

308409
4
2ej

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.



" FUSION VERTICAL DE SOCIEDADES MERCANTILES"

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

RENE BUENTELLO CARBONELL

DIRECTOR DE TESIS: LIC. GUILLERMO DIAZ DE RIVERA

MEXICO, D.F.

FALLA DE ORIGEN

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

"SI EN LA LID EL DESTINO TE DERRIBA,
SI TODO EN TU CAMINO ES CUESTA ARRIBA,
SI TU SONRISA ES ANSIA INSATISFECHA,
SI HAY FAENA EXCESIVA Y VIL COSECHA,
SI A TU CAUDAL SE CONTRAPONEN DIQUES.
DATE UNA TREGUA - PERO NO CLAUDIQUES."

RUDYARD KIPLING

A DIOS

A MI ESPOSA ALINA, por su amor y comprensión

A MI PADRE, ejemplo de entrega, tenacidad y sacrificio

A MI MADRE, por su amor incondicional

A CARLOS, por su fortaleza en tiempos difíciles

A HUGO, por su alegría y apoyo

A RAUL, mi compañero de siempre

**A LA MEMORIA DE DON JOSE CARBONELL
ANDAPIA, élsabe porqué.**

INDICE GENERAL

| | |
|---|-----------|
| CAPITULO I.- ANTECEDENTES HISTORICOS | 1 |
| I.1. Antecedentes | 1 |
| I.2. Código de Comercio de 1889 | 3 |
| I.3. Proyectos de Código de Comercio | 7 |
| CAPITULO II.- LA FUSION | 10 |
| II.1. Concepto | 10 |
| II.2. Distinción con otras Concentraciones | 15 |
| II.2.1. Kartell | 19 |
| II.2.2. Consorcio | 20 |
| II.2.3. Formas Diversas de Concentración | 21 |
| II.3. Sistemas de Fusión | 23 |
| II.3.1. Por Absorción o por Incorporación | 23 |
| II.3.2. Por la Creación de una Sociedad Nueva | 26 |
| II.4. Naturaleza Jurídica de la Fusión | 28 |
| II.4.1. Teoría de la Sucesión | 29 |
| II.4.2. Teoría del Acto Corporativo | 33 |
| II.4.3. Teoría Contractual | 35 |
| II.5. Acuerdo de Fusión y Ejecución | 39 |
| II.6. Efectos | 43 |
| II.6.1. Efectos del Acuerdo de Fusión | 43 |
| II.6.2. Efectos de la Fusión | 45 |
| CAPITULO III.- LA FUSION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO | 70 |

| | | |
|-------------------------------------|---|-----|
| III.1. | La Ley General de Sociedades Mercantiles | 70 |
| III.2. | La Regulación Fiscal | 80 |
| III.2.1. | Código Fiscal de la Federación | 80 |
| III.2.2. | Ley del Impuesto Sobre la Renta | 102 |
| III.2.3. | Ley del Impuesto al Activo | 129 |
| III.2.4. | Ley del Impuesto al Valor Agregado | 134 |
| III.2.5. | Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios | 140 |
| III.2.6. | Ley del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles | 141 |
| III.2.7. | Ley del Impuesto Sobre Erogaciones por Remuneración al Trabajo Personal Prestado Bajo la Dirección y Dependencia de un Patrón | 142 |
| CAPITULO IV.- FUSION VERTICAL | | 144 |
| IV.1. | Concepto | 144 |
| IV.1.2. | Sociedad de Sociedades, Controladoras o Filiales | 148 |
| IV.2. | Regulación Mercantil y Fiscal | 152 |
| IV.2.1. | La Regulación Mercantil | 152 |
| IV.2.2. | La Regulación Fiscal | 156 |
| CONCLUSIONES | | 169 |
| BIBLIOGRAFIA | | 172 |

INTRODUCCION

Durante los último dos años, la figura de la fusión ha tomado un lugar preponderante en la mentalidad de los grandes empresarios de todo el mundo. La apertura completa de los mercados y la necesidad de participar en los mercados internacionales con modernas tecnologías, excelentes servicios, calidad y bajos costos fueron los detonantes para que las grandes corporaciones mundiales buscaran alianzas con sus principales competidores, o bien, la compactación de sus propias estructuras.

Esta tendencia mundial se ha reflejado en la vida industrial de los mexicanos. Así encontramos que los grandes grupos industriales formados en las décadas de los setenta y ochenta, buscan ahora reducir significativamente sus costos para poder hacer frente a la competencia que se avecina.

Es ahora cuando esos grandes grupos buscan airadamente una reestructura corporativa que les permita facilitar el manejo de sus empresas con una estructura organizacional de control delgada pero firme.

La clara división de funciones, tanto humanas como corporativas, que durante las dos décadas pasadas sirvieron para conformar los grandes grupos industriales, hoy en día son obsoletos ya que dificultan a la empresa avanzar con la celeridad que el propio mercado exige.

Actualmente el concepto de la multi-funcionalidad es lo que hace que las empresas se encuentren sólidas ante los embates de los competidores internacionales. Es ahora, cuando la figura de la fusión toma un auge importante dentro de los grupos industriales que buscan el no desaparecer.

Sin embargo, esta evolución dinámica que hemos vivido en la práctica no se ha reflejado en el campo de las enseñanzas tradicionales de Derecho Mercantil. Se insiste en clasificar exclusivamente las fusiones en puras o por absorción y este tipo de fusiones son las únicas que se enseñan en las aulas universitarias.

El objeto de este trabajo es mostrar que la teoría tradicional ha sido rebasada por la práctica y que es necesario enseñar a los estudiantes que existen dentro de esta figura un gran número de posibilidades para llevarla a cabo, que existen fusiones horizontales, verticales, ascendentes, descendentes, etc., y que muchas de ellas rompen con esquemas añejos de la doctrina tradicional y que no por ello se encuentran fuera del marco legal.

El presente trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos, el primero de ellos trata de los antecedentes históricos de la fusión dentro de los diversos ordenamientos que han regido en nuestro país.

El segundo capítulo habla del concepto de fusión, su naturaleza jurídica, sus efectos dentro y fuera de la sociedad que toma un acuerdo de esta naturaleza y las opiniones de diversos juristas nacionales y extranjeros, que se han dado a la tarea de estudiar a fondo esta figura.

En el tercer capítulo se estudiará la figura de la fusión a la luz de los diversos ordenamientos tanto mercantiles como fiscales vigentes y que de cierta manera, o bien, de manera directa afectan a este tipo de operaciones.

Por último, en el cuarto capítulo entraremos al estudio de la llamada fusión vertical de sociedades mercantiles, conceptuandola y analizando las repercusiones de orden

corporativo y fiscal que en especial tienen este tipo de fusiones.

En virtud de lo anterior, es mi deseo tratar de explicar en unas cuantas páginas esta forma especial de fusiones que, si bien es cierto, en lo general no tiene gran distinción con las fusiones estudiadas a la luz de la doctrina tradicional, también lo es que en lo particular y sobre todo en cuanto a su tratamiento fiscal y corporativo, si tiene algunas distinciones que vale la pena estudiar.

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS

I.1.- Antecedentes

Nada se puede decir en torno a la fusión de sociedades mercantiles en los diversos ordenamientos jurídicos que han regido en nuestro país. Ninguno de éstos, excepto el actual código de comercio que entró en vigor el 1° de enero de 1890, se ocupó de reglamentar la materia referente a la fusión de sociedades; quizá esto es debido a que aún no se presentaban en forma intensa, los problemas, relativamente nuevos, de la competencia entre las empresas y la lucha por los mercados.

Posteriormente a la expedición del código referido en el párrafo anterior, el título segundo del libro segundo del mismo que regulaba a las sociedades de comercio fue derogado por el artículo cuarto transitorio de la Ley General de Sociedades Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de agosto de 1934.

Entre las disposiciones de ambos ordenamientos existen diferencias de fondo como por ejemplo en la última parte del artículo 260 del código que mencionaba que para los socios no conformes con la fusión, la sociedad se considera disuelta, es decir, previa liquidación de su cuota, podrían separarse de la misma.

En la ley General de Sociedades Mercantiles, no hay ninguna disposición que permita en un momento dado una

separación, por el contrario el artículo 206 enumera situaciones en que los socios disidentes con el acuerdo de modificación a los estatutos sociales, puede concedérseles la separación pero de una manera muy limitada; sin embargo, dentro de las causas contenidas en este artículo no se encuentra contemplada la fusión.

Al respecto, cabe transcribir lo que la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles (1), apuntó referente a la fusión:

"... respecto a la fusión y a la transformación de las sociedades, la Ley se limita a formular un pequeño número de disposiciones.

En lo general, tanto la fusión como la transformación están regidas por las mismas reglas, pues aunque es verdad que existe entre ambas la diferencia fundamental de que la transformación da nacimiento siempre a un sujeto de derecho distinto del que hasta antes de ella venía actuando y la fusión no, necesariamente se pensó que esa diferencia no impedía que, en lo que toca a las materias que la Ley trata, tanto la transformación como la fusión de sociedades recibieren una reglamentación análoga. Sin embargo, es conveniente anotar que, precisamente porque la transformación de una sociedad es una medida mucho más grave que la fusión, solo ella da lugar según

1 Legislación Mercantil y Leyes Conexas. Ediciones Andrade, S.A., Tomo I Pag. 361

ya ha quedado indicado antes al derecho del retiro".

El Código de Comercio de 1889, admite que el socio pueda retirarse de la sociedad cuando no se encuentre conforme con la fusión, pero igualmente en este caso, si el socio que se retira es comanditado o colectivo, subsiste su responsabilidad por los actos realizados con anterioridad al acuerdo de fusión.

I.2.- Código de Comercio de 1889.

Como se apuntó con anterioridad, este Código entró en vigor a partir del 1o. de enero de 1890 y es el que actualmente está en vigor en nuestro país.

Este Código, se puede decir que es el primer ordenamiento que se preocupa por regular la figura de la fusión de sociedades mercantiles, consagrando a ello, el capítulo octavo del título segundo, libro segundo, que comprendía de los artículos 260 al 264.

Efectuando un análisis de los artículos anteriormente señalados, tenemos:

"Artículo 260.- La fusión de varias sociedades debe de ser decidida por cada una de ellas. La decisión debe de ser tomada en los términos que expresa la fracción III del artículo 206, pero para los socios que disientan, la sociedad se tendrá por disuelta". (2)

Como ya apuntamos anteriormente, la primera regla establecida para la fusión de sociedades, es que debe de ser adoptada por cada una de las partes que quisieran participar en la fusión, tomando en cuenta lo que establece el artículo 206 fracción III que a continuación se transcribe.

"Cuando la escritura social o los estatutos no dispongan otra cosa, será necesaria la presentación de las tres cuartas partes del capital social y el voto unánime del número de accionistas que representen la mitad de dicho capital, para poder tomar las resoluciones siguientes:

... III.- La fusión con otras sociedades. (3)

Entonces pues, se entiende que el requisito para que la resolución de fusión tenga validez, es que se tenga un quórum y una votación calificados.

Resulta importante, señalar lo que en la parte final del artículo dice, una protección para los socios disidentes, al preceptuarse que la sociedad se considerará extinguida para ellos, esto quiere decir, que previo reembolso de sus aportaciones, la sociedad se disuelve.

"Artículo 261.- La publicación a que se refiere el artículo 171 deberá hacerse por cada una de las sociedades que hayan acordado fusionarse. Cada sociedad deberá publicar su último balance y aquella o aquellas que dejen de existir, deberán publicar además, el sistema establecido para la extinción de su pasivo". (4)

3 Ibid. Págs. 50 y 51

4 Ibid Pág. 60

Resulta claro el precepto antes citado ya que es de suma importancia el publicar el acuerdo de fusión y balance para protección de acreedores de las sociedades que se van a fusionar.

Igualmente, es de protección para los propios accionistas a fin de que se encuentren en posibilidades en un momento dado, de reclamar lo que a su derecho convenga.

"Artículo 262.- La fusión de dos o más sociedades no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse publicado las bases de la fusión, a menos que se pacte el pago de todas las deudas sociales, o se constituya el depósito de su importe en una institución de crédito, o se haya obtenido el consentimiento de todos los acreedores.

Las deudas a plazo se tendrán por vencidas.

Durante el plazo señalado, todo acreedor podrá oponerse a la fusión, la cual se suspenderá sino se obtiene el pago, el depósito o el consentimiento del que habla este artículo". (5)

En este precepto se señalan las siguientes hipótesis:

- a) La fusión no podrá tener efectos hasta que hayan transcurrido tres meses después de la publicación del acuerdo de fusión y balance.

- b) La excepción a lo anterior, que la fusión puede surtir sus efectos hasta antes de cumplirse el plazo de tres meses, siempre y cuando se establezca la extinción del pasivo social, mediante el pago, el depósito del mismo en una institución de crédito, o bien, el consentimiento de todos sus acreedores.
- c) Las deudas a plazo se consideran vencidas.

"Artículo 263.- Cuando se haya vencido el plazo de tres meses sin que se haya presentado ningún opositor, la fusión podrá llevarse a cabo, la sociedad que quede existente, o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas". (6)

En la redacción de dicho precepto, se desprende que ya el código de 1889 contemplaba las dos formas de realización de la fusión, por absorción o por la creación de una nueva sociedad; de estos dos tipos de fusión hablaremos más adelante.

"Artículo 264.- Cuando de la fusión de dos o más sociedades haya de resultar una distinta, su constitución se sujetará a los principios que rijan la constitución de las sociedades a cuyo género hayan de pertenecer". (7)

Del citado artículo se desprende lo siguiente:

- a) La fusión puede realizarse entre cualquier clase de sociedades y más aún, la sociedad nueva que se crea con motivo de una fusión, no forzosamente tiene que participar de la naturaleza de las sociedades que se fusionaron.
- b) No exige identidad de objetos sociales.

I.3.- Proyectos de Código de Comercio

A continuación, mencionaremos los proyectos de Código de Comercio que se han elaborado en el México independiente, documentos que no han sido publicados ni aprobados, pero que tienen relativa importancia ya que tienden a actualizar las diversas legislaciones mercantiles.

El primero es el Código mercantil de 1869 el cual regula a la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita, la sociedad anónima y la asociación en participación.

Este proyecto no contemplaba dentro de su articulado a la fusión de sociedades.

Posteriormente se elaboró el proyecto de Código de 1880 que trata de regular diversos tipos de sociedades pero omite regular a la fusión de empresas.

El siguiente es el proyecto de reformas al Código de comercio de 1922 y se reglamenta a la fusión tomando como base el Código de Comercio de 1889.

En el año de 1929 se elaboró un proyecto para el nuevo Código de Comercio redactado por una comisión ordenada por la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo.

Vásquez del Mercado comenta lo siguiente con relación a lo anterior:

" El proyecto para el nuevo Código de Comercio de 1929 reglamentaba a la fusión en igual forma que el Código de 1889, y como lo hace la actual ley de sociedades. Sin embargo, contenía una diferencia, esto es, las deudas a plazos quedaban inmediatamente vencidas en el momento en que la fusión se acordara; en tanto que, en los ordenamientos vigentes, las deudas se consideran vencidas sólo en el caso en que la fusión tiene efecto inmediato". (8)

Por último, tenemos el proyecto del libro primero del Código de Comercio, publicado en 1947 y el cual dedica el capítulo decimoprimer, del título segundo, a la fusión y transformación de sociedades. En este proyecto se hallan algunas diferencia con respecto a la Ley General de Sociedades Mercantiles, tal y como lo apunta Vásquez del Mercado:

8 Vásquez del Mercado, Oscar. Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles. Ed. Porrúa, México, 1992, Pág. 312.

"El artículo 222 de la precitada ley quedó suprimido, tal vez por considerarse superflua dicha disposición. En efecto, no hay necesidad de que se establezca que cada una de las sociedades deba acordar su fusión por separado, y en la forma y términos que corresponda según su naturaleza. Se sobreentiende que en toda sociedad, las resoluciones se toman de acuerdo con la ley y los estatutos que las rigen.

En el proyecto de Código que nos ocupa, se establece que la responsabilidad de los socios colectivos y comanditados subsiste respecto de los actos anteriores a la fusión, aún después de realizada ésta. También admite, como el Código de 1889, que el socio puede retirarse de la sociedad, cuando no se encuentre conforme con la fusión, pero igualmente en este caso, si el socio que se retira es comanditado o colectivo, subsiste su responsabilidad por los actos anteriores a la fusión". (9)

CAPITULO II LA FUSION**II.1.- Concepto**

La amplitud del tema, la imprecisión terminológica del vocablo "FUSION", su propia naturaleza y el significado que lleva aparejado la fusión en la vida del tráfico comercial, industrial y económico en general, dan suficiente base a la afirmación de Uria de que constituye un fenómeno que se resiste a ser encarnado en una sola definición. (10)

En estas dificultades radica la extraordinaria diversidad que encontramos entre los autores nacionales y extranjeros donde el problema ha ocasionado diferencias conceptuales en cuanto a la definición de fusión.

La mayoría de los autores han considerado a la fusión como la unión de dos o más empresas para formar una sola sociedad. Así por ejemplo, Lyon-Caen (11) entiende por fusión a la reunión de dos o más sociedades hasta entonces distintas, de suerte que vengan a formar una sola sociedad.

También se expresa el concepto de fusión en la forma siguiente: "unión jurídica de varios organismos que se penetran reciprocamente dando lugar a que la pluralidad de

10 Uria, Rodrigo. La Fusión de las Sociedades Mercantiles en el Derecho Español. Revista de Derecho Mercantil, Tomo II No. 2, Madrid, 1946. Pág. 12

11 Lyon-Caen. Tratado de Derecho Comercial, Paris, 1909, Pág. 248

organismos vengan a ser substituídos por una sola organización jurídica". (12)

Rodrigo Uria conceptúa 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. (13)

Broseta Pont define a la fusión como un procedimiento jurídico por virtud del cual, dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y socios en una sociedad única, previa disolución de todas las sociedades que se fusionan, creando una nueva o de todos menos una que absorbe a la restante. (14)

Antonio Brunetti dice que la característica principal de la fusión, es la disolución de la sociedad incorporada o bien de dos o más sociedades que se confunden en una nueva, pero como en la transformación, sin dar lugar a una liquidación.

No liquidar a una sociedad disuelta es lo que caracteriza esta forma de disolución. (15)

Otros autores, al definir a la fusión, hacen resaltar como característica el hecho de que la fusión puede

-
- 12 Salandra Vittorio. Societa Commerciali, Torino 1938, Pág 271
 - 13 Cfr. Uria, Op. Cit. Pág. 308
 - 14 Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Madrid 1971, Pág. 254
 - 15 Brunetti Antonio. Tratado de Derecho de las Sociedades, Unión Tipográfica, Ed. Hispano Americana, Buenos Aires, Argentina 1960, Pág. 628

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. (16)

Si quisiéramos reunir en una sola fórmula que abarcara y comprendiera todos los elementos y características que, de acuerdo con los autores citados, distinguen a la fusión, podría darse la siguiente:

"Por fusión debe entenderse a la reunión de dos o más patrimonios o sociedades, cuyos Titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando subsiste 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 en sustitución a los que poseían". (17)

Una vez analizado el concepto de fusión, pasaremos a estudiar las características que se desprenden del mismo, las cuales son:

- a) Reunión de patrimonios.
- b) Desaparición de Titulares.
- c) Los socios de las sociedades desaparecidas forman una nueva sociedad, o forman parte de la que subsiste.

16 Carvalo de Mendoza, José Javier. Tratado de Derecho Comercial Brasileño, Río de Janeiro 1946, Pág. 67

17 Cfr. Vázquez del Mercado Op. Cit. Pág.. 300

d) Entrega de los nuevos títulos o reconocimiento de participación en el capital social.

a) Reunión de patrimonios.- En virtud de la disolución, el patrimonio de las sociedades que se pretenden fusionar, tanto activos como pasivos, van a formar parte del patrimonio de la sociedad subsistente en la fusión, por tal motivo dichos patrimonios desaparecen junto con la sociedad y se confunde con la sociedad subsistente. (18)

b) Desaparición de Titulares.- Se lleva a cabo en el momento que la fusión se realiza y desde el momento también, en que, transcurren tres meses a partir de que los acuerdos de disolución y fusión ya publicados, se inscriben en el Registro Público del Comercio; si no existe oposición a esta, se formaliza la fusión.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 225, se establece que excepcionalmente, la fusión produce efectos desde el momento de la inscripción en el Registro Público del Comercio, siempre y cuando se haya pactado el pago de todas las deudas de la sociedad, se deposite su importe en una institución de crédito o conste por escrito el consentimiento de todos los acreedores y en el caso de que no existan éstos, no será necesario dicho depósito.

c) Los socios de la sociedad desaparecida forman parte de la nueva sociedad.- Esto se lleva a cabo cuando los socios con las aportaciones que efectuaron a las sociedades desaparecidas, constituyen la aportación para la nueva

sociedad en su capital social. Resulta entonces que, el patrimonio social en el cual se encuentran representadas proporcionalmente las aportaciones individuales de cada socio, constituyen una sola aportación para formar el capital social de la nueva sociedad o de la subsistente.

d) Entrega de los nuevos títulos o reconocimiento de participación en el capital social.- La entrega de los nuevos títulos es un elemento esencial en la fusión, ya que sin el cambio de los títulos, dicen varios autores, no hay fusión.

Algunos autores no consideran esencial el cambio de los títulos y admiten que hay fusión cuando los socios de las sociedades desaparecidas reciben dinero.

No compartimos esta idea, toda vez que si los socios reciben dinero por sus acciones, títulos o certificados de participación, se trataría netamente de una simple compraventa. (19)

Hay quienes consideran como elemento esencial para que las sociedades puedan fusionarse, el que éstas sean de la misma especie. Charles Restau afirma que ante todo, es preciso que la sociedad que absorbe sea de la misma especie de la que desaparece. (20)

La Ley General de Sociedades Mercantiles, es antitética respecto de esta tendencia, toda vez que prescribe en su artículo 222 que el acuerdo de fusión se decidirá por

19 Cfr. Brunetti, Op. Cit. Pág 646

20 Restau, Charles. Tratado de sociedades Anónimas, Bruselas 1933, Pág. 443

cada sociedad que se fusiona, en la forma y términos que corresponda según su naturaleza. Igualmente el artículo 226 de la ley en comento, establece que pueden las sociedades fusionadas dar lugar a una distinta, siempre y cuando se sujete a los principios que rigen su constitución.

En estas disposiciones legales nos basamos para concluir que las sociedades de diversa naturaleza pueden fusionarse. (21)

II.2.- Distinción con otras concentraciones

El reconocimiento de la empresa como elemento fundamental tanto del derecho como de la vida económica de un país, es importante por la influencia decisiva que dicha institución ejerce en la economía contemporánea.

Sin duda, vivimos en un sistema de empresas diversas, en cuanto a capital y objeto de las cuales las grandes empresas van desplazando a las pequeñas negociaciones y a los pequeños comerciantes.

En México, país de economía en vías de desarrollo, la gran empresa vive a lado de la pequeña, por ello la tendencia del derecho comercial a reglamentar y a proteger la empresa (22), por lo que sería conveniente mencionar la definición de la empresa tal y como lo define el maestro Mantilla Molina (23).

-
- | | |
|----|--|
| 21 | Garrigues, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México 1983, Pág. 1301 |
| 22 | Barrera Graf, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil, México 1983, Pág 174 |
| 23 | Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil, México 1989, Pág 107 |

La empresa es una "organización independiente" que produce o distribuye bienes y servicios para el mercado, enlazando perfectamente estos elementos.

Ahora bien, una empresa la pueden llevar a cabo dos clases de personas, las personas físicas y las personas morales, siendo estas últimas, las que nos servirán como base para estudiar a la fusión, toda vez que éstas son los entes con capacidad para fusionarse.

La fusión deriva del fenómeno de concentración de las empresas, que es una consecuencia directa de la evolución del país.

Vásquez del Mercado al hablar sobre la concentración de empresas, señala que: "la evolución de los pueblos es la que ha determinado y dirigido el desarrollo constante del fenómeno de la agrupación de empresas, a medida que el mundo gira, van surgiendo los grandes centros de trabajo, van apareciendo multitud de agrupaciones sociales dedicadas a las diferentes actividades comerciales".

Surge la lucha enconada entre éstas para ganar los mercados de consumo. Los organismos débiles son aplastados por los más fuertes en esta terrible lucha por la vida económica. (24)

Hamel y Lagarde, autores de nacionalidad francesa manifiestan al respecto:

"La concentración de empresas es un fenómeno propio del desarrollo capitalista. Como atraídas por la fuerza centrípeta, siguen las empresas un camino hacia la concentración, uniéndose alrededor de una empresa concentradora, con el fin de obtener mejores condiciones de producción y de mercado. Esto naturalmente, conduce al monopolio y ha hecho que a partir de la última mitad del siglo pasado, las legislaciones reaccionen en contra de la concentración monopolística". (25)

Con relación a lo anterior, será importante resaltar la relevancia de la fusión en la creación de monopolios, tomando en cuenta, lo que afirman diversos autores, como por ejemplo, Hamel y Lagarde, al señalar que las empresas para tener un mejor control de producción y de mercado, tienden a la fusión; pero la fusión de sociedades de capital, no solo fomenta los monopolios en estricto sentido, sino que también fomenta la calidad de los productos y fortalecen las expectativas de desarrollo de las empresas en fusión.

Es frecuente afirmar, que la fusión de sociedades mercantiles responde a las mismas motivaciones económicas que han dado origen a la concentración de empresas. Siguiendo esta tesis, se ha considerado que la fusión no presenta otra cosa que la forma más perfecta del fenómeno de concentración. Por esta razón, el encaje económico de la fusión se ha proyectado sobre el fenómeno genérico de las uniones de empresas. (26)

25 Hamel y Lagarde, citado por Raúl Cervantes Ahumada. Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México 1988, Pág. 191
 26 Cfr. Uria, Op. Cit: Pág. 201

Aún cuando existen ciertamente en la fusión móviles económicos afines a los que inspiran los fenómenos jurídicos de concentración de empresas, no puede aceptarse con carácter definitivo una substancial identidad entre uno y otros. Prescindiendo de momento del examen de los caracteres peculiares de la fusión como institución jurídica, vamos a centrar nuestra atención sobre su contenido económico.

La empresa actual es una gran organización financiera donde prestan sus servicios miles de personas en diferentes áreas, esto se debe a la evolución de los pueblos en el aspecto del desarrollo económico e industrial.

A medida de que el mundo avanza, van surgiendo los grandes centros de trabajo, van apareciendo multitud de agrupaciones sociales dedicadas a diferentes actividades comerciales. Surge así la lucha entre éstas por ganar los mercados de consumo y sucede lo que atinadamente menciona Vidari (27): "Los organismos débiles son aplastados por los más fuertes en esta terrible lucha de la vida económica".

Esta es la causa por la que las empresas débiles fijan sus miras en la conveniencia de unirse a las empresas más fuertes para evitar así, ser devoradas y desaparecer, sin esperanza de recuperar sus inversiones. Las mismas empresas de mayor capacidad económica con el fin de desarrollar mejor las actividades, buscan la ayuda de aquéllas cuya potencialidad económica es mayor. (28)

27 Vidari, Ercole. Curso de Derecho Comercial, Milán 1901, Pág. 308
28 cfr. Vázquez del Mercado, Op. Cit. Pág. 291

Las diversas formas de estas uniones guardan cierta semejanza con la fusión de sociedades, pero mantienen características propias y a saber son:

II.2.1.- Kartell

El Kartell se puede definir como la unión o asociación de empresarios independientes de un mismo sector profesional y para un determinado territorio, con objeto de regular la concurrencia entre los miembros que los forman e influir y alcanzar en lo posible, una preponderancia en el mercado común, en virtud de la regulación homogénea a que se someten. (29)

Se dice que el Kartell nació de las asociaciones independientes de un mismo sector profesional, con el objeto de evitar la competencia en Alemania y Austria.

Joaquín Garrigues, menciona que los kartells son una especie de asociaciones de empresas independientes, a fin de tener un control de la producción y venta. (30)

En general, el kartell trata de acuerdos entre los empresarios que lo forman, a fin de llevar a cabo técnicas de comercialización dentro de una rama del mercado, de manera que no exista competencia desfavorable para ninguna de ellas, sin que esto implique el surgimiento de una nueva empresa necesariamente.

29 Heinsheimer, Karl. Derecho Mercantil, Barcelona 1933, Pág. 194

30 Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México 1993, Pág. 621

Es preciso señalar que la diferencia entre el kartell y la fusión, es que el primero está constituido por una unión de empresarios y no de sociedades como sucede en la fusión. La segunda radica en que en la fusión las sociedades que intervienen, una de ellas desaparece para formar parte de otra distinta, que subsiste o en su caso, crear una nueva sociedad.

Por lo general, el kartell constituye una forma de asociación, dotada de una forma de organización central y es entonces, cuando puede confundirse con la fusión, en el caso de que el kartell dé origen a una nueva sociedad.

Con relación a lo anterior, el autor Giorgio de Semo (31) dice que en el aspecto jurídico, el kartell deja de subsistir con su plena identidad a las empresas cuyos Titulares empresarios se asocian y entre los cuales, interviene un pacto. En los contratos de fusión, por lo contrario, las sociedades quedan absorbidas por la nueva que resulte o por la que subsiste.

II.2.2.- Consorcio

Se dice que el consorcio es una unión de empresas, cuyo género de negocios sea similar para su robustecimiento económico y mejora de las posibilidades técnicas de producción y mercado. (32)

Se pueden definir como características esenciales del consorcio, las siguientes:

- 31 de Semo, Giorgio. La Fusión de las Sociedades Comerciales, Roma 1921, Pág. 26
- 32 Cfr. Vásquez del Mercado, Op. Cit. Pág. 294

- a) Reunión de empresas.
- b) Similar ramo empresarial.
- c) Finalidad común de robustecer sus técnicas de producción y de mercado.

Un ejemplo de un consorcio se presenta cuando una empresa que produce un determinado bien, constituye otra similar con la finalidad de que sus productos compitan de mejor manera en el mercado.

Es notable la diferencia que tiene con la forma del kartell, ya que el objeto del consorcio, es regular la técnica de producción y en el kartell, el objeto es regular la concurrencia entre los miembros que lo forman y alcanzar una preponderancia en el mercado común, sin que ninguna de ellas, tenga personalidad jurídica propia, toda vez que estas prácticas son en esencia, estrategias comerciales.

II.2.3.- Formas diversas de concentración.

Podemos señalar diversas formas de concentración, como es por ejemplo, la figura de sociedades controladoras, la que se deriva de la adquisición de acciones en diversas empresas y llevar a cabo la vigilancia mediante el voto en asambleas. (33)

Otra clase de agrupación son los trust, nacidos en los Estados Unidos, que surgen cuando un accionista o grupo de accionistas de varias sociedades dedicados a una rama del comercio, constituyen un trust (confianza) que se encarga de

la explotación comercial e industrial de las sociedades agrupadas. Se acumulan las sociedades y se entrega una especie de certificados que dan derecho a participar a los beneficios, pero no en las gestiones. (34)

Podemos mencionar otra forma de concentración llamada holding (controladora), que tiene como finalidad el constituirse con el único objeto de poseer las acciones de diversas sociedades.

Nos dice Johnson Okhuysen que Compañía Dominatriz se deriva del inglés Holding Company, ya que el objeto principal de este tipo de sociedades es el de dominar por medio de un centro de diserciones los movimientos de sus empresas integrantes.

Para varios autores, el objeto de la holding es detentar la mayoría de las acciones de otras sociedades y así controlar su administración. (35)

El objeto de estas sociedades es el centralizar la toma de decisiones, en el sentido de que una sociedad con un grupo de empresarios inherentes a esta sociedad, tomen las decisiones que sean necesarias para el manejo de las sociedades de quienes son accionistas. (36)

En síntesis, la finalidad de una holding o sociedad controladora, es integrar su capital con acciones que

34 Cfr. Hamel y Lagarde, Citado por Raúl Cervantes Ahumada. Op. Cit. Págs. 191 y 192

35 Ibidem

36 E. Johnson Okhuysen. Compañía Dominatriz Holding Company. Publicaciones Administrativas y Contables, Colegio Superior de Ciencias Jurídicas, S.C., 2a Edición México, 1981, Pág. 10

representen el capital social de otras empresas, con lo cual se obtenga el pleno control sobre las mismas.

Ahora bien, se puede asumir que la fusión de sociedades mercantiles se asemeja por sus motivaciones económicas al fenómeno de la concentración de empresas, pero no coincide exactamente con él, pues los supuestos de uno y otra, no son idénticos.

La fusión se aproxima hacia el aspecto económico a uno de los sectores de despliegue de las uniones de empresas, pero estas semejanzas se atenúan en gran medida respecto a otros campos de la concentración. (37)

Si tomamos en cuenta a la fusión análogamente con la concentración, conforme se van desarrollando se van separando por las finalidades que persiguen ambas.

Por otra parte, responde a la necesidad de libre concurrencia que realice su tarea por una mejor vía que la de los trusts, kartells, etc. (38)

II.3.- Sistemas de fusión

La mayoría de los autores coinciden en que existen dos modos de llevarse a cabo la fusión de sociedades mercantiles, esto es, por absorción o por formación de una nueva sociedad.

II.3.1.- Por absorción o por incorporación.-

- 37 Motos Guirao, Miguel. Fusión de Sociedades Mercantiles, Revista de Derecho Privado, Madrid 1953, Pág. 265
 38 Cfr. Uria, Op. Cit. Pág 204

Este tipo de fusión se lleva a cabo cuando de la unión de sociedades, una sola es la que sobrevive, absorbiendo a la otra u otras; este fenómeno jurídico produce únicamente la disolución de las sociedades así fusionadas y la subsistencia de una de ellas.

Según Vázquez del Mercado, la fusión por absorción, a la cual él llama fusión por incorporación, se lleva a cabo cuando de las sociedades que se quieren fusionar, subsiste una que incorpora a las demás que se disuelven. (39)

En la fusión por incorporación la sociedad o sociedades que se incorporan a otra sociedad ya existente, desaparecen, se extinguen, transmiten a la sociedad incorporante todo su patrimonio y sus socios representarán en la propia sociedad incorporante, la parte de interés o acciones que equivalgan al patrimonio aportado por la sociedad a la que pertenecían. (40)

Encontramos en esta forma de realizarse la fusión, una disolución de las sociedades que se extinguen para transmitir su patrimonio a una sociedad preexistente la cual, absorbe tanto los derechos como las obligaciones de las sociedades incorporadas.

Cervantes Ahumada (41) opina que hay fusión por absorción cuando una sociedad fusionante, que perdura, absorbe a una o más sociedades fusionadas que desaparecen.

39 Cfr. Vázquez del Mercado, Op. Cit. Pág 307

40 de Pina Vera, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa, México 1978, Pág. 277

41 Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil, Ed. Herrero, México 1978

En efecto, encontramos una cesión a título universal del patrimonio de las sociedades fusionadas, a la sociedad fusionante.

Es necesario señalar que para llevar a cabo este tipo de fusión, es requisito indispensable el acuerdo previo de los accionistas.

El procedimiento es distinto para las sociedades que se incorporan, porque para la incorporante se produce sencillamente un aumento de capital social con emisión de nuevas acciones que se liberan con los bienes de la o las incorporadas y en éstas, se precisa un acuerdo de disolución y la conformidad de los socios a renunciar a la liquidación y división del haber social. (42)

Para Walter Frisch, las características fundamentales de la fusión por absorción son las siguientes:

- I) Transferencia total del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad subsistente.
- II) La transferencia del patrimonio se efectúa sin que se requieran actos individuales respecto de los diversos objetos que integran el patrimonio.
- III) La sociedad subsistente tiene la calidad de sucesor general de la absorbida.
- IV) Se excluye la liquidación de la sociedad absorbida y no se requiere una resolución

relativa a la disolución de la mencionada sociedad.

- V) La sociedad anónima subsistente debe de entregar acciones propias, como contraprestación por el patrimonio recibido de la sociedad absorbida a los accionistas de la misma. Se excluyen por ende, en principio otros tipos de contraprestación, como dinero o bienes, a no ser de que se trate de cantidades relativamente pequeñas y adicionales a las acciones. (43)

Entonces se puede concluir que las características de la fusión por absorción son la transferencia del patrimonio a la sociedad subsistente, siendo ésta la legítima sucesora de la absorbida.

II.3.2.- Por la creación de una sociedad nueva.-

Este tipo de fusión se ha considerado también como la fusión pura o fusión por integración.

Wieland, al hablar de la fusión pura habla de: "La desaparición de todas las sociedades, que vienen a formar una nueva." (44)

El procedimiento podríamos decir, se lleva a cabo cuando dos o más sociedades, transfieren su patrimonio en cesión a título universal, a otra sociedad que se crea por

43 Frisch, Philipp Walter. La Sociedad Anónima Mexicana, Ed. Porrúa, México 1979, Pág. 334

44 Wieland citado por Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Tratado de Sociedades Mercantiles, México 1981, Pág. 624

dicha operación, en tanto que la vida de las sociedades que acuerden la transmisión de su patrimonio se extingue.

J. Garrigues comenta respecto de la fusión por integración lo siguiente: "Puesto que ambas sociedades van a constituir una nueva con su patrimonio y lo que se dice de dos puede decirse de varias, será preciso un acuerdo previo de los administradores de una y otra para saber en que proporción se van a distribuir las acciones de la nueva sociedad entre los antiguos accionistas. Ambas sociedades reunidas cada vez en una junta general de accionistas, acordarán luego su respectiva disolución y fusión en una sola sociedad. (47)

En las dos formas de fusión antes referidas, no solo se debe de tener en cuenta el interés de los accionistas, sino también el de los acreedores de las sociedades, ya que puede resultar que se les causen perjuicios por las amalgamas de los diversos patrimonios de las sociedades fusionadas cuando la fusionante se encuentra con muchas deudas contraídas.

Brunetti, esquematiza las características de la fusión tanto por incorporación como por creación de una nueva sociedad, como sigue:

- I) La fusión implica la disolución y la extinción de la sociedad incorporada y de aquellas que se fusionan en una sola.

- II) La disolución tiene lugar para todas, sin llegar a la liquidación.
- III) Todo el patrimonio de la sociedad incorporada se compenetra con el de la incorporante, y los patrimonios íntegros de las sociedades que se fusionan concurren a formar el patrimonio de la sociedad nueva.
- IV) Respecto a la sociedad incorporante y a la nueva cuando ambas sean sociedades por acción, salvo diversa disposición en el acto de fusión, el patrimonio neto de la incorporada constituirá una aportación de capital en el patrimonio de la incorporante y al patrimonio neto de las sociedades que se fusionan en el patrimonio social de la nueva sociedad.
- V) No en todos los casos de fusión se paga precio, pero las sociedades pueden deliberar y en el acto los accionistas de las sociedades que se fusionan, reciban acciones de la sociedad incorporante o de la nueva sociedad, o también un dinero o en otros bienes. (48)

De lo anterior se puede decir que la fusión por absorción y la fusión pura, tienen notas esenciales que las diferencian a ambas.

II.4.- Naturaleza Jurídica de la Fusión

Presenta mucha dificultad el precisar la naturaleza jurídica de la fusión, toda vez que existen muchas teorías que tratan de darle un enfoque preciso, pero sin que a la fecha exista una opinión general sobre el particular.

Algunos autores dicen que la fusión es una especie de contrato y otros afirman que según el tipo de fusión deriva de ellos su naturaleza.

A continuación, analizaremos las diversas teorías que hablan sobre la naturaleza jurídica de la fusión y así lograr un mayor entendimiento del problema:

II.4.1.- Teoría de la Sucesión.

Es la teoría más comunmente aceptada, o sea, aquélla que considera la fusión como una asociación con la figura de sucesión universal (47).

Se entiende por sucesión universal, cuando un sujeto subentra a otro en las relaciones jurídicas de un patrimonio, considerando este patrimonio como un solo título jurídico.

De acuerdo con esta tesis, la sociedad que nace o la que subsiste, cuando desaparecen las demás que se fusionan, adquieren la totalidad de los derechos y obligaciones de las demás que deben subsistir, en virtud de que se opera la transmisión a título universal del patrimonio de una a otra sociedad.

47 Valeri, Giuseppe. Manual de Derecho Comercial, Firenze 1948, Pág. 133

Luigi Lordi (48), considera que la fusión es una verdadera sucesión a título universal, porque la sucesión en un patrimonio es siempre sucesión de este tipo. Además dice, la sucesión es ultra vires, a responsabilidad ilimitada. De ahí que se ve el derecho de oposición a los acreedores, toda vez que la sociedad absorbente, adquiriendo deudas y cargas que excedan el valor del patrimonio absorbido, podrá señalar en perjuicio de sus propios acreedores.

Como ya se mencionó anteriormente, la fusión no trae consigo a la liquidación, toda vez que está constituida por la sucesión universal de la sociedad incorporante o de la nueva sociedad que resulte de la fusión en las relaciones jurídicas con los terceros y en el patrimonio de la sociedad o de las sociedades que se extinguen.

Vittorio Salandra (49), dice que según la doctrina dominante, la sucesión consiguiente a la fusión de dos o más sociedades es a título universal, porque la sociedad que resulta de la fusión o aquella que incorpora a las que desaparecen, entra en el complejo de las relaciones jurídicas de las sociedades que se fusionan, sin necesidad de observar las formas que establece la ley para la transmisión en particular de cada una de las relaciones.

Se puede admitir que la fusión produce efectos de sucesión a título universal para la sociedad subsistente o para la que resulta de las sociedades que se extinguen, pero

48 Lordi, Luigi. Instituciones de Derecho Comercial, Barcelona 1943, Pág. 434

49 Op. Cit. Pág. 273

estos efectos se producen en virtud de la compenetración de las sociedades fusionadas y no por virtud del contrato.

Se adopta según dice Enrico Soprano (50), un concepto de derecho común cuando se habla de sucesión universal de la sociedad incorporante a la incorporada o de la sociedad nueva a las preexistentes. En esencia, en estas operaciones de compenetración subjetiva y patrimonial, es lógico que la colectividad resultante atraiga los derechos y las cargas de las colectividades originarias, ya que por el contenido mismo de la subjetividad social, tales derechos y cargas no son sino los de todos los derechos participantes de las sociedades preexistentes formadas en conjunto.

Este mismo autor es partidario de la tesis que considera que en la fusión se produce el traspaso del patrimonio de una a otra sociedad por sucesión a título universal. El principio de la sucesión universal, dice, facilita eficazmente el traspaso patrimonial de una sociedad a otra, al permitir que los distintos bienes, derechos y obligaciones integrantes del patrimonio de la sociedad disuelta se transmitan uno actu. El momento en que se produce la sucesión universal, será aquél en que se hayan cumplido todos los requisitos de forma y publicidad que la ley establece para la válida y eficaz realización de la fusión.

Aquí cabría la pregunta de si es aplicable en realidad la teoría de la sucesión universal cuando dos o más sociedades se fusionan. La respuesta debiera ser afirmativa si la fusión consistiera solo en el acto propio de fusión

50 Soprano, Enrico. Tratado Teórico-Práctico de Las Sociedades Comerciales, Torino 1934, Pág. 202

porque la sociedad que subsiste o nace, sucede en los derechos y obligaciones de todas aquellas que se fusionan. Pero esta transmisión por sucesión universal sería en todo caso, consecuencia de una serie de actos anteriores que si bien tienden a que la fusión tenga lugar, son distintos al acto mismo de fusión y por lo mismo, son de distinta naturaleza. Esta idea ha sido ya expresada por de Semo (51), quien si bien en cierto modo acepta la tesis de la sucesión universal, lo hace con alguna salvedad diciendo que la sucesión universal que se efectúa tratándose de la fusión de sociedades, no es sino una consecuencia inmediata de un negocio jurídico intervivos. Su idea la condensa indicando que la fusión se funda sobre el contrato estipulado entre las sociedades; la sucesión a título universal en el patrimonio universal extinguido, aún cuando esté disciplinado por la ley en su consecuencia.

La Ley General de Sociedades Mercantiles parece adoptar esta tesis, según se desprende de la parte final del artículo 224 al decir que transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión y la sociedad que subsista o la que resulta de la fusión tomará a su cargo, los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas.

En efecto, hay una transmisión de las obligaciones y derechos de las sociedades que desaparecen a la sociedad que subsiste o nace, pero esta transmisión no se opera, en virtud de la sucesión sino como efecto directo e inmediato

51 Op. Cit. Pág. 211

del contrato propio de fusión, en él encuentra su fundamento (52).

II.4.2.- Teoría del Acto Corporativo.

Esta teoría dice que la fusión consiste precisamente en que las sociedades que se fusionan no desaparecen porque el vínculo social continúa en un vínculo social diverso, es decir, la nueva sociedad no es una sociedad completamente distinta de las sociedades fusionadas, porque a decir verdad, la nueva sociedad no es otra cosa sino la misma personalidad jurídica de la de aquellas, integrada en la misma unidad orgánica.

José Tavares (53), dice que la sociedad que resulta de la fusión no es una nueva sociedad si la expresión se toma en su sentido restringido, sino que viene a ser el producto de la congregación de las sociedades fundidas. Este concepto sirve para explicar y justificar la disciplina especial de la fusión, permitiéndose a la nueva sociedad no observar las formalidades y demás condiciones necesarias para constituir las sociedades propiamente nuevas.

Para Giuseppe Ferri (54), también la fusión es un acto corporativo y no un mero pacto o contrato convenido entre las sociedades que se fusionan. Aunque es normal, ciertamente, que las sociedades se pongan de acuerdo sobre las condiciones en que haya de realizarse la operación, no implica esto que la fusión en sí, tenga naturaleza

52 Cfr. Vázquez del Mercado, Op. Cit. Pág. 317

53 Tavares, José. Sociedades y Empresas Comerciales, Coimbra 1924, Pág. 614

54 Ferri, Giuseppe. La Fusión Acepta la Sucesión, Roma 1958, Pág. 51

contractual. Los pactos preparatorios de la fusión no tienen importancia ante las decisiones internas de la sociedad, ante el conjunto de actos sociales, corporativos, peculiares del derecho interno de las sociedades a través de los cuales para este autor se realiza la operación de fusión. No acepta que el contrato sirva para explicar los efectos de orden interno característicos de la fusión, es decir, la disolución de alguna de las sociedades fusionadas, la confusión de los patrimonios sociales y la agrupación de los socios de cada una de ellas en una sola entidad social.

Según los autores que han adoptado esta tesis, los entes que se compenetran modifican su estructura interna debido al negocio que se realiza, es decir, la fusión entra en el ámbito de los negocios que denominan negocios jurídicos corporativos; negocios que tienen como característica, no la de crear vínculos jurídicos entre el ente social y los terceros o entre varios entes sociales, sino la de establecer una nueva estructura interna del ente o de los entes que participan en la creación de un nuevo modo de ser de la corporación. Los efectos del negocio jurídico corporativo se producen en el interior, no obran sobre la estructura del ente y no afectan las relaciones externas del mismo.

La posición de cada uno de los socios de las sociedades que se fusionan en la sociedad incorporante o en aquella que resulta de la fusión, no se determina sobre la base de una estipulación hecha a su favor en el contrato entre los entes, ni sobre la base de un derecho por ellos singularmente adquirido, sino que es efecto directo del negocio corporativo y de la capacidad de reacción interna que tiene tal negocio. Precisamente la modificación en la

estructura interna del ente, determinada por el negocio de fusión, es la que directamente influye sobre la posición de los socios determinando una nueva consistencia y que produce su eficacia general independientemente de cualquier aceptación de los socios.

Giuseppe Ferri (55), dice que solo con ayuda de la idea de la tasación proporcional se ve perfectamente claro que la fusión es un acto de derecho corporativo y que por tanto, la contraprestación concebida por la sociedad absorbente ha de consistir, por regla general, en acciones suyas, y en acciones emitidas sobre la base de un acuerdo de aumento de capital que ha de tomarse ad hoc a cambio de que los accionistas de una de las dos sociedades permitan que el patrimonio de éstas pase a la otra, despojándose de la condición de socio en la sociedad así disuelta, la otra sociedad les otorga por acto corporativo condición de socios dentro de ella.

Dice Vázquez del Mercado (56), que esta sugestiva tesis que no es la que acoge y sigue la Ley General de Sociedades Mercantiles y que tampoco puede aceptarla porque considera que las sociedades que van a fusionarse dejan de existir, esto es, desaparecen cuando el acto de fusión tiene lugar.

II.4.3.- Teoría Contractual.

Para estudiar la teoría contractual sobre la naturaleza de la fusión, se debe hacer notar lo siguiente:

55 Ferri, Giuseppe. La Fusión de las Sociedades Comerciales, Roma 1936, Págs. 82 y sig.

56 Cfr. Vázquez del Mercado. Op. Cit. PÁG. 319

los autores que sostienen esta doctrina nos hablan no de la naturaleza jurídica de la fusión, que incluye a todos los fenómenos relativos a ella, sino que haciendo una distinción entre el acuerdo de fusión en las sociedades que van a fusionarse y el acto de fusión tratan de explicar por separado la naturaleza de cada uno de estos momentos.

Para dichos autores el acuerdo celebrado por los socios de las sociedades no es otra cosa sino una declaración unilateral de los entes que van a fusionarse. La asamblea al seguir el procedimiento que marcan la ley y los estatutos para tomar los acuerdos sobre los asuntos que le competen, resolverá sobre la fusión propuesta sin que dicha resolución implique ninguna obligación para con las demás sociedades. En este sentido se han pronunciado al afirmar que mientras haya solo deliberación de fusión existen declaraciones unilaterales independientes, cuya eficacia se agota en las relaciones internas de los entes de los cuales emanan. Estas deliberaciones son necesarias pero no suficientes para lograr el objetivo que se trata de realizar.

Antonio Brunetti (57) dice que la doctrina francesa a falta de un texto de ley preciso, cree ver en la fusión un contrato entre dos o más sociedades para la creación de una sociedad nueva con aportación a ésta de su activo, contra la retribución de un número de acciones. El acuerdo implica disolución de las sociedades que se funden, cuando hay incorporación (anexión) hay disolución de la incorporada con aportación de su activo a la sociedad incorporante.

57 Cfr. Brunetti. Op. Cit. Pág. 771

Al respecto, Juan M. Farina (58), expresa lo siguiente:

"Visto así, podemos decir que la fusión es un contrato celebrado entre dos sociedades que se disuelven (sin liquidarse) para constituir una nueva, o bien, para que una de ellas sin liquidarse, se incorpore en la otra. Sin embargo, la figura del contrato común es insuficiente para explicar la fusión ... la fusión implica siempre una alteración de la estructura del contrato social y además hay siempre por lo menos, una sociedad que se disuelve".

La fusión según Rodríguez y Rodríguez (59), supone un acuerdo de modificación a los estatutos que determine la disolución sin liquidación y a la adhesión a un contrato de sociedad nuevo o ya existente acompañado de la correspondiente aportación.

Continúa diciendo que para poder precisar con exactitud la naturaleza jurídica de dicho acuerdo, debe descomponerse en dos actos desiguales: el acuerdo de fusión adoptado por cada una de las partes que han de fusionarse, desaparezcan o no y el acuerdo de fusión propiamente dicho, en el que cada una de las sociedades que han de fusionarse, establecerán las bases de la fusión formulando su voluntad por conducto de sus representantes y en base al acuerdo social previamente adoptado.

-
- 58 Farina, Juan. Tratado de Sociedades Comerciales, Zeug Editores, Buenos Aires 1978, Pág. 551
- 59 Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, México 1994, Págs 628 y 629

Por lo que atañe al acuerdo de fusión en sí, termina diciendo el mismo autor, en la fusión por la integración este es indudablemente un contrato de constitución de sociedad y por consiguiente un contrato de organización de sociedad ya que mediante el mismo, se ha de formar la sociedad nueva. Respecto del caso de fusión por absorción, el contrato de organización es el constitutivo de la sociedad fusionante o absorbente al que las fusionadas se adhieren, lo que es posible dado el carácter abierto y propio de estos negocios jurídicos.

Esta opinión, la comparte Ercole Vidari (60) al afirmar que en la fusión propiamente dicha o simplemente fusión, se da el caso de contrato de nueva sociedad y en la fusión por incorporación se trata de un contrato de cesión.

En conclusión la generalidad de los tratadistas que sostienen esta teoría contractual sobre la naturaleza jurídica de la fusión, distinguen dos fases dentro del procedimiento de la fusión, esto es, la fase de decisión del acuerdo de fusión de las sociedades que pretenden fusionarse y que se refiere a declaraciones unilaterales independientes de cada sociedad y por otra parte, la fase de ejecución de los acuerdos de fusión que es el acto de fusión, o en otras palabras, el contrato celebrado por voluntad de las asambleas de accionistas de las sociedades que van a fusionarse llevado a cabo por sus respectivos administradores.

60 cfr. Op. Cit. Pág. 210

Vásquez del Mercado (61), afirma que algunos tratadistas consideran necesario distinguir si la fusión es propiamente dicha o por incorporación, pues de esta circunstancia depende que el contrato celebrado sea un contrato de constitución de una nueva sociedad o una simple cesión de obligaciones o derechos.

De conformidad con la teoría contractual, la fusión tiene lugar cuando el contrato de fusión se celebra entre los representantes de cada una de las sociedades que van a fusionarse, o sea, dentro de la fase de ejecución de los acuerdos de fusión.

De acuerdo al artículo 226 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, considera que en el caso de la fusión propiamente dicha la nueva sociedad surge como efecto de la fusión y no de un contrato de constitución de una nueva sociedad.

II.5.- Acuerdo de fusión y ejecución

Se ha dicho ya, que los acuerdos de fusión tienen carácter contractual toda vez que éstos son acuerdos bilaterales celebrados entre las partes, que en este caso son sociedades, mediante los cuales se fijan las condiciones y las bases de operación. Igualmente, se dice que los pactos previos a la fusión se toman en principio entre los administradores de las sociedades que pretenden fusionarse, pero ha sido discutido por muchos autores, si dichos pactos previos son o no circunstancias para la existencia de la fusión.

61 Cfr. Vásquez del Mercado. Op. Cit. Pág. 323

Es de considerar que cualquiera que sea la necesidad jurídica de la fusión es evidente que existe una compenetración de las voluntades sociales mediante un vínculo contractual que la consagre (62). Bajo el concepto de los pactos previos de fusión, se comprenden aquellos actos u acuerdos previos a la celebración de las reuniones de las sociedades que se fusionan, concluidos por los administradores de las mismas en las que determinan las condiciones de la fusión.

Dentro de los motivos que inducen a la fusión, podemos encontrar que existen motivos técnicos, económicos, financieros y legales, los cuales se complementan unos a otros y se derivan de los intereses de cada una de las sociedades que pretenden fusionarse. (63)

Según Vásquez del Mercado, la deliberación de la fusión se compone de dos elementos, o sea, la deliberación por parte de cada una de las sociedades que deberán fusionarse y el acto de fusión, es decir, la celebración del negocio jurídico por el que la fusión se lleva a cabo. (64)

El acuerdo debe adoptarse según la clase de sociedad que lo tome. Así, las sociedades colectivas y en comandita deberán tomar el acuerdo por unanimidad, en cuanto supone una modificación de la escritura constitutiva (artículo 34 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Las sociedades de responsabilidad limitada deberán tomar el acuerdo correspondiente en la forma señalada para los

62 Cfr. Motos, Op. Cit. Pág. 218

63 Cfr. Rodríguez y Rodríguez. Op. Cit. Pág. 218

64 Cfr. Vásquez del Mercado. Op. Cit. Pág.. 326

acuerdos extraordinarios (artículo 78 fracciones VIII y IX y artículo 83 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Finalmente, en las sociedades anónimas el acuerdo de fusión es de la competencia exclusiva de la asamblea general extraordinaria (artículo 182 fracción VII de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y precisará la mayoría calificada que la ley señala (artículos 190 y 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Debe añadirse que en esta asamblea tendrán participación los accionistas con dividendo preferente, de acuerdo con el artículo 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo que hace al segundo momento de la fusión, es decir, a la ejecución del acuerdo de la asamblea, quedó establecido que se trata de un negocio jurídico en el que intervienen todos los entes que deberán fusionarse, intervención que se efectúa a través de sus representantes legales. La fusión tiene lugar cuando se realiza el contrato de fusión, que se estipula por los representantes de la sociedad y que se considera como una consecuencia de la deliberación. (65)

Es necesario establecer que una sola deliberación, o sea, por parte de una sola sociedad para fusionarse, no tiene fuerza bastante para considerar que por ella misma, se opera la fusión. Esa es la razón por la que los autores distinguen en la fusión los dos elementos señalados con anterioridad, así por ejemplo, se dice que la fusión se realiza en dos fase sucesivas:

- a) La manifestación de la voluntad.- Que se forma en cada sociedad por la deliberación de los socios.
- b) La ejecución del acuerdo de la fusión acordado anteriormente.

Umberto Navarrini (66), al respecto afirma:

"Ya que la fusión no puede ser sino la consecuencia de un acuerdo, se necesita una deliberación de las sociedades que se adhieren como consecuencia de tal deliberación, los representantes de la sociedad estipulan el contrato de fusión, salvo la ratificación."

Motos Girao compenetra a la ejecución de la fusión con su aspecto corporativo, estableciendo que el carácter complejo de la fusión no significa que haya de considerarse en un plano de igualdad su tipo de contrato con la esencia corporativa. Prueba de esto es que sin ella no se da el doble proceso disociativo-asociativo, no puede haber fusión alguna, aunque la moldura contractual subsista. Este es el supremo criterio diferenciador entre la fusión y los contratos de transmisión afines. Por otra parte, la conclusión del pacto previo de fusión aunque sea ratificado por las juntas generales, no hacen nacer la vida de la fusión, cuya eficacia comienza con la adopción de los acuerdos sociales internos peculiares de la operación;

66 Navarrini, Umberto. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial, Torino 1919, Pág. 477

disolución de una por lo menos de las sociedades que en ella intervienen; creación en su caso de una nueva sociedad; aumento de capital, etc. (67)

II.6.- Efectos

Según Rodríguez y Rodríguez (68) se debe distinguir entre los efectos que produce el acuerdo de fusión y la fusión propiamente dicha. Dicha distinción, afirma el propio autor, es procedente, ya que desde el momento en que el acuerdo de fusión sea adoptado por las diversas sociedades afectadas, hasta aquel otro en que dicho acuerdo pueda ejecutarse, realizándose la fusión acordada, han de transcurrir por lo menos tres meses, salvo casos excepcionales (artículos 224 y 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), durante los cuales cada una de las sociedades deberá continuar atendiendo sus propios negocios y llevando cuenta de ellos en sus propios libros, pagando sus deudas y cobrando sus créditos, e incluso contrayendo nuevas deudas, si el desarrollo del negocio lo hiciere necesario.

II.6.1 Efectos del acuerdo de fusión.-

Estos efectos han de ser considerados desde el punto de vista de los socios componentes de las sociedades afectadas y desde el punto de vista de los acreedores.

II.6.1.1.- Efectos en cuanto a los socios.- Por lo que a los socios concierne, tanto si se trata de las sociedades fusionadas como de la sociedad

67 Op. Cit. Pág. 116

68 Rodríguez Rodríguez Joaquín. Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México 1994, Pág. 220

fusionante, el efecto principal y básico es la forma que adopta el derecho de defensa de cada socio contra una medida tan extraordinaria. La Ley General de Sociedades Mercantiles no dispone la formación de un balance especial de fusión sino que se contenta con el último balance. Además, es indispensable que las sociedades que se extinguen, publiquen el sistema adoptado para la extinción de los créditos.

El incumplimiento de dichas formalidades, afirma Rodríguez y Rodríguez, produce un caso de ineficacia frente a los socios perjudicados, de modo que estos podrán desconocer la fusión en lo que los perjudique.

II.6.1.2.- Efectos en cuanto a los acreedores.-

Para los acreedores el acuerdo de fusión puede significar un gravísimo quebranto, por la desaparición de las garantías que el patrimonio de la sociedad implica y por la presencia de los acreedores de la otra sociedad que pueden venir a concurrir con ellos en el cobro de sus créditos sobre los mismos bienes. Por eso en todos los sistemas legales la situación de los acreedores es la piedra de toque en cuanto a la forma de la fusión.

El artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que "la fusión no podrá tener efecto, sino tres meses después de haber efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior";

plazo de tres meses que se cuenta a partir del momento en el que la bases efectivas del conocimiento de los hechos por los terceros quedaron firmemente establecidas. Durante dicho plazo, agrega el citado artículo 224 en su párrafo segundo, 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.

Según Porrúa (69), la ley no dice en qué puede fundarse el acreedor para oponerse a la fusión, pero puede afirmarse que sería justo motivo toda aquella circunstancia que puede hacer temer a los acreedores que sus derechos se vean en peligro de no poderse hacer efectivos.

II.6.2.- Efectos de la fusión.-

Al efectuarse la fusión, ésta repercute sobre las sociedades fusionadas, sobre la sociedad absorbente y sobre la sociedad nueva, según que se trate de fusión por absorción o por integración y, finalmente, sobre los socios y acreedores de aquéllas y de éstas.

II.6.2.1.- Efectos sobre las sociedades fusionadas.- Como resultado de la fusión, la sociedad pierde la personalidad jurídica y desaparece la posibilidad de seguir usando su

69 Porrúa P, Francisco. Breve Ensayo Acerca de la Fusión de Sociedades Mercantiles en el Derecho Mexicano, Anales de Jurisprudencia, Tomo XXIX, México, 1940, Pág 132

nombre comercial. Precisamente porque no hay liquidación, el activo y el pasivo de la sociedad o sociedades fusionadas pasan a la sociedad nueva o a la fusionante en un fenómeno de auténtica sucesión universal intervivos. (70)

II.6.2.2.- Efectos en cuanto a la sociedad fusionante.- Si se trata de un fenómeno de fusión por absorción, la sociedad absorbente o fusionante viene a ocupar el lugar de las fusionadas, por lo que se encontrará con un mayor patrimonio, puesto que se hace cargo de todo el activo y del pasivo de las sociedades fusionadas. La absorción del activo implica tanto el de las cosas propiedad de las sociedades fusionadas, como el de los créditos de que éstas sean Titulares.

Igualmente la absorción del patrimonio implica la asunción del pasivo. Las deudas de las sociedades fusionadas serán en lo sucesivo deudas de la sociedad fusionante.

Esta traslación de activo y pasivo se opera Ipso iure por la fusión, sin necesidad de contratos individuales de fusión y sin que precisen notificaciones. (71)

Finalmente el número de socios de la fusionante tiene que aumentar, a no ser que los socios nuevos y antiguos consientan en recibir coparticipaciones

70 Cfr. Rodríguez y Rodríguez, Derecho Mercantil. Op. Cit. Pág. 221
71 Ibidem

sociales o sobre las acciones existentes. Más adelante, cuando analicemos los efectos de la llamada fusión vertical, veremos que esta regla no se cumple pudiendo haber fusión subsistiendo únicamente los socios de la fusionante.

II.6.2.3.- Efectos sobre la sociedad nueva.- En el caso de que la fusión sea por integración, la sociedad nueva se constituirá de acuerdo con las disposiciones pertinentes, según la clase de sociedad de que se trate (artículo 226 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), con la particularidad de que esta sociedad inicialmente surgirá con un pasivo procedente de las sociedades fusionadas.

II.6.2.4.- Efectos en cuanto a los socios.- Los socios de las sociedades fusionadas que vengan a ser socios de la sociedad nueva o de la absorbente, recibirán sus participaciones sociales, o acciones en la cuantía convenida y tendrán la situación jurídica de las antiguas participaciones o acciones.

II.6.2.5.- Efectos en cuanto a los acreedores.- La ejecución de la fusión plantea a los acreedores el problema de la sustitución de su acreedor, fenómeno jurídico al que pudieron oponerse pero que no habiéndolo hecho tiene su consentimiento tácito, si es que no fue expresamente emitido. Como resultado, tanto desde el punto de vista sustantivo, como desde el procesal, los acreedores deberán exigir a

la nueva sociedad o a la fusionante el cumplimiento de los créditos que tienen contra la sociedad fusionada y proseguir con ella los litigios pendientes. (72)

Una vez analizado el concepto de fusión y sus repercusiones en cuanto a los socios de las sociedades que han tomado el acuerdo de fusionarse y de los terceros que pudieren llegar a ser afectados por una resolución de esta tipo, transcribiré de manera ejemplificativa, diversas actas de sesiones de consejo y asambleas de accionistas, en donde se adopte una resolución de esta naturaleza, así como sus repercusiones en cuanto a los socios y en cuanto al capital social de la fusionante o de la sociedad que se crea, en virtud de una fusión.

Por ser las sociedades anónimas las más comunes entre todas las especies de sociedades mercantiles que la Ley General de Sociedades Mercantiles reconoce en su artículo primero, serán las que utilizaremos para el estudio pragmático de la fusión.

Supongamos que una sociedad denominada Aerotec, S.A. de C.V., con capital social de N\$20,000.00 M.N., pretende fusionarse con otra sociedad denominada Brokers, S.A. de C.V., con capital social de N\$10,000.00 M.N., subsistiendo la primera.

Para efectos de nuestro ejemplo, las actas de Sesión de Consejo de nuestras sociedades ficticias, quedarían redactadas de la siguiente manera:

AEROTEC, S.A. DE C.V.
SESION DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

EN MEXICO, DISTRITO FEDERAL, SIENDO LAS 10:00 HORAS DEL DIA 5 DE ENERO DE 1995, HABIENDO SIDO PREVIAMENTE CONVOCADOS SE REUNIERON A FIN DE CELEBRAR UNA SESION DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE AEROTEC, S.A. DE C.V., LOS SEÑORES GUSTAVO ARCE DEL POZO, ADOLFO B. LIZARRAGA MARTINEZ, HECTOR CHAMLATI SALEM Y ARMANDO OTERO RENTERIA.

PRESIDIO LA SESION EL SEÑOR GUSTAVO ARCE DEL POZO Y ACTUO COMO SECRETARIO EL SEÑOR ALFONSO GOMEZ LIMA, EN SU RESPECTIVO CARACTER DE PRESIDENTE Y SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION.

ESTANDO PRESENTE EL QUORUM LEGAL Y ESTATUTARIO, EL PRESIDENTE DECLARO FORMALMENTE INSTALADA LA SESION Y POR VALIDOS LOS ACUERDOS QUE EN ELLA SE ADOPTAREN.

ACTO CONTINUO, EL SECRETARIO PROCEDIO A DAR LECTURA AL ORDEN DEL DIA, CONFORME AL CUAL FUERON CONVOCADOS LOS SEÑORES CONSEJEROS.

ORDEN DEL DIA

I.- PROPUESTA DEL PRESIDENTE, EN RELACION A LA FUSION DE AEROTEC, S.A. DE C.V., CON LA EMPRESA BROKERS, S.A. DE C.V. Y RESOLUCIONES SOBRE LA MISMA.

II.- ASUNTOS VARIOS.

APROBADO QUE FUE EL ORDEN DEL DIA PREINSERTO Y UNA VEZ QUE LOS SEÑORES CONSEJEROS ESCUCHARON LAS EXPLICACIONES DEL PRESIDENTE RESPECTO DE TODOS Y CADA UNO DE SUS PUNTOS, EL CONSEJO DE ADMINISTRACION POR UNANIMIDAD, ADOPTO LAS SIGUIENTES:

R E S O L U C I O N E S

I.- PROPUESTA DEL PRESIDENTE, EN RELACION A LA FUSION DE AEROTEC, S.A. DE C.V., CON LA EMPRESA BROKERS, S.A. DE C.V. Y RESOLUCIONES SOBRE LA MISMA.

I.1. SE TOMA NOTA DE LA PROPUESTA DEL PRESIDENTE DE FUSIONAR POR INCORPORACION A LA SOCIEDAD AEROTEC, S.A. DE C.V., CON LA SOCIEDAD BROKERS, S.A. DE C.V., SUBSISTIENDO LA PRIMERA.

I.2.- SE AUTORIZA AL SEÑOR ALFONSO GOMEZ LIMA PARA QUE EN REPRESENTACION DE AEROTEC, S.A. DE C.V., REALICE LOS TRAMITES NECESARIOS PARA CONVOCAR A ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS, EN LA INTELIGENCIA DE QUE DICHA CONVOCATORIA DEBERA CONTENER EL SIGUIENTE:

ORDEN DEL DIA

I.- PRESENTACION Y APROBACION DEL BALANCE DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995 PARA EFECTOS DE LA FUSION A QUE SE REFIERE EL PUNTO II DEL ORDEN DEL DIA.

II.- DISCUSION Y EN SU CASO APROBACION PARA FUSIONAR A AEROTEC, S.A. DE C.V., EN CALIDAD DE FUSIONANTE, CON LA

SOCIEDAD BROKERS, S.A. DE C.V., COMO FUSIONADA, ASI COMO LAS BASES DEL CONVENIO RESPECTIVO.

III.- ASUNTOS GENERALES.

II.- ASUNTOS GENERALES.

II.1.- SE NOMBRAN COMO DELEGADOS ESPECIALES DE ESTA SESION A LOS SEÑORES GUSTAVO ARCE DEL POZO Y ALFONSO GOMEZ LIMA PARA QUE INDISTINTAMENTE ACUDAN ANTE EL NOTARIO PUBLICO DE SU ELECCION A PROTOCOLIZAR EL CONTENIDO DE LA PRESENTE ACTA EN CASO DE SER NECESARIO, ASI COMO PARA EXPEDIR LAS COPIAS SIMPLES O CERTIFICADAS QUE DE LA MISMA LES FUERAN REQUERIDAS.

NO HABIENDO OTRO ASUNTO QUE TRATAR, SE DIO POR TERMINADA LA SESION PREVIO RECESO PARA LA ELABORACION DEL PRESENTE DOCUMENTO, EL CUAL FUE APROBADO EN SU INTEGRIDAD LO QUE CERTIFICAN PRESIDENTE Y SECRETARIO.

PRESIDENTE
GUSTAVO ARCE DEL POZO

SECRETARIO
ALFONSO GOMEZ LIMA

Por su parte, la sociedad fusionada celebrará una Sesión de Consejo prácticamente en los mismos términos que la anteriormente transcrita:

BROKERS, S.A. DE C.V.
SESION DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION

EN MEXICO, DISTRITO FEDERAL, SIENDO LAS 10:00 HORAS DEL DIA 5 DE ENERO DE 1995, HABIENDO SIDO PREVIAMENTE CONVOCADOS SE

REUNIERON A FIN DE CELEBRAR UNA SESION DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE BROKERS, S.A. DE C.V., LOS SEÑORES JUAN MANUEL ORTIZ MUNLLOCH, RODRIGO CORTINA CORTINA, JOSE G. ALONSO MACIAS Y FELIX AGUIRRE GIL.

POR DESIGNACION UNANIME PRESIDIO LA SESION EL SEÑOR JUAN MANUEL ORTIZ MUNLLOCH ACTUANDO COMO SECRETARIO EL SEÑOR JORGE VILLALOBOS ARELLANO.

ESTANDO PRESENTE EL QUORUM LEGAL Y ESTATUTARIO, EL PRESIDENTE DECLARO FORMALMENTE INSTALADA LA SESION Y POR VALIDOS LOS ACUERDOS QUE EN ELLA SE ADOPTAREN.

ACTO CONTINUO, EL SECRETARIO PROCEDIO A DAR LECTURA AL ORDEN DEL DIA, CONFORME AL CUAL FUERON CONVOCADOS LOS SEÑORES CONSEJEROS.

ORDEN DEL DIA

I.- PROPUESTA DEL PRESIDENTE, EN RELACION A LA FUSION DE BROKERS, S.A. DE C.V., CON LA EMPRESA AEROTEC, S.A. DE C.V., SUBSISTIENDO ESTA ULTIMA Y RESOLUCIONES SOBRE LA MISMA.

II.- ASUNTOS VARIOS.

APROBADO QUE FUE EL ORDEN DEL DIA PREINSERTO, SE DASAHOGO EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

PRIMERO.- EN RELACION CON EL PRIMER PUNTO DEL ORDEN DEL DIA, EL PRESIDENTE EXPUSO A LOS SEÑORES CONSEJEROS QUE ERA NECESARIO FUSIONAR A LA EMPRESA CON LA SOCIEDAD

DENOMINADA AEROTEC, S.A. DE C.V., CON EL OBJETO DE FORTALECER A AMBAS EMPRESAS DE CARA AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE.

UNA VEZ QUE LOS SEÑORES CONSEJEROS DISCUTIERON RESPECTO DE LA PROPUESTA DEL PRESIDENTE, EL CONSEJO DE ADMINISTRACION POR UNANIMIDAD, ADOPTO LAS SIGUIENTES:

R E S O L U C I O N E S

I.1. SE TOMA NOTA DE LA PROPUESTA DEL PRESIDENTE DE FUSIONAR POR INCORPORACION A LA SOCIEDAD BROKERS, S.A. DE C.V., CON LA SOCIEDAD AEROTEC, S.A. DE C.V., SUBSISTIENDO ESTA ULTIMA.

I.2.- SE AUTORIZA AL SEÑOR JORGE VILLALOBOS ARELLANO PARA QUE EN REPRESENTACION DE BROKERS, S.A. DE C.V., REALICE LOS TRAMITES NECESARIOS PARA CONVOCAR A ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS, EN EL ENTENDIDO DE QUE DICHA CONVOCATORIA DEBERA CONTENER EL SIGUIENTE:

ORDEN DEL DIA

- I.- PRESENTACION Y APROBACION DEL BALANCE DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995 PARA EFECTOS DE LA FUSION A QUE SE REFIERE EL PUNTO II DEL ORDEN DEL DIA.
- II.- DISCUSION Y EN SU CASO APROBACION PARA FUSIONAR A BROKERS, S.A. DE C.V., EN CALIDAD DE FUSIONADA, CON LA SOCIEDAD AEROTEC, S.A. DE C.V., COMO FUSIONANTE, ASI COMO LAS BASES DEL CONVENIO RESPECTIVO.

III.- ASUNTOS GENERALES.

SEGUNDO.- EN RELACION AL SEGUNDO PUNTO DEL ORDEN DEL DIA, SE RESOLVIO NOMBRAR COMO DELEGADOS ESPECIALES DE ESTA SESION INDISTINTAMENTE A LOS SEÑORES JUAN MANUEL ORTIZ MUNLLOCH Y JORGE VILLALOBOS ARELLANO PARA QUE ACUDAN ANTE EL NOTARIO PUBLICO DE SU ELECCION A PROTOCOLIZAR EL CONTENIDO DE LA PRESENTE ACTA EN CASO DE SER NECESARIO, ASI COMO PARA EXPEDIR LAS COPIAS SIMPLES O CERTIFICADAS QUE DE LA MISMA LES FUERAN REQUERIDAS.

NO HABIENDO OTRO ASUNTO QUE TRATAR, SE DIO POR TERMINADA LA SESION PREVIO RECESO PARA LA ELABORACION DEL PRESENTE DOCUMENTO, EL CUAL FUE APROBADO EN SU INTEGRIDAD LO QUE CERTIFICAN PRESIDENTE Y SECRETARIO.

PRESIDENTE

JUAN MANUEL ORTIZ MUNLLOCH

SECRETARIO

JORGE VILLALOBOS ARELLANO

Una vez celebradas cada una de las sesiones antes transcritas, las sociedades celebrarán sus respectivas Asambleas de Accionistas en las que se acuerde la fusión correspondiente.

AEROTEC, S.A. DE C.V.

ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS

10 DE FEBRERO DE 1995

EN MEXICO, DISTRITO FEDERAL, SIENDO LAS 11:00 HORAS DEL DIA 10 DE FEBRERO DE 1995, SE REUNIERON CON EL FIN DE CELEBRAR UNA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS DE

AEROTEC, S.A. DE C.V., LAS SIGUIENTES PERSONAS LAS CUALES FUERON OPORTUNAMENTE CONVOCADAS MEDIANTE PUBLICACIONES APARECIDAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION Y EN EL PERIODICO "EL FINANCIERO" DE FECHAS 13 Y 14 DE ENERO DE 1995 RESPECTIVAMENTE: MYTSA, S.A. DE C.V., REPRESENTADA POR EL SEÑOR JOSE BEJAR AYUB Y COLORS, S.A. DE C.V. REPRESENTADA EN ESTE ACTO POR EL SEÑOR BRAULIO SALAS SOSA SEGUN CARTAS PODER QUE EXHIBEN. TAMBIEN ASISTIO COMO INVITADO EL SEÑOR JORGE VILLALOBOS ARELLANO, EN SU CALIDAD DE APODERADO DE LA SOCIEDAD BROKERS, S.A. DE C.V., ASI COMO EL COMISARIO DE LA SOCIEDAD, EL SEÑOR ERNESTO GONZALEZ MARTINEZ.

PRESIDIO LA ASAMBLEA EL SEÑOR GUSTAVO ARCE DEL POZO, FUNGIENDO COMO SECRETARIO EL SEÑOR ALFONSO GOMEZ LIMA, QUIENES OCUPAN IGUALES CARGOS DENTRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD.

EL PRESIDENTE NOMBRO COMO ESCRUTADOR AL SEÑOR DIEGO SANTIAGO LOPEZ, QUIEN HABIENDO ACEPTADO SU CARGO, FORMULO LA LISTA DE ASISTENCIA QUE SE AGREGA AL LEGAJO DE LA PRESENTE ACTA, DE DONDE SE DESPRENDE QUE SE ENCONTRABAN PRESENTE Y/O REPRESENTADAS LAS SIGUIENTES PERSONAS:

A C C I O N E S

| | |
|----------------------|--------------|
| MYTSA, S.A. DE C.V. | 10,200 |
| COLORS, S.A. DE C.V. | <u>9,800</u> |
| T O T A L : | 20,000 |

EN VIRTUD DE ENCONTRARSE REUNIDO EL QUORUM LEGAL Y ESTATUTARIO REQUERIDO PARA LA CELEBRACION DE LA ASAMBLEA, EL PRESIDENTE DECLARO FORMALMENTE INSTALADA LA MISMA Y POR VALIDOS TODOS LOS ACUERDOS QUE EN ELLA SE ADOPTAREN.

A CONTINUACION EL SECRETARIO DIO LECTURA AL ORDEN DEL DIA, CONFORME AL CUAL FUERON CONVOCADOS LOS SEÑORES ACCIONISTAS:

ORDEN DEL DIA

- I.- PRESENTACION Y APROBACION DEL BALANCE DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995 PARA EFECTOS DE LA FUSION A QUE SE REFIERE EL PUNTO II DEL ORDEN DEL DIA.
- II.- DISCUSION Y EN SU CASO APROBACION PARA FUSIONAR A AEROTEC, S.A. DE C.V., EN CALIDAD DE FUSIONANTE, CON LA SOCIEDAD BROKERS, S.A. DE C.V., COMO FUSIONADA, ASI COMO LAS BASES DEL CONVENIO RESPECTIVO.
- III.- ASUNTOS GENERALES.

APROBADO POR UNANIMIDAD QUE FUE EL ORDEN DEL DIA PREINSERTO Y DESPUES DE QUE LA ASAMBLEA ESCUCHO LAS EXPLICACIONES DEL PRESIDENTE, RESPECTO DE TODOS Y CADA UNO DE SUS PUNTOS, LA ASAMBLEA ACORDO POR UNANIMIDAD DE VOTOS, LAS SIGUIENTES:

R E S O L U C I O N E S

- I.- PRESENTACION Y APROBACION DEL BALANCE DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995 PARA EFECTOS DE LA FUSION A QUE SE REFIERE EL PUNTO II DEL ORDEN DEL DIA.

I.1. SE TIENE POR PRESENTADO Y SE APRUEBA PARA EFECTOS DE LA FUSION A QUE SE REFIERE EL PUNTO II DEL ORDEN DEL DIA, EL BALANCE DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995.

AGREGUESE UN EJEMPLAR DE DICHO DOCUMENTO AL LEGAJO DE ESTA ACTA.

II.- DISCUSION Y EN SU CASO APROBACION PARA FUSIONAR A AEROTEC, S.A. DE C.V., EN CALIDAD DE FUSIONANTE, CON LA SOCIEDAD BROKERS, S.A. DE C.V., COMO FUSIONADA, ASI COMO LAS BASES DEL CONVENIO RESPECTIVO.

III.1. SE APRUEBA EN ESTE ACTO LA FUSION POR ABSORCION DE AEROTEC, S.A. DE C.V., Y BROKERS, S.A. DE C.V., EN DONDE LA SOCIEDAD PRIMERAMENTE NOMBRADA FUNGIRA COMO FUSIONADA Y LA ULTIMA COMO FUSIONANTE.

III.2. LAS BASES CON LAS QUE SE LLEVARA AL CABO LA FUSION APROBADA, SERAN LAS PLASMADAS EN EL CONVENIO DE FUSION QUE FIRMADO POR LAS PARTES SE TRANSCRIBE A CONTINUACION:

CONVENIO DE FUSION

CONVENIO DE FUSION QUE CELEBRAN POR UNA PARTE AEROTEC, S.A. DE C.V. (EN LO SUCESIVO "AEROTEC") Y POR OTRA PARTE BROKERS, S.A. DE C.V. (EN LO SUCESIVO "BROKERS"), AL TENOR DE LAS SIGUIENTES CLAUSULAS:

C L A U S U L A S

PRIMERA.- AEROTEC Y BROKERS, convienen en fusionarse a través de una fusión por absorción en donde la primera tenga carácter de fusionante y la última de fusionada.

SEGUNDA.- Los balances que servirán de base para la fusión aludida en la cláusula anterior serán los practicados a las sociedades en cuestión al 31 de enero de 1995 y que deberán ser aprobados por sus respectivas asambleas de accionistas.

TERCERA.- Al consumarse la fusión, AEROTEC se subrogará en todos los derechos y acciones que correspondan a BROKERS y la sustituirá en todas las obligaciones, cargas y garantías derivadas de todos los convenios, contratos y en general actos jurídicos celebrados por la fusionada con anterioridad a la fusión.

CUARTA.- A efecto de que la fusión surta sus efectos en el momento en que se inscriban los acuerdos respectivos en el Registro Público de Comercio del domicilio de la fusionada y de la fusionante, se pacta en este acto el pago de las deudas a cargo de las sociedades BROKERS y AEROTEC.

QUINTA.- Atento a lo dispuesto por el artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se publicarán un extracto de los acuerdos de fusión y los balances generales de AEROTEC Y BROKERS en el periódico oficial de su domicilio social, así como el sistema de extinción del pasivo de la sociedad fusionada.

SEXTA.- BROKERS en su carácter de sociedad fusionada conviene en que, una vez que surta efectos la fusión, regirán a la sociedad fusionante los estatutos y continuarán en sus cargos los miembros

del Consejo de Administración, Comisario, Secretario y Pro-Secretario de AEROTEC.

SEPTIMA.- Al surtir efectos la fusión, el capital pagado de la fusionante será igual a la suma de los capitales pagados de las sociedades que se fusionan, es decir, la cantidad de N\$30,000.00 M.N. (Treinta mil nuevos pesos 00/100 Moneda Nacional).

OCTAVA.- Se ordena la emisión de 30,000 nuevas acciones ordinarias, nominativas, con valor nominal de N\$1.00 M.N. (Un nuevo pesos 00/100 Moneda Nacional) cada una, para representar el capital social de la fusionante. Para efectos del intercambio de acciones, se tomará como base la suma de los capitales que se muestra en los Balances Generales de ambas sociedades al 31 de enero de 1995, así como a los criterios convenidos por los accionistas. De este modo, se entregarán .91843590432 y 1.16312819135 nuevas acciones por cada una de las acciones de AEROTEC y BROKERS, respectivamente, actualmente en circulación.

NOVENA.- Para todo lo no previsto en el presente convenio, así como para su interpretación, cumplimiento y ejecución, las partes se someten indubitadamente a las leyes y tribunales aplicables y competentes respectivamente del Distrito Federal, México, renunciando a cualquier fuero que pudiera corresponderles en razón de su domicilio o por cualquier otra causa presente o futura.

IV. - ASUNTOS GENERALES.

IV.1. SE RESOLVIO POR UNANIMIDAD NOMBRAR AL SEÑOR ALFONSO GOMEZ LIMA, PARA ACUDIR AL NOTARIO PUBLICO DE SU ELECCION A PROTOCOLIZAR EL CONTENIDO DE LA PRESENTE ACTA, ASI COMO REALIZAR TODOS LOS TRAMITES NECESARIOS CON EL FIN DE INSCRIBIR EL TESTIMONIO CORRESPONDIENTE ANTE EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO DEL DOMICILIO SOCIAL DE LA SOCIEDAD, DAR LOS AVISOS A LAS AUTORIDADES, REALIZAR LAS PUBLICACIONES QUE CORRESPONDAN Y EXPEDIR LAS COPIAS SIMPLES O CERTIFICADAS QUE DEL PRESENTE DOCUMENTO SOLICITAREN. IGUALMENTE SE LE FACULTA PARA ASISTIR EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE AEROTEC, S.A. DE C.V. A LA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD BROKERS, S.A. DE C.V., CON EL FIN DE FIRMAR EL CONVENIO DE FUSION EN LOS TERMINOS EN QUE QUEDO APROBADO.

NO HABIENDO OTRO ASUNTO QUE TRATAR, SE DIO POR TERMINADA LA ASAMBLEA PREVIO RECESO PARA LA PREPARACION DE LA PRESENTE ACTA, LA QUE FUE APROBADA POR UNANIMIDAD, FIRMANDO PARA CONSTANCIA PRESIDENTE, SECRETARIO, COMISARIO Y EL APODERADO DE LA SOCIEDAD INVITADA.

PRESIDENTE

GUSTAVO ARCE DEL POZO

SECRETARIO

ALFONSO GOMEZ LIMA

COMISARIO

ERNESTO GONZALEZ MARTINEZ

APODERADO DE BROKERS, S.A. DE C.V.

JORGE VILLALOBOS ARELLANO

AEROTEC, S.A DE C.V.

BALANCE GENERAL DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995

(Nuevos Pesos)

| A c t i v o | | P a s i v o | |
|-------------------|--------------|-------------------------|---------------|
| Activo Circulante | 17,530 | Pasivo Circulante | 20,650 |
| Activo Fijo | 42,320 | Pasivo Largo Plazo | 9,450 |
| Otros Activos | <u>8,500</u> | Capital Contable | <u>38,250</u> |
| Total Activo | 68,350 | Suma Pasivo Más Capital | 68,350 |

Por su parte, la sociedad fusionada, es decir, Brokers, S.A. de C.V. celebrará su respectiva Asamblea de Accionistas donde acordará el fusionarse con Aerotec, S.A. de C.V. y conforme a las bases que han quedado transcritas en el acta anterior.

BROKERS, S.A. DE C.V.

ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS

10 DE FEBRERO DE 1995.

EN MEXICO, DISTRITO FEDERAL, SIENDO LAS 14:00 HORAS DEL DIA 10 DE FEBRERO DE 1995, SE REUNIERON CON EL FIN DE CELEBRAR UNA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS DE BROKERS, S.A. DE C.V., LAS SIGUIENTES PERSONAS: EL TELLO, S.A. DE C.V., REPRESENTADA POR EL LICENCIADO MARIO GONZALEZ SALINAS Y BUCA, S.A. DE C.V. REPRESENTADA EN ESTE ACTO POR LA LICENCIADA ALINA MONTSERRAT VLASICH DE LA ROSA SEGUN CARTAS PODER QUE EXHIBEN. TAMBIEN ASISTIO COMO INVITADO EL SEÑOR ALFONSO GOMEZ LIMA, EN SU CALIDAD DE APODERADO DE LA SOCIEDAD AEROTEC, S.A. DE C.V., ASI COMO EL COMISARIO DE LA SOCIEDAD, EL SEÑOR ALEJANDRO RIVERA MARTINEZ.

PRESIDIO LA ASAMBLEA EL SEÑOR JUAN MANUEL ORTIZ MUNLLOCH, FUNGIENDO COMO SECRETARIO EL SEÑOR JORGE VILLALOBOS ARELLANO, QUIENES OCUPAN IGUALES CARGOS DENTRO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD.

EL PRESIDENTE NOMBRO COMO ESCRUTADOR A LA LIC. ALINA MONTSERRAT VLASICH DE LA ROSA, QUIEN HABIENDO ACEPTADO SU CARGO, FORMULO LA LISTA DE ASISTENCIA QUE SE AGREGA AL LEGAJO DE LA PRESENTE ACTA, DE DONDE SE DESPRENDE QUE SE ENCONTRABAN PRESENTES Y/O REPRESENTADAS LAS SIGUIENTES PERSONAS:

A C C I O N E S

| | |
|------------------------|--------------|
| BUCA, S.A. DE C.V. | 5,100 |
| EL TELLO, S.A. DE C.V. | <u>4,900</u> |
| T O T A L : | 10,000 |

EN VIRTUD DE ENCONTRARSE REUNIDAS EL 100% DE LAS ACCIONES DE QUE CONSTA EL CAPITAL SOCIAL DE LA SOCIEDAD, EL PRESIDENTE DECLARO FORMALMENTE INSTALADA LA ASAMBLEA Y POR VALIDOS LOS ACUERDOS EN ELLA ADOPTADOS SIN NECESIDAD DE PUBLICACION PREVIA DE LA CONVOCATORIA EN TERMINOS DEL ARTICULO 188 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

A CONTINUACION EL SECRETARIO DIO LECTURA AL ORDEN DEL DIA, CONFORME AL CUAL FUERON CITADOS LOS SEÑORES ACCIONISTAS:

ORDEN DEL DIA

- I.- PRESENTACION Y APROBACION DEL BALANCE DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995 PARA EFECTOS DE LA FUSION A QUE SE REFIERE EL PUNTO II DEL ORDEN DEL DIA.

II.- DISCUSION Y EN SU CASO APROBACION PARA FUSIONAR A BROKERS, S.A. DE C.V., EN CALIDAD DE FUSIONADA, CON LA SOCIEDAD AEROTEC, S.A. DE C.V., COMO FUSIONANTE, ASI COMO LAS BASES DEL CONVENIO RESPECTIVO.

III.- ASUNTOS GENERALES.

APROBADO POR UNANIMIDAD QUE FUE EL ORDEN DEL DIA PREINSERTO, SE DESAHOGO EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

PRIMERO.- EN RELACION AL PRIMER PUNTO DEL ORDEN DEL DIA, EL PRESIDENTE CIRCULO ENTRE LOS SEÑORES ACCIONISTAS, UN EJEMPLAR DEL BALANCE GENERAL DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995, QUE REFLEJA LA SITUACION ACTUAL DE BROKERS, S.A. DE C.V., PROPONIENDO SU APROBACION POR LA ASAMBLEA UNA VEZ ANALIZADO Y DISCUTIDO.

VISTA LA PROPUESTA DEL PRESIDENTE Y UNA VEZ QUE FUE ANALIZADO EL BALANCE GENERAL DE LA SOCIEDAD, LA ASAMBLEA POR UNANIMIDAD ADOPTO LA SIGUIENTE:

R E S O L U C I O N

A) SE TIENE POR PRESENTADO Y SE APRUEBA PARA EFECTOS DE LA FUSION A QUE SE REFIERE EL PUNTO II DEL ORDEN DEL DIA, EL BALANCE DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1994. AGREGUESE UN EJEMPLAR DE DICHO DOCUMENTO AL LEGAJO DE ESTA ACTA.

SEGUNDO.- EN EL DESAHOGO DEL SEGUNDO PUNTO DEL ORDEN DEL DIA, EL PRESIDENTE MANIFESTO A LOS SEÑORES ACCIONISTA,

LA NECESIDAD DE FUSIONAR A LA EMPRESA CON LA SOCIEDAD DENOMINADA AEROTEC, S.A. DE C.V., CON EL OBJETO DE UNIR ESFUERZOS PARA ENFRENTAR LA COMPETENCIA DE LAS GRANDES EMPRESAS NORTEAMERICANAS.

VISTA LAS MANIFESTACIONES DEL PRESIDENTE, LA ASAMBLEA POR UNANIMIDAD ADOPTO LAS SIGUIENTES:

R E S O L U C I O N E S

A) SE APRUEBA EN ESTE ACTO LA FUSION POR ABSORCION DE BROKERS, S.A. DE C.V., Y AEROTEC, S.A. DE C.V., EN DONDE LA SOCIEDAD PRIMERAMENTE NOMBRADA FUNGIRA COMO FUSIONADA Y LA ULTIMA COMO FUSIONANTE.

B) LAS BASES CON LAS QUE SE LLEVARA AL CABO LA FUSION APROBADA, SERAN LAS PLASMADAS EN EL CONVENIO DE FUSION QUE FIRMADO POR LAS PARTES SE TRANSCRIBE A CONTINUACION:

CONVENIO DE FUSION

CONVENIO DE FUSION QUE CELEBRAN POR UNA PARTE AEROTEC, S.A. DE C.V. (EN LO SUCESIVO "AEROTEC") Y POR OTRA PARTE BROKERS, S.A. DE C.V. (EN LO SUCESIVO "BROKERS"), AL TENOR DE LAS SIGUIENTES CLAUSULAS:

C L A U S U L A S

PRIMERA.- AEROTEC Y BROKERS, convienen en fusionarse a través de una fusión por absorción en donde la primera

tenga carácter de fusionante y la última de fusionada.

SEGUNDA.- Los balances que servirán de base para la fusión aludida en la cláusula anterior serán los practicados a las sociedades en cuestión al 31 de enero de 1995 y que deberán ser aprobados por sus respectivas asambleas de accionistas.

TERCERA.- Al consumarse la fusión, AEROTEC se subrogará en todos los derechos y acciones que correspondan a BROKERS y la sustituirá en todas las obligaciones, cargas y garantías derivadas de todos los convenios, contratos y en general actos jurídicos celebrados por la fusionada con anterioridad a la fusión.

CUARTA.- A efecto de que la fusión surta sus efectos en el momento en que se inscriban los acuerdos respectivos en el Registro Público de Comercio del domicilio de la fusionada y de la fusionante, se pacta en este acto el pago de las deudas a cargo de las sociedades BROKERS y AEROTEC.

QUINTA.- Atento a lo dispuesto por el artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se publicarán un extracto de los acuerdos de fusión y los balances generales de AEROTEC Y BROKERS en el periódico oficial de su domicilio social, así como el sistema de extinción del pasivo de la sociedad fusionada.

SEXTA.- BROKERS en su carácter de sociedad fusionada conviene en que, una vez que surta efectos la fusión, registrarán a la sociedad fusionante los estatutos y continuarán en sus cargos los miembros del Consejo de Administración, Comisario, Secretario y Pro-Secretario de AEROTEC.

SEPTIMA.- Al surtir efectos la fusión, el capital pagado de la fusionante será igual a la suma de los capitales pagados de las sociedades que se fusionan, es decir, la cantidad de N\$30,000.00 M.N. (Treinta mil nuevos pesos 00/100 Moneda Nacional).

OCTAVA.- Se ordena la emisión de 30,000 nuevas acciones ordinarias, nominativas, con valor nominal de N\$1.00 M.N. (Un nuevo pesos 00/100 Moneda Nacional) cada una, para representar el capital social de la fusionante. Para efectos del intercambio de acciones, se tomará como base la suma de los capitales que se muestra en los Balances Generales de ambas sociedades al 31 de enero de 1995, así como a los criterios convenidos por los accionistas. De este modo, se entregarán .91843590432 y 1.16312819135 nuevas acciones por cada una de las acciones de AEROTEC y BROKERS, respectivamente, actualmente en circulación.

NOVENA.- Para todo lo no previsto en el presente convenio, así como para su interpretación, cumplimiento y ejecución, las partes se someten indubitablemente a las leyes y tribunales aplicables y competentes respectivamente del Distrito Federal, México,

renunciando a cualquier fuero que pudiera corresponderles en razón de su domicilio o por cualquier otra causa presente o futura.

NOVENA.- Para todo lo no previsto en el presente convenio, así como para su interpretación, cumplimiento y ejecución, las partes se someten indubitadamente a las leyes y tribunales aplicables y competentes respectivamente del Distrito Federal, México, renunciando a cualquier fuero que pudiera corresponderles en razón de su domicilio o por cualquier otra causa presente o futura.

SEGUNDO.- EN RELACION AL SEGUNDO PUNTO DEL ORDEN DEL DIA SE RESOLVIO POR UNANIMIDAD NOMBRAR AL SEÑOR JORGE VILLALOBOS ARELLANO, PARA QUE ACUDA AL NOTARIO PUBLICO DE SU ELECCION A PROTOCOLIZAR EL CONTENIDO DE LA PRESENTE ACTA, ASI COMO REALIZAR TODOS LOS TRAMITES NECESARIOS CON EL FIN DE INSCRIBIR EL TESTIMONIO CORRESPONDIENTE ANTE EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO DEL DOMICILIO SOCIAL DE LA SOCIEDAD, DAR LOS AVISOS A LAS AUTORIDADES, REALIZAR LAS PUBLICACIONES QUE CORRESPONDAN Y EXPEDIR LAS COPIAS SIMPLES O CERTIFICADAS QUE DEL PRESENTE DOCUMENTO SOLICITAREN. IGUALMENTE SE RATIFICA EN TODAS SUS PARTES LA FIRMA DEL CONVENIO DE FUSION QUE EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE BROKERS, S.A. DE C.V., REALIZO EL PROPIO SEÑOR JORGE VILLALOBOS ARELLANO ANTE LA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS DE AEROTEC, S.A. DE C.V.

NO HABIENDO OTRO ASUNTO QUE TRATAR, SE DIO POR TERMINADA LA ASAMBLEA PREVIO RECESO PARA LA PREPARACION DE LA PRESENTE ACTA, LA QUE FUE APROBADA POR UNANIMIDAD, FIRMANDO PARA CONSTANCIA PRESIDENTE, SECRETARIO, COMISARIO Y EL APODERADO DE LA SOCIEDAD INVITADA.

PRESIDENTE

JUAN MANUEL ORTIZ MUNLLOCH

SECRETARIO

JORGE VILLALOBOS ARELLANO

COMISARIO

ALEJANDRO RIVERA MARTINEZ

APODERADO DE AEROTEC, S.A. DE C.V.

ALFONSO GOMEZ LIMA

BROKERS, S.A. DE C.V.

BALANCE GENERAL DE LA SOCIEDAD AL 31 DE ENERO DE 1995

(Nuevos Pesos)

| A c t i v o | | P a s i v o | |
|-------------------|--------------|-------------------------|---------------|
| Activo Circulante | 10,400 | Pasivo Circulante | 14,530 |
| Activo Fijo | 25,680 | Pasivo Largo Plazo | 8,920 |
| Otros Activos | <u>7,200</u> | Capital Contable | <u>19,830</u> |
| Total Activo | 43,280 | Suma Pasivo Más Capital | 43,280 |

Al surtir efectos la fusión, el capital social de Aerotec, S.A. de C.V., quedará integrado de la siguiente manera:

| ACCIONISTA | ACCIONES |
|------------------------|--------------|
| Mytsa, S.A. de C.V. | 9,368 |
| Colors, S.A. de C.V. | 9,001 |
| Buca, S.A. de C.V. | 5,932 |
| El Tello, S.A. de C.V. | <u>5,699</u> |
| T o t a l : | 30,000 |

30,000 acciones con valor nominal de N\$1.00 M.N.
(UN NUEVO PESO 00/100 MONEDA NACIONAL) cada una.

CAPITULO III LA FUSION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO**III.1.- La Ley General de Sociedades Mercantiles**

Durante el estudio de los dos capítulos anteriores se ha hecho referencia a los diferentes artículos que contempla la Ley General de Sociedades Mercantiles con respecto a la fusión. Lo que se pretende en el presente capítulo es resaltar algunos de los puntos que considero relevantes.

Como ya se dijo, la Ley General de Sociedades Mercantiles se ocupa de regular a la fusión de sociedades en los artículos 222 a 226 del capítulo IX titulado "De la fusión, transformación y escisión de las sociedades". Transcribiremos cada uno de estos artículos, con el objeto de llevar a cabo un análisis más profundo de los mismos.

Artículo 222.- La fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza.

Nuestra ley admite expresamente que las sociedades que se fusionan pueden ser de naturaleza diversa. Este principio queda robustecido por el artículo 226 de la misma ley al establecer que pueden las sociedades fusionadas dar lugar a una distinta, siempre y cuando se sujete a los principios que rigen su constitución. En estas disposiciones legales nos basamos para concluir que las sociedades de diversa naturaleza pueden fusionarse.

No hay duda respecto a la especie de sociedades que se pueden fusionar, pero quizá ésta se pueda presentar en cuanto al objeto de las mismas. Sabemos que al constituirse la sociedad debe fijarse su objeto, el cual la propia sociedad puede modificar o cambiar. Cuando a consecuencia de la fusión el objeto de la sociedad que absorbe a las otras se debe modificar o cambiar, no es cuestión 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.

Ahora bien, como ha quedado establecido, el cambio de objeto social derivado de una fusión, no impide que se celebre ésta, pero sí faculta a los accionistas a separarse de la sociedad, rompiendo con la doctrina que sigue nuestra ley, pues sólo concede el derecho de retiro, por lo menos en lo que se refiere a la sociedad anónima y a las demás que se rigen por sus disposiciones, únicamente en tres casos, a saber: cuando la sociedad cambie de objeto, de nacionalidad o acuerde su transformación. La exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles limita el derecho de retiro de los socios, de acuerdo con las orientaciones de la doctrina, únicamente a los casos en que la asamblea decida el cambio de objeto de la sociedad, el cambio de nacionalidad o acuerde la transformación de la misma. La primera hipótesis porque sería absurdo obligar a alguien a concurrir con su patrimonio en una empresa dedicada a un objeto distinto de aquél que perseguía cuando se suscribió la acción o se adquirió el título; la segunda, porque el cambio de nacionalidad implica o el traslado del domicilio social a

país extraño o un cambio de régimen legal, cuestiones ambas de consecuencias imprevisibles para el socio; y en cuanto a la transformación de la sociedad, el derecho de retiro se justifica por la trascendencia que esa medida puede tener en la responsabilidad de los socios.

Aún cuando por la letra de la ley parecería que no se otorga a los socios el derecho de retiro, en caso de fusión de sociedades, ésto no es así, pues de conformidad con el contexto de todas las normas de la ley, debe concederse el derecho de retiro cuando la fusión traiga como consecuencia el cambio de objeto, de nacionalidad o la transformación de la sociedad.

Por lo que respecta a la última parte de este artículo, es decir, que para fusionarse dos sociedades lo deben de realizar en la forma y términos que correspondan según su naturaleza, tenemos:

Tratándose de sociedades anónimas, el acuerdo correspondiente debe tomarse por una asamblea extraordinaria, de conformidad con lo que establece el artículo 182, en la fracción VII de la Ley General de Sociedades Mercantiles. En igual forma debe procederse en las sociedades en comandita por acciones atento a lo dispuesto por el artículo 208 del ordenamiento legal en cita, que determina la aplicación a esta sociedad de las normas que rigen a la sociedad anónima.

En las sociedades de responsabilidad limitada, no se hace distinción entre asambleas ordinarias y extraordinarias y la ley se concreta a fijar las facultades

del órgano deliberante, dentro de las cuales sin duda está la de acordar la fusión.

Por lo que se refiere a las sociedades en nombre colectivo y comandita simple, los socios resolverán por mayoría de ellos, salvo pacto en contrario, la fusión con otras sociedades. Al respecto, Santagata (73) opina que la decisión debe tomarse por unanimidad solo en el caso de que así se haya establecido específicamente para la fusión o en forma genérica para el caso de modificación de los estatutos. Si por el contrario, la regla de la unanimidad no tiene aplicación porque se derogue convencional, la fusión deberá decidirse observando las prescripciones establecidas para las modificaciones de la misma especie. La fusión, por otra parte, podrá decidirse por mayoría en el caso de que se haya convenido así para el caso de cualquier modificación estatutaria.

Artículo 223.- 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. Cada sociedad deberá publicar su último balance y aquella o aquellas que dejen de existir, deberán publicar, además, el sistema establecido para la extinción de su pasivo.

Según Mantilla Molina (74), además de que cada una de las sociedades acuerde por sí misma la fusión y realice

73 Santagata, Carlo. La Fusione tra Società. Nápoles 1964, pág. 156
74 Op. cit. Pág. 462

las publicaciones a que se refiere este artículo, debe celebrarse entre ellas un convenio para ejecutarla.

La ley impone la obligación de publicar el balance por la necesidad que hay de que se conozca en forma exacta la situación patrimonial de las sociedades, de manera que los acreedores y aún los socios, puedan, en su caso, expresar lo que pretendan que a su derecho conviene. La redacción del balance debe considerarse parte del proceso mismo de fusión. Sin embargo, estimamos que si bien la propia ley establece la obligación de hacer la publicación después del acuerdo que adoptan las sociedades de fusionarse, debemos entender que el balance se forma antes de este momento y es puesto a consideración de los socios. Es necesario que los socios conozcan la posición económica de la sociedad puesto que son ellos quienes van a decidir sobre una circunstancia tan importante como es la propuesta de fusión y es necesario por lo tanto, que estén conscientes de las consecuencias patrimoniales de su decisión. Interesa a los socios conocer la situación patrimonial porque en razón de ésta, por efecto de la fusión, dependerá su posición en la sociedad nueva o en la incorporante (75).

Ahora bien, puede discutirse si es necesario un balance a propósito de la fusión o si puede publicarse el balance del ejercicio o un balance extraordinario. Así las cosas, Giuseppe Ferri (76) opina que se debe publicar un balance aprobado para los efectos de la fusión; Alessandro Graziani (77) estima que la deliberación de la fusión, debe acarrear necesariamente la presentación de la situación

75 Cfr. Vázquez del Mercado, Op. Cit. Pág. 333

76 Cfr. La Fusión de las Sociedades Comerciales. Op. Cit. Pág. 161

77 Citado por Vázquez del Mercado. Op. Cit. Pág. 526

patrimonial de las sociedades, en el momento mismo de la deliberación, mediante un balance extraordinario.

Artículo 224.- 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 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 extinguidas.

Se establece que los acreedores, durante el plazo de tres meses a partir de la publicación, pueden oponerse a la fusión y la oposición, mientras no se declare infundada, suspende a la fusión. Para que el acto de fusión se ejecute es necesario que todos y cada uno de los acreedores consientan en la fusión, pues basta que uno solo de ellos se oponga, para que sea imposible antes del término.

El artículo 2503 del Código Civil italiano de 1942, otorga al tribunal la facultad de que, no obstante la oposición, la fusión se lleve a cabo si la sociedad constituye suficiente garantía. Esta disposición legal tiende a impedir que la oposición se convierta en arma de venganza y represalia en manos de acreedores poco escrupulosos. Sería conveniente, dice Vázquez del Mercado (78), que en la próxima reforma a las normas respectivas, se estableciera una disposición similar a la del Código Civil italiano.

Se establece en el párrafo tercero de este artículo, la transmisión de los derechos y obligaciones como un efecto de la fusión. La sociedad que subsista o que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas.

Se hace referencia solamente a las relaciones externas de la sociedad, pero la ley calla sobre un aspecto muy especial que consideramos debe resolverse. Este es el referente a las relaciones orgánicas, es decir, aquellas que se tienen con quienes actúan internamente. En nuestra opinión, esta clase de relaciones por su propia naturaleza deben concluirse, cuando se trata de las sociedades que desaparecen. En efecto, un administrador o un comisario que actúa en la sociedad que va a fusionarse y desaparecer en consecuencia, no podrá, por razón lógica seguir funcionando. En la hipótesis de la fusión por incorporación, debe presumirse que la sociedad incorporada dé por concluida la participación de sus órganos, en el momento en que celebra el contrato de fusión. En tanto que los órganos de la

incorporante permanecerán en sus encargos, salvo que se haya convenido lo contrario.

Cuando la fusión de lugar a un ente diverso a los contratantes, la designación de los órganos correspondientes, debe ser motivo de decisión en los términos que se prescriben para su nombramiento según la clase de sociedad de que se trate.

Artículo 225.- 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.

Este artículo preve los casos de excepción al artículo 224 de la Ley, con el objeto de que no tengan que transcurrir tres meses para que surta plenos efectos la fusión, exigiendo uno de tres requisitos:

- a) Que se pacte el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse.
- b) Que se constituyere el depósito del importe de sus deudas en una institución de crédito.
- c) Que conste el consentimiento de todos los acreedores.

De estos tres requisitos el que resalta por su ambigüedad es el primero, es decir, qué quiso decir el legislador al exigir que se pacten el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse.

La solución la encontramos en el último párrafo del artículo 262 del Código de Comercio de 1889 al estipular:

"Durante el plazo señalado, todo acreedor podrá oponerse a la fusión, la cual se suspenderá sino se obtiene el pago, el depósito o el consentimiento de que habla este artículo"

Al parecer al legislador se le olvidó transcribir este último párrafo del artículo 262 del Código de Comercio de 1889 cuando redactó el artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo que ha permitido que en la práctica, los juristas redacten un párrafo en sus actas de fusión que estipule "que se pacta el pago de todas las deudas de la sociedades que se fusionan", permitiendo que en la actualidad todas las fusiones surtan sus efectos al momento de su inscripción, rompiendo con la pretensión del legislador que es la de proteger a los acreedores de las sociedades que se fusionan.

Sin embargo, estimo que mientras no se adiciones el artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles con un párrafo que aclare que significa el que se pacte el pago de todas las deudas a cargo de las sociedades que se fusionan, todas las fusiones podrán surtir sus efectos al momento de su inscripción, si se incorpora en las actas respectivas, un párrafo como el redactado con anterioridad.

Artículo 226.- Cuando de la fusión de varias sociedades haya de resultar una distinta, su constitución se sujetará a los principios que rigen la constitución de la sociedad a cuyo género haya de pertenecer.

Opina Vivante (79), que si la fusión tiene lugar entre dos sociedades ya existentes, de las que una continúa viviendo, no precisa nueva publicidad. Si por el contrario la fusión origina la constitución de una sociedad nueva, se deberá redactar la escritura de constitución que se otorgará con las formalidades indicadas por el artículo 128, cuando todo el capital social se aporte sin suscripción pública por las sociedades que se fusionan. Sus representantes pondrán en ejecución de los acuerdos de las asambleas, redactando aquel instrumento público que formará la base de la nueva persona jurídica y que es necesaria para darle constitución legal.

No habrá, pues, que reunir en asamblea general a todos los socios, que someter al voto de los mismos el valor de las cosas muebles o inmuebles aportadas por las sociedades que se fusionen, ni que deliberar sobre las utilidades concedibles a los promotores, etc., porque tales cuestiones habrán sido ya resueltas por las asambleas que convienen en la fusión y que efectúan en ella su último acto de voluntad. Si la nueva constitución dependiese de los acuerdos de una asamblea compuesta por los nuevos socios, éstos podrían

79 Vivante, Cesar. Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Reus, T. II, Madrid 1932 Pág. 517

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

hacerla imposible con su ausencia o rechazando las proposiciones; es decir, serían dueños de faltar al cumplimiento del contrato ya estipulado con la fusión. Declarando que la nueva sociedad resulta de la fusión, el Código no ha dejado lugar para un nuevo contrato de constitución.

III.2.- La Regulación Fiscal

Habiendo analizado la figura de la fusión al marco de nuestra legislación mercantil, entraremos ahora al análisis de sus consecuencias fiscales y para ello nos remitiremos a nuestros diversos ordenamientos fiscales.

III.2.1.- Código Fiscal de la Federación

Las disposiciones del Código Fiscal de la Federación son de carácter supletorio, por lo que sólo se aplican cuando no existe disposición expresa al respecto; hasta el 31 de diciembre de 1991, el Código Fiscal de la Federación no contempla la figura de la fusión, pero a partir del 1o. de enero de 1992, la contempla como una forma de enajenación, si no se cumple con un requisito de permanencia accionaria que el mismo Código establece.

El análisis de este ordenamiento se realiza siguiendo el orden progresivo de los artículos del mismo y de su reglamento que tengan relación directa o indirecta con la fusión.

III.2.1.1.- Domicilio Fiscal.- El artículo 10 establece:

"Se considera domicilio fiscal:

II.- En el caso de personas morales:

- a) Cuando sean residentes en el país, el local en donde se encuentra la administración principal del negocio."

De esta disposición se desprende como elemento de vinculación de la norma, el lugar donde se establezca la administración principal del negocio; así cuando en la fusión de sociedades, la fusionante cambie su domicilio fiscal, colocándose dentro de los supuestos a que se refiere el artículo estudiado, deberá enfrentar las consecuencias que ello supone y cumplir con la obligación de avisar su cambio de domicilio conforme a los artículos 14 fracción II y 20 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, para determinar la competencia de las Administraciones en que deberá cumplir sus obligaciones fiscales.

III.2.1.2.- Ejercicios Fiscales.- A este respecto el artículo 11 del Código Fiscal de la Federación establece dentro de su segundo párrafo:

"En los casos en que una sociedad entre en liquidación sea fusionada o escindida, siempre que la sociedad escidente desaparezca, el ejercicio fiscal terminará anticipadamente en la fecha en que entre en liquidación, sea fusionada o se escinda. En el primer caso, se considerará que habrá un ejercicio durante todo el tiempo en que la sociedad esté en liquidación. En el

caso de fusión, la sociedad que subsista o que se constituya presentará la declaración del ejercicio de las que desaparezcan..."

Es obvio que en el caso de fusión, la sociedad fusionada necesariamente anticipará el cierre de su ejercicio fiscal, convirtiéndolo en irregular, sin embargo, en virtud de que esta sociedad tendrá que morir jurídicamente hablando, se presenta un fenómeno de causahabencia para con la sociedad fusionante o la que surja, quien adquirirá todas las obligaciones y derechos de la primera, dentro de las que se incluyen las obligaciones fiscales y en particular la obligación de presentar declaración fiscal misma que es regulada por dicho ordenamiento.

III.2.1.3.- Enajenación de Bienes.- El Código Fiscal de la Federación en su artículo 14 fracción I, dispone que se entiende por enajenación de bienes toda transmisión de propiedad, aún en la que el enajenante se reserva el dominio del bien enajenado, con excepción de los actos de fusión o escisión a que se refiere el artículo 14-A del propio Código al establecer:

"Se entiende que no hay enajenación en los siguientes casos:

II.- En fusión, siempre que los accionistas propietarios de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto de la sociedad que subsista o, en su caso, de la que surja con motivo de la misma, no las enajenen durante un período de un año contado a partir de la fecha en que se presente el

aviso correspondiente ante la autoridad Fiscal en los términos del Reglamento de este Código.

La disposición contenida en el artículo 14-A fue reformada recientemente con el objeto de incluir dentro de este tipo de excepciones a la fusión por integración o fusión pura, que al parecer se le había olvidado al legislador antes de dicha reforma.

Igualmente, se establece que el requisito de permanencia accionaria únicamente debe ser cumplido por el 51% de los accionistas propietarios de las acciones con derecho a voto de la sociedad y no como se estipulaba antes de la reforma que debía de ser el 100%, lo que convertía a esa disposición en un instrumento de presión, ya que un solo accionista con una acción podía enajenar su acción y convertir a la fusión en enajenación para efectos fiscales.

Así nos encontramos con que en la actualidad fiscalmente la fusión es una enajenación de bienes, salvo que los accionistas propietarios de por lo menos 51% de las acciones con derecho a voto de la sociedad fusionante, sea nueva o subsistente, no las enajenen durante un periodo de un año contado a partir del momento en que se efectúe el aviso correspondiente a las autoridades fiscales.

El requisito de permanencia accionaria tiene una excepción consignada en el artículo 5-B del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, al establecer:

"Para los efectos del primer párrafo de las fracciones I y II del artículo 14-A del Código, no

se incumple con el requisito de permanencia accionaria en los periodos a que se refieren dichas fracciones cuando exista transmisión de propiedad de acciones por causa de muerte o por adjudicación judicial".

Es claro que la norma reglamentaria pretende aclarar aquellos casos en los que la transmisión de propiedad de las acciones se verifica por causas distintas a la voluntad de su propietario y ante estas situaciones considera que para efectos fiscales se cumple con el requisito de la permanencia accionaria.

El comentario anterior, necesariamente nos lleva al cuestionamiento de qué sucederá en aquellos casos en que se incumpla con el requisito de permanencia accionaria; la respuesta obvia es que en este caso la fusión de sociedades será una forma de enajenación, sin embargo, habrá que preguntar cuándo se verifica la enajenación.

Al respecto Gómez Cotero (80) opina: "En principio debemos interpretar que si la fusión es una forma de enajenación, en el caso en que se incumpla con el requisito de permanencia accionaria durante el periodo de un año a que se refiere el ordenamiento objeto de nuestro estudio, los efectos de la enajenación se retrotraerán al momento en que la fusión se verificó y ello, necesariamente ocasionará la causación de recargos y posiblemente de multas sobre los impuestos que se hubieren causado como consecuencia de dicha enajenación".

80 Gómez Cotero, José de Jesús. Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles. Efectos Fiscales y Aspectos Corporativos, Ed. Themis, México 1993, Pág. 70

En relación con la presente disposición, la fracción V del artículo segundo (disposiciones transitorias) de la Ley que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones Fiscales para 1992 señala:

V.- Lo dispuesto en el artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación, será aplicable a las operaciones efectuadas a partir del 22 de noviembre de 1991.

Los contribuyentes podrán sujetarse a lo dispuesto por dicho artículo en el caso de que éstos hubieren llevado a cabo una escisión o fusión de sociedades entre la citada fecha y el 31 de diciembre de 1991".

Es evidente que esta disposición transitoria pretende dar efectos retroactivos al artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación, cuya vigencia es a partir de enero de 1992, lo cual convierte a esta disposición en inconstitucional, sin embargo, es interesante explicar el porqué de su nacimiento, pues ello tiene que ver con la reforma en materia de la Ley del Impuesto al Valor Agregado que entra en vigor el 22 de noviembre de 1991, ya que como consecuencia de la misma cualquier fusión verificada a partir de su vigencia, se considera enajenación y por tanto causa IVA, por lo tanto, si se quiere gozar de los beneficios fiscales de este nuevo ordenamiento, para considerar que no hay tal enajenación, se debe aplicar dicha norma en forma

retroactiva, lo cual considero que definitivamente no sea justo (81).

Comentario particular merece el artículo 5-A del Reglamento del Código Fiscal de la Federación al establecer:

"Artículo 5-A.- Para los efectos de las fracciones I y II del artículo 14-A del Código, se deberán presentar los siguientes avisos:

II.- De fusión de sociedades, el cual será presentado por la sociedad que surja o subsista. Este aviso deberá presentarse dentro del mes siguiente a la fecha en que se llevó a cabo dicho acto y deberá contener la denominación o razón social de las sociedades que se fusionan y la fecha en que se realizó la fusión".

Como puede observarse, la norma reglamentaria pretende apoyar lo dispuesto por el artículo 14-A en materia de fusión; sin embargo, del análisis del reglamento se desprende que ella solo será aplicable a los casos de fusión en los que no exista enajenación, pero nada señala respecto de aquellos casos en los que la operación no se ubique en los supuestos del artículo 14-A del Código, lo que necesariamente nos plantea una laguna al respecto de los avisos.

La solución a este problema la encontramos en el artículo 27 párrafo tercero del Código que señala:

"Los fedatarios públicos exigirán a los otorgantes de las escrituras públicas en que se haga constar actas constitutivas de fusión o de liquidación, de personas morales, que comprueben dentro del mes siguiente a la firma que han presentado solicitud de inscripción o aviso de liquidación o de cancelación, según sea el caso, en el registro federal de contribuyentes de la persona moral de que se trate, debiendo asentar en su protocolo la fecha de su presentación; en caso contrario, el fedatario deberá informar de dicha omisión a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dentro del mes siguiente a la autorización de la escritura".

La enajenación de bienes en fusión de sociedades como una forma de transmisión de propiedad, tiene las siguientes consecuencias fiscales según José Manuel Trueba: (82)

- a) Las sociedades fusionadas enajenan sus bienes y derechos al pasar éstos a ser propiedad de la sociedad fusionante, salvo las acciones que posean de dichas sociedades que se cancelen como consecuencia de la fusión, causando las sociedades fusionadas los impuestos correspondientes a dicha enajenación.
- b) La sociedad fusionante adquiere los bienes y derechos enajenados por las sociedades fusionadas

con motivo de la fusión con los efectos fiscales que para ella trae consigo dicha adquisición.

- c) La fusión surte sus efectos desapareciendo las sociedades fusionadas como consecuencia de ella y por lo tanto, la sociedad fusionante como responsable solidaria debe cubrir los impuestos a cargo de ellas que resulten de la enajenación.

Si bien las consecuencias fiscales de haber enajenación de bienes en la fusión son las arriba enunciadas, tanto el Código Fiscal de la Federación como las leyes fiscales son omisas en cuanto a la forma en la cual dichas consecuencias se darían en el caso de fusión provocando ésto serios problemas en la aplicación de ellas, pues resultan como enajenantes sociedades que desaparecen en la fusión y en consecuencia dejan de ser contribuyentes con motivo de la misma.

Para poder cumplir con las disposiciones de las leyes fiscales relativas a enajenaciones y adquisiciones de bienes, las sociedades fusionadas tendrían que facturar sus bienes o parte de ellos a la sociedad fusionante al momento de la fusión a precios de mercado o de avalúo originando con ello cuentas por cobrar y por pagar inexistentes entre ellas, ya que nunca se van a cobrar o a pagar como consecuencia de la fusión y modificando el valor de los activos de las fusionadas, cosa que va en contra de la naturaleza misma de la fusión que es un fenómeno de sucesión universal de bienes entre sociedades.

Lo anterior se agrava aún más en el caso en el cual se considera que no hay enajenación en la fusión y posteriormente resulta que sí la hubo por no haberse cumplido el requisito de permanencia accionaria, pues las sociedades fusionadas desaparecieron de la fusión y por lo tanto, ya no pueden facturar sus bienes.

Además las leyes fiscales tampoco contemplan la forma de cubrir los impuestos que resultarían de considerar que no hubo enajenación en la fusión y posteriormente resultara que sí la hubo.

Por lo que respecta a los accionistas de las sociedades que intervinieron en la fusión que no sean estas mismas sociedades, el que haya o no enajenación de bienes en la fusión, resulta irrelevante para ellos fiscalmente en lo individual, porque no transmiten la propiedad de sus acciones de dichas sociedades, sino que las conservan tratándose de acciones de la fusionante o bien, se cancelan tratándose de acciones de las sociedades fusionadas como consecuencia de la desaparición de estas sociedades en fusión.

Para que haya enajenación de bienes en fusión de sociedades, se requiere que haya transmisión de propiedad de ellos en la misma, pues la fusión de sociedades está considerada por la fracción I del artículo 14 del Código Fiscal de la Federación como una forma de transmisión de propiedad de bienes.

En la fusión de sociedades no hay transmisión de propiedad de las acciones de las fusionadas por parte de sus accionistas, incluyendo entre ellos a las sociedades que

intervienen en la fusión, porque dichas acciones se cancelan como consecuencia de la desaparición de las sociedades fusionadas en la fusión.

El hecho de que los accionistas de las sociedades fusionadas reciban acciones de la sociedad fusionante a cambio de sus acciones de aquellas, no implica que están enajenando estas acciones a la sociedad fusionante, pues no pueden enajenar algo que ya no existe por haber desaparecido las sociedades emisoras de ellas en la fusión, sino que lo que sucede es que se cancelan las acciones de las sociedades fusionadas al desaparecer éstas y se emiten en la sociedad fusionante nuevas acciones en sustitución de aquellas sin que medie transmisión de propiedad alguna.

Además, el canje de acciones de las sociedades fusionadas por acciones de la sociedad fusionante no ocurre cuando son accionistas de las sociedades fusionadas las sociedades que intervienen en la fusión, pues en este caso sus acciones de las sociedades fusionadas simplemente se cancelan en la fusión.

Por lo que respecta a las acciones de la sociedad fusionante, sus accionistas conservan la propiedad de ellas al efectuarse la fusión y por lo tanto, no hay transmisión de propiedad de dichas acciones en la fusión.

Según Trueba (83), sólo existe un caso en el que puede haber en la fusión enajenación de acciones de la sociedad fusionante y este caso se da en la fusión vertical descendente, pues en ella las acciones de la sociedad

fusionante que posee la sociedad fusionada, pasan a ser propiedad de los accionistas de esta ultima, al desaparecer en la fusión y esta transmisión de propiedad constituye una enajenación de bienes para la sociedad fusionada.

El considerar que hay enajenación para efectos fiscales en la fusión, elimina de hecho, la posibilidad de utilizar esta figura jurídica por el costo fiscal tan elevado que puede representar su utilización cuando ella en sí misma no origina beneficio económico alguno, ya que esta figura se emplea como una forma de reestructuración corporativa.

Por otra parte, el condicionar que no haya enajenación en la fusión al hecho de que los accionistas de la sociedad fusionante no enajenen sus acciones durante un período de un año posterior a la fusión, deja en una situación de incertidumbre durante ese período a las sociedades que participaron en la fusión con respecto a sus consecuencias fiscales derivadas de la misma, porque estas consecuencias no dependen de ellas sino de actos realizados con posterioridad por sus accionistas, que son personas jurídicas distintas de ellas.

Además, en ninguna disposición se preven expresamente las consecuencias fiscales que tendría el considerar que no hubo enajenación en la fusión y posteriormente resultara que si la hubo por que el 51% de las acciones con derecho a voto de la sociedad fueran vendidas dentro del período de un año posterior a la fusión.

La condición de permanencia accionaria deja latentes las consecuencias fiscales de una posible

enajenación en la fusión, cuando ya no existe la sociedad o sociedades que transmitieron sus bienes, derechos y obligaciones en la fusión por haber desaparecido en ella como fusionada.

Si bien es cierto que las sociedades fusionantes son responsables solidarias del pago de los impuestos a cargo de las sociedades fusionadas en ella y como consecuencia de ello, la sociedad fusionante tendría que pagar los impuestos que resultaran a cargo de las fusionadas en caso de que hubiera habido enajenación en la fusión por no cumplirse con el requisito de permanencia accionaria posterior, también lo es que la sociedad fusionante tendría sus propias consecuencias fiscales derivadas de dicha enajenación.

Así lo que fuera considerado enajenación para las sociedades fusionadas, necesariamente sería adquisición para la sociedad fusionante con sus consecuencias fiscales respectivas.

Lo anterior, neutraliza parte de los efectos de la enajenación en fusión pero desgraciadamente no a todos ellos y esto puede provocar distorsiones en la sociedad fusionante, como tal y como responsable solidaria con las fusionadas, en caso de que la enajenación ocurra como consecuencia del incumplimiento posterior del requisito de permanencia accionaria, pues existirá un período en que no se le dieron efectos de enajenación a la fusión al que tendría que dársele dichos efectos en forma retroactiva.

No obstante la reciente reforma al artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación, que reduce de tres a un

año el requisito de permanencia accionaria y solo exige que sea el 51% de las acciones con derecho a voto y no la totalidad de ellas las que deben de cumplir con el mismo, para que no exista enajenación en la fusión, estimo que aún estos requisitos, que son mucho más flexibles y entendibles que los anteriores, dan lugar a extorsiones a las sociedades fusionantes por parte de sus accionistas además de que congela la circulación de sus acciones.

Lo que sí cabe destacar de esta reforma al artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación, es la exclusión del cumplimiento al requisito de permanencia accionaria a las acciones que se consideran colocadas entre el gran público inversionista y que hayan sido enajenadas a través de la bolsa de valores autorizada o mercados de amplia bursatilidad, ya que con el texto anterior a la reforma, impedía que las sociedades que cotizaban en bolsa pudieran llevar a cabo una fusión sin que esta fuera considerada enajenación para efectos fiscales, ya que es prácticamente imposible evitar la enajenación de acciones.

Por todo lo anterior, creemos que la fusión en ningún caso debería considerarse como enajenación para efectos fiscales, pues se trata de un fenómeno de sucesión universal que no origina en sí misma beneficio o perjuicio alguno para las sociedades y sus accionistas que intervienen en ella, ya que su finalidad esencial es la reestructuración corporativa de sociedades. (84)

III.2.1.4.- Devolución de Contribuciones y Compensación de Cantidades a Favor.- Al respecto, los

artículos 22 y 23 del Código Fiscal de la Federación establecen:

Artículo 22 CFF.- "Las autoridades fiscales están obligadas a devolver las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan de conformidad con las leyes fiscales. La devolución podrá hacerse de oficio o a petición del interesado..."

Artículo 23 CFF.- "Los contribuyentes obligados a pagar mediante declaración podrán optar por compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que estén obligados a pagar por adeudo propio o por retención a terceros, siempre que ambas deriven de una misma contribución, incluyendo sus accesorios. Al efecto, bastará que efectúen la compensación de dichas cantidades actualizadas, desde el mes en que se presentó la declaración hasta aquél en que la compensación se realice. Si las cantidades que tengan a su favor los contribuyentes no deriva de la misma contribución por la cual están obligados a efectuar el pago, solo se podrán compensar en los casos y cumpliendo los requisitos que la Secretaría de Hacienda y Crédito

Público establezca mediante reglas de carácter general."

En la fusión de sociedades, la sociedad que personaliza la fusión, adquiere la totalidad de los derechos y obligaciones de las fusionadas mediante la cesión que de su patrimonio hacen éstas en favor de la primera, convirtiéndose así en causahabiente de ellas, lo que le permite como nuevo titular de estos derechos, exigir de las autoridades fiscales la devolución de contribuciones o la compensación de cantidades a favor, según sea el caso.

Para apoyar esta opinión, en el sentido de que la sociedad que personaliza la fusión se convierte en titular de estos derechos, se puede citar lo que el maestro Gabino Fraga (85) señala:

"En el derecho común, tratándose de derechos patrimoniales, se hace una separación entre los autores del acto jurídico y sus causahabientes por una parte y los terceros por la otra, y se dice que el acto produce efectos para los autores y causahabientes y no respecto a los terceros.

Dentro de esta idea, el autor del acto es el que ha sido parte en él, sus causahabientes son los que reciben de él un derecho por transmisión universal o particular. Se sostiene que los causahabientes están representados por el autor del acto en la

85 Fraga, Gabino. Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, México 1989, Pág. 279

realización de éste y que, por tanto, los efectos de él, les son oponibles".

III.2.1.5.- Acreditamiento de Estímulos Fiscales.

Subsidios y Exenciones.- El artículo 25 del Código Fiscal de la Federación establece: "Los contribuyentes obligados a pagar mediante declaración periódica podrán acreditar el importe de los estímulos fiscales a que tenga derecho, contra las cantidades que están obligados a pagar, siempre que presenten aviso ante las autoridades competentes en materia de estímulos fiscales y, en su caso, cumplan con los demás requisitos formales que se establezcan en las disposiciones que otorguen los estímulos, inclusive el de presentar certificados de promoción fiscal o de devolución de impuestos. En los demás casos siempre se requerirá la presentación de los certificados de promoción fiscal o de devolución de impuestos, además del cumplimiento de los otros requisitos que establezcan los decretos en que se otorguen los estímulos.

Los contribuyentes podrán acreditar el importe de los estímulos a que tengan derecho, a más tardar en un plazo de cinco años contados a partir del último día en que venza el plazo para presentar la declaración del ejercicio en que nació el derecho a obtener el estímulo; si el contribuyente no tiene obligación de presentar declaración del ejercicio, el plazo contará a partir del día siguiente a aquél en que nazca el derecho a obtener el estímulo.

En los casos en que las disposiciones que otorguen los estímulos establezcan la obligación de cumplir con los requisitos formales adicionales al aviso a que se refiere el

primer párrafo de este artículo, se entenderá que nace el derecho para obtener el estímulo a partir del día en que se obtenga la autorización o el documento respectivo ..."

Relacionado con este punto, vale la pena analizar la opinión del maestro Gabino Fraga (86):

"... los derechos y las obligaciones se generan por virtud del acto administrativo especial en favor o en contra de determinada persona y en atención a su situación particular. De donde se desprende que dichos derechos y obligaciones tienen, en principio, un carácter personal e intransmisible y por tanto sólo pueden ser ejercitados o cumplidos por la persona a la cual el acto se refiere.

Sin embargo, en múltiples ocasiones los derechos que engendra un acto administrativo, constituyen ventajas pecuniarias que entran al patrimonio de los particulares y para esos casos la legislación ha moderado el principio de intransmisibilidad y permite en la mayor parte de ellos con la autorización del poder público que se celebren operaciones respecto de tales derechos por actos y contratos civiles o mercantiles".

Partiendo de la opinión del maestro Fraga, se puede afirmar que el estímulo fiscal es un acto administrativo y como tal es intransferible, pues se ha otorgado a su titular quien ha cumplido con ciertos requisitos para su obtención, sin embargo, la sociedad que personaliza la fusión, al adquirir el patrimonio de las fusionadas, adquiere dentro de

éste, los derechos a los estímulos fiscales que estas sociedades tenían, los que podrá disfrutar siempre que obtenga el consentimiento de las autoridades hacendarias.

Respecto a los subsidios y exenciones que se emiten con el objeto de fomentar la industrialización del país, hago válido el criterio sostenido al analizar los estímulos fiscales y sugiero, como lo hace Rodríguez Domínguez (87), que en el caso de fusión de sociedades, la sociedad que personaliza la fusión confirme ante las autoridades fiscales el reconocimiento de este derecho que ha adquirido como resultado de la enajenación patrimonial hecha en su favor por las sociedades fusionadas.

III.2.1.6.- Aumento o Disminuciones de Obligaciones.- Los artículos 14 fracción III y 21 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, establece la obligación de presentar avisos de:

- I.- Aumento, cuando se esté obligado a presentar declaraciones periódicas distintas a las que venía presentando.

De la fusión por incorporación, puede resultar que la fusionante aumente sus obligaciones fiscales debiendo en este caso presentar el aviso correspondiente.

- II.- Disminución, cuando se deje de estar sujeto a cumplir con alguna o algunas obligaciones

87 Rodríguez Domínguez Humberto y Rodríguez Domínguez Joaquín. El Tratamiento Fiscal de los Contratos de Fideicomiso, Fusión y Sociedad, Ed. Dofiscal, México 1984, Pág. 44

periódicas y se deba seguir presentando declaración por otros conceptos.

En el caso de fusión, la sociedad que personaliza la fusión podría ubicarse en estos supuestos, por lo que en este caso cumplirá con este aviso.

III.2.1.7.- Cancelación en el RFC.- Los artículos 14 fracción V y 23 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, establecen la obligación de presentar el aviso de cancelación en el Registro Federal de Causantes, junto con la declaración final del Impuesto Sobre la Renta; para el caso de fusión de sociedades el segundo párrafo de la fracción primera del citado artículo 23 señala:

"... En los casos de fusión de sociedades la que subsiste o resulte de la fusión presentará el aviso por las sociedades que desaparezcan, junto con la última declaración a que se refiere la fracción VII del artículo 58 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (declaración anual del ISR); la sociedad acompañará constancia de que la fusión ha quedado inscrita en el registro público correspondiente de la entidad federativa de que se trate ..."

III.2.1.8.- Conservación de la Contabilidad y de los Avisos del RFC.- En el quinto párrafo del artículo 27 del Código Fiscal de la Federación, se establece la obligación para las personas inscritas en el Registro Federal de Contribuyentes de conservar en su domicilio la documentación comprobatoria de haber cumplido con la presentación de avisos y registros.

De igual manera, el artículo 30 del Código Fiscal de la Federación establece la obligación para quienes están obligados a llevar contabilidad, de conservar ésta, en su domicilio fiscal a disposición de las autoridades fiscales; señalándose que quienes no están obligados a llevarla deberán conservar toda documentación relacionada con el cumplimiento de las disposiciones fiscales.

La documentación anterior, señala el citado artículo 30, deberá conservarse por el plazo de diez años, contados a partir de la fecha en que se presentaron o debieron haberse presentado las declaraciones con ellas relacionadas: este plazo coincide con el plazo en el que se extinguen las facultades de comprobación de las autoridades fiscales.

Respecto de la presente obligación puedo afirmar que al existir en la fusión de sociedades una sucesión de los derechos y obligaciones de las fusionadas en favor de la sociedad que personalice la fusión, ésta hereda de las primeras, la obligación de conservar en su domicilio a disposición de las autoridades fiscales, la documentación a que se refieren las disposiciones analizadas en el presente punto.

III.2.1.9.- Facultades de Comprobación de las Autoridades Fiscales.- Las facultades de las autoridades fiscales reglamentadas en los artículo 42 y siguientes del Código Fiscal de la Federación, están directamente relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones fiscales para lo que se requiere del análisis de la documentación y

contabilidad a que me he referido en el punto anterior; de lo que se puede concluir que al transmitir las fusionadas su patrimonio a la sociedad fusionante o la nueva, las autoridades fiscales podrán ejercitar sus facultades de comprobación respecto de las sociedades fusionadas frente a su sucesora.

III.2.1.10.- Dictamen Obligatorio.- Artículo 32-A.-

"las personas físicas con actividades empresariales y las personas morales que se encuentren en alguno de los supuestos de las siguientes fracciones, están obligadas a dictaminar, en los términos del artículo 52 del Código Fiscal de la Federación, sus estados financieros por contador público autorizado:

III.- Las que se fusionen o se escindan, en el ejercicio en que ocurran dichos actos y en el siguiente".

Es claro que esta obligación está directamente relacionada con lo dispuesto por el artículo 14-A del Código Fiscal, ya comentado, tan esto es así, que en materia del contenido de los dictámenes, el artículo 51, fracción III, inciso 12, subinciso h) del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, establece:

h) "Tratándose de sociedades que se fusionen se presentará la siguiente información:

1.- Relación de los accionistas de la sociedad que surja o subsista con motivo de la fusión, indicando su participación accionaria a la fecha en que se realizó la fusión, así como el número, valor

nominal y naturaleza de las acciones que conforman el capital social.

- 2.- Relación al término de cada uno de los tres ejercicios siguientes al de la fusión, de los accionistas de la sociedad que surja o subsista con motivo de la misma, indicando su participación accionaria, así como el número, valor nominal y naturaleza de las acciones que conforman el capital social".

III.2.2.- Ley del Impuesto Sobre la Renta

En una disposición confusa contenida en su artículo 5 A, la Ley del Impuesto Sobre la Renta establece que en los casos en que se transmitan bienes como consecuencia de fusión o escisión de sociedades, se producirán los efectos que la misma Ley señala para los efectos de enajenación.

Conforme al texto de la disposición anterior, todas las fusiones y escisiones producen efectos de enajenación en impuesto sobre la renta, pues en todas ellas se transmiten bienes como consecuencia propia de ellas mismas.

Sin embargo, consideramos que esa no es la intención de dicha disposición por que en la propia ley existen otras disposiciones relativas a las fusiones y escisiones que mantienen intactos los valores fiscales de los bienes transmitidos en ellas, cosa que no sucede en el caso de enajenación de bienes para efectos fiscales.

Creemos que lo que quiso decir el legislador en la disposición de referencia, es que las fusiones y las escisiones producirán los efectos de enajenación previstos por la propia Ley, cuando en ellas haya enajenación de bienes en los términos del Código Fiscal de la Federación.

El Código Fiscal de la Federación en su artículo 14 fracción I dispone que se entiende por enajenación de bienes, toda transmisión de propiedad con excepción de los actos de fusión o escisión a que se refiere el artículo 14 A del propio Código.

De lo anterior resulta que para el Código Fiscal de la Federación, existe transmisión de propiedad de bienes en la fusión y en la escisión, pero las excluye del concepto fiscal de enajenación de bienes en los casos referidos en su artículo 14 A.

Este mismo criterio debió seguirse en la redacción del artículo 5 A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta al referirse a la enajenación de bienes en los casos de fusión y escisión, pues su texto actual se presta a confusiones como hemos señalado con anterioridad.

Partiendo de que solo producen efectos de enajenación en el Impuesto Sobre la renta las fusiones que se consideran enajenación de bienes en los términos del Código Fiscal de la Federación y no aquellas que no lo son conforme al propio Código, entraremos al estudio de sus consecuencias en este impuesto.

III.2.2.1.- Consecuencias en cuanto a los Accionistas.

Como se ha señalado ya, los accionistas de las sociedades que se fusionan, pueden ser personas físicas o morales y los efectos serán distintos según sea el caso:

III.2.2.1.1.- Personas Físicas

III.2.2.1.1.1.- Ingresos por fusión

Artículo 95, último párrafo LISR.- "No se consideran ingresos por enajenación, los que deriven de la transmisión de propiedad de bienes por causa de muerte, donación o fusión de sociedades, "

III.2.2.1.1.2.- Costo de adquisición

Artículo 98 LISR.- "El costo de adquisición será...cuando el bien se adquirió a título gratuito o por fusión de sociedades, se estará a las reglas del artículo 100 de esta ley."

Artículo 100 LISR.- "En el caso de fusión de sociedades, se considera como costo de adquisición de las acciones o de los certificados de aportación patrimonial de las Sociedades Nacionales de Crédito, emitidos como consecuencia de la fusión, el que correspondió a las acciones o a los certificados de aportación patrimonial de las sociedades fusionadas."

Conforme a lo señalado en los artículos anteriores, puede presentarse una situación en la que el accionista persona física de la fusionada, que tenía una acción con valor nominal de N\$100.00 y que como consecuencia de la fusión reciba una acción de N\$200.00, no considerará la diferencia como utilidad y por lo tanto no habrá ingreso acumulable en términos del artículo 95.

El problema anterior se refleja en el costo de adquisición pues si éste es el que tenía la acción que de la fusionada fue sustituido por la de la fusionante como lo dispone el artículo 100 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, es claro que hasta el momento de la fusión esta acción tenía un costo de adquisición sobre un valor nominal de N\$100.00, sin embargo, para cualquier operación posterior a la fecha de la fusión, en la que el costo a variado, no se reconoce a dicha acción su actual valor de N\$200.00, situación que es injusta.

III.2.2.1.2.- Personas Morales

III.2.2.1.2.1.- Ingresos Acumulables por fusión

La Ley del Impuesto Sobre la renta en su artículo 17 fracción V dispone que entre otros se consideran ingresos acumulables la ganancia derivada de la enajenación de activos fijos, terrenos, títulos valor y acciones, así como la ganancia realizada que derive de fusión o escisión de sociedades en las que el contribuyente sea socio o accionista.

Sin embargo, la misma disposición en un párrafo posterior establece que en los casos de fusión de sociedades no se considera ingreso acumulable la ganancia cuando se reúnen los requisitos que establece el artículo 14 A del Código Fiscal de la Federación para considerar que no hay enajenación en ellas, siempre que el adquirente de los bienes cumpla con lo dispuesto en la propia Ley del Impuesto Sobre la Renta, respecto de dichos bienes.

Finalmente, la misma disposición en su párrafo tercero indica que cuando en los casos de fusión o escisión no se cumpla con los requisitos a que se refiere el párrafo anterior, se acumulará la ganancia señalada en dicha fracción y no le serán aplicables las disposiciones de la ley que se refieren a bienes adquiridos con motivo de la fusión o escisión de sociedades.

Las disposiciones contenidas en el segundo y tercer párrafo de la fracción V del artículo 17 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta referentes a la fusión o escisión de sociedades, resultan confusas con respecto a lo establecido por esa misma fracción en su primer párrafo.

El primer párrafo habla de dos ganancias: una derivada de la enajenación de activos fijos, terrenos, títulos valor y acciones; y otra derivada de la fusión o escisión de sociedades en las que el contribuyente sea socio o accionista.

La primera de las ganancias, o sea la derivada de la enajenación de activos fijos, terrenos, títulos valor y acciones, es un ingreso acumulable para quien realiza la

enajenación. En cambio, la segunda, o sea la ganancia derivada de la fusión o escisión de sociedades en las que el contribuyente sea socio o accionista, es un ingreso acumulable para dicho contribuyente, aunque como veremos más adelante, esta ganancia no puede darse.

El párrafo referente a la fusión o escisión de sociedades que considera no acumulable a la ganancia cuando se reúnen ciertos requisitos, no especifica a cuál de las dos ganancias se refiere.

Aún cuando dicho párrafo no especifica a qué ganancia se refiere, consideramos que ambas quedan comprendidas en él y por lo tanto, ninguna de ellas es acumulable en las fusiones o escisiones que cumplen con los requisitos establecidos en el Código Fiscal de la Federación y la Ley del Impuesto Sobre la Renta. (88)

La disposición contenida en el tercer párrafo de la fracción V del artículo 17 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta relativa a las fusiones o escisiones que no cumplan con el requisito de permanencia accionaria establecida en el artículo 14 A del Código Fiscal de la Federación, tampoco especifica cuál de las dos ganancias serían acumulable en este caso, por lo que en principio ambas lo serían.

Sin embargo, consideramos que en ninguna de las dos ganancias contempladas en el primer párrafo de la fracción V del artículo 17 antes referido podrían darse en la fusión, aunque ésta fuera considerada fiscalmente como enajenación de bienes, porque las sociedades fusionadas nada reciben de la

sociedad fusionante por la transmisión de sus bienes a ella y los accionistas de las sociedades que intervienen en la fusión no realizan ganancia alguna por la fusión en sí misma.

Para la causación del Impuesto Sobre la Renta se requiere la percepción de ingresos que son el objeto gravable de dicho impuesto y al no tener las sociedades fusionadas ni los accionistas de ellas, en la fusión no pueden quedar sujeto al pago de este impuesto, aunque exista enajenación de bienes en ella.

Por lo que respecto a las sociedades fusionadas, sus bienes, derechos y obligaciones pasan a la sociedad fusionante, desapareciendo ellas como personas morales en la fusión, por lo que, al extinguirse nada reciben por ese traspaso ya que éste ocurre por la sucesión universal de bienes entre sociedades que se da en la fusión de ellas.

No obstante lo anterior, la Ley del Impuesto Sobre la Renta en su artículo 5 A y en el tercer párrafo de la fracción V de su artículo 17, pretende gravar a las sociedades fusionadas con este impuesto por las presuntas ganancias o ingresos que obtengan esas sociedades en la fusión cuando haya enajenación de bienes en ella en términos del Código Fiscal de la Federación.

Por lo tanto, en las fusiones consideradas fiscalmente como enajenación de bienes, además de las ganancias derivadas de la enajenación de activos fijos, terrenos, títulos valor y acciones, también serían acumulables para las sociedades fusionadas las transmisiones de inventarios y las ganancias en la transmisión de otros

bionos a la sociedad fusionante que se realicen como consecuencia de la fusión, conforme a lo dispuesto por la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Por lo que respecta a los accionistas de las sociedades que intervienen en la fusión, éstos no realizan ganancia alguna por la fusión en sí, sino que simplemente canjean sus acciones de las sociedades fusionadas por acciones de la sociedad fusionante, o bien, conservan sus acciones de la sociedad fusionante, según sean accionistas de aquéllas o ésta, sin modificar su inversión efectuada en ellas.

Por lo anterior, el maestro Trueba (89) considera que no puede haber ganancia realizada por los socios o accionistas de las sociedades que participan en una fusión por la fusión en sí misma, sino que su ganancia, si tienen alguna, provendrá de la enajenación de sus acciones de la sociedad fusionante cuando realicen dicha enajenación.

III.2.2.2.- Sociedades Participantes en la Fusión.

El artículo 15 establece que las personas morales residentes en el país, acumularán la totalidad de los ingresos en efectivo, en servicios o en crédito que obtengan en el ejercicio inclusive los provenientes de su establecimiento en el extranjero. La ganancia inflacionaria, continúa diciendo dicho artículo, es el ingreso que obtienen los contribuyentes por la disminución real de sus deudas. Para los efectos de este título, no se consideran ingresos los que obtenga el contribuyente por aumento de capital, por

pago de la pérdida por sus accionistas, por primas obtenidas por la colocación de acciones que emita la propia sociedad o por utilizar para valuar sus acciones el método de participación.

Expuesto lo anterior, cabe preguntar si la operación de fusión de sociedades causa impuesto sobre la renta y para dar respuesta a esta inquietud, debe distinguirse entre la fusión por incorporación y la fusión pura.

Cuando en la fusión por incorporación la fusionante representa el aumento patrimonial mediante un aumento de capital, por ubicarse esta operación en los supuestos del primer párrafo del artículo 15 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, no se considera ingreso acumulable.

En la fusión pura existe una aportación patrimonial de las fusionadas para formar el patrimonio de la nueva sociedad y al igual que en los demás casos de la fusión por incorporación cuando el aumento patrimonial se representa en forma distinta a un aumento de capital, esta enajenación en opinión del maestro José de Jesús Gómez Coteró (90) no constituye ingreso acumulable, ya que la operación es una mera suma de patrimonios que representa el capital social de la nueva sociedad, el que se suscribe y paga inicialmente a través de la transmisión que hacen las fusionadas y por tratarse del capital social, éste nunca ha sido considerado como ingreso acumulable por la ley.

Para el caso de las sociedades protagonistas de la fusión, la enajenación patrimonial que entre ellas se verifica no será ingreso acumulable cuando se cumpla con los requisitos del artículo 14 A del Código Fiscal de la Federación y respecto de los inventarios de activos fijos, se cumpla con los requisitos que establece la Ley del Impuesto Sobre la Renta, como sigue:

Artículo 64 A.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá para efectos de determinar ingresos presuntivamente, estimar el precio o la contraprestación de las operaciones celebradas entre personas morales, residentes en el país o en el extranjero, personas físicas con actividades empresariales y establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, si una de ellas posee interés en los negocios de la otra, o bien, existen intereses comunes entre ambas, o inclusive cuando una tercera persona tenga interés en los negocios o bienes de aquéllas, siempre que:

...

No será aplicable lo dispuesto en este artículo ni en el anterior, tratándose de los bienes, así como de los inventarios de mercancías, materias primas, productos semi terminados o terminados que se adquieran con motivo de la fusión o escisión de sociedades a que se refiere el segundo párrafo de la fracción V del artículo 17, siempre que éstos hayan sido traspasados a las sociedades que subsistan o surjan con motivo de dicho evento, al

valor pendiente de deducir por las sociedades fusionadas o escidentes al momento de la fusión o escisión, según corresponda.

Comentario particular merece la materia de los inventarios, ya que al ser las compras deducibles fiscalmente, no existe valor pendiente de deducir respecto de los mismos, por tanto aquí la disposición plantea un verdadero absurdo y la solución sería transmitir dichos bienes a valor de mercado.

III.2.2.3.- Valor de Bienes Adquiridos por Fusión

La Ley del Impuesto Sobre la Renta en varias de sus disposiciones señala los valores en que adquiere la sociedad fusionante los bienes de las sociedades fusionadas transmitidos como consecuencia de la fusión, cuando no hay enajenación en ella.

En el caso de las inversiones, entendiéndose como tales los bienes de activo fijo, los gastos y cargos diferidos y las erogaciones realizadas en períodos preoperativos, el artículo 46 fracción IV de la ley dispone que sus valores sujetos a deducción en la sociedad fusionante no deben ser superiores a los valores pendientes de deducir en la sociedad o sociedades fusionadas y el artículo 41 de la misma ley en su tercer párrafo dispone que se considera como fecha de adquisición de ellas la correspondiente a la sociedad o sociedades fusionadas.

Conforme a lo anterior, la sociedad fusionante adquiere las inversiones de las sociedades fusionadas al

costo histórico de estas sociedades menos la deducción por depreciación fiscal que hubiera ya efectuado, considerando como fecha de adquisición de tales inversiones la de esas mismas sociedades, y ella puede continuar depreciándolas sobre el costo histórico de aquellas hasta agotar el saldo pendiente de deducir de ellas, actualizando desde luego esta deducción.

Tratándose de terrenos, su valor de adquisición es el mismo de las sociedades fusionadas, considerándose como fecha de adquisición de ellos la misma fecha en que dichas sociedades los adquirieron (artículo 18 último párrafo de la ley).

En el caso de acciones adquiridas como parte de los bienes transmitidos por las sociedades fusionadas en la fusión, su costo de adquisición es el costo promedio por acción que tenían las sociedades fusionadas al momento de la fusión (artículo 19 penúltimo párrafo de la ley).

Como podemos darnos cuenta, los bienes de las sociedades fusionadas pasan a la sociedad fusionante con los mismos valores que tenían aquellas de ellos al momento de la fusión.

Con lo anterior, se conserva la secuencia histórica de los bienes de las sociedades fusionadas en la sociedad fusionante sin originar la causación del Impuesto Sobre la Renta en la transmisión efectuada entre ellas con motivo de la fusión.

Las disposiciones relativas a los valores en los cuales adquiere la sociedad fusionante los bienes de las sociedades fusionadas que acabamos de comentar, no son aplicables a las fusiones en las cuales hay enajenación de bienes para efectos fiscales, pues en este caso la transmisión de los bienes en la fusión debe hacerse a valores de mercado, o en su defecto de avalúo, como cualquiera enajenación.

III.2.2.4.- Acciones de la sociedad fusionante adquiridas con motivo de la fusión.

En la fusión de sociedades se cancelan las acciones de las sociedades fusionadas y a los accionistas de ellas se les entrega a cambio acciones de la sociedad fusionante, excepto a esta sociedad en caso de que fuera accionista de aquellas.

Respecto del costo de adquisición de las acciones adquiridas por fusión, debemos distinguir el caso en que se trata de las acciones emitidas como consecuencia de la fusión, respecto de las cuales el artículo 19 señala:

Artículo 19, fracción III.- El costo comprobado de adquisición de las acciones emitidas por la sociedad fusionante, o la que surja como consecuencia de la fusión, será el que se derive del costo promedio por acción que hubieran tenido las acciones que se canjearon por cada accionista y a la fecha de adquisición la del canje.

Para el caso de que las acciones se adquirieran como inversiones que tenía la sociedad fusionada.

Artículo 19, fracción III.- ...En el caso de fusión o escisión de sociedades, las acciones que adquirieran las sociedades fusionantes o las escindidas como parte de los bienes transmitidos tendrán como costo comprobado de adquisición el costo promedio por acción que tenían en las sociedades fusionadas o escidentes, al momento de la fusión o escisión.

En el primer caso, el costo fiscal de las acciones emitidas como consecuencia de la fusión por la sociedad que personalice ésta, será el que tenían antes de la fusión. Por lo que se refiere a la antigüedad para efectos de la indexación, el factor que se tomará en cuenta será el que corresponda a partir de la fecha en que la sociedad que personalice la fusión le entregue acciones como consecuencia de la fusión.

Lo anterior es coincidente para el caso de personas físicas seguido por el artículo 100 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

En el segundo caso, por tratarse de una inversión en acciones, se reconoce que su costo será el mismo que tenía la fusionada; con lo que se reconoce el fenómeno de causahabiente respecto de los derechos y obligaciones de esta última.

III.2.2.5. Pérdida por Fusión.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta en su artículo 25 fracción XVII dispone que no son deducibles las pérdidas derivadas de fusión de sociedades en las que el contribuyente hubiera adquirido acciones.

Como la fusión es una forma de reestructuración corporativa de sociedades no puede haber ganancia o pérdida derivada de ella en sí misma para los accionistas de las sociedades que intervienen en ella.

En efecto, como los accionistas de las sociedades que participan en la fusión reciben o conservan acciones de la sociedad fusionante con motivo de la fusión al mismo costo promedio por acción que tenían de sus acciones de las sociedades fusionadas y la fusionante al efectuarse la fusión, no puede haber para ellos ganancia o pérdida alguna derivada de la fusión.

Cualquier ganancia o pérdida de los accionistas derivada de la fusión alteraría necesariamente el valor de su inversión anterior a la fusión, cosa que no sucede, pues mantienen el mismo valor después de la fusión.

Por lo anterior, consideramos impropcedente tanto la disposición contenida en el artículo 17 fracción V de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que considera ingreso acumulable a la ganancia realizada que derive de la fusión de sociedades en las que el contribuyente sea accionista, como la disposición contenida en el artículo 25 fracción XVII de la misma ley que considera no deducible a la pérdida derivada de la fusión de sociedades en la que el contribuyente hubiera

adquirido acciones, pues como hemos dicho, no puede haber utilidad o pérdida derivada de la fusión en sí misma para los accionistas de las sociedades que participan en ella.

III.2.2.6.- Deducción de Pérdidas de ejercicios Anteriores.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta en su artículo 55, 56 y 57 restringe la deducción de pérdidas de ejercicios anteriores incurridas por las sociedades que intervinieron en la fusión.

El último párrafo del artículo 55 dispone que el derecho a deducir pérdidas de ejercicios anteriores es personal del contribuyente que las sufre y no puede ser transmitido a otra persona ni como consecuencia de fusión.

De lo anterior, resulta que en la fusión se pierde la deducción de pérdidas de ejercicios anteriores incurridas por las sociedades que desaparecen en ella, pues no pueden transmitir su derecho a deducirlas a la sociedad que subsiste o surge con motivo de la fusión.

El artículo 56 dispone que no se disminuirá la pérdida fiscal o parte de ella, provenga de fusión o liquidación de sociedades, en las que el contribuyente sea socio o accionista.

En la anterior disposición se regula el efecto opuesto al ingreso por fusión, ya analizado, estableciéndose que en el caso de que el accionista de una sociedad fusionada sufra una pérdida como consecuencia de la fusión, no podrá

amortizarla; criterio que como señala el maestro López Padilla (91) es incongruente e injusto, pues si se obtienen ganancias por fusión, éstas son acumulables y pagan impuestos, pero si al contrario el contribuyente sufre pérdida, no puede amortizar dichas pérdidas, lo cual es inequitativo.

Igualmente esta disposición se refiere a las pérdidas en fusión sufridas por los socios o accionistas de las sociedades que intervienen en la fusión, que como hemos dicho con anterioridad, no pueden darse. Además, esta disposición resulta reiterativa, pues la misma ley en la fracción XVII de su artículo 25 prohíbe la deducción de tales pérdidas.

Si bien la fracción XVII del artículo 25 de la Ley se refiere a las pérdidas en fusión sufridas por los socios o accionistas en el ejercicio en el cual se lleva a cabo la fusión y el artículo 56 se refiere a las pérdidas en fusión sufridas por ellos mismos en ejercicios anteriores, consideramos que el artículo 56 es repetitivo porque al no ser deducible en el ejercicio en el cual se efectúa la fusión, tampoco lo son en ejercicios posteriores.

Independientemente de lo anterior, consideramos que tanto la disposición contenida en el artículo 25 fracción XVII como la disposición contenida en el artículo 56 resultan inaplicables, porque como hemos dicho con anterioridad no puede haber pérdidas fiscales en fusión para los socios o accionistas de las sociedades que intervienen en ella, ya que

91 López Padilla Agustín. Exposición Práctica y Comentarios a la Ley del Impuesto Sobre la Renta, Dofiscal Editores, Tomo I, México 1993, Pág. 157

se trata de un fenómeno de secesión universal de bienes, derechos y obligaciones en el cual los socios o accionistas de dichas sociedades mantienen el costo fiscal de su inversión en ellas sin modificación alguna.

Por último, la Ley del Impuesto Sobre la Renta en su artículo 57 dispone que en los casos de fusión, la sociedad fusionante solo puede deducir sus pérdidas de ejercicios anteriores pendientes de deducción al momento de la fusión contra utilidades fiscales correspondientes a la explotación de los mismos giros en los que se produjeron las pérdidas.

Con la disposición del artículo 57 mencionada en el párrafo anterior y la disposición contenida en el artículo 55 que prohíbe la transmisión de pérdidas de las sociedades fusionadas a la sociedad fusionante se pretende evitar la deducción de pérdidas incurridas por unas sociedades contra las utilidades generadas por otras sociedades utilizando para ello la fusión.

III.2.2.7.- Cuenta de Capital de Aportación.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta en el último párrafo de la fracción II de su artículo 120 dispone que el saldo de la cuenta de capital de aportación puede transmitirse a otra sociedad mediante fusión.

Conforme a lo anterior, el saldo de las cuentas de capital de aportación de las sociedades fusionadas pasa a formar parte del saldo de la cuenta de capital de aportación de la sociedad fusionante.

Lo anterior trae como resultado que con motivo de la fusión se incrementa el saldo de la cuenta de aportación de la sociedad fusionante con la suma de los saldos de las cuentas de aportación de las sociedades fusionadas, lo cual es correcto en el caso de fusiones de sociedades que no son accionistas entre ellas.

III.2.2.8. Cuenta de Utilidad Fiscal Neta.

La Ley del Impuesto Sobre la Renta en el último párrafo de su artículo 124 dispone que el saldo de la cuenta de utilidad fiscal neta puede transmitirse a otra sociedad mediante fusión.

Conforme a la disposición anterior, el saldo de las cuentas de utilidad fiscal neta de las sociedades fusionadas pasa a formar parte del saldo de la cuenta de la sociedad fusionante como consecuencia de la fusión.

Lo anterior trae como resultado que con motivo de la fusión se incrementa el saldo de la cuenta de utilidad fiscal neta de la sociedad fusionante con la suma de los saldos de las cuentas de utilidad fiscal neta de las sociedades fusionadas, lo cual es correcto en cualquier fusión, pues cada una de las sociedades que intervienen en la fusión, ha integrado en lo individual el saldo de su cuenta de utilidad fiscal neta con las utilidades obtenidas y los dividendos percibidos por ella, disminuyendo de dicha cuenta los dividendos distribuidos a sus socios o accionistas por ella misma.

III.2.2.9. Reducción de Capital.

En la Ley del Impuesto Sobre la Renta existen dos disposiciones contenidas en el penúltimo párrafo de la fracción II de su artículo 120 y en el penúltimo párrafo de su artículo 121 que pretenden gravar a las sociedades que intervienen en una fusión con el impuesto correspondiente a utilidades distribuidas a accionistas en reducciones de capital.

Las dos disposiciones son prácticamente idénticas y dicen que en el caso de fusión de sociedades no será aplicable lo dispuesto en la fracción II del artículo 120 y en el artículo 121 de la ley con respecto a las utilidades distribuidas sujetas al pago del impuesto que pueden resultar como consecuencia de reembolsos a accionistas en reducciones de capital de sociedades, siempre que el capital de la sociedad que subsista o surja sea igual al que tenían las sociedades fusionadas y las acciones que se emitan como consecuencia de la fusión sean canjeadas a los mismos accionistas de estas últimas.

De lo anterior, resulta que en la fusión de sociedades puede haber pago de impuesto sobre la renta por concepto de utilidades distribuidas a accionistas en reducción de capital, cuando el capital de la sociedad fusionante, ya sea nueva o subsistente, no sea igual al que tenían las sociedades fusionadas y las acciones que se emitan como consecuencia de la fusión no sean canjeadas a los mismos accionistas de las sociedades fusionadas.

Lo anterior demuestra un desconocimiento total de legislador de la figura de la fusión de sociedades porque en ella no puede haber distribución de utilidades de las sociedades que intervienen en la fusión a sus accionistas y la sociedad fusionante termina por lo general con un capital que no es igual al de las sociedades fusionadas, salvo que se trate de fusiones en las que surge una nueva sociedad realizadas por sociedades que no son accionistas entre ellas.

Para que haya distribución de utilidades de sociedades a sus accionistas en reducciones de capital se requiere que éstas les reembolsen a ellos parte de su patrimonio, cosa que no sucede en la fusión de sociedades porque sus accionistas nada reciben de ellas.

La fusión de sociedades solo origina un canje de acciones para los accionistas de las sociedades fusionadas que reciben acciones de la sociedad fusionante a cambio de sus acciones de aquellas, aunque esto solo ocurre en el caso de accionistas de las sociedades fusionadas distintos de las sociedades que intervienen en la fusión.

Los accionistas de la sociedad fusionante conservan sus acciones de ella y las sociedades que intervienen en la fusión que son accionistas entre sí pierden sus acciones de ellas sin recibir nada a cambio.

Por lo anterior, podemos decir que los accionistas de las sociedades que intervienen en la fusión nada reciben de ellas, sino que algunos de ellos simplemente canjean sus acciones de las sociedades que desaparecen por acciones de la sociedad que subsiste o surge de la fusión.

El pretender gravar a la fusión de sociedades con el impuesto correspondiente a utilidades distribuidas en reducciones de capital resulta absurdo porque en la fusión de sociedades no hay utilidades distribuidas mediante reembolsos a los accionistas de ellas que es el objeto gravado por la Ley del Impuesto Sobre la Renta en sus artículos 120 fracción II y 121.

Por otra parte, el capital de la sociedad fusionante se integra con su propio capital más el de las sociedades fusionadas en ella menos el capital correspondiente a las acciones de las sociedades que intervienen en la fusión propiedad de ellas entre sí, que se cancelan como consecuencia de la fusión y por lo tanto, no puede ser igual al capital de las sociedades fusionadas como pretende la ley, salvo que se trate como hemos dicho con anterioridad, de una fusión en la que surja una nueva sociedad realizada por sociedades que no son accionistas entre sí.

Por lo anterior, consideramos que deberían desaparecer de la Ley del Impuesto Sobre la Renta las disposiciones contenidas en sus artículos 120 y 121 que consideran a la fusión como una reducción de capital en la cual puede haber utilidades distribuidas sujetas a pago de este impuesto si no se cumplen los requisitos que las mismas establecen, pues como hemos dicho con anterioridad, en la fusión de sociedades no hay utilidades distribuidas por ellas a sus accionistas. (92)

III.2.2.10.- Deducción de Inversiones (Depreciación y Amortización).

Artículo 46 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.- La deducción de las inversiones se sujetará a las reglas siguientes:

Fracción IV.- En el caso de bienes adquiridos por fusión o escisión, los valores sujetos a deducción no deberán ser superiores a los valores pendientes de deducir en la sociedad fusionada o escidente.

Lo anterior obliga a que en caso de fusión de sociedades, los activos se transmitan a valor contable y fiscal y no al de mercado, a fin de que la sociedad que personalice la fusión, no goce de mayores beneficios de los que hereda de las fusionadas..

III.2.2.11.- Depreciación de Inversiones.

Artículo 41, tercer párrafo.- Cuando los bienes se adquirieran con motivo de fusión o escisión, se considerará como fecha de adquisición, la que le correspondió a la fusionada o escidente.

Artículo 41 Cuarto párrafo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.- El contribuyente podrá aplicar porcentos menores a los autorizados por esta ley. En este caso el porcentaje elegido será obligatorio y únicamente se podrá cambiar sin exceder del máximo autorizado. Tratándose del segundo y posteriores cambios deberán transcurrir cuando menos cinco años desde el último cambio, cuando el cambio se

quiera realizar antes de que transcurran los cinco años, se deberá cumplir con los requisitos que establezca el reglamento de esta ley.

El que a su vez establece en el artículo 43:

Artículo 43 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.- El por ciento de deducción de inversiones a que se refiere el artículo 41 de la ley, podrá cambiarse una sola vez en cada período de cinco años para cada bien de que se trate. Cuando no hubieran transcurrido cinco años como mínimo desde el último cambio, podrá cambiarse nuevamente por una sola vez, siempre que se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 10 de este reglamento, o bien, cuando el contribuyente no haya incurrido en pérdida fiscal en el ejercicio en el cual efectúa el cambio o en cualquiera de los últimos tres anteriores a éste.

Este cambio se permite a la fusionante por fusión de sociedades, en términos de la fracción I del artículo 10 del Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

III.2.2.12.- Monto Original de Terrenos.

Respecto al punto del monto original de los terrenos y otros bienes que incrementan su valor con el paso del tiempo, el artículo 18 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta señala:

En el caso de bienes adquiridos con motivo de la fusión o escisión de sociedades, se considerará como monto original de la inversión, el valor de su

adquisición por la sociedad fusionada o escidente y como fecha de adquisición, la que les hubiese correspondido a estas últimas.

Es claro que en el presente caso se recoge el fenómeno de causahabencia para las fusionantes de manera que adquieren los derechos respecto de monto original y antigüedad de los bienes adquiridos por fusión.

III.1.1.13.- Enajenaciones a Plazo.

Artículo 16, fracción III de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.- Tratándose de la obtención de ingresos provenientes de contratos de arrendamiento financiero, así como de la prestación de servicios en los que se pacte que la contraprestación se devengue periódicamente, los contribuyentes podrán optar por considerar como ingreso obtenido en el ejercicio el total del precio pactado o bien solamente la parte del precio exigible durante el mismo.

En el caso de enajenaciones a plazo en los términos del Código Fiscal de la Federación, los contribuyentes podrán optar por considerar como ingreso obtenido en el ejercicio el total del precio pactado, o bien, solamente la parte del precio cobrado durante el mismo.

La opción a que se refieren los dos párrafos anteriores se deberá ejercer por la totalidad de las enajenaciones o contratos. La opción podrá cambiarse sin requisitos una sola vez; tratándose del segundo y posteriores cambios deberán transcurrir cuando menos cinco años desde el último cambio, cuando el cambio se quiera realizar antes de

que transcurran los cinco años, se deberá cumplir con los requisitos y condiciones que establezca el reglamento de esta ley.

El reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta a su vez establece:

Artículo 10 del RLISR.- Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 16, fracción III, tercer párrafo de la ley, el contribuyente podrá cambiar la opción a que se refiere dicho párrafo por una sola vez antes de que transcurran cinco años como mínimo desde el último cambio, siempre que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos:

I.- Cuando fusione a otra sociedad.

Las anteriores disposiciones permiten que la fusionante, como consecuencia de la fusión, modifique la opción a que se refiere el artículo 16 fracción III de la Ley cuando realice operaciones de enajenación a plazos o reciba ingresos por contratos de arrendamiento financiero, o bien, cuando reciba iguales.

III.1.1.14.- Declaración del ejercicio.

El artículo 58 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta en su fracción VIII establece:

"Presentar declaración en la que se determine el resultado fiscal del ejercicio y el monto del impuesto de éste, ante las oficinas autorizadas

dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que termine dicho ejercicio, En dicha declaración también se determinarán la unidad fiscal y el monto que corresponde a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.

En el caso de fusión de sociedades, la sociedad que subsista o la que surja con motivo de la fusión, presentará la declaración de la sociedad o sociedades que desaparezcan."

La obligación sostenida en esta disposición es bastante clara y prevé el efecto en tratándose de la figura de la fusión de sociedades.

III.2.2.15.- Cierre anticipado del ejercicio.

Artículo 7-E RLISR.- Cuando por fusión, escisión o liquidación, los contribuyentes anticipen la fecha de terminación de su ejercicio, determinarán los ajustes a los pagos provisionales previstos en la fracción tercera del artículo 12-A, conforme a lo siguiente:

I. Cuando la Fecha de terminación ocurra a más tardar el séptimo mes del ejercicio, solamente ajustarán el impuesto a los pagos provisionales en el último mes del mismo ejercicio, excepto si presentan la declaración del ejercicio a más tardar en la fecha en que deba presentar la declaración por el ajuste de referencia.

II. Cuando la fecha de terminación ocurra después del séptimo mes del ejercicio, ajustarán el impuesto correspondiente a los pagos provisionales en el séptimo mes del ejercicio y en el último mes del mismo considerando los ingresos obtenidos y las deducciones autorizadas a que se refiere la fracción III del artículo 12-A de la ley, correspondientes al periodo comprendido desde el inicio del ejercicio hasta el último día del sexto mes del mismo y hasta el último día del penúltimo mes de dicho ejercicio.

En ejercicios irregulares menores a siete meses no se efectuarán los ajustes a los pagos provisionales.

Es importante comentar que la presente disposición supone que como consecuencia de la fusión de sociedades se anticipará el cierre del ejercicio de las fusiones y por tal motivo estas deberán calcular anticipadamente los ajustes a sus pagos provisionales.

III.2.3.- Ley del Impuesto al Activo.

El impuesto al activo es complementario del impuesto sobre la renta y opera como un impuesto mínimo que debe pagarse sobre el valor de los activos en ejercicios en los cuales no se pague impuesto sobre la renta o este impuesto sea inferior a aquel, cubriéndose en este último caso sólo por la diferencia entre ambos.

El impuesto al activo pagado actualizado por inflación, es recuperable en los cinco ejercicios posteriores a aquel en que se pagó mediante su devolución hasta por exceso del impuesto sobre la renta pagado sobre el impuesto al activo causado en dichos ejercicios.

En materia de fusión de sociedades se plantea un problema interesante para efectos del impuesto al activo, pues dependiendo del tipo de fusión, serán los efectos que se presenten; así tenemos que tratándose de la fusión por absorción, el problema es relativamente fácil de solucionar, pues la sociedad fusionante incrementará su activo o pasivo con aquellos activos o deudas que adquiriera como consecuencia de la fusión, los que incidirán en la base gravable sobre la cual cubrirá sus impuestos.

El problema se presenta en la fusión por integración, en donde surgirá una nueva sociedad que nace a la vida jurídica al momento de la fusión. Esta sociedad si bien jurídicamente hablando es nueva, también es cierto que tiene un pasado y que este pasado es el que correspondió a las sociedades fusionadas, este criterio es adoptado en los supuestos del penúltimo párrafo del artículo 6 de la ley de la materia que establece:

"No se pagará el impuesto por el periodo preoperativo, ni por los ejercicios de inicio de actividades, los dos siguientes y el de liquidación, salvo cuando este último dure más de dos años. Lo dispuesto en este párrafo no es aplicable a los ejercicios posteriores a fusión, transformación de sociedades o traspaso de

negociaciones, ni a los contribuyentes que inicien actividades con motivo de la escisión de sociedades".

Por su parte en el caso de pagos provisionales del ejercicio siguiente al de la fusión, el artículo 7 de la ley señala:

"El pago provisional mensual se determinará dividiendo entre doce el impuesto actualizado que correspondió al ejercicio inmediato anterior, multiplicando el resultado por el número de meses comprendidos desde el inicio del ejercicio hasta el mes siguiente al que se refiere el pago, pudiendo acreditarse contra el impuesto a pagar los pagos provisionales del ejercicio por el que se paga el impuesto, efectuados con anterioridad".

De ello se desprende que debemos tomar los datos del ejercicio inmediato anterior y en el caso de la fusión por integración, la pregunta obvia es, el impuesto de cual de las fusionadas debemos considerar, pues las dos son antecesoras de la nueva sociedad.

III.2.3.1.- Impuesto al Activo Pagado por las Sociedades fusionadas.

La ley del Impuesto al Activo en el último párrafo de su artículo 9 dispone que el derecho al acreditamiento de impuesto sobre la renta contra impuesto al activo y el derecho a la devolución del impuesto al activo pagado son

personales del contribuyente y no pueden ser transmitidos a otra persona ni como consecuencia de fusión.

De lo anterior resulta que el impuesto al activo pagado por las sociedades fusionadas se pierde con la fusión.

Partiendo del principio de que la fusión es un fenómeno de sucesión universal entre sociedades, resulta absurdo que un impuesto pagado por las sociedades fusionadas que tienen derecho a recuperar en el futuro, se pierda como consecuencia de la fusión.

Entendemos la prohibición de traspasar pérdidas de ejercicios anteriores de las sociedades fusionadas a la sociedad fusionante, más no así la de traspasar el derecho de recuperar el impuesto al activo pagado por ellas, porque se trata de un impuesto ya pagado.

Las pérdidas de ejercicios anteriores disminuyen utilidades de ejercicios posteriores y consecuentemente el impuesto sobre la renta correspondiente a dichas utilidades, por lo que resulta entendible que no se quiera que las pérdidas incurridas por una sociedad sean deducibles posteriormente por otra sociedad vía la fusión de ellas, pues esto se presta a manipulaciones que podrían traer como consecuencia una pérdida en la recaudación del impuesto sobre la renta del futuro.

En cambio, el derecho a la devolución del impuesto al activo se origina por el pago de este impuesto, por lo que el prohibir el traspaso de este derecho de la sociedad que pagó dicho impuesto a otra sociedad a través de la fusión de

ellas, implica el desconocimiento de un impuesto ya pagado y puede dar como resultado un doble pago de impuestos al no ser recuperable el mismo.

En la fusión pasan los activos de la sociedad fusionada a formar parte de los activos de la sociedad fusionante incrementando la base gravable del impuesto al activo de esta última, por lo que también debería pasar a ella el derecho a recuperar el impuesto pagado por la sociedad fusionada, ya que dichos activos han sido y seguirán siendo objeto del impuesto al activo y no puede desconocerse el impuesto ya pagado por ellos.

Además, el que se pierda en la fusión tanto las pérdidas en ejercicios anteriores de la sociedad fusionada como el impuesto al activo pagado por ella, representa un costo fiscal excesivo, pues este costo es igual a la suma del impuesto sobre la renta que se dejaría de pagar al disminuir dichas pérdidas más el impuesto al activo pagado por la sociedad fusionada.

Por todo lo anterior, consideramos que en la fusión de sociedades junto con los activos de la sociedad fusionada debería pasar a la sociedad fusionante el derecho a recuperar el impuesto al activo pagado por esos activos por la sociedad fusionada y en consecuencia, debería desaparecer de la Ley del Impuesto al Activo la disposición que actualmente lo prohíbe.(93)

111.2.3.2.- Valor de Bienes Adquiridos por Fusión.

La ley del impuesto al Activo es omisa en cuanto al valor que debe asignarse a los bienes adquiridos por fusión para efectos del cálculo de este impuesto.

Por la íntima relación que guarda este impuesto con el impuesto sobre la renta se les ha asignado a los bienes adquiridos por fusión para efectos del impuesto al activo el valor que resulta de seguir con los mismos criterios establecidos por la Ley del Impuesto Sobre la Renta en relación a dichos bienes pero no existe disposición alguna en la Ley del Impuesto al Activo al respecto, por lo que sería necesario que se incorpore a ella una disposición relativa.

Así a los bienes adquiridos en fusiones donde no hay enajenación se les ha dado el mismo valor que tenían las sociedades fusionadas, considerando como fecha de adquisición de ellos lo que tenían dichas sociedades y a los bienes adquiridos en fusiones donde sí hay enajenación se les daría el valor correspondiente a dicha enajenación considerando como fecha de adquisición de estos bienes la de la fusión.

Al igual que en las demás leyes fiscales, la Ley del Impuesto al Activo no contempla la forma de cubrir el impuesto que pudiera resultar de considerar que no hubo enajenación en la fusión y posteriormente resultara que sí la hubo por no haberse cumplido el requisito de permanencia accionaria.

III.2.4.- Ley del Impuesto al Valor Agregado

En la fusión de sociedades sólo se causa el impuesto al valor agregado cuando en ella hay enajenación de

bienes en los términos del Código Fiscal de la Federación, o sea cuando los accionistas propietarios de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto de la sociedad fusionante, sea nueva o subsistente, las enajenan antes de que transcurra un año contado a partir de la fusión.

Quienes causarían el impuesto al valor agregado en la fusión en caso de haber enajenación de bienes en ella, serían las sociedades fusionadas, cuyos bienes pasan a ser propiedad de la sociedad fusionante.

El que sean las sociedades fusionadas las causantes del impuesto y sus bienes pasen a la sociedad fusionante sin que haya documentación de traslado de ellos expedida por dichas sociedades, presenta serios problemas sobre todo en el caso en el cual se considera que no hay enajenación en la fusión y posteriormente resulta que sí la hubo por no cumplirse el requisito de permanencia accionaria, pues las sociedades fusionadas desaparecen en la fusión.

III.2.4.1.- Traslado del Impuesto.

Al causarse el impuesto al valor agregado en la fusión por haber enajenación de bienes en ella, la sociedad fusionante como adquirente de dichos bienes tiene en principio el derecho a acreditar dicho impuesto.

Sin embargo, como en la fusión las sociedades fusionadas no emiten comprobante alguno por sus bienes que pasan a ser propiedad de la sociedad fusionante, no se cumple uno de los requisitos para que esta última pueda acreditar el impuesto causado por aquellas en la fusión.

Lo anterior presenta un serio problema, pues la falta de un requisito formal como lo es el traslado expreso y por separado del impuesto en un comprobante expedido por el enajenante, puede traer como resultado para la sociedad fusionante que no sea acreditable para ella el impuesto causado por las sociedades fusionadas en la fusión.

Además, la falta de comprobante expedido por las sociedades fusionadas también pone en peligro en la sociedad fusionante la deducción de los bienes adquiridos de ellas para efectos del impuesto sobre la renta.

III.2.4.2.- Impuesto Acreditable de las sociedades Fusionadas.

Un punto que merece un comentario especial es el segundo párrafo de la fracción III del artículo 4 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado que establece:

Artículo 4 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.- El derecho al acreditamiento es personal para los contribuyentes de este impuesto y no podrá ser transmitido por acto entre vivos, excepto tratándose de fusión de sociedades.

Al respecto cabe señalar que acreditar según el primer párrafo del mencionado artículo 4 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, consiste en restar el impuesto acreditable de la cantidad que resulte de aplicar a los valores señalados en la Ley del Impuesto al Valor Agregado, la tasa que corresponda según el caso (impuesto a cargo). Se

entiende por impuesto acreditable un monto equivalente al del impuesto al valor agregado que hubiera sido trasladado al contribuyente y el propio impuesto que él hubiere pagado con motivo de la importación de bienes y servicios, en el mes o en el ejercicio al que corresponde, siempre que se refiera a bienes o servicios indispensables y le haya sido trasladado expresamente y por separado; ello como requisito básico para ser acreditable.

Conforme al artículo 5 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, el impuesto se causa por ejercicios, con la obligación de efectuar pagos provisionales en los mismos periodos establecidos para el Impuesto Sobre la Renta y el impuesto acreditable debe aplicarse en el ejercicio en que fue trasladado. Si al existir una fusión de sociedades, las fusionadas anticipan el cierre de su ejercicio fiscal lo que las obliga a realizar y presentar la declaración correspondiente, realizando los cálculos respectivos a efecto de determinar el impuesto a cargo y el acreditable a dicho ejercicio, cuya diferencia menos los pagos provisionales así como los hechos por importaciones de bienes tangibles en términos del artículo 14 del reglamento de la Ley del IVA, arrojará el impuesto del ejercicio, que podrá ser un saldo a favor o a cargo. Así pues, si el acreditamiento se realiza en que el impuesto es trasladado y al existir una fusión, las fusionadas cierran sus ejercicios anticipadamente, es un absurdo hablar de que el derecho de acreditamiento puede transmitirse por fusión de sociedades, pues lo que se hereda o es un saldo a favor o un saldo a cargo, cuyo monto se obtuvo de la aplicación previa del impuesto acreditable.

La excepción podría encontrarse en el artículo 6 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado que establece:

Artículo 6 LIVA.- Cuando la declaración de pago provisional resulte saldo a favor, el contribuyente podrá acreditarlo contra el impuesto a su cargo que le corresponda en los meses siguientes hasta agotarlo o solicitar su devolución, siempre que en este último caso sea sobre el total de saldo a favor.

Si en la declaración del ejercicio el contribuyente tuviera cantidades a su favor, podrá acreditarlas en declaraciones posteriores o solicitar su devolución total.

Los saldos cuya devolución se solicite no podrá acreditarse en declaraciones posteriores.

Considera el maestro Gómez Coteró (94) que aquí el legislador incurre en un error, ya que confunde el acreditamiento cuya naturaleza está perfectamente determinada en el artículo 4 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, con la figura de la compensación de cantidades a favor, descrita en el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación; por tanto, esta excepción a la sucesión del derecho de acreditamiento por fusión, no es tal, ya que se trata más bien de un derecho a la compensación de un saldo a favor.

Para apoyar esta afirmación considero importante analizar la diferencia que existe entre acreditamiento y compensación; el primero consiste en restar al impuesto que el causante repercutió a el que le repercutieron, a fin de obtener el impuesto causado, el que es completamente distinto al impuesto acreditable.

Esta distinción entre el impuesto acreditable y el impuesto del contribuyente está reconocido en la exposición de motivos de la "iniciativa de la ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones en materia fiscal para 1988" cuando en el texto de la misma señala (95): "Por otra parte se mejora la redacción del artículo 4, para dejar en claro que el impuesto acreditable es una cantidad equivalente al impuesto trasladado y no el impuesto mismo;" derivado de ello se deduce que el impuesto del causante será la diferencia entre el impuesto que él trasladó y el que trasladaron o pagó con motivo de la importación de bienes y servicios.

Cabe hacer mención que no todo impuesto es acreditable, sino que para serlo, debe básicamente cubrir dos requisitos que son: El que haya sido pagado con relación a bienes o servicios estrictamente indispensables para la realización de sus actividades y que se haya trasladado expresamente y por separado.

95 Citado por Domínguez Mota Enrique, Lomelín Martínez Arturo y Domínguez Mota Luis. Ley y Reglamento Comentados a la Ley del Impuesto al Valor Agregado, México, Dofiscal Editores, 1980, Pág. 4-1

Consecuentemente se concluye que el acreditamiento es un procedimiento para determinar el impuesto causado por el contribuyente.

Por otro lado tenemos a la compensación, la que consiste en restar a un saldo a cargo un saldo a favor; pero estos saldos son siempre impuestos ya determinados, mientras que el acreditamiento es un procedimiento para determinar un impuesto, lo que muestra que hay una clara diferencia entre ambas figuras jurídicas.

Estoy de acuerdo con la intención del legislador en permitir a la sociedad que personalice la fusión, en su carácter de sucesora de las fusionadas, aprovechar los saldos a favor generados por éstas, pero creo que debe designarse a cada figura fiscal correctamente, por lo que sugiero que se sustituya en el artículo 6 LIVA, la palabra "acreditamiento" por la de "compensación" que es la que corresponde a la naturaleza de la figura que el legislador quiso regular.(96)

III.2.5.- Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios.

Esta ley tiene idéntico tratamiento a la Ley de Impuesto al Valor Agregado, por lo que resulta un absurdo al igual que en la primera disposición hablar de que puede transmitirse el derecho de acreditamiento, sino que debe aplicarse por las fusionadas en el ejercicio en que se trasladó y como consecuencia de su aplicación podrá obtenerse un saldo a cargo o a favor heredándose a la sociedad que personalice la fusión la obligación de cubrir el saldo a

cargo o el derecho a compensar el saldo a favor, según sea el caso.

Por otro lado, considero que en el artículo 5o. de este ordenamiento al igual que en la Ley del Impuesto al Valor Agregado, el legislador confunde la figura del acreditamiento descrita en el artículo 4o. de LIESPS, con la figura de la compensación de saldos a favor a que se refiere el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación, por lo que sugiero que la palabra "acreditamiento" sea sustituida por la palabra "compensación", con el objeto de designar correctamente la figura regulada.

III.2.6.- Ley del Impuesto Sobre Adquisición de Inmuebles.

Artículo 1o.- Están obligados al pago del impuesto sobre adquisición de inmuebles establecido en esta ley, las personas físicas o morales que adquieran inmuebles que consistan en el suelo o en el suelo y construcción adheridas a él, ubicadas en territorio nacional, así como los derechos relacionados con los mismos a que esta ley se refiere. El impuesto se calculará aplicando la tasa del 2% al valor del inmueble.

Artículo 3o.- Para los efectos de esta ley se entiende por adquisición la que derive de:

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

Artículo 40., tercer párrafo.- Cuando no se pague precio, el impuesto se calculará con base en el avalúo que practique la persona autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público...

De lo anterior se concluye que en toda fusión de sociedades en la que la sociedad que personalice la fusión adquiera un inmueble que perteneciera a las fusionadas, deberá cubrir por tal adquisición el impuesto sobre adquisición de inmuebles correspondiente, cuya base se determinará mediante avalúo practicado por persona autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

III.2.7.- Ley del Impuesto Sobre Erogaciones por Remuneración al Trabajo Personal Prestado bajo la Dirección y Dependencia de un Patrón.

La mencionada ley establece:

Las personas físicas y morales que hagan pagos por concepto de remuneraciones al trabajo personal prestado bajo su dirección y dependencia, causarán el impuesto a que se refiere este artículo, con la cuota del 1% que se aplicará sobre el monto total de los pagos que efectúen, aun cuando no excedan del salario mínimo.

El impuesto se enterará en efectivo, mediante declaración que presentarán los contribuyentes en las oficinas autorizadas en el mismo plazo previsto por la Ley del Impuesto Sobre la Renta

para realizar el entero de las retenciones que efectúen en materia de este último impuesto por las remuneraciones que cubran por la prestación de servicios personales subordinados.

De lo anterior se deduce que el presente impuesto se causa mensualmente y que en caso de fusión de sociedades, la fusionante o la que resulte de la fusión, al suceder a las fusionadas en sus obligaciones, deberá realizar el entero correspondiente al último mes de actividades de éstas.

Por otro lado también es de mencionarse que la fusionante al realizar el entero del mes siguiente a la fusión, aumentará el monto a cubrir, como consecuencia del incremento en su nómina por la incorporación de los trabajadores de las sociedades fusionadas.

CAPITULO IV FUSION VERTICAL

IV.1.- Concepto.

Cuando estudiamos los sistemas de fusión a la luz de la doctrina tradicional, quedó establecido que existen dos modos de llevarse a cabo la fusión, esto es, por absorción o por formación de una nueva sociedad.

Ahora bien, los estudiosos en materia financiera, han incorporado dentro de estos sistemas dos formas de llevar a cabo la fusión, esto es, horizontal o vertical y a su vez, la fusión vertical puede ser ascendente o descendente.

La fusión horizontal se da con sociedades que no tienen relación accionaria directa entre ellas mismas, o sea que no poseen acciones de la otra o de las demás.

En la fusión horizontal los patrimonios de las sociedades que desaparecen se incorporan a la sociedad que subsiste incrementando el patrimonio de esta última por el importe de aquellos y originando nuevas acciones por ese incremento en favor de los accionistas de las sociedades que desaparecen.

Los accionistas de la sociedad fusionante en una fusión horizontal continúan siendo accionistas de ella, pero pierden participación en su capital por las acciones emitidas a favor de los accionistas de las sociedades fusionadas como consecuencia del incremento patrimonial originado por dicha fusión.

La fusión vertical se da con sociedades que tienen relación accionaria directa importante entre sí, y esta fusión puede ser ascendente o descendente como hemos dicho con anterioridad.

La fusión vertical ascendente es aquella en la cual subsiste la sociedad que es accionista mayoritaria de la sociedad o sociedades que desaparecen en ella.

En la fusión vertical ascendente se incorporan a la sociedad que subsiste los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades que desaparecen pero el patrimonio de la sociedad que subsiste sólo se incrementó por la participación minoritaria de terceros en las sociedades fusionadas, convirtiéndose dichos terceros en accionistas de ella.

Los accionistas de la sociedad que subsiste conservan sus acciones de esta sociedad pero pierden participación en su capital por las acciones emitidas a favor de los terceros con participación minoritaria en las sociedades fusionadas.

Las acciones de las sociedades que desaparecen propiedad de la sociedad que subsiste se extinguen en la fusión y no dan lugar a la emisión de nuevas acciones de la sociedad que subsiste.

La fusión vertical descendente es aquella en la cual subsiste la sociedad cuyas acciones eran mayoritariamente poseídas por la sociedad o sociedades que desaparecen en ella.

En la fusión vertical descendente se incorporan a la sociedad que subsiste los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades que desaparecen, salvo las acciones de la propia sociedad subsistente propiedad de esas sociedades que pasan directamente a manos de los accionistas de dichas sociedades en canje de sus acciones de estas últimas que se extinguen como consecuencia de la fusión.

Este tipo de fusión puede originar un incremento o un decremento en el patrimonio de la sociedad que subsiste, dependiendo de los patrimonios de las sociedades fusionadas y de su participación accionaria en la sociedad que subsiste.

Si el importe del patrimonio de la sociedad o sociedades que desaparecen en la fusión es superior a la parte del patrimonio de la sociedad que subsiste correspondiente a las acciones de esta sociedad propiedad de aquellas, se verá incrementado el patrimonio de la sociedad que subsiste por la diferencia como consecuencia de la fusión, sin que necesariamente tengan que emitirse nuevas acciones por ello.

Si por el contrario el importe del patrimonio de la sociedad o sociedades que desaparecen en la fusión es inferior a la parte del patrimonio de la sociedad que subsiste correspondiente a las acciones de esta sociedad propiedad de aquellas, se verá disminuido el patrimonio de la sociedad que subsista por la diferencia como consecuencia de la fusión, provocando en algunas ocasiones que se cancelen acciones de ella.

En esos casos, pasan los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas a la sociedad fusionante, salvo las acciones de todas ellas que poseen entre sí, incrementándose el patrimonio de la fusionante únicamente por la diferencia que resulta de restar al importe de los bienes y derechos adquiridos en la fusión el importe de las obligaciones también adquiridas en la fusión y de las acciones de ellas poseídas entre sí.

Ahora bien, si retomamos la definición de fusión que señalamos en el capítulo II del presente trabajo, podremos encontrar algunas diferencias, o bien, situaciones que en tratándose de fusiones verticales no se realizan:

"Por fusión debe entenderse a la reunión de dos o más patrimonios o sociedades, cuyos Titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando subsiste 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 en sustitución a los que poseían".

Donde existe la diferencia esencial, es cuando se señala en la última parte de la definición que el ente (la fusionante o subsistente) está formado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquellos, en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución a los que poseían.

Como ha quedado claro, en la fusión vertical descendente, es decir, cuando la hija se come a la madre, las acciones de la sociedad que subsiste pasan a manos de los

accionistas de la sociedad que desaparece y por lo tanto, los accionistas de la sociedad que subsiste una vez consumada la fusión, no van a ser los mismos accionistas que constituían a las sociedades antes de la fusión, rompiendo con el esquema planteado en la definición.

Igualmente, en la fusión vertical ascendente, es decir, cuando la madre se come a la hija, los accionistas de la sociedad que subsiste pierden participación en el capital social de dicha sociedad, ya que las acciones que eran propiedad de la sociedad madre se extinguen en la fusión y por tanto, no existe canje de acciones como lo señala la definición.

IV.1.1.- Sociedad de Sociedades, Controladoras o Filiales.

Como quedó establecido en párrafos anteriores, la fusión vertical se da entre sociedades que tienen relación accionaria directa importante entre sí.

En un sentido amplio, se dice que una sociedad es filial de otra, cuando está sometida a la voluntad de aquélla. En un sentido restringido, solo puede hablarse de sociedad filial y de sociedad madre cuando aquélla ha sido fundada por ésta, reservándose la fundadora la totalidad o la mayoría de las acciones de la nueva sociedad. Son muy variados los motivos jurídicos y económicos que impulsan a la constitución de sociedades filiales. La sociedad filial es la forma típica de subordinación de una sociedad a otra desde el punto de vista económico. El problema de si existe o no verdadera independencia económica de una sociedad frente a

otra es un problema de hecho que habrá que resolver según las circunstancias de cada caso.

El hecho de tener una sociedad influjo decisivo sobre otra por el cauce de las participaciones financieras plantea en el terreno jurídico multitud de problemas.

Con respecto al problema de la unidad jurídica, la llamada "teoría de la identidad", pretende resolver el antagonismo entre el aspecto jurídico y el aspecto económico afirmando que la sociedad filial es más bien una apariencia jurídica y que las empresas de ambas sociedades constituyen jurídicamente una sola empresa y una sola personalidad, aunque, desde el punto de vista formal, se quiera dividir esta unidad en dos figuras jurídicas distintas. Pero esta teoría contradice la realidad. El hecho de que una sociedad posea la totalidad o la mayoría de las acciones de otra en nada perjudica a la autonomía jurídica de ambas sociedades, aunque es preciso reconocer que la íntima unión económica debe tener sus repercusiones en el campo jurídico, tanto en el aspecto interno como en el externo.

En cuanto a la posibilidad de relaciones contractuales entre ambas sociedades, puede afirmarse que la dependencia económica no se traduce en falta de independencia jurídica. Entre una y otra sociedad pueden ser concluidos contratos puede reclamarse el pago de dividendos pasivos; no procede la compensación entre los créditos y las deudas recíprocas de ambas sociedades, etc. Los contratos entre una y otra podrán ser impugnados y anulados, no por causa de simulación sino cuando el predominio de la voluntad de uno de los contratantes sobre el otro haya dado lugar a un contrato

con causa ilícita o que tenga por objeto servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

Problema importante es el de la posible comunicación de responsabilidad entre la sociedad madre y la filial. Jurídicamente no cabe negar la personalidad de ésta para todos sus actos y contratos, si se cumplieron los requisitos formales, con la consiguiente autonomía patrimonial. Esta autonomía implica la responsabilidad directa y separada de la sociedad filial por las deudas contraídas. Teóricamente, ni la sociedad madre responde de las deudas de la sociedad filial, ni ésta de las de aquélla. Por la misma razón, la quiebra de la sociedad dominante no arrastra la quiebra de la sociedad dominada. Pero en la práctica las cosas ocurren de distinta manera, y, en definitiva, la cuestión se reduce a un problema de prueba: si se demuestra que la sociedad dominada constituye una mera apariencia de sociedad (testaferro), detrás de la cual se oculta la sociedad dominante, y que esta sociedad interpuesta se utiliza para eludir el cumplimiento de contratos o para reducir la propia garantía frente a los acreedores, los Tribunales tendrían que salvar los obstáculos jurídicos formales estableciendo la comunicación de responsabilidad entre ambas sociedades.

Pero donde se muestra con mayor agudeza el problema de las sociedades filiales, dentro de las normas jurídicas de la sociedad anónima, es en la intervención de la sociedad madre en las juntas generales de la sociedad filial. El predominio social de una sociedad sobre otra, conseguido a través de la posesión de la mayoría de su capital, puede dar

lugar a acuerdos favorables para la sociedad dominante y dañosos para la sociedad dominada.

La cuestión está en decidir hasta qué punto la filial no es mas que un instrumento en manos de una organización superior, o, por el contrario, la sociedad filial es una sociedad anónima autónoma con personalidad propia y con intereses autónomos, que deben ser objeto de primordial protección.

A nuestro juicio(97), la solución tiene que ser distinta según se trate de una verdadera filial, o, por el contrario, se trate de una sociedad ya en funciones, cuyo capital ha pasado, en su mayoría, a manos de otra sociedad. En el primer caso, puede decirse que la filial no puede tener un interés propio contrapuesto al interés de la sociedad fundadora. En el segundo caso, surge realmente el conflicto de intereses, y cabe defender a la sociedad dominada contra el abuso de la mayoría por parte de la sociedad dominante, a no ser que se demuestre que, aunque en aquel asunto concreto haya un perjuicio para la sociedad dominada, en conjunto, al salir beneficiado el interés del sindicato al que pertenece esa sociedad, sale también beneficiado el interés de ésta. Pero, aun en este caso, habrá que examinar si el interés del sindicato es realmente un interés racional y económicamente ventajoso. Cuando esto no ocurra, quedarán expeditos para la minoría los recursos de defensa que el ordenamiento ofrece.

La obligación de formular el balance anual de los negocios afecta por separado a cada una de las sociedades económicamente ligadas. Sería inadmisibile la confusión de

97 Cfr. Garrigues Curso, Op. Cit. Pág. 625

los patrimonios de dos personalidades jurídicas independientes como si constituyesen una sola unidad. Pero en las legislaciones más recientes se obliga a las sociedades madre a reflejar en sus cuentas la situación de sus filiales.

IV.2.- Regulación Mercantil y Fiscal.

IV.2.1.- La regulación Mercantil.

No encontramos en la legislación precepto alguno que prohíba de manera general a una sociedad ser socia de otra u otras, por el contrario, existen diversas disposiciones que lo autorizan expresamente como por ejemplo:

- Artículo 60 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.- La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener: I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyen la sociedad...

- Artículo 18 de la Ley del Mercado de Valores.- Las casas de bolsa que no formen parte de un grupo financiero podrán, de conformidad con las disposiciones generales que en su caso expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional de Valores: I.- Adquirir con cargo a su capital global, acciones representativas del capital de almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, casas de cambio,.....

Artículo 5o de la Ley de Sociedades de Inversión.- Las personas físicas o morales que soliciten autorización para constituir una sociedad de inversión, se sujetarán a los requisitos siguientes:

La sociedad tenedora se caracteriza por tener su capital invertido en el capital de las sociedades agrupadas bajo ella.

El artículo 15 de la ley para Regular las Agrupaciones Financieras señala que el control de las asambleas generales de accionistas y de la administración de todos los integrantes de cada grupo deberá tenerlo una misma sociedad anónima controladora, la que en todo momento deberá ser titular de acciones con derecho a voto que representen cuando menos el cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada una de las integrantes del grupo de que se trate.

En el artículo 16 de esta misma ley, se precisa que el objeto de las sociedades controladoras es el adquirir acciones que emitan las integrantes del grupo y administrar a éstas, quedándole prohibido expresamente el realizar operaciones que sean propias de las entidades financieras integrantes del grupo.

Esta ley limita la existencia de las sociedades controladoras al control de capital y de administración de las entidades financieras que forman parte del grupo respectivo, prohibiéndoles como hemos visto, que se dediquen a las actividades que son propias de dichas entidades financieras. De conformidad con el artículo 16 de esta ley,

es discutible si una sociedad tenedora o controladora pudiera realizar otras actividades distintas a dichos controles, siempre y cuando no coincidieran con la propias de las entidades financieras que controla; sin embargo, para las autoridades hacendarias tal actividad de control debe ser la única que realicen estas sociedades tenedoras.

Ahora bien, entrando a la materia que ocupa el presente trabajo, podemos afirmar que no existe impedimento legal alguna para fusionar controladoras y controladas. No obstante, si la fusión implica cuando menos una sociedad anónima o una comandita por acciones, se plantean dos cuestiones:

- 1.- La que se refiere a la prohibición impuesta por el artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el sentido de que los accionistas deben abstenerse de votar en las deliberaciones de las asambleas en las que tengan por cuenta propia o ajena un interés contrario a la sociedad, y
- 2.- La que concierne a la prohibición de adquirir las propias acciones, establecida en el artículo 134 de la propia Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo que toca a la primera cuestión, nos parece que debe analizarse cada caso, pues no es posible determinar

apriorísticamente si existe un conflicto de intereses en la fusión.(98)

Respecto a la segunda cuestión, estimamos que solo pueden suscitarse dos supuesto:

- I.- La fusionada es tenedora de acciones emitidas por la fusionante, o
- II.- La fusionante es tenedora de acciones emitidas por la fusionada.

En el primer caso es evidente que la hipótesis prevista en el artículo en comento, no se actualiza si la fusionante de antemano declara que las acciones propias que le corresponderían con motivo de la fusión quedarán extinguidas al momento en que surta efectos ésta, pues en este supuesto nunca llegará a adquirirlas.

En lo que atañe al segundo caso, también es obvio que la hipótesis no se actualizará si la fusionante no emite acciones propias para canjearlas por las emitidas por la fusionada. Desde luego, ambos supuestos implican que la fusionante no aumente el capital social en la proporción correspondiente al monto de las propias acciones o de las acciones emitidas por la fusionada que recibiría como consecuencia de la fusión.

Los financieros llaman a estos procesos "despiramidación" forzosa o "neteo" de capital, los cuales

98 García Rendón, Manuel. Sociedades Mercantiles, Ed. Harla, México 1993, Pág. 522

solo tienen sentido desde el punto de vista financiero y económico cuando la fusionante controla prácticamente en su totalidad las acciones de la fusionada o, viceversa, cuando la fusionada controla la totalidad de las acciones de la fusionante. Al respecto, Frisch Philipp (99) estima que no es admisible la fusión en los dos supuestos anteriores y propone que las acciones sean enajenadas antes de la fusión.

IV.2.2.- La regulación Fiscal.

El tratamiento fiscal que tiene las fusiones verticales no difieren mucho con el que tiene las fusiones horizontales; sin embargo, existen algunas diferencias importantes que expondremos a continuación:

IV.2.2.1.- Ingresos acumulables por fusión vertical.

El artículo 17 fracción V de la Ley del Impuesto Sobre la Renta considera ingresos acumulables:

"La ganancia derivada de la enajenación de activos fijos y terrenos, títulos valor, acciones, partes sociales o certificados de aportación patrimonial emitidos por sociedades nacionales de crédito, así como la ganancia realizada que derive de fusión o escisión de sociedades y la proveniente de reducción de capital o de liquidación de sociedades mercantiles de residentes en el extranjero, en las que el contribuyente sea socio o accionista".

Esta disposición afecta a las sociedades que sean accionistas de las fusionadas, es decir, a sociedades inversionistas cuya ganancia se realice, como consecuencia de la fusión, en el momento en que le son entregadas acciones de la sociedad que personalice la fusión, cuyo valor es superior al valor de las acciones que tenía como accionista en la fusionada, la diferencia implica una ganancia que será ingreso acumulable.

El tratamiento de esta disposición parece injusto, ya que tratándose de personas físicas no lo considera ingreso en términos del artículo 95 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y para sociedades sí, lo que provoca un trato desigual para los accionistas violándose el principio de equidad al que se refiere la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, cuando estudiamos este capítulo en tratándose de fusiones horizontales dijimos que no podía haber este tipo de ganancia aunque la fusión fuera considerada fiscalmente como enajenación, ya que si hubiera ganancia por los socios accionistas de las sociedades que participan en una fusión, provendría de la enajenación de sus acciones de la sociedad fusionante, cuando realicen dicha enajenación.

Ahora bien, tratándose de ingresos de la fusionante accionista de la fusionada que implica que la fusionante tenga una inversión en las acciones de la fusionada siendo accionista de ésta y ante la imposibilidad de que el valor de sus acciones le sean entregadas por acciones de sí misma como consecuencia de la fusión, deberá sustituirse por el valor de

los activos netos que reciba, lo que implica una liquidación parcial similar a la que ocurre cuando se ejercite el derecho de retiro.

El problema que en esta situación puede presentarse, consiste en que si la diferencia entre la cantidad de activos que reciba y el costo de las acciones invertidas sea superior, en los términos del artículo 17 fracción V de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, será una utilidad para la fusionante y por tanto ingreso acumulable para ésta.

En el caso inverso, cuando la diferencia sea inferior, resultará una pérdida que no es deducible ni amortizable por provenir de fusión de sociedades en la que el contribuyente sea socio o accionista, hecho que como hemos dicho ya, resulta inoquitativo ya que si existe utilidad en la fusión, se considera ingreso acumulable pero si existe pérdida no lo puede deducir ni amortizar.

IV.2.2.2.- Consolidación.

Por reforma de este año, el artículo 57-J de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, se considera que no existe desincorporación en aquellos casos en que la controladora fusione a una controlada del mismo grupo o la controlada fusiona a la controladora:

"En el caso de fusión de sociedades, se considerará que no existe desincorporación cuando la controlada que se disuelve sea absorbida totalmente por otra u otras controladas de la misma controladora o en los

casos en que la controladora fusione a una controlada del mismo grupo o la controlada fusione la controladora".

Según la exposición de motivos, la reforma tiene como propósito el evitar que se presente doble gravamen por los ingresos provenientes de bienes y acciones de las sociedades que se fusionan, ya que éstos permanecen en el mismo grupo.

Con la reforma anterior, las sociedades no tendrán que dar el aviso a que se refiere la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

IV.2.2.3.- Cuenta de Capital de Aportación.

Como lo hemos estudiado ya en el capítulo correspondiente, la Ley del Impuesto Sobre la Renta estipula en su artículo 120 fracción II lo siguiente:

"Se consideran ingresos por utilidades distribuidas los siguientes:

Fracción II... el saldo de la cuenta de capital de aportación únicamente se podrá transmitir a otra sociedad mediante fusión o escisión. En el caso de fusión, no se tomará en cuenta el saldo de la cuenta de capital de aportación de las sociedades fusionadas, en la proporción en que las acciones de dicha sociedad que sean propiedad de las que subsistan al momento de la fusión, representen respecto del total de sus acciones ..."

En virtud de lo anterior podemos concluir que el saldo de la cuenta de capital de aportación de la sociedad fusionada, pasa a formar parte del saldo de la cuenta de capital de aportación de la sociedad fusionante, lo que trae como consecuencia que dicha cuenta se vea incrementada con motivo de la fusión.

Sin embargo, en el caso de fusiones de sociedades que son accionistas entre ellas, es decir, en una fusión vertical, la disposición del artículo 120 antes referido da lugar a un saldo en la cuenta de capital de aportación de la sociedad fusionante mayor al efectivamente aportado por las acciones de esa sociedad que resultan después de la fusión, ya que no se elimina el capital de aportación correspondiente a las acciones de las sociedades que intervienen en la fusión propiedad de ellas entre sí que se cancelan como consecuencia de la fusión sin dar lugar a nuevas acciones de la sociedad fusionante.

Por lo anterior consideramos (100) que los saldos de las cuentas de capital de aportación de las sociedades fusionadas, deben pasar a formar parte del saldo de la cuenta de aportación de la sociedad fusionante, como actualmente lo dispone el artículo 120 de la Ley en comento, pero disminuyendo del saldo de la cuenta de la sociedad fusionante el capital de aportación correspondiente a las acciones de las sociedades que participan en la fusión propiedad de ellas entre sí que se cancelan como consecuencia de la fusión, sin dar origen a nuevas acciones de la fusionante, pues de lo contrario el saldo de la cuenta de capital de aportación de

la sociedad fusionante resultará excesivo con respecto al efectivamente aportado que resulta de la fusión como sucede en la actualidad.

IV.2.2.4.- Fusión por incorporación vertical descendente.

Dadas las características tan especiales que tiene la fusión por incorporación vertical descendente, o sea aquella en la cual la sociedad propietaria de las acciones de otra sociedad se fusiona en esta última, quisimos analizar por separado sus consecuencias.

En la fusión por incorporación vertical descendente, las acciones de la sociedad fusionante pasan de la sociedad fusionada a los accionistas de esta última, cosa que no sucede en ningún otro tipo de fusión.

Además, la fusión por incorporación vertical descendente es la única fusión que puede originar una disminución en el patrimonio de la sociedad fusionante como consecuencia en sí de la fusión, cuando la sociedad fusionada tiene pasivos que fueron invertidos en el capital de la sociedad fusionante.

El que las acciones de la sociedad fusionante pasen de la sociedad fusionada a sus accionistas en la fusión por incorporación vertical descendente puede ocasionarle a la sociedad fusionada una ganancia en la enajenación de esas acciones, si no se cumple el requisito de permanencia accionaria de un año posterior a la fusión, pues hay

transmisión de propiedad de ellas de la sociedad fusionada a sus accionistas.

La ganancia en enajenación de acciones tendría que determinarse tomando en cuenta el valor que tuvieran en sí las acciones, y restando de dicho valor el costo promedio por acción que tuvieran de ellas la sociedad fusionada.

Por lo que respecta a los accionistas de la sociedad fusionada, surgen dudas en cuanto al valor en el cual adquirirían las acciones de sociedad subsistente y cuales serían sus consecuencias fiscales en caso de adquirirlas al valor de enajenación de la sociedad fusionada.

Como hay disposiciones específicas en la Ley del Impuesto sobre la Renta relativas a la adquisición de acciones con motivo de fusión que establecen que el valor de adquisición de las acciones de la sociedad fusionante es igual al costo promedio por acción de las acciones de la sociedad fusionada, sin hacer distinción alguno en cuanto si hay o no enajenación en la fusión, consideramos que esas disposiciones deben aplicarse independientemente del valor en que pudieran resultar enajenadas las acciones de la sociedad fusionante por parte de la sociedad fusionada.

Desde luego, la utilidad fiscal neta originada por la sociedad fusionada tanto por la enajenación de las acciones de la sociedad fusionante como por la enajenación de sus demás bienes, incrementaría el costo fiscal de las acciones de la sociedad fusionada y en consecuencia, el de las acciones de la sociedad fusionante canjeadas por aquéllas.

El considerar que los accionistas de la sociedad fusionada adquieren de ésta las acciones de la sociedad fusionante al valor de la enajenación de ellas por parte de la sociedad fusionada, iría en contra de las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta relativas a la adquisición de acciones con motivo de la fusión antes referidas.

Además de lo anterior, el canje de las acciones de la sociedad fusionada por acciones de la sociedad fusionante no podría considerarse como enajenación de acciones de la sociedad fusionada para los accionistas de ella porque dichas acciones se cancelan como consecuencia de la fusión y algo que ya no existe no puede ser objeto de enajenación.

Tampoco podría considerarse la entrega de las acciones de la sociedad fusionante por parte de la sociedad fusionada a sus accionistas en canje de sus acciones de esta última que ocurre en esta fusión como un reembolso de capital que diera lugar a la distribución de utilidades por parte de la sociedad fusionada a sus accionistas, porque en la fusión de sociedades no hay distribución de utilidades a los accionistas de ellas, ya que se trata de un fenómeno de sucesión universal de bienes, derechos y obligaciones entre sociedades en el cual los accionistas de las sociedades que desaparecen simplemente cambian sus acciones de éstas por acciones de la sociedad que subsiste o nace en la fusión.

Por último, el canje de acciones tampoco podría considerarse como una ganancia realizada con motivo de la fusión por los accionistas de las sociedades fusionadas, pues

no modifica sus patrimonios hasta en tanto no enajenen las acciones canjeadas.

Por lo que respecta a la disminución de capital de la sociedad fusionante que puede ocurrir en la fusión por incorporación vertical descendente como consecuencia de la transmisión de pasivos de la sociedad fusionada a la sociedad fusionante que fueron invertidos en el capital de esta última, esta disminución no puede dar lugar en la sociedad fusionante al pago del impuesto sobre la renta correspondiente a utilidades distribuidas en reducciones de capital, pues como hemos dicho con anterioridad para que se dé el pago de dicho impuesto necesariamente se requiere que el capital disminuido llegue a poder de los accionistas como reembolso de capital, cosa que no sucede en la fusión de referencia, pues la disminución se origina por la incorporación de un pasivo de la sociedad fusionada en la sociedad fusionante y no por un reembolso a los accionistas de ella.

Por último, valdría la pena hacer un ejercicio de las aplicaciones contables y corporativas de una fusión por incorporación vertical descendente, es decir, cuando la hija o subsidiaria se come a la madre o tenedora, subsistiendo la primera.

Supongamos que la integración del capital social de las sociedades que pretenden fusionarse, así como sus Balances Generales se encuentran de la siguiente manera:

CONSTRUCTORA ALCA, S.A DE C.V.

| | CLASE I | | CLASE II | |
|--|-----------|-----------|------------|-----------|
| | SERIE "A" | SERIE "B" | SERIE "A" | SERIE "B" |
| HURACA, S.A. DE C.V. LA INDIA BONITA, S.A. DE C.V. | 574,801 | 383,201 | 14'653,198 | 9'768,799 |
| | 1 | | | |

Son 25'380,000 acciones con valor nominal de N\$.10
M.N. cada una.

Capital Social: N\$2'538,000.00 M.N.

CONSTRUCTORA ALCA, S.A. DE C.V.
BALANCE GENERAL DE LA SOCIEDAD AL 31 DE DICIEMBRE DE 1994
(NUEVOS PESOS)

A C T I V O

P A S I V O

| | | |
|-------------------------------------|--|-------------------|
| CIRCULANTE 14'246,000 | CIRCULANTE | 38'030,000 |
| | INVERSION DE LOS ACCIONISTAS: | |
| | CAPITAL SOCIAL | 2'538,000 |
| | ACTUALIZACION DE CAPITAL | 23'790,000 |
| | UTILIDADES (PERDIDAS) ACUMULADAS | (27'093,000) |
| INVERSION EN ACCIONES 26'752,000 | RESULTADOS ACUMULADOS POR ACTUALIZACION | <u>3'733,000</u> |
| | TOTAL INVERSION DE LOS ACCIONISTAS | 2'968,000 |
| <u>40'998,000</u> | | <u>40'998,000</u> |

MYTSA, S.A. DE C.V.

| | CLASE I | | CLASE II | |
|------------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| | SERIE "A" | SERIE "B" | SERIE "A" | SERIE "D" |
| CONSTRUCTORA ALCA, S.A. DE C.V. | 76,500 | 73,500 | 7'815,659 | 3'717,831 |
| LA INDIA BONITA, S.A. DE C.V. | | | | 3'791,330 |

Son 15'474,820 acciones con valor nominal de N\$.10
M.N. cada una.

Capital Social: N\$1'547,482.00 M.N.

MYTSA, S.A. DE C.V.

BALANCE GENERAL DE LA SOCIEDAD AL 31 DE DICIEMBRE DE 1994

A C T I V O

P A S I V O

| | | | |
|------------------------------|-------------------|--|-------------------|
| CIRCULANTE | 23'085,000 | CIRCULANTE | 19'235,000 |
| | | INVERSION DE LOS ACCIONISTAS: | |
| | | CAPITAL SOCIAL | 1'547,482 |
| PROPIEDAD PLANTA Y EQUIPO | 18'538,000 | ACTUALIZACION DE CAPITAL | 6'514,151 |
| | | UTILIDADES ACUMULADAS | 34,289 |
| | | RESULTADOS ACUMULADOS POR ACTUALIZACION | <u>14'292,078</u> |
| | | TOTAL INVERSION DE LOS ACCIONISTAS | 22'388,000 |
| | <u>41'623,000</u> | | <u>41'623,000</u> |

Llevada a cabo la fusión, se deberán hacer las siguientes aplicaciones:

| | ALCASA | ELIMINA | MYTSA | ELIMINA | TOTAL |
|---------------------------|------------|--------------|------------|--------------|------------|
| Activo Circulante | 14'246,000 | | 23'085,000 | | 37'331,000 |
| INVERSION EN SUBSIDIARIAS | 26'752,000 | (16'902,941) | | | 9'849,059 |
| ACTIVO FIJO | | | 18'538,000 | | 18'538,000 |
| TOTAL ACTIVO | 40'998,000 | (16'902,941) | 41'623,000 | | 65'718,059 |
| PASIVO | 38'030,000 | | 19'235,000 | | 57'265,000 |
| CAPITAL SOCIAL | 2'538,000 | | 1'547,482 | (1'168,349) | 2'917,133 |
| SUPERAVIT (DEFISIT) | 430,000 | | 20'840,518 | (15'734,592) | 5'535,926 |
| CAPITAL CONTABLE | 2'968,000 | | 22'388,000 | (16'902,941) | 8'453,059 |
| T O T A L | 40'998,000 | | 41'623,000 | (16'902,941) | 65'718,059 |

Con el objeto de mantener la participación real de los accionistas en el capital contable de las sociedades que participan en la fusión, el Capital Social de la fusionante (MYTSA) será igual a la suma de los capitales contables de las dos sociedades, menos el valor contable de las 11'683,490 acciones de que es propietaria Constructora Alca, S.A. de C.V. en el capital de Mytsa, S.A. de C.V, anterior a la fusión.

En virtud de lo anterior y como consecuencia de la fusión, el Capital Social suscrito y pagado de Mytsa, S.A. de C.V., será de N\$8'453,059.00 M.N. representado por 84'530,590

acciones ordinarias, nominativas, con valor nominal de N\$.10 M.N. cada una, integrado de la siguiente manera:

MYTSA, S.A. DE C.V.

| | CLASE I | | CLASE II | |
|----------------------------------|-----------|-----------|------------|------------|
| | SERIE "A" | SERIE "B" | SERIE "A" | SERIE "B" |
| HURACA, S.A. DE C.V. | 76,500 | 73,500 | 43'034,100 | 41'346,489 |
| LA INDIA BONITA, S.A. DE C.V. | | | | 1 |

Para los efectos del intercambio de acciones, se tomará como base el valor contable por acción que tenían las acciones en sus respectivas sociedades, entregando al efecto 1.1694247438 y 14.4673734492 nuevas acciones por cada acción de que sean propietarios los accionistas de Constructora Alca, S.A. de C.V. y de Mytsa, S.A. de C.V., respectivamente, con anterioridad a la fusión.

CONCLUSIONES

Una vez concluido este trabajo y habiendo estudiado a la fusión tanto desde el punto de vista de la doctrina tradicional como desde el punto de vista económico y financiero que rodea a esta interesante figura del derecho, analizando su concepto, naturaleza jurídica, efectos, etc., así como la legislación positiva que regula a ésta, podemos concluir:

- a) La fusión de sociedades es un acto jurídico complejo por virtud del cual se reúnen dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando subsiste un titular, éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás, en ambos casos, por lo general, el ente está formado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquellos en su caso reciben nuevos títulos en sustitución a los que poseían.
- b) Se debería de empezar a hablar más a menudo de las diferencias entre una fusión horizontal y una fusión vertical, ya que, como hemos analizado, cada una de ellas tiene sus peculiaridades rompiendo con esquemas añejos de la doctrina tradicional.
- c) Que se modifique la parte final del artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, especificando claramente que únicamente se deberá publicar el sistema de extinción de pasivos cuando se acuerde el pago de las deudas a los acreedores.

- d) Que se incluya dentro del artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles el párrafo que omitió el legislador al expedir dicha ley y que proviene del Código de Comercio de 1889, para que quede claro que quiere decir "que se pacte el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse.

- e) En cuanto al derecho de separación para el socio disidente de las sociedades que se fusionan, considero que se debería dar el mismo tratamiento que en tratándose de escisiones en donde de forma expresa se preve este supuesto.

- f) La ganancia derivada de fusión de sociedades, tiene un tratamiento distinto para las personas físicas y para las sociedades mercantiles ya que estas últimas deberán considerarla como ingreso acumulable, mientras que las primeras no; ello es injusto por que produce un trato desigual para los iguales lo que además es contrario al principio tributario de equidad.

- g) Es injusto para las sociedades mercantiles el hecho de que la ganancia derivada de fusión sea acumulable y pague impuestos, mientras que en caso de pérdida no sea amortizable ni deducible.

- h) La Ley del Impuesto al Valor Agregado al igual que la del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios, confunden los conceptos de

"acreditamiento" con el de "compensación" de saldo a favor, por lo que sugiero que modifiquen las disposiciones respectivas designando adecuadamente a la figura jurídica que pretende regular.

- 1) Que se aclare en materia fiscal el supuesto de que una fusión en un principio no sea considerada enajenación y posteriormente sí, por no cumplir con el requisito de permanencia accionaria que establece el Código Fiscal de la Federación, ya que es evidente que existe una laguna en nuestra legislación al respecto.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS Y PUBLICACIONES

Barrera Graf, Jorge, "TRATADO DE DERECHO MERCANTIL", Ed. Porrúa, México 1993.

Broseta Pont, Manuel, "MANUAL DE DERECHO MERCANTIL", Madrid, 1949.

Brunneti, Antonio, "TRATADO DE DERECHO DE LAS SOCIEDADES", Unión Tipográfica, Ed. Hispano Americana, Buenos Aires, Argentina 1960.

Carvalo de Mendoza, José Javier, "TRATADO DE DERECHO COMERCIAL BRASILEÑO", Río de Janeiro, 1946.

Cervantes Ahumada, Raúl. "Derecho Mercantil", Ed. Herrero, México 1978.

De Pina Vera, Rafael, "ELEMENTOS DE DERECHO MERCANTIL MEXICANO", Ed. Porrúa, México 1979.

De Semo, Giorgio, "LA FUSION DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES", Roma, 1921.

E. Johnson, Okhuysen, "COMPANIA DOMINATRIZ, HOLDING COMPANY", Publicaciones Administrativas y Contables, Colegio Superior de Ciencias Jurídicas, S.C., 2a. Ed., México 1981.

Farina, Juan, "TRATADO DE SOCIEDADES COMERCIALES", Ed. Zeus, Buenos Aires 1978.

Ferri, Giuseppe, "LA FUSION ACEPTA LA SUCESION", Roma, 1958.

Ferri, Giuseppe, "LA FUSION DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES", Roma, 1936.

Fraga, Gabino, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Ed. Porrúa, México, 1989.

Frisch, Philipp Walter, "LA SOCIEDAD ANONIMA MEXICANA", Ed. Porrúa, México 1979.

García Rendón, Manuel, "SOCIEDADES MERCANTILES", Ed. Harla, México, 1993.

Garrigues, Joaquín, "CURSO DE DERECHO MERCANTIL", Ed. Porrúa, México 1984.

Garrigues, Joaquín, "TRATADO DE DERECHO MERCANTIL", Ed. Porrúa, México 1983.

Gómez Coteró, José de Jesús, "FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES MERCANTILES EFECTOS FISCALES Y ASPECTOS CORPORATIVOS", Ed. Themis 1993.

Heinsheimer, Karl, "DERECHO MERCANTIL", Barcelona, 1993.

López Padilla, Agustín, "EXPOSICION PRACTICA Y COMENTARIOS A LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA", Dofiscal Editores, México 1993.

Lordi, Luigi, "TRATADO TEORICO-PRACTICO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES", Torino, 1934.

Lyon-Caen, "TRATADO DE DERECHO COMERCIAL", París, 1909.

Mantilla Molina, Roberto, "DERECHO MERCANTIL", Ed. Porrúa, México 1989.

Motos Guirao, Miguel, "FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES", Revista de Derecho Privado, Madrid 1953.

Navarrini, Umberto, "TRATADO TEORICO-PRACTICO DE DERECHO COMERCIAL", Torino, 1919.

Porrúa P., Francisco, "BREVE ENSAYO ACERCA DE LA FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EL DERECHO MEXICANO", Anales de Jurisprudencia, Tomo XXIX, México, 1940.

Restau, Charles, "TRATADO DE SOCIEDADES ANONIMAS", Bruselas, 1933.

Rodríguez Domínguez Humberto y Rodríguez Domínguez Joaquín, "EL TRATAMIENTO FISCAL DE LOS CONTRATOS DE FIDEICOMISO, FUSION Y SOCIEDAD", Dofiscal Editores, México 1984.

Rodríguez Rodríguez Joaquín, DERECHO MERCANTIL, Ed. Porrúa, Tomo I, México 1994.

Rodríguez Rodríguez Joaquín, "TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES", Ed. Porrúa, México 1981.

Salandro, Vittorio, "SOCIETA COMMERCIALI", Torino
1938.

Santagata, Carlo, "LA FUSIONE TRA SOCIETA", Nápoles
1964.

Soprano Enrico, "TRATADO TEORICO-PRACTICO DE LAS
SOCIEDADES COMERCIALES", Torino 1934.

Tavares, José, "SOCIEDADES Y EMPRESAS COMERCIALES",
Coímbra 1924.

Trueba, José Manuel, "ASPECTOS FISCALES DE LA
FUSION DE SOCIEDADES", Instituto Mexicano de Contadores
Públicos, México 1993.

Uria, Rodrigo, "LA FUSION DE LAS SOCIEDADES
MERCANTILES EN EL DERECHO ESPAÑOL", Revista de Derecho
Mercantil, Madrid 1946.

Valeri, Giuseppe, "MANUAL DE DERECHO COMERCIAL",
Firenze 1948.

Vásquez del Mercado, Oscar, "ASAMBLEAS, FUSION Y
LIQUIDACION DE SOCIEDADES MERCANTILES", Ed. Porrúa, México
1992.

Vidari, Ercole, "CURSO DE DERECHO COMERCIAL", Milán
1901.

Vivante, Cesar, "TRATADO DE DERECHO MERCANTIL", Ed. Reus, Madrid 1932.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Fiscal de la Federación.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley del Mercado de Valores.

Ley del Impuesto Sobre la Renta

Ley del Impuesto al Valor Agregado,

Ley del Impuesto al Activo

Ley del Impuesto Sobre Producción y Servicios.

Ley del Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles

Ley del Impuesto sobre Erogaciones por Remuneración al Trabajo Personal, prestado bajo la Dirección y Dependencia de un Patrón.

Reglamento del Código Fiscal de la Federación.

Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Reglamento de la Ley del Impuesto al Activo.