos que normalmente serían convenidos en un contrato, tales como la cotización de acciones o partes sociales para su canje al incorporarse los socios a la sociedad nueva, o la designación de las personas que la administrarían, entre otros, una vez reunidos estos requisitos, el resto de las sociedades se someterán a tales acuerdos para tomarlos en los mismos términos.

Por otro lado, la fusión constará en ciertos documentos y cuantas hayan sido las sociedades que intervengan, y la asamblea de cada sociedad donde hayan llegado al acuerdo de fusionarse será protocolizado ante notario por separado. Asimismo, existe la dificultad de saber en que momento surtirá efectos la fusión, ya que una empresa pudo haber obtenido la autorización de los acreedores para que inmediatamente la fusión tenga efectos y las otras no lo pudieron lograr o bien que dichos acuerdos sean inscritos en el Registro en fechas diferentes, este problema en la práctica ha sido resuelto de diferentes formas, por ejemplo, la asamblea acuerda que la fusión surtirá efectos en tal día, esta solución nos parece ilegal, pues no puede la sociedad fijar dicho día, sino que éste, por disposición expresa de la Ley, se da en el término de tres meses

a partir de la inscripción del acuerdo de fusión, siempre y cuando sí se pactara el pago de las deudas de la fusión.

C).- SISTEMA ITALIANO VIGENTE.

Este sistema se establece con el Código Civil de 1942, que sigue el lineamiento del Código anterior, y ha establecido que para llevarse a cabo la fusión no son suficientes los acuerdos de las sociedades que van a fusionarse, sino que es necesaria la celebración de un acto especial, o contrato de fusión, que se realizará con las formas prescritas para el acto constitutivo, al efecto Messineo, al mencionar el sistema de fusión de su país señala, lo siguiente: "Las deliberaciones separadas de fusión, adoptadas por cada una de las sociedades, constituyen actos preparatorios de la futura fusión. Para obtener ésta, es necesario un acto autónomo ulterior, que es análogo al acto constitutivo de la sociedad y que se denomina acto de fusión".(4) Es por lo que aceptamos la conveniencia de celebrar un contrato de fusión, que es el que produce todos los efectos típicos de este negocio jurídico, y estos efectos se producen al desaparecer las sociedades fusionadas y surge la nueva sociedad.

Actualmente el código vigente italiano de 1942, sigue los lineamientos del anterior código, pero establece otras modificaciones de importancia, como son: señalar la fusión en

sus artículos 2501 a 2504, distinguir expresamente las dos clases de fusiones, conceder el derecho de oposición a los acreedores de la sociedad fusionante, haber dispuesto que los balances tengan que referirse al momento de los acuerdos de fusión y no a un tiempo pasado, otorgar la facultad que se le otorga al Tribunal de permitir que la fusión se lleve a cabo.

D).- SISTEMA ESPAÑOL.

La legislación española se ha preocupado recientemente en reglamentar cuidadosamente la fusión, siendo una de las más avanzadas hasta el momento en esta materia. Los aciertos más sobresalientes que dispone la nueva Ley sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, claramente encontramos que distingue los acuerdos de fusión que toma previamente cada una de las sociedades y la realización posterior de la fusión, señala expresamente la transmisión universal de los patrimonios que realiza cada una de las empresas fusionadas, reconoce dos clases de fusión, concede el derecho de retiro de los socios disidentes o a quienes no concurrieron a la asamblea que tomó el acuerdo de fusionarse; establece que los socios de las sociedades fusionadas participarán en la sociedad sucesora; exige un balance cerrado al día anterior de que se celebre la asamblea final al acuerdo de fusión, sobre este particular Joaquín Garrigues, al comentar los artículos respectivos de la Ley señala que: "Las formalidades que han de observar las

sociedades que se extinguen por fusión se establecen en el artículo 146 de la Ley, según el cual, harán constar el acuerdo de disolución en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil. La escritura habrá de contener el balance general de la sociedad, cerrado al día anterior al del acuerdo, las liquidaciones efectuadas a los accionistas o acreedores disconformes que hubieren hecho uso de los derechos que les confieren los artículos 144 y 145, y el balance final cerrado al día anterior al del otorgamiento de la escritura, que deberá figurar en la escritura de constitución de la sociedad creada por fusión".(5)

Además, Joaquín Garrigues dice: "Cuando la fusión da lugar a una nueva sociedad, la escritura constitutiva deberá contener, además de los requisitos esenciales, los balances finales de cada una de las sociedades que se fusionan. Cuando se realiza sólo la fusión por incorporación, los requisitos de la escritura se amplían por la obligación de incorporar en ellos las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la sociedad absorbente y el número y clase de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas".(6)

Estos últimos requisitos exigidos por la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, nos parecen necesarios, ya que un balance cerrado a la víspera de que se

celebre el acuerdo de fusión, todos los interesados en ella se darán cuenta de la situación económica de la empresa al acordar su fusión y con el balance cerrado al día anterior al de celebrarse la escritura de fusión, se establecerá, cual es el patrimonio que cada una de las sociedades que intervienen en la fusión aporta al surtir sus efectos dichos acuerdos.

E).- SISTEMA INGLES.

A manera de comparación, es interesante conocer el sistema inglés respecto del estudio que nos ocupa. Cuando por mayoría de los accionistas vaya a fusionarse una empresa con otra, el convenio entre las empresas se presenta ante el Tribunal, quien lo aprueba después de cerciorarse que una copia del mismo ha sido inscrita en el respectivo Registro, y dicta disposiciones que se refieren.

I.- La transferencia total o parcial de la empresa o de los bienes sociales.

II.- La distribuciòn o transferencia de acciones, obligaciones de contratos de seguros u otros a la sociedad a favor de la cual se transmite.

III.- La continuación de pleitos que estén pendientes a

favor o en contra de la sociedad cedente por la cesionaria.

IV.- La disolución sin liquidación de la sociedad absorbida.

V.- Disposición relativas a los que hubieren presentado su asentamiento a la compensación o convenio.

VI.- Otras medidas accesorias y suplementariasque se estimen necesarias para la mejor realización de la fusión.

Las disposiciones judiciales se presentan en el registro para su inscripción.

Por último Rodrigo Uría dice que: "Los accionistas que no están conformes con la fusión, pueden oponerse dentro de los siete días siguientes a la deliberación y obligar al liquidador para que se abstenga de ejecutar la resolución o adquiera sus acciones al precio señalado de mutuo acuerdo o por un perito."(7)

Para finalizar este tema consideramos que el sistema más conveniente y práctico para llevar a cabo la fusión es el italiano,ya que no por el simple transcurso del tiempo se puede dejar en estado de indefensión a los acreedores. Además, las

sociedades que intervienen en la fusión al resolver llevarla a cabo, tienen pleno conocimiento de las obligaciones que a la fecha cada una soporta y así lo estarían aceptando.

1) Citado por Vázquez del Mercado Oscar.- "Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1980.- pág. 206.

2) Vivante César.- "Tratado de Derecho Mercantil".- Tomo II.- Editorial Reus.- Madrid, 1932.- pág. 512.

3) Motos Guirao Miguel.- "Fusión de Sociedades Mercantiles".- Prólogo de Antonio Polo Diez.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid, 1953.- pág. 110.

4) Messineo Francesco.- "Derecho Civil y Comercial".- Vol. V.- Traducción por Santiago Sentis Melendo.- Ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires, 1971.- pág. 562.

5) Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "Tratado de Sociedades Mercantiles".- Tomo I.- Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1965.- págs. 614 y 615.

6) Citado por Vázquez del Mercado, ob. cit.- pág. 365.

7) Citado por Váquez del Mercado, ob. cit.- pág. 368.

CAPITULO VI.

PROCEDIMIENTO DE LA FUSION.

En este capítulo, no estudiaremos únicamente el procedimiento de fusión que señala nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que la finalidad de este trabajo, es proponer la forma más eficaz para llevar a cabo la fusión, resolviendo los problemas que enfrentan las sociedades que la llevan a cabo, tales como el saber con precisión cual es el acto que las compenetra y cuando producen sus efectos. De esta forma vemos que la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Art. 224 establece que "la fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior, y el Art. 225 señala que "la fusión tendrá efecto en el momento de la inscripción si se pactare...". De la redacción de estos artículos se desprende que la fusión ya se llevó a cabo, al tomar los acuerdos respectivos cada una de las sociedades, y sólo falta que esta surta sus efectos. Por otro lado, el Art. 224 en su último párrafo establece que "transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión ..., entendiéndose que la fusión no se ha llevado a cabo y que sólo transcurrido el plazo señalado podrá celebrarse ésta. Por lo que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles resulta confusa, por estos errores y varios que posteriormente serán

planteados, ocasionando con esto, que en la práctica las sociedades se fusionen de maneras diversas, ya que no existe un criterio uniforme en el proceso de fusión.

Para llevar a cabo la fusión, el procedimiento que nos parece más conveniente, es el que establece la contratación de la fusión por parte de las sociedades, mediante el consentimiento de las juntas de socios, ya que sólo puede modificarse la estructura jurídica de una empresa si existe el acuerdo de la asamblea. Por otro lado, no puede desconocerse que uno de los efectos de la fusión es la transmisión de uno o más patrimonios sociales, en favor de una determinada sociedad y que esta transmisión se origina de un acuerdo entre las sociedades que intervienen.

Asimismo, sostenemos que los acuerdos de las Juntas Generales que deciden la fusión, no tienen en modo alguna naturaleza contractual. Ni los restantes acuerdos de las asambleas pueden ostentar ese carácter. Así lo ha reconocido la doctrina más autorizada, y a esta tésis nos adherimos nosotros, porque la voluntad social, debidamente formada y manifestada a través de un acuerdo corporativo, no es sino una declaración unilateral y única de voluntad. El acuerdo social es la exteriorización de una sola voluntad: la de la sociedad que la adopta. Las voluntades de los socios quedan subsumidas e integradas en él. Esto explica el que aún las voluntades de los

socios opuestos al acuerdo social válido pasen a integrarlo. Es decir, la voluntad social no es la suma de voluntades singulares de los socios, sino su conjunción, aunque sea de distinto modo. Coincide con la mayoritaria, pero conceptualmente no puede identificarse con ella.

Admitido ésto, debemos de seguir con nuestro razonamiento, si los acuerdos de las juntas generales de las sociedades que quieren fusionarse no significan otra cosa que la exteriorización de otras declaraciones de voluntad, unilaterales y únicas, ¿dónde encontrar su confluencia y con ésta la posibilidad de realización de la fusión? No olvidar que la transmisión total de un patrimonio, incita en la fusión, a cambio de una contraprestación al fin requiere un acuerdo que encaje de un modo armónico los intereses afectados, y este acuerdo no puede tener fuerza obligatoria alguna, si no es un acuerdo inter partes, es decir de tipo contractual.

Nosotros, que hemos sostenido la naturaleza compleja de la fusión, que sí es corporativa y por otro se ve forzada a envolverse en el manto protector de contrato, entendemos que el acuerdo contractual es de todo punto imprescindible para la eficacia operativa de la fusión.

El Código de Comercio de 1882, no era muy claro en cuanto al señalamiento del carácter contractual que en cierta

medida reviste la fusión. Sin embargo la doctrina, estimó que, además de las deliberaciones de las Juntas Generales, señaladas en el Art. 193 del citado ordenamiento, era necesario un contrato de fusión, concluído por los administradores en ejecución de los acuerdos adoptados por las respectivas sociedades en sus asambleas.

El Código Civil de 1942, consagra este carácter bilateral de la fusión en el Art. 2504, en donde exige para la eficacia de la Institución, además de las necesarias deliberaciones de las Juntas Generales señaladas por el Art. 2502, un "atto di fusione", público o no, según la naturaleza de la sociedad resultante de la fusión, pero en todo caso obligatorio.

VI.1.- ACUERDO DE FUSION.

Consiste en una declaración unilateral por parte de los accionistas de las sociedades que pretenden fusionarse. Al respecto la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Art. 222, señala que "la fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza". Estos acuerdos son actos unilaterales en los que cada sociedad acepta fusionarse, siempre y cuando se cumplan los requisitos que determina la Ley General de Sociedades Mercantiles. En la práctica debemos consignar que los citados acuerdos no son

materialmente emitidos por los accionistas, y aún más, las asambleas de los mismos no se llevan a cabo como se supone. Lo que ocurrre es que dichos acuerdos son tomados por los Directores de las empresas que pretenden fusionarse, ya que los citados funcionarios son los que en realidad conocen la situación de la empresa, así como los pros y los contras que implica en un momento dado la fusión pero insistimos, ésto ocurre en la práctica, formalmente no debe ser así. La fusión en la mayoría de los casos trae consigo una modificación estatutaria de las sociedades que la celebran, esta modificación sólo podrá realizarse con el acuerdo de sus integrantes, y no por la simple voluntad de sus representantes. En el caso especial de la fusión, el acuerdo respectivo no produce la modificación que la fusión implica, porque la misma naturaleza de ésta, se requiere también el consentimiento de todas las demás sociedades que se van a fusionar. Por ello, debemos considerar el acuerdo de fusión como un acto corporativo unilateral, por el que la sociedad que lo emite acepta celebrar el contrato de fusión, una vez que se haya puesto de acuerdo con las demás sociedades y se cumplan los requisitos de formalidad que la Ley establece.

Volviendo al tema, dicho acuerdo deberá expresar la decisión de llevar a cabo la fusión y además la forma en que ésta va a operar.

Además, el acuerdo de fusión deberá otorgarse por la Asamblea General de Accionistas de cada una de las sociedades, y al efecto nuestra Ley señala que dicha asamblea será extraordinaria, y la razón de dicha disposición es que la fusión traerá como consecuencia una modificación en los estatutos sociales, caso concreto en lo que respecta a la duración de la sociedad, en que tiene señalado un término, que podrá cambiar. A este respecto la Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 182 Fracción VII, que son asambleas extraordinarias las que se reunan para tratar la fusión con otra sociedad, entre otros.

Las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas, pueden aprobar lisa y llanamente la fusión de sus sociedades respectivas, y podrán tomar un acuerdo en el que sólo se diga que la sociedad podrá fusionarse con tal o cual sociedad. Pero consideramos conveniente que las sociedades aprueben las cláusulas esenciales del contrato de fusión que será celebrado por sus representantes posteriormente.

Si se aprueba la fusión de una sociedad con otra, habrá dado al que vaya a ser ejecutor de ese acuerdo, poder amplio para contratar con la otra sociedad las cláusulas del contrato de fusión, por lo que el Delegado de la Asamblea podrá decidir la clase de fusión que se lleve a cabo, además cuando una sociedad acuerde su fusión con otra, es conveniente que

estipule las cláusulas esenciales del contrato, limitando las facultades del que en su nombre y representación va a celebrarlo.

Las razones por lo que es conveniente que las sociedades aprueben las cláusulas esenciales del contrato de fusión son las siguientes: poder dar a conocer a los acreedores de la sociedad, mediante la publicidad del procedimiento de fusión, las cláusulas esenciales del contrato de fusión ordenadas por la Ley, con lo cual podrán estar en condiciones de apreciar las ventajas o peligros que la fusión les pueda ocasionar, infundir confianza entre los socios que estén pensando ejercitar su derecho de retiro, de que la fusión se celebrará solo tales términos y no dejar a voluntad del representante puntos importantes o esenciales de la fusión.

De acuerdo con nuestra Ley respectiva, los acuerdos de fusión deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio, se publicarán en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse. Además, cada sociedad deberá publicar su último balance, y aquélla o aquéllas que dejen de existir, deberán publicar además el sistema establecido para la extinción de su pasivo, es decir, la forma en que van a liquidar sus deudas.

Consideramos que sería más conveniente que nuestra Ley estipulara la obligación por parte de las sociedades que pretendan fusionarse, de practicar un balance a la fecha en que se tome el acuerdo de fusión y no se limite únicamente a tomar en cuenta el último balance, que en un momento dado podría ser engañoso sobre la real situación económica de las empresas, ya que el último podría haberse practicado unos meses antes del citado acuerdo de fusión. En síntesis, la Ley debería hablar de un balance actualizado a la fecha del multicitado acuerdo de fusión.

VI.2.- PROTOCOLIZACION DE LOS ACUERDOS DE FUSION.

Anteriormente hemos señalado, aunque el acuerdo de fusión, es tomado por cada una de las sociedades que se van a fusionar, no entraña modificación, que acrecerá al momento de producir sus efectos el contrato de fusión. Por lo que, consideramos que deberá ser tomado, cumpliendo con todos los requisitos exigidos para llevar a cabo la modificación de la sociedad. La Ley General de Sociedades Mercantiles, debería establecer que los acuerdos de fusión se tomen claramente como si se produjera la modificación de los estatutos de las sociedades respectivas, es decir, que los acuerdos de fusión se protocolicen.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que se refiere a los acuerdos de fusión, exige que sea una Asamblea Extraordinaria la que deberá tratar sobre lo referente a la fusión de la sociedad y protocolizarse necesariamente, conforme al tercer párrafo del artículo 194 de dicha Ley, el cual señala que "las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas ante Notario e inscritas en el Registro Público de Comercio. Asimismo, lo anterior es aplicable a la Sociedad en Comandita por Acciones de acuerdo con lo que establece al Art. 208 del citado ordenamiento.

El problema se complica respecto a las demás sociedades mercantiles, ya que no se puede determinar cuando se perfecciona la fusión y así poder saber cuando sufre la modificación estatutaria la empresa. Si la fusión se llevara a cabo al momento de tomarse el acuerdo de fusión, no existiría problema, pues bastaría aplicar el Art. 5o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece lo siguiente: "Las sociedades se constituirán ante Notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones". Tomando en consideración las razones que dimos en el sentido de que el acuerdo de fusión, aunque no modifica los estatutos de la sociedad que toma, es el fundamento necesario para que la sociedad se fusione, por lo que es conveniente que siempre deberá ser protocolizada ante Notario Público dicha fusión.

VI.3.- DELIBERACION, REVOCACION E IMPUGNACION DEL ACUERDO DE FUSION.

La deliberación de la fusión, se lleva a cabo por cada una de las sociedades que deberán fusionarse y, debe de expresar no solamente la decisión de celebrar la fusión, sino también la forma de llevarse adelante, enumerándose para este efecto la situación patrimonial de las sociedades, y la manera y cuantía como serán reconocidos los derechos de los socios de las sociedades que desaparecen.

Al efecto Vázquez del Mercado, dice que: "La deliberación es sólo una declaración unilateral de voluntad, emitida por cada una de las sociedades que deberán fusionarse; que sólo produce efectos dentro de la sociedad que la hace, y que la fusión no tiene efectos mientras el contrato no se celebra entre los representantes legales de los entes".(1) Por otro lado, Aurelio Candian, manifiesta lo siguiente: "Las deliberaciones de las sociedades constituyen simplemente declaraciones unilaterales cuya eficacia se agota".(2)

Las deliberaciones de fusión adoptadas por las sociedades, constituyen, en todo caso, actos meramente preparatorios de la fusión y para que la fusión se lleve a cabo se requiere de un acto constitutivo de un ente social, es decir, el acto de fusión.

El acuerdo de fusión debe ser decidido en cada sociedad, por la asamblea general de los socios, en virtud de que la fusión implica, modificación de los estatutos, porque la duración de la sociedad se limita a un término legal que la Ley establece para que tenga lugar el acto de fusión. Por lo que respecta a este punto, se expresa que la deliberación de la asamblea es necesaria en cuanto a la fusión que implica una modificación estatutaria y toda modificación presupone una manifestación de la voluntad. No sólo porque el acuerdo de fusión implica una modificación de los estatutos. A este respecto dice Robert Gompel: "Es necesario que sea tomado en asamblea general extraordinaria; sino además, porque los administradores o gerentes no la podrían decidir, ya que ellos no son sino mandatarios cuyos poderes emanan de los estatutos y en consecuencia, no podrían ser modificados por ellos".(3) Estas decisiones son necesarias, ya que no puede llevarse a cabo una fusión sin el consentimiento de los accionistas.

La revocación del acuerdo de fusión es aceptada por la mayoría de los autores, ya que estos consideran que dicho acuerdo, implica la disolución de la sociedad, y manifiestan que la distinción entre el momento de la disolución y el de la extinción, determina varias consecuencias: después de las deliberaciones de fusión y hasta antes de la estipulación del contrato de fusión, les será posible a las autoridades revocar la deliberación y hacer imposible la fusión. Por otro lado, la

posibilidad de tornar tal acuerdo resulta de considerar que al ser la asamblea de accionistas o de socios el órgano supremo de la sociedad, puede tornar otro acuerdo posteriormente revocando la decisión anterior, ya que como lo hemos señalado, los acuerdos de fusión sólo obligan a las sociedades que lo toman si después la asamblea reconsidera su decisión y estima conveniente llevar a cabo la fusión, puede celebrar otra asamblea para revocar dicho acuerdo de fusión, siempre y cuando no se haya llevado a cabo el contrato de fusión por las sociedades ya que una vez celebrado éste, la situación de las sociedades habrá cambiado. En el mismo sentido se expresa Vázquez del Mercado, quien está de acuerdo con dicha revocación y quien señala que: "En todo caso, consideramos que si la revocación provoca algún perjuicio a alguna de ellas, habrá necesidad de resarcirla en los términos que, en su caso, se convenga o proceda".(4)

El Art. 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que la fusión tendrá efecto en el momento mismo de la inscripción. Parece obvio que en esta hipótesis, el acuerdo de fusión no podría ser revocado porque las sociedades se encuentran en la posibilidad de celebrar el contrato de fusión inmediatamente que se hace la inscripción. Ejecutado el contrato, se presentan los efectos correspondientes y consecuentemente no habrá la oportunidad de la revocación.

Como hemos señalado, que celebrado el contrato se producen los efectos y por lo tanto queda firme la fusión. Reafirmamos esto porque se ha sostenido que es factible no dar cumplimiento al contrato de fusión, es decir, se considera que aún cuando se haya celebrado éste las partes pueden deshacerlo. Pensamos que son dos aspectos diversos que no deben confundirse. Primero es el caso en que antes de celebrarse el contrato de fusión se proceda a revocar el acuerdo respectivo, y el segundo caso 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 caso participan más de una parte y también puede reconsiderarse por acuerdo de ellas.

Por lo que respecta a la impugnación del acuerdo de fusión plantea situaciones más complicadas.

El Art. 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, concede a los accionistas que representen el 33% del capital social, el derecho de oponerse judicialmente a los acuerdos tomados en asamblea general, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

I.- Que la demanda se presente dentro de los 15 días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea.

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

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

La aplicación de este artículo está condicionada a que se haya cometido una violación a las reglas señaladas en los estatutos o por la Ley, y no simplemente porque dicha minoría no esté de acuerdo con las decisiones tomadas en la asamblea. El procedimiento fijado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece además, la posibilidad de suspender la ejecución de la resolución impugnada, mediante fianza que otorguen los actores.

A un lado de esta acción de impugnación que puede ser ejercitada por la minoría señalada por la Ley, está el derecho individual de los accionistas de ejercitar la acción de nulidad opera ipso jure, sin necesidad de declaración judicial, es aconsejable obtenerla para hacer desaparecer la apariencia de legalidad de la resolución de fusión. Sobre este particular, Rodríguez y Rodríguez señala lo siguiente: "Todo esto nos lleva a la conclusión de que el artículo 201 sólo hayamos como

repetidamente hemos dicho, un caso de acción de impugnación, sujeta a la caducidad, ejercible por una minoría, basada en la infracción de la Ley o de los estatutos, cuando esta infracción no dé motivo para el ejercicio de la acción de nulidad que es de carácter estrictamente individual no sujeta en su ejercicio al plazo de caducidad que establece el Art. 201 e invocable por cualquier interesado".(5)

Podemos señalar como disposiciones que causa nulidad de los acuerdos tomadas por asamblea, las que establecen los artículos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, 179 que se refieren a las asambleas ordinarias y extraordinarias reunidas fuera del domicilio social; 188 que se refiere a las asambleas cuando no están presentes la totalidad de las acciones; 188, que señala como válidas las resoluciones adoptadas por ciertas mayorías.

VI.4.- PROBLEMAS DE PUBLICIDAD EN LA FUSION.

De acuerdo con nuestra Ley respectiva, nos señala la forma y medios que se deben seguir para la publicidad de los acuerdos de fusión, dichos acuerdos deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio y además se publicarán en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse. Además cada sociedad deberá publicar su último balance, y aquélla o aquéllas que dejen de existir, deberán

publicar además el sistema establecido para la extinción de su pasivo, es decir, la manera, en que van a liquidar sus deudas, de la lectura anterior, se desprenden tres publicaciones diferentes que para llevar a cabo la fusión deberán realizarse.

A).- PUBLICIDAD DE LOS ACUERDOS DE FUSION.

Como lo señalamos anteriormente, los acuerdos de fusión deberán protocolizarse ante Notario Público, y el primer testimonio que se expida deberá presentarse en el Registro Público de Comercio para su inscripción, además de la inscripción registral, el acuerdo de fusión deberá ser publicado en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que pretendan fusionarse, con estos dos medios de difusión, nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles obliga a las sociedades que se quieran fusionar a dar a conocer a terceros ajenos a la sociedad su intención de unirse en una sola y la forma en que lo harán, siendo esto último muy importante para los fines prácticos, ya que si el acta en que se tomó el acuerdo de fusión contiene las bases que la asamblea o junta de socios acordó para llevar a cabo la fusión, como determinar si dicha sociedad será fusionante o fusionada o si se creará una nueva sociedad y demás datos necesarios para dar confianza a los terceros, para que no se opongan a la fusión de la sociedad o sociedades.

B).- PUBLICIDAD DE BALANCES.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Art. 223 establece que los balances sólo requieren publicidad en el periódico oficial. Esta publicación de los balances juega un papel muy importante en el proceso de fusión, ya que con esto los acreedores se enterarán de la situación patrimonial de las sociedades que se fusionan, ya que si en un momento dado contrataron con una determinada sociedad, por efectos de la fusión pasan a ser acreedores de otra sociedad distinta, la que, como resultado de la reunión de diversos patrimonios en uno solo, tendrá una nueva situación financiera que podrá resultar benéfico o perjudicial para ellos, en síntesis, la publicación de los balances, significa el medio como los acreedores se darán cuenta de los efectos que hacia ellos producirá la fusión, para que en determinado momento hacer uso o no, del derecho de oposición que la Ley General de Sociedades Mercantiles les concede para tales efectos.

Al considerar que la fusión entraña la transmisión de uno o más patrimonios sociales a favor de la sociedad fusionante o de la sociedad de nueva creación, contra entrega, por parte de éstos últimos, de acciones o títulos representativos de su capital a los socios de las sociedades desaparecidas, es evidente que la operación se ha de realizar en función de la cuantía del patrimonio transmitido, en proporción con el de la

nueva sociedad o la que ha subsistido. Por otro lado, la valorización de los patrimonios de las sociedades afectadas por la fusión significará la determinación del capital que pasará a formar parte de la nueva sociedad lo que haya de aumentarse a la sociedad absorbente. De lo anteriormente expuesto, nos damos una idea de la importancia que tiene la elaboración de un balance apegado a la realidad financiera de la sociedad que participa en la fusión. Es por lo que criticamos el contenido del Art. 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece la publicación de un "último balance", sin considerar que para el caso de la fusión, lo más conveniente es un balance cerrado al día anterior al de la asamblea que acuerde la fusión, para que dicho balance sea aprobado por ella, y protocolizado, en virtud del tiempo transcurrido entre el balance anual y el acuerdo de fusión, pueden darse cambios importantes en la situación financiera de la sociedad, además es importante recalcar que el balance anual se realiza con fines distintos al de la fusión. Rodríguez y Rodríguez al efecto señala lo siguiente: "Es evidente que los criterios que pueden seguirse para realizar esta valorización son distintos según las finalidades que el balance persiga. No tendrán el mismo valor los bienes incluídos en un inventario, reflejado en un balance, si se trata de una empresa en liquidación o quebrada":(6) Por otro lado Frisch Philipp propone la utilización de dos balances, el anual y otro especial de fusión, de acuerdo con los objetivos que se persigan, y al efecto explica lo siguiente: "Desde el punto de

vista general ofrecemos la siguiente sistematización relativa a los balances que deben formarse en los casos de fusión.

1o. Para el canje de acciones de los accionistas de las sociedades participantes en una fusión, se necesita un balance basado en el activo y pasivo reales de dicha sociedad (balance del patrimonio real), dado que dicho canje debe efectuarse con fundamento en los valores reales de las acciones mencionadas. Este tipo de balance sirve a los fines específicos de la fusión, de modo que puede denominarse balance de fusión.

2o. Para la protección de los acreedores de cualquiera de las sociedades participantes en una fusión se requiere un balance del tipo mencionado en el punto 1o.

3o. Con el objeto de realizar el reparto final de las utilidades de las sociedades que se extingan por la fusión entre los accionistas de las últimas, se requiere un balance previsto para este tipo de reparto, en forma análoga al balance anual.

4o. Para que haya continuidad, entre la estimación de los bienes del activo y de las obligaciones del pasivo de las sociedades que se extingan por la fusión, en la contabilidad de éstas y la evaluación correspondiente que se efectúe en los libros de la sociedad, que por medio de la misma fusión se adquiera como sucesora general de las extinguidas su activo y

pasivo, se requiere de un balance del tipo previsto para reparto de utilidades análogo al balance anual, debido a que dicha continuidad debe existir entre el último balance hecho para el reparto de utilidades de los accionistas de la sociedad extinguida y el primer balance de la sociedad fusionante que se consolida para el reparto de utilidades entre los accionistas de la sociedad fusionante".(7)

Por otro lado, mencionaremos que el sistema español ha tenido un gran acierto, tratándose de la elaboración y publicidad de balances, al disponer la obligación de realizar dos de ellos para efectos de la fusión; el primero será general y estará cerrado al día anterior al de la celebración de la asamblea que decida la fusión, y el segundo será final y se cerrará al día anterior al de la celebración del contrato de fusión.

Por último, consideramos que sería más correcto que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles estipulara la obligación, por parte de las sociedades que pretenden fusionarse, de practicar un balance a la fecha en que se tome el acuerdo de fusión, y no se limite únicamente a tomar en cuenta el último balance, que en un momento dado podría ser engañoso sobre la real situación económica de las empresas, ya que éste podría haberse practicado unos meses antes del citado acuerdo de fusión. En síntesis, la Ley debería de hablar de un

balance actualizado a la fecha del multicitado acuerdo de fusión.

C).- PUBLICIDAD DE EXTINCION DE PASIVOS.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 223, en su parte final establece esta obligación, y únicamente corresponde a las sociedades absorbidas por la fusión o las que hayan de desaparecer para formar una nueva sociedad. Esto no quiere decir, que las sociedades que van a llevar a cabo la fusión, necesitan extinguir sus pasivos antes, ya que, como lo hemos mencionado con anterioridad, al fusionarse las sociedades y formar una sola, pasan a la sociedad fusionante o a la de nueva creación, los derechos y obligaciones de las sociedades que hayan de extinguirse, conforme a lo que establece el tercer párrafo del Art. 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, que la sociedad subsistente cubrirá las obligaciones de las sociedades extinguidas al momento de sus vencimientos, o bien el señalado por el Art. 225, en el que se da oportunidad de realizar la fusión antes de tres meses que la Ley concede a los acreedores para oponerse a ella si las sociedades garantizan el pago de sus deudas mediante depósito en una institución de crédito, si cubren anticipadamente sus deudas, o que hayan obtenido el consentimiento de los acreedores para realizar dicha fusión.

VI.5.- OPOSICION DE ACREEDORES Y TERMINO DE OPOSICION A LA FUSION.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 224 protege a los acreedores señalando lo siguiente: "La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior.

Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan, podrá oponerse judicialmente, en la vía sumaria, a la fusión la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada.

Transcurrido el plazo señalado sin que 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".

La protección a los acreedores de las sociedades que van a fusionarse es aceptada por todas las legislaciones que reglamentan la fusión, en virtud de que sus intereses se pueden ver afectados al llevarse a cabo fusión, si la fusión supone una transmisión global del patrimonio de la sociedad o sociedades que se extingan hacia la que subsista o de la creación de la nueva sociedad y consiguientemente no se realiza una

liquidación previa que satisfaga las deudas contraídas por las sociedades que desaparecen, es cierto que los acreedores resentirán los efectos de la fusión, en beneficio de ellos o por que se incremente el patrimonio que garantice el adeudo, debido a que las empresas que intervengan en dicha fusión tengan una excelente situación patrimonial. Por otro lado, los efectos pueden ser negativos, debido a que las sociedades que participan tengan fuertes pasivos. De lo anteriormente expuesto, se podrá suponer que sólo los acreedores de las sociedades que desaparecen podrán hacer valer el derecho de oposición, porque ven desaparecer a su deudor y sus intereses, para ser reemplazada por una nueva sociedad, lo cual puede crear un gran riezgo por la confusión de patrimonios que trae consigo la fusión; el peligro que plantea la fusión también afectará a los acreedores de la sociedad fusionante cuando las sociedades que se extinguen para incorporarse a ella tienen ciertos pasivos que disminuyen el patrimonio de la sociedad, y consecuentemente a los acreedores en sus garantías. Por lo consiguiente no estamos de acuerdo con Vázquez del Mercado al afirmar que: "No sucede lo mismo con los acreedores de la sociedad que absorbe a las otras que dejan de existir. Estos acreedores no pueden oponerse a la fusión sin embargo sufren sus consecuencias".(8) Ya que lo hace basándose en la doctrina francesa, en la que no se considera una transmisión universal en la fusión, sino un conjunto de transmisiones a título particular y por lo tanto la fusión no afectará a los

acreedores de la absorbente, porque éstos conservan el derecho de que se les pague con bienes de la empresa deudora, sin tener que sufrir el concurso de las sociedades restantes.

Una deficiencia del Art. 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es que no establece fundamentos para que el acreedor se base para oponerse a la fusión. Consideramos que nuestra legislación se refiere a que el acreedor considere que debido al estado económico de las demás sociedades que han acordado fusionarse, la sociedad con la cual contrató disminuya su posición financiera o económica debido a la confusión de patrimonios que se lleva a cabo.

El peligro que entraña esta disposición hacia el interés empresarial, radica en que un acreedor con la sola oposición puede suspender la ejecución del contrato, hasta que no sea revocada o rechazada por sentencia firme la oposición, el contrato de fusión puede no entrañar ningún peligro para los acreedores, pero puede alguno oponerse, no con el fin de recuperar su crédito por falta de garantía, sino porque puede tratar de obtener el pago de un crédito en corto plazo, cuando éste se había pactado en largo plazo.

Por último consideramos que lo establecido por el Art. 224 del citado ordenamiento, en relación al procedimiento de oposición, señala que cualquier acreedor podrá oponerse

judicialmente a la fusión antes de tres meses, a través de la vía sumaria, que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles y la cual no contempla nuestro Código de Comercio, por lo que será aplicable en este caso la vía Ordinaria Mercantil. Al ser utilizado el derecho de oposición, la ejecución de la fusión será suspendida hasta que se dicte sentencia declarando infundada la oposición y ésta haya causado ejecutoria, de conformidad con lo que establece nuestra Ley. Consideramos también deficiente este precepto, ya que expresamente debería permitir celebrar el contrato de fusión cuando el acreedor se desista de la oposición o cuando la sociedad deudora garantice a juicio del juez el crédito del acreedor oponente.

Por lo que se refiere al término de oposición la Ley General de Sociedades Mercantiles, prevee la posibilidad de producir los efectos del contrato de fusión en el momento mismo en que se inscriban los acuerdos tomados en las asambleas por las respectivas sociedades que vayan a fusionarse, si se cumple alguno de los supuestos señalados en el Art. 225 que textualmente dice: "La fusión tendrá efecto en el momento de la inscripción, si se pactare el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse, o se constituyere el depósito de su importe en una institución de crédito, o constare el consentimiento de todos los acreedores. A este efecto, las deudas a plazo se darán por vencidas.

El certificado en que se haga constar el depósito deberá publicarse conforme al artículo 223".

Al referirse este artículo "al pacto del pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse", lo hace en forma imprecisa, ya que no es posible considerar pactar el pago de las deudas cuando éstas por sí mismas deben ser pagadas en forma incondicional, al referirse al pago de deudas el legislador, estimamos que debió mencionar claramente la realización del pago de los adeudos de las sociedades.

Por último, consideramos que los pasos a seguir para llevar la fusión serían los siguientes conforme a nuestra Ley:

1o.- Celebrar las asambleas de accionistas o juntas de socios correspondientes al tipo de sociedad de que se trate, asentando en ellas si existen deudas a cargo de la sociedad y si las hay, establecer por que medio se garantizará el interés al acreedor.

2o.- Protocolizar los acuerdos de fusión ante Notario Público, y en la misma escritura en que se celebre el contrato de fusión, para que sea inscrito en el Registro Público de Comercio de los respectivos domicilios de las sociedades que lleven a cabo dicha fusión, se hagan las publicaciones que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que son

de vital importancia por si alguna sociedad no ha considerado a todos sus acreedores al llevar a la práctica alguno de los supuestos del Art. 225, ya que este sería el medio de que se enteraran de la fusión que se llevó a cabo sin su consentimiento. Esta posibilidad la contempla Frisch Phillipp al señalar lo siguiente: "Consideramos inconveniente para los intereses de los acreedores que por medio de pago, depósito o consentimiento de ellos, previstos en el Art. 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se pueda evitar el plazo fijado en el Art. 224 del mismo ordenamiento antes citado, debido a que no existe seguridad de que las medidas mencionadas y previstas en el Art. 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se apliquen en un caso concreto a verdaderamente todos los acreedores; para tal efecto pensamos en los acreedores desconocidos por las sociedades".(9)

VI.6.- CONTRATO DE FUSION.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no establece como obligatoria la celebración de un contrato de fusión para que ésta se lleve a cabo, pero lo consideramos conveniente para evitar conflictos futuros entre las sociedades que hayan de fusionarse, ya que los acuerdos tomados en las asambleas de accionistas o juntas de socios no pueden considerar todas las soluciones a los problemas de carácter corporativo o

económico que lleva implícita la fusión y que son objeto de negociación en la mayoría de los casos.

La doctrina considera dos etapas en el proceso de fusión, considerándose la primera como un acto corporativo cuyos efectos se producen internamente, es decir, a las sociedades que los emiten; y la segunda como un contrato celebrado entre las sociedades que van a fusionarse. Al efecto Messineo establece que: "Las deliberaciones separadas de fusión adoptadas por cada una de las sociedades, constituyen actos preparatorios de la futura fusión. Para obtener ésta, es necesario un autónomo acto ulterior, que es análogo al acto constitutivo de sociedad y que se denomina acto de fusión".(10) Por consiguiente Motos Guirao resume lo anterior al afirmar lo siguiente: "Entiendo que la fusión es una institución compleja, que si en su esencia responde a un carácter corporativo, necesita de un molde contractual para hacer posible la transmisión patrimonial y la consiguiente contraprestación".(11)

Es conveniente señalar la importancia que reviste la válida deliberación de la fusión, ya que fija las bases para celebrar el contrato de fusión posteriormente, una vez que se hayan cumplido todos los requisitos indicados en este capítulo. Teniendo en cuenta que el contrato de fusión es el que produce todos los efectos de la fusión, por ejemplo, la extinción de las sociedades fusionadas y el aumento de capital social de la

fusionante, siendo necesario que dicho contrato conste en escritura pública.

Necesariamente el contrato de fusión deberá contener la voluntad de las sociedades de unirse para formar una sola. Asimismo, señalará la clase de fusión que se lleve a cabo, es decir, si va a ser perfecta o por absorción. Si es fusión perfecta, se decidirá qué especie de sociedad va a ser la nueva. La escritura de fusión en este caso, además de los siguientes requisitos generales que debe contener, insertará los que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles en su Art. 6o. para las constituciones de sociedades, con variaciones que con posterioridad mencionaremos:

I.- Los nombres y domicilios de las sociedades que celebran la fusión. Aquí hacemos una modificación a lo señalado en el artículo mencionado, ya que dicho artículo se refiere a los nombres de personas físicas o morales que constituyen la sociedad. Omitiendo nosotros "personas físicas", ya que sólo se fusionan personas morales;

II.- El objeto de la sociedad;

III.- Su razón social o denominación;

IV.- Su duración;

V.- El importe del capital social;

VI.- Los balances finales de las sociedades que se fusionan. Aquí también modificamos nosotros lo señalado en la Fracción VI, que establece: "La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuído a éstos y el criterio seguido para su valoración".

Expliquemos que entendemos nosotros por balances finales de las sociedades y cuales son los motivos que tenemos para propugnar por su elaboración y, al efecto mencionamos que son los cerrados al día anterior al de llevar a cabo la fusión.

A nuestro modo de ver, la exigencia de la elaboración de los balances finales sería un gran avance, pues debemos de aclarar que nuestra legislación positiva no la exige.

VII.- El domicilio de la sociedad;

VIII.- La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;

IX.- El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;

X.- La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;

XI.- El importe del fondo de reserva;

XII.- Los casos en que la sociedad haya de disolver anticipadamente; y

XIII.- Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente, y

Las demás reglas que quieran establecer sobre la organización y funcionamiento de la nueva sociedad.

Por otro lado, si la fusión es por absorción, la escritura deberá contener el aumento de capital social sufrido por la sociedad fusionante y las respectivas modificaciones estatutarias que se convengan para dicha fusión.

Todo contrato de *fusión*, además de especificar que clase de fusión es la que se llevará a cabo, debe contener los siguientes requisitos generales que son:

I.- Los antecedentes que acrediten la legal constitución de las sociedades que van a llevar a cabo la fusión;

II.- Los acuerdos tomados por cada una de las sociedades que van a fusionarse y los balances aprobados en dichos acuerdos;

III.- Mencionar que cada sociedad inscribió el acuerdo de fusión en el Registro Público de Comercio y publicarlos en el Diario Oficial junto con el balance;

IV.- La forma en que las sociedades protegieron los intereses de los acreedores, en caso de celebrarse la fusión antes de los tres meses;

V.- Mencionar de que no existe oposición por parte de los acreedores, en caso de que la haya, la manera en que se resolvió;

VI.- El nombre de los socios que hayan hecho uso del derecho de retiro, y la forma en que se les liquidó;

VII.- Los balances finales de las sociedades que servirán de base para la fijación de la participación que le corresponda a cada accionista o socio de la sociedad que se extingue por la fusión, salvo que se convenga otra cosa. Esto no lo establece la Ley General de Sociedades Mercantiles;

VIII.- La fijación de la participación que cada accionista tendrá en la sociedad que surja o sobreviva a la fusión;

IX.- La expedición de nuevas acciones;

X.- La manera en que los representantes de las sociedades que celebran la fusión, acreditaron su personalidad;

XI.- La fecha del término en que el contrato de fusión deberá producir sus efectos, conforme a lo señalado por los Arts. 224 y 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El contrato de fusión deberá ser inscrito en los Registros Públicos del Comercio de los domicilios de las sociedades que hayan llevado a cabo el acuerdo de fusión y en el de la sociedad resultante.

Al estar considerando nosotros la celebración de un contrato de fusión, es imposible ajustarnos estrictamente a lo señalado por nuestra legislación. Con algunas variantes a lo establecido por el Art. 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, hemos encontrado dos diferentes momentos para la celebración del contrato de fusión que proponemos nosotros. El primero sería con base en el primer párrafo del Art. 224 en el que el contrato de fusión será llevado a cabo por los

Registro Público de Comercio, quedando sujeto dicho contrato a una condictio iuris, que será precisamente el transcurso del término fijado sin la oposición de los acreedores, o que habiéndola, ésta se haya resuelto en favor de la fusión, por lo que una vez cumplida la condición, el contrato surtirá sus efectos. La segunda posibilidad para llevar a cabo el contrato de fusión con base en dicho artículo la encontramos en el último párrafo que establece que "transcurrido el plazo sin que haya habido oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, por lo que consideramos que dicho contrato de fusión se celebrará después de transcurrido dicho plazo, debiéndose inscribir en el Registro Púbico de Comercio el contrato de fusión.

Por otro lado, el problema se facilita en el caso señalado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece en el Art. 225 lo siguiente: "La fusión tendrà efecto en el momento de la inscripción", refiriéndose también a la inscripción de los acuerdos de fusión, para acoplarlo a la necesidad de la celebración de un contrato, nosotros consideramos que cumplidos los requisitos que establece la Ley, se deberán inscribir simultáneamente la protocolización del acta que contiene los acuerdos de fusión y el contrato de fusión elevado a escritura pública, el cual surtirá efectos inmediatamente conforme lo dispuesto por el artículo antes referido.

El problema que plantea el momento en que el contrato de fusión surte sus efectos, estamos de acuerdo con Motos Guirao, quien señala que: "Es sumamente discutible cuál es el momento de extinción de la personalidad jurídica del ente o entes que desaparecen por la fusión, ya que dependerá del sistema adoptado por cada ordenamiento legal en orden a la fusión".(12) En este trabajo no nos estamos sujetando a lo que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que ésta no establece la celebración de un contrato de fusión, consideramos que dicho momento será el de la inscripción del contrato correspondiente en el Registro Público del Comercio.

Finalmente, es necesario considerar en este capítulo las consecuencias derivadas de la infracción de las normas relativas a la fusión. Como lo hemos venido comentando en el presente trabajo, el procedimiento de fusión se encuentra investido de disposiciones formalistas, en virtud de la trascendencia que tiene para las sociedades que en ella intervienen y por otro lado, para dar protección a los acreedores de las sociedades.

Analizaremos en primer término las consecuencias que acarrea la nulidad de los acuerdos de fusión, ya que en el procedimiento para las sociedades anónimas,señalado en el Art. 201 y siguiente de la Ley General de Sociedades Mercantiles, por medio del cual los accionistas que representen

por lo menos el 33% del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que se satisfagan los requisitos que establece este artículo, una vez que el acuerdo de fusión es declarado nulo por la autoridad judicial, la fusión se vendrá abajo, ya que el acuerdo en sí, refleja la voluntad de la sociedad manifestada a través de la junta de socios o asamblea de accionistas para llevar a cabo la fusión y si esta voluntad se encuentra viciada por la invalidez del acuerdo, el contrato de fusión será anulado, quedando a salvo los derechos de terceros adquiridos de buena fe. Esta nulidad será relativa, ya que la voluntad de alguna de las sociedades que intervengan en la fusión se encuentra viciada y si no se ratifica el acuerdo con las formalidades de Ley, se procede en cambio por la vía judicial, al ser declarado nulo el acuerdo de fusión, también quedará sin efecto el contrato respectivo, debiéndose volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración. Si no ha sido ejecutado el contrato, las partes contratantes quedan liberadas de toda obligación, pero si el contrato de fusión ha ya surtido sus efectos, la sociedad fusionante deberá restituir lo que hubiere recibido de las sociedades fusionadas y dejar las cosas en el estado que tenían antes de la fusión, como si esta no se hubiera llevado a cabo. En base a la legislación alemana que sí contempla a la fusión con el nombre de "desfusión", Frisch Phillipp, da diversas soluciones a los problemas que surgen a raíz de llevar a cabo la fusión y establece lo siguiente:

"Si ya no es posible tal devolución, se puede resolver la situación por medio de condiciones. Los accionistas de la sociedad anónima injustificadamente absorbida deben de devolver a la sociedad anónima subsistente las acciones que hayan recibido de ella y, si ya han vendido tales acciones ésto puede ser considerado como enriquecimiento indebido. Ello vale también con respecto a pagos en efectivo que eventualmente hayan recibido por la fusión por parte de la sociedad anónima subsistente, en forma adicional a las acciones. Los terceros de buena fe que hayan confiado en la validez de la fusión, con base en su inscripción registral, deben ser protegidos, si han recibido pagos, como acreedores de la sociedad anónima injustificadamente absorbida, por parte de la sociedad anónima subsistente en su calidad de aparente, pero objetivamente injustificada, sucesora de la otra sociedad anónima lo cual significa que pueden quedarse con tasl pago -si la fusión de los patrimonios de las sociedades anónimas continuó durante cierto tiempo-, las pérdidas sufridas y las utilidades obtenidas durante tal periódo de la fusión nula, por la sociedad anónima subsistente, deberán ser repartidas entre las dos sociedades anónimas que se "disfunden" a causa de la nulidad de la fusión. Para tal repartición se aplicará aquella proporción que fue utilizada para el canje de acciones de los accionistas de la sociedad anónima injustificadamente absorbida, por las acciones de la otra sociedad anónima".(13)

1) Vázquez del Mercado Oscar.- "Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles".- Editorial Porrúa, S. A.- México, 1980.- pág. 328.

2) Vázquez del Mercado, ob. cit. pág. 322.

3) Citado por Vázquez del Mercado, ob. cit. pág. 324.

4) Vázquez del Mercado, ob. cit. pág. 64.

5) Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "Tratado de Sociedades Mercantiles".- Tomo I.- Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S. A.- México, 1965.- pág. 326.

6) Rodríguez y Rodríguez, ob. cit. págs. 453 y 454.

7) Frisch Philipp Walter.- "La Sociedad Anónima Mexicana".- Editorial Porrúa, S. A.- México, 1979.- pág. 354.

8) Vázquez del Mercado, ob. cit. pág. 459.

9) Frisch Philipp, ob. cit. pág. 356.

10) Messineo Francisco.- "Derecho Civil y Comercial".- Vol. V.- Traducción por Santiago Sentis Melendo.- Ediciones Jurídicas Europa-America-Buenos Aires, 1971.- pág. 562.

11) Motos Guirao Miguel.- Fusión de Sociedades Mercantiles".- Prólogo de Antonio Polo Diez.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid, 1953. pág. 331.

12) Motos Guirao, ob. cit. pág. 49.

13) Frisch Philipp, ob. cit. págs. 462 y 463.

CAPITULO VII.

EFECTOS DE LA FUSION.

En este capítulo analizaremos cuáles son los efectos característicos que se producen en virtud de la fusión, para ello dividimos tales efectos de la siguiente manera:

VII.1.- EFECTOS EN RELACION A LA SOCIEDAD FUSIONADA O A LA NUEVA SOCIEDAD.

A).- Desaparición de las sociedades.- La fusión implica un convenio que pone fin a una sociedad antes del término asignado para su duración. Así, la existencia de la persona moral queda subordinada a la época en que la ejecución del contrato de fusión tenga efecto.

De esta manera, cuando la fusión se lleva cabo y la sociedad desaparece, trae consigo la pérdida de la personalidad jurídica, la pérdida del nombre social y pasa a la nueva sociedad o a la fusionante la totalidad del patrimonio.

Ahora bien, la desaparición de las sociedades fusionadas se efectua sin que se requiera previamente una liquidación, ya que la transmisión de sus patrimonios se realiza por el sólo contrato de fusión. Por otro lado, nuestra Ley General de

Sociedades Mercantiles nos señala que la fusión produzca la disolución de la sociedad.

Es importante distinguir las diferencias entre desaparición y disolución, ya que las consecuencias que origina cada una de ellas son distintas para las sociedades que la sufren. En relación a los efectos de la disolución, Doménico Barbero, señala que: "Después de la disolución, cualquiera que sea la causa, la sociedad permanece con su personalidad jurídica hasta la clausura de la liquidación, pero los administradores no pueden ya emprender operaciones sociales, y si lo hacen, asumen la responsabilidad ilimitada y solidaria de ellas".(1) Pot otro lado, Rodríguez y Rodríguez, señala que: "Es indiscutible que las sociedades fusionadas se disuelvan, puesto que se extinguen, aunque esta disolución no llegue al estado de liquidación. Sobre esto no es necesario insistir. Como resultado de la fusión, la sociedad pierde la personalidad jurídica y desaparece la posibilidad jurídica y desaparece la posibilidad de seguir usando su nombre comercial".(2) Lo expuesto sería correcto si consideramos que la disolución es el fin de la existencia de la sociedad, pero como lo hemos visto, en nuestra legislación la disolución produce la liquidación de la sociedad, como lo establece el Art. 214 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que menciona lo siguiente: las sociedades, aún después de disueltas, conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación, por

este motivo, no podemos admitir que cuando se fusiona una sociedad, ésta se disuelva, ya que una vez tomados los acuerdos de fusión las sociedades no cesan en sus actividades normales, sino que las continúan, subsisten todas las obligaciones de las sociedades que hayan de extinguirse, ya que tanto el activo como pasivo serán transmitidos a la sociedad subsistente o a la que resulte de la fusión al celebrarse posteriormente el contrato y surtir éste sus efectos, siendo hasta entonces cuando las sociedades fusionadas dejen de existir perdiendo jurídica. Asimismo, lo manifiesta también Motos Guirao al señalar que: "En los ordenamientos legislativos más recientes gana la idea de que la fusión de sociedades no se debe incluir entre las causas que originan una previa disolución que señale la iniciación de un período intermedio a su total desaparición, sino que se considera que la fusión afecta a las sociedades que desaparecen tan solamente cuando se cumplen y finalizan los requisitos de ejecución de aquélla; es decir, no existe previa disolución pero la ejecución de la fusión significa ipso facto la extinción de las sociedades fusionadas o de la absorbida cuando es ésta la forma utilizada".(3) Es por ello, por lo que afirmamos que las sociedades se extinguen al momento de producir sus efectos el contrato de fusión.

B).- Transmisión de las relaciones.- Al operar la fusión se transmiten los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas a la fusionante o a la de nueva creación. Al

respecto Vázquez del Mercado, explica que dicha transmisión abarca tanto las relaciones patrimoniales como las corporativas, al respecto Rippert afirma que: "La fusión se realiza mediante el aporte que hace la sociedad absorbida a la otra de todo su activo con cargo de pagar todo el pasivo. Es un caso de transmisión del patrimonio global que es posible porque desaparece el titular de este patrimonio".(4)

Creemos necesario explicar que se entiende por patrimonio, con el propósito de dejar claramente desarrollado este apartado y al efecto Antonio de Ibarrola dice que: "Es el conjunto de derechos y compromisos de una persona, apreciables en dinero. Si se deseara reducir el patrimonio a números, tendría que deducirse el pasivo del activo".(5)

Por otro lado, Váquez del Mercado afirma que "la transmisión de las relaciones patrimoniales se efectúa cuando la sociedad (incorporante o nueva) frente a los terceros deudores o acreedores de la sociedad disuelta, entra -en el puesto de ésta- como deudora o acreedora".(6) Asimismo, Eugene Petit afirma que: "existe transmisión universal de un patrimonio cuando éste pasa en masa de una persona a otra, es decir, cuando se adquiere per universitatem".(7) Esto sucede, entre otros casos, cuando dos o más sociedades mercantiles se fusionan. Al producir sus efectos, el contrato de fusión, acaece el traspaso o del patrimonio de cada una de las sociedades

incorporadas, en la incorporante; o del de cada una de las sociedades que contratan la fusión, en la sociedad resultante. Es en este momento, cuando la sociedad absorbente, o la que resulta de la fusión, adquiere per universitatem los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas. Así lo reconoce expresamente la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el último párrafo del Art. 224, cuando dice: "...la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas". En virtud de la transmisión universal, las relaciones de la sociedad absorbida pasará a la sociedad que las adquiere por el sólo acto de fusión, esto es un sólo acto sin que se requiera realizar actos singulares de transmisión. Motos Guirao explica esta transmisión de la siguiente forma: "La transmisión patrimonial, tal como la entendemos, es una operación en virtud de la cual el patrimonio de las absorbidas, concebido como una universalidad de derechos y obligaciones, pasa en bloque, unu actu, a la sociedad supérstite en la fusión por absorción o a la nueva creación si es ésta forma adoptada. La absorbente o la de nueva creación son, pues, ipso facto de la fusión, sucesora a título universal de las extintas. Gozan de todos los derechos, cuya titularidad recogen; pero al mismo tiempo asumen conjuntamente todas las deudas y obligaciones".(8)

Por lo que hace a la transmisión de relaciones corporativas, se realiza cuando el vínculo social que ligaba a la sociedad que desaparece con sus miembros, se constituye entre la sociedad fusionante o la nueva y los mismos socios los cuales vienen a ser accionistas de ésta.

El Art. 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala en su párrafo tercero: "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".

Aquí la Ley sólo toma en cuenta el aspecto externo de la sociedad, pero no atiende lo referente a aspectos internos, como son los órganos de administración y de vigilancia. Es decir, no atiende a las relaciones orgánicas, como opina Vázquez del Mercado, quien afirma que dichas relaciones deben concluir cuando se trata de las sociedades fusionadas, ya que ni el administrador ni el comisario de la sociedad que desaparece podrá seguir en funciones, salvo que se estipule lo contrario.

Ahora bien, es conveniente que si dichos funcionarios continúan en funciones, ya como representantes de la sociedad fusionante o de nueva creación, ésta última les ratifique sus

cargos mediante asamblea general de accionistas celebrada al efecto. En el caso de que las sociedades desaparezcan para dar lugar a una nueva, las sociedades participantes deberán deliberar previamente sobre la forma en que se va a administrar la nueva sociedad, designándose al efecto los órganos que han de dirigirla.

Consideramos que aunque lo anterior constituye una laguna de la ley, la omisión no tiene mayor relevancia cuando se da el contrato de fusión, pues en última instancia, los accionistas de las sociedades participantes obviamente se preocuparán de quién llevará el control de sus empresas y de cual va a ser el procedimiento para designar a sus órganos de administración y de vigilancia. Así la omisión de la Ley se salva con los acuerdos de los accionistas en caso de que consideremos, en un momento dado, más benéfico para las sociedades, el que se les deje plena libertad para seguir el procedimiento que consideren más conveniente para designar a sus diversos órganos.

C).- Cambio de Títulos.- Constituye la entrega de nuevas acciones a los socios de las sociedades que desaparecen.

La fusión, además de implicar una confusión de patrimonios, también trae como consecuencia una agrupación de los accionistas de las sociedades fusionadas con los de la

fusionante o la unión de todos los socios en una nueva sociedad que se constituye. Ahora bien, este vínculo se logra mediante la entrega a los nuevos socios de las acciones que los acrediten como titulares de la sociedad fusionante o de la nueva sociedad.

Messineo explica este efecto de la siguiente manera: "En efecto, a los socios de la sociedad incorporada les serán distribuidas -si se trata de sociedad por acciones nuevas (de valor equivalente)- de la incorporante, previo retiro de las acciones de la sociedad incorporada, las cuales perderán todo valor (y serán puestas fuera de la circulación y anuladas, puesto que esta última se extingue). En el segundo caso, previo retiro de las acciones de las sociedades fusionadas, se distribuirán a los socios acciones (de valor equivalente) de la sociedad".(9) Consideramos de vital importancia establecer en que forma deberán ser valoradas las acciones que serán canjeadas. De lo expuesto por Messineo, podemos apreciar que señala al hablar de la entrega de las nuevas acciones, que éstas tendrán un valor equivalente a las de la sociedad incorporante o nueva, según sea el caso. La mayoría de los autores coinciden en que el canje de acciones no se realizará simplemente considerando su valor nominal, en este sentido Tomás Muñoz afirma lo siguiente: "Los efectos de la fusión en relación con los socios de las sociedades fusionadas que se conviertan en socios de la nueva, o de la absorbente, consisten

en que tendrán derecho de su participación social o acciones, en la cuantía que se haya convenido".(10) En forma muy similar se expresa Rodríguez y Rodríguez al señalar: "En todo caso, si hay un aumento de capital, los aportantes son los socios de las sociedades fusionadas, no éstas, y, por consiguiente a aquéllos deberán atribuirse las participaciones y acciones en las proporciones y formas convenidas".(11)

Estamos de acuerdo con las anteriores opiniones al establecer que la cotización de las acciones que deberán canjearse debe ser objeto de negociación, ya que siguiendo con nuestra postura en la que destacamos la necesidad de celebrar un contrato para efectuar la fusión, consideramos como una parte muy importante del mismo la determinación del valor de las acciones en proporción al patrimonio transmitido y no simplemente consideradas por su valor.

Debemos aclarar que el presente trabajo únicamente nos referimos a la fusión de sociedades anónimas, en razón de que pudiera surgir la confusión de si un grupo de personas físicas podría en un momento dado celebrar un contrato de fusión; como podría ser en el caso de una constitución de sociedad anónima por suscripción pública.

Al respecto, la Ley de la Materia, dentro de los requisitos para poder constituir una sociedad establece el capital social,

indicando que es necesario que se suscriba por los socios, aún cuando no se encuentre totalmente pagado.

Ahora bien, Vázquez del Mercado explica que: "Cuando la sociedad se constituye en forma sucesiva, es decir, por suscripción pública, es también indispensable que se cumpla con los señalamientos de la propia Ley, que se inician con la redacción de los estatutos en proyecto, que los fundadores deberán depositar en el Registro Público de Comercio, para llegar, después de los diversos pasos, a la asamblea constitutiva, en la que por decisión de los suscriptores la sociedad se constituye. Desde el inicio de esta forma de constitución hasta el momento anteriormente señalado, no existe sociedad alguna, por lo tanto no puede hablarse de persona con voluntad para acordar su fusión".(12)

Por otro lado, la fusión requiere el acuerdo y su ejecución, el primero se toma por asamblea constituída por los socios y convocada de acuerdo con las disposiciones legales, pero para que esta convocatoria puede tener lugar es necesario que la sociedad exista y si en el período de constitución la sociedad aún no ha nacido, no se concibe que se pueda convocar tal asamblea para deliberar la fusión.

D).- Creación de una nueva sociedad y aumento de capital.- Cuando hay fusión propiamente dicha sí se da el

primer supuesto, es decir la creación de una nueva sociedad; en cambio, el aumento de capital surge cuando se da la fusión por incorporación.

Ahora bien, respecto del aumento del capital social, en líneas anteriores indicamos que en estricto sentido esto no implicaba un aumento de capital al ocurrir una fusión de sociedades viéndolo desde el punto de vista de cada una de las sociedades que participaban en la fusión. Sin embargo, desde el punto de vista de la sociedad fusionante, en el caso de la fusión por incorporación, sí se da un aumento de capital, pues es obvio que los capitales de cada una de las sociedades fusionadas van a acrecentar el capital de la sociedad fusionante.

Por otro lado, en los casos de fusión por incorporaciòn, en la sociedad fusionante no existirá variación en el contrato social, cuando se aumente el capital social en el caso de que dicha sociedad sea de capital variable, lo que no significa que no hubiere un incremento en su patrimonio. Dicha modificación a los estatutos sociales en el caso de que el capital objeto del aumento quede dentro de la cifra que determina el capital autorizado, tomando en cuenta el capital social que ya tenía la sociedad fusionante.

VII.2.- EFECTOS EN CUANTO A LOS SOCIOS.

Siguiendo con el tema en cuestión, veremos ahora los efectos en cuanto a los socios, y que son:

A).- Ingreso a la sociedad.- Como se desprende de las diferentes definiciones de fusión mencionadas en el capítulo correspondiente, uno de los elementos esenciales de la fusión, es el ingreso de los socios o accionistas de las sociedades que hayan de extinguirse hacia la sociedad subsistente o de nueva creación. Esta sociedad, por lo tanto, quedará integrada por las mismas personas, físicas o morales, que fueron socios de las sociedades que la contrataron. Vázquez del Mercado explica este efecto de fusión, de la forma siguiente: "La transmisión de las 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."(13)

En caso de fusión perfecta, no obstante que son las sociedades a través de sus representantes quienes contratan la fusión, serán los accionistas de las sociedades extinguidas quienes integrarán la nueva sociedad y las aportaciones que tenían en la sociedad extinguida, pasan a la sociedad fusionante, de la misma forma deberán ser reconocidos los

derechos de los accionistas de las sociedades que desaparecen en la fusión imperfecta al ingresar a la sociedad que subsiste.

Por otra parte, en la fusión perfecta, al constituirse la nueva sociedad deberá hacer la designación del administrador o administradores, según lo establece la Ley General de Sociedades Mercantiles en el Art. 6o. Fracciones VIII y IX, y como lo hemos mencionado en la fusión, la sociedad que nace es producto del contrato de fusión celebrado por los representantes de las sociedades que la han acordado, quienes por si mismo no pueden decidir la designaciòn de los órganos de administración, por lo cual concluímos que en las asambleas de accionistas o juntas de socios al decidir la fusión, deberán determinar también la manera en que se administrará la nueva sociedad que resulte de acuerdo a la forma que esta adopte, lo cual debe ser discutida entre las sociedades que han de fusionarse antes de tomar los acuerdos respectivos. En caso de que no se hayan tomado los acuerdos de fusión en la forma que proponemos, consideramos que la solución sería que al celebrarse el contrato de fusión se designe administrador provisional, mientras se determina quién administrará la nueva sociedad.

En la fusión imperfecta, los socios o accionistas que ocupaban cargos de administración en las sociedades que desaparecen, pasarán a la nueva sociedad simplemente en

calidad de socios, a menos que al celebrarse la asamblea que decidió la fusión como fusionante, haya acordado también incluir en su consejo de administración a miembros de las sociedades que hayan de extinguirse por la fusión.

B).- El derecho de retiro.- En el caso de un accionista que no esté conforme con la fusión y que haya votado en contra de la misma, tendrá el derecho de retirarse de la sociedad, conforme a lo dispuesto por el Art. 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que señala que "Cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones sobre los asuntos comprendidos en las Fracciones IV, V y VI del artículo 182, cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener 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". Dicho plazo se contará a partir de la fecha de la asamblea en que se tomó el acuerdo de fusión; de lo anterior se desprende que la sociedad va a sufrir una transformación que la sitúa en diferente posición de aquélla que tenía cuando dicho accionista decidió formar parte de la misma, esta modificación del contrato social se decidirá por la mayoría de los socios que representen, por lo menos, la tres cuartas partes del capital social; con excepción de los casos de cambio de objeto o de las reglas que determinen un aumento en las obligaciones de los socios, en los

cuales se requiera la unanimidad de votos. Lo anterior está señalado por el Art. 83 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Como podemos observar, no existe ninguna disposición que establezca el derecho de retiro a los socios que voten en contra de un acuerdo de fusión, aunque sí podemos decir, que la fusión lleva implícita un cambio al objeto de la sociedad, situación que se da como lo mencionamos con anterioridad. Al respecto Vázquez del Mercado reconoce la importancia del derecho de retiro que deben gozar los socios disconformes con el acuerdo de fusión, pero recalca que éste se podrá hacer valer sólo cuando se den los supuestos que establece la Ley, de tal forma explica lo siguiente: "Las personas que en un principio constituyeron la sociedad o aquellas que posteriormente entraron a formar parte de ella, lo hicieron en vista de la situación que entonces regía, y en esa consideración aceptaron el contrato de sociedad vigente, cuando este contrato se modifica, los socios no conformes con la modificación no están obligados a aceptarla y por ello debe concedérseles la facultad de retirarse de la sociedad. Naturalmente la modificación a que nos referimos debe ser necesariamente como consecuencia de la fusión y de tal forma que implique un cambio sustancial de los estatutos, que permita la aplicación de la Ley que confiere el derecho de retiro en las hipótesis que ella misma lo reconoce".(14) Rodríguez y Rodríguez manifiesta que aunque

la Ley General de Sociedades Mercantiles no reconoce expresamente el derecho de retiro para los accionistas de la sociedad anónima, no por ello se debe considerar como negativa legal, y en ese orden de ideas concluye que: "En primer término, porque lógicamente no puede negarse para el caso de fusión lo que expresamente se concede en el de transformación, que con frecuencia tiene menos trascendencia jurídica; sistemáticamente porque si han de aplicarse a la transformación de sociedades las normas sobre fusión, parece normal la proposición contraria (Art. 228) y porque siendo un caso evidente de laguna legal, la interpretación extensiva es completamente adecuada. Por consiguiente, parece indiscutible que los socios de la anónima tienen también un derecho de separación cuando hubieren votado en contra del acuerdo de fusión".(15) Por lo expuesto por Rodríguez y Rodríguez estamos de acuerdo al mencionar que la fusión implica en muchos casos una medida de mayor relevancia que la transformación de la sociedad, sin embargo, consideramos que el conceder el derecho de retiro a los socios, sin que la fusión signifique un cambio de nacionalidad u objeto, o sufra una transformación, sería ir en contra de la esencia de la fusión, porque uno de los elementos principales consiste en que los socios de las diversas sociedades deberán quedar agrupados en la sociedad que subsista o que resulte de la fusión, situación que no se logrará al concederse abiertamente el derecho de retiro a los socios.

Por otro lado, la legislación española concede el derecho de retiro de los socios que están en contra del acuerdo de fusión, surgiendo diferentes opiniones de ciertos autores que tratan este tema. Por ejemplo Garrigues comenta los artículos que establecen la fusión y señala que: "Por lo que se refiere a los socios, la L.S.A. dispone que el acuerdo de fusión sólo obligará a los accionistas que hayan votado a su favor. Los disidentes y los no asistentes a la junta gozarán de la facultad de separarse de la sociedad en la misma forma establecida en el Art. 135 de esta Ley para el caso de transformación, (Art. 144). Esto significa, por consiguiente que los socios disidentes a la junta, quedan automáticamente separados de la sociedad, a no ser que dentro de los plazos marcados en el Art. 135, manifiesten expresamente a la sociedad, que se adhieren al acuerdo de fusión".(16) De lo anteriormente expuesto, nos demos cuenta que el derecho español otorga a cualquier accionista el derecho de separación, y no sólo es exclusivo al socio que vote en contra de la fusión, sino también para los socios ausentes.

De igual forma, Motos Guirao está de acuerdo en que: "El cause jurídico por el que discurra la protección a los socios minoritarios opuestos a la fusión no puede consistir en hacer depender de su voluntad la posibilidad del acuerdo y, por tanto, la vialidad de la fusión proyectada, sino en un derecho de separación, otorgando con arreglo a normas de equidad.

Por otra parte, en el derecho de separación, libremente concedido en el caso de fusión, vemos la mejor defensa posible para los socios que se crean defraudados por el acuerdo, no ignoramos el debilitamiento económico que este derecho supondrá para la sociedad afectada por él".(17)

C).- El caso de accionista extranjero.- Pensamos que al llevarse a cabo la fusión de sociedades con accionistas extranjeros, podría darse el acontecimiento que al ocurrir la fusión tuviera que disminuirse su participación en el capital social, con el fin de que la sociedad fusionante no rebasara el límite que la Ley autoriza, y de acuerdo con lo dispuesto por su escritura constitutiva, es decir, que puede suceder el caso en que una sociedad con cláusula de participación de extranjeros en el que intervenga el capital social equivalente al 49% se fusionara con otra sociedad, cuyo contrato sólo permitiera la participación de capital extranjero equivalente a un 25%, la primera sociedad, que sería la fusionada, tendría que reducir su participación de capital extranjero en la sociedad fusionante.

Consideramos que en estos casos, la participación de los accionistas extranjeros, tendrá que reducirse proporcionalmente en el caso de que fueran varios los afectados. Es decir, que operaría una reducción de capital por reembolso a los accionistas extranjeros.

1) Barbero Dominico.- "Sistema del Derecho Privado".- Vol. IV. Contratos.- Traducción por Santiago Sentis Melendo.- Editorial Jurídica Europa-América-Buenos Aires, 1967.- pág. 409.

2) Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "Tratado de Sociedades Mercantiles".- Tomo I.- Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1955.- pág. 518.

3) Motos Guirao Miguel.- "Fusión de Sociedades Mercantiles".- Prólogo de Antonio Polo Diez.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid, 1953.- pág. 173.

4) Rippert Georges.- "Tratado Elemental de Derecho Comercial".- Vol. II.- Sociedades.- Traducción por Felipe de Sola Canizares.- Tipográfica Editora Argentina.- Buenos Aires, 1954.- pág. 549.

5) Ibarrola Antonio de.- "Cosas y Sucesiones".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1972.- pág. 33.

6) Vázquez del Mercado Oscar.- "Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles".- Editorial Porrúa, S. A.- México, 1980.- pág. 339.

7) Petit Eugene.- "Tratado Elemental de Derecho Romano".- Editora Nacional.- México, 1971.- pág. 172.

8) Motos Guirao, ob. cit.- pág. 175.

9) Messineo Francisco.- "Derecho Civil y Comercial".- Vol. V.- Traducción por Santiago Sentis Melendo.- Ediciones Jurídicas Europa-America-Buenos Aires, 1971.- págs. 562 y 563.

10) Muñoz Luis.- "Derecho Mercantil".- Vol. IV.- Cárdenas Editor y Distribuidor.- México, 1974.- pág. 479.

11) Rodríguez y Rodríguez, ob. cit.- pág. 519.

12) Vázquez del Mercado, ob. cit.- pág. 315.

13) Vázquez del Mercado, ob. cit.- pág. 339.

14) Vázquez del Mercado, ob. cit.- pág. 348.

15) Rodríguez y Rodríguez, ob. cit.- págs. 515 y 516.

16) Garriguez Joaquín.- "Curso de Derecho Mercantil".-

Vol. I.- Editorial Porrúa, S. A.- México, 1981.- págs. 35 y 47.

17) Motos Guirao, ob. cit.- pág. 614.

CONCLUSIONES.

1.- La fusión es la unión jurídica y económica de dos o más sociedades, que dan origen a una sola sociedad llamada fusionante, y su principal característica es buscar mayores posibilidades de subsistencia, cuando los accionistas de una sociedad acuerdan llevar a cabo la fusión con otra sociedad, desde el punto de vista económica representa un acto positivo ya que aumenta el potencial de las sociedades participantes, que permite a la sociedad que subsiste competir con otras sociedades en circunstancias más favorables.

2.- Es una realidad que los acuerdos de fusión, por lo general no son llevados a cabo por los accionistas o socios, sino por los Administradores o Directores de las sociedades que intervienen; aunque formalmente deberían tomarlo los accionistas de las sociedades, reunidas en Asamblea General Extraordinaria, como lo establece nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles en sus artículos relativos.

3.- Al llevarse a cabo la fusión se da necesariamente la concentración, tanto de accionistas como de patrimonios, dando como resultado que la sociedad fusionante vea incrementado su capital social por la aportación del capital de la sociedad o sociedades fusionadas, y como consecuencia fundamental, los accionistas de la sociedad fusionante pasan a

ser accionistas de la sociedad fusionante o de nueva creación, por lo cual, la sociedad fusionante o de nueva creación, deberá emitirles títulos para acreditar tal calidad.

4.- La fusión de sociedades sólo puede realizarse entre sociedades con fines lucrativos, sin importar a que clase pertenezcan y sin ser necesario que los objetos sociales o ramo a que se dedican sean similares, aunque en caso de ser diferentes debe cuidarse que la sociedad fusionante, tenga su objeto amplio para poder realizar las actividades a que se dedicaba la sociedad fusionada o en caso de que el objeto de la sociedad que subsiste sea muy reducido, ésta podrá ampliar su ramo social incluyendo el ramo de la sociedad absorbida a través de una modificación al objeto social.

5.- Al surtir sus efectos el contrato de fusión fundamentalmente se extingue una o más sociedades. No debemos considerar dicha extinción como la disolución de la sociedad, ya que la fusión no está prevista entre las causas que la producen y que la sociedad fusionada desaparece sin poder realizar ninguna otra actividad, no así en la disolución, que no es sino un paso previo que tiene como fin posterior a la liquidación al provocar una cesación en las actividades que desarrolla una sociedad, en dicha liquidación se hace el cambio de administradores por liquidadores, conservando en todo caso su personalidad jurídica.

6.- Los acuerdos de fusión tomados por cada una de las sociedades, son requisitos corporativos necesarios para poder llevar a cabo el contrato de fusión, y deben de ser tomados en la mayoría de los casos, conforme a los requisitos exigidos para la modificación de las sociedades, por consiguiente es necesario que las sociedades que intervienen en la fusión, antes de protocolizar el acuerdo de fusión, deberán publicar su último balance, ya que éste puede ser útil para dar a conocer la situación económica y financiera real de las sociedades al momento de acordar la fusión y creemos conveniente, que la Ley General de Sociedades Mercantiles debería de exigir a cada una de las sociedades que van a fusionarse, la elaboración de un balance cerrado al día anterior al de ser tomados los acuerdos de fusión.

7.- Creemos que la obligación que tienen las sociedades que se van a fusionar, de publicar el sistema establecido para la extinción de sus pasivos, no tiene, razón de ser, ya que no es necesario extinguir los pasivos de las sociedades que van a desaparecer por la fusión. Además, en todo caso consideramos que se refiere tal obligación a los casos en que se realice alguno de los supuestos que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 255 para realizar anticipadamente la fusión y por medio de la publicación ponerla en conocimiento de los acreedores de la sociedad.

8.- Consideramos importante, que al tratar lo relativo a la publicidad de la fusión, la Ley General de Sociedades Mercantiles debería ordenar que ésta no podrá tener efectos, sino después de tres meses de haberse efectuado las inscripciones y publicaciones respectivamente en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y en el periódico Oficial del domicilio de la Sociedad, además, el primer párrafo del Art. 224 en este sentido nos parece defectuoso, ya que solo se refiere a la inscripción del acuerdo de fusión y no toma en cuenta a las publicaciones, que al efecto deben realizar las Sociedades que intervienen en la fusión, siendo que en la práctica es el medio más eficaz de poner en conocimiento de los interesados el proceso de fusión que se está realizando.

9.- Nos parece criticable que la fusión puede tener efectos en el momento de la inscripción, si simplemente se pacta el pago de las deudas de las Sociedades que van a fusionarse. Sobre este particular la Ley General de Sociedades Mercantiles, nos parece confusa ya que las deudas por sí solas son exigibles a su vencimiento, y consideramos que el legislador al establecer esta posibilidad, de realizar la fusión es forma anticipada, se refería al pago previo de las deudas a los acreedores.

10.- Estamos de acuerdo en que, en forma general nuestra legislación fiscal no grave la fusión de Sociedades, pero consideramos totalmente injustas las disposiciones que gravan la transmisión de bienes inmuebles en los casos de fusión, es decir, que al producir la fusión hay una transmisión a título universal de los patrimonios de las sociedades que se extinguen, a favor de la sociedad que subsiste, incluyendo los bienes inmuebles.

11.- Creemos conveniente, la necesidad de que exista una más amplia y más completa legislación que regule la fusión de sociedades, ya que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles al respecto establece vagamente el aspecto que nos ocupa, y en forma general, proponemos la necesidad de que exista un Reglamento adicional a la Ley General de Sociedades Mercantiles que regule más ampliamente lo correspondiente a la fusión de sociedades.

BIBLIOGRAFIA.

ABASCAL ZAMORA JOSE MARIA.- "Instituto de Investigaciones Jurídicas".- Diccionario Jurídico.- Tomo IV.- UNAM.- México, 1983.

AZCARELLI TULIO.- "Derecho Mercantil".- Traducción por Felipe J. Tena.- Librería Porrúa Hnos. y Cía.- México, 1940.

BARBERO DOMINICO.- "Sistema del Derecho Privado".- Vol. IV.- Contratos.- Traducción Santiago Sentis Melendo.- Editorial Jurídica Europa-América-Buenos Aires, 1967.

CERVANTES AHUMADA RAUL.- "Derecho Mercantil".- Editorial Herrero, S.A.- México, 1978.

COMBALIA PENA RAMON.- "Tratado Práctico de Sociedades Anónimas".- Editorial Teide.- Barcelona, 1953.

CH. LYON CAEN Y L. RENAULT.- "Manuel de Droit Comercial".- Séptima Edición.- París, 1904.

DELSACE A.- "Manuel des Societes Anonymes".- Editorial, París, 1947.

ESTASEN PEDRO.- "Tratado de las Sociedades Mercantiles y Demás Entidades de Carácter Comercial según el Derecho Español".- Madrid, 1906.

FLORIS MARGADANT GUILLERMO.- "Derecho Romano".- Deudécima Edición.- Editorial Esfinge, S.A.- México, 1983.

FRISCH PHILIPP WALTER.- "La Sociedad Anónima Mexicana".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1979.

GARO FRANCISCO J.- "Sociedades Anónimas".- Editorial Ediar, Vol. I.- Buenos Aires, 1954.

GARRIGUES JOAQUIN.- "Curso de Derecho Mercantil".- Vol. I.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1981.

HEINSHERMER KARL.- "Derecho Mercantil.- Traducción del Alemán al Español por A. Vicente Gella.- Editorial Labor.- Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933.

HERRERA REYES LUIS.- "Sociedades Anónimas".- Editorial Nacimiento.- Santiago de Chile, 1935.

IBARROLA ANTONIO DE.- "Cosas y Sucesiones".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1972.

IGLESIAS JUAN.- "Derecho Romano".- Editorial Ariel.- Sexta Edición.- Barcelona-Caracas-México, 1972.

MANTILLA MOLINA L. ROBERTO.- "Derecho Mercantil".- Vigésima Séptima Edición.- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1990.

MARTI DE EIXELA RAMON.- "Instituciones de Derecho Mercantil de España".- Octava Edición.- Puesta al corriente por Manuel Durán y Bas.- Barcelona, 1879.

MESSINEO FRANCESCO.- "Derecho Civil y Comercial".- Vol. V.- Traducción por Santiago Sentis Melendo.- Ediciones Jurídicas Europa-América--Buenos Aires, 1971.

MOTOS GUIRAO MIGUEL.- "Fusión de Sociedades Mercantiles".- Prólogo de Antonio Polo Diez.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid, 1953.

MUÑOZ LUIS.- "Derecho Mercantil".- Vol. IV.- Cárdenas Editor y Distribuidor.- México, 1974.

PETIT EUGENE.- "Tratado Elemental de Derecho Romano".- Editora Nacional.- México, 1971.

POMPEYO CLAREY Y MARTI.- "Sociedades Anónimas".- Bosch, Casa Editora.- Barcelona, 1944.

RIPPIET GEORGES.- "Tratado Elemental de Derecho Comercial".- Vol. II.- Sociedades.- Traducción por Felipe de Sola Canizares.- Tipográfica Editora Argentina.- Buenos Aires, 1954.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JOAQUIN.- "Tratado de Sociedades Mercantiles".- Tomo I.- Tercera Edición.- Editorial Porrúa, S.A..- México, 1965.

"SOCIEDADES MERCANTILES Y COOPERATIVAS".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1980.

VAZQUEZ DEL MERCADO OSCAR.- "Asamblea, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles".- Editorial Porrúa, S.A.- México, 1980.

VIVANTE CESAR.- "Tratado de Derecho Mercantil".- Tomo II.- Editorial Reus.- Madrid, 1932.

LEGISLACION CONSULTADA.

Ley General de Sociedades Mercantiles.- 1993.