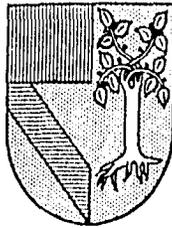


308909
5
24

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNAM
FACULTAD DE DERECHO



"FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES ANONIMAS. EFECTOS CORPORATIVOS"

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

JAIME ESPINOSA DE LOS MONTEROS FLORES

DIRECTOR DE TESIS: DR. ROBERTO D. IBAÑEZ MARIEL

México, D.F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Quiero dedicar la presente tesis

a Dios

en memoria de

La señora María Elena Cadena de Espinosa
de los Monteros.

El señor Ernesto Flores Gómez.

El señor Jaime Espinosa de los Monteros
Cornelís.

A mi madre por su amor y comprensión de
quien admiro su fortaleza para seguir
viviendo.

A mi padre simplemente mi mejor amigo, por
su apoyo, nobleza y entereza en los
momentos difíciles, te admiro por la familia
que has formado.

A mis hermanos Eduardo, Alejandro y Ana
Georgina con todo mi cariño, gracias por
todos los momentos.

A mi abuelita Anita, ejemplo de amor
y entrega, gracias abue por todo.

A Tere con todo mi amor y agradecimiento.

A mis tías Ana María, María Elena, Alicia y
Nona.

A mis tíos Rogelio, Ernesto y Luis Fernando.

A mis padrinos Caty y Toño.

A las familias Salas, Gómez del Campo,
Naranjo y Gneki.

Con profundo agradecimiento, respeto y
admiración al licenciado Julio Jaime Ortega
Amieva.

A mis compañeros de Ortega Amieva y
Asociados, S.C.

A mis primos, amigos, compañeros y maestros.

Con especial agradecimiento al licenciado Luis Manuel Meján Carrer por su apreciable ayuda en la realización del presente trabajo.

A mi Universidad.

A los maristas con especial recuerdo y gratitud.

En memoria del maestro Marco Antonio Flores Meyer.

Al Centro Universitario México.

INDICE

	Pag.
CAPITULO I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.	
1.1 Introducción	1
1.2 Aparición de la escisión en la vida jurídica	2
1.3 Posibilidad de la escisión antes de su regulación	7
1.4 Efectos de la escisión	13
1.5 Fusión de sociedades	16
1.6 Fusión y escisión de sociedades y asociaciones civiles	21
CAPITULO II. SOCIEDADES ANONIMAS.	
2.1 Antecedentes históricos y naturaleza jurídica	25
2.2 Características y principios que rigen a las sociedades anónimas	29
2.3 Constitución de la sociedad anónima. Requisitos y clases de constitución previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles	32
2.4 Concepto de Sociedad Anónima	36
CAPITULO III. GENERALIDADES DE LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES ANONIMAS.	
3.1 Antecedentes de la fusión y escisión	37
3.2 Naturaleza jurídica de la fusión y escisión de sociedades	39
3.2.1 Naturaleza jurídica de la fusión	39
3.2.2 Concepto de fusión	43
3.2.3 Naturaleza jurídica de la escisión	43
3.2.4 Concepto de escisión	46
3.2.5 Consideraciones relativas a la definición de escisión contemplada en la Ley General de Sociedades Mercantiles	47
CAPITULO IV. FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES ANONIMAS EFECTOS CORPORATIVOS.	
4.1.1 Clases de Asamblea General donde se decretan	51
4.1.2 Contenido de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas donde se decreta la fusión	54
4.1.3 Contenido de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas donde se decreta la escisión	61
CAPITULO V. LAS ACCIONES EN LA FUSION Y ESCISION.	
5.1.1 Impacto sobre las acciones derivadas del acuerdo de fusión de sociedades	67
5.1.2 Acciones de goce	67
5.1.3 Acciones preferentes o de voto limitado	71
5.1.4 Acciones pagadoras	72
5.1.5 Efectos en las diferentes clases de acciones ante el acuerdo de escisión de sociedades	100

5.1.6	Acciones pagadoras	100
CAPITULO VI. VALORACION DE LAS SOCIEDADES QUE INTERVIENEN EN LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES		108
6.1.1	Valoración patrimonial, canje y emisión de títulos o acciones como efecto de la fusión y escisión de sociedades	109
CAPITULO VII. TRANSMISION DEL PATRIMONIO SOCIAL, ASI COMO DE LAS DIVERSAS CUENTAS QUE INTEGRAN EL BALANCE DE LAS SOCIEDADES POR EFECTO DE LA FUSION Y ESCISION		121
7.1.1	Reserva legal	123
7.1.2	Reservas estatutarias	125
7.1.3	Prima de emisión de acciones	125
7.1.4	Pérdidas acumuladas	127
7.1.5	Dividendos	129
7.1.6	Capital social	129
CAPITULO VIII. MOMENTO EN QUE SURTEN PLENOS EFECTOS LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES ASI COMO LA EFECTIVIDAD TEMPORAL DE LAS MISMAS		134
CAPITULO IX. DERECHO DE SEPARACION DE LOS ACCIONISTAS ANTE LOS ACUERDOS DE FUSION Y ESCISION		144
9.1.1	Derecho de separación y derechos de oposición judicial en la escisión, sus diferencias	150
9.1.2	Derecho de oposición judicial de los socios y acreedores ante el acuerdo de fusión y escisión de sociedades	153
CAPITULO X. BALANCE GENERAL Y LOS ESTADOS FINANCIEROS EN LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES		
10.1.1	Publicación	164
CAPITULO XI. CONSIDERACIONES ESPECIALES RESPECTO AL MOMENTO EN QUE SURTEN EFECTOS LA FUSION Y ESCISION.		
11.1.1	Momento en el cual las sociedades resultantes de la fusión y escisión asumen el patrimonio social que les es transmitido	179
11.1.2	Posibilidad de retroaer los efectos de la fusión y escisión conforme al sistema jurídico mexicano	188
CAPITULO XII. PUBLICIDAD DE LOS ACUERDOS DE FUSION Y ESCISION.		
12.1.1	Publicidad e inscripción de los acuerdos de fusión y escisión de sociedades	194

CAPITULO XIII. DISPOSICIONES RELATIVAS A LA ESCISION

13.1.1	Disposiciones especiales, contenidas en el artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles	204
13.1.2	Principio de proporcionalidad en el capital social de las sociedades escindidas, en relación con la que sea titular el accionista en la sociedad escidente	204
13.1.3	Principio de responsabilidad solidaria de las sociedades escindidas, respecto de las deudas sociales contraídas por las mismas a la fecha del acuerdo de escisión	208
13.1.4	Características y requisitos especiales para que se configure la responsabilidad solidaria en la escisión, principales efectos y principales problemas que se derivan de la misma	214
13.1.5	Disolución, liquidación y extinción de sociedades. Conceptos relacionados con la fusión y escisión de sociedades, así como los aspectos procesales relacionados con dichas figuras	220

CAPITULO XIV. CONCENTRACION Y DESCONCENTRACION DE EMPRESAS.

14.1.1	La concentración y desconcentración de empresas y la Ley Federal de Competencia Económica	232
14.1.2	Las sociedades controladoras y la Ley Federal de Competencia Económica	246

CAPITULO XV. BREVES REFERENCIAS FISCALES DE LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES

15.1.1	Efectos contemplados en el Código Fiscal de la Federación	259
15.1.2	Ejercicio Fiscal	260
15.1.3	Reglas para la fusión y escisión, para que la transmisión que opera no se considere como enajenación	261
15.1.4	Avisos	263
15.1.5	Tenencia Accionaria	263
15.1.6	Dictamen Fiscal	263
15.2.1	Disposiciones relacionadas con la fusión y escisión de sociedades contempladas en la Ley del Impuesto Sobre la Renta	263
15.2.2	Acreditamiento del Impuesto Pagado en el Extranjero	264

15.2.3	Pagos provisionales en la escisión	264
15.2.4	Ingreso acumulable en la fusión	265
15.2.5	Pérdida fiscal en la fusión y escisión de sociedades	265
15.2.6	Fusión de sociedades controladoras, supuestos en los que no se considera desincorporación	268
15.2.7	Cuenta de capital de aportación	269
	Conclusiones	270
	Bibliografía	274
	Legislación consultada	276

TESIS

COMPLETA

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL TEMA

I.1 INTRODUCCION

La complejidad de las relaciones comerciales, la libre competencia motivada por la apertura de los mercados internacionales, la progresiva desgravación y desregulación de las importaciones y exportaciones, lo anterior influido por el gran desarrollo científico y tecnológico del presente siglo, han impulsado en gran medida a la expansión y crecimiento de las empresas denominadas transnacionales, las cuales han provocado en los comerciantes de todo el mundo y especialmente de América Latina un agrupamiento de los mismos, así como un cambio en sus procesos administrativos, comerciales y estratégicos, a efecto de hacer frente a los monstruos comerciales, sociedades que se encuentran integradas por miles de accionistas, que cuentan con un respaldo crediticio y financiero inigualable, son dueñas de las tecnologías y procesos mas avanzados. Dichas sociedades canalizan y aplican su potencial en sus mejores armas la franquicia y la exclusividad.

En este orden de ideas, el Derecho como ciencia que busca encontrar en su fin ultimo a la justicia, utilizando para tal efecto diversos métodos y medios que han sido utilizados a través del tiempo en distintas culturas y civilizaciones, no es ajeno a los constantes cambios que se presentan en las formas de organización y convivencia de nuestra sociedad; cambios que son motivados por la cada vez mayor interacción y dependencia de las distintas naciones del planeta.

No debemos olvidar que la ciencia del Derecho no es exacta, en cuanto a que los presupuestos propuestos por la misma, no se cumplen indefectiblemente, en virtud de que el Derecho se dirige a regular conductas encontradas, lo anterior se desprende del principio de alteridad. Dichas conductas se manifiestan y expresan a través de personas, por persona debemos entender a la sustancia individual de naturaleza racional.

La regulación de conductas se traduce en normas, cuyo contenido es un mandato que vincula a obedecer, lo anterior se traduce en el deber, esto es el deber es un mandato contenido en una norma que vincula a obedecer. El problema que se

Así surge la interrogante de cuáles son los efectos que produce en nuestro sistema jurídico, especialmente en el ámbito societario, la realización de conductas que no se encuentran contempladas y reguladas por la Ley y ni siquiera se contempla su existencia, tal fue el caso de la escisión de sociedades.

Dicho problema será tratado en el presente capítulo introductorio, toda vez que con la incorporación de dicha figura a la legislación Societaria no consideramos que sea conveniente tratarlo como un capítulo en la presente tesis.

Los gobernados en goce y ejercicio de las garantías constitucionales, se encuentran ante nuestro sistema jurídico bajo la siguiente premisa: "todo lo que no está prohibido a los particulares por la ley, se entiende que les está permitido".

Entramos en el ámbito de la limitación de la libertad y autonomía de voluntad de los particulares, en relación con los problemas prácticos que se presentaron antes de la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, realizada en el mes de junio de 1992, con la cual se introdujo a la legislación Societaria, la regulación de la figura conocida como escisión de sociedades. Antes de abordar el multicitado problema, debemos reflexionar:

La escisión nos ayudará a comprender el nexo causal de las normas que regulan dicha figura, con las situaciones de hecho que se presentaron en la vida práctica antes de su regulación.

Comprendiendo las causas y motivos que dieron origen a la regulación de la escisión en la Ley societaria, entenderemos con mayor claridad el proceso corporativo que debe observarse para decretar válidamente una escisión, así como los efectos jurídicos que se generan con la adopción de dicha figura.

No podemos soslayar que el primer ordenamiento jurídico en el sistema legal mexicano que introdujo y reguló la figura de la escisión fue el Código Fiscal de la Federación, sin embargo los efectos fiscales que genera dicha figura, no constituyeron los principales móviles del legislador para realizar la reforma mercantil del año de 1992.

1

CAPITULO I
PLANTEAMIENTO DEL TEMA

I.1 INTRODUCCION

La complejidad de las relaciones comerciales, la libre competencia motivada por la apertura de los mercados internacionales, la progresiva desgravación y desregulación de las importaciones y exportaciones, lo anterior influido por el gran desarrollo científico y tecnológico del presente siglo, han impulsado en gran medida a la expansión y crecimiento de las empresas denominadas transnacionales, las cuales han provocado en los comerciantes de todo el mundo y especialmente de América Latina un agrupamiento de los mismos, así como un cambio en sus procesos administrativos, comerciales y estratégicos, a efecto de hacer frente a los monstruos comerciales, sociedades que se encuentran integradas por miles de accionistas, que cuentan con un respaldo crediticio y financiero inigualable, son dueñas de las tecnologías y procesos más avanzados. Dichas sociedades canalizan y aplican su potencial en sus mejores armas la franquicia y la exclusividad.

En este orden de ideas, el Derecho como ciencia que busca encontrar en su fin último a la justicia, utilizando para tal efecto diversos métodos y medios que han sido utilizados a través del tiempo en distintas culturas y civilizaciones, no es ajeno a los constantes cambios que se presentan en las formas de organización y convivencia de nuestra sociedad; cambios que son motivados por la cada vez mayor interacción y dependencia de las distintas naciones del planeta.

No debemos olvidar que la ciencia del Derecho no es exacta, en cuanto a que los presupuestos propuestos por la misma, no se cumplen indefectiblemente, en virtud de que el Derecho se dirige a regular conductas encontradas, lo anterior se desprende del principio de alteridad. Dichas conductas se manifiestan y expresan a través de personas, por persona debemos entender a la sustancia individual de naturaleza racional.

La regulación de conductas se traduce en normas, cuyo contenido es un mandato que vincula a obedecer, lo anterior se traduce en el deber, esto es el deber es un mandato contenido en una norma que vincula a obedecer. El problema que se

presenta al jurista es el de encontrar, analizar y deducir el contenido de las normas, a este respecto García Maynez comenta " ... Tal contenido deriva de factores enteramente diversos. Así por ejemplo en el caso de cada legislación, encuéntrase determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas y culturales de las personas a quienes la Ley esta destinada y, sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de justicia, la seguridad y el bien común. Todos estos factores, y muchos otros del mismo juez, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de fuentes reales, que son los factores que determinan el contenido de tales normas..."¹

Así las cosas, se puede afirmar que siempre la realidad desborda al orden jurídico, dicha situación se acentúa en el sistema formalista mexicano, en tal virtud pueden llegar a presentarse conductas y situaciones que afecten la vida social, cultural y económica de los sujetos de Derecho reconocidos por el propio orden jurídico, sin que las mismas se encuentren reconocidas y reguladas por el mismo.

Será obra y deber del jurista el descubrir, analizar y deducir dichas conductas, a efecto de plasmarlas en normas cuyo contenido como se citó es un mandato, e incorporarlas en el sistema jurídico vigente, lo anterior con la finalidad de llegar al fin último del Derecho, la justicia, y con esto lograr un Derecho preventivo y no correctivo. Por otro lado, debemos advertir al lector que en el presente trabajo, nos referiremos siempre a la sociedad anónima, ya sea como tal, o con la modalidad de capital variable, considerando que las otras clases de sociedades reguladas en la Ley de sociedades en su mayoría han caído en desuso en la práctica jurídica, siendo además la sociedad anónima modelo perfecto para demostrar las ventajas y desventajas que pueden generar la adopción de los acuerdos de escisión y fusión.

1.2 APARICION DE LA ESCISION EN LA VIDA JURIDICA

Lo antes expuesto, nos lleva a analizar un problema práctico que se presentó con una de las figuras objeto del presente trabajo, la escisión de las sociedades.

¹ García Maynez Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Editorial Porrúa. 1990. p.8.

Así surge la interrogante de cuáles son los efectos que produce en nuestro sistema jurídico, especialmente en el ámbito societario, la realización de conductas que no se encuentran contempladas y reguladas por la Ley y ni siquiera se contempla su existencia, tal fue el caso de la escisión de sociedades.

Dicho problema será tratado en el presente capítulo introductorio, toda vez que con la incorporación de dicha figura a la legislación Societaria no consideramos que sea conveniente tratarlo como un capítulo en la presente tesis.

Los gobernados en goce y ejercicio de las garantías constitucionales, se encuentran ante nuestro sistema jurídico bajo la siguiente premisa: "todo lo que no está prohibido a los particulares por la ley, se entiende que les está permitido".

Entramos en el ámbito de la limitación de la libertad y autonomía de voluntad de los particulares, en relación con los problemas prácticos que se presentaron antes de la reforma a la Ley General de Sociedades Mercantiles, realizada en el mes de junio de 1992, con la cual se introdujo a la legislación Societaria, la regulación de la figura conocida como escisión de sociedades. Antes de abordar el multicitado problema, debemos reflexionar:

La escisión nos ayudará a comprender el nexo causal de las normas que regulan dicha figura, con las situaciones de hecho que se presentaron en la vida práctica antes de su regulación.

Comprendiendo las causas y motivos que dieron origen a la regulación de la escisión en la Ley societaria, entenderemos con mayor claridad el proceso corporativo que debe observarse para decretar válidamente una escisión, así como los efectos jurídicos que se generan con la adopción de dicha figura.

No podemos soslayar que el primer ordenamiento jurídico en el sistema legal mexicano que introdujo y reguló la figura de la escisión fue el Código Fiscal de la Federación, sin embargo los efectos fiscales que genera dicha figura, no constituyeron los principales móviles del legislador para realizar la reforma mercantil del año de 1992.

Consideramos que la reforma Societaria se inspiró principalmente en los siguientes puntos.

1. Protección y defensa de los accionistas de la sociedad. A través del establecimiento de mínimos legales, como lo es el que inicialmente cada uno de los socios de la sociedad escidente conserve en la sociedad(es) escindida(s) la misma proporción de tenencia accionaria que le corresponde en la sociedad escidente.

Se concede un derecho de minoría a los accionistas disidentes, consistente en la facultad de oponerse judicialmente a la resolución de escisión de la sociedad, siempre y cuando representen el 20% (veinte por ciento) del capital social de la sociedad, y dicha oposición se presente ante la autoridad judicial del orden común, dentro del término establecido en la fracción V del artículo 228-bis de la ley societaria.

Así también y a diferencia de la fusión, se concede expresamente a los socios disidentes el derecho de separación, de conformidad con la Fracción VIII del artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Derecho de separación que será objeto de estudio en el presente trabajo.

2. Protección y defensa del orden público. El orden público, entendido en nuestro punto de vista como la protección de los intereses y derechos de terceros, intereses que requieren ser tutelados en la Ley. Ahora bien, esto no implica que antes de la reforma de 1992, un tercero, por ejemplo un acreedor, no contare con acción judicial alguna para atacar la resolución de escisión de una sociedad anónima, ya que la adopción y ejecución de la escisión puede constituirse en fraude de acreedores.

Ahora bien, dentro de las disposiciones que regulan actualmente la escisión, encontramos algunas que protegen los intereses de terceros, así cualquier acreedor que tenga interés jurídico podrá oponerse judicialmente a la escisión, así como los acreedores que no hubieren dado consentimiento expreso para la adopción del acuerdo de escisión, gozarán del beneficio de la solidaridad, respecto de los créditos contratados originalmente con la sociedad escidente, considerándose deudores

solidarios la escidente y la(s) escindida(s), esta(s) última(s) únicamente por un monto no superior al valor del activo neto que les fue atribuido por efecto de la escisión.

3. Protección al principio societario conocido como "animo contraiendo societatis". Principio que no es otra cosa que la voluntad de los accionistas de seguir participando y perteneciendo a la sociedad conforme a los lineamientos esenciales pactados en el contrato social. Lo anterior se actualiza cuando se dispone que la escisión debe de tomarse en una asamblea extraordinaria de accionistas, lo que implica un respeto a la voluntad que represente la mayoría de opinión e intereses en la sociedad.

El legislador bien pudo disponer que las resoluciones de escisión fueren tomadas por regla general en asamblea general ordinaria de accionistas, y por excepción en asamblea extraordinaria, cuando por efecto de la escisión de que se trate (pura, impura), se disuelva anticipadamente la sociedad escidente, o bien esta última sufra una disminución en el capital social fijo sin derecho a retiro. Esto es, uno de los efectos esenciales de la escisión, consiste en la transmisión de la totalidad o parte del activo, pasivo y capital de la sociedad escidente, teniendo como consecuencia forzosa en la escisión pura, la disolución anticipada de la sociedad, y en la escisión impura o por excorporación, la disminución del capital social de la sociedad, ya sea en la parte fija o variable.

Por tal motivo aun cuando la ley societaria al regular la escisión no hubiere establecido que dicho acuerdo debería adoptarse en asamblea extraordinaria de accionistas, éste debe tomarse en dicha asamblea, cuando la escisión traiga como efecto en la escidente la disolución anticipada de la misma, o la disminución del capital fijo sin derecho a retiro, lo anterior con fundamento en el artículo 182 de la ley de sociedades.

Por tanto podemos suponer que el legislador previendo lo expuesto en el párrafo anterior, estableció la obligación de que el acuerdo de escisión se tome en asamblea de accionistas, requerida para la modificación del contrato social.

Así las cosas, podemos deducir los siguientes efectos inherentes a la escisión, que se presentarán en forma separada, dependiendo de la escisión de que se trate.

1. Disolución anticipada de la sociedad escidente. (Para algunos autores debe referirse como periodo de disolución y liquidación). Cuando por efecto de la escisión la sociedad escidente transmite la totalidad del activo, pasivo y capital, generando por lógica la disolución anticipada de la sociedad, acuerdo que independientemente del relativo a la escisión, debe adoptarse en asamblea extraordinaria de accionistas, conforme a lo establecido en la fracción II del artículo 182 de la ley de sociedades.

2. Disminución del capital social de la sociedad anónima escidente. Como lo dispone la ley societaria, toda disminución del capital social fijo sin derecho a retiro debe adoptarse en asamblea extraordinaria de accionistas; así cuando se decreta una escisión por excorporación, el capital social de la escidente disminuye (ya sea en la parte fija o variable), siendo necesario realizar modificaciones al contrato social cuando se disminuya el capital fijo sin derecho a retiro, con lo que la escisión por excorporación genera un doble efecto, consistente en la disminución del capital social de la escidente, y la constitución de una o mas sociedades, mismas que se constituyen conforme al capital social disminuido de la escidente y los activos aportados por esta, que amparen las acciones suscritas y pagadas de la(s) escindida(s).

Ahora bien, la ley societaria refiere en el artículo 228-bis "o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital a otra u otras sociedades de nueva creación."

De lo anterior se desprende la posibilidad de que la escidente operando como sociedad anónima de capital variable, puede atribuir a la(s) escindida(s) parte de su capital variable, sin tener que afectar el capital social fijo sin derecho a retiro, esto en virtud de que la Ley no distingue la clase de capital social de la escidente, que debe atribuirse a las sociedades de nueva creación. Lo antes citado, nos conduce a formular los siguientes cuestionamientos.

1. ¿Por qué razón el legislador no optó por la posibilidad de adoptar un acuerdo de escisión excorporativa de una sociedad anónima de capital variable, en una asamblea general ordinaria de accionistas?, ya que como se citó se puede afectar únicamente el capital variable de la escidente y con esto no modificar el contrato social.

2. ¿Podrá tener efectos de escisión excorporativa, la resolución de una sociedad de capital variable, en la cual se resuelva aportar únicamente capital variable, sin afectar el capital fijo sin derecho a retiro?

Como se expuso, el legislador considero que la adopción de un acuerdo de escisión, provocaría un cisma en el ánimo y expectativas de los accionistas, y por tal motivo en defensa del principio conocido como "animo contraiendo societatis", se contempló que el acuerdo de escisión fuese tomado en asamblea extraordinaria de accionistas, aun cuando el legislador también tuvo influencia de las disposiciones que regulan la fusión de sociedades. Sin embargo como se afirmó, en los casos de escisión pura y por excorporación (cuando se afecte el capital social fijo sin derecho a retiro) aun cuando no se hubiere consignado la obligación de adoptar la resolución de escisión en asamblea extraordinaria, la misma debería tomarse en la citada asamblea, de conformidad con lo establecido en el artículo 182 de la Ley de sociedades.

Hasta este momento, hemos expuesto algunas de las consideraciones relativas al análisis de la escisión, figura que se incorporó en fecha reciente a nuestra legislación societaria, no habiendo hecho mención a la fusión de sociedades, figura que también es objeto de estudio del presente trabajo y que guarda estrecha relación con la escisión de sociedades, especialmente en lo que se refiere al proceso corporativo para adoptar dichas figuras, así como en su efecto característico, consistente en la transmisión en un solo acto de activo, pasivo y capital.

1.3 POSIBILIDAD DE LA ESCISION ANTES DE SU REGULACIÓN.

Consideramos de provecho, el plantearnos una cuestión que ha sido debatida por muchos autores, y que será tratada en este capítulo, toda vez que la

polémica suscitada por la misma, no tiene razón de ser actualmente, y por tanto preferimos abordarla como un mero antecedente del presente trabajo.

Como se apuntó, al principio del presente capítulo, la escisión surge a la vida práctica como una necesidad, motivada por el deseo de ciertas personas morales de evitar ubicarse en la hipótesis normativa contenida en la norma fiscal, o bien como una medida económico-contable, toda vez que la adopción de la escisión puede generar una racionalización y disminución en los gastos, costos, procesos productivos y administrativos de la sociedad escidente, sin que los accionistas de esta última pierdan el control corporativo en la o las sociedades escindidas. En tal situación el legislador mexicano contempló y reguló la escisión por primera vez en ordenamientos fiscales, tales como el Código Fiscal de la Federación, Ley del Impuesto Sobre la Renta, Ley del Impuesto al Activo. Así las cosas, en un principio la legislación fiscal definió a la escisión y la reguló, enfocada principalmente a determinar los posibles sujetos de los impuestos que se pudieran generar por efecto de la escisión, así como establecer las situaciones de hecho y derecho que forman el contenido de la hipótesis normativa contenida en la norma fiscal, mas dicha normatividad no hacía referencia alguna al tratamiento mercantil y corporativo, ya sea en el ámbito externo o interno de la sociedad, que debía darse a la figura en comento.

En tal situación, la cuestión que debió resolverse en su tiempo es la siguiente.

Hasta la fecha en que no se encontraba contemplada y regulada la escisión de sociedades en la ley societaria (1992), existía la posibilidad, conforme a el sistema jurídico mexicano, de adoptar un acuerdo de escisión gozando de validez jurídica y a la vez pudiere surtir plenos efectos.

Para responder al citado cuestionamiento, transcribiré las palabras que dirigió el licenciado Emiliano Zubiria Maqueo al auditorio que asistió al Colegio de Notarios del Distrito Federal, el día 13 de mayo de 1992, con motivo de los festejos relativos al bicentenario de la fundación del citado colegio, en tal ocasión el prestigiado notario hizo referencia a la viabilidad o inviabilidad de adoptar un acuerdo de escisión sin que dicha

figura estuviere contemplada y regulada en la ley de sociedades, el licenciado Zubiria Maqueo expuso:

"En suma a la fecha, en la que no se encuentra regulada la escisión por nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, existen dos posiciones respecto a la viabilidad o a la imposibilidad de llevarla a cabo.

En primer lugar la de quienes sostienen la posibilidad de efectuarla, aún cuando no esté regulada la figura, en base al principio de la autonomía de la voluntad, y en segundo, la de quienes señalamos la necesidad de su regulación en la Ley General de Sociedades Mercantiles, a efecto de que el acuerdo correspondiente no esté sujeto a anotación por parte de terceros".²

El principio de la autonomía de la voluntad, tuvo su mayor auge en el siglo pasado con el surgimiento del individualismo y el liberalismo económico, al amparo de la teoría del contrato social de Rousseau, sin dejar de acotar que la concepción de voluntad soberana, principalmente en los contratos, tiene su raíz en el Derecho Canónico, dicho principio se basa en su principal postulado " todo lo que no está prohibido expresamente por la ley, está permitido". El principio de la autonomía de la voluntad, conforme a la legislación civil se encuentra limitado y matizado, dichas limitaciones las encontramos en el artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

"La voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la Ley, ni alterarla ni modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que afecten el interés público, cuando la renuncia no afecte a terceros".

En relación con el caso que nos ocupa, el Licenciado Zubiria Maqueo señala que la Ley societaria ciñe a las sociedades mercantiles, a un sistema de normatividad imperativa y por lo tanto la libertad de éstas se limita al cumplimiento de su objetivo social, y en lo demás al cumplimiento de las normas aplicables al respecto y por

² Conferencia sobre las reformas a la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1992. Expositores Adrian Ilurbide Galindo y Emiliano Zubiria Maqueo. Celebrada el 13 de mayo de 1992 en el Colegio de Notarios del Distrito Federal.

lo tanto los socios de una sociedad mercantil capitalista no tienen libertad para pactar o establecer en exceso a lo expresamente previsto en la ley societaria y por lo tanto si la Ley General de Sociedades Mercantiles no contempla la figura jurídica de la escisión, cualquier escisión que se lleve a cabo, estará afectada a anulabilidad en virtud de que dicho acuerdo de escisión iría en contra de normas imperativas.

En nuestro particular punto de vista, diferimos de la opinión y planteamientos del Licenciado Zubiria Maqueo, toda vez que una sociedad anónima para la ejecución y debido cumplimiento de su objeto social, puede realizar todos los actos que concurren a dicho fin, siempre y cuando dichos actos no violen, alteren, o vayan en contra de lo establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como no afecten el orden público y no se perjudiquen los derechos de terceros.³ En tal consideración, la adopción de un acuerdo de escisión, cuando dicha figura no se contemplaba y regulaba en la Ley societaria, constituía per se un acto totalmente válido, ya que dicho acuerdo no violaba precepto alguno de la ley societaria, siempre y cuando los acuerdos de escisión, se adoptaren en la asamblea que correspondiere a los efectos que se generasen, dependiendo de la clase de escisión decretada. (Tratándose de escisión pura y escisión por excorporación, cuando en esta última se viere afectado el capital fijo sin derecho a retiro, el acuerdo de escisión debía adoptarse en asamblea general extraordinaria de accionistas). Conforme a lo anterior, el acuerdo de escisión no afectaba el orden público, en virtud de que con la participación de los accionistas en la adopción de las resoluciones en términos de Ley, el interés público quedaba resguardado.

Por otro lado, si la resolución de escisión perjudicaba derechos de terceros, especialmente los de los acreedores de la sociedad escidente, o bien si por efecto de la escisión, la escidente cayere en estado de insolvencia, conforme a lo previsto en el

³ En relación con el alcance y finalidad del objeto social estatutario, Francisco José Aranguren Urriza en su ensayo denominado "La decisión de participar una sociedad de capital en otra", analiza la legislación societaria española y afirma: "Tras la adaptación de nuestra legislación a las directivas comunitarias (comunidad económica europea), se formula el principio de capacidad general de obrar en el artículo 129.2. Ley de Sociedades Anónimas. Frente a las dudas que inicialmente suscitó la redacción de los artículos 37 y 38 del Código de Comercio, había prosperado en nuestra jurisprudencia la tesis de no limitación de la capacidad por el fin social, fundamentalmente como forma de protección de los terceros frente a posibles nulidades. Estudios sobre la sociedad anónima II. Madrid 1993. Editorial Civitas. Dirigido y presentado por Víctor Manuel Garrido de Palma. Pág. 104

artículo 2166 del Código Civil para el Distrito Federal, los terceros y acreedores presuntamente perjudicados podían ocurrir ante los tribunales competentes, a efecto de ejercitar la acción pauliana que se contempla en el artículo 2163 del ordenamiento civil antes citado, que es de aplicación supletoria a la ley societaria, siempre y cuando los acreedores reunieran los requisitos que establece dicho Código para ejercitar dicha acción, o bien cualquier acreedor que se sintiere afectado en sus derechos, podía oponerse judicialmente al acuerdo de escisión, con fundamento en el artículo 6º del Código Civil para el Distrito Federal.

Como se desprende, los terceros y acreedores de la sociedad escidente, no quedaban en un estado de indefensión ante la adopción de dicho acuerdo.

Por tanto, es importante destacar que las escisiones que se efectuaron, con fecha anterior a la de las reformas realizadas a la Ley General de Sociedades Mercantiles, el día 11 de junio de 1992 son per se totalmente válidas y no están afectas a anulabilidad, siempre y cuando la adopción de las distintas clases de escisión se hubiere realizado en las asambleas generales de accionistas correspondientes a los efectos que se generan, dependiendo de la clase de escisión de que se trate, y mientras el acuerdo de escisión no haya sido revocado por sentencia ejecutoriada.

Para sustentar lo antes citado, haremos mención del artículo 8 de la legislación común, que establece que los actos que se ejecuten contra el tenor de las Leyes prohibitivas serán nulos (nulidad absoluta), de la lectura de la ley societaria antes de la reforma de junio de 1992, se desprende que no existe ninguna disposición que prohíba la adopción de acuerdos de escisión de sociedades anónimas, siendo que la Ley General de Sociedades Mercantiles es un ordenamiento que establece normas de carácter imperativo y a su vez mínimos legales, como apuntábamos, si el acuerdo de escisión fue tomado en la asamblea correspondiente a los efectos que la misma produce, el acuerdo es totalmente válido.

Consideramos que el problema no radica en la validez o invalidez del acuerdo de escisión, sino que radica en la procedibilidad de la inscripción de dicho acuerdo en el Registro Público de Comercio, como se sabe, la inscripción en el Registro

tiene como efecto principal que el acto jurídico es oponible ante cualquier tercero, no olvidemos que la publicidad registral hace presumir que todo derecho inscrito existe y es conocido erga omnes. En este orden de ideas Bernardo Pérez Fernández del Castillo expone en relación con el principio de calificación en materia registral, que dicho principio significa que todo documento que ingresa al Registro de Comercio, dentro de su procedimiento de inscripción, debe ser examinado por el registrador tanto en sus elementos intrínsecos como extrínsecos, para saber si satisface todos los requisitos legales que para su eficacia establecen los ordenamientos jurídicos. Por otro lado el artículo 29 del Reglamento del Registro Público de Comercio, establece que sólo se registrarán entre otros, los testimonios de escrituras, actas notariales, pólizas y otros documentos auténticos. En tal virtud una escritura donde constare un acuerdo de escisión antes de las multicitadas reformas de 1992, podría ingresarse ante el Registro Público para obtener la inscripción en el folio mercantil respectivo, conforme al principio de calificación citado, ¿Cuál sería el alcance de la calificación a cargo de un registrador en el Registro de Comercio?. En opinión de Pérez Fernández del Castillo, existe una contradicción entre el Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil, ya que por un lado el artículo 31 del Código establece que los registradores no podrán rehusar, en ningún caso y por ningún motivo, la inscripción de los documentos mercantiles que se le presenten.

Por otra parte, el Reglamento consigna que son facultades y obligaciones de los registradores el llevar a cabo la calificación de los documentos que se presenten a registro, a cuyo efecto tendrán las atribuciones y limitaciones establecidas en el Reglamento. La cuestión radica en qué posición es la que debe adoptarse, Pérez Fernández del Castillo afirma que no debe tomarse una posición absoluta, y que cada caso depende del documento que se presente ante el Registro. Lo que sí queda claro es que antes de la reforma de 1992, la inscripción en el Registro de un acuerdo de escisión que constare en escritura pública o acta notarial, seguramente fue denegada, con lo cual se tuvieron que agotar los medios de defensa administrativos y en su caso judiciales precedentes.

Por otra parte, los acuerdos de escisión que hubieren sido inscritos antes de la multicitada reforma y en especial la(s) sociedad (es) que se constituya (n) por efecto

de la misma, gozan por analogía de los beneficios consignados en el artículo 2 de la Ley societaria, que establece en su parte conducente:

"Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio".

1.4 EFECTOS DE LA ESCISION

Dejada en claro la procedibilidad de la escisión antes de la multicitada reforma, debemos continuar con el presente capítulo. Como sabemos la escisión al acordarse y ejecutarse, produce innumerables efectos, ya sea económicos, jurídicos y sociales, en el presente trabajo nos enfocaremos al estudio de los efectos jurídicos sin soslayar que éstos se verán influenciados por los efectos económicos y sociales, que de alguna u otra manera repercuten en las causas y efectos de toda figura jurídica.

Es importante recordar que la ciencia del Derecho se divide para su mejor estudio y comprensión en dos grandes ramas a saber, Derecho Público y Derecho Privado, distinción que se genera de las características especiales de las normas jurídicas que integran cada una de las dos ramas. La división del Derecho en dos grandes ramas, tiene sus antecedentes con los juristas romanos, a este efecto Ulpiano cita "publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitat rem", que significa que el Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa romana, privado el que concierne a la utilidad de los particulares. En este orden de ideas cada rama del Derecho se divide para su estudio y comprensión en varias disciplinas, a las que suele denominarse especiales.

Aclarada esta situación, derivamos que de la resolución de escisión de una sociedad anónima, se generan los siguientes efectos relacionados con una serie de disciplinas especiales que se encuentran vigentes en el sistema jurídico mexicano, la presencia de algunos de estos efectos puede variar, dependiendo del tipo de sociedad que acuerde escindirse, así como la clase de escisión de que se trate.

Siguiendo al licenciado José de Jesús Gómez Cotero, podemos encontrar los siguientes efectos.⁴

1. Efectos Laborales. Aquí nos podemos encontrar ante la figura laboral de la sustitución patronal, en los términos de la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, así también pueden ser objeto de estudio la forma y condiciones con las que el patrón (sociedad escidente) cumplirá con sus obligaciones en favor de los trabajadores que dejen de serlo y pasen a formar parte de la escindida, como podría ser el reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores, el cómputo de la misma, el pago de la prima vacacional, reparto de utilidades, entre otros aspectos relevantes.

2. Efectos Civiles y Mercantiles. Respecto a los efectos civiles que podemos citar, se encuentra el relativo a la cesión de derechos y obligaciones de la sociedad escidente a la(s) sociedad(es) escindida(s), por otra parte, más que hablar de efectos mercantiles, debemos hablar de requisitos jurídicos para la adopción del acuerdo de escisión, consignados principalmente en la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece los requisitos de fondo y forma que deben observarse para decretar válidamente una escisión.

3. Efectos Corporativos. El licenciado José de Jesús Gómez Cotero, menciona que aunque este tipo de efectos se enmarcan dentro de los efectos mercantiles, consideramos que para efectos del presente trabajo, es importante hacer esta distinción, ya que si bien es cierto que los diferentes derechos y obligaciones de los comerciantes consignados en el Código de Comercio constituyen un marco para las disposiciones contenidas en las diversas leyes mercantiles, también lo es que la Ley General de Sociedades Mercantiles regula de manera especial a los comerciantes personas morales, en todo lo relativo a los presupuestos de su constitución, operación y desarrollo, incluyendo en esta cuestión las relaciones, derechos y obligaciones que surgen entre los socios o accionistas de las personas morales comerciantes y estas últimas, con lo cual la práctica y la costumbre profesional han dado por llamar a este tipo de situaciones en su conjunto como Derecho Corporativo.

⁴ Gómez Cotero José de Jesús. Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles. Editorial Themis. México, D.F. 1993. Página 39.

4. Efectos Administrativos. Si bien esta clase de efectos no serán materia de estudio del presente trabajo, no podemos dejar de mencionarlos, encontrando que posiblemente la sociedad escidente es titular de diversas autorizaciones, concesiones, licencias, registros marcarios, derechos autorales, permisos, constancias y demás beneficios que son otorgados por las autoridades administrativas, siendo que pueden constituir parte del activo que es transmitido por la escidente a la(s) sociedad(es) de nueva creación, en algunas ocasiones conforme a las Leyes administrativas este tipo de beneficios son intransmisibles, con lo cual se tiene que estudiar detenidamente las leyes y reglamentos administrativos, con la finalidad de verificar si la cesión de dichos documentos y derechos no está sujeta a determinados requisitos y formalidades.

5. Efectos Internacionales. Al igual que el inciso precedente, este tipo de efectos no serán tratados y analizados en el presente trabajo, pero debemos mencionar que al decretarse una escisión, los accionistas de la sociedad escidente pueden ser de nacionalidad mexicana o extranjera, y los accionistas extranjeros que pasen a serlo de la (s) escindida (s) por efecto de la escisión, siendo que la (s) escindida (s) pueden constituirse con objeto social diverso al de la escidente, posiblemente se excedan en la (s) escindida (s) los porcentajes máximos de tenencia accionaria que permite la Ley de Inversiones Extranjeras y su Reglamento, para un objeto o actividad social preponderante determinada.

Dentro de estos efectos también se estudia un posible conflicto de leyes en el tiempo y espacio con otras naciones.

6. Efectos Fiscales. En el presente trabajo además de estudiar algunos de los efectos fiscales que trae aparejada la escisión, a la luz principalmente del Código Fiscal de la Federación, la Ley del Impuesto Sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Activo de las Empresas, analizaremos las causas y beneficios fiscales por las que la escisión comenzó a ser práctica habitual de ciertas sociedades, que pretendían darle la vuelta a las Leyes impositivas, buscando no encuadrar dentro de la hipótesis normativa fiscal y con esto evitar o disminuir el monto de ciertas contribuciones, ante tal situación la ley impositiva optó por contemplar y regular la figura de la escisión.

Ahora bien, dentro de las cuestiones fiscales en las que tendremos que estudiar con mayor detenimiento, se encuentra la relativa al concepto de enajenación de bienes, contemplado principalmente en el Código Fiscal de la Federación y la Ley del Impuesto Sobre la Renta, las excepciones a la enajenación de bienes en la escisión y fusión de sociedades a la luz de los ordenamientos citados, así como las distintas obligaciones que se imponen a los accionistas de las sociedades que subsisten y constituyen en virtud de la ejecución de las diversas clases de fusión y escisión de sociedades.

1.5 FUSION DE SOCIEDADES

Una vez delimitado el marco de estudio e investigación de este trabajo por lo que se refiere a la escisión de sociedades, haremos mención de manera breve en este capítulo introductorio, a una figura que por sus características y efectos se recomienda estudiar al paralelo con la escisión de sociedades, se trata de la fusión, figura que se encuentra presente en nuestra Ley de sociedades desde que ésta se encuentra vigente en nuestro sistema jurídico, esto es desde que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934, a este respecto el licenciado Luis Muñoz en su obra "Comentarios a la Ley General de Sociedades Mercantiles", establece que la fusión de sociedades consiste en la unión de intereses que antes no lo estaban, abunda que la fusión es un caso especial de disolución de sociedades (esto será analizado en un capítulo de la presente tesis, en virtud de que se discute si las sociedades que se extinguen con motivo de la fusión se disuelven o se disuelven y además entran en un periodo liquidatorio).⁵

Por lo que respecta a la Ley General de Sociedades Mercantiles, ésta no define de manera expresa lo que debemos entender por fusión, pero de la lectura de los

⁵ En relación con la disolución y liquidación de sociedades, Francisco Javier Gardeazábal del Río, en su estudio. "Los conceptos de liquidación y extinción de la sociedad anónima" en la realidad apunta la extinción de la persona jurídica se produce, a diferencia de la persona física, a lo largo de un proceso integrado por varias fases, brevemente conviene recordar que la disolución representa el momento y la causa que supone el cese de la actividad ordinaria de la sociedad, la liquidación la fase dirigida a saldar las deudas pendientes y a repartir el activo remanente entre los socios. Garrido de Palma Victor Manuel. Estudios sobre la sociedad anónima. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid 1992.

artículos que integran el capítulo IX de la ley, relativo a la fusión, transformación y escisión de sociedades, se desprende que dicho ordenamiento contempla las dos clases de fusión que doctrinariamente han sido aceptadas.

1. Fusión pura o por integración. En esta clase de fusión dos o más sociedades se extinguen, y transmiten la totalidad de su patrimonio a una sociedad que se constituye por tal efecto. La Ley societaria, en el artículo 223 in fine esta clase de fusión al señalar "... y aquella o aquellas que dejen de existir.", así también el artículo 224 del mismo ordenamiento establece "...la sociedad que resulte de la fusión.", el artículo 226 "Cuando de la fusión de sociedades haya de resultar una distinta..."

Como se desprende de lo anterior, la Ley de sociedades no brinda una definición de fusión, mientras que el artículo 228-Bis sí define a las dos clases de escisión.

2. Fusión impura o por incorporación. Se presenta cuando una sociedad absorbe la totalidad del patrimonio social de otra sociedad, que se disuelve y por tanto deja de existir por tal efecto. Esta clase de fusión al igual que la pura, se encuentra contemplada y regulada en varios artículos de la ley societaria, así el artículo 224 establece "...transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista..."

Ahora bien la Ley societaria no aporta una definición de la figura jurídica de la fusión, por lo tanto seguiremos la definición que da el licenciado Vasquez del Mercado que establece "...por fusión debe entenderse la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás, en ambos casos el ente está formado por los mismos socios que constituirían los entes anteriores y aquellos en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución de los que poseían, o se les reconoce la parte social correspondiente."⁶

⁶ Vasquez del Mercado Oscar. Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa México, D.F. 1987 pag. 274.

Es importante destacar que, en nuestro punto de vista, la fusión de sociedades no puede definirse como una unión de empresas mercantiles, toda vez que siguiendo la opinión del licenciado Gutiérrez Falla, la empresa mercantil debe considerarse un bien mueble propiedad de la sociedad anónima. A este respecto el licenciado Vasquez del Mercado, establece que la fusión es una forma de concentración de empresas; consideramos que dentro del fenómeno económico de la concentración de empresas, podemos encontrar diversas figuras que son distintas a la fusión de sociedades y por tanto tienen un origen y regulación distinta a la figura jurídica en estudio, por tal motivo consideramos que en lugar de hablarse de concentración de empresas, se refiera a la fusión como concentración de patrimonios sociales.

Al igual que la escisión, la adopción y ejecución del acuerdo de fusión genera ciertos efectos relacionados con disciplinas especiales correspondientes a las distintas ramas del Derecho, los efectos que se presentan en la fusión básicamente son los mismos que se presentan en la escisión (laborales, civiles y mercantiles, corporativos, administrativos, internacionales y fiscales), pero en la fusión se presenta otro efecto, derivado de la promulgación y vigencia de la Ley Federal de Competencia Económica, a esta clase de efectos los denominaremos efectos de competencia económica, cuya explicación será tratada expresamente en uno de los capítulos del presente ocuro. Aclarado lo anterior, expondremos algunas de las razones por las cuales analizaremos en forma conjunta la escisión y fusión de sociedades.

1. Ambas figuras, responden a una necesidad económica o estratégica de las sociedades mercantiles en algún momento de su existencia.

2. Ambas figuras, se encuentran reguladas en la ley societaria y el procedimiento (conjunto de actos concatenados para la realización de un fin) que tiene que observarse para decretarlas es prácticamente el mismo.

3. Ambas figuras, tienen como efecto principal la transmisión en un solo acto de la totalidad o parte del activo, pasivo y capital de las sociedades participantes a otra u otras sociedades.

Es importante destacar que, en nuestro punto de vista, la fusión de sociedades no puede definirse como una unión de empresas mercantiles, toda vez que siguiendo la opinión del licenciado Gutiérrez Falla, la empresa mercantil debe considerarse un bien mueble propiedad de la sociedad anónima. A este respecto el licenciado Vasquez del Mercado, establece que la fusión es una forma de concentración de empresas; consideramos que dentro del fenómeno económico de la concentración de empresas, podemos encontrar diversas figuras que son distintas a la fusión de sociedades y por tanto tienen un origen y regulación distinta a la figura jurídica en estudio, por tal motivo consideramos que en lugar de hablarse de concentración de empresas, se refiera a la fusión como concentración de patrimonios sociales.

Al igual que la escisión, la adopción y ejecución del acuerdo de fusión genera ciertos efectos relacionados con disciplinas especiales correspondientes a las distintas ramas del Derecho, los efectos que se presentan en la fusión básicamente son los mismos que se presentan en la escisión (laborales, civiles y mercantiles, corporativos, administrativos, internacionales y fiscales), pero en la fusión se presenta otro efecto, derivado de la promulgación y vigencia de la Ley Federal de Competencia Económica, a esta clase de efectos los denominaremos efectos de competencia económica, cuya explicación será tratada expresamente en uno de los capítulos del presente curso. Aclarado lo anterior, expondremos algunas de las razones por las cuales analizaremos en forma conjunta la escisión y fusión de sociedades.

1. Ambas figuras, responden a una necesidad económica o estratégica de las sociedades mercantiles en algún momento de su existencia.

2. Ambas figuras, se encuentran reguladas en la ley societaria y el procedimiento (conjunto de actos concatenados para la realización de un fin) que tiene que observarse para decretarlas es prácticamente el mismo.

3. Ambas figuras, tienen como efecto principal la transmisión en un solo acto de la totalidad o parte del activo, pasivo y capital de las sociedades participantes a otra u otras sociedades.

4. Si bien es cierto que la fusión y escisión son figuras paralelas en cuanto los requisitos y formalidades de su adopción y procedibilidad, lo es también que las consecuencias de ambas figuras son totalmente opuestas, la fusión implica una concentración de activo, pasivo y capital en una sola sociedad, mientras que con la escisión se busca la redistribución de activo, pasivo y capital en una o varias sociedades que se constituyen para tal efecto; la fusión implica la posibilidad de abarcar mercados mas grandes, aumento en la capacidad crediticia y de financiamiento, incorporación de nuevas y mejores tecnologías, procesos y estrategias, y una mayor concentración de riesgos, entre otros efectos; la escisión implica una redistribución de las utilidades, impuestos, riesgos, capitales, créditos y activos, así como la optimización de recursos, procesos y tecnologías; la fusión es una manifestación de la concentración de patrimonios, la escisión es una manifestación de la desconcentración de patrimonios.

5. En ambas figuras, se presentan en la mayoría de los casos, los mismos efectos que inciden en las disciplinas especiales de las distintas ramas del Derecho.

6. En ambas figuras, el espíritu de la ley de sociedades es el de proteger a los accionistas de los acuerdos de escisión o fusión, adoptados por las sociedades, a este respecto el licenciado Gutiérrez Falla expone al analizar el Código de Comercio Hondureño en lo relativo a las sociedades mercantiles "...los intereses de la sociedad no pueden privar sobre los intereses de los hombres que la constituyeron, ya que no deja de ser un instrumento para el cumplimiento de sus intereses individuales".⁷

En nuestra ley de sociedades encontramos, que la protección que se otorga a los accionistas contra los acuerdos de escisión y fusión, se traduce en los siguientes conceptos.

a. Proporcionalidad en la titularidad de las acciones, conforme a los porcentajes de tenencia accionaria presentados por las sociedades participantes.

b. Canje de las acciones de las sociedades participantes.

⁷ Gutiérrez Falla. Derecho Mercantil. Editorial Patria. Buenos Aires. 1985. pag. 178

c. Publicidad de los balances de las sociedades, así como de los acuerdos de escisión y fusión.

d. Derecho de retiro en favor del accionista disidente. (Derecho que se consigna expresamente en la ley societaria únicamente para el caso de escisión, aunque como analizaremos con posterioridad, puede verificarse indirectamente para el caso de la fusión.)

e. Derecho de oposición judicial. (Derecho que se concede expresamente para el caso de escisión en cuanto a los accionistas y acreedores de la sociedad y solamente para estos últimos en el caso de fusión, es un derecho de los denominados de minoría.)

f. Adopción de los acuerdos de escisión y fusión en asamblea general extraordinaria de accionistas.

7. En ambas figuras, se presentan efectos y consecuencias de tipo fiscal similares, que se generan principalmente por una modificación sustancial en el patrimonio social de las sociedades participantes, modificación que se deriva de la transmisión del activo, pasivo y capital que indefectiblemente se presenta en ambas figuras.

Delimitado el campo de acción y estudio del presente trabajo, debemos señalar que la finalidad del mismo no es la de hacer un análisis puramente legalista de ambas figuras, sino que a la luz de los diversos ordenamientos que se vinculan con las causas y efectos de la escisión y fusión de sociedades, podamos determinar la viabilidad o inviabilidad de la misma, así como determinar las posibles consecuencias de la adopción de dichos acuerdos, si bien es cierto que para alcanzar el citado objetivo es necesario exponer con claridad los procesos y requisitos que deben observarse para decretar validamente una escisión y fusión de sociedades, también lo es que el presente trabajo no puede reducirse a un simple recetario o formulario de carácter legalista. Así también mencionaremos algunas de las causas y razones prácticas que motivan a las sociedades a optar por la adopción de los acuerdos de escisión y fusión de sociedades, con lo anterior podremos comprender de mejor manera los efectos que se producen en le

ámbito jurídico mexicano, especialmente los corporativos, aunque también haremos mención de los efectos fiscales y laborales.

No quiero dejar pasar la oportunidad de señalar que gran parte de la bibliografía consultada en esta investigación es extranjera, situación que se genera en parte por la reciente incorporación de la escisión en la ley de sociedades, por tanto dicha figura ha sido poco estudiada por los autores mexicanos, en tal virtud he tenido que referirme a doctrinarios españoles, argentinos e italianos principalmente.

Como se puede derivar, el tema objeto de la presente tesis podría plasmarse en varios tomos y libros, podemos pensar en relacionar a la escisión y fusión de sociedades con la suspensión de pagos y la quiebra de los comerciantes, imagínese una sociedad en estado de suspensión de pagos que pretenda fusionarse, a efecto de que la fusionante absorba los pasivos de la misma. En este caso ¿Cuál sería la función y posible postura del síndico ante tal situación?

O bien podríamos realizar un estudio, relativo a la escisión y fusión de sociedades a la luz del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

Dichos temas podrán ser tratados con mayor profundidad en otros trabajos, limitándonos en el presente a estudiar los efectos corporativos que se generan con la adopción y ejecución de los acuerdos de escisión y fusión, así como haremos breve referencia a los efectos que se producen en las disciplinas fiscal y laboral.

1.6 FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES Y ASOCIACIONES CIVILES

Por último trataré en ese capítulo introductorio la fusión y escisión de sociedades y asociaciones civiles, toda vez que el marco de la presente tesis, se enfoca a las sociedades anónimas. Sin embargo resulta interesante analizar la posibilidad y viabilidad de adoptar dichas figuras de conformidad con la legislación común.

En principio las asociaciones y sociedades civiles son personas morales y la organización, constitución y funcionamiento de las mismas se encuentran reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal.

El problema que surge es que si las figuras jurídicas reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y que son aplicables en específico a las sociedades anónimas, pueden aplicarse a las sociedades constituidas de conformidad a la legislación común.

A diferencia de la Ley General de Sociedades Mercantiles que en armonía y relación con el Código de Comercio, establece como legislación supletoria al Código Civil para el Distrito Federal, este último ordenamiento no refiere a legislación alguna como supletoria. En este orden de ideas, insistimos que el problema radica en la aplicación de dos figuras que se encuentran reguladas en la legislación societaria, a personas morales constituidas y reguladas conforme a la legislación civil.

Sin embargo el artículo 2695 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de sociedades mercantiles, quedarán regidas por el Código de Comercio. Así las cosas y siguiendo la tesis que fue seguida en tratándose de la escisión antes de su regulación en la ley de sociedades, consideramos que si dos sociedades civiles desearan adoptar una fusión pura o impura, y en el caso de la pura se constituya una sociedad también de naturaleza civil dichos acuerdos serían válidos, sin embargo el problema al que seguramente nos enfrentaríamos es la procedibilidad de inscripción en el Registro Público, toda vez que en este momento saldría a flote la discusión que se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, que sería ¿En base a qué fundamento legal dichas sociedades adoptaron los respectivos acuerdos de fusión? Nosotros sostenemos que dichos acuerdos en principio serían válidos, toda vez que no existe disposición alguna que prohíba a las sociedades civiles adoptar acuerdos de fusión, rigiéndose para tal afirmación con el concepto de que todo lo que no está prohibido expresamente en la ley, se encuentra permitido a los particulares. Ahora bien, consideramos más viable la inscripción en el Registro de la fusión pura de dos sociedades civiles, para que la fusionante que se constituye fuere de naturaleza mercantil, por ejemplo una sociedad anónima; lo anterior se explica y

fundamenta en el propio texto del artículo 2695 del Código Civil para el Distrito Federal, al que ya se hizo referencia; esto es, dicho numeral deja abierta la posibilidad y legitima expresamente el hecho de que una sociedad civil adopte la forma de una sociedad de naturaleza mercantil, siendo una de las formas y medios para que una sociedad civil adopte la forma de mercantil la fusión o en su caso la escisión.

Por analogía y en vía de claridad, expondremos la situación que se ha presentado últimamente en el Registro Público de Comercio con cabecera en el Distrito Federal, dicho Registro ha adoptado el criterio de rechazar la inscripción de las escrituras públicas en donde consten acuerdos de transformación de sociedades civiles a sociedades anónimas, el Registro argumenta que no existe soporte y fundamento legal para celebrar dicho acto y como la transformación de sociedades no se encuentra regulada en el ordenamiento civil, esta figura no puede aplicarse a una sociedad de naturaleza civil.

Con base en lo anterior y como conclusión, consideramos que puede intentarse la opción de un acuerdo de fusión o escisión de sociedades civiles, siendo dichos acuerdos en principio válidos per se, dichos acuerdos deberán sujetarse a los lineamientos de la asamblea de socios regulada en la legislación civil, así como deberán ajustarse a los principios generales del derecho, y con esto deberán tomar a base de ejemplo y regulación la forma en que se encuentran reguladas la fusión y escisión en la ley de sociedades. Sin embargo, el problema práctico, como se expuso, sería las posibilidades de inscripción en el Registro Público tanto de la Propiedad como del Comercio de dichos acuerdos, ya que por muy válidos que se consideren a dichos acuerdos, si no se inscriben no surten efectos ante terceros.

Para reforzar los anteriores argumentos, debo mencionar que existe un precedente emitido por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en donde califica de precedente la fusión que se realice entre una sociedad civil y una mercantil, siendo la primera fusionada y la segunda la fusionante, en dicho precedente se sostiene en principio que "Dicho acto no se encuentra prohibido por la ley", lo anterior constituye una clara derivación del concepto de que todo lo que no se encuentra prohibido por la ley a los particulares se encuentra permitido, así también dicho

precedente abunda que al desaparecer la sociedad civil y ser incorporada a la mercantil, se transforma en una sociedad de esta naturaleza, abunda que el artículo 222 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que "La fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza", y por tanto de la interpretación de dicho artículo debe entenderse que la fusión no es propia y exclusiva de una clase de sociedades.

A continuación, transcribiremos el precedente citado para su mejor comprensión:

"No existe inconveniente alguno, porque no se encuentra prohibido por la ley, que se fusionen mediante absorción o incorporación una sociedad civil y una mercantil, siendo la primera la fusionada y la segunda la fusionante, pues por virtud de esa figura jurídica al desaparecer la sociedad civil y ser incorporada a la mercantil, se transforma en una sociedad de esta naturaleza, ya que no debe perderse de vista que cuando la fusión se lleva a cabo, la fusionada se extingue y eso conlleva la pérdida de su personalidad jurídica, nombre, patrimonio, y de sus órganos representativos y funcionales, dado que a esta última le sucede a título universal de la sociedad fusionante; en esas condiciones cuando el artículo 222 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que: La fusión de varias sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza", debe entenderse que la fusión no es propia y exclusiva de una clase de sociedades, pues no se establece como una característica esencial de esta figura el que las sociedades que se fusionen no puedan ser de diversa naturaleza. Así, si en el caso se cumplieron con los requisitos previstos para esta clase de acto, pues la fusión fue acordada por separado por cada una de las sociedades participantes y posteriormente por los representantes en ambas, debe concluirse que la fusión de ambas sociedades es un acto lícito.

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA
DEL PRIMER CIRCUITO.**

**Amparo directo 543/92.-Miguel Alessio Robles Landa.-8 de mayo de 1992.-
Unanimidad de votos.-Ponente: Fernando Lanz Cárdenas.-Secretaría: Adriana
Escorza Carranza.**

CAPITULO II SOCIEDADES ANONIMAS

2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS Y NATURALEZA JURIDICA.

Antes de desarrollar el presente inciso, debemos aclarar que por la extensión del presente trabajo, hemos de enfocarnos a una clase de sociedad mercantil, que actualmente predomina en nuestro sistema jurídico, económico y comercial, la sociedad anónima.

No podemos precisar con exactitud cómo y cuándo surgió al mundo jurídico la primera sociedad mercantil como sociedad anónima, pretender establecer una fecha exacta no guardaría lógica con la naturaleza y origen de esta figura, si bien es cierto que varios autores señalan diversas instituciones que a través de la historia han tenido semejanza con lo que ahora conocemos como sociedad anónima, así Mantilla Molina citando a Enrico Soprano establece que desde el siglo XIII se tiene conocimiento de sociedades que tenían por objeto la explotación de molinos, cuyo capital se encontraba dividido en sacos fácilmente identificables, así también en la época de la colonia existían sociedades para la explotación de un navío, cuyos componentes e integrantes respondían hasta por el monto de su aportación.

Ahora bien, como se apuntaba, algunos autores tratan de establecer una fecha o periodo determinado para el surgimiento a la vida jurídica de las sociedades anónimas, Garrigues menciona que la sociedad anónima surge cuando se integran grandes empresas para el descubrimiento y colonización de nuevas tierras y empresas, como ejemplo de lo anterior encontramos la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1602) y la Compañía Sueca Meridional (1626). Miguel M. Lerdo de Tejada señala que la sociedad anónima mexicana más antigua, es una compañía de seguros marítimos que en el año de 1789 comenzó operaciones en Veracruz.

Consideramos que si bien es cierto no podemos atribuir una fecha exacta para el surgimiento de las sociedades anónimas a la vida jurídica, sí podemos explicar y

exponer las razones por las que la sociedad anónima ha predominado en el mundo jurídico y comercial en la segunda mitad del presente siglo.

Para tal efecto debemos distinguir históricamente, que una cosa es el origen y antecedentes de la persona moral y otra el origen y antecedentes de la sociedad anónima, siendo la persona moral el continente y la sociedad anónima el contenido.

La persona moral actualiza los fines por los que fue ideada y contemplada en el mundo jurídico a través de la sociedad anónima, la cual cumple una función determinada y acorde con nuestra época, función que consiste básicamente en concentrar gran cantidad de capitales para la realización de grandes proyectos y deslindar de muchas obligaciones y responsabilidades a las personas físicas o morales que aportan dichos capitales, así como facilitar el intercambio de títulos o acciones en el mercado comercial.

El procedimiento de constitución de las distintas clases de personas morales que existen en nuestro sistema jurídico, así como los distintos efectos y características que se presentan en la operación de las mismas, nos sirven de base para realizar la siguiente clasificación de las personas morales.

1. Personas Morales de Caracter Público. Se consideran entre otras, a la Nación (Que se equipara conforme ciertas tesis jurisprudenciales a la Federación), los Estados, los Municipios, las Instituciones de Beneficencia, los Sindicatos, algunas Asociaciones Profesionales e Industriales. Podemos encuadrar a las Iglesias que se hubieren registrado como tales, conforme al procedimiento establecido en la recién promulgada Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

2. Personas Morales de Caracter Privado. Se consideran entre otras, las Asociaciones y Sociedades Civiles, Sociedades Mercantiles, Asociaciones Científicas, de Recreo y cualquier otro tipo que no fuere desconocida por la Ley.

En este orden de ideas, la persona moral es un ente jurídico con personalidad jurídica propia, por lo que tiene la capacidad de ser sujeto de derechos y

obligaciones; dicha personalidad ha sido objeto de debates entre diversos autores, a la luz de la teoría realista y de la teoría de la ficción, la primera sostiene que la persona moral es una realidad consistente en la unión de personas que aportan su trabajo, capacidad y dinero para la realización de un fin común, siendo este fin en el que se pierde la individualidad de cada uno de sus integrantes, con lo cual se forma una voluntad común y distinta a la de cada uno de ellos; la segunda teoría sostiene que la persona moral y su personalidad jurídica es una ficción o un invento del hombre y como tal se debe de otorgar su existencia en algún ordenamiento o cuerpo legal.

Consideramos que debe adoptarse una posición intermedia respecto a dichas teorías y señalar que una persona o personas (nos referimos a persona en singular y plural, toda vez que aceptamos la postura de constituir sociedades unimembres) en un plano de igualdad, que afecten trabajo, experiencia o capital a la realización de un fin común previamente determinado (si fuere indeterminado no podría considerarse común, en virtud de que la conciencia y ánimo de los integrantes no estaría perfectamente determinado, obstruyéndose con esto la comunión de intereses), con un sentido de permanencia e identificación como grupo ante terceros, perdiéndose en dicho grupo o colectividad sus individualidades, lo antes citado en nuestro punto de vista debe considerarse como persona moral, aun en el supuesto que la ley no la reconociera como tal.

Pero toda vez que la Ciencia del Derecho busca la justicia y esta se encuentra en muchas ocasiones en la seguridad jurídica, es necesario que la persona moral sea reconocida y regulada por la ley, a efecto de que la misma norme los supuestos de su constitución, organización y funcionamiento. De lo expuesto podemos razonar:

1. No podemos señalar con exactitud cuándo surgieron a la vida jurídica las primeras personas morales, lo que si se puede aseverar es que siendo el hombre un ente sociable y político in natura, la persona moral pudo haberse manifestado como tal en cualquier época y tiempo de la existencia del hombre en el planeta.

2. Lo que si puede delimitarse en el tiempo, son las formas y procedimientos que el hombre ha utilizado para clasificar y regular a las distintas clases de personas morales.

3. La sociedad anónima es una clase de sociedad mercantil la que a su vez es considerada una persona moral, que se encuentra contemplada y regulada en nuestra legislación societaria desde que ésta fue promulgada, cuyo origen histórico se remonta a las personas morales que empezaron a organizarse con las características que ahora a la luz de nuestra legislación se contemplan para las sociedades anónimas, ubicando el auge de las mismas en el presente siglo.

Para sustentar lo antes expuesto, citaremos a el licenciado Luis Muñoz que en su obra Comentarios a la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala que para lhering el sujeto es siempre el hombre y no una entidad ficticia, por otro lado Gierke afirma que la persona moral no es una persona fingida, la abstracción sobre la que descansa la persona moral, es idéntica a la abstracción con que se considera a la persona individual, los sentidos no perciben ciertamente a la persona moral, pero la conciencia si, debido a su experiencia interna; Muñoz abunda que la persona moral es tal persona, por que así lo dispone la Ley, pero si ésta no lo dispusiera no sería contraria a derecho.⁸

La persona moral no tiene en realidad un cuerpo físico individual, sino que se presenta a la sociedad como una conciencia social, Planiol afirma que la persona moral existe y es un fenómeno tan real como lo puede ser el hombre como individuo, y el derecho no puede por menos reconocerlo así.

Mantilla Molina, señala que la disputa doctrinal sobre esta cuestión encuentra en México el limite que resulta del artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que explícitamente declara dotadas de personalidad jurídica tanto a las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, como a las que se hayan exteriorizado como tales ante terceros.

⁸ Muñoz Luis. Comentarios a la Ley General de Sociedades Mercantiles de 28 de julio de 1934. Ediciones Lex. México, D.F. 1947. pag. 34

2.2 CARACTERISTICAS Y PRINCIPIOS QUE RIGEN A LAS SOCIEDADES ANONIMAS.

Expuesto el origen y naturaleza jurídica de las sociedades anónimas, analizaremos los principales rasgos distintivos que asigna la doctrina y nuestro sistema jurídico a esta clase de sociedades mercantiles, con la finalidad de facilitar el estudio y exposición del tema objeto del presente trabajo.

Cuando la legislación societaria reconoce personalidad jurídica propia a las sociedades anónimas, se desprenden una serie de consecuencias y características a citar:

a) Capacidad Jurídica. Esto es, la sociedad anónima es sujeto de derechos y obligaciones, las sociedades anónimas a través de los órganos de decisión y ejecución realizan diversos actos que pueden concretarse en materiales o jurídicos, por tanto éstas pueden ser propietarias de bienes o derechos así como contraer obligaciones con terceros. Por otro lado, la ley de sociedades impone mínimos legales a las sociedades anónimas, que deben observarse para que ciertos actos y resoluciones tengan plena validez jurídica, más que hablar de obligaciones, podemos referirnos a requisitos de procedibilidad y validez. La sociedad anónima debe someterse a ciertas disposiciones que regulan y vigilan su actuación, ya que la misma es considerada por nuestro sistema jurídico de interés público, esto se puede observar con mayor claridad en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en donde se busca agotar en principio el proceso para concursal de la suspensión de pagos antes que el de la quiebra, situación que se refleja en el artículo 399 del citado ordenamiento, que señala que tendrá preferencia la demanda de suspensión de pagos sobre la demanda de quiebra, aun cuando la primera sea presentada con posterioridad a esta última, siempre y cuando en el procedimiento de quiebra no se hubiere celebrado la junta de acreedores para el reconocimiento y graduación de créditos, con lo cual la suspensión de pagos es preferente a la quiebra por el principio de la conservación de las empresas (incluyendo a las sociedades mercantiles), en virtud de que éstas en sí mismas son de interés público.⁹

⁹ En relación con lo antes citado, Salvador Ochoa Olvera en su libro Quiebras y Suspensión de Pagos Notas Sustantivas y procesales, afirma que el auto judicial que tiene como presentada y admitida una solicitud de suspensión de pagos provoca como efecto principal que se suspendan los procedimientos tendientes a declarar la quiebra del comerciante. La suspensión de pagos es preferible a la quiebra. La demanda de solicitud de suspensión de pagos es preferible a la solicitud

Como se ha expuesto los sentidos del hombre no perciben a la sociedad anónima, por lo que ésta debe actuar y obligarse en su caso, a través de los órganos y personas físicas facultados para ello. En tal virtud, en la fusión surge la cuestión relativa a que si el solo acuerdo de fusión, tomado por cada sociedad participante, vincula y obliga a las mismas para celebrar la fusión o también se requiere la celebración de un contrato, en donde los órganos y representante facultados de cada sociedad, comprometan y externen la voluntad de la sociedad, misma que fue adoptada en la respectiva asamblea.

b) Las sociedades anónimas, son consideradas sujetos fiscales diversos a los socios o accionistas que las integran.

c) Las sociedades anónimas son titulares de un patrimonio social, distinto al patrimonio de cada uno de los accionistas que las integran, característica que deriva de la capacidad jurídica que gozan en virtud de su personalidad. En la sociedad anónima se refleja una despersonalización e independencia en relación con los entes que la constituyen e integran, esto es, el patrimonio y las responsabilidades de la sociedad y el de sus accionistas no se confunden, consecuencia de lo anterior es que los accionistas responden de las obligaciones y responsabilidades contraídas por la sociedad hasta por el límite de sus aportaciones, considerando dentro de las mismas la parte proporcional de las utilidades pendientes de aplicar.

d) Se prevé la existencia de un capital mínimo fijo sin derecho a retiro representado en títulos de crédito conocidos como acciones. Elemento esencial del contrato social, la cantidad que habrá de destinarse al capital fijo sin derecho a retiro deberá estipularse en la escritura donde conste el contrato social. Actualmente por disposición de la Ley societaria el capital mínimo fijo sin derecho a retiro que debe asignarse por lo menos a una sociedad anónima es de \$50,000.00 (CINCUENTA MIL PESOS M.N. 00/100). Cabe distinguir el capital social de una sociedad con el patrimonio

de quiebra, preferencia que dura mientras llega una Sentencia que declare en quiebra al comerciante. En ese lapso, la sola presentación de la demanda-solicitud de suspensión de pagos interrumpe automáticamente la tramitación de la quiebra, e incluso puede oponerse en la audiencia a que se refiere el artículo 11 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos como la excepción.

social de la que es titular la misma, éste comprende no sólo el capital social, sino también las reservas, activos y utilidades pendientes de repartir.

Si consideramos que a las sociedades anónimas por el solo hecho de su constitución, la ley les asigna el carácter de comerciantes, es lógico que el legislador exija para su constitución la existencia de una cantidad mínima con la que puedan iniciar sus operaciones y actividades y así cumplir con su objeto social. Como se verá más adelante, la escisión por excorporación tiene como efecto una disminución del capital social de la sociedad escidente, ya sea en la parte fija o variable o en ambas, dependiendo si la sociedad anónima tiene la modalidad de capital variable. Cabe preguntarse si conforme a nuestra ley de sociedades es posible acordar una escisión por excorporación, sin que la escidente sufra una disminución en su capital social, esto es que la escidente sólo transmita parte de su activo y pasivo, pero no transmita capital social a las sociedades que se constituyan para tal efecto, en principio y a reserva de ahondar más en el tema en capítulos posteriores, consideramos que no sería válida la resolución de una escisión por excorporación que no ordenara transmitir parte del capital social de la escidente a las sociedades de nueva creación.

e) Las sociedades anónimas pueden tener un nombre o denominación, así como se les asigna nacionalidad y domicilio, nos encontramos ante derechos que derivan de la personalidad jurídica atribuida a las sociedades anónimas en su carácter de personas morales.

f) Adquisición del carácter de comerciante. Lo anterior conforme a la fracción II del artículo 3 del Código de Comercio. En relación con el artículo 75 del citado ordenamiento, todo acto realizado por una sociedad anónima se reputará como mercantil. En relación con este punto, nada impide conforme a la ley societaria que en una fusión pura las sociedades fusionadas sean de diferente especie (por ejemplo sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada) y que la fusionante que se constituya sea también de especie diferente (sociedad en comandita por acciones). En este orden de ideas, nada impide que por efecto de una escisión pura se constituya dos o más sociedades de diferente especie, siempre y cuando se observen los requisitos y formalidades para cada especie de sociedad mercantil.

En estos casos, las sociedades mercantiles que se constituyan por efecto de la fusión y escisión gozarán del carácter de comerciantes.

El problema que podría plantearse es que si las sociedades que se constituyan por efecto de la fusión y escisión, pueden ser de naturaleza civil y no mercantil, esto es que se constituya una asociación o sociedad civil. Lo anterior será resuelto y estudiado más adelante

g) El capital social fijo sin derecho a retiro y, en su caso, el capital variable se encuentra representado en títulos de crédito, conocidos como acciones.

2.3 CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD ANONIMA. REQUISITOS Y CLASES DE CONSTITUCION PREVISTAS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Continuando con el estudio del marco general de las sociedades anónimas, no podemos soslayar el tema de la constitución de la misma y los requisitos legales del negocio constitutivo, que se perfecciona una vez que la sociedad es inscrita en el Registro Público de Comercio y con esto ser considerada como una sociedad regular.

Nuestra ley societaria en los artículos 90 y 92 contempla dos formas de constituir una sociedad anónima, que la doctrina ha clasificado en:

1. Simultánea.

2. Sucesiva.

Se considera constitución simultánea porque todas las partes comparecen en un solo acto ante el notario, manifiestan su consentimiento y ante él firman el contrato social, esta forma de constitución opera para todas las clases de sociedades mercantiles.

La constitución sucesiva, esta reservada únicamente a las sociedades por acciones, también se le denomina constitución pública y consiste básicamente en la elaboración de un programa que contiene el proyecto de estatutos, al cual podrán adherirse las personas que así lo deseen a través de la suscripción de acciones y

exhibición de sus aportaciones, en el plazo legal de un año, transcurrido el mismo se celebrará la asamblea constitutiva de la sociedad a la que habrán de acudir los suscriptores, futuros socios.

En relación con la escisión y fusión de sociedades, Barrera Graf señala como formas especiales de constitución la de las sociedades que se crean por efecto de las citadas figuras. En el supuesto de escisión, la transmisión del patrimonio o de los bienes que se escinden puede hacerse a favor de una o más sociedades que se constituyan para tal efecto y si bien esto supone una constitución simultánea ante notario, se distinguiría de esta en que los socios fundadores serían siempre los de la sociedad cuyo patrimonio se divide y escinde; en el caso de fusión Barrera Graf abunda que a diferencia también de la constitución simultánea u ordinaria, esta forma de constitución se realiza a virtud de un acuerdo de fusión que adoptan las dos o más sociedades fusionadas, así como la constitución que proviene de la fusión no viene acompañada de aportaciones individuales de los socios, sino de la transmisión universal de los patrimonios de las sociedades que se fusionan, además que los acreedores de las sociedades que se fusionan pueden oponerse judicialmente a la misma.¹⁰

De lo antes citado, adoptamos la postura de Barrera Graf en el sentido de que la constitución de las sociedades que se crean por efecto de la escisión y fusión debe realizarse a través de las características y formalidades de la constitución simultánea, toda vez que los efectos y naturaleza de ambas figuras, no permitirían la adopción de la forma sucesiva, esto es, no cabe la suscripción pública en dichas figuras, toda vez que en principio los accionistas de la fusionada(s) y escidente serán los mismos en la fusionante y escindida(s), lo anterior se contempla para el caso de la escisión en la fracción III del artículo 228-Bis de la Ley societaria, en el caso de la fusión no se señala expresamente, pero es inherente a dicha figura tal situación.

Por otra parte, diferimos de la postura de Barrera Graf que afirma que la constitución por efecto de la escisión y fusión, son formas diferentes de constitución a la simultánea u ordinaria. Consideramos que las situaciones que se presentan en la constitución por efecto de la escisión y fusión, como lo son el que sea precedida de uno o varios acuerdos adoptados en asamblea extraordinaria, la transmisión universal de

¹⁰ Barrera Graf Rafael. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, D.F. pag. 691.

patrimonios, derecho de oposición a los acuerdos respectivos, no deben ser consideradas como características especiales de una forma de constitución de sociedad, más bien son características y efectos inherentes a las figuras jurídicas en estudio, por lo que afirmamos que las sociedades que se constituyen por efecto de la escisión y fusión, lo hacen a través de la forma de constitución simultánea, no considerando la constitución de las mismas como una forma especial de constitución diversa a la simultánea.

Lo anterior se afirma, toda vez que consideramos que la esencia de la constitución simultánea radica en la realización de un sólo acto jurídico para la constitución de la sociedad, que se concreta con la firma de la escritura de las personas que comparecen ante el notario y dicha escritura reúne los requisitos del artículo 91 de la ley societaria; por tanto y a la luz del citado artículo no consideramos que las asambleas y los efectos propios de la fusión y escisión formen parte del proceso de la constitución de sociedades, siendo un mero antecedente de la escritura donde consta la constitución de la sociedad fusionante o escindida (s).

Lo que distingue a la constitución simultánea de la sucesiva, es la realización de un sólo acto jurídico dentro del proceso propio de constitución que se da en la primera, no pudiendo considerar actos jurídicos propios de la constitución de sociedades a las asambleas respectivas y los efectos propios de la fusión y escisión de sociedades.

Para reforzar las anteriores consideraciones, Luis Muñoz comenta que "... Luego la ley admite dos formas de constitución para las sociedades anónimas, la constitución sucesiva supone la realización de una serie de actos jurídicos que permiten que la sociedad exista para el derecho".¹¹

Estudiaremos los requisitos y exigencias de la constitución simultánea u ordinaria de una sociedad anónima, ya que como se citó esta forma de constitución es la que se adopta para la creación de nuevas sociedades por efecto de la escisión y fusión.

¹¹ Muñoz Luis. ob. cit. pag. 35

La peculiaridad que presenta esta forma de constitución, es que conste en escritura constitutiva, ya sea notarial o póliza otorgada ante corredor público, además en dicha escritura o póliza se deberán satisfacer las siguientes exigencias:

a) Hacer mención de la parte exhibida de capital social, que como mínimo debe ser del 20% (Veinte por ciento.).

b) El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social.

c) La forma y términos en que debe pagarse la parte insoluta de las acciones.

d) La participación de las utilidades concedidas a los fundadores.

e) El nombramiento de uno o varios comisarios.

f) Las facultades de la asamblea general y las condiciones de validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto.

g) La sociedad anónima deberá estar integrada por lo menos con 2 (Dos) accionistas y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos, la falta de dicho requisito durante el funcionamiento de la sociedad acarrea la disolución de la misma.

h) Deberá adjuntarse a la escritura constitutiva, un tanto de los estatutos sociales.

i) En nuestra opinión, en los casos de constitución por efecto de la escisión y fusión, la escritura donde conste la asamblea donde se decretaron dichas figuras deberá insertarse en la escritura constitutiva de las sociedades de nueva creación, como antecedente y como documento que acredite las resoluciones adoptadas por las sociedades participantes.

2.4 CONCEPTO DE SOCIEDAD ANONIMA

Con lo expuesto relativo a la sociedad anónima, intentaremos racionalizar el conocimiento, a efecto de brindar una propia definición de sociedad anónima, no sin antes apuntar que muchos autores no gustan de brindar definiciones y se concretan a citar las principales características de la figura jurídica en estudio.

Concepto. La sociedad anónima es una clase de sociedad mercantil, la que a su vez es considerada persona moral, conforme a lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal a quien la Ley General de Sociedades Mercantiles sigue y con la que se armoniza, en donde las personas físicas o morales que participan en ella, denominadas accionistas, responden en un ámbito de relación externa e interna en forma limitada de las obligaciones sociales (con las excepciones establecidas en la Ley), en proporción a la participación que les corresponda en el capital social, el que a su vez se encuentra representado en títulos de crédito denominados acciones (indivisibles y con valor unitario); asignándose en la ley el carácter de comerciante, independientemente de la actividad u objeto que realice.

CAPITULO III

GENERALIDADES DE LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES ANONIMAS

3.1 ANTECEDENTES DE LA FUSION Y ESCISION

La fusión y escisión de sociedades mercantiles son figuras que aparecen reguladas en nuestra legislación societaria en épocas distintas. Así las cosas la Ley General de Sociedades Mercantiles promulgada por el presidente sustituto constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Abelardo L. Rodríguez y publicada el 4 de agosto de 1934 en el Diario Oficial de la Federación, contempló en el capítulo IX, sección sexta, la fusión y transformación de sociedades, dicho capítulo a la fecha no ha sufrido modificación alguna por lo que se refiere a la fusión de sociedades, encontramos por tanto reguladas las dos clases de fusión, que la doctrina ha reconocido:

1. Fusión pura o por integración.
2. Fusión impura o por incorporación.

Por otro lado, la escisión se incorpora a la legislación societaria con motivo de las reformas y adiciones que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 1992. Siendo el Código Fiscal de la Federación el primer ordenamiento del sistema jurídico mexicano que la definió y reguló, pero únicamente desde el punto de vista tributario, sin entrar a regular cuestiones de tipo corporativo, a este respecto José de Jesús Gómez Coteró señala que la escisión nace del ámbito fiscal, bajo un ordenamiento normativo que lo único que hace es regular los efectos fiscales de las figuras del derecho común, sin analizar las características de la misma.

A mayor abundamiento Rodríguez Lobato establece que el origen fiscal de la escisión no es privativa del derecho mexicano, sino que de igual manera ha sucedido en la legislación de otros países. Tal es el caso de Francia e Italia en donde la escisión nace como una figura fiscal, entendiéndose a ésta como una fusión al revés; Argentina es

otro de los casos en donde a través del ordenamiento fiscal se reconoce la figura en comento.

El licenciado Manuel Tron, señala que el origen fiscal de la escisión de sociedades no es la excepción y tenemos algunos antecedentes previos a su regulación en 1992, como la escisión realizada por Inversora Bursátil S.A. de C.V. publicada el 4 de abril de 1990, en donde se acudió a las autoridades fiscales con el objeto de solicitar el régimen fiscal aplicable a este tipo de operaciones. Bajo este orden de ideas, retomamos lo citado en el capítulo primero, en el sentido de afirmar de que antes que se regulara en la legislación Societaria la escisión de sociedades, la misma era una operación válida y viable, toda vez que acogemos el principio constitucional de que "todo lo que no está prohibido por la Ley a los gobernados, les está permitido".

Si bien es cierto, la regulación de dicha figura en la Ley General de Sociedades Mercantiles, deriva de la necesidad de otorgar una mayor protección a los acreedores de la sociedad escidente y a los mismos accionistas.

A mayor abundamiento el licenciado José Sánchez Olivan, señala que la escisión surge en Francia en el proceso de reestructuración de las empresas, en el que la práctica administrativa, por imperativo de razones económicas, aplicó el tratamiento fiscal de la fusión a determinados casos de desmembración empresarial, esta práctica recogida inicialmente en el ámbito notarial, encontró su ratificación en la Ley francesa de sociedades de 1965.¹²

De lo anterior podemos deducir que la escisión surge, en primera instancia, como una forma de apartarse de la situación jurídica o de hecho contemplada en las leyes fiscales, a efecto de tratar de disminuir la base gravable que sirve para calcular el impuesto, en especial el Impuesto Sobre la Renta. En tal virtud el legislador optó por cerrar dicha salida al contribuyente y regulo en el caso de México, la escisión en el Código Fiscal de la Federación.

¹² Sánchez Olivan José. La fusión de sociedades estudio económico, jurídico y fiscal. Editorial de Derecho Financiero. Madrid. pag. 101

Sin embargo las empresas observaron otro tipo de beneficios que se generaban por efecto de la escisión, distintos a los fiscales, Gómez Cotero señala que la escisión responde a las necesidades de impulso y desarrollo de la empresa contemporánea, ya que permite el crecimiento, diversificación y reorganización de las empresas.

Carlos Sánchez Mejorada considera que particularmente en México existen motivos que dieron origen a la escisión, como son el proteccionismo del patrimonio de los particulares en contra de las expropiaciones gubernativas que se dieron durante la expropiación de la banca en 1982. Esta figura permitió el separar activos bancarios de los no bancarios y salvar de esta manera parte del patrimonio, evitando que cayera en manos del gobierno al nacionalizarse los bancos.

Cuestionamos la opinión del licenciado Sánchez Mejorada, toda vez que la expropiación fue total y en un sólo momento, por tanto no hubo tiempo de tomar ninguna decisión al respecto. Los activos no bancarios fueron vendidos por los bancos ya nacionalizados.

El licenciado Fernando Castronil Sánchez señala que en España la ley de sociedades Anónimas en su artículo 266, establece la fusión y la escisión total.

3.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA FUSION Y ESCISION.

3.2.1 NATURALEZA JURIDICA DE LA FUSION.

A este respecto la doctrina ha sustentado diversas tesis, que han sido estudiadas por algunos autores, podemos destacar las siguientes:

1. Teoría de la Sucesión Universal. Sustentada por Ascarelli, concibe a la fusión como la transmisión de un patrimonio (derechos y obligaciones) como un solo título jurídico, por parte de la(s) sociedad(es) fusionada(s) a la fusionante. Consideramos equivocada esta postura, en virtud de que la transmisión del patrimonio de la(s)

fusionada(s), surge como mero efecto de la fusión y no revela en sí misma lo que es el acto jurídico de la fusión. Esto es uno de los efectos inherentes a la fusión, es la transmisión en un solo acto del patrimonio de las sociedades participantes, transmisión que comparte características de la transmisión a título universal, pero que consideramos en el presente trabajo como distinta.

Esta postura es consecuencia de la mala práctica de algunos autores, consistente en tratar de enmarcar en figuras jurídicas ya estudiadas y conocidas, modelos cuya naturaleza y características son totalmente distintas. Así las cosas, Vasquez del Mercado sustenta "que nuestro derecho considera la sucesión patrimonial como una consecuencia de la fusión y no como la fusión misma".

2. Teoría del Acto Corporativo. Sustentada por Ferri, concibe que las sociedades que se fusionan no desaparecen, sino que continúan existiendo en cuanto a su capital, estructura, accionistas y organización en una sociedad diversa (fusionaste), siendo esto consecuencia de una compenetración de patrimonios originada por un Acto Corporativo (acuerdo de fusión). A este respecto Tavares establece que la sociedad que resulta de la fusión no es una nueva sociedad, sino que viene a ser el producto de la congregación de las sociedades fundidas. Ferri sustenta esta teoría, señalando que el mejor ejemplo de que la fusión es un Acto Corporativo, se concreta en la idea de la "tasación proporcional", por la cual los accionistas de las sociedades absorbidas, tienen derecho a canjear sus acciones, por títulos de la sociedad fusionaste, con lo cual en el acto de fusión, la corporación disuelta no desaparece realmente, sino que es absorbida por la otra corporación.

Aceptar esta corriente implicaría negar la personalidad jurídica que la Ley otorga a las sociedades anónimas como personas morales, esto es la (s) sociedad (es) fusionada (s) se disuelven y extinguen como sujetos de derecho, a efecto de transmitir su patrimonio social a otra sociedad (de nueva creación o ya existente); si no admitimos la disolución y extinción de las fusionadas, no podríamos hablar de la figura jurídica de la escisión, y nos encontraríamos ante otro tipo de figuras como serían la cesión de derechos, compraventa, donación.

3. Teoría de la Disolución. Postura que es señalada por Gómez Cotero en su obra, y se encuentra representada por Rodríguez y Rodríguez. Considera a la fusión como una forma de disolución voluntaria de las sociedades.¹³

Al igual que la teoría de la Sucesión Universal, en esta postura se confunde un efecto propio y característico de la fusión, con esta misma. En efecto la fusión trae como consecuencia la disolución de una o más sociedades y por consecuencia su extinción, característica que distingue a la fusión de otras figuras jurídicas. Vasquez del Mercado no hace referencia a esta corriente.

4. Teoría Contractual. Sustentada por Brunetti, Vivante, Ghidini.

Distingue dos fases de la fusión:

1. El acuerdo unilateral tomado por cada sociedad que decide fusionarse, esto es el acuerdo de fusión tomado en asamblea general extraordinaria de accionistas por las sociedades fusionada (s) y fusionante.

2. El contrato o acuerdo celebrado entre la fusionante y la fusionada (s), relativo a la forma y modo de transmisión del patrimonio social.

Muchos autores en relación con lo anterior distinguen la fusión por incorporación de la por integración, en el sentido de que en la primera sí existe un verdadero acuerdo de voluntades (fusionante y fusionada (s)) en ejecución del acuerdo tomado en asamblea por cada sociedad, y en la fusión por integración el acuerdo de voluntades se traduce en un contrato de constitución de sociedad, a la luz de nuestra ley de sociedades. En apoyo a esta teoría el licenciado Gómez Cotero señala que la naturaleza jurídica de la fusión es un contrato de fusión y no hay por que encuadrarla en otra figura jurídica; añadiendo que como en todo contrato, la fusión requiere de un acuerdo de voluntades, que se forma con el acuerdo de fusión adoptado por cada una de las sociedades en cuestión, Brunetti citando a Valezi señala que los acuerdos de fusión, son actos preparatorios al negocio que tiene naturaleza de contrato.

¹³ Gómez Cotero José de Jesús. ob. cit.

No compartimos la presente teoría, toda vez que ésta se basa en un solo momento y etapa de lo que es la fusión en conjunto (acuerdo entre fusionante y fusionada(s)), dejando a un lado la deliberación unilateral que toma cada sociedad para fusionarse y que consideramos forma parte de un todo jurídico que es la fusión, abundando que resulta demasiado formalista la tendencia de encuadrar figuras jurídicas con características propias dentro de otras que tienen una finalidad y características distintas.

5. Teoría del Acto de Ejecución Complejo. Postura que compartimos y desarrollaremos brevemente.

La sociedad mercantil en ejercicio de su libertad y acogiéndose a las formalidades y mínimos establecidos en la ley societaria se autodetermina y decide fusionarse, abundando que en dicho acuerdo deberán delimitarse las bases sobre las cuales se deberá cumplimentar y ejecutar la fusión, en el entendido de que el delegado de la asamblea correspondiente en ejecución de los acuerdos tomados en la misma, acordará y concretará con el otro delegado la fusión decretada por cada una de las sociedades, en los términos de las asambleas donde se decretaron los acuerdos de fusión. Esto es, debemos distinguir que la fusión se compone por dos actos jurídicos (uno de naturaleza unilateral y otro bilateral), que se complementan y son indivisibles el uno del otro, con lo cual el acuerdo unilateral de cada sociedad donde se decreta la fusión, no debe entenderse como un mero antecedente de un contrato, sino como un acto jurídico unilateral que tiene como finalidad la consecución y celebración de un acto jurídico bilateral, que concrete la libre autodeterminación de las sociedades de fusionarse.

En conclusión la naturaleza jurídica de la fusión, no puede entenderse como un solo acto jurídico, sino en dos que se complementan, toda vez que el acuerdo de fusión de cada sociedad, requiere acogerse a las formalidades y mínimos establecidos en la ley societaria, por tanto dicho acuerdo en sí forma parte integrante de la figura y naturaleza jurídica de la fusión.

El error en el que caen las teorías contractuales es el de analizar únicamente el acto ejecutor de la fusión, mismo que no es toda ésta, sino parte de un todo y procedimiento que culmina con la falta de oposición al acuerdo de fusión y la ejecución del mismo, con la debida inscripción en el Registro Público de Comercio.

3.2.2 CONCEPTO DE FUSION.

Estudiada la naturaleza jurídica de la fusión, podemos dar una propia definición de la misma, conforme a la postura adoptada en el presente trabajo.

La fusión es una figura jurídica contemplada en la ley de sociedades, que se integra por dos actos, uno de carácter unilateral y otro bilateral (tratándose de fusión impura) o constitutivo (tratándose de fusión pura), siendo el segundo de estos actos consecuencia del primero; el cual manifiesta la autodeterminación por una parte de una sociedad de transmitir la totalidad de su patrimonio sin entrar en un período liquidatorio (y con esto disolverse y extinguirse voluntariamente) a otra que se constituye para tal efecto, o bien a una ya existente, que a su vez manifiesta su autodeterminación de disolverse voluntariamente, a efecto de transmitir la totalidad de su patrimonio a la sociedad de nueva creación, o bien acepta recibir la totalidad del patrimonio de otra sociedad que se extingue por tal efecto; a cambio del reconocimiento y participación del carácter de accionistas en la sociedad absorbente o de nueva creación, a las personas que tenían tal cualidad en la sociedad que se extingue, conforme a los lineamientos establecidos en los actos de carácter unilateral que integran la fusión (acuerdos de fusión de cada sociedad).

3.2.3 NATURALEZA JURIDICA DE LA ESCISION

Muchos autores han tratado de dar una explicación simplista de lo que debe entenderse por escisión, así Mantilla Molina citando a Abascal Zamora, establece que un fenómeno contrario a la fusión, que con frecuencia se presenta en la vida contemporánea, para resolver diversos problemas en muchas ocasiones de tipo fiscal es

la escisión (scorporazione)¹⁴; esta descripción no deja un panorama claro para poder desentrañar la raíz jurídica de la escisión. Si bien es cierto que la escisión implica finalidad totalmente contraria a la fusión, no podemos quedarnos con tal concepto para comprender la figura jurídica en estudio.

La escisión implica una desconcentración. Mantilla Molina lo refiere como una desconcentración de empresas, diferimos en este punto, considerando que para un sano lenguaje jurídico se debe referir a una desconcentración de patrimonios, entendiendo por patrimonio el conjunto de derechos y obligaciones que tiene una persona en un momento determinado. Consideramos que el concepto de empresa tiene un sentido más económico que jurídico, así las cosas Mantilla Molina afirma que la empresa es un centro de integración de actividades personales, y tal centro supone un conjunto de personas que se coordinan para realizar dichas actividades. A este respecto Gutiérrez Falla señala que la empresa es una cosa mueble; así el concepto de empresa como tal se encuentra inmerso en el patrimonio de una persona moral.

Así, por efecto de la escisión, la escidente divide la totalidad o parte de su patrimonio (activo, pasivo y capital) en una o más partes y lo transmite a una o más sociedades que se constituyen para tal efecto, con lo cual la escisión no implica en sí una desconcentración de empresas. Aunque sí podemos afirmar que como efecto secundario de la misma, se presenta en la sociedad escidente (sociedad que divide la totalidad o parte de su patrimonio y lo transmite), una desconcentración y redistribución de las actividades organizativas, productivas y administrativas mismas que dan vida en sí a un todo llamado empresa.

Otro rasgo característico de la escisión (al igual que la fusión) es la transmisión del patrimonio en un solo acto, transmisión que comparte características de la transmisión a título universal mortis causa.

Esto es, muchos doctrinarios en su afán sistematizador tratan de comparar dicha transmisión, a la que se da por efecto de la sucesión mortis causa, sin considerar que ambos tipos de transmisiones conservan naturaleza y características distintas, Arce y

¹⁴ Mantilla Molina Roberto. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, D.F.

Cervantes establece que la sucesión en sentido jurídico implica la sustitución en la titularidad en los derechos y relaciones que admiten sustitución, o sea cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho, abundando que en la sucesión inter vivos entre personas físicas es siempre a título particular y la sucesión mortis causa que puede ser a título universal (herencia) y a título particular (legado).

De lo anterior no podemos hablar en la escisión, de una transmisión a título universal mortis causa, sino de una transmisión en un solo acto, que si bien comparte características de la transmisión a título universal mortis causa, esta no la abarca en su totalidad. Abundando que la sucesión en los regímenes jurídicos que admiten la propiedad privada y su transmisión mortis causa, se funda en la necesidad de que un patrimonio no quede desprovisto de su titular, considerando a lo anterior de interés público. Por lo tanto la sucesión a título universal implica la transmisión total del patrimonio de una persona que se extingue o fallece a otra u otras que se encuentran con vida, y por tanto implica una continuación por modo unitario en la titularidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas patrimoniales, activas y pasivas de un sujeto fallecido.

En tal virtud consideramos que el instrumento jurídico del cual se vale la escisión para transmitir el patrimonio de la escidente a la escindida (s), no es la sucesión mortis causa a título universal, toda vez en dicha figura no se contempla una solidaridad obligacional para la persona que transmite el patrimonio, tal como sucede en la escisión, así el inciso d) de la fracción IV del artículo 228-Bis señala en su parte conducente que la sociedad escidente que no hubiere dejado de existir, responderá por la totalidad de las obligaciones de las sociedades escindidas asumidas por el efecto de la escisión, en un término de 3 (tres) años contado a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V del mismo artículo.

Por lo anterior, la transmisión de patrimonio que opera por efecto de la escisión, no debe equipararse a la sucesión mortis causa a título universal como ésta se conoce y estudia, si bien es cierto que comparte muchas de sus características (transmisión en un solo acto de la totalidad del patrimonio), también lo es que tiene características y elementos propios que la distinguen como una clase de transmisión

distinta. Transmisión que se deriva no como efecto directo de la extinción o muerte de una persona, sino como consecuencia de la adopción de una resolución de carácter unilateral.

Así las cosas la escisión implica en su resolución, una declaración de la voluntad de la sociedad escidente (no entendiéndola a ésta como fuente de obligaciones conforme a la legislación común) sino como un acto jurídico unilateral que conforma y limita la voluntad social, a efecto de que los órganos ejecutores den cumplimiento en la esfera jurídica exterior de la sociedad a la misma, así como una transmisión en un solo acto de parte o la totalidad del patrimonio de la misma, transmisión que es consecuencia de la ejecución de la declaración de la voluntad antes citada. Como efectos de dicha transmisión se presenta la subsistencia o extinción de la sociedad escidente y la constitución de una o más sociedades que asumen dicho patrimonio.

Podemos resumir que la naturaleza jurídica de la escisión, radica en la transmisión en un solo acto de la totalidad o parte del patrimonio de una sociedad que comparte características de la sucesión a título universal, a través de una declaración de la voluntad de la misma, a otra u otras que se constituyen para asumir el patrimonio desmembrado.

3.2.4 CONCEPTO DE ESCISION

Delimitada y explicada la naturaleza jurídica de la escisión, podemos conceptualizar la misma al amparo de nuestra legislación Societaria, que la regula y contempla en el artículo 228-Bis (Que a diferencia de la fusión sí brinda una definición de lo que se debe entender por escisión en sus dos clases). Sin embargo intentaremos brindar una definición propia de escisión:

La escisión es un acto jurídico por medio del cual una sociedad en goce y ejercicio de su derecho de libertad de profesión y comercio, decide conforme a los mínimos y requisitos legales, separar y transmitir la totalidad o parte de su patrimonio, a través de un acuerdo que tiene la naturaleza de declaración de la voluntad de carácter

societario, con efectos en principio que inciden únicamente en las relaciones internas de la sociedad, a una o varias sociedades que se constituyen para asumir dicho patrimonio.

Por otra parte transcribiremos la definición que brinda el artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles de la escisión:

"Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación."

3.2.5 CONSIDERACIONES RELATIVAS A LA DEFINICION DE ESCISION CONTEMPLADA EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Es importante destacar los siguientes aspectos derivados de la definición que brinda la ley de sociedades:

1. Encontramos contempladas y reguladas dos clases de escisión:

- a) Escisión pura o por creación.
- b) Escisión impura o por excorporación.

2. En cualquiera de las dos clases de escisión citadas, encontramos como efecto necesario, la transmisión de la totalidad o parte del activo, pasivo y capital de la sociedad escidente. Esto es, no sólo el activo o pasivo, o activo y capital, sino por lo menos una parte del activo, pasivo y capital, lo anterior se desprende de la lectura del artículo 228-Bis de la Ley de sociedades, que en su parte conducente establece: "...se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social...", partes que son aportadas en bloque y en un solo acto. Conforme a lo anterior, se desprende que la sociedad escidente forzosamente tiene que transmitir parte de su activo, pasivo y capital, esto es,

en el numeral en comento la "y" es utilizada en forma copulativa. La Ley de sociedades no establece mínimos porcentuales respecto a la transmisión del activo, pasivo y capital, con lo cual podría decretarse una escisión impura o por excorporación, transmitiéndose un .1%(punto uno por ciento) del activo y pasivo de la sociedad escidente y el grueso de la operación consista en la transmisión del capital social. (Sin embargo a pesar de lo antes citado debemos recordar que a final de cuentas el capital social es parte del pasivo de una sociedad)

De lo antes expuesto podemos afirmar:

1. Conforme a la Ley societaria, para que nos encontremos ante una escisión en cualquiera de sus dos clases, es necesario que se transmita forzosamente parte o la totalidad de los elementos que integran las cuentas de activo, pasivo y capital de la sociedad escidente.

En este supuesto, nos podríamos preguntar ¿Puede darse el caso de que la sociedad escidente transmita sólo algunos activos y pasivos y los socios aporten el capital a la o las escindidas?. Conforme a nuestro sistema jurídico, la respuesta es negativa, nuestra Ley de sociedades es muy clara y exige que se transmita por lo menos parte de las tres cuentas (activo, pasivo y capital) a las sociedades de nueva creación. Si los accionistas de la escidente quisieran aportar capital a la o las escindidas, tendrían que hacerlo vía aumento de capital social conforme a las disposiciones legales.

2. De no cumplirse con lo anterior, esto es, si solo se transmite pasivo y capital, o activo y pasivo, conforme a nuestro ordenamiento societario nos encontraremos ante una simple cesión de derechos u obligaciones y por tanto no estaremos en presencia de una escisión, abundando que la resolución de escisión en la respectiva asamblea estará viciada de nulidad, aun cuando se hubieren observado los otros requisitos legales.

3. La Ley General de Sociedades Mercantiles no establece porcentajes mínimos, respecto de la parte de activo, pasivo y capital que la sociedad escidente tiene que transmitir a la sociedad escindida. Por ejemplo se podría transmitir \$1.00(UN PESO

00/100 M.N.) como elemento de la cuenta de activo y el grueso de la operación en pasivo y capital, en este caso se configuraría la escisión.

4. Así las cosas, consideramos que el requisito legal de transmisibilidad de las tres cuentas (activo, pasivo y capital), para configurar la escisión en nuestro sistema jurídico, está de sobra, ya que lo que realmente configura la figura de la escisión (doctrinalmente hablando), es la constitución de nuevas sociedades con parte o la totalidad del patrimonio de una ya existente (esencia de la escisión).

5. Por lo anterior, proponemos dos soluciones totalmente opuestas entre sí, que consideramos más consistentes, que la prevista en el sistema de nuestra ley de sociedades:

a) Con una previa revisión y consideración de tipo fiscal, establecer en la Ley societaria porcentajes mínimos de transmisibilidad de las cuentas que integran el balance de la sociedad escidente (activo, pasivo y capital).

Por ejemplo, establecer que como mínimo el 20% (Veinte por Ciento) del total que integran las cuentas de activo, pasivo y capital se transmita por efecto de la escisión.

b) Establecer la posibilidad de que la sociedad escidente transmita la totalidad o parte de cualquiera o ambas de las tres cuentas que integran el balance de la sociedad.

En este caso, la solución sería modificar la redacción de la Ley para quedar como sigue: "Transmitir la totalidad o parte de cualquiera de las cuentas de activo, pasivo y capital, siempre y cuando se transmita la suma necesaria para que se integre el capital social mínimo de la o las escindidas, conforme a lo dispuesto en el artículo 89 fracción II de la ley societaria".

Lo anterior, toda vez que conforme al actual sistema, la sociedad escidente podría transmitir una unidad de las cuentas de activo y pasivo y el grueso de

la operación afectando el capital social o viceversa. Con las soluciones planteadas, se busca que la escisión refleje una verdadera desconcentración del patrimonio de la sociedad escidente.

CAPITULO IV

FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES ANONIMAS EFECTOS COPORATIVOS

4.1.1 CLASES DE ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS DONDE SE DECRETAN

Como se sabe, la voluntad de las personas morales se configura a través de la voluntad particular de cada una de las personas físicas y morales que forman parte de la misma, ya sea por una aportación en capital, trabajo o ambos dependiendo la clase de sociedad de que se trate.

La adopción del acuerdo de fusión debe adoptarse según la clase de sociedad de que se trate. En el caso de las sociedades anónimas, debe adoptarse en una asamblea general extraordinaria de accionistas de conformidad con lo establecido en el artículo 182 fracción VII de la Ley General de Sociedades Mercantiles. No debemos olvidar que de conformidad con la naturaleza jurídica de la fusión y la teoría del acto de ejecución complejo que apoyamos en el presente trabajo, la adopción del acuerdo de fusión en si mismo no abarca la totalidad de la fusión como acto jurídico consumado. Consideramos que el acuerdo de fusión implica una declaración unilateral de la voluntad, que supletoriamente en lo no previsto por la ley de sociedades deberá regirse por las disposiciones conducentes al libro cuarto, título primero, Capítulo I del Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Común, que se refiere al consentimiento como elemento en los contratos (artículos 1803 a 1811).

Ahora bien, ¿Qué razones y motivos consideró el legislador, para exigir que el acuerdo de fusión de una sociedad anónima, se adoptare en Asamblea General Extraordinaria de Accionistas?

1. El acuerdo puede implicar la futura incorporación de nuevos accionistas en la sociedad (tratándose de fusión impura), aunque la sociedad anónima no es un negocio intuitu personae, el ánimo o voluntad de los accionistas es un factor que no debe soslayarse aun en las sociedades anónimas.

2. La fusión implica la disolución y extinción de una o más sociedades, con lo cual la *afectio societatis* y el *animo contraendo societatis*, como factores esenciales en el contrato social, pueden perderse en algunos socios al integrar la sociedad resultante de la fusión, así las cosas Mantilla Molina¹⁵ señala que la nota determinante del negocio constitutivo de una sociedad es la vinculación recíproca de las partes, aunque la Ley societaria en una laguna jurídica no conceda expresamente el derecho de separación a los socios que voten en contra de la resolución de fusión, aunque en estricta teoría y doctrina debería concederse en virtud de que como quedó demostrado, la sociedad como persona moral, cuenta con un origen y una voluntad constante de permanencia por parte de los socios en la misma (*animo contraendo societatis*).

3. La fusión puede implicar para los socios de la fusionada un cambio radical en el objeto social por el cual invirtieron y apostaron originalmente, al incorporarse a la sociedad resultante, trastocándose de igual manera los elementos constitutivos del negocio social, en la forma apuntada en el punto anterior.

En resumen, la exigencia de que la fusión de sociedades anónimas, se realice bajo una formalidad con mínimos legales mas exigentes, deriva de un reconocimiento expreso del legislador al elemento subjetivo que integra el negocio social (como lo son la *afectio societatis* y el *animo contraendo societatis*).

Respecto a la escisión de sociedades, el artículo 228-Bis en su fracción I establece que la escisión sólo podrá acordarse por resolución de asamblea de accionistas, con la mayoría exigida para la modificación del contrato social, esto es en una asamblea general extraordinaria de accionistas, en relación con lo establecido en la fracción IX del artículo 182 de la ley societaria.

Podemos señalar que las mismas razones y motivos que tuvo el legislador en la fusión para establecer como mínimo legal la exigencia de que dicho acuerdo se adopte en asamblea extraordinaria, los tuvo en la escisión; toda vez que la escisión implica la creación de una o más sociedades que pueden tener objeto social distinto al de

¹⁵ Mantilla Molina Roberto. ob. cit.

la escidente, y con esto alterar los elementos esenciales del negocio social, y en tal virtud los accionistas verían afectado el patrimonio social, a una o más sociedades de nueva creación que posiblemente no cubren las expectativas de los mismos, ya sea por el objeto social o las condiciones económico-financieras con que cuenten las sociedades de nueva creación. Esto es, la sociedad o sociedades que se constituyan como efecto de la escisión, no necesariamente tienen una equivalencia entre el capital social y el capital contable al momento de su constitución (capital teórico), generalmente en una sociedad anónima al momento de su constitución, coinciden nominalmente el capital social y el capital contable, toda vez que al no existir operación alguna, las cuentas de activo y pasivo no sufren alteración alguna, lo anterior tiene una excepción además de la contemplada en la escisión: la sociedad al momento de constituirse puede tener un capital social mayor que el capital contable cuando:

a.) El capital social no se encuentre totalmente exhibido, la Ley General de Sociedades Mercantiles permite que al constituirse una sociedad anónima se suscriba y pague el 20% (Veinte por ciento) del total del capital social mínimo.

Pero a diferencia de lo antes citado, lo más probable es que las sociedades que se constituyen como efecto de un acuerdo de escisión, arrancan sus operaciones con un capital contable no equivalente al capital social, toda vez que las sociedades escindidas reciben parte del activo, pasivo y capital de la sociedad escidente. Por capital contable debemos entender la diferencia entre el activo y pasivo, así también podemos indicar que el capital contable es la suma en el ejercicio o bien, es la diferencia entre el capital exhibido y las pérdidas no absorbidas por los accionistas.

Por las razones expuestas, consideramos atinada la decisión del legislador, de establecer que los acuerdos de escisión se adopten en una asamblea general extraordinaria de accionistas, en virtud de que de dichos acuerdos se puede desprender lo siguiente:

1. Un mayor riesgo en la inversión realizada por los accionistas en la sociedad originaria.

2. Una posible modificación y alteración de los elementos esenciales del negocio constitutivo de la sociedad.

3. Una modificación sustancial en las proyecciones y expectativas financieras, económicas y fiscales de la sociedad originaria.

Todo lo anterior incide en el ánimo de los accionistas, con lo cual se observa que el legislador, no pasó por alto el ánimo subjetivista que conforma e incide en la sociedad anónima, que aunque con personalidad jurídica propia, no olvida en su proceso formativo la concurrencia de voluntades para su constitución, voluntades que le dan forma y contenido.

4.1.2 CONTENIDO DE LA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS DONDE SE DECRETA LA FUSION

Como se citó, en la fusión encontramos que las sociedades que intervienen en la misma celebran asambleas extraordinarias de accionistas, en las que, por un acto volitivo, deciden celebrar el acto jurídico en cuestión.

Tal como lo apuntamos en el primer capítulo, trataremos de abordar algunos temas de carácter práctico, por tal motivo expondremos algunos puntos esenciales que deben contemplarse en el orden del día de la asamblea donde se decreta una fusión pura, y que en su caso serán adoptados o rechazados. Por tal motivo transcribiremos un ejemplo de acta de asamblea extraordinaria de una sociedad fusionada.

"En virtud del escrutinio realizado y de conformidad con el artículo 132 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se declaró legalmente instalada la asamblea, procediendo el Presidente de la misma a dar lectura al siguiente orden del día.

a) Presentación, discusión y aprobación en su caso de los estados financieros de la sociedad del periodo comprendido del ____ al ____ (publicación del

ultimo balance de la sociedad, a este respecto existe discusión doctrinal, aceptándose por algunos el balance del ultimo ejercicio social, situación en la que no estamos de acuerdo), en su caso publicación de dicho balance en el periódico oficial del domicilio social de la sociedad.

b) Acuerdo de fusión con la sociedad denominada Bajo Cero, S.A. de C.V., y en su caso autorizar la transmisión de la totalidad del patrimonio de la sociedad, a la sociedad que se constituya por efecto del acuerdo de fusión.

c) Disolución de la sociedad de conformidad con el artículo 229 fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

d) Presentación, discusión y aprobación en su caso del plan para extinguir los pasivos y obligaciones de la sociedad, existentes a la fecha de firma de la presente acta, de conformidad con los estados financieros de la sociedad presentados para su aprobación en la presente asamblea.

e) Presentación, discusión y aprobación en su caso del proyecto de estatutos de la sociedad que se constituya por efecto de la fusión que se decreta en la presente asamblea.

f) Presentación, discusión y aprobación en su caso del sistema de valoración y participación de la sociedad fusionada en la sociedad que se constituya por efecto de la fusión, que se decreta en la presente asamblea.

g) Remoción de la totalidad de los miembros que integran el consejo de administración de la sociedad y en su caso nombramiento de las personas que gozarán en todo lo que no se oponga a la figura jurídica de la fusión, de las facultades inherentes a un liquidador social de conformidad con lo establecido en la sección sexta, capítulo IX de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

h) Nombramiento de las personas que en representación de la sociedad, concurren en representación de ésta al otorgamiento de la escritura donde se ejecute la

fusión que aquí se decreta y conste la constitución de la sociedad que se crea por efecto de la misma.

i) Inscripción en el Registro Público de Comercio, de los acuerdos tomados en la presente asamblea, y en su caso nombramiento de delegado o delegados que den cumplimiento a este punto.

j) Otorgamiento y en su caso revocación de poderes conferidos por la sociedad.

k) Asuntos Generales."

Comentarios a lo antes expuesto:

Como se ha reiterado, en virtud de la postura que se ha sostenido en el presente trabajo, la realización del acto jurídico de fusión consta de dos momentos:

1. Deliberación y acuerdo de cada sociedad de fusionarse.

2. Ejecución de los acuerdos de fusión de las sociedades participante, que consideramos debe concretarse en un contrato.

Si bien es cierto la asamblea de accionistas en donde se decreta y autoriza celebrar la fusión a cada sociedad, no puede tomarse como una declaración unilateral de la voluntad, entendiéndola a ésta como fuente de obligaciones, en los términos de los artículos 1860 y 1861 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal, ordenamiento de aplicación supletoria a la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues como se sabe la asamblea de accionistas y sus resoluciones como tales no vinculan jurídicamente a la sociedad con terceros (la resolución de una asamblea si vincula, pero obliga a los propios accionistas de la sociedad). La asamblea de accionistas es un órgano de deliberación, así el artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece en su parte conducente "La asamblea general de accionistas... y sus resoluciones serán cumplidas

por la persona que ella misma designe o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración..."

A este respecto el licenciado Vasquez del Mercado en clara contradicción a su postura, hace un mal manejo en sus expresiones de lo que debe entenderse por el acuerdo de fusión en la asamblea de accionistas, cuando afirma "habiendo ya explicado que la deliberación es una declaración unilateral de la voluntad, emitida por cada una de las sociedades que deban fusionarse"

Así Vasquez del Mercado¹⁶ citando a Mario Ghinidi, señala que no es posible ver en la voluntad de la asamblea una manifestación de voluntad de carácter negocial (propuesta o aceptación), ya que tal voluntad no se dirige a la otra sociedad (como debería ser si se tratase de una propuesta o aceptación), sino a los órganos sociales ejecutivos.

Por otro lado, Vasquez del Mercado afirma que una vez ejecutado el contrato de fusión, no habrá oportunidad de revocar la asamblea de la sociedad en donde se decreta la misma, ante esto el citado autor señala "creemos que aceptar que el contrato de fusión pueda reconsiderarse traería consecuencias que provocaría diversos problemas, las sociedades que desaparecen no podrían adquirir nuevamente la personalidad y lo que es más, no habría quien actuara por éstas".

Lo anterior se estudiara y analizara en capítulos posteriores del presente trabajo.

Con lo anterior, nos podemos preguntar, ¿Cuál es la naturaleza jurídica e importancia de la asamblea de accionistas donde se decreta la fusión y sus respectivas resoluciones?

La resolución de la asamblea, como tal, no es una declaración unilateral de la voluntad entendida como fuente de obligaciones, pero es un acto jurídico unilateral (manifestación de la voluntad con efectos de derecho previstos en la ley societaria) esto

¹⁶ Vasquez del Mercado Oscar. ob. cit.

es, faculta a un órgano de ejecución para que lleve a cabo las resoluciones, pero lo más importante es que le da forma y contenido a la voluntad social que se expresa ante terceros a través de los órganos de ejecución.¹⁷

En este orden de ideas cualquier vicio u obscuridad en los puntos que conformen el consentimiento de la sociedad en la asamblea, facultaría a los socios ausentes o disidentes a demandar la nulidad de la misma y con esto pensar en la posibilidad de anular el contrato de fusión elevado a escritura pública, y volver las cosas al estado que se encontraban (con los inconvenientes prácticos y jurídicos a que se refería Vasquez del Mercado), toda vez que el consentimiento de una de las partes en el contrato de fusión, estaría viciado. Por tal motivo, es de suma importancia expresar con precisión los puntos que se tienen que tratar y resolver en la asamblea donde se decreta la fusión, con dos efectos:

1. Delimitar y formar la voluntad de la sociedad.
2. Delimitar las facultades del órgano de ejecución, respecto de las resoluciones tomadas en la asamblea de accionistas.

Ahora bien, cosas distintas son, por una parte, los vicios propios en la asamblea donde se adopta la fusión y otra, la mala ejecución de las resoluciones por parte del órgano autorizado para cumplir con dicha función, en este último supuesto consideramos que estaríamos en presencia de una nulidad relativa del contrato de fusión, por lo cual la irregularidad sería susceptible de subsanarse.

En tal sentido, cabe destacar la incertidumbre jurídica que provocaría el que un accionista tuviere el derecho a demandar la nulidad del acta de asamblea extraordinaria donde se decreta la fusión y con ésta el contrato de fusión, prescribiendo dicha acción en un término de 5 (cinco) años, de conformidad con el artículo 1045 del Código de Comercio, agravando a tal situación que la Ley General de Sociedades

¹⁷ En relación con la junta de accionistas José Manuel Otero Lastres afirma que es un órgano que manifiesta su voluntad de forma inmediata en el sentido de que no actúa soportando la voluntad de ningún otro órgano, así como es un órgano que opera con efectos internos, porque, al carecer de poder de representación hacia el exterior, no entra en relaciones con terceros.

Mercantiles, no concede a los accionistas disidentes el derecho de separarse de la sociedad por virtud de un acuerdo de fusión (aunque, como veremos mas adelante, creemos que éste se concede en algunos casos de fusión). Imagínese una sociedad constituida por efecto de la fusión, con 3 (tres) años de funcionamiento, que tuviese que desaparecer por declararse nulo el contrato de fusión.

Así las cosas, encontramos lo siguiente:

1. Existencia de un vicio en la asamblea que adopta la fusión, que a su vez provoca un vicio en el consentimiento de la voluntad social.

Por ejemplo, si la asamblea de fusión no totalitaria, no se convocó con la anticipación prevista en la Ley, o bien si las resoluciones no fueron votadas y aprobadas por las personas que representen el capital social, en el porcentaje que determina la Ley para Asamblea Extraordinaria ya sea en primera o posteriores convocatorias.

2. Los socios ausentes o disidentes pueden demandar la nulidad absoluta de la asamblea y con esto poder demandar la nulidad del contrato de fusión por vicios en el consentimiento (consideramos que los socios presentes que hubieren votado en favor del acuerdo, no tendrían legitimación activa para demandar la nulidad de la asamblea, ya que los mismos consintieron dicho acuerdo. (Tal situación es debatida por algunos doctrinarios como se estudiará más adelante)

3. Lo anterior provocaría una gran inseguridad jurídica en la esfera del mundo societario, situación que podía remediarse en gran medida, otorgándose expresamente en la ley societaria, a los accionistas disidentes el derecho de retiro, y a los ausentes y disidentes que no hubiesen ejercido el retiro, la posibilidad de que al momento de demandar judicialmente la nulidad de los acuerdos de fusión de la fusionante o fusionada, si la segunda se extinguió y la primera se constituyó, se le cubran a los accionistas demandantes sus acciones de conformidad con el procedimiento del artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, más los intereses legales correspondientes a la materia mercantil 6% (seis por ciento).

Toda vez que:

1. Si bien es cierto la Ley General de Sociedades Mercantiles no otorga en forma expresa a los accionistas disidentes del acuerdo de fusión los derechos de separación y oposición judicial, por otro lado no hay prohibición expresa en la ley, para que los socios ausentes y disidentes puedan ocurrir ante los Tribunales a demandar la nulidad de la asamblea de fusión y por tanto la del contrato de fusión, también lo es que por principio de seguridad jurídica, el interés colectivo prevalece sobre el individual, por lo cual consideramos que si se interpone la demanda de nulidad en el tiempo que las sociedad(es) fusionada(s) dejaron de existir, los tribunales deben resolver, en caso de que la demanda y la nulidad fueren procedentes, en el sentido de ordenar a la fusionante pagar a los accionistas demandantes sus acciones, de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 206 de la Ley de sociedades, más los intereses legales que se hubieren generado.

En capítulos posteriores estudiaremos con mayor profundidad el tema de la nulidad de la asamblea y del contrato de fusión.

Como conclusión podemos decir que la asamblea general extraordinaria de accionistas de las sociedades fusionada(s) y fusionante (en tratándose de fusión impura) deben ser claras y sobre todo asegurar que en la misma se resuelvan principalmente estos puntos:

1. Disolución de la sociedad.
2. Acuerdo de fusión.
3. Valoración patrimonial de la sociedad y porcentaje de participación patrimonial en la fusionante (lo cual sirve de base para la relación de canje de títulos o acciones de las sociedades que intervienen en la fusión).

4.1.3 CONTENIDO DE LA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS DONDE SE DECRETA LA ESCISION

En un procedimiento parecido al de la fusión, la sociedad escidente decide dividir la totalidad o parte de su patrimonio social, para transmitirlo a las sociedades que se constituyan para tal efecto. Como se ha citado el artículo 228-Bis en la fracción I de la ley societaria, remite al 182 del mismo ordenamiento, por lo cual el acuerdo de escisión deberá adoptarse en asamblea general extraordinaria de accionistas.

Tal y como se expuso en la fusión, transcribiré algunos puntos esenciales que debe abarcar el orden del día en una asamblea de accionistas donde se decrete una escisión pura.

"En virtud del escrutinio realizado y de conformidad con el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se declaró legalmente instalada la asamblea, procediendo el presidente de la misma a dar lectura al siguiente orden del día.

a) Presentación, discusión y aprobación en su caso de los Estados Financieros de la sociedad debidamente dictaminados, que comprenden del periodo del ___ al ___ (la ley establece que deben presentarse los estados que abarquen por lo menos las operaciones realizadas en el último ejercicio social, no estamos de acuerdo con el legislador en este punto como se expondrá mas adelante, sugerimos que los estados financieros contemplen las operaciones realizadas hasta la fecha de celebración de la asamblea donde se decreta la escisión aún cuando en este caso los estados financieros no se podrían presentar dictaminados)

b) Acuerdo de escisión de la sociedad, y en su caso autorizar la transmisión de la totalidad del patrimonio social a las sociedades que se constituyan por efecto de la escisión que aquí se decreta.

c) Disolución de la sociedad, conforme a lo dispuesto en el artículo 229 fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

d) Presentación, discusión y aprobación en su caso del proyecto en el cual consta la forma, plazos y mecanismos por los que los diversos conceptos de activo, pasivo y capital de la sociedad, serán transmitidos a las sociedades que se constituyan por efecto de la escisión que aquí se decreta.

e) Presentación, discusión y aprobación en su caso del proyecto en el cual se contiene la descripción de las partes de activo, pasivo y capital de la sociedad, que serán transmitidas a las sociedades que se constituyan por efecto de la escisión que aquí se decreta.

f) Presentación, discusión y aprobación en su caso del proyecto en el que se establece la forma y asignación de la totalidad de las obligaciones de la sociedad, a las sociedades que se constituyan por efecto de la escisión que aquí se decreta.

g) Presentación, discusión y aprobación en su caso de los proyectos de estatutos sociales correspondientes a las sociedades que se constituyan por efecto de la escisión que aquí se decreta.

h) Ratificación de la totalidad de los miembros del Consejo de Administración, los cuales deberán observar las disposiciones relativas a la disolución y liquidación de sociedades contempladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, abundando que serán responsables de informar a la asamblea sobre las operaciones que se realicen hasta que la escisión surta plenos efectos legales. (Así lo contempla la ley de sociedades, en el artículo 228-Bis, fracción IV, inciso c; situación que consideramos incongruente, toda vez que si con el acuerdo de escisión la sociedad entra en periodo de disolución, debemos recordar que las sociedades que entren en dicho periodo deben ordenar a sus administradores no realizar operación posterior alguna; por lo que surge la cuestión sobre cuáles serían las operaciones que deben informar los administradores. Consideramos mas lógico, el remover a la totalidad de los miembros del Consejo de Administración, y nombrar a una o varias personas, que gocen en todo lo que no se oponga a la figura jurídica de la escisión, de las facultades inherentes a un liquidador social, de conformidad a lo establecido en la sección sexta, capítulo IX, de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

i) Nombramiento de la persona o personas que ocurran ante el Notario Público número ___ del Distrito Federal, a efecto de protocolizar el contenido de la presente asamblea.

j) Ordenar la inscripción en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio social de la sociedad, de los acuerdos tomados, así como ordenar la publicación del extracto de la presente asamblea, en la gaceta oficial correspondiente al domicilio de la sociedad, y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la sociedad. En su caso nombramiento de la persona o personas que den cumplimiento a lo antes expuesto.

k) Revocación de la totalidad de los poderes conferidos por la sociedad.

l) Asuntos Generales.

Comentarios a lo antes expuesto comparados con los realizados anteriormente en relación con la fusión:

1. El acuerdo de escisión en cualquiera de sus dos clases, es adoptado por una sociedad denominada escidente, mientras que el acuerdo de fusión en cualquiera de sus dos clases, es tomado como mínimo por dos o más sociedades (fusionadas y en su caso fusionante.)

2. Por la naturaleza jurídica de la escisión, el acuerdo por el cual se decreta, es un acto jurídico unilateral que constituye un antecedente de la escritura donde conste la constitución de la sociedad o sociedades escindidas. Al igual que en la fusión, dicho acuerdo da forma y contenido a la voluntad social, pero a diferencia de la fusión, dicha voluntad no se confronta con otra emanada de sociedad diversa.

El acuerdo de escisión sirve de guía y antecedente obligatorio, para los accionistas que concurren a la constitución de las sociedades escindidas, que en principio tendrán una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente, mientras que el acuerdo de fusión tiene como fin preponderante el delimitar

las bases y principios con los cuales el órgano ejecutor del mismo tendrá que negociar el contrato respectivo (tratándose de fusión impura), mientras que en la fusión pura los acuerdos respectivos, al igual que en la escisión servirán como antecedente de la escritura constitutiva de la fusionante

3. Como se observa, para que el acuerdo de escisión surta plenos efectos, al igual que la fusión en cualquiera de sus dos clases, depende de la realización de otro acto jurídico posterior como lo es el otorgamiento de la o las escrituras donde conste la constitución de las sociedades escindidas (a este respecto consideramos que la escisión pura surte plenos efectos cuando se constituyen la totalidad de las sociedades escindidas, que prevé el acuerdo de escisión, por tal motivo el notario ante el cual se ejecute el acuerdo de escisión, deberá verificar que se constituyan la totalidad de las sociedades escindidas, ya que ante la falta de una, el fedatario no debe autorizar la respectiva escritura). Como se estudiará mas adelante, hasta que la escisión surte plenos efectos la escidente sigue existiendo, bajo un estado disolutorio.

4. De la lectura de la fracción IV del artículo 228-Bis, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, consideramos que los dos primeros renglones del inciso d.), se encuentran comprendidos en lo establecido en el inciso b.) del artículo en comento, ya que las obligaciones de la sociedad escidente, en técnica jurídica y contable, forman parte de los diversos conceptos de activo, pasivo y capital, según sea el caso. Destacamos por tanto, la deficiencia en la técnica jurídica utilizada por el legislador.

Esto es, la resolución que apruebe la escisión debe contener la descripción de las partes de activo, pasivo y capital social que correspondan a cada sociedad, por lo que lo establecido en el inciso d) del artículo en comento resulta repetitivo, cuando establece que en la resolución de escisión debe mencionarse la determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida. Consideramos que las obligaciones forman parte del pasivo de la sociedad, por tal motivo afirmamos que los dos primeros renglones del inciso d), se encuentran comprendidos en lo dispuesto en el inciso b) del artículo en cuestión.

5. Un problema que surge, relativo a la asamblea de escisión, se deriva de la fracción IV del artículo 228-Bis de la ley de sociedades.

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

a) La descripción de la forma, plazos y mecanismos en que los diversos conceptos de activo, pasivo y capital social serán transferidos;

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

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

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

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

De lo anterior, cabe preguntarse si con la sola aprobación del punto de la orden del día referente al acuerdo de escisión, se pueden tener por aprobados los puntos comprendidos en los incisos de la fracción citada.

En principio, conforme al enunciado general de la fracción citada, la aprobación del punto del orden del día relativo al acuerdo de escisión, trae aparejada la

aprobación de los puntos contemplados en la citada fracción IV, pero en si consideramos que el espíritu del legislador fue el que los puntos de la fracción IV, fueren tratados como puntos independientes en el orden del día de la asamblea respectiva, y en su caso resueltos de igual manera. Aun cuando lo anterior puede generar diversos problemas prácticos, con lo cual nos enfrentamos ante dos cuestiones:

1. Si con la aprobación del acuerdo de escisión, se tienen por aprobados los puntos de la multicitada fracción, se podrían generar diversos problemas entre los accionistas de la sociedad escidente.

2. Se puede causar una mayor controversia y deliberación entre los accionistas de la sociedad escidente por la aprobación en forma independiente de los puntos de la fracción IV, que podría desembocar en algún momento en que se aprobara el acuerdo de escisión y por ejemplo no se aprobara o no se llegare a un consenso respecto al proyecto que contenga la descripción de la forma, plazos y mecanismos en que los diversos conceptos de activo, pasivo y capital serán transmitidos. Situación que parecería absurda.

Aun con lo expuesto, consideramos que los diversos conceptos de la fracción IV deben ser tratados y resueltos como puntos independientes en la asamblea de escisión, en virtud de que lo anterior genera mayor certidumbre y deriva de una sana técnica corporativa. Si bien es cierto, se pueden causar los problemas citados en el punto dos anterior, también lo es que si los accionistas resolvieron como punto independiente acordar la escisión de la sociedad, y si realmente es la intención y consenso de la mayoría adoptar dicha figura, consideramos que no habrá problema en resolver en forma independiente los puntos de la fracción IV en comento, por que una cosa es el ¿Qué? (escisión) y otra los ¿Cómos? (la forma en como operará la escisión) y algunos de esos puntos son consecuencia de la primera decisión, que fue la adopción de la escisión. Aun cuando no dudamos que problemas prácticos se presentarán, especialmente en sociedades cuyo capital se encuentre disgregado en forma que no existan accionistas con capital preponderante.

CAPITULO V

LA ACCION EN LA FUSION Y ESCISION.

5.1.1 IMPACTO SOBRE LAS ACCIONES DERIVADOS DEL ACUERDO DE FUSION DE SOCIEDADES

En principio analizaremos los efectos que produce la fusión, en las distintas clases de acciones contempladas en la ley de sociedades, para después analizar los diversos derechos que la ley societaria concede en forma expresa a los accionistas ante un acuerdo de fusión en cualquiera de sus dos clases. Así también estudiaremos los derechos de los titulares de cierta clase de acciones contempladas y reguladas en nuestra ley de sociedades, por considerar que lo anterior no ha sido profundizado por muchos autores.

5.1.2 ACCIONES DE GOCE.

Contempladas en el artículo 136 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, Mantilla Molina¹⁸ afirma que sí pueden considerarse acciones como tales. El procedimiento de emisión de éstas consiste en que la sociedad amortiza sus propias acciones, con las utilidades que para tal efecto se hubieren reservado. Así Guillermo S. Paz, señala que al contabilizar la amortización de acciones, generalmente se formula un asiento denominado utilidades por aplicar o reserva para amortización de acciones, y para que una sociedad pueda emitir acciones de goce es necesario que tal situación se contemple en los estatutos sociales, o en su caso en reforma realizada a los mismos. Así también en los estatutos, se autorizará si dichas acciones tendrán derecho a voto, y en su caso el plazo mínimo hasta el cual se podrá efectuar la amortización de acciones. La amortización de acciones, como acto específico, se autoriza en asamblea general ordinaria de accionistas, en la cual se determinará el precio en que deben de ser amortizadas.

¹⁸ Mantilla Molina Roberto. ob. cit.

Ahora bien, surge el cuestionamiento de qué efecto práctico conlleva la emisión de esta clase de acciones y qué relación guardan con el acuerdo y proceso de fusión de una sociedad anónima.

1. Las acciones de goce son una clase de acciones con derechos especiales.

2. En nuestro particular punto de vista consideramos que aunque los estatutos sociales no autoricen el derecho a voto en las asambleas, dichas acciones gozarán del mismo en las asambleas ordinarias y extraordinarias, salvo que dichas acciones además tengan la modalidad de acciones de voto limitado, para sustentar lo antes citado, mencionaremos que el artículo 198 de la ley de sociedades en relación con el 113 del mismo ordenamiento, establece en forma imperativa:

"Es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas...", por lo cual consideramos que lo antes citado prevalece sobre lo dispuesto en el artículo 113 del ordenamiento en comento que consigna "...el mismo contrato social podrá también conceder el derecho de voto a las acciones de goce...". Tal consideración es ambigua y no tiene el carácter de una disposición imperativa, toda vez que el derecho de voto de las acciones, es otorgado a las distintas clases de acciones con las limitaciones establecidas en la ley de sociedades, de lo anterior no encontramos en el citado ordenamiento restricción alguna para que el titular de una acción de goce pueda votar en una asamblea, así Mantilla Molina establece que "el artículo 137, que a las acciones de goce se refiere, tiene carácter permisivo y no imperativo".

El citado autor en su exposición, señala que la amortización no implica disminución de capital social, ya que éste permanece intacto, en realidad lo que se ha entregado al accionista no es una parte alicuota del capital social, y no hay por qué desconocerle el carácter de socio.

3. Si bien es cierto aceptamos que el accionista de goce, tiene derecho a votar, también lo es que todo acuerdo de la sociedad que pueda perjudicar los derechos

de los titulares de acciones de goce tiene que contar con su aprobación, la que debe obtenerse en una asamblea especial que al efecto se convoque.

4. Por otro lado, siguiendo a Barrera Graf la emisión de acciones de goce se justifica en aquellas sociedades anónimas que en el curso de su vida vayan reduciendo el monto del capital social, y que, además, quieran conservar el derecho de todos los socios de recibir las prestaciones patrimoniales que las acciones confieren; estas hipótesis suelen plantearse en los casos de explotación de fondos mineros, en que las vetas se hayan agotado, y en los casos de concesiones administrativas en que a su término los bienes de la sociedad reviertan en favor del Estado, otro ejemplo más común en que pueden utilizarse las acciones de goce es cuando la sociedad prefiere emitir esta clase de acciones en lugar de emitir obligaciones.

5. Por último, las acciones de goce implican un reembolso que hace la sociedad al accionista al que le fueron amortizadas las acciones (reembolso en cantidad igual o mayor al valor nominal de la acción), concediéndole los estatutos sociales un dividendo en porcentaje que marquen los mismos. Es importante destacar que sólo pueden amortizarse acciones íntegramente pagadas.

Ahora bien, ¿Cómo afecta un acuerdo de fusión a esta clase de acciones?, encontramos dos cuestiones:

a) Si la sociedad fusionada contempla en sus estatutos sociales la posibilidad de emitir acciones de goce en determinado plazo, y para tal efecto la misma creó una reserva para amortización de acciones formada por un porcentaje de las utilidades anuales de la sociedad, y a la fecha en que surte efectos la fusión decretada por dicha sociedad, no se hubiere llevado a cabo la amortización prevista. Con lo anterior nos podemos preguntar ¿Qué sucede si la fusionante no contempla en sus estatutos, la posibilidad de emitir acciones de goce?, ¿Cuál sería el destino de la reserva que tenía la sociedad fusionada para la amortización de acciones de goce? y en su caso ¿Cómo se integraría al balance de la sociedad fusionante?

b) Si la sociedad fusionada cuenta al momento que se acuerde y surta efectos la fusión, con accionistas titulares de acciones de goce, y la sociedad fusionante en su escritura social no contempla la emisión de las mismas, ¿Qué tratamiento deberá darse a esta clase de accionistas en la sociedad fusionante?

Daremos contestación en primer lugar a la segunda de estas cuestiones, considerando que resuelta ésta podrá inferirse la contestación de la primera

El artículo 195 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que en el caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que afecte los derechos de la misma, debe ser aceptada previamente por la categoría afectada en asamblea especial; con lo cual si con el acuerdo de fusión, los accionistas de goce consideran que puede causar algún perjuicio, estos podrán convocar a asamblea especial, cuya voluntad será manifestada en la asamblea de fusión respectiva, abundando a lo anterior que si se acepta la tesis sustentada por Mantilla Molina y que apoyamos en el presente trabajo, consistente en que el accionista de goce cuenta con derecho a voto en cualquier asamblea de la sociedad.

En tal virtud, los accionistas de goce podrán celebrar una asamblea especial de accionistas, en la cual se opongan a la resolución de fusión, siempre y cuando los asistentes a dicha asamblea especial, no asistan a la asamblea donde se decreta la fusión o si asisten no voten en favor de la resolución que les afecta. Esto es, los accionistas de goce que acuden a la asamblea donde se decreta la fusión y votan en favor de ella, no podrán oponerse a la misma en la respectiva asamblea especial de accionistas, toda vez que consideramos que estaríamos en presencia de un acto consentido.

Como señala Vasquez del Mercado "la función de la asamblea especial no es otra que la de ratificar la decisión de la asamblea general, las resoluciones de la asamblea general que perjudican una clase determinada de accionistas, no pueden tener efecto, si no son aceptadas por la categoría afectada".

Ahora bien, si no existiere oposición por parte de la categoría afectada al acuerdo de fusión, consideramos que las acciones de goce de la sociedad fusionada deben seguir teniendo el mismo carácter en la sociedad fusionante, aún cuando en los estatutos de esta última, no se contemple la posibilidad de emitir acciones de esta clase; por que tal y como se desprende del artículo 137 de la ley societaria, el contrato social debe prever la emisión de acciones de goce, y en el caso que nos ocupa las acciones de goce de la fusionada ya fueron emitidas, con lo que nada prohíbe que la fusionante cuente con acciones de goce previamente emitidas, provenientes de la sociedad fusionada. Para reforzar la anterior afirmación, citaremos al licenciado Fernando Castromil Sánchez, quien afirma que la totalidad del patrimonio de la sociedad fusionada pasa en bloque a la sociedad destinataria, teniendo lugar un proceso de transmisión a título universal en todos los activos y pasivos que componen aquel patrimonio, entendemos por patrimonio activo, pasivo y capital. Ahora bien, la cantidad de acciones de goce que serán asignadas a las personas titulares de las mismas en la fusionante así como el dividendo que corresponda a las mismas, será determinado de conformidad con la relación de participación y canje de acciones (tema que estudiaremos en capítulos posteriores), y consideramos que lo anterior deberá constar en la escritura pública donde conste la ejecución de los respectivos acuerdos de fusión.

Con lo anterior concluimos, que aun cuando en los estatutos de la fusionante no se contemple la emisión de acciones de goce, éstas podrán existir en dicha sociedad si las mismas son canjeadas por las acciones de goce de la fusionada, toda vez que no existe prohibición expresa para realizar lo anterior.

Por último, es necesario apuntar que al igual que las otras clases de acciones, no se concede el derecho de separación al accionista disidente del acuerdo de fusión.

5.1.3 ACCIONES PREFERENTES O DE VOTO LIMITADO.

Implican una disminución en los derechos corporativos, la cual es compensada por el pago de un dividendo preferente del 5% (cinco por ciento), respecto

Ahora bien, si no existiere oposición por parte de la categoría afectada al acuerdo de fusión, consideramos que las acciones de goce de la sociedad fusionada deben seguir teniendo el mismo carácter en la sociedad fusionante, aún cuando en los estatutos de esta última, no se contemple la posibilidad de emitir acciones de esta clase, por que tal y como se desprende del artículo 137 de la ley societaria, el contrato social debe prever la emisión de acciones de goce, y en el caso que nos ocupa las acciones de goce de la fusionada ya fueron emitidas, con lo que nada prohíbe que la fusionante cuente con acciones de goce previamente emitidas, provenientes de la sociedad fusionada. Para reforzar la anterior afirmación, citaremos al licenciado Fernando Castromil Sánchez, quien afirma que la totalidad del patrimonio de la sociedad fusionada pasa en bloque a la sociedad destinataria, teniendo lugar un proceso de transmisión a título universal en todos los activos y pasivos que componen aquel patrimonio, entendemos por patrimonio activo, pasivo y capital. Ahora bien, la cantidad de acciones de goce que serán asignadas a las personas titulares de las mismas en la fusionante así como el dividendo que corresponda a las mismas, será determinado de conformidad con la relación de participación y canje de acciones (tema que estudiaremos en capítulos posteriores), y consideramos que lo anterior deberá constar en la escritura pública donde conste la ejecución de los respectivos acuerdos de fusión.

Con lo anterior concluimos, que aun cuando en los estatutos de la fusionante no se contemple la emisión de acciones de goce, éstas podrán existir en dicha sociedad si las mismas son canjeadas por las acciones de goce de la fusionada, toda vez que no existe prohibición expresa para realizar lo anterior.

Por último, es necesario apuntar que al igual que las otras clases de acciones, no se concede el derecho de separación al accionista disidente del acuerdo de fusión.

5.1.3 ACCIONES PREFERENTES O DE VOTO LIMITADO.

Implican una disminución en los derechos corporativos, la cual es compensada por el pago de un dividendo preferente del 5% (cinco por ciento), respecto

de las utilidades de la sociedad, de conformidad con el artículo 113 de la ley societaria gozando además con la posibilidad de participar en las utilidades de la sociedad como acciones comunes u ordinarias, una vez que sea pagado el citado dividendo.

Algunas diferencias con las acciones de goce son:

1. No son amortizadas con recursos provenientes de reservas o utilidades de la sociedad, son adquiridas con recursos propios del accionista adquirente.

2. El dividendo que pagan en principio, está establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles (pudiéndose pactar en el contrato social un dividendo mayor), a diferencia de las acciones de goce, en donde el dividendo siempre está estipulado en el contrato social.

Respecto a esta clase de acciones, podemos transcribir todo lo que se apunto respecto a las acciones de goce en relación con la fusión, en especial lo relativo a que por efecto de ésta, dichas acciones no perdían el carácter de acciones de voto limitado en la sociedad fusionante, la cantidad y valor de las mismas en la sociedad fusionante dependerá de la relación de participación y canje de acciones, que se asigne a la sociedad y acciones de la fusionada, en la escritura pública donde se ejecuten y formalicen los acuerdos de fusión. Para reafirmar lo antes expuesto y en congruencia con la postura sustentada en el presente trabajo, relativa a la transmisión en un solo acto del patrimonio de la fusionada, Carvalho de Mendoca establece que "la fusión no extingue los derechos de las sociedades a la que otra sucede. Pasa para la sucesora ese derecho."

5.1.4 ACCIONES PAGADORAS.

En la fusión a diferencia de la escisión, la ley societaria no hace referencia expresa en el sentido de que para llevar a cabo la primera, se requiera que las acciones o partes sociales de las sociedades que intervienen en la fusión deberán estar totalmente pagadas, toda vez que los artículos que regulan la fusión en el ordenamiento societario,

de las utilidades de la sociedad, de conformidad con el artículo 113 de la ley societaria gozando además con la posibilidad de participar en las utilidades de la sociedad como acciones comunes u ordinarias, una vez que sea pagado el citado dividendo.

Algunas diferencias con las acciones de goce son:

1. No son amortizadas con recursos provenientes de reservas o utilidades de la sociedad, son adquiridas con recursos propios del accionista adquirente.

2. El dividendo que pagan en principio, está establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles (pudiéndose pactar en el contrato social un dividendo mayor), a diferencia de las acciones de goce, en donde el dividendo siempre está estipulado en el contrato social.

Respecto a esta clase de acciones, podemos transcribir todo lo que se apunto respecto a las acciones de goce en relación con la fusión, en especial lo relativo a que por efecto de ésta, dichas acciones no perdían el carácter de acciones de voto limitado en la sociedad fusionante, la cantidad y valor de las mismas en la sociedad fusionante dependerá de la relación de participación y canje de acciones, que se asigne a la sociedad y acciones de la fusionada, en la escritura pública donde se ejecuten y formalicen los acuerdos de fusión. Para reafirmar lo antes expuesto y en congruencia con la postura sustentada en el presente trabajo, relativa a la transmisión en un solo acto del patrimonio de la fusionada, Carvalho de Mendoca establece que "la fusión no extingue los derechos de las sociedades a la que otra sucede. Pasa para la sucesora ese derecho."

5.1.4 ACCIONES PAGADORAS.

En la fusión a diferencia de la escisión, la ley societaria no hace referencia expresa en el sentido de que para llevar a cabo la primera, se requiera que las acciones o partes sociales de las sociedades que intervienen en la fusión deberán estar totalmente pagadas, toda vez que los artículos que regulan la fusión en el ordenamiento societario,

no se desprende disposición similar a la establecida en la fracción II del artículo 228-Bis que regula la escisión.

Antes de continuar, es necesario apuntar que las acciones cuyo importe no ha sido íntegramente cubierto, se les llama acciones pagadoras, y aquellas cuyo valor ha sido totalmente cubierto se llaman acciones liberadas.

De lo anterior surge una cuestión, las sociedades que intervienen en la fusión pueden acordar y ejecutar la misma, aun cuando las acciones representativas de su capital social no se encuentren totalmente pagadas. En principio la respuesta es afirmativa, toda vez que la ley societaria no impone restricción expresa, tal como lo hace con la escisión.

Ahora bien, dicha aseveración puede tener excepciones, dependiendo de la clase de fusión de que se trate.

1. En tratándose de fusión pura, como bien cita Vasquez del Mercado, la creación de la nueva sociedad sólo puede realizarse cuando nos encontramos frente a la fusión propiamente dicha. De lo anterior se desprende que las fusionadas podrán decretar una fusión pura, aun cuando las acciones que forman parte de su capital social, no se encuentren totalmente pagadas, por ejemplo:

La sociedad A tiene el 60% (sesenta por ciento) de sus acciones íntegramente pagadas, la sociedad B tiene el 100% (cien por ciento) de sus acciones pagadas, la fusión podrá decretarse y ejecutarse sin impedimento legal alguno, pero podemos preguntarnos, ¿Cómo será la relación de los socios que no tienen pagadas sus acciones con la fusionante?. En principio conforme a nuestra legislación societaria, la fusión es totalmente válida, pero la pregunta es ¿Cuál es la situación del accionista que tiene acciones pagadoras en la sociedad fusionada?, la respuesta la encontramos en la transmisión del patrimonio en un solo acto, por lo que el socio de la fusionada, seguirá siendo deudor de las acciones pagadoras en la fusionante, lo anterior dependiendo de la relación de participación y de canje que se pacte entre las sociedades que intervienen en la fusión, así Vasquez del Mercado afirma que del concepto de fusión, nos podemos dar

cuenta que el traspaso del patrimonio social de una a otra sociedad, es el elemento característico de la fusión, así la transmisión de relaciones corporativas se verifica cuando el vínculo social que ligaba a la sociedad disuelta con sus miembros se constituye entre la sociedad de nueva creación y las que se disuelven.

Esto es, los socios de la fusionada que sean titulares de acciones pagadoras, al momento de canjear sus acciones por las de la fusionante, en estricto derecho subsiste su obligación ahora con la fusionante de cubrir el monto de su aportación a que originalmente se obligaron en la sociedad fusionada. Ahora bien puede suceder y que así se pacte, que con cargo al patrimonio de la fusionante, se cubran las aportaciones debidas por el socio de la fusionada, pero en tal situación consideramos que las acciones que recibiría dicho accionista disminuirán, en cuanto a que también disminuye su participación en el capital de la sociedad, lo anterior derivado de que la sociedad fusionante absorbió el monto adeudado por el accionista, claro todo esto dependerá de las negociaciones y lo que se establezca en la escritura donde se formalice la fusión. Esto es, un accionista de la fusionada, que le falte cubrir el monto del 40% (cuarenta por ciento) de la aportación derivada de la suscripción de sus acciones, puede encontrarse ante las siguientes situaciones, derivadas del acuerdo de fusión de la fusionada:

1. Que se acuerde y así se pacte en la escritura donde se formalice la fusión, que la sociedad fusionante, con cargo a su patrimonio cubra el pasivo a cargo del accionista, trayendo como consecuencia para el accionista, una posible disminución en su participación en el capital social de la fusionante.

2. Que la transmisión de relaciones corporativas de la fusionada a la fusionante no sufra modificación alguna, y por tanto el socio de la fusionada, tenga que cubrir los pasivos que tenía con la fusionada a la fusionante, esto es, la obligación consistente en cubrir las aportaciones de las acciones suscritas y no pagadas en su totalidad o parte, bajo los mismos términos y condiciones que se habían pactado, los cuales deberán plasmarse en los títulos de las acciones que se emitan de la sociedad fusionante en favor del que era accionista deudor en la sociedad fusionada.

Ahora bien, consideramos que el monto de tales aportaciones podría variar, dependiendo de la relación de participación y de canje que se estipule en la escritura donde se ejecute y formalice la fusión, esto se presentaría si la sociedad fusionada tuviere un valor en libros mayor que el de la otra u otras fusionadas (esto es un valor contable de las acciones mayor). Esto es, en términos corporativos el mayor valor contable de las acciones de la fusionada, respecto de la otra u otras, puede tener como consecuencia, que los pasivos de los accionistas titulares de acciones pagadoras y no liberadas de la primera, disminuyan en su monto o se extingan, lo que se vería reflejado en la relación de canje que se pacte en la escritura donde se formalice y ejecute la fusión.

Para ejemplificar lo anterior, tenemos una sociedad denominada X cuyo capital social se encuentra representado por 100 acciones, con valor nominal de \$1,000.00 (MIL PESOS 00/100 M.N.) cada una, en donde A es titular de 99 acciones, de las cuales ha suscrito y pagado solo 50 acciones, y las 49 restantes las suscribió y pagará en un año en una sola exhibición, el valor contable de las acciones de la sociedad X a la fecha en que decreta la fusión es de \$ 2,000.00 (DOS MIL PESOS 00/100 M.N.), por otro lado tenemos a la otra sociedad que se fusiona denominada Y, cuyo capital se encuentra representado en 100 acciones, con valor nominal de \$1,000.00 (MIL PESOS 00/100 M.N.) cada una, en donde B es titular de 99 acciones, de las cuales ha suscrito y pagado solo 50 acciones, y las 49 restantes, las suscribió y pagara en un año, en una sola exhibición, el valor contable de las acciones de la sociedad Y a la fecha en que se decreta la fusión es de \$1,100.00 (MIL CIEN PESOS 00/100 M.N.). en tal situación podemos suponer que la sociedad X tendrá una mayor participación accionaria en la sociedad que se constituya por efecto de la fusión, reflejada en la relación de participación y canje de acciones que se fije para tal efecto, por lo que en un momento dado las deudas del accionista A de la sociedad X, respecto a sus acciones pagadoras, podrán diluirse, mientras que las de B en la sociedad Y, respecto a sus acciones pagadoras, subsistirán en la sociedad que se constituya por efecto de la fusión.

En conclusión podemos afirmar que en la fusión pura, las sociedades podrán acordar y ejecutar los acuerdos de fusión, aun cuando alguna de éstas no tenga al momento de acordarse y ejecutarse la misma la totalidad de sus acciones íntegramente pagadas (esto es que cuenten con acciones pagadoras), influyendo tal situación en la

valoración de la participación de las fusionadas en la sociedad fusionante, así como en la relación de canje de los títulos de acciones de las fusionadas por los de las fusionante. (Lo anterior dependerá de las negociaciones y acuerdos a que hubieren llegado las sociedades que intervienen en la fusión).

2. En tratándose de fusión impura o por incorporación, nos encontramos ante situación diversa a la expuesta para la fusión pura. Como se ha señalado a lo largo del presente estudio, la fusión por incorporación forzosamente conlleva como efecto, el aumento del capital social de la sociedad fusionante, en principio dicho aumento implica una modificación en el estatuto social de la sociedad incorporante, aunque como bien afirma el maestro Vasquez del Mercado, la fusión por incorporación no implica modificación en el estatuto social de la sociedad incorporante, si ésta se constituyó como sociedad de capital variable, cuando el aumento sea dentro de la cifra que determina el capital autorizado, o bien como establece el licenciado Uria, la elevación de capital no siempre será necesaria cuando la sociedad tenga en cartera acciones suficientes para hacer frente a la operación de absorción, esto es si la sociedad absorbente hubiere emitido acciones de tesorería que no hubieren sido suscritas y pagadas.

Aclarado lo anterior, citaremos el artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "No podrán emitirse nuevas acciones, sino hasta que las precedentes hayan sido íntegramente pagadas", Garrigues en relación a esta disposición señala que desde el punto de vista jurídico, el acuerdo de aumentar el capital es perfectamente admisible aun cuando no esté desembolsado totalmente el capital suscrito con anterioridad, toda vez que la esencia del capital social es ofrecer a los acreedores una cifra mínima de garantía, por lo que todo aumento de capital redundará en beneficio de los acreedores, mas el legislador considera en este caso, al capital como cifra a la que debe corresponder un conjunto efectivo de valores como patrimonio necesario para la explotación del negocio y por motivos meramente económicos, formula dicha prohibición, el citado autor continúa exponiendo que aun cuando el requisito de desembolso total es exigido para la emisión de nuevas acciones, entendemos que aun cuando tal requisito no se cumpla, podrá ser adoptado válidamente el acuerdo de emisión, siempre que su ejecución se aplazase hasta el desembolso total de las anteriormente emitidas.

Diferimos de la opinión de Garrigues que sustenta a Vendera, toda vez que consideramos que desde el punto de vista jurídico, la emisión de nuevas acciones deberá estar respaldada, por el total desembolso de las antes suscritas y emitidas, en virtud de dos principios jurídicos a saber, el principio de quien puede lo más puede lo menos, esto es si la sociedad acuerda emitir nuevas acciones, aun cuando los socios no hayan cubierto el monto de las anteriores, significa o se presume que los socios o personas que intervienen en la nueva emisión, cuentan con los recursos para suscribir y pagar por lo menos el 20%(veinte por ciento) de la nueva emisión, y en tal supuesto consideramos que se debe cubrir primero el crédito que tuviere cada accionista con la sociedad, relativo a las acciones emitidas con anterioridad que no han sido totalmente cubiertas. Si no se aceptare lo anterior, consideramos que el otro principio jurídico a aplicar sería el de seguridad jurídica y prelación de pago; toda vez que si el accionista cuenta con recursos para suscribir y pagar nuevas acciones (suponiendo que se cubrieran con dinero), ese dinero por principio de prelación de pago y seguridad jurídica debería aplicarlo a cubrir el crédito de mayor antigüedad que tuviere con la sociedad, relativo a las acciones suscritas con anterioridad. Como cita Luis Muñoz "...los accionistas son deudores del valor nominal de la acción. Si la sociedad se encuentra en buena situación económica, los accionistas lógicamente están interesados en hacer efectiva la totalidad de su aportación; si por el contrario, la empresa se haya en mala situación económica, la emisión de acciones sin que hayan sido íntegramente pagadas las ya emitidas, constituye un engaño a terceros."¹⁹

Ahora bien, situación diferente es si en la nueva emisión de acciones, las personas físicas o morales que suscriben y pagan las mismas son nuevos accionistas de la sociedad y por lo tanto no tienen crédito u obligación alguna con la sociedad, respecto a emisiones de acciones decretadas con anterioridad, y los accionistas han renunciado al derecho de preferencia, en tal situación creemos que la prohibición del artículo 133 de la Ley societaria, desde el punto de vista y principios que hemos desarrollado, no debería ser tan rígida.

En relación al caso que nos ocupa, si por efecto de la fusión por incorporación, la sociedad absorbente aumenta su capital social, esta tendrá que emitir

¹⁹ Muñoz Luis. ob. cit.

nuevas acciones que amparen el citado aumento; así las cosas y de conformidad con el artículo 133 del ordenamiento citado, la sociedad fusionante debe tener totalmente pagadas las acciones que integran su capital social, al momento de emitir los títulos de acciones que amparen el citado aumento.

Ahora bien siguiendo con la fusión por incorporación, de conformidad con las ideas de Garrigues antes expuestas, puede suceder que la sociedad absorbente acuerde en la asamblea correspondiente la fusión, y en ese momento dicha sociedad no tenga íntegramente cubiertas la totalidad de las acciones que integran el capital social de la misma, consideramos que el acuerdo de fusión en tales circunstancias es totalmente válido, pero la ejecución de dicho acuerdo es lo que podría generar diversos problemas jurídicos. Esto es si la sociedad absorbente al momento de celebrar el contrato de fusión, con las sociedades absorbidas, y por efecto de la fusión aumenta su capital social, no cuenta con la totalidad de sus acciones íntegramente pagadas, la pregunta sería si dicho contrato sería válido de conformidad con nuestro sistema jurídico.

Para contestar a lo anterior, y a reserva de que el tema de la nulidad e ineficacia de los acuerdos de fusión y escisión, así como del contrato de fusión será tratado en un capítulo aparte en el presente trabajo, podríamos analizar si dicho contrato estaría viciado de nulidad relativa o absoluta. El Código de Comercio de 1884 en su artículo séptimo (que tiene su antecedente en el cuarto del proyecto de Código Español comentado por García Goyena), establece el principio que "los actos ejecutados contra el tenor de Leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas Leyes no disponen otra cosa", en dicho ordenamiento se manejaban como sinónimo Leyes "prohibitivas" o de "interés público".

Como cita Borja Soriano²⁰ lo antes citado, no establece y aclara si la nulidad a que se refiere es absoluta o relativa, conforme a la tesis adoptada por nuestro Código Civil de 1928; éste establece que el acto ilícito o sea el contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (artículo 1830), lo sanciona con nulidad absoluta, o relativa según lo disponga la ley (artículo 2225). El problema radica entonces

²⁰ Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. México, D.F. 1991 pag. 95

en el ámbito de nulidad, toda vez que la fusionante por efecto de la fusión aumenta su capital social, pero nos encontramos que las acciones representativas de su capital social, no se encuentran íntegramente pagadas a la fecha en que se ejecuta y formaliza el acuerdo de fusión, esto es a la fecha en que se celebra el contrato de fusión.

Por lo anterior, ante tal situación tenemos que considerar:

1. El acuerdo de fusión adoptado por cada una de las sociedades (fusionante y fusionada), es totalmente válido, toda vez que al momento de la adopción del mismo, resulta intrascendente si la sociedad fusionante tiene o no pagadas íntegramente la totalidad de las acciones que representan su capital social.

2. El contrato de fusión consideramos es totalmente válido, aun cuando en el mismo se acuerde o decreta aumentar el capital social de la fusionante y las acciones de la misma emitidas con anterioridad, no se encuentren íntegramente pagadas, violando con esto lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, toda vez que las partes que concurren a su celebración (fusionada(s) y fusionante) por conducto de sus respectivos representantes o delegados, expresan su consentimiento, en el sentido de celebrar una fusión, el hecho de que no puedan emitirse nuevas acciones en la fusionante, no constituye un elemento esencial del contrato de fusión, con lo cual éste es totalmente válido, ya que existe un consentimiento válido respecto de los elementos esenciales del negocio (fusionar a la sociedad). Ahora bien, en este orden de ideas y a la luz de nuestra legislación civil de aplicación supletoria a la mercantil, podemos afirmar que el contrato no está afectado de nulidad absoluta, ya que si bien el mismo en una de sus partes va en contra de lo dispuesto en el artículo 133 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (Ley de Orden Público), y en principio un acto jurídico que viole o vaya en contra de una ley de orden público estará viciado de nulidad absoluta, también lo es que conforme a lo dispuesto en el artículo 2225 del Código Civil, este numeral condiciona la nulidad absoluta o relativa a lo que disponga la Ley. En el caso que nos ocupa, del artículo 133 no se desprende en momento alguno, que el contrato de fusión, se encuentre viciado de nulidad absoluta, cuando las acciones emitidas con anterioridad por la sociedad fusionante, no se encuentren íntegramente pagadas cuando la fusión se ejecuta y surte plenos efectos jurídicos, esto es cuando se celebra el contrato

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

de fusión. Entonces el contrato de fusión está viciado de nulidad relativa. Consideramos que no. Por tanto ¿Cuál es la situación de dicho acto jurídico?

1. Nos adherimos a la siguiente tesis sustentada por Japiot, quien afirma el sistema clásico de las nulidades no puede funcionar de una manera integral y satisfactoria, por que no tiene en cuenta la complejidad de las relaciones de hecho y las necesidades prácticas, hay que considerar a la nulidad como un accesorio de las reglas jurídicas, estas reglas son las que es necesario estudiar, es preciso analizar el mal y sus causas, hay que descubrir intinamente el fin de estas reglas y sus razones, la nulidad no es un hecho objetivo, no se impone a priori, en la teoría clásica la nulidad es considerada como cierto estado del acto, pero el acto tomado en sí mismo prácticamente no existe, lo que existe realmente son efectos jurídicos, la invalidez del acto jurídico prácticamente no puede manifestarse sino por una ausencia de efectos, la ineficacia del acto aumentará de extensión a medida que aumente el número de efectos suprimidos, pero no cambiará por eso de naturaleza, por mucho que los efectos sean suprimidos, podrá haber una ineficacia muy grande o aun completa pero siempre será ineficacia, con esto todas las nulidades, anulabilidades relativas o absolutas de pleno derecho y aun inoponibilidades, todas son igualmente ineficacias. Esta noción de la nulidad que se refiere a las consecuencias del acto, se adopta en contra de la rigidez del sistema clásico de nulidad, esto es como cita Borja Soriano acabar con las soluciones en bloque de la doctrina clásica y establecer un sistema de solución distinto para cada cuestión, toda vez que conforme a Japiot la nulidad de tal efecto de un acto no exige necesariamente la nulidad de todos los otros.

2. De lo anterior y conforme a la tesis expuesta, el contrato de fusión es totalmente válido, aun cuando el efecto de emitir nuevas acciones de la sociedad fusionante, se encuentre viciado de un tipo de nulidad relativa.

3. Ahora bien, si el contrato de fusión no está afectado en sí mismo de nulidad, ¿Cuál es la solución y arma jurídica para los socios de la fusionada y fusionante que se vieran afectados por la no emisión de nuevas acciones en la sociedad fusionante, por efecto de la fusión?, ya que posiblemente el canje de acciones de las sociedad(s)

fusionada(s) por acciones de la fusionante no podrá realizarse correctamente, por la imposibilidad de la fusionante de emitir nuevas acciones para tal efecto.

Planteamos la siguiente solución, no sin antes advertir que el accionista de la fusionada, no tendrá tal carácter en la fusionante, hasta en tanto no se emitan las acciones correspondientes en favor de dicho accionista y tal situación se asiente en el libro de registro de accionistas de la sociedad fusionante, en tal situación dicha persona no podría convocar a asamblea de accionistas de la sociedad fusionante, por tal motivo exponemos la siguiente solución, que podría plantearse como estrategia en un litigio judicial:

1. El afectado deberá solicitar por escrito al consejo de administración de la sociedad fusionante, que éste convoque a asamblea de accionistas, en un periodo de tiempo razonable, a efecto de que en ésta se decrete que las utilidades pendientes de repartir (si existieren), o bien los primeros excedentes que se llegaren a generar y decretar o existan en las diversas cuentas de la sociedad fusionante, se apliquen para cubrir el saldo insoluto de las acciones suscritas con anterioridad a la fusión, y que provocan que la sociedad fusionante se encuentre imposibilitada para emitir nuevas acciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 de la Ley de sociedades (es importante destacar, que aun cuando la obligación de cubrir el saldo de la acción, de la que es titular el accionista deudor de la fusionante no se encuentre vencido a la fecha de celebración del contrato de fusión, obliga a la sociedad fusionante a emitir nuevas acciones, a efecto de canjear las acciones de la fusionada por acciones de ésta, aunado a lo anterior el aumento en el capital de la sociedad que se verifica en la fusionante por efecto de la fusión, todo lo anterior en beneficio patrimonial y jurídico de los accionistas de la fusionada).

2. Si el consejo de administración no actuare en tal sentido, el afectado podrá demandar en cualquier tiempo (únicamente atendiendo a las reglas de prescripción de la acción en materia mercantil societaria) a la sociedad fusionante, a efecto de que ésta destine cualquier tipo de excedente o reserva a cubrir el importe del saldo insoluto de las acciones, que se encuentra pendiente de pago. Ahora bien, es importante destacar que si la obligación del accionista deudor de la fusionante, consistente en cubrir dicho

saldo no se encuentra vencida, ¿Por qué razón la sociedad debe cubrir dicho saldo por efecto de la fusión?. Consideramos que en tal caso, que en principio el obligado no es el accionista deudor, esto es, la sociedad fusionante por efecto del contrato de fusión se obliga a emitir nuevas acciones, para realizar el canje de acciones respectivo con los accionistas de la fusionada. Por tanto si estuviere imposibilitada, para emitir nuevas acciones conforme a lo dispuesto por el multicitado artículo 133, y la obligación de los accionistas deudores, aun no hubiere vencido, consideramos que la sociedad fusionante deberá cubrir dicho saldo insoluto, con cargo a las reservas de la sociedad o utilidades pendientes de aplicar, que serán descontadas, compensadas o exigidas a los accionistas deudores, una vez que venza el plazo de su obligación y por tanto se convierta en exigible (es importante señalar que hablamos de reservas y utilidades pendientes de aplicar, y no de dividendos, por que en este caso como se citó, la obligación en principio es de la sociedad fusionante, y como cita Pedro Garrido Chamorro, las reservas son un beneficio o excedente no distribuido, que aparecerá en el balance de la sociedad dentro del pasivo interno o pasivo no exigible por los accionistas, cantidades que en cumplimiento del contrato social, no pueden exigir los socios inmediatamente, sino que su resolución sólo puede verificarse con el régimen de la sociedad anónima sobre liquidación, reducción de capital, distribución de dividendos etc., siendo la naturaleza y fin en la reserva societaria atender y afrontar acontecimientos y contingencias). Consideramos que en el caso que nos ocupa la sociedad fusionante cubrirá el multicitado saldo insoluto con cargo a la reserva legal y así sucesivamente.

En conclusión, los excedentes y reservas de la sociedad fusionante, deberán aplicarse en primer término a cubrir el saldo insoluto de las acciones emitidas y suscritas con anterioridad a la fusión, y una vez cubierto el mismo de conformidad con el artículo 133 de la ley de sociedades, deberá emitir las nuevas acciones, con lo cual los accionistas de la sociedad fusionada podrán llevar a cabo el canje de acciones, y en su caso se verificara el aumento de capital, que como efecto de la fusión se produce en la fusionante. Esto es, y recapitulando, en principio el problema que se presenta, es que la fusionante cuenta con acciones pagadoras al momento de ejecutarse el acuerdo de fusión y por tanto no podrá emitir nuevas acciones para los accionistas de las fusionadas. La cuestión a dilucidar es la posible legitimación del socio de la fusionada para demandar a la fusionante en la vía judicial la emisión de las acciones.

A este respecto existe una tesis que establece lo siguiente:

"El artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, expone:

La asamblea general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta, y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración". Por tanto, es en la asamblea general de accionistas donde cada socio puede intervenir, ejercitando los derechos que le dan sus acciones, en la formación de la voluntad colectiva que decide el destino y marcha de la propia sociedad, y como del artículo 188 de la propia Ley, que expresa: "Toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores (se refieren a los requisitos de la convocatoria para la celebración de las asambleas generales), será nula, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones", se desprende el interés que cada socio tiene en que se lleven a cabo las asambleas; lo que no sería posible sin la expedición de todas las acciones. De donde resulta justificable el interés y legitimación que cada socio tiene para demandar en la vía judicial la emisión de las acciones cuya emisión se halle indebidamente pendiente, no sólo de las que en particular le pertenecen.

Amparo directo 766/77.-Antonio Hemsani Chamah.-7 de mayo de 1980.-5 votos.-Ponente: J. Alfonso Abitia Arzapalo.

Se publica parcialmente la ejecutoria por acuerdo de la Sala."

QUINTO. Enseguida se examinarán los conceptos de violación transcritos en el considerando que antecede:

a) Es substancialmente fundado el primer motivo de Inconformidad. El actor, ahora quejoso, en su libelo natural demandó, de Tejidos Latino Americanos, S. A. y de su único Administrador, Joseph Shamai Dwek, entre otras prestaciones: la expedición de los títulos representativos de las acciones en que está dividido el

capital de la misma sociedad. En el fallo definitivo de primera instancia, el a quo condenó a los enjuiciados, al respecto, a expedir, en el plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que cause ejecutoria el fallo, los títulos representativos de las acciones en que está dividido el capital social de Tejidos Latino Americanos, S. A., el cual asciende a dos millones quinientos mil pesos; títulos que deben ser emitidos de conformidad con las bases determinadas en la escritura constitutiva, con los acuerdos de fusión de Corona Textil, S. A. y con lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y asimismo los condenó a entregar, al actor, los títulos representativos de las doscientas cincuenta acciones que le corresponden en la sociedad enjuiciada.

La Sala responsable al resolver la apelación que en contra del fallo de primera instancia interpusieron los demandados (terceros perjudicados) estimó, en síntesis, que: como el actor reclamó la expedición de todas las acciones de Tejidos Latino Americanos, S. A. y la entrega de las que le corresponden por ello el a quo sólo debió condenar a la emisión y entrega de las que corresponden al enjuiciante, o sea, de sólo doscientas cincuenta acciones; mas no la expedición de las restantes acciones que no le pertenecen, en tanto que el mismo demandante no acreditó tener la representación de los demás socios, y como el Juez de Primera Instancia no consideró el punto en la forma acabada de expresar, por ello violó, en perjuicio de los reos apelantes, los artículos 1º y 27 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Pero esta Tercera Sala estima que en la parte que se Indicará, la sentencia reclamada no es correcta, porque:

Del contenido de la escritura pública de veintisiete de enero de mil novecientos setenta y dos (cuya fotocopia certificada corre agregada a fojas 13 a 24 del juicio natural), en que se formalizó el acuerdo de la fusión de Tejidos Latino Americanos, S. A. y Corona Textil, S. A., conviene destacar lo que a continuación se transcribe: "En la ciudad de México, a veintisiete de enero de mil novecientos setenta y dos, yo, el licenciado Ignacio Velázquez Junior, Notario número noventa y uno del Distrito Federal, formalizo en este Instrumento la FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES, que por las denominadas "TEJIDOS LATINO AMERICANOS", SOCIEDAD ANONIMA (empresa fuslonante, que subsistrá); y "CORONA TEXTIL",

SOCIEDAD ANONIMA (empresa fusionada, que desaparecerá), consigna el señor JOSEPH SHAMAI DWEKS y, como consecuencia de dicha fusión el AUMENTO DE CAPITAL y la REFORMA DE LA ESCRITURA SOCIAL de la propia TEJIDOS LATINO AMERICANOS", SOCIEDAD ANONIMA, en los términos de las cláusulas que aparecen a continuación de los siguientes antecedentes: ...Por escritura número treinta y un mil ochocientos noventa y uno, de primero de julio de mil novecientos setenta y uno, otorgada ante el suscrito notario e inscrita bajo el número trescientos trece, a fojas trescientas sesenta y dos, volumen ochocientos tres, libro tercero, con fecha veinticinco de octubre de mil novecientos setenta y uno, en la Sección de Comercio del expresado Registro Público, se protocolizó el acta de la asamblea general extraordinaria que los accionistas de "Corona Textil", Sociedad Anónima, celebraron a partir de las dieciséis horas del día tres de mayo de mil novecientos setenta y uno, en la cual asamblea se acordó la fusión de la propia "Corona Textil", Sociedad Anónima con la compañía denominada Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, en la inteligencia de que dejaría de existir aquella empresa y subsistiría la citada "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, misma que, ya fusionada, deberá pagar todas las deudas propias y todas las deudas que correspondan a "Corona Textil", Sociedad Anónima, a medida de sus respectivos vencimientos, en la forma y términos convenidos con los respectivos titulares de las cuentas acreedoras.. VIII. Por escritura número treinta y un mil ochocientos noventa de primero de junio de mil novecientos setenta y uno, otorgada ante el suscrito notario e inscrita bajo el número doscientos veinticinco, a fojas doscientas noventa y tres, volumen ocho cientos cuatro, libro tercero, con fecha once de octubre de Mil novecientos setenta y uno, en la Sección de Comercio del expresado Registro Público, se protocolizó el acto de la asamblea general extraordinaria que los accionistas de "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, celebraron a partir de las diez horas del día tres de mayo de mil novecientos setenta y uno, en la cual asamblea se acordó la fusión de la propia "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, con la compañía denominada "Corona Textil", Sociedad Anónima, en la inteligencia de que subsistiría aquella empresa y dejaría de existir la citada "Corona Textil", Sociedad Anónima, en la inteligencia de que "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, ya fusionada, deberá pagar todas las deudas propias y todas las deudas que correspondan a "Corona Textil", Sociedad Anónima,

a medida de sus respectivos vencimientos, en la forma y términos convenidos con los respectivos titulares de las cuentas acreedoras. IX.-El acuerdo sobre fusión de que trata la escritura que se relaciona en el párrafo precedente, el sistema establecido para la extinción del pasivo de "Corona Textil", Sociedad Anónima, que se encuentra comprendido dentro del propio acuerdo y el último balance (formulado con fecha treinta de abril de mil novecientos setenta y uno) de la citada "Tejidos Latino Americanos" Sociedad Anónima, fueron publicados con fecha trece de septiembre de mil novecientos setenta y uno en el Diario Oficial, Organó del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, para los efectos y en cumplimiento de lo ordenado por el artículo doscientos veintitrés de la Ley General de Sociedades Mercantiles. En la ciudad de México, a veinticinco de enero de mil novecientos setenta y dos, se reunieron en el domicilio social de "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, las personas que se mencionan en la lista de asistencia que posteriormente se inserta, con el objeto de celebrar asamblea general extraordinaria de accionistas de dicha empresa. Con la conformidad de todos los presentes fungieron: como Presidente de la asamblea, el señor Joseph Shamia Dwek, como Secretario el señor Salomón Hemsani; y como Escrutadores los señores Jaime Penhos Salame y Sara Kassín de Hemsani. Los citados escrutadores en el desempeño de su encargo y con vista de los documentos que al efecto los fueron exhibidos, formularon la siguiente lista de asistencia: señor Salomón Hemsani, 700 acciones; señor Joseph Shamal Dweks, 740 acciones; señor Jaime Penhos Salame, 5 acciones; señora Sara Kassín de Hemsani, 20 acciones; señora Matilde Sumá de Hemsani, 35 acciones; Total 1,500 acciones. En virtud de que conforme a la certificación que antecede hecha por los señores escrutadores, aparece que se encuentran reunidas personas que representan la totalidad de las acciones que integran el capital, con fundamento en lo dispuesto por el artículo ciento ochenta y ocho de la Ley General de Sociedades Mercantiles y por la cláusula décima cuarta de la escritura constitutiva con el consentimiento de todos los presentes el señor Presidente declaró legalmente instalada la asamblea, sin necesidad de previa publicación de convocatoria. En relación con este primer tema, los señores Jaime Penhos Salame, y Sara Kassín de Hemsani quienes fungen como escrutadores en esta asamblea, hacen constar que se encuentran presentes, por invitación previa que les fue formulada, los señores que representan la totalidad de

las acciones que integran el capital social de "Corona Textil", Sociedad Anónima, cuyo monto es la suma de un millón de pesos integrado por un mil acciones ordinarias liberadas, al portador, con valor nominal de un mil pesos cada una. Dicha constancia la asientan los mencionados señores escrutadores con vista de los documentos que al efecto les fueron exhibidos por los aludidos invitados, para cuyo efecto formularon la siguiente lista de asistencia: señor Joseph Shamal Dweks, 250 acciones; señor Antonio Hemsani Chamah, 250 acciones; señora Linda Azban Abadi, 245 acciones; señora Frida Esses Harari, 245 acciones; señor Arturo E. Smeke, 10 acciones. Suma, 1,000 acciones. Sexto Punto. En relación con este sexto punto y como consecuencia de lo resuelto anteriormente, por unanimidad de votos los señores asambleístas acordaron aumentar el capital de "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, en la suma de un millón de pesos, moneda nacional, a pagarse por quienes fueron accionistas de "Corona Textil", Sociedad Anónima, mediante la aportación del patrimonio de dicha empresa y la exhibición, en efectivo, de la suma correspondiente. Con el fin de facilitar el pago del numerario aludido, los señores accionistas de "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, hicieron renuncia expresa del derecho de preferencia establecido por el artículo ciento treinta y dos de la Ley General de Sociedades Mercantiles y atenta dicha circunstancia, quienes fueron accionistas de la extinta "Corona Textil", Sociedad Anónima, procedieron mediante la exhibición global de noventa y nueve mil doscientos noventa y tres pesos sesenta centavos, moneda nacional, a suscribir y pagar el aumento con dinero efectivo que enteraron a la caja social, a suscribir y pagar el aumento decretado con dinero efectivo que entregaron a la caja social, en proporción a las acciones de las que han sido propietarios en la empresa fusionada. Séptimo punto.-En relación con este séptimo tema, por unanimidad de votos los señores asambleístas acordaron: A).-Reformar la cláusula quinta de la escritura social de "Tejidos Latino Americanos, Sociedad Anónima, a fin de que su texto sea el siguiente: ...Quinta.-El capital social es la suma de dos millones quinientos mil pesos, moneda nacional, integrado por dos mil quinientas acciones ordinarias, liberadas, al portador, con valor nominal de un mil pesos cada una".

b) Hacer constar que el capital está representado por las personas y en la proporción siguiente: Accionista. Acciones. Valor. Antonio Hemsani, 250

las acciones que integran el capital social de "Corona Textil", Sociedad Anónima, cuyo monto es la suma de un millón de pesos integrado por un mil acciones ordinarias liberadas, al portador, con valor nominal de un mil pesos cada una. Dicha constancia la asientan los mencionados señores escrutadores con vista de los documentos que al efecto les fueron exhibidos por los aludidos invitados, para cuyo efecto formularon la siguiente lista de asistencia: señor Joseph Shamaí Dweks, 250 acciones; señor Antonio Hemsani Chamah, 250 acciones; señora Linda Azban Abadi, 245 acciones; señora Frida Esses Harari, 245 acciones; señor Arturo E. Smeke, 10 acciones. Suma, 1,000 acciones. Sexto Punto. En relación con este sexto punto y como consecuencia de lo resuelto anteriormente, por unanimidad de votos los señores asambleístas acordaron aumentar el capital de "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, en la suma de un millón de pesos, moneda nacional, a pagarse por quienes fueron accionistas de "Corona Textil", Sociedad Anónima, mediante la aportación del patrimonio de dicha empresa y la exhibición, en efectivo, de la suma correspondiente. Con el fin de facilitar el pago del numerario aludido, los señores accionistas de "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, hicieron renuncia expresa del derecho de preferencia establecido por el artículo ciento treinta y dos de la Ley General de Sociedades Mercantiles y atenta dicha circunstancia, quienes fueron accionistas de la extinta "Corona Textil", Sociedad Anónima, procedieron mediante la exhibición global de noventa y nueve mil doscientos noventa y tres pesos sesenta centavos, moneda nacional, a suscribir y pagar el aumento con dinero efectivo que enteraron a la caja social, a suscribir y pagar el aumento decretado con dinero efectivo que entregaron a la caja social, en proporción a las acciones de las que han sido propietarios en la empresa fusionada. Séptimo punto.-En relación con este séptimo tema, por unanimidad de votos los señores asambleístas acordaron: A).-Reformar la cláusula quinta de la escritura social de "Tejidos Latino Americanos, Sociedad Anónima, a fin de que su texto sea el siguiente: ...Quinta.-El capital social es la suma de dos millones quinientos mil pesos, moneda nacional, integrado por dos mil quinientas acciones ordinarias, liberadas, al portador, con valor nominal de un mil pesos cada una".

b) Hacer constar que el capital está representado por las personas y en la proporción siguiente: Accionista. Acciones. Valor. Antonio Hemsani, 250

acciones, doscientos cincuenta mil pesos, valor. Salomón Hemsani, 700 acciones, setecientos mil pesos, valor. Linda Azban Abadi, 245 acciones, doscientos cuarenta y cinco mil pesos, valor. Joseph Shami Dweks, 990 acciones, novecientos noventa mil, valor. Frida Esses Haran, 245 acciones, doscientos cuarenta y cinco mil pesos, valor. Jaime Penhos Salame, accioneros, cinco mil pesos, valor. Arturo E. Smeke, 10 acciones, diez mil pesos, valor. Sara Kassin de Hemsani, 20 acciones, veinte mil pesos, valor. Matilde Sama de Hemsani, 35 acciones, treinta y cinco mil pesos, valor. Sumas: 2,500 acciones, dos millones quinientos mil pesos, valor. C).-Quedan abrogados los estatutos sociales de "Corona Textil", Sociedad Anónima, y consecuentemente, cesan en funciones sus funcionarios ejecutores, administradores, mandatarios y de vigilancia, cuya única encomienda y facultades, es la de entregar a los funcionarios correspondientes de "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, todos los bienes, libros, documentos y papeles de importancia de la extinta "Corona Textil", Sociedad Anónima. D).-Copiar esta acta en el libro correspondiente de "Corona Textil", Sociedad Anónima, a fin de que aparezca como la última de su uso. G).-Designar al señor Joseph Shamal Dweks para que, como delegado de esta asamblea y por ende en representación de "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, ocurra ante notario a solicitar la protocolización de esta acta y, mediante dicha protocolización, formalice los acuerdos que se han tomado en esta reunión, especialmente el de formalización de la fusión de "Corona Textil", Sociedad Anónima y "Tejidos Latino Americanos", Sociedad Anónima, así como la correspondiente reforma de la escritura social de la empresa últimamente citada con motivo del aumento del capital que es consecuencia de la fusión aludida".

Lo anterior pone de relieve que en virtud de la fusión de Tejidos Latino Americanos, S. A., y Corona Textil, S. A., ésta dejó de existir, mientras que aquella subsistió, y asimismo en razón de la propia fusión, operó la transmisión del patrimonio de la sociedad extinguida en favor de la sociedad absorbente, la que de ese modo vio aumentado su capital social, de un millón quinientos mil pesos a dos millones quinientos mil pesos, o sea, que la sociedad absorbente no desapareció sino que subsistió, al igual que sus mil quinientas acciones (emitidas con anterioridad, como lo admite el actor), que representan un millón quinientos mil

pesos del capital social que tenía antes de que el mismo resultara aumentado por la absorción del capital social de Corona Textil, S. A. aumento que quedó representado por las nuevas mil acciones (no emitidas) que suscribieron y pagaron a la sociedad absorbente, para de esa manera pasar a ser socios de la misma, las personas que habían sido socios de Corona Textil, S. A. suscripción de pago que hicieron, respectivamente, de un número igual de acciones al que les había correspondido en el capital social de la indicada Corona Textil, S. A., o sea que Antonio Hemsani Chamah, Linda Azban Abadi, Arturo E. Smeke, Joseph Shamai Dweks y Frida Esses Herari, a quienes del capital social de Corona Textil, había correspondido, respectivamente: doscientas cincuenta, doscientas cuarenta y cinco, diez, doscientas cincuenta y doscientas cuarenta y cinco acciones, de mil pesos cada una, adquirieron en el capital social (ya aumentado con un millón de pesos) de Tejidos Latino Americanos, S. A., un número de acciones exactamente igual al que habían tenido en Corona Textil, S. A. Pero cabe destacar, que la indicada suscripción y pago de las nuevas mil acciones que hicieron las personas acabadas de indicar, no dejaron sin efecto las anteriores mil quinientas acciones (ya emitidas) que representan el resto del capital social de Tejidos Latino Americanos, S. A., de un millón quinientos mil pesos, sino que quedaron subsistentes, puesto que la fusión de Corona Textil, S. A. y Tejidos Latino Americanos, S. A., no originó que ésta desapareciera y se creara una sociedad distinta, sino que sólo produjo en ella un aumento de su capital social, lo cual, por tanto, no condujo a crear una nueva y diversa sociedad, sino sólo a modificar, en su parte relativa, el contrato que rige la estructura de la sociedad fusionante.

En efecto, las mil quinientas acciones indicadas, que permanecieron subsistentes, no cambiaron de titular al producirse la fusión de ambas sociedades, como se deduce con claridad del contenido del inciso B), del punto quinto, del acuerdo de veinticinco de enero de mil novecientos setenta y dos, adoptado por la asamblea extraordinaria de socios de Tejidos Latino Americanos, en la que también estuvieron presentes los socios de Corona Textil, S. A., con el objeto de ratificar sus sendos acuerdos de fusión de ambas sociedades. En el acuerdo en que se formalizó la fusión, no se expresó que esas mil quinientas acciones fueron substituidas por

otras, ni la Ley General de Sociedades Mercantiles obliga a realizar, en el caso, una nueva emisión de las mismas.

Joaquín Rodríguez y Rodríguez, en la página 518 del tomo II de su Tratado de Derecho Mercantil, opina: "Clases de fusión. En los sistemas latinos, como en Francia y en Italia, así como en el proyecto suizo, se distingue entre fusión y absorción. La diferencia entre ambas figuras consiste en que en el primer caso, como dice Wieland hay desaparición de todas las sociedades, que vienen a formar una nueva, en tanto que en el segundo, la sociedad o sociedades fusionadas desaparecen para ingresar en una sociedad fusionante, preexistente. En la legislación y en la doctrina alemana no se reconoce más fusión que la que se hace de acuerdo con la segunda de las formas indicadas. Sin embargo, puede decirse que es general la tendencia a no distinguir entre una y otra variante, sino como simples aspectos de un sólo fenómeno jurídico. En España, el reglamento de registro mercantil en su artículo 139 también distingue las dos formas de fusión. En México, la L.G.S.M., alude a las mismas. La fusión por integración que implica la creación de una nueva sociedad y la desaparición de todas las anteriores que se integran en la nueva, y la fusión por incorporación, en la que una o varias sociedades se incorporan a la que subsiste. Alusiones a ambas clases de fusión se encuentran en los artículos 233 ("y aquella o aquellas que dejen de existir"), 224, párrafo tercero ("la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión") y 226, L.G.S.M. (página 518). "Por lo que atañe al acuerdo de fusión en sí, en la fusión por integración éste es indudablemente un contrato de constitución de sociedad y, por consiguiente, un contrato de organización, de sociedad con todas las características que oportunamente hubimos de exponer, 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... 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 el pasivo de las sociedades fusionadas... En todo caso, si hay un aumento de capital, los aportantes son los socios de las sociedades

fusionadas, no éstas, y por consiguiente, a aquéllos deberán atribuirse las participaciones y acciones en las parporciones y formas convenidas".

La Ley General de Sociedades Mercantiles, dispone en el 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; en el 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" y en el artículo 224: "La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior... y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas".

Del contenido de la escritura pública en que se formalizó el acuerdo de fusión de las sociedades aludidas, se desprende que se dio cumplimiento a los requisitos exigidos por los preceptos acabados de copiar, y asimismo que se designó al señor Joseph Shamai Dweks, para que procediera a formalizar los propios acuerdos de fusión "Así como la correspondiente reforma de la escritura social de la empresa últimamente citada (Tejidos Latino Americanos, S. A.), con motivo del aumento del capital que es consecuencia de la fusión aludida". Tal formalización, pues, se llevó a cabo en la fecha de la propia escritura pública aludida, el veintisiete de enero de mil novecientos setenta y dos, ante el Notario Público número noventa y uno del Distrito Federal, licenciado Ignacio Velázquez Junior.

Como del artículo 124 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que dispone: "Los títulos representativos de las acciones deberán estar expedidos dentro de un plazo que no exceda de un año, contando a partir de la fecha del contrato social o de la modificación de éste en que se formalice el aumento de capital. Mientras se entregan los títulos podrán expedirse certificados provisionales, que serán siempre nominativos y que deberán canjearse por los títulos, en su

fusionadas, no éstas, y por consiguiente, a aquéllos deberán atribuirse las participaciones y acciones en las porciones y formas convenidas".

La Ley General de Sociedades Mercantiles, dispone en el 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; en el 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" y en el artículo 224: "La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior... y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas".

Del contenido de la escritura pública en que se formalizó el acuerdo de fusión de las sociedades aludidas, se desprende que se dio cumplimiento a los requisitos exigidos por los preceptos acabados de copiar, y asimismo que se designó al señor Joseph Shamai Dweks, para que procediera a formalizar los propios acuerdos de fusión "Así como la correspondiente reforma de la escritura social de la empresa últimamente citada (Tejidos Latino Americanos, S. A.), con motivo del aumento del capital que es consecuencia de la fusión aludida". Tal formalización, pues, se llevó a cabo en la fecha de la propia escritura pública aludida, el veintisiete de enero de mil novecientos setenta y dos, ante el Notario Público número noventa y uno del Distrito Federal, licenciado Ignacio Velázquez Junior.

Como del artículo 124 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que dispone: "Los títulos representativos de las acciones deberán estar expedidos dentro de un plazo que no exceda de un año, contando a partir de la fecha del contrato social o de la modificación de éste en que se formalice el aumento de capital. Mientras se entregan los títulos podrán expedirse certificados provisionales, que serán siempre nominativos y que deberán canjearse por los títulos, en su

oportunidad. Los duplicados del programa en que se hayan verificado las suscripciones se canjearán por títulos definitivos o certificados provisionales, dentro de un plazo que no excederá de dos meses, contado a partir de la fecha del contrato social. Los duplicados servirán como certificados provisionales o títulos definitivos, en los casos que esta ley señala", se deduce claramente que dentro de un plazo que no exceda de un año, contado a partir de la fecha en que se formalice la modificación del contrato social, deben estar expedidos los títulos representativos de las acciones, y como el aumento de un millón de pesos que tuvo el capital social de Tejidos Latino Americanos, fue formalizado en escritura pública el veintisiete de enero de mil novecientos setenta y dos, debido a ello las acciones correspondientes sólo a ese aumento, debieron ser emitidas a más tardar el veintisiete de enero de mil novecientos setenta y tres, por la indicada sociedad, por conducto del administrador único Joseph Shamai Dweks (de conformidad con el artículo 125, fracción VIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dispone: Los títulos de las acciones y los certificados provisionales deberán expresar: ...VIII.- La firma autógrafa de los administradores que conforme al contrato social deban suscribir el documento, o bien la firma Impresa en facsimil de dichos administradores, a condición, en este último caso, de que se deposite el original de las firmas respectivas en el Registro Público de Comercio en que se haya registrado la sociedad"), en favor de quienes aportaron y pagaron el indicado aumento, en proporción al número de acciones de las que fueron propietarios en Corona Textil, S. A., es decir, en la proporción señalada en el propio acuerdo de aumento al capital social, este es: doscientos cincuenta, doscientos cuarenta y cinco, diez, doscientos cincuenta y doscientos cuarenta y cinco acciones de mil pesos cada una, respectivamente, en favor de Antonio Hemsani Chamali, Linda Azban Abadi, Arturo E. Smeke, Joseph Shamani Dweks y Frida Esses Harari. De los artículos 124 y 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, coplados con antelación, se infiere con claridad, que corresponde a los administradores o al administrador único, en su caso, de la sociedad anónima, expedir los títulos representativos de las acciones, relativas al aumento del capital social de ésta. Al respecto, Joaquín Rodríguez Rodríguez, en la página 128 del tomo II de su Tratado de Sociedades Mercantiles, dice: "El 124 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, obliga a los administradores a emitir los títulos valores dentro de un plazo determinado", y en la

página 276 del Tomo I de su obra citada, opina: *Derecho del accionista a la emisión de los títulos, para la obtención de las acciones, los socios tienen un derecho que no puede ser alterado ni modificado. Debe efectuarse la emisión precisamente en el plazo que la ley señala, o en el menor que establezcan los estatutos. El cumplimiento de esta obligación puede exigirse por la vía judicial". El artículo 124 acabado de citar consigna la obligación genérica de los administrados de la sociedad, a expedir los títulos representativos de las acciones correspondientes al capital social. Es evidente que la obligación de expedir las acciones relativas al aumento del capital social, la impone el precepto citado, como una unidad, y por ello debe ser cumplida obviamente no en partes, sino en forma completa, ya que del cumplimiento completo de esa obligación depende que cada socio particular, pueda ejercitar en forma eficaz los derechos complejos que por cada acción, le corresponden. El tratadista mencionado, en la página 277 del Tomo I de su obra citada, opina: "El tercer aspecto que debemos examinar en la acción, es la expresión por la misma de la calidad de socio, de tal modo que en este sentido la acción es el derecho del socio en la sociedad, y en definitiva, la expresión del conjunto de los derechos y obligaciones sociales que dependen en la participación del capital. La acción como título valor incorpora todos los derechos que forman el status de socio, por lo que así viene a ser la unidad de valor en el ejercicio de tales derechos. Una acción representa la unidad de influencia, de manera que cada acción atribuye de recho a un voto, derecho a una porción del dividendo, derecho a una cuota de liquidación, etc." y en la página siguiente, dice: De este modo, podemos definir la acción como el título valor privado serial, unitario, principal, causal, nominativo o al portador, libremente transmisible, que acredita la participación de un socio en el capital social y en el que se incorporan los diversos derechos que concede la calidad de socio y entre ellos, desde luego, los de reembolso, participación en el dividendo y en la administración social". Lo anterior pone de relieve que para que cada socio particular, pueda ejercitar los derechos concernientes a cada voto que en lo personal le pertenece, en el aspecto administrativo de la sociedad, es indispensable que, como lo exige el citado artículo 12, sean emitidas todas las acciones (en el caso las que no han sido emitidas, son solo mil), puesto que de acuerdo con el artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que dice: "La asamblea general de accionistas es el órgano*

supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta, y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella misma designe, o a falta de designación, por el administrador o por el consejo de administración". Es en la asamblea general de accionistas donde cada socio puede intervenir, ejercitando los derechos que les dan sus acciones, (en la formación de la voluntad colectiva que decide el destino y marcha de la propia sociedad, y como del artículo 188 de la propia Ley, que dispone: "Toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores (se refieren a los requisitos de la convocatoria para la celebración de las asambleas generales), será nula salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones", se desprende el interés que cada socio tiene en que se lleven a cabo las asambleas; lo que no sería posible sin la expedición de todas las acciones. De donde resulta justificable el interés de cada socio, para demandar en la vía judicial la emisión de las acciones cuya emisión se halle indebidamente pendiente, no sólo de las que en particular le pertenecen. Como de las dos mil quinientas acciones en que se encuentra representado el capital social de Tejidos Latino Americanos, S. A., sólo han sido emitidas mil quinientas, que son las que ésta tenía con anterioridad a la modificación que tuvo su capital social, mediante el aumento de un millón de pesos que aportaron, al respecto, los que fueron socios de la extinta Corona Textil, S. A., por ello resulta manifiesto el interés que el actor, como propietario de doscientas cincuenta acciones, tiene para demandar la emisión no sólo de las indicadas doscientas cincuenta, sino también de las restantes setecientas cincuenta acciones, pues esto último no significa que pida para sí mismo aquellas que no son suyas (en cuyo caso sí necesitaría demostrar que representa a sus titulares), sino sólo para que esté cumplido el requisito previsto en el artículo 124 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y en consecuencia, la sociedad pueda realizar legalmente las asambleas relativas y todas sus funciones.

El artículo del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, estatuye:

"El ejercicio de las acciones requiere: ...IV.-El interés en el actor para deducirla. Falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aún suponiendo favorable la sentencia". De este precepto se

desprende que ninguna acción puede ejercitarse si falta la existencia del interés jurídico en el demandante que lo mueva a deducirla. En el caso, es evidente la existencia de ese interés jurídico en el actor, para exigir la emisión de los mil títulos accionales relativos al aumento que tuvo en su capital social la enjuiciada. Ciertamente es que el artículo 27 del propio Código Procesal, dispone: "El perjudicado por falta de título legal tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente". Pero es fácil percibir que la norma transcrita se refiere a la hipótesis en que el actor sufre perjuicio porque no le ha sido entregado por la persona obligada, el documento en que se contenga su título; mas en el caso el actor, se ve también afectado, por la falta de emisión de mil de las dos mil quinientas acciones de la sociedad demandada, y por ello tiene derecho a pedir que sean emitidas no sólo las que en lo personal le pertenecen, sino en su conjunto las mil que representan el aumento que tuvo el capital social de la sociedad enjuiciada.

En la inteligencia de que una vez emitidas esas mil acciones (al portador, como se estipuló en el acuerdo de fusión), por Tejidos Latino Americanos, S. A., ésta, antes de entregarlas, podrá exigir a los titulares de las mismas, la devolución de las acciones (al portador) que respectivamente les pertenecieron como socios de la extinta Corona Textil, S. A., para evitar la circulación indebida de éstas últimas, pues, al respecto, tendría aplicación el artículo 71 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dispone: "La suscripción de un título al portador, obliga a quien la hace, a cubrirlo a cualquiera que se lo presente, aunque el título haya entrado a la circulación contra la voluntad del suscriptor, o después de que sobrevenga su muerte o incapacidad".

b) Es infundado el segundo concepto de violación, pues contrariamente a lo que en él se sostiene, el ad quem procedió correctamente al haber establecido, en la sentencia reclamada, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación de la condena fijada a cargo de los demandados.

El artículo 1330 del Código de Comercio, dispone: "Cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, cuando no sea el objeto principal del juicio". El actor ejercitó

en su demanda natural, la acción (accesoria, no principal), de pago de daños y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento de la obligación de los demandados, de entre darle las acciones que le corresponden, ya que en virtud de ese incumplimiento, no le ha sido posible ejercitar sus derechos de socio; además de que las acciones que le pertenecen representan un activo en su patrimonio personal (fundamento vigésimo tercero del libelo natural), y su no entrega le ha imposibilitado cumplir sus compromisos y obtener garantías (hecho vigésimo cuarto de la demanda); pero como en el juicio natural el actor no aportó pruebas que permitieran al a quo fijar, en el fallo definitivo, el importe de tales daños y perjuicios, por ello el Tribunal de apelación obró de conformidad con el artículo 1330 del Código de Comercio, al modificar el fallo apelado en la parte que éste había condenado a los enjuicados, "a pagar al señor Antonio Hemsani Chamah los daños y resarcirle los perjuicios que con motivo de la no expedición de los títulos de las acciones de la propia sociedad se le hayan causado, mismos que serán cuantificados en ejecución de sentencia y mediante el procedimiento respectivo", para establecer, al res pecto, que deben tenerse como bases para hacer la liquidación de la condena correspondiente, "el valor asignado a las (doscientas cincuenta) acciones y las utilidades que como dividendos o intereses le correspondan de acuerdo con las estipulaciones del pacto social o en su caso los balances que se hayan levantado, por lo que, como se dice, procede hacer la condena respectiva bajo esas bases, a reserva de fijar su importe al hacerse efectiva la ejecución de sentencia, de acuerdo con el artículo 1330 del Código de Comercio" (segundo párrafo del considerando III del fallo reclamado); máxime que, como los daños y perjuicios no aparecen en realidad precisados en la demanda natural (se vio que a ellos se refiere con imprecisiones tales como que, por la falta de sus acciones, no ha podido ejercitar sus derechos; representan las mismas acciones un activo en su patrimonio, y por no recibirlas, no ha podido obtener garantías, ni cumplir sus compromisos, es decir, positivamente omite el actor determinar y concretar en qué consistieron los daños y perjuicios que reclama), en tales condiciones no podría establecerse que la condena de que se trata verdaderamente le agravó, puesto que de todas formas le beneficia.

c) *Por haber resultado, pues, parcialmente fundado el primer concepto de violación examinado en el inciso a) del presente considerando, procede conceder al quejoso la protección federal, para el efecto de que la Quinta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en la nueva sentencia que dicte en sustitución de la reclamada, condene a los demandados a emitir, además de las doscientas cincuenta acciones pertenecientes al quejoso, las restantes setecientas cincuenta acciones, todas ellas de mil pesos cada una, que suman un millón de pesos, que corresponden al aumento que tuvo Tejidos Latino Americanos, S. A., en su capital social con motivo de la modificación hecha a su contrato constitutivo, la que se formalizó en escritura pública de veintisiete de enero de mil novecientos setenta y dos, teniendo presente, en lo conducente, los lineamientos indicados en el inciso a) del presente considerando, y deje subsistentes los restantes dispositivos del fallo reclamado.*

Por lo expuesto y fundado en los artículos 103, fracción I, 107, fracciones I, II y III, inciso a), de la Constitución Política, y 78, 79, 186 y 190 de la Ley de Amparo, se resuelve:

UNICO. La Justicia de la Unión ampara y protege a Antonlo Hemsani Chamah, contra los actos que reclama de la Quinta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y del Juez Déclmo Noveno de lo Civil de esta capital; actos que hizo consistir, respecto de la primera de las autoridades mencionadas, en la sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y seis, que dicha Sala dictó en el toca registrado con el número 824/76, relativo a la apelación interpu.ta por ambas partes en contra del fallo definitivo de quince de julio de mil novecientos setenta y seis, pronunciado por el Juez indicado, en el juicio ordinario mercantil anotado con el número 214/76, que Antonio Hemsani Chamah promovió ante el Juez Décimo Octavo de lo Civil de esta ciudad y luego continuó ante el mencionado Juez Déclmo Noveno de esta propia capital, en contra de Tejidos Latino Americanos, S. A., y de su Administrador Unico, Joseph Shamai Dweks, por la expedición de los títulos representativos de las acciones en que se halla dividido y representado el capital social de la empresa enjuiciada, así como el pago de otras prestaciones, y por cuanto a la segunda de las autoridades señaladas, en la

c) *Por haber resultado, pues, parcialmente fundado el primer concepto de violación examinado en el inciso a) del presente considerando, procede conceder al quejoso la protección federal, para el efecto de que la Quinta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en la nueva sentencia que dicte en sustitución de la reclamada, condene a los demandados a emitir, además de las doscientas cincuenta acciones pertenecientes al quejoso, las restantes setecientas cincuenta acciones, todas ellas de mil pesos cada una, que suman un millón de pesos, que corresponden al aumento que tuvo Tejidos Latino Americanos, S. A., en su capital social con motivo de la modificación hecha a su contrato constitutivo, la que se formalizó en escritura pública de veintisiete de enero de mil novecientos setenta y dos, teniendo presente, en lo conducente, los lineamientos indicados en el inciso a) del presente considerando, y deje subsistentes los restantes dispositivos del fallo reclamado.*

Por lo expuesto y fundado en los artículos 103, fracción I, 107, fracciones I, II y III, inciso a), de la Constitución Política, y 78, 79, 186 y 190 de la Ley de Amparo, se resuelve:

UNICO. La Justicia de la Unión ampara y protege a Antonio Hemsani Chamah, contra los actos que reclama de la Quinta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y del Juez Décimo Noveno de lo Civil de esta capital; actos que hizo consistir, respecto de la primera de las autoridades mencionadas, en la sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y seis, que dicha Sala dictó en el toca registrado con el número 824/76, relativo a la apelación interpuesta por ambas partes en contra del fallo definitivo de quince de julio de mil novecientos setenta y seis, pronunciado por el Juez indicado, en el juicio ordinario mercantil anotado con el número 214/76, que Antonio Hemsani Chamah promovió ante el Juez Décimo Octavo de lo Civil de esta ciudad y luego continuó ante el mencionado Juez Décimo Noveno de esta propia capital, en contra de Tejidos Latino Americanos, S. A., y de su Administrador Único, Joseph Shamal Dweks, por la expedición de los títulos representativos de las acciones en que se halla dividido y representado el capital social de la empresa enjuiciada, así como el pago de otras prestaciones, y por cuanto a la segunda de las autoridades señaladas, en la

ejecución del fallo del ad quem. El amparo se concede para los efectos indicados en la parte final del último considerando de esta ejecutoria.

Notifíquese; con testimonio de esta resolución, vuelvan los autos al lugar de su procedencia, y en su oportunidad, archívese el expediente.

Así por unanimidad de cinco lo resolvió la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fue ponente el Ministro José Alfonso Abitia Arzapalo.

Firman los CC. Presidente y Ministros que integran la Sala, con la Secretaría de Acuerdos de la misma que autoriza y da fe.-J. RAMON PALACIOS VARGAS.-GLORIA LEON ORANTES.-RAUL LOZANO RAMIREZ.-JORGE OLIVERA TORO.-J. ALFONSO ABITIA ARZAPALO.-LIC. RAQUEL FLORES MUNGUIA, Secretaria.

ACCIONES SOCIEDAD ANONIMA SOCIO LEGITIMACION DEMANDA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS ASAMBLEA UNANIMIDAD HEMSANI CHAMAH ANTONIO , AGRAVIADO ABITIA ARZAPALO JOSE ALFONSO, MINISTRO

El problema que arroja la interpretación de la tesis transcrita, es si debemos considerar como accionistas de la fusionante a los accionistas de la fusionada, aún cuando a éstos la fusionante no les haya emitido las acciones correspondientes e inscrito las mismas en el libro de accionistas, por que conforme a la tesis en comento únicamente estarán legitimados para demandar en la vía judicial la emisión de las acciones, los accionistas de la sociedad.

Ahora bien, nos enfrentamos a otro problema, en el lapso de tiempo que transcurre desde que surte efectos el contrato de fusión, hasta que la fusionante emite nuevas acciones y con esto los accionistas de la fusionada canjean sus respectivas acciones, puede suceder que los accionistas de la fusionante celebren diversas asambleas, (sin contar con el voto y presencia de los accionistas de la fusionada, que en términos jurídicos todavía no son accionistas de la fusionante, hasta en tanto no se

emitan acciones en su favor y se les registre en el libro de accionistas de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley de sociedades), y en dichas asambleas se afecten los derechos de los accionistas de la fusionada, consideramos que dichas asambleas serán totalmente válidas, si se verifican en cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, en este caso los accionistas de la fusionada únicamente podrán demandar a la fusionante por el incumplimiento del contrato de fusión, así como exigir a esta el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Es importante recalcar, que los accionistas de la fusionada podrán demandar de la fusionante el debido cumplimiento del contrato de fusión, y en consecuencia solicitar la intervención judicial para que ordene y decrete que las primeras reservas y excedentes que reporte la fusionante, se apliquen a cubrir el saldo insóluto de las acciones no pagadas, así también consideramos que los accionistas de la fusionada podrán solicitar a la autoridad jurisdiccional, que emita una resolución por medio de la cual se ordene a la fusionante, se abstenga de celebrar actos jurídicos (asambleas), que pudieren perjudicar los derechos de los accionistas de la fusionada, hasta en tanto a estos no les sean canjeadas sus acciones, y sean registrados en el libro de accionistas de la sociedad, en cumplimiento y ejecución del contrato de fusión, si bien es cierto que paralizar la actividad decisoria y deliberativa de la sociedad fusionante, no es lo mas adecuado, es cierto que dicha paralización derivada de una orden judicial, evitará se generen problemas mayores y actos de mala fe, generando tal situación seguridad jurídica.

Debemos afirmar, que el contenido del artículo 133 de la Ley societaria, alcanza en espíritu y sentido a los certificados provisionales emitidos por las sociedades anónimas, distinguiéndose únicamente de las acciones, en que estas últimas son títulos definitivos y contienen en su texto los datos de inscripción en el Registro Público de Comercio, así el artículo 125 del ordenamiento en estudio establece que el certificado provisional, también se considera título de crédito, y debe contener los requisitos que son propios de la acción.

5.1.5 EFECTOS EN LAS DIFERENTES CLASES DE ACCIONES ANTE EL ACUERDO DE ESCISION DE SOCIEDADES.

En el presente tema, únicamente nos referiremos a las acciones pagadoras, toda vez que lo citado para las acciones de goce y de voto limitado, ante el acuerdo de fusión de sociedades, se transcribe y cabe adecuarlo ante el acuerdo de escisión, especialmente lo relativo a la transmisión de relaciones corporativas. Por lo anterior, abordaremos únicamente las acciones pagadoras, toda vez que el numeral que contempla y regula la escisión en la ley societaria, hace referencia expresa a las mismas, situación que difiere en la regulación de la fusión en la ley societaria.

5.1.6 ACCIONES PAGADORAS.

El caso de las acciones pagadoras en la escisión de sociedades, es totalmente distinto que en la fusión, situación que nos parece incongruente, y por tanto proponemos adicionar la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el capítulo relativo a la fusión, para incorporar disposición análoga a la contenida en la fracción II del artículo 228-Bis, que establece:

“La escisión se regirá por lo siguiente:

II. Las acciones o partes sociales de la sociedad que se escinda, deberán estar totalmente pagadas”.

De lo anterior no podemos cuestionar ¿Qué consecuencias jurídicas tendría el hecho de que a la fecha de celebración del acuerdo o asamblea que decreta la escisión de la sociedad, no se encontraran íntegramente pagadas las acciones representativas del capital social?

En primer lugar, debemos dilucidar si la escisión adoptada en tal circunstancia tiene eficacia plena y por tanto produce todos los efectos jurídicos inherentes a dicha figura. Lo primero que salta a la vista es una violación a la Ley General de Sociedades Mercantiles, específicamente a la fracción II del artículo 228. De

lo anterior podemos preguntarnos si el incumplimiento directo a tal disposición genera una nulidad absoluta o relativa de la asamblea correspondiente. El artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario; nos encontramos ante un acto ilícito, el artículo 2225 del ordenamiento común establece que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley; por tanto cuando un acto jurídico viole una ley de orden público, en el caso que nos ocupa la Ley General de Sociedades Mercantiles, debe remitirse a la propia ley, a efecto de verificar si ésta sanciona con nulidad absoluta o relativa la falta de observancia a alguno de los preceptos en ella plasmados. Borja Soriano²¹ afirma que la ley podrá algunas veces, contener la calificación de absoluta o relativa expresamente; pero cuando no sea así, habrá que descubrir si el legislador ha querido imponer una nulidad absoluta o una nulidad relativa.

En el supuesto en estudio, será necesario desentrañar conforme al espíritu de la figura jurídica de la escisión y del legislador que la incorporó a la legislación societaria, si la violación a la fracción II del artículo 228 Bis deriva en una nulidad absoluta o relativa.

Consideramos que la finalidad y alcances de la fracción en comento son las siguientes:

a) El legislador razonó que la escisión implica en cierta medida, el debilitamiento de la estructura económica-financiera de la escidente debilitamiento que se plasma en cada una de la o la(s) escindidas. Por tal motivo el que se permitiera transmitir acciones pagadoras a las escindidas, sería una carga adicional a los ya debilitadas escindidas.

b) Siendo la conservación de la sociedad anónima, así como su normal operación y funcionamiento principios tutelados a lo largo de la ley societaria, el legislador pretendió evitar la constitución de sociedades fantasmas: en donde las acciones pagadoras constituirían una carga adicional a las sociedades escindidas.

²¹ Borja Soriano Manuel. ob. cit. pag. 109

c) El que las acciones de la sociedad escidente, se encuentren totalmente suscritas y pagadas, garantiza en gran medida que las sociedades que se constituyan por efecto de la escisión (cuando sean más de dos), cuenten con el capital mínimo que debe estar suscrito y pagado, de conformidad con lo establecido en la fracción III del artículo 89 de la ley societaria. Expuesta la ratio legis de la fracción en estudio debemos deducir si la inobservancia de la misma produce la nulidad absoluta o relativa del acuerdo de escisión. La Ley General de Sociedades Mercantiles, no establece en forma expresa si la violación a la multicitada fracción se sanciona con nulidad absoluta o relativa; para dilucidar tal cuestión debemos razonar si el mandamiento contenido en dicha fracción, es un elemento esencial del acto jurídico de la escisión. Siguiendo a Bonecasse el acto cuenta con varios elementos orgánicos, que a su vez se dividen en dos elementos de orden psicológico y elementos de orden material, en la base del acto se encuentra, en efecto una manifestación de voluntad, un objeto y según los casos un elemento formalista; en la escisión la voluntad se refleja en la asamblea de accionistas celebrada con las formalidades y mínimos de ley, el objeto de dicho acto es la propia sociedad escidente constituida conforme a la legislación societaria; tomando en cuenta el activo, pasivo y capital social que le corresponde, así como el acuerdo por el cual la sociedad decide dividir la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, para que se transmitan en bloque a otra u otras sociedades de nueva creación; y por último la formalidad se ve reflejada en la protocolización de la citada asamblea.

Conforme a lo antes expuesto, consideramos que la adopción del acuerdo de escisión en contravención a la fracción II del artículo 228-Bis, se sanciona con una nulidad relativa del mismo, sujeta a confirmación del acto o prescripción del vicio generador de nulidad.

Ahora bien ¿Cómo se presentaría tal supuesto en la práctica forense?

En primer lugar consideramos que en la asamblea de escisión, debería manifestarse que la totalidad de las acciones representativas del capital social se encuentran suscritas e íntegramente pagadas; si no se hiciera tal declaración, el notario público ante el cual se formalice el acuerdo debe verificar fehacientemente que se dio

cumplimiento a la fracción II del artículo 228-Bis, o bien en su caso solicitar que la Tesorería a través del consejo de administración²² de la sociedad escidente manifieste bajo protesta de decir verdad, que la totalidad de las acciones se encuentran suscritas y pagadas. Como generalmente ocurre, el notario no verifica por su cuenta el extremo citado y se conforma con la declaración bajo protesta de decir verdad a cargo de la Tesorería, en el sentido de que efectivamente las acciones, se encuentran cubiertas en su totalidad.

En tal orden de ideas, no resultaría difícil encontrar que un acuerdo de escisión fue elevado a escritura pública, así como constituidas las sociedades que se originan por efecto de dicha figura sin que hubiere dado cabal cumplimiento a la disposición en estudio.

En tal situación, nos encontraríamos ante una nulidad relativa del acuerdo de escisión, que acarrearía distintas consecuencias y efectos según el grado de ejecución de dicho acuerdo.

a) Si dicho acuerdo aun no ha sido elevado a escritura pública, se podrá solicitar en vía jurisdiccional que se ordene suspender los efectos del mismo, hasta que se de cabal cumplimiento a la fracción II del artículo 228-Bis.

Esto es el vicio puede subsanarse a través de la confirmación consistiendo la misma en el pago íntegro de las acciones pagadoras de la sociedad.

b) En tratándose de escisión pura si dicho acuerdo ya fue elevado a escritura pública, y por consiguiente constituidas las sociedades escindidas y disuelta y extinguida²³ la escidente, es obvio que no puede solicitarse la suspensión de la

²² No olvidemos que conforme a la fracción IV del artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los administradores son solidariamente responsables para con la sociedad, del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas, así como de la realidad de las aportaciones hechas por los socios.

²³ En relación con la extinción de sociedades, Francisco Javier Gardeazábal del Río distingue tres fases o momentos en la sociedad a saber: disolución, liquidación y extinción de la misma. Abunda que el concepto de extinción es el que presenta una mayor problemática de concreción conceptual y temporal, es peculiar de los entes societarios dotados de personalidad jurídica. el principal problema que se presenta es la determinación del momento de extinción de la sociedad.

ejecución de los efectos del acto, ya que éste fue consumado totalmente, tampoco podría solicitarse que se retrotraigan los efectos al momento de la adopción del acuerdo de escisión, toda vez que resultaría jurídicamente imposible restituir algo que ya no existe (la sociedad escidente ya se extinguió); ante tal situación proponemos la siguiente solución:

Como se ha expuesto el incumplimiento directo a tal precepto, acarrearía una nulidad relativa, esto es, sólo la podrían demandar los accionistas, acreedores y cualquier tercero que tenga interés jurídico, subsanándose el vicio, con el pago íntegro de las acciones cuyo monto se encuentra insoluto y sólo hasta ese momento surtiría plenos efectos conforme a derecho.

Consideramos que el pago del adeudo proveniente de las acciones pagadoras, que ya forman parte de las escindidas deberá realizarse de la siguiente manera:

Si la obligación del accionista deudor aun no se encuentra vencida, de conformidad con lo dispuesto en el inciso d) de la fracción IV del artículo 228-Bis de la ley de sociedades, consideramos que las sociedades escindidas responderían de manera solidaria para cubrir dicho saldo, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en virtud de la escisión. Esto es, la obligación de cubrir el saldo insoluto de las acciones pagadoras es del propio accionista, pero consideramos que es de interés público el que las acciones de la sociedad escidente, se encuentren totalmente suscritas y pagadas al momento de acordarse la misma, ya que además de establecerse lo anterior en una ley vigente, razonamos que la sociedad escidente al acordar la escisión, se obliga y debe observar todos los requisitos legales establecidos en la ley de sociedades, por tal motivo consideramos que dicha sociedad en su caso deberá cubrir en un principio el multicitado adeudo, y en todo caso después repetir contra el accionista deudor.

Ahora bien, la ley societaria impone la obligación solidaria a las sociedades escindidas, respecto a las obligaciones que hubieren asumido cada una por efecto de la escisión, siempre y cuando los acreedores no hubieren dado su consentimiento expreso para llevar a cabo la escisión; en el caso que nos ocupa el acreedor es la propia sociedad

escidente, por lo que es obvio que no puede mostrar su aprobación o desaprobación, respecto de un acto jurídico que ella misma decide y ejecuta, por tanto pensar que las escindidas serían solidariamente responsables, conforme a lo aquí sustentado y de conformidad con la ley societaria, sería ir en contra de toda lógica jurídica.

Sin embargo, consideramos que las escindidas sí son solidariamente responsables, respecto de las acciones pagadoras, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido por concepto de la escisión, y a su vez dichas sociedades podrían repetir contra el accionista deudor, una vez que se encuentre vencida su obligación (recordemos que el problema radica en que la obligación de cubrir el saldo insoluto de la acción a cargo del accionista, no se encuentra vencida a la fecha en que se decreta la escisión, con lo cual nos encontramos ante la disyuntiva de exigir el pago al accionista, aun cuando su deuda no sea exigible, o bien que la sociedad por efecto de la escisión y como causa de interés público, cubra provisionalmente dicha cantidad), y en caso de que dicho accionista no cubra dicha cantidad, una vez vencida su obligación, la sociedad escidente o en su caso las escindida(s) podrán adquirir dichas acciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esto es, en principio el obligado a cubrir el saldo insoluto de la acción es el accionista, pero los accionistas al decretar la escisión por medio de la asamblea respectiva, están conscientes y enterados de las situación que guardan las acciones representativas del capital social, con lo cual la sociedad escidente y escindida(s) consideramos deben responder ante sus acreedores, por los posibles actos jurídicos que la sociedad realice en detrimento de sus legítimos intereses. Se puede pensar en otra salida, encontrando su fundamento en el Artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Dicho ordenamiento consigna que los administradores son solidariamente responsables de la realidad de las aportaciones hechas por los socios, así como del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asamblea de accionistas. Por tanto podríamos pensar que el administrador sería solidariamente responsable de las cantidades debidas derivadas de las acciones pagadoras de la sociedad escidente.

Nos podemos encontrar ante dos supuestos:

escidente, por lo que es obvio que no puede mostrar su aprobación o desaprobación, respecto de un acto jurídico que ella misma decide y ejecuta, por tanto pensar que las escindidas serían solidariamente responsables, conforme a lo aquí sustentado y de conformidad con la ley societaria, sería ir en contra de toda lógica jurídica.

Sin embargo, consideramos que las escindidas sí son solidariamente responsables, respecto de las acciones pagadoras, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido por concepto de la escisión, y a su vez dichas sociedades podrían repetir contra el accionista deudor, una vez que se encuentre vencida su obligación (recordemos que el problema radica en que la obligación de cubrir el saldo insoluto de la acción a cargo del accionista, no se encuentra vencida a la fecha en que se decreta la escisión, con lo cual nos encontramos ante la disyuntiva de exigir el pago al accionista, aun cuando su deuda no sea exigible, o bien que la sociedad por efecto de la escisión y como causa de interés público, cubra provisionalmente dicha cantidad), y en caso de que dicho accionista no cubra dicha cantidad, una vez vencida su obligación, la sociedad escidente o en su caso las escindida(s) podrán adquirir dichas acciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Esto es, en principio el obligado a cubrir el saldo insoluto de la acción es el accionista, pero los accionistas al decretar la escisión por medio de la asamblea respectiva, están conscientes y enterados de las situación que guardan las acciones representativas del capital social, con lo cual la sociedad escidente y escindida(s) consideramos deben responder ante sus acreedores, por los posibles actos jurídicos que la sociedad realice en detrimento de sus legítimos intereses. Se puede pensar en otra salida, encontrando su fundamento en el Artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Dicho ordenamiento consigna que los administradores son solidariamente responsables de la realidad de las aportaciones hechas por los socios, así como del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asamblea de accionistas. Por tanto podríamos pensar que el administrador sería solidariamente responsable de las cantidades debidas derivadas de las acciones pagadoras de la sociedad escidente.

Nos podemos encontrar ante dos supuestos:

1. Que la tesorería a través del consejo de administración, manifieste bajo protesta de decir verdad, en la escritura donde conste el acuerdo de escisión, que la totalidad de las acciones que integran el capital social de la escidente, se encuentran suscritas y pagadas. Si aun con dicha manifestación se encuentran que no están íntegramente pagadas las acciones representativas del capital social de la escidente, consideramos que los administradores de dicha sociedad serían responsables de:

a) Responsabilidad penal derivada de falsedad de declaraciones ante persona investida de fe pública.

b) Responsabilidad solidaria respecto a las cantidades que se adeudan derivadas de las acciones pagadoras. Esto es los administradores junto con la sociedad escidente o escindida(s), responderán solidariamente para cubrir el importe de las acciones pagadoras de la sociedad que se escinde. Consideramos que lo anterior tiene sustento en la fracción I del artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2. El segundo supuesto consistiría en que el notario no supervisó el exacto cumplimiento de lo dispuesto en la fracción II del artículo 228 de la ley societaria, ya sea no requiriendo la manifestación referida en el punto 1 anterior o no verificando por otros medios que efectivamente las acciones representativas del capital se encuentran íntegramente suscritas y pagadas. En tal virtud nos encontramos ante:

a) Responsabilidad del notario en ejercicio de sus funciones.

b) Responsabilidad solidaria de los administradores, toda vez que conforme a la fracción IV del artículo 158, el Administrador es responsable del exacto cumplimiento de los acuerdos de asamblea de accionistas. Rodríguez y Rodríguez afirma, cuando comenta la citada fracción que los administradores deben cumplir los acuerdos de las asambleas generales; esta facultad debe tener un límite que aunque no expresado en la ley, no por eso deja de tener realidad: no se deben cumplir los acuerdos ilegales.

De la anterior reflexión del maestro Rodríguez y Rodríguez y utilizando la hermenéutica jurídica, consideramos que si las acciones de la escidente no se encuentran totalmente pagadas al momento de acordarse la escisión, dicho acuerdo es ilegal ya que viola la fracción II del artículo 228 de la ley societaria y por tanto si el mismo es ejecutado, el administrador sería responsable de hacer cumplir un acuerdo ilegal. Por tal motivo y adhiriéndonos a Rodríguez y Rodríguez el administrador sería solidariamente responsable de los efectos que conllevará la adopción de dicho acuerdo ilegal, entre otras cosas sería solidariamente responsable del pago de las cantidades debidas en virtud de las acciones pagadoras de la sociedad escidente, claro siempre y cuando dicho adeudo no se encontrare vencido. Lo anterior se explica en un personal punto de vista.

Ahora bien, de aceptarse y siguiendo las dos hipótesis antes planteadas, el artículo 161 de la ley societaria nos plantea que sólo se podrá fincar responsabilidad a los administradores, mediante acuerdo de la asamblea general de accionistas, la que designará la persona que haya de ejercitar la acción correspondiente, salvo lo dispuesto en el artículo 163 del ordenamiento en comento. Esto es en caso que se quiera fincar responsabilidad a los administradores de la escidente. ¿Qué sociedad deberá adoptar la resolución de responsabilidad?, consideramos:

a) En tratándose de escisión impura y haciendo la siguiente afirmación bajo la premisa de la lógica e "irnos por la más segura", creemos que la escidente es la que tendría que acordar lo conducente.

b) En tratándose de escisión pura cualquiera de las dos o más sociedades escindidas, respalda lo antes citado el hecho de que en un principio dichas sociedades mantienen la misma estructura accionaria que tenía la escidente al momento de decretarse la escisión.

CAPITULO VI

VALORACION DE LAS SOCIEDADES QUE INTERVIENEN EN LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES

Antes de entrar al presente tema, es necesario dejar en claro que nuestro sistema jurídico no impone sistema o método de valoración económica de las sociedades que participan en una fusión; sin embargo consideramos que uno de los métodos radicaré en obtener el valor nominal, real o contable y de mercado o bursátil de las acciones representativas del capital social de las sociedades que intervienen en el proceso de fusión. Para tal efecto debemos mencionar que existen distintos valores de la acción; podemos distinguir tres:

a) Valor nominal: Consistente en el precio de la acción que se indica en su texto, corresponde a la suma del dinero o al precio que tengan los bienes que aporta el socio.

b) Valor real o contable: Dicho valor se determina en función del valor real del patrimonio de la sociedad que éste tenga al momento de valorizar la acción, es decir la suma de su activo con deducción del monto de su pasivo, dividido entre el total de las acciones. El valor real puede coincidir con el nominal, generalmente sucede al momento de constituirse la sociedad, situación que resulta difícil que se presente en la constitución de la fusionante y escindida(s) tratándose de fusión impura y escisión pura.

c) Valor bursátil: Que se obtiene de las cotizaciones de las acciones al negociarse en la bolsa de valores. Este valor, por una parte no se aplica a todas las acciones, sino sólo aquellas que se negocian públicamente en bolsa, y por otra parte, puede no coincidir y es frecuente que no coincida, con el valor real que ellas tengan según la contabilidad de la empresa, ni con el valor nominal del documento, porque aquél varía (en bolsa) en función de otros elementos de naturaleza varia: prestigio de la sociedad, antecedentes lucrativos de ella, problemas económicos y políticos coyunturales.

Ahora bien, nos podemos preguntar ¿Qué sucede con las acciones sin expresión de valor nominal?

CAPITULO VI

VALORACION DE LAS SOCIEDADES QUE INTERVIENEN EN LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES

Antes de entrar al presente tema, es necesario dejar en claro que nuestro sistema jurídico no impone sistema o método de valoración económica de las sociedades que participan en una fusión; sin embargo consideramos que uno de los métodos radicaría en obtener el valor nominal, real o contable y de mercado o bursátil de las acciones representativas del capital social de las sociedades que intervienen en el proceso de fusión. Para tal efecto debemos mencionar que existen distintos valores de la acción; podemos distinguir tres:

a) Valor nominal: Consistente en el precio de la acción que se indica en su texto, corresponde a la suma del dinero o al precio que tengan los bienes que aporta el socio.

b) Valor real o contable: Dicho valor se determina en función del valor real del patrimonio de la sociedad que éste tenga al momento de valorizar la acción, es decir la suma de su activo con deducción del monto de su pasivo, dividido entre el total de las acciones. El valor real puede coincidir con el nominal, generalmente sucede al momento de constituirse la sociedad, situación que resulta difícil que se presente en la constitución de la fusionante y escindida(s) tratándose de fusión impura y escisión pura.

c) Valor bursátil: Que se obtiene de las cotizaciones de las acciones al negociarse en la bolsa de valores. Este valor, por una parte no se aplica a todas las acciones, sino sólo aquellas que se negocian públicamente en bolsa, y por otra parte, puede no coincidir y es frecuente que no coincida, con el valor real que ellas tengan según la contabilidad de la empresa, ni con el valor nominal del documento, porque aquél varía (en bolsa) en función de otros elementos de naturaleza varía: prestigio de la sociedad, antecedentes lucrativos de ella, problemas económicos y políticos coyunturales.

Ahora bien, nos podemos preguntar ¿Qué sucede con las acciones sin expresión de valor nominal?

La situación de que en las acciones de una sociedad no se exprese el valor nominal, sólo procede si el contrato social lo prevé. Lo que se pretende con estas acciones, es que el tenedor o el adquirente de la acción lo relacione con el patrimonio, no con el capital. Aun con la existencia de esta clase de acciones consideramos que no existe impedimento alguno para valorar las mismas y con esto poder valorar a la sociedad; toda vez que el valor de dichas acciones puede determinarse dividiendo el número de las mismas entre el valor del patrimonio social.

Consideramos que conociendo el valor contable de las acciones ya sea con expresión o no del valor nominal, se puede conocer un parámetro así como un punto de negociación y valoración de las sociedades que intervienen en el proceso de fusión.²⁴ Barrera Graf menciona que esta clase acciones deberán eliminarse de la legislación societaria.

6.1.1 VALORACION PATRIMONIAL, CANJE Y EMISION DE TITULOS O ACCIONES COMO EFECTO DE LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES

Tema que no ha sido tratado con gran profundidad por muchos doctrinarios, y por tanto nos concretamos a su estudio, tanto en la escisión como en la fusión de sociedades.

²⁴ Una de las utilidades prácticas de la emisión de acciones sin valor nominal sería visualizada en el siguiente ejemplo: Se constituye una sociedad X en donde el socio fundador es titular de un permiso de cogeneración de energía eléctrica de conformidad con dispuesto en la ley, dicho socio cuenta con el permiso pero no con capital para iniciar operaciones y construir la planta eléctrica, por tal motivo es obvio que dicho socio deberá conseguir otros socios que inyecten grandes cantidades de dinero a la sociedad. El problema y riesgo de incorporar a dichos socios en una sociedad que cuente con acciones con valor nominal, y siendo el socio fundador minoritario, es que el nuevo socio contando con una mayor solidez económica y financiera, pretenda en cualquier momento aumentar el capital social y por obvias razones el socio fundador en ejercicio de su derechos de preferencia no pueda hacer frente a dicho aumento y con esto su participación accionaria prácticamente se vea diluida en la sociedad. En cambio si la sociedad cuenta con acciones sin valor nominal, es obvio que el aumento tendrá que sujetarse al porcentaje de participación que tenga cada accionista en la sociedad. Esto es si el nuevo socio desea aumentar el capital en \$1,000.00 (UN MIL PESOS 00/100 M.N.) y el socio fundador aporta solo \$1.00 (UN PESO 00/100 M.N.) de dicha cantidad, tal situación no afectará al socio fundador, ya que se tendrán que emitir acciones en proporción a la tenencia accionaria que tenían los accionistas a la fecha de decretarse dicho aumento, y por tanto la participación del socio fundador no se verá diluida".

La fusión se concreta en unos pactos a nivel de órganos rectores de las sociedades interesadas, pactos que tienen su fundamento en la estimación que previamente se ha hecho de las mismas, y cuyo objetivo principal es fijar la relación en que cada una de ellas ha de participar en el patrimonio que resulte de la fusión. Al formalizarse dichos pactos, se producen dos movimientos económicos independientes a saber:

1. Concentración de patrimonios, mediante transmisiones en bloque a la sociedad que se constituye o absorbe.

2. Canje de títulos de la sociedad que se constituye o absorbe, por los de las sociedades que se extinguen por efecto de la fusión.

Así conforme a nuestra legislación, los socios de la fusionada que no ejerzan su derecho de separación en la fusión, tienen derecho a canjear los títulos que amparan sus acciones, por títulos que amparen acciones de la sociedad fusionante. Lo anterior no se encuentra contemplado en forma expresa, en el capítulo que regula la fusión en la Ley General de Sociedades Mercantiles, pero se infiere por lógica jurídica. Gómez Cotero refiere a Urla, Garrigues y Cooper quienes sostienen que un efecto característico de la fusión lo constituye el cambio de títulos, haciendo consistir este cambio en la entrega de nuevas acciones a los socios de las sociedades que desaparecen, Garrigues abunda que los accionistas de la sociedad que se disuelve habrán de renunciar, además a la liquidación, conformándose con el canje de sus acciones por las de la sociedad fusionante, siempre y cuando no ejerciten el derecho de separación. Gómez Cotero afirma que dicha postura es criticable, toda vez que dichos autores se refieren a la fusión entre sociedades de capitales, pero no podrá haber cambio de títulos cuando la fusión deba efectuarse entre sociedades de personas y consecuentemente no es requisito indispensable de la fusión. Por lo que se refiere a las sociedades anónimas, objeto del presente estudio, distinguimos:

1. En la fusión por incorporación o impura, nos encontramos que invariablemente el socio de la fusionada, canjeará sus títulos o acciones, por títulos o acciones que amparen el capital social de la fusionante.

2. En la fusión por integración o pura, no podemos hablar de un canje de títulos o acciones como tal, como sucede en la fusión impura, hablamos de suscripción, pago y por tanto emisión de acciones a favor de las personas que aparecen como accionistas en la escritura constitutiva de la sociedad que se constituye por efecto de la fusión.

Por lo anterior, estamos de acuerdo con Ferri, cuando establece que debe hablarse en lugar de cambio de títulos, de un reconocimiento de la participación de los socios en la sociedad nueva o subsistente, ya que, como se expuso, en la fusión por integración no se da propiamente un canje de títulos o acciones. Aun cuando la anterior afirmación tiene sus opositores quienes sostienen que la suscripción de las nuevas acciones se hace por el camino del canje; argumentan que un claro ejemplo de lo anterior se ve con las acciones que colizan en bolsa que deben canjearse en el Indeval.

Como citábamos, el hecho de que la Ley General de Sociedades Mercantiles no señale expresamente en los artículos relativos a la fusión de sociedades, el canje de títulos o acciones en favor de los accionistas de las sociedades participantes en la fusión, no implica el desconocimiento de éste, como efecto inherente a la fusión. Lo anterior se explica porque las acciones otorgan diversos derechos patrimoniales, entre los que se encuentra el derecho de participación a la cuota de liquidación del patrimonio social. Como se ha explicado, la fusión implica disolución sin liquidación, por tal motivo al verificarse la fusión, los accionistas de la o las fusionadas, tienen derecho a seguir el destino del patrimonio social de la misma, toda vez que no ha sido liquidado dicho patrimonio, con excepción claro de los accionistas que hubieren ejercitado el derecho de separación, donde el patrimonio se liquida parcialmente. Consideramos que lo anterior, es el fundamento técnico-jurídico, que explica la participación de los accionistas de la o las fusionadas en la sociedad fusionante.

Hasta este punto, el presente tema no presenta dificultad alguna, pero quedan muchas preguntas en el aire. ¿Cómo debe valorarse el patrimonio social de las sociedades que intervienen en la fusión? ¿Qué participación accionaria deberán tener los socios de la o las fusionadas en las sociedades nueva o absorbente?. En el acuerdo de fusión de cada sociedad que interviene en la fusión debe establecerse el valor del

patrimonio de cada sociedad y la participación que tendrá en la sociedad nueva o absorbente y en su caso la relación de canje de los títulos o acciones de la sociedad fusionada(s), por títulos o acciones de la fusionante.

Para contestar los cuestionamientos expuestos, seguiremos a el licenciado José Sánchez Olivan, doctrinario español, que trata dichos cuestionamientos con gran profundidad.

Así Sánchez Olivan⁷⁵ afirma que el canje o emisión de acciones como efecto de la fusión, nos enfrenta a un problema con dos facetas de naturaleza económica:

1. La determinación de la participación relativa de cada sociedad en la fusionante.
2. Las distintas formas en que puede alcanzarse la proporcionalidad para la distribución de las nuevas acciones.

La relación que establece esta proporcionalidad se conoce normalmente, con los nombres de tipo de cambio o relación de canje y se presenta generalmente como objetivo de las negociaciones previas.

Sánchez Olivan afirma que existe una distinción clara entre relación de participación y relación de canje, la primera es siempre una relación fija, la segunda puede variar de acuerdo con la fórmula que, en definitiva prevalezca para formalizar la fusión.

La determinación de participación relativa se realiza mediante, una valoración que se ordena llevar a cabo, por parte de las sociedades interesadas; muchas veces la valoración de cada sociedad, no es mas que un dato orientativo, que manejado conjuntamente con otros, permite llegar a un acuerdo final. La distinta trascendencia de las valoraciones, depende por tanto, de la que quieran darle las partes interesadas, así la

⁷⁵ Sánchez Olivan José. Ob. Cit.

relación de participación refleja simplemente el punto en que los negociadores se han puesto de acuerdo, para ofrecer a las juntas de accionistas, la parte que ha de corresponder a los socios de cada una de las entidades, en el capital de la sociedad resultante de la fusión.

Al respecto, nuestra ley de sociedades no establece método alguno para valorar el patrimonio de las sociedades participantes en la fusión, así como para fijar la relación de canje de títulos o acciones, por tanto deja a las partes en libertad de negociar dichas cuestiones.

Ahora bien, ¿Cuáles son los límites de dicha libertad, y hasta qué punto las negociaciones y la determinación de la participación relativa y relación de canje de títulos o acciones, pueden afectar a los accionistas de las sociedades participantes en la fusión?

Teóricamente al fijarse la participación relativa y fijada la relación de canje de títulos o acciones, debemos admitir que la participación de cada socio en la sociedad fusionante no ha experimentado alteración cualitativa alguna, en relación con la que le correspondía en la o las fusionadas, sigue siendo titular de una misma cantidad de patrimonio, pero esa cantidad se concreta en una parte menor de un patrimonio más alto. La doctrina según Sánchez Oliván sostiene dos posturas, la primera que establece que la valoración patrimonial que se haga a la sociedad participante, no es factor para determinar la relación de canje o tipo de cambio, así Motos afirma que el tipo de cambio no tiene que ver con el valor que se atribuya según el balance al patrimonio de las sociedades que se fusionan; la segunda postura se cuestiona si cada accionista, al votar en favor del acuerdo de fusión, y con el la relación de cambio establecida en el proyecto, realiza una declaración de voluntad, disponiendo de algo que le pertenece, o por el contrario se limita a hacer una declaración de voluntad cuyo contenido está determinado objetivamente por la Ley. En la legislación mexicana, tal y como se señaló, no se establece criterio alguno para la valoración patrimonial y relación de canje, por lo que conforme a ésta, el accionista al votar en favor de la fusión, puede aceptar una relación de canje o tipo de cambio no equitativo. Esto sería perfectamente válido, por tanto cuando la relación de canje o paridad sea votada, ningún accionista que haya votado a favor de la misma, podrá impugnar dicha valoración y relación de canje. Por tanto no se

puede pensar conforme a nuestro sistema jurídico societario, que al votar la fusión, todo accionista tenga derecho a que los distintos patrimonios que se concentran sean valorados, con idéntico criterio y con esto se determine una relación de canje que no implique una alteración en la participación cualitativa de cada accionista en la sociedad resultante, en relación con lo que le correspondía en la sociedad(es) fusionada(s). Por tanto el accionista de la o las fusionadas, a la luz de nuestra legislación, puede disminuir su participación cualitativa en la sociedad resultante.

Lo anterior no implica que a cada socio de una misma sociedad fusionada, puede otorgársele una participación distinta en la sociedad fusionante, pensar esto implicaría romper con el mandamiento societario de igualdad, que consiste en que las acciones conceden a sus tenedores los mismos derechos y obligaciones. Esto es, a todos los accionistas de una de las sociedades fusionadas, debe concedérseles el mismo trato en relación a sus acciones, situación que debe verse reflejada en la relación de canje o tipo de cambio que se le asigne en la sociedad fusionante, así el artículo 112 de la Ley de sociedades establece "las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos...". Por tanto el no otorgar a todos los socios de una sociedad fusionada, la misma relación de canje, violaría dicho principio y en consecuencia unos accionistas resultarían beneficiados en detrimento de otros.

Por otro lado, la legislación societaria española en su artículo 142, establece: "Los socios de las sociedades extinguidas, participarán en la sociedad nueva o en la absorbente, recibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones en aquellas sociedades".

La dificultad de lo ordenado en dicho numeral, es poder determinar el alcance de lo que es proporcional, siguiendo a Sánchez Olivan, compartimos su opinión en el sentido que la proporcionalidad implica mantener el principio de igualdad de trato entre los socios de cada una de las sociedades fusionadas, esto es el enfoque de proporcionalidad, se dirige hacia dentro de cada una de las sociedades fusionadas, concretándose dicha proporcionalidad en una relación de canje igual para todos los accionistas de determinada sociedad fusionada.

Por tal motivo, consideramos que conforme a la legislación mexicana, no es necesario o requisito esencial el que los accionistas de la fusionada reciban en la sociedad nueva o absorbente, un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones en las sociedades extinguidas, toda vez que la ley no impone disposición en contrario y siguiendo la tesis de Sánchez Olivan, el accionista puede disponer de su participación, al votar en favor del acuerdo de fusión y en su caso obtener una participación de un valor actual inferior en la sociedad resultante, pero quizá con mayores posibilidades de rentabilidad futura.

Por tales razones, sostenemos que es necesaria una adición a la Ley General de Sociedades Mercantiles, para establecer en favor de los socios disidentes el derecho de separación en cualquier caso de fusión de sociedades, toda vez que en caso de no estar de acuerdo con la relación de canje y valor de participación que se asigne a la fusionada, pueda separarse y recuperar su participación sin que ésta sufra disminución o detrimento alguno.

Lo que sí queda claro, es que la igualdad y proporcionalidad entre los accionistas de una misma sociedad, se traduce en que a todos debe asignárseles, la misma relación de canje o tipo de cambio, ya que de no ser así el accionista de la fusionada podrá demandar a la fusionante el ajuste proporcional a la relación de canje, aun cuando el mismo hubiere votado en favor del acuerdo de fusión. Consideramos que lo anterior no es causal para declarar la nulidad del acuerdo de fusión de la fusionada, pero sí para demandar de la fusionante el ajuste citado.

En conclusión, Sánchez Olivan establece que no existen limitaciones legales, a la aplicación del principio de distribución proporcional de las acciones, acto en el que debe respetarse la voluntad de las partes, debiendo mirar únicamente a garantizar el criterio de proporcionalidad antes explicado. Abundando que existen, conforme a nuestro sistema societario, distintas clases de acciones, por lo que el criterio de proporcionalidad se refiere a que todos los tenedores de igual clase de acciones deben recibir el mismo trato y por consiguiente puede existir distinto trato para distinta clase de acciones. Debemos remarcar que nuestra ley societaria no establece métodos o medios de valoración de las sociedades participantes en la fusión.

Ahora bien, una vez valoradas las sociedades y establecida la relación de canje en la fusión, como efecto de la misma se presenta el canje de títulos o acciones de la sociedad absorbente o de la que se constituya, en este último caso, como hemos citado, consideramos que se debe hablar de emisión, ya que en si no se verifica canje alguno.

Ahora bien, es obvio que en ambos casos, el canje de títulos o acciones supone la emisión de nuevas acciones, ya sea por aumento de capital, utilización de acciones de tesorería o por la constitución de la sociedad fusionante.

Es importante cuestionarnos si las acciones emitidas por la fusionante, por efecto de la fusión, son acciones con prima de emisión, Sánchez Olivan afirma que aunque en las fusiones pueda darse y se de frecuentemente la apariencia de que las acciones que se ponen en circulación son acciones con prima, ello es consecuencia de una apreciación de la operación, desde el punto de vista unilateral de la sociedad emisora, pero si la prima de emisión de acciones requiere de una aportación efectiva de quien recibe la acción, dicha aportación no puede identificarse dentro de la complejidad de actos que una fusión entra. Por nuestra parte consideramos que la prima de emisión de acciones no cabe en la fusión, toda vez que la valoración de las sociedades y la relación de canje de títulos o acciones, implica la anulación de la misma, ya que cualquier diferencia patrimonial o económica, en relación con el patrimonio de las sociedades interesadas, repercutirá en la relación de canje de títulos o acciones que se establezca y pacte. A mayor abundamiento, Sánchez Olivan establece que la prima por emisión de acciones, sólo podría haber liquidando de manera efectiva las sociedades que se disuelven por efecto de la fusión y adjudicando su patrimonio a los accionistas, solamente así, podría realizarse por éstos aquella aportación, pero nos consta que la fusión no es así. Los socios, aunque son los que intervienen en la votación para adoptar los acuerdos de fusión, una vez que éstos se han tomado y han quedado firmes, quedan al margen de la operación de integración de patrimonios, limitándose a percibir un número de acciones que será determinado por la relación de canje que se haya establecido.

En conclusión, cabe destacar las siguientes cuestiones:

1. En la fusión impura o por incorporación, si se puede realmente hablar de un canje de títulos o acciones, previa emisión de las mismas por parte de la sociedad fusionante. En sentido práctico y conforme a nuestra legislación Societaria, dichos títulos o acciones se entregarían o estarían a disposición de los interesados (contra entrega de acciones de la sociedad fusionada), tres meses después de la fecha de inscripción del último acuerdo de fusión, y claro conforme a la tesis que sostenemos, una vez que se hubiere celebrado el contrato de fusión, en donde se concretan y ejecutan dichos acuerdos.

2. En la fusión pura o por integración, no podemos hablar de un efectivo canje de títulos o acciones, las acciones de la sociedad fusionante se emiten en favor de las personas, que aparezcan como accionistas de la sociedad en la escritura constitutiva, y en realidad las personas interesadas, en un principio no tendrán que exhibir sus títulos o acciones, para obtener los títulos o acciones de la sociedad de nueva creación.

3. Por lo que respecta a la escisión, en cualquiera de sus dos clases, se puede transcribir lo que se citó en el punto anterior.

Dentro de lo expuesto, es importante destacar un aspecto en el que la mayoría de los doctrinarios están de acuerdo, y que consiste en que la relación de canje de títulos o acciones, así como la participación de los accionistas de la sociedad(es) absorbida(s) en la fusionante, debe deliberarse y establecerse en los respectivos acuerdos de fusión de cada una de las fusionadas y en su caso de la fusionante; así Vasquez del Mercado comenta que para fijar el valor de las acciones de las sociedades que intervienen en la fusión, será preciso tomar en cuenta la situación de cada sociedad, en la cual influye considerablemente su posición en el mercado y el monto de su patrimonio, estas circunstancias deberán tomarse en cuenta en las respectivas asambleas que acuerden la fusión, para ejemplificar como se efectúa el cambio de títulos o acciones. Gómez Colero abunda que dicha circunstancia debe ser tomada en cuenta por las respectivas asambleas que acuerden la fusión. Consideramos que lo anterior resulta totalmente lógico, toda vez que los accionistas al adoptar el acuerdo de fusión disponen de sus aportaciones, pero para llegar a tal decisión, es necesario conocer la forma y condiciones conforme a las cuales se afectarán dichas aportaciones, y así estar

en posibilidad de deliberar acerca de adoptar el acuerdo de fusión, y en su caso ejercitar el derecho de separación. Ahora bien, cabe preguntarse sobre la posibilidad de que el acuerdo de fusión no contemple la relación de la participación de la sociedad fusionada en la fusionante, así como la relación de canje de títulos o acciones, datos que servirán de base para la celebración del contrato de fusión, estableciéndose únicamente en el acta de asamblea respectiva, que se deja en amplia libertad a las personas que concurren a celebrar el contrato de fusión, para negociar y fijar la relación de participación y canje respectiva, a falta de disposición expresa en nuestra ley de sociedades, consideramos que en un principio sería válida y factible dicha situación; pero tal y como hemos venido insistiendo, el socio disconforme con tal posición, quedaría en un completo estado de indefensión, ya que la ley societaria en el capítulo correspondiente, no le concede a este socio el derecho de separación por el simple acuerdo de fusión (aunque como se estudiará, podría ejercer el derecho de separación, cuando se presenten como efectos de la misma, alguno de los supuestos contemplados en el artículo 206 de la ley de sociedades). Lo anterior se explica y entiende, si la asamblea donde se decreta la fusión se verificó y realizó observando todas las formalidades legales, y por tanto la voluntad de la sociedad fue la de delegar la facultad de determinar la relación de participación de la fusionada en la fusionante, así como la relación de canje de títulos o acciones, a los delegados que se designen en dicha asamblea, para cumplir con la citada función. Aun cuando no apoyamos la citada práctica, como se citó, la ley societaria es omisa al respecto, por lo cual la misma podría darse en la práctica, y en principio dicha asamblea así como el acuerdo de fusión serían totalmente válidos y eficaces.

En conclusión, consideramos relativamente acertada, la postura de la ley de sociedades, en el sentido de no limitar objetivamente la relación de participación y canje de títulos o acciones, dejando la valoración de cada sociedad fusionada y en su caso fusionante, así como la determinación de la relación de canje, a la libre negociación de las partes involucradas en la fusión, negociaciones que consideramos deben reflejarse en los acuerdos de fusión de cada sociedad participante, aun cuando ya citamos que la asamblea puede delegar la función negociadora a ciertas personas que se designen para tal efecto. Abundando que no consideramos acertada dicha postura, toda vez que la facultad negociadora puede recaer en manos de los accionistas mayoritarios y éstos pueden convenir condiciones no favorables, en detrimento de los socios restantes,

quienes al no estar conformes con la fusión, sólo podrán separarse de la sociedad, si se presentan los tres casos previstos en el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que el accionista se encuentra en un estado de indefensión.

Todo lo anterior, respetando el principio de proporcionalidad e igualdad ya citado y explicado, sustentado principalmente por el maestro Sánchez Olivan.

Respecto a la escisión, no encontramos problema alguno, toda vez que nos encontramos únicamente ante una sociedad interesada(escidente), y por tanto no nos encontramos ante negociaciones y valoraciones previas, y por tanto relación de canje y valoración de participación alguna, la ley societaria únicamente limita en forma objetiva la forma en que se distribuirá la estructura accionaria en la(s) sociedad(es) escindida(s), así la fracción III del artículo 228-Bis del ordenamiento en comento establece:

"Cada uno de los socios de la sociedad escidente tendrá inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente."

Esto significa que el socio de la escidente tendrá una participación en la escindida igual desde el punto de vista cualitativo (porcentaje de participación dentro del capital social). Lo que sí puede verificarse es que el valor real de las acciones de las sociedades escidente y escindida disminuya o aumente, dependiendo de los activos, pasivos y capital que se asigne a cada sociedad.

Por tal motivo, los problemas que se presentan en la fusión y que fueron expuestos, no se actualizan en la escisión, al establecer la ley de sociedades en la transcrita norma, que ordena que por lo menos cada uno de los socios de la sociedad escidente, tenga inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente. Con esto se protege a los accionistas minoritarios, cubriéndolos de una posible distribución accionaria, que pudiere prácticamente diluir su participación o bien asignarlos a una sociedad escindida a la que se le hubieren transmitido la mayoría de las pérdidas y pasivos de la sociedad escidente, por tanto consideramos bastante acertada dicha disposición. Así Emiliano Zubiría Maqueo, expuso

que la disposición en comento evita el problema que se presentaría, por parte de aquellos que pretendieran utilizar la figura de la escisión para separar socios con intereses controvertidos.

La citada disposición se relaciona con el reformado artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación que estuvo vigente hasta el año de 1995, y que establecía que no se consideraba enajenación en el siguiente caso:

"En la escisión, siempre que los accionistas propietarios de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto de la sociedad escidente y de las escindidas, sean los mismos durante un periodo de dos años, contado a partir del año inmediato a la fecha en que se presente el aviso correspondiente a la autoridad fiscal..."

Como se observa, dicha disposición guarda similitud con el espíritu de la norma de la ley de sociedades, en el sentido de que los accionistas de la escidente, en un principio deberán serlo de la o las escindidas. Pero el Código Fiscal hablaba de dos años de igual tenencia accionaria, y la ley de sociedades no limita al socio, en cuanto a la disposición de su correspondiente participación accionaria. Por lo cual, se entiende que el mismo día en que la escisión surta efectos (como se verá más adelante, nuestra postura es que la escisión surte plenos efectos, cuando se constituyen la totalidad de las escindidas previstas en el acuerdo de escisión), el socio de la o las escindidas podrán disponer de sus respectivas acciones, con las consecuencias de tipo fiscal que esta conducta generaría. Al respecto Zubiria Maqueo, señala que la disposición del Código Fiscal de la Federación citada es exagerada, puesto que amen de limitar la libre circulación y en su caso bursatilidad de las acciones, no contiene finalidad ulterior práctica.

que la disposición en comento evita el problema que se presentaría, por parte de aquellos que pretendieran utilizar la figura de la escisión para separar socios con intereses controvertidos.

La citada disposición se relaciona con el reformado artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación que estuvo vigente hasta el año de 1995, y que establecía que no se consideraba enajenación en el siguiente caso:

"En la escisión, siempre que los accionistas propietarios de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto de la sociedad escidente y de las escindidas, sean los mismos durante un periodo de dos años, contado a partir del año inmediato a la fecha en que se presente el aviso correspondiente a la autoridad fiscal..."

Como se observa, dicha disposición guarda similitud con el espíritu de la norma de la ley de sociedades, en el sentido de que los accionistas de la escidente, en un principio deberán serlo de la o las escindidas. Pero el Código Fiscal hablaba de dos años de igual tenencia accionaria, y la ley de sociedades no limita al socio, en cuanto a la disposición de su correspondiente participación accionaria. Por lo cual, se entiende que el mismo día en que la escisión surta efectos (como se verá más adelante, nuestra postura es que la escisión surte plenos efectos, cuando se constituyen la totalidad de las escindidas previstas en el acuerdo de escisión), el socio de la o las escindidas podrán disponer de sus respectivas acciones, con las consecuencias de tipo fiscal que esta conducta generaría. Al respecto Zubiría Maqueo, señala que la disposición del Código Fiscal de la Federación citada es exagerada, puesto que amén de limitar la libre circulación y en su caso bursatilidad de las acciones, no contiene finalidad ulterior práctica.

CAPITULO VII

TRANSMISION DEL PATRIMONIO SOCIAL, ASI COMO DE LAS DIVERSAS CUENTAS QUE INTEGRAN EL BALANCE DE LAS SOCIEDADES, COMO EFECTO DE LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES

Como sabemos, la transmisión del patrimonio constituye un efecto configurativo e inherente de la escisión y fusión de sociedades.

El patrimonio de una sociedad anónima, desde un punto de vista práctico contable se configura con el activo, pasivo y capital social, dichos conceptos a su vez se dividen en diversas cuentas que son materia de estudio de la ciencia contable.

Ahora bien, la transmisión de patrimonio provoca ciertas consecuencias de tipo jurídico, y las características de dichas consecuencias están determinadas por la clase de cuenta que se transmita por efecto de la escisión y fusión.

Tal y como se apuntó, sostenemos que la transmisión de patrimonios en bloque, como efecto de las figuras en estudio, comparte ciertas características de la transmisión a título universal, pero no es toda ella, así como también se estudió que dicha transmisión, no constituye la naturaleza jurídica de ambas figuras.

Dentro de las características que comparte la transmisión de patrimonios por efecto de la escisión y fusión de la sucesión universal, es la de que se afecta a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de las sociedades que se extinguen y en segundo lugar, dicha transmisión se produce en un solo acto y por tanto sin tener en cuenta el régimen especial que podría afectar a determinadas relaciones jurídicas por su transmisión, como ejemplo se podría poner al arrendatario (persona moral) que se fusione y por tanto extinga, ¿Cuál sería la posición de la sociedad absorbente? ¿Cabe la posibilidad de que el arrendador rescinda el contrato?. Consideramos que dicha sociedad seguirá teniendo el carácter de arrendataria. Conforme a lo expuesto, el contrato no podrá ser rescindido (claro, si no se estipuló en el contrato como causal de rescisión la fusión, ya sea con el carácter de fusionada o fusionante) y la

sociedad resultante o absorbente, será titular de los derechos de arrendataria, derechos que fueran transmitidos como efecto de la escisión o fusión.

Ahora bien, como se citaba, los conceptos activo, pasivo y capital de una sociedad anónima, se encuentran divididos en diversas cuentas desde el punto de vista técnico contable. Lo que estudiaremos en el presente tema, es cómo afecta a ciertas cuentas la transmisión que se efectúa por efecto de las figuras en estudio, específicamente centraremos el análisis en las cuentas de reservas y resultados ya que son las cuentas que se presentan con mayor frecuencia en una sociedad anónima.

Para tal efecto es necesario explicar lo que debe entenderse por reserva en una sociedad anónima. Garrido Chamorro establece que las reservas se forman mediante la acumulación de beneficios distribuidos, efectivamente las reservas se forman y constituyen con el beneficio o utilidad obtenido por una sociedad en determinado ejercicio. Abundando, económicamente las reservas funcionan como un ahorro reinvertido en la sociedad, valores patrimoniales obtenidos por la sociedad, y retenidos en su patrimonio, en lugar de distribuirlos a los socios, dichos valores reservables pueden proceder ya sea de beneficios, pero también de primas de emisión de acciones, actualización de balances, etc. Las reservas son un beneficio o excedente no distribuido, que aparece en el balance dentro del pasivo interno o pasivo no exigible. El espíritu de la constitución de reservas, en principio es la de hacer frente a diversas contingencias, con las que puede enfrentarse la sociedad en determinados momentos, y en práctica para hacer frente a las pérdidas de la sociedad en determinado ejercicio.

Las reservas pueden ser legales o estatutarias, dependiendo dónde se determine su constitución. Así la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el artículo 20 establece que de las utilidades netas de toda sociedad, deberá separarse anualmente el cinco por ciento como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que importe la quinta parte del capital social. De lo anterior, es necesario apuntar que la constitución de dicha reserva, viene precedida necesariamente de una asamblea general ordinaria de accionistas, en donde se aprueba el ejercicio en revisión, arrojando dicho ejercicio utilidades, de las cuales se decretará antes de cualquier disposición sobre las mismas, la constitución de la reserva en comento.

Ahora bien, puede suceder que en los estatutos de la sociedad, se establezca la constitución obligatoria de determinadas reservas, ya sea contra beneficios, primas de emisión de acciones, revalorizaciones. Siendo responsabilidad de los administradores el verificar la exacta constitución y provisión de fondos a dichas reservas.

En relación con el tema que nos ocupa, estudiaremos las características y forma en que se transmiten dichas cuentas como parte integrante del patrimonio, ya sea de la fusionada y escidente.

7.1.1 RESERVA LEGAL

Contemplada en el artículo 20 de la ley de sociedades, nos encontramos ante unas reservas, en cierto modo comprometidas, que se encuentran afectas a un fin determinado y su disponibilidad se encuentra condicionada. Como se expuso, lo anterior de alguna forma lo convierte en pasivo de la sociedad, lo que justificaría su traspaso como tal a la sociedad fusionante o escindida. Ahora bien, ¿Hasta qué punto dichas cantidades, tendrán el carácter de reserva legal, en la fusionante o escindida?

Sánchez Olivan afirma que parece evidente la necesidad de que por la transmisión de dicha cuenta, la misma siga afecta a los mismos fines que determinaron la exigencia de su dotación, el autor abunda que descartada la posibilidad de la existencia de una prima de emisión en la fusión, no parece lógico que la reserva legal de la o las sociedades fusionadas y escidente pudiese convertirse, por efecto de la fusión en una reserva de libre disposición, la misma obligatoriedad que determinó su dotación exige, a través del principio de sucesión universal, su transmisión, ya que se trata de compromisos transmisibles. A este respecto, Barrera Graf en estudio del tema de la sucesión universal del patrimonio de las sociedades fusionadas, establece que del artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se desprende que los derechos y obligaciones que se asumen por la sociedad fusionante, se transmiten sin cambio alguno, tal como existen en el patrimonio de las sociedades fusionadas.

Por lo anterior, en el caso de la reserva legal, consideramos que las cantidades que la integran, pasan a la sociedad fusionante o escindida(s) con la misma cualidad y en todo caso sumándose a la reserva legal de la fusionante, en caso de la fusión impura o por incorporación; en este último supuesto puede suceder que la suma exceda el mínimo establecido, para la constitución de la reserva legal, consideramos que dicho excedente, podrá ser dispuesto y utilizado libremente por la sociedad fusionante, siempre y cuando en una asamblea general ordinaria de accionistas se acuerde el destino y utilización de dicho excedente.

Ahora bien, en el caso de las sociedades de nueva creación (fusionante, escindida(s)), se puede cuestionar la existencia de la reserva legal para las mismas, toda vez que la regla general es que las sociedades anónimas se constituyen sin la existencia de cantidad alguna en la reserva legal, situación que resulta lógica, toda vez que la misma se obtiene de las utilidades de la sociedad, la pregunta es si la sociedad de nueva creación, podría disponer de dicha reserva y destinar las cantidades que la forman a diversos fines. Consideramos que la sociedad, mediante una asamblea general ordinaria de accionistas, podrá destinar las cantidades que integran dicha reserva a otras cuentas con fines y naturaleza distinta, claro está, lo anterior condicionado a que surta efectos la escisión y fusión y se constituyan dichas sociedades. lo anterior se funda en que la Ley General de Sociedades Mercantiles, no establece disposición que riña con lo antes expuesto, ya que la reserva legal es únicamente exigible contra utilidades netas, y es obvio que una sociedad recién constituida, no cuenta con las mismas, teniéndose que esperar a la aprobación del primer ejercicio, a efecto de determinarlas y en su caso constituir la multicitada reserva. Se podría refutar la tesis antes expuesta, argumentado que los fondos integrantes de la reserva legal que se transmite por efecto de la fusión o escisión, están vocacionados a ser reserva y no existe razón alguna para deshacer dicha vocación y por consiguiente dicha reservas; sin embargo tal argumento no considera que tal vocación puede variar por voluntad de la asamblea, siempre y cuando la cantidad que constituya la reserva legal sobrepase el mínimo legal o bien la provisión de dicha reserva no sea necesaria en el estado en que se encuentre la sociedad, como ejemplos se citaron las sociedades que se constituyen por efecto de la escisión y fusión.

Como conclusión, en principio la cuenta de reserva legal se transmite de las sociedades fusionada(s) y escidente a las fusionante y escindida(s), con la misma cantidad y cualidad, apoyándonos en la opinión de Barrera Graf²⁶, en el sentido de que los derechos y obligaciones que se asumen por la fusionante, se transmiten sin cambio alguno, pero consideramos que una vez que surta efectos la escisión y la fusión, el excedente del mínimo legal podrá disponerse por medio de asamblea general ordinaria de accionistas de la fusionante, en tratándose de fusión impura; y la totalidad de las cantidades que integran dicha reserva podrán disponerse por la fusionante y escindida(s), de igual manera, vía asamblea general ordinaria de accionistas, en tratándose de fusión pura y las dos clases de escisión señaladas en el presente estudio.

7.1.2 RESERVAS ESTATUTARIAS

En las sociedades que subsistan por efecto de la fusión o escisión, las cantidades que integran este tipo de reservas no tendrían razón de ser en las mismas, con el carácter que se constituyeron y determinaron en la fusionada(s) y escidente, a menos que en la sociedad fusionante o escindida(s), existiera una disposición en los estatutos que prevea la constitución de dicha reserva, en tal supuesto, dichas cantidades, consideramos deben afectarse a tal reserva y el excedente como se expuso en el punto anterior, podrá disponerse libremente por la sociedad, vía asamblea ordinaria de accionistas. En los demás casos, lo normal es que se conviertan en reservas de libre disposición, pudiendo ser ésta una de las utilidades buscadas por la escisión o fusión.

7.1.3 PRIMA DE EMISION DE ACCIONES.

El artículo 115 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que se prohíbe a las sociedades anónimas, emitir acciones por una suma menor de su valor nominal. A contrario sensu y por consecuencia se desprende la licitud de la emisión de acciones con prima. En el caso de la fusión, si en virtud de la ecuación de canje acordada, la sociedad absorbente adquiere un patrimonio cuyo valor es superior al

²⁶ Barrera Graf Rafael. Ob. Cit.

nominal de las acciones que esta sociedad emite con motivo de la fusión, nos podemos preguntar si la diferencia resultante, es una autentica prima de emisión de acciones. Para responder a lo anterior, es necesario reflexionar cuales son los fines y objetivos de la prima de emisión de acciones; en principio consideramos que dicha prima pretende mantener la integridad patrimonial y el valor de la acción, cuando previa renuncia al derecho preferente de suscripción por parte de los accionistas de la sociedad, se da entrada a nuevos accionistas, o simplemente con dicha prima se busque fortalecer las estructuras financieras de la sociedad, cuando la ampliación se reserva a los antiguos accionistas; abundamos que la prima se debe justificar como una compensación a cargo del nuevo accionista, para con los ya existentes, compensación que deriva de la nueva distribución patrimonial en relación con el valor real de las acciones emitidas, distribución que por el aumento de capital decretado, sufrirá un reajuste. Así también, puede utilizarse en materia bursátil a efecto de no influir en posibles variaciones, en cuanto a la cotización de las acciones. La existencia de la prima implica la existencia personalizada de suscriptores, que aceptan el pago del sobreprecio, realizando una aportación efectiva. Por tanto todo lo que no encuadre dentro del marco antes descrito, consideramos no debe asignarsele el carácter de prima de emisión de acciones.

En relación con la fusión, Sánchez Olivan afirma que aunque en la fusión pueda darse la apariencia de que las acciones que se ponen en circulación, son acciones con prima, ello es consecuencia de una apreciación de la operación desde el punto de vista unilateral de la sociedad emisora, toda vez que la prima de acciones requiere de una aportación efectiva, aportaciones que como se expuso, no pueden identificarse dentro de la complejidad de una operación de fusión.

Concordamos con Sánchez Olivan y agregamos que la prima de emisión no da lugar en la fusión, ya que los accionistas de la fusionada(s), de conformidad con la relación de participación y de canje, recibirán de la fusionante el número de acciones que resulte de aplicar la fórmula de canje de títulos o acciones que se hubiese pactado y expuesto en la asamblea donde se hubiere adoptado la fusión y con esto cualquier excedente al valor nominal de las acciones, proveniente de la confusión del patrimonio de la fusionante y fusionada(s), se reflejará en la mayor o menor cantidad de acciones que se entreguen al accionista de la fusionada(s).

Para concluir, es relevante citar que la cuenta de prima de emisión de acciones, debe asignarse a cubrir las pérdidas de la sociedad y después en su caso ser distribuida entre los accionistas, así el artículo 19 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en su parte conducente establece "...tampoco podrá hacerse distribución de utilidades mientras no hayan sido restituidas o absorbidas mediante aplicación de otras partidas del patrimonio, las pérdidas sufridas en uno o varios ejercicios anteriores, o haya sido reducido el capital social." Lo anterior no obsta para afirmar que la sociedad fusionante y escindida(s), una vez que surtan efectos la fusión y escisión respectivamente, pueden en cualquier momento disponer de las cantidades que integran la cuenta de prima de emisión de acciones, que les fue transmitida de las sociedades fusionada(s) y escidente respectivamente, pudiendo distribuirlas entre los accionistas, previa celebración de la asamblea correspondiente, lo anterior se explica y entiende ya que la prima de emisión de acciones, no tiene la naturaleza y el carácter de beneficio ganado, sino de capital aportado y por tanto su reparto no tendrá la consideración de dividendo, sino de reembolso.

En relación con lo antes expuesto, la legislación mercantil española, establece que las cantidades percibidas por la emisión de acciones con prima, no podrán ser distribuidas hasta que la reserva legal haya alcanzado el límite previsto por la ley, a diferencia del sistema mexicano, en donde la reserva legal se forma y constituye únicamente con utilidades netas.

7.1.4 PERDIDAS ACUMULADAS.

En base a la transmisión del patrimonio en un solo acto que comparte características de la sucesión universal, que se presenta por efecto de la escisión y fusión, las sociedades fusionante y escindida(s) deberán compensar sus pérdidas con las utilidades y otras cuentas provenientes de la fusionada(s) y escidente, claro está todo esto desde la perspectiva mercantil y corporativa. Sin tomar en cuenta el aspecto fiscal. Conforme a nuestra legislación societaria, las sociedades que resulten de la fusión o escisión, podrán compensar sus pérdidas correspondientes del ejercicio o ejercicios anteriores, con las utilidades que les sean transmitidas por la fusionada(s) o escidente, o

bien sean absorbidas mediante aplicación de otras partidas del patrimonio que también les hubieren sido transmitidas.

En tal situación, se podría pensar en una sociedad que en los últimos tres años, hubiere obtenido pérdidas en los dos primeros y en el último utilidades, para no sacrificar estas últimas, busca fusionarse con una de sus subsidiarias, que tenga partidas en su patrimonio suficientes para cubrir y compensar las citadas pérdidas, cuentas que como se expuso, no tienen que ser necesariamente de resultados o de beneficios de la sociedad fusionada, tal situación conforme a nuestro sistema societario es totalmente viable.

Situación totalmente distinta, es la que se presenta en el aspecto fiscal, donde la figura de la disminución de la utilidad fiscal contra la pérdida fiscal es manejada con un enfoque distinto, así la legislación fiscal prohíbe que se disminuya la utilidad fiscal de la fusionante, contra la pérdida fiscal de la o las sociedades fusionadas a lo anterior consideramos que la intransferibilidad del derecho de compensación de pérdidas fiscales con utilidades fiscales, se produce solamente por que la ley lo declara expresamente, no por que se trate de un derecho intransferible "per se", abundamos que con esto se merma el principio de la sucesión universal.

Consideramos que tal situación, es uno de los tantos razonamientos, por los que no equiparamos la transmisión patrimonial que se da en la fusión y escisión, con la sucesión universal, consideramos que es una clase especial de transmisión que comparte algunas de las características de la sucesión a título universal, pero en estricto derecho no es una sucesión a título universal.

Sánchez Oliván abunda que en cuanto a los resultados negativos no compensables, no parece justificado su traspaso si existen reservas voluntarias o legales con el que puedan compensarse. A lo anterior, consideramos que la sociedad fusionada aun cuando tenga resultados negativos no compensables, no existe impedimento alguno para celebrar la fusión.

7.1.5 DIVIDENDOS

Es por la doctrina y la legislación reconocida, la distinción que existe entre beneficios obtenidos por la sociedad en un ejercicio y los dividendos que se decretan en la asamblea. Los beneficios son considerados como pasivos no exigibles, susceptibles de ser destinados a diversas cuentas del patrimonio de la sociedad; en cambio los dividendos ya son créditos exigibles a favor de los accionistas, no pudiendo disponer de dichas cantidades la sociedad. En tal situación, los dividendos se transmitirán y pasarán a la sociedad fusionante y escindida(s) como un crédito más a cargo de la sociedad, no siendo necesario el consentimiento de los acreedores accionistas de la(s) fusionada(s), para que se efectúe la citada transmisión y cesión de deuda, lo anterior es una de las características que comparte la transmisión de patrimonio derivada de la fusión y escisión, de la transmisión a título universal.

Los dividendos al ser transmitidos, solo podrán repartirse a los antiguos accionistas de la fusionada o a la persona que al momento de que sea exigible dicho crédito, tenga el carácter de acreedor, esto es el dividendo que se traspasa de las sociedades fusionada(s) y escidente a la fusionante y escindida(s), es un crédito como cualquiera, totalmente identificado, y como se dijo no se confunde con los beneficios de estas últimas sociedades.

Independientemente de lo anterior, consideramos en todo caso más lógico el pagar los dividendos antes de que se decrete la escisión y fusión respectivas.

7.1.6 CAPITAL SOCIAL

Consideramos que nada impide, salvo en el caso que haya que modificar el capital, que la estructura financiera, se traslade de las sociedades absorbidas a la absorbente en la misma forma que en aquellas se manifiesta.

De lo anterior, se desprende que el capital social podrá ser modificado, en algunos supuestos.

En el caso de la fusión pura, los capitales sociales se transmitirán tal cual a la fusionante, no sufriendo modificación alguna.

En la escisión pura, los capitales sociales se transmitirán tal cual a las escindida(s), sin sufrir modificación alguna.

En ambos casos, tal como se ha venido sosteniendo, el aumento o disminución del citado capital, tendrá que acordarse con posterioridad a través del órgano deliberativo o ejecutivo de la sociedad fusionante o escindida(s), según se trate de la naturaleza del acuerdo.

Por lo que respecta a la fusión impura o por incorporación, encontramos ciertas diferencias, en principio el capital social de la fusionante como se ha expuesto, sufrirá un aumento, y es que el capital nominal que se amplía en dicha sociedad, coincide con el capital nominal o la suma de capitales nominales de la o las fusionadas. Sánchez Oliván sostiene que la cifra de capital que se aumenta, no viene condicionada por la de las que antes tenían las sociedades fusionadas. A este respecto, no compartimos la opinión del citado autor, ya que en principio, por la transmisión del patrimonio en un solo bloque, el capital social de la(s) fusionada(s) será transmitido a la fusionante con la misma cualidad y cantidad que tenía al momento de acordarse la fusión; en consecuencia se verificará un aumento de capital social en la fusionante, en cantidad igual a la suma de capitales sociales de la o las fusionadas, por tanto la cifra de capital ampliado no puede ser distinta; como sustenta Sánchez Oliván, cada sociedad acuerda la fusión en la respectiva asamblea y en la misma aprobará el último balance, así consideramos que las cuentas que integran el mismo, se transmitirán tal cual a la fusionante. Así se explica el por qué dicho balance deberá ser publicado, ya que los balances publicados servirán de parámetro a los acreedores para decidir sobre la viabilidad de oponerse a la fusión, dentro del término señalado en el artículo 224 de la Ley de sociedades.

En tal virtud, las cuentas que integran dichos balances no podrán ser modificados en principio por la fusionante, si no por virtud de una resolución emitida por el consejo de administración o junta de accionistas (dependiendo de la naturaleza de la resolución), una vez que haya surtido plenos efectos la fusión. Lo que si es opinión

generalizada en la doctrina, es la existencia de un aumento en el capital social de la fusionante, donde surge divergencia es si dicho aumento genera o no modificación en los estatutos sociales de la fusionante, así Gómez Cotero²⁷ establece que puede darse el caso en que no se requiera modificación en el contrato social de la fusionante y esto se presenta cuando esta se constituye como una sociedad anónima de capital variable y el aumento se verifique dentro de la cifra que determina el capital autorizado, otro caso sería la puesta en circulación de acciones de tesorería que la sociedad fusionante conserve en su poder, Rodríguez y Rodríguez, señala otro caso, consistente en la puesta en circulación de acciones que la sociedad hubiere amortizado con utilidades o con las que la sociedad tuviere en su poder como resultado de una adjudicación en un procedimiento judicial seguido contra socios morosos, conforme a los artículos 134 y 136 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

De lo anterior, consideramos inútil la distinción y deliberación, consistente en la posible modificación de los estatutos de la sociedad fusionante por motivo de la fusión, ya que aun cuando se presente un aumento de capital con o sin modificación de estatutos, el acuerdo de fusión de la sociedad fusionante, deberá adoptarse por disposición de ley en una asamblea extraordinaria de accionistas, así una vez que la fusión surta efectos celebrando el contrato de fusión respectivo, la fusionante verá aumentado su capital social, constando únicamente en los estatutos el capital fijo que se hubiere aumentado por efecto de la fusión, en este caso si existiría reforma de estatutos, pero como se citó con o sin reforma la fusión debe adoptarse en asamblea extraordinaria por disposición de ley.

Por otro lado, en la escisión impura, al contrario de la fusión, podemos deducir como efecto característico, una disminución en el capital social de la escidente, lo anterior se deriva de la redacción del artículo 228-Bis de la ley de sociedades, que en su parte conducente establece "... sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación.", como señalamos en su oportunidad la ley impone el que por lo menos se transmita un .1% (punto uno por ciento) de cada rubro que integra el patrimonio global de la sociedad (activo, pasivo y capital). Rodríguez Lobato, sustenta que es factible que pudiera no darse esta reducción

²⁷ Gómez Cotero José de Jesús. Ob. Cit.

de capital, si la transmisión patrimonial se hace con cargo a las reservas libres que no estén capitalizadas, en donde no tendría caso aprovecharlas aumentando el capital, para después excorporar una fracción de dicho patrimonio, con la reducción consecuente del mismo. A lo anterior, consideramos que siendo razonable dicha propuesta, dentro del requerimiento legal de la escisión no encuadra, la ley es muy clara al señalar que debe transmitirse parte del activo, pasivo y capital de la sociedad escidente, por tanto consideramos que las reservas de libre disposición no capitalizadas no integran el capital social de dicha sociedad y por tanto no debemos distinguir donde la ley no distingue.

Como conclusión a este tema, debemos mencionar que la transmisión de patrimonios de la sociedad fusionada(s) y escidente a la fusionante y escindida(s) respectivamente, se realiza en un solo acto, como consecuencia directa y relacionada con los acuerdos de fusión y escisión, transmisión que comparte ciertas características de la transmisión a título universal, pero que no encuadra completamente en la misma.

Por otra parte, consideramos que el tema de la transmisión de patrimonios, se ha planteado y estudiado en el mayor de los casos, en relación con bienes, derechos y obligaciones con un contenido y configuración concreta, no siendo estudiados los efectos y consecuencias que acarrea dicha transmisión en las cuentas de capital y reservas de las sociedades, lo que nos lleva a afirmar tautológicamente que en la escisión y fusión de sociedades, no sólo se transmiten bienes, derechos y obligaciones, sino también diversas cuentas que integran el patrimonio de las sociedades, entre ellas encontramos las reservas, dividendos, beneficios y capital social, situación que es reconocida por la legislación fiscal mexicana, al prohibir que la utilidad fiscal de la fusionante se compense con la pérdida fiscal de la fusionada.

Es también importante destacar que en principio los conceptos de activo, pasivo y capital así como las diversas cuentas contables que integran los mismos, se transmiten a las sociedades fusionante y escindida(s), con la misma cualidad y cantidad que tenían y conforme a la configuración que presente el balance que aprueben en las respectivas asambleas y que en el caso de la fusión se publica, lo anterior se justifica en la propia finalidad de la escisión y fusión de sociedades, que es la de transmitir la totalidad o parte del patrimonio a otra u otras ya existentes o de nueva creación, en un

momento determinado e identificable dentro del tiempo (fecha del acuerdo de fusión y escisión), esto es, transmitir en bloque un todo tal y como se encuentra configurado en el momento en que la sociedad decide adoplarse las figuras en estudio.

CAPITULO VIII

MOMENTO EN QUE SURTEN PLENOS EFECTOS LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES ASI COMO LA EFECTIVIDAD TEMPORAL DE LAS MISMAS.

Resulta interesante analizar a la luz de nuestra ley de sociedades, en qué momento determinable exactamente en el tiempo, surten plenos efectos legales las figuras jurídicas en estudio, y por tanto en qué momento se disuelven y extinguen efectivamente las sociedades fusionada(s) y escidente, dependiendo de la clase de fusión y escisión de que se trate, así como el momento en que las sociedades absorbentes podrán disponer del patrimonio social que les ha sido transmitido por efecto de ambas figuras.

Para tal efecto, en primer lugar analizaremos lo dispuesto en el artículo 224 de la ley de sociedades, el cual establece que la fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción de los acuerdos de fusión de las sociedades participantes. Se podría cuestionar, si dicha situación convierte al Registro Público de Comercio en un Registro con efectos constitutivos y no meramente declarativos, como sabemos nuestro sistema registral sigue la doctrina en el sentido de que la inscripción del acto en el Registro tiene efectos declarativos del mismo, así como tiene por fin regular sus consecuencias frente a terceros, pero como toda regla general tiene sus excepciones, consideramos que en nuestro sistema jurídico existen ciertos casos en que para que los efectos del acto jurídico tenga vigencia, el acto deberá inscribirse en el Registro. Así la doctrina reconoce dos clases de inscripción, la declarativa (formal) y la constitutiva (material) siendo la diferencia en cuanto el cumplimiento de los recaudos que ésta impone es presupuesto irreparable para que el acto produzca sus efectos.

En nuestro punto de vista y conforme se encuentra regulada la inscripción de la fusión, debemos distinguir:

- a) El acto jurídico consistente en la fusión.

b) Los efectos jurídicos inherentes a la fusión.

En este orden de ideas y en nuestro punto de vista, la inscripción en el Registro no produce efectos constitutivos en relación a la existencia del propio acto de fusión, pero si podemos afirmar que el Registro tiene efectos constitutivos en cuanto a los efectos jurídicos del acto, lo anterior se desprende del propio texto y alcance de la ley de sociedades. En relación con lo anterior, el artículo 225 del ordenamiento en estudio, abunda que la fusión tendrá efecto en el momento de la inscripción citada, 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.

Consideramos que las disposiciones antes citadas, resultan confusas y poco prácticas por las razones que se exponen a continuación.

Como se ha expuesto en el presente estudio, la fusión en general y conforme a la tesis apoyada en el presente estudio, implica dos momentos, los respectivos acuerdos de fusión y el contrato de fusión en donde se ejecutan los mismos, por tanto consideramos no debe confundirse el concepto manejado por la ley de sociedades en los numerales en estudio consistente en que la fusión podrá tener efecto pasado el plazo de la oposición judicial, con la propia celebración del contrato de fusión. Se ha estudiado, que el acuerdo de fusión, para la(s) fusionada(s) implica una disolución anticipada para la sociedad, mas dicha disolución no implica la pérdida de personalidad jurídica de las mismas, sino que consideramos que la pérdida de personalidad jurídica de las mismas se verificará a la fecha de celebración del contrato de fusión. En apoyo a lo anterior, el propio artículo 224 de la ley de sociedades consigna, que las sociedades aun después de disueltas, conservaran su personalidad jurídica para los efectos de liquidación, aun cuando hemos expuesto que en la fusión no se presenta en si un periodo liquidatorio.

De lo antes expuesto, podemos desprender lo siguiente:

a) No debe confundirse el término consistente en que la fusión puede surtir efectos, con la realización efectiva de la misma, que se concreta cuando se celebra el contrato de fusión el cual recomendamos sea elevado a escritura pública.

b) Cuando la sociedad fusionada acuerda la fusión, la misma no pierde en dicho momento su personalidad jurídica, hasta en tanto no se haga efectiva la fusión de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior.

c) Es conveniente estudiar y delimitar qué clase de actos podrán realizar los administradores, durante el periodo comprendido, entre la fecha del acta donde se acuerda la fusión y la fecha en que se eleva a escritura pública el contrato de fusión. Para que lo anterior quede mas claro, citaremos el procedimiento que debe seguirse en una fusión, según el maestro Rodríguez y Rodríguez²⁸ :

a) Acuerdo de fusión de las sociedades participantes.

b) Publicación de los acuerdos, balances y sistema de extinción de pasivos (únicamente para las sociedades que dejen de existir).

c) Celebración del contrato de fusión, el que aun cuando la ley no lo impone, se recomienda se eleve a escritura pública.

Tal como se expuso, la fusión no se configura con el solo acuerdo de fusión, adoptado por cada sociedad participante, de conformidad con la teoría que se apoya en el presente estudio, la fusión se explica y se integra con los acuerdos de fusión respectivos y el contrato de fusión.

A mayor abundamiento el licenciado Gómez Coto, cita a Luis Díaz Mizón, quien establece que la fusión, aunque nuestra ley societaria no la establece, evidentemente es una causa de disolución total de las mismas que la acuerdan, Gómez Coto abunda que la fusión trae como consecuencia la disolución de las sociedades fusionadas, situaciones que se verifican cuando han transcurrido tres meses después de

²⁸ Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México, D.F. 1968

haberse hecho la inscripción de los acuerdos de fusión, si no se presentó oposición de los acreedores.

Por tanto y aclarando lo citado por Gómez Cotero, debemos distinguir dos momentos, uno es el acuerdo de disolución total anticipada de la sociedad, que va implícito en el acuerdo de fusión adoptado por la o las fusionadas, pero la extinción de la sociedad y pérdida de personalidad jurídica, se encuentra sujeta a que se celebre el contrato de fusión respectivo, claro lo anterior de conformidad con la tesis que apoyamos y que no es seguida por nuestra ley societaria.

Lo anterior basándonos en el artículo 224 de la ley de sociedades, esto es durante el plazo de tres meses a partir de la inscripción de cada uno de los acuerdos de fusión, la misma no podrá surtir efectos, pero esto no implica que pasado dicho término la fusión se hubiere consumado. Esto es, consideramos que la fusión se consumará en principio cuando el contrato de fusión se eleve a escritura pública y para que surta efectos ante terceros, dicho contrato se inscriba en el Registro Público de Comercio, mientras no se verifique lo anterior, no podemos pensar que por el solo acuerdo de fusión de cada sociedad participante y pasados tres meses después de la inscripción de dichos acuerdos en el Registro de Comercio sin que se hubiere presentado oposición judicial, la o las fusionadas se extinguen y pierden su personalidad jurídica en definitiva, toda vez que el estado de disolución que se deriva del acuerdo de fusión, no implica que en dicho momento la sociedad se extinga y pierda su personalidad jurídica, sino que lo anterior consideramos se sujeta a la condición de que se celebre el contrato de fusión respectivo.

Para ejemplificar y justificar el anterior razonamiento, tenemos una sociedad A que decide fusionarse en B, se inscriben los acuerdos de fusión respectivos y transcurren tres meses sin que se hubiere presentado oposición judicial, pero a partir de dicho momento transcurren tres años y no se ha celebrado el contrato de fusión respectivo, es obvio que la sociedad A, sigue existiendo y consideramos que en todo caso dicho acuerdo podría revocarse, ya que la causal de disolución no se actualizó, aun cuando un tercero podría demandar la ejecución de dichos acuerdos y por tanto la celebración del contrato de fusión y con esto la extinción de la o las fusionadas.

Ahora bien, el contrato de fusión podrá celebrarse en cualquier tiempo, posterior al de la fecha de celebración de los acuerdos de fusión de las sociedades participantes, lo que sucede en la práctica de algunos abogados, aún cuando no comulgamos con dicho procedimiento es la elaboración de un contrato de fusión posfechado, pero dicho contrato no podrá surtir efecto alguno y por tanto no podrá inscribirse en el Registro de Comercio, sino hasta que transcurra el término establecido en el artículo 224 de la ley de sociedades, o bien conforme al artículo 225 del citado ordenamiento si se actualizan los supuestos contemplados en dicho numeral.

Por tanto, lo que es importante destacar y conforme a la tesis que sostenemos y defendemos, es que la fusión se concreta con el contrato de fusión el que surtirá plenos efectos, cuando no se presente oposición judicial, o bien se cumplan con algunos de los supuestos del artículo 225 de la ley de sociedades. En tal virtud las sociedades fusionadas que se encuentran en período disolutorio, se extinguirán y por tanto perderán su personalidad jurídica a la fecha de celebración del contrato de fusión, el cual deberá inscribirse en el Registro de Comercio.

Por tal motivo, no consideramos acertada la redacción del artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando establece que transcurrido el plazo señalado 3 (Tres) meses sin que se haya formulado oposición, se podrá llevar a cabo la fusión y la que subsista tomara a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas. De lo antes citado, se entiende que el momento en que se transmiten los derechos y obligaciones de la o las fusionadas a la fusionante es el día siguiente a transcurridos los tres meses después de la inscripción del último acuerdo de fusión de las sociedades participantes de la fusión, sin que se hubiere presentado oposición judicial alguna. Interpretación y redacción que consideramos es totalmente errónea y falsa, consideramos que la transmisión de los derechos y obligaciones y por tanto del patrimonio social se efectúa en la fecha de la celebración del contrato de fusión y este surtirá efectos ante terceros cuando transcurran los términos consignados en el artículo 224 de la ley societaria.

Tal situación se comprende y explica con mayor claridad, en la fusión pura, esto es la extinción y pérdida de personalidad jurídica de las fusionadas, se verificará en

la fecha de la escritura pública en la cual conste la constitución de la sociedad fusionante; esto es el hecho de que el multicitado artículo 224 de la ley de sociedades, establezca que transcurrido el plazo de tres meses sin que se hubiere formulado oposición judicial, la fusión surtirá efectos, no significa que la misma se consuma y por tanto en ese momento se transmita el patrimonio social de las fusionadas, ya que en principio dicho patrimonio no se transmitiría a un posible ente que no se ha constituido con las formalidades de ley, y por tanto sería considerado como una sociedad irregular.

En tal virtud, consideramos que el espíritu del legislador y lo que trato de expresar en los artículos 224 y 225 de la Ley de sociedades, es que una vez transcurrido el plazo que establece el primer numeral, o se actualice alguno de los supuestos contemplados en el segundo, el contrato de fusión podrá celebrarse y con esto consumarse la fusión, o en tratándose de la fusión pura se celebre la constitución de la sociedad fusionante ante fedatario público y con las formalidades de Ley, consumándose hasta este momento la fusión de las sociedades, con los efectos inherentes a la misma, como lo son la transmisión del patrimonio social de las fusionadas y la extinción y pérdida de personalidad jurídica de las mismas.

Por lo que respecta a la escisión de sociedades, las fracciones V, VI y VII del artículo 228-Bis de la ley de sociedades, establecen que la escisión surtirá plenos efectos, cuando pasado el término de cuarenta y cinco días, contado a partir de la inscripción y publicación del extracto del acuerdo de escisión, no se presente oposición judicial alguna (como se estudiará mas adelante, la oposición judicial de los accionistas y acreedores al acuerdo de escisión, se encuentra contemplada y regulada en forma conjunta).

De conformidad con lo que se ha expuesto, y siguiendo el razonamiento que se utilizó para con la fusión, la escisión se consumará en la fecha de protocolización de los estatutos sociales de todas las sociedades escindidas que se contemplan en el acuerdo de escisión, esto es a la fecha de la escritura constitutiva de las mismas, hasta ese momento el activo, pasivo y capital de la escidente se transmitirá a la o las escindidas. Por otra parte la fracción IX del artículo en comento, establece que cuando la escisión traiga aparejada la extinción de la escidente, una vez que surta efectos la

escisión, se deberá solicitar del Registro Público de Comercio, la cancelación de la inscripción del contrato social de la misma. Conforme a lo anterior, consideramos desafortunada la redacción de dicha fracción, así como en general de todo el artículo, en relación con el concepto que se maneja en cuanto a cuándo la escisión surte plenos efectos. Esto es, consideramos que el solo hecho de que transcurran cuarenta y cinco días, sin que se presente oposición judicial alguna, no implica el que la escisión surta plenos efectos y con esto se entienda como consumada. Consideramos que la escisión surte plenos efectos, a la fecha de la escritura en donde consta la constitución de todas las escindida(s), que se contemplan en el acuerdo de escisión, ya que al igual como se expuso para la fusión, si entendemos por plenos efectos el que se transmita todo o parte del patrimonio social de la escidente, nos enfrentaríamos ante el problema de la transmisión de todo o parte del patrimonio de la escidente a un posible ente, que no ha nacido a la vida jurídica con las formalidades que establece la ley de sociedades, esto es si aceptamos que la escisión surte plenos efectos con el solo transcurso del citado plazo de cuarenta y cinco días, sin que se hayan constituido las escindidas, nos encontraríamos ante:

1. La extinción y pérdida de personalidad jurídica de la escidente (en el caso de escisión pura).

2. Posiblemente en ese momento, no han sido constituidas ante fedatario público las sociedades escindidas, esto es no han sido protocolizados los estatutos de las mismas (consideramos que una cosa es el acta de asamblea donde consta el acuerdo de escisión debidamente protocolizada y otra la protocolización de los estatutos de la o las sociedades escindidas, aunque consideramos que nada impide que al momento de protocolizarse el acuerdo de escisión, se protocolicen también los estatutos de dichas sociedades, aunque la efectividad de esta última protocolización está sujeta a que transcurra el citado término de cuarenta y cinco días). La no protocolización generaría la existencia de sociedades irregulares.

3. Si transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días, sin que se hubiere presentado oposición judicial alguna, y a esa fecha no han sido protocolizados los estatutos de las escindidas, nos encontraríamos ante el problema conforme a lo dispuesto

con la ley de sociedades, que la escisión surte plenos efectos, y por plenos efectos entendemos que la sociedad escidente que se encontraba en estado de disolución se extingue y con esto pierde su personalidad jurídica (tratándose de escisión pura), así como en ese momento se transmite parte o la totalidad del activo, pasivo y capital que se acordó transmitir en el acuerdo de escisión. Conforme a lo anterior, nos podríamos encontrar que dicho patrimonio, se transmite a algo que no existe en la vida jurídica o en todo caso las escindidas podrían ser consideradas como sociedades irregulares, con las consecuencias que tal situación generaría.

Abundando, en la mala redacción del artículo en comento, y analizando la fracción X citada, consideramos que debería establecerse que la solicitud de cancelación de la inscripción del contrato social de la escidente, se realice una vez que han sido protocolizados los estatutos sociales de todas las escindidas (esto es una vez que han sido constituidas ante fedatario público y en consecuencia han nacido a la vida jurídica como sociedades regulares y por tanto observando todas las formalidades legales). Ejemplificando lo anterior, tenemos una sociedad B que decide escindirse, se protocoliza el acuerdo de escisión pura, se inscribe en el Registro Público y se realizan las publicaciones, conforme a la ley de sociedades, no se presenta oposición judicial alguna en el término de cuarenta y cinco días, por tanto a la primer hora del día posterior a la finalización de dicho término, conforme a la ley de sociedades la escisión surte plenos efectos, aun cuando los estatutos de las escindidas no se hubieren protocolizado y con esto las escindidas han nacido a la vida jurídica como sociedades irregulares, y en tal situación, se solicita la cancelación de la inscripción del contrato social de la escidente; así las cosas transcurren tres años sin que los citados estatutos hubieren sido protocolizados (obviamente, en este caso el accionista de la escidente podrá demandar judicialmente el que se ordene la protocolización de los mismos), en tal situación nos encontraríamos ante un patrimonio destinado a una sociedad irregular (en caso de escisión pura, ya que la escidente se extinguió al momento en que la escisión surtió plenos efectos, claro está conforme a la redacción de nuestra ley de sociedades), y como se ha reiterado bien podría considerarse a la o las escindidas como sociedades irregulares (conforme al párrafo tercero del artículo 2 de la ley societaria). Pero las sociedades irregulares, consideramos son un cáncer para la seguridad jurídica y económica de las relaciones comerciales, ya que si bien es cierto en la sociedad irregular

los representantes o mandatarios que realicen actos jurídicos, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, también lo es que nadie nos asegura la solvencia del representante o mandatario, así como la falta de publicidad de la sociedad en el Registro, puede derivar algún daño o perjuicio a los terceros ajenos a dicha sociedad.

Por tal motivo, sugerimos que se reforme la ley de sociedades, a efecto de que se establezca y detalle que una vez que no se ha presentado oposición judicial en el término establecido, los estatutos de las sociedades escindidas podrán ser protocolizados, y en consecuencia la escisión surtirá plenos efectos a la fecha de la escritura donde conste dicha protocolización, siendo hasta ese momento cuando se transmite la totalidad o parte del activo, pasivo y capital de la escidente a la o las escindidas, así como se produce la extinción y pérdida de personalidad jurídica de la escidente. Lo anterior, con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica, ya que consideramos que el texto de la ley en este aspecto es oscuro.

En ciertos ordenamientos especiales distintos a la Ley General de Sociedades Mercantiles, se establecen reglas distintas a la época en que surte efectos la fusión de sociedades, así el artículo 27 de la Ley de Instituciones de Crédito establece:

“Para la fusión de dos o más instituciones de banca múltiple se requerirá autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien oír la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y se efectuará de acuerdo con las bases siguientes:

I. Las instituciones presentarán a la Secretaría, sus proyectos de los acuerdos de las asambleas de accionistas relativas a la fusión, plan de fusión de las instituciones respectivas con indicación de las etapas en que deberá llevarse a cabo, estados contables que presenten la situación de las instituciones y la información a que se refieren las fracciones I, II y IV del artículo 10 de la ley.

II. La propia Secretaría al autorizar la fusión, cuidará en todo tiempo la adecuada protección de los intereses del público, así como de los trabajadores de las sociedades, en lo que corresponda a sus derechos.

III. La autorización a que se refiere este artículo y los acuerdos de fusión se inscribirán en el Registro Público de Comercio. A partir de la fecha en que se inscriban surtirán efectos la fusión.

IV. Una vez hecha la inscripción anterior, los acuerdos de fusión adoptados por las respectivas asambleas de accionistas se publicarán en el Diario Oficial de la Federación y dos periódicos de amplia circulación en la plaza en que tengan su domicilio las sociedades; y

V. Durante los noventa días naturales siguientes a partir de la fecha de publicación, los acreedores de las sociedades podrán oponerse judicialmente a la mismas, con el único objeto de obtener el pago de sus créditos, sin que esta oposición suspenda la fusión*.

De la lectura del precepto transcrito encontramos que a diferencia de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Instituciones de Crédito establece que la fusión surtirá efectos a partir de la fecha de inscripción en el Registro aun cuando no se garantice o celebre convenio sobre el pago de la totalidad de las deudas a cargo de las instituciones de crédito, tal como lo establece la ley de sociedades; así también otra diferencia consiste en que la oposición de cualquier acreedor no suspende el procedimiento de fusión, a contrario de lo que establece el artículo 224 de la ley de sociedades. Consideramos que las anteriores diferencias tiene su razón de ser en que las instituciones de crédito se presume, y así debe de ser, son de amplísima y acreditada solvencia, y por tanto la fusión de dos o más instituciones de crédito no implicaría disminución en la capacidad de responder y hacer frente a las obligaciones a cargo de la fusionante; con lo cual no se causaría ningún perjuicio a los acreedores de las mismas.

CAPITULO IX

DERECHO DE SEPARACION DE LOS ACCIONISTAS ANTE LOS ACUERDOS DE FUSION Y ESCISION

A reserva de haber hablado del presente tema en el transcurso del presente trabajo, es necesario recalcar que la Ley General de Sociedades Mercantiles, no concede expresamente ante el acuerdo de fusión, el derecho de separación de los accionistas disidentes a dicho acuerdo, en cambio la fracción VIII del artículo 228-Bis, establece el derecho del socio disidente al acuerdo de escisión, a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

No entendemos por que el legislador, no adicionó disposición idéntica en la fusión, toda vez que consideramos que puede resultar tan desventajoso para un accionista el que se efectúe una fusión que una escisión, recordemos que en la escisión en un principio los socios de la sociedad escidente tendrán inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente no existiendo disposición similar por lo que respecta a la fusión. Es importante destacar que en un principio la iniciativa de reformas y adiciones a la ley de sociedades, fechada el 22 de abril de 1992, no se contemplaba lo dispuesto en la fracción VIII del artículo 228-Bis del ordenamiento en comento, a este respecto el licenciado Zubiria Maqueo comentó que la iniciativa no contemplaba el derecho de separación en favor del socio disidente al acuerdo de escisión, afortunadamente el legislador rectificó y otorgó el citado derecho.

Ahora bien, el artículo 206 de la ley de sociedades establece que cuando una sociedad adopte resoluciones relativas al cambio de objeto social, cambio de nacionalidad y transformación de la sociedad, cualquiera de los socios que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la misma y a obtener el reembolso de las acciones en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que se solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea.

La exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala:

"Que se limita el derecho 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, cambio de nacionalidad o se 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 aquel que perseguía, cuando suscribió la acción o adquirió el título. La segunda porque el cambio de nacionalidad implica o el traslado del domicilio social a un país extranjero o un cambio en el 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".

En ese entonces cuando la iniciativa de ley donde se contemplaba la escisión, y ésta no otorgaba el derecho de separación, el licenciado Zubiria abundó que en el supuesto de la escisión pueden presentarse simultáneamente una o más de las causales indicadas en el comentado numeral, ya que las sociedades escindidas posiblemente tengan un objeto diferente, nacionalidad distinta o se constituyan como una clase de sociedad distinta a la escidente. Nosotros agregaríamos, que las mismas causales pueden presentarse simultáneamente en el caso de la fusión, con la sociedad fusionante, en tal situación consideramos que los socios de la(s) fusionada(s) tendrían el derecho de separarse.

A mayor abundamiento Rodríguez y Rodríguez, afirma que si se trata de las sociedades fusionadas como de la sociedad absorbente, el efecto principal y básico de defensa, es la forma que adopta el derecho de veto en aquellas sociedades que requieren unanimidad en las modificaciones estatutarias (no siendo el caso de las sociedades anónimas, salvo que así se pacte en los estatutos sociales). En las demás no cabe mas defensa que las que resulte de las mayorías especiales necesarias para adoptar el acuerdo.

Vasquez del Mercado, en un principio, afirma que doctrinalmente el derecho de separación del socio, es un efecto inherente al acuerdo de fusión, siempre y cuando la fusión implique una modificación sustancial al contrato social, así el citado autor abunda que se ha considerado como fundamento jurídico del derecho de separación, la variación radical del contrato social, cualquiera que sea la clase de fusión, así Giuseppe Ferri expone que la modificación de los estatutos presenta un punto notable de interés para fijar el límite dentro del cual los cambios de tales estatutos pueden considerarse simples modificaciones de un organismo que permanece siempre igual o bien se va mas allá, puesto que el cambio provoca que desaparezca y surja al mismo tiempo un organismo distinto. La base para atribuir competencia a un órgano interno de la sociedad para modificar estatutos es un "favor societatis", es decir, una exigencia de mantener en vida la relación social y buscar su armónico desarrollo, el mismo "favor societatis" es base para determinar los límites de tales modificaciones en el ordenamiento vigente, el principio de individualización de una sociedad queda así reducido a un criterio de continuidad, pero también un mismo acto interno de la sociedad, puede cambiar enteramente en su forma de organización, con lo cual una fusión puede provocar un cambio en la sociedad que modifique y altere substancialmente la continuidad de la misma.

Más adelante, Vasquez del Mercado reconoce que las tesis antes expuestas, no son seguidas por nuestra ley societaria, pues sólo concede el derecho de retiro, por lo menos en lo que se refiere a la sociedad anónima en los tres supuestos del artículo 206 de la ley de sociedades.

Consideramos en todo caso que en la fusión debió preverse el derecho de separación del socio disidente, mas no del ausente (toda vez que al no asistir, se presume una falta de interés en la adopción de las decisiones de la sociedad). Abundamos que en el caso de la fusión, además de los tres supuestos contemplados en el artículo 206 del ordenamiento en estudio, se puede provocar por efecto de esta una alteración sustancial en las condiciones operativas y administrativas de la sociedad, alterándose con esto el animo contraendo societatis de todos o algunos de los accionistas.

Recordemos que los accionistas, en la vida de la sociedad manifiestan dos tipos de voluntades:

1. *Afectio societatis*. El ánimo de afectar el capital, patrimonio o trabajo o ambos, a una organización de carácter permanente, constituida conforme a las Leyes de la República Mexicana, en dicho ánimo inciden las características esenciales y principales con los cuales dicha organización nace a la vida jurídica.

2. *Animo contraendo societatis*. Se refiere a la voluntad de seguir formando parte de dicha organización, conforme a las características y condiciones pactadas en un principio.

A mayor abundamiento, Francisco Javier Villalón Esquerro, realizó un estudio en coordinación con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en dicho estudio afirmó que la fusión era la figura más directamente relacionada con el crecimiento de la empresa y especialmente protegida por la ley de sociedades y a diferencia del Código de Comercio de 1889, ésta no establecía el derecho de retiro a los socios disidentes (artículo 260). A este respecto, la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles indica que "es conveniente anotar que precisamente por que la transformación de una sociedad es una medida mucho más grave que la fusión, solo ella da lugar, según ya quedó indicado antes, al derecho del retiro", continuando con su exposición el licenciado Villalón argumenta que no está de acuerdo en conceder el derecho de separación en caso de fusión, ni dentro de la interpretación de la ley actual o en proponerlo como modificación legal. En lo primero, puesto que la no previsión del derecho de separación, en este caso no constituye una laguna legal en el sentido de que una interpretación contraria, iría en contra al plan de la ley, y de la exposición de motivos ya citada aparece expresada la voluntad de no admitir ese retiro. Según el citado jurista, la Ley General de Sociedades Mercantiles, valoró muy bien la situación de la economía mexicana caracterizada por su descapitalización.

Consideramos que dicha interpretación, se pierde en un enfoque global y general de la sociedad anónima y no considera que la protección de la sociedad anónima,

empieza por la protección a los accionistas, protección que se funda en el riesgo que puede implicar para los capitales, la determinación de una fusión.

Apoyando nuestra consideración, Villalón más adelante afirma:

"Es importante destacar que la sociedad anónima esta concebida más como unidad de financiación que como unidad de producción".

Financiación o en todo caso producción, que a nuestro parecer implica capitales en riesgo a largo plazo.

Continuando con nuestra exposición, como se citó, el accionista al ingresar a la sociedad, enfoca su voluntad a las características y elementos esenciales de la sociedad, consagradas generalmente en los estatutos sociales, si varían dichas características, la posición de la voluntad del accionista, respecto de la sociedad puede variar, y por tanto consideramos que al accionista debe otorgársele, un instrumento por medio del cual pueda retirar su inversión reflejada en el capital social de la sociedad, no olvidemos que la finalidad de una sociedad mercantil es obtener un lucro, y para cumplimentar dicho fin, requiere de inversión, ya sea en trabajo o capital, apuntando que toda inversión, principalmente en capital, implica un riesgo, por tal motivo, el legislador debe proteger el riesgo que cada accionista asume al ingresar a una sociedad mercantil. Consideramos que en la fusión, dicho riesgo no solo debe reflejarse en los tres supuestos del artículo 206 de la ley de sociedades.

Ahora bien, por lo que respecta a las sociedades anónimas de capital variable, se podría argumentar que a los accionistas que sean titulares de acciones representativas del capital variable, no debe concedérseles el derecho de separación, tanto en la escisión, como en la fusión de sociedades, toda vez que el artículo 220 de la ley de sociedades, concede a dichos accionistas, el retiro parcial o total de aportaciones reflejadas a dicho capital y por tal motivo, podrían desligarse de la sociedad, en el momento que ellos lo considerasen oportuno. Sin embargo en los estatutos de la sociedad, se puede prohibir el ejercicio de dicho derecho.

empieza por la protección a los accionistas, protección que se funda en el riesgo que puede implicar para los capitales, la determinación de una fusión.

Apoyando nuestra consideración, Villalón más adelante afirma:

"Es importante destacar que la sociedad anónima esta concebida más como unidad de financiación que como unidad de producción".

Financiación o en todo caso producción, que a nuestro parecer implica capitales en riesgo a largo plazo.

Continuando con nuestra exposición, como se citó, el accionista al ingresar a la sociedad, enfoca su voluntad a las características y elementos esenciales de la sociedad, consagradas generalmente en los estatutos sociales, si varían dichas características, la posición de la voluntad del accionista, respecto de la sociedad puede variar, y por tanto consideramos que al accionista debe otorgársele, un instrumento por medio del cual pueda retirar su inversión reflejada en el capital social de la sociedad, no olvidemos que la finalidad de una sociedad mercantil es obtener un lucro, y para cumplimentar dicho fin, requiere de inversión, ya sea en trabajo o capital, apuntando que toda inversión, principalmente en capital, implica un riesgo, por tal motivo, el legislador debe proteger el riesgo que cada accionista asume al ingresar a una sociedad mercantil. Consideramos que en la fusión, dicho riesgo no solo debe reflejarse en los tres supuestos del artículo 206 de la ley de sociedades.

Ahora bien, por lo que respecta a las sociedades anónimas de capital variable, se podría argumentar que a los accionistas que sean titulares de acciones representativas del capital variable, no debe concedérseles el derecho de separación, tanto en la escisión, como en la fusión de sociedades, toda vez que el artículo 220 de la ley de sociedades, concede a dichos accionistas, el retiro parcial o total de aportaciones reflejadas a dicho capital y por tal motivo, podrían desligarse de la sociedad, en el momento que ellos lo considerasen oportuno. Sin embargo en los estatutos de la sociedad, se puede prohibir el ejercicio de dicho derecho.

Consideramos que la citada clase de retiro, difiere en su finalidad y consecuencias del retiro a que hacen referencia los artículos 206 y fracción VIII del 228-Bis de la ley de sociedades. Esto es, el artículo 220 establece: "El retiro parcial o total de aportaciones de un socio deberá notificarse de manera fehaciente y no surtirá efectos sino hasta el fin del ejercicio anual en curso, si la notificación se hace antes del último trimestre de dicho ejercicio."

Así las cosas, cuando se ejercita el retiro en el capital variable, éste se concreta efectivamente hasta terminado el ejercicio social (año calendario), siempre y cuando se notifique conforme a los requisitos establecidos en el estatuto social. En cambio el derecho de retiro contemplado para la fusión (en los tres supuestos del artículo 206) y el referente a la escisión (fracción VIII del artículo 228-Bis), marca como requisito el que se solicite dentro de los quince días siguientes a la clausura de la asamblea. De lo anterior derivamos, que la ejecución efectiva del retiro en el capital variable se realiza al final del ejercicio social, salvo disposición en contrario de los estatutos sociales, que autoricen devolver las aportaciones con fecha anterior; mientras que el retiro por efecto de la fusión y escisión implica inmediatez en su ejecución. Por tanto si se apoyare la tesis de que el socio con participación en el capital variable, no debe tener derecho a retiro, en los términos de la escisión y fusión no se estaría actuando con una sana técnica jurídica.

Con lo anterior, debemos distinguir dos clases de derecho de retiro, uno el que se estipula en favor de los titulares de acciones, que representen el capital variable de una sociedad anónima, y el otro el que se establece en favor de los accionistas de la sociedad escidente y los accionistas de la fusionante y fusionada(s) (únicamente en los tres casos previstos en el artículo 206 de la ley de sociedades). Abundando que al accionista que decida retirarse, en todos los casos antes citados, se le reembolsarán sus acciones, en proporción al activo social, que refleje el último balance aprobado.

La existencia de las dos clases de derecho de separación, se justifica en lo siguiente:

1. El retiro de un accionista en una sociedad anónima de capital variable, se entiende como penalidad a dicha decisión, así el artículo 220 de la ley de sociedades,

establece que si bien el accionista ejercita su derecho, el reembolso se efectuará hasta que finalice el ejercicio social, siempre y cuando se notifique dicha decisión a la sociedad, antes del último trimestre de dicho ejercicio, y si dicha notificación se hubiere efectuado con posterioridad, el reembolso se efectuará hasta finales del ejercicio siguiente del que se trate.

La penalidad se justifica, en virtud de que la sociedad toma en cuenta la aportación del socio para planear, ejecutar y realizar diversos programas y proyectos, pudiendo generar el retiro de dichas cantidades daños y perjuicios irreversibles para la sociedad.

2. El retiro en la escisión y fusión de sociedades, no concurre con la penalidad citada en el punto anterior, toda vez que el accionista no decide retirarse por una causa o motivo caprichoso, sino que la ley presume que el socio es influenciado por una decisión adoptada en Asamblea de Accionistas, que considera que puede afectar sus intereses e inversiones, y por tanto solicita se reembolse su capital inmediatamente, antes de que se vea afectado por los acuerdos tomados en la asamblea correspondiente.

Concluimos que el accionista, titular de acciones representativas de capital variable, puede ejercitar el derecho de separación en los casos de escisión y fusión tratándose del artículo 206 de la ley de sociedades, con las características inherentes a dicho derecho, independientemente del derecho que tiene y le otorga el artículo 220 de la ley societaria.

9.1.1 DERECHO DE SEPARACION Y DERECHO DE OPOSICION JUDICIAL EN LA ESCISION, SUS DIFERENCIAS.

A reserva de haber tratado el tema del derecho de separación y que el derecho de oposición será analizado en el siguiente inciso, hablaremos de las diferencias entre estos derechos, que a diferencia de la fusión, el de separación se otorga a los accionistas disidentes del acuerdo de escisión en forma expresa.

El derecho de separación es un derecho de naturaleza individual, que según Garrigues²⁹ constituye una forma de disolución parcial de la sociedad, y el derecho de oposición judicial es un derecho de los denominados de minorías.

Así la fracción VIII del artículo 228-Bis de la ley de sociedades, concede el derecho de separación, al establecer que los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión, gozarán del derecho a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente el artículo 206 de la ley. Así las cosas, este último numeral, establece los lineamientos generales que rigen el derecho de separación, a saber:

1. El derecho de separación sólo podrá ejercitarse por los socios, que asistieron a la asamblea donde se decretó la escisión, y que en dicha asamblea hubieren acreditado su calidad de socio en el escrutinio respectivo, así como hubieren votado en contra del punto del orden del día respectivo, y tal situación conste en el acta que se levante para tal efecto.

2. El socio separatista podrá ejercitar su derecho en el término de quince días siguientes a la clausura de la asamblea, notificando tal situación por escrito a el Consejo de Administración o Administrador Unico en su caso. El artículo 206 no hace referencia a quién deberá dirigirse la notificación, pero es indudable que el órgano competente es el Consejo de Administración o Administrador Unico, quien también ordenará cubrir la cuota de separación al accionista inconforme.

3. La cuota de separación (reembolso de acciones), se calculará en proporción al activo social, según el último balance aprobado, conforme y en relación con el inciso c) de la fracción IV del artículo 228-Bis, serán los estados financieros del último ejercicio que se presenten y aprueben en la asamblea donde se decreta la escisión (como se ha expuesto en el presente trabajo, resulta injusto que la cuota de separación, se calcule conforme a un balance que no se refiera al día anterior al de la fecha del acuerdo de escisión, situación que sugerimos debería ordenarse en la ley de sociedades; imagínese que el balance del último ejercicio refleje activos que a la fecha del acuerdo de

²⁹ Garrigues Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, México, D.F.

escisión ya no sean propiedad de la sociedad, esto generaría un problema de liquidez y presupuesto de la sociedad, así como una gran inseguridad jurídica.

4. El derecho de separación, se concede a los socios presentes inconformes que concurran a la asamblea personalmente o a través de apoderado, pero no se concede a los ausentes.

En relación con el derecho de separación en España, Sánchez Olivan apunta, sobre la posibilidad de imponer a todos los socios los acuerdos de escisión de la mayoría, abunda que este era el punto mas delicado a la hora de extender a la escisión la normativa jurídica de la fusión, dicho autor cita a Girón Tena que afirma que es difícil aceptar que cuando se deviene socio de una sociedad, se admite con ello serlo de las futuras sociedades que aquella por si constituye. Es de apuntar que conforme al sistema jurídico español, el derecho de separación se concede tanto en la fusión, como en la escisión, así como a los socios presentes disidentes y a los ausentes a lo expuesto, podemos diferenciar básicamente que el derecho de separación, tiene como finalidad desvincularse de la sociedad, recuperándose para tal efecto las aportaciones y rendimientos generados por la sociedad en un periodo determinado, el derecho de separación, no se ejercita en principio jurisdiccionalmente, aun cuando puede generar algún litigio, si la sociedad no cumple cabalmente con sus obligaciones, inherentes al derecho que ejercita el accionista. En cambio el derecho de oposición judicial, es un derecho de minorías, que busca revocar un acuerdo adoptado en una asamblea, a través del ejercicio de una acción ante el órgano jurisdiccional, a efecto de que este emita sentencia en tal sentido, éste derecho no busca desvincular a los accionistas que lo ejercitan de la sociedad. Desde nuestro personal punto de vista, consideramos mas sano el derecho de separación de la sociedad, para los accionistas que no se encuentren conformes con los acuerdos de escisión y fusión de sociedades, toda vez que la oposición judicial, conforme se encuentra regulada en nuestra ley de sociedades resulta incongruente, ya que se establece que éste procederá contra las resoluciones adoptadas en asamblea legalmente constituida, no olvidemos que si la resolución viola en sí misma los estatutos de la sociedad o las disposiciones legales, estará viciada de nulidad ya sea absoluta o relativa, y por tanto conforme lo que se ha sostenido, el tenedor de un solo titulo podrá demandar la nulidad de la misma en la vía judicial correspondiente, sin

necesidad de representar determinado porcentaje en el capital social de la sociedad. Pero entonces ¿Qué tipo de resolución se podrá demandar por medio de la oposición judicial?, en principio conforme a nuestra legislación societaria cualquiera, pero no olvidemos que el mismo ordenamiento consigna que la demanda de oposición, deberá expresar cuáles son los preceptos estatutarios y legales que se violaron, por lo tanto podemos afirmar que toda resolución que se impugne por la vía de oposición judicial, debe ser violatoria de disposición legal o estatutaria alguna. El accionista o grupo de accionistas que se opongan judicialmente a la escisión debió haber votado en contra de la resolución de escisión, de conformidad con el multicitado artículo 206.

9.1.2 DERECHO DE OPOSICION JUDICIAL DE LOS SOCIOS Y ACREEDORES ANTE LOS ACUERDOS DE FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES.

Antes de entrar a analizar el presente tema, en nuestra opinión este derecho no debe concederse por lo que respecta a los accionistas de la sociedad, en las figuras jurídicas mercantiles que al mismo tiempo concedan el derecho de separación a los socios disidentes, por las razones que expondré mas adelante.

El artículo 200 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas, son obligatorias aun para los socios ausentes y disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de ley.

¿En qué consiste el derecho de oposición y cuáles son sus implicaciones en los acuerdos de fusión y escisión de sociedades?. Este derecho, no es mas que una impugnación por vía judicial de los acuerdos tomados en asambleas de accionistas (extraordinarias y ordinarias), por considerar que los mismos causan perjuicios y agravios a las personas que tengan interés jurídico.

Garrigues afirma que un acuerdo puede ser absolutamente nulo o simplemente anulable, radicando la distinción en que los primeros son los que son contrarios a la ley, mientras que los anulables son los que se opongan al estatuto social o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad. Al

respecto Vasquez del Mercado, afirma que pueden distinguirse acuerdos inexistentes, nulos o anulables, sin embargo debemos recordar que las últimas tesis sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, reconocen que no existe diferencia práctica entre inexistencia y nulidad absoluta, por tanto, conforme a los autores citados, el contenido de la oposición judicial ejercitada por los accionistas, consiste en demandar la nulidad de los acuerdos respectivos, ya sea por que los mismos no se ajustaron a las disposiciones legales o estatutarias, o bien como afirma Garrigues, lesionen en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Por tal motivo se puede llegar a la conclusión, de que para que un acuerdo de asamblea pueda impugnarse debe existir en el mismo una causa de nulidad o anulabilidad. Hasta este punto la mayoría de los doctrinarios se han puesto de acuerdo, el problema surge respecto los requisitos que deben observar los sujetos activos del derecho de oposición judicial. Así el artículo 201 de la ley de sociedades establece que los accionistas que representen el 33% (treinta y tres por ciento) del capital social, podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales.

Conforme a lo anterior, para impugnar un acuerdo de fusión, es necesario contar con el apoyo de por lo menos los accionistas que representen el porcentaje de capital social antes mencionado, y cumplir con los requisitos que se enumeran en el artículo en comento, mismos que serán analizados mas adelante. Por otra parte a diferencia de la fusión, en la escisión se concede a los accionistas expresamente ante tal acuerdo, el derecho de oposición judicial, siempre y cuando éste se ejercite por lo menos por los accionistas, que representen el 20% (veinte por ciento) del capital social, por lo demás se tendrán que observar los requisitos del citado artículo 201 de la ley societaria.

Así las cosas, algunos tratadistas afirman que sólo los accionistas que representen dichos porcentajes, pueden impugnar los acuerdos de escisión y fusión de sociedades, y por tanto solicitar la nulidad de los mismos, así Vasquez del Mercado afirma que el derecho para impugnar deliberaciones de las asambleas, está limitado por la ley mexicana en el artículo 201 de la ley de sociedades, desde luego nadie discute el derecho de los socios para impugnar resoluciones que consideren que se tomaron en violación a disposiciones legales o estatutarias.

De lo anterior, parecería desprenderse que un acuerdo que estuviere viciado de nulidad absoluta, no podrá ser impugnado por un solo accionista, si éste no concentra por sí o en conjunción con otros socios el porcentaje de capital establecido por la ley. Lo anterior resulta cuestionable, ya que lo anterior parece ir en contra de la legislación civil de aplicación supletoria en materia mercantil societaria, que establece que cualquier persona física o moral, tenga o no interés jurídico en el negocio o acto de que se trate, podrá demandar la nulidad absoluta del mismo. (Ver artículo 2224 a 2242 del Código Civil para el Distrito Federal).

A este respecto el maestro Barrera Graf, establece que ciertas disposiciones del derecho común, se aplican supletoriamente en ausencia de reglas especiales en la ley societaria, el autor citando a Mantilla Molina afirma que el derecho de oposición consagrado en los artículos 200 a 203 de la Ley de sociedades se distingue y es cuestión ajena a las nulidades, así Mantilla Molina en referencia a una ejecutoria de la Suprema Corte Justicia, establece que la acción de nulidad por falta de quórum, basada en el artículo 189 de la ley de sociedades, se dirige contra la validez de la asamblea misma; la acción de oposición a que se refieren los artículos de la ley societaria, sirve para impugnar los acuerdos de las asambleas legalmente constituidas. Barrera Graf abunda que la acción de oposición judicial de los socios no ataca la sustancia del acto mismo que se impugna, sino a circunstancias ajenas a ella, como por ejemplo que la resolución de la asamblea no fue legalmente adoptada, en cuanto el accionista tenía intereses propios contrarios a los de la sociedad (en el caso que nos ocupa, imagínese el accionista de la fusionada que vota en favor de la fusión, siendo al mismo tiempo accionista en la fusionante, y con la fusión busca adquirir el control mayoritario de la misma). Por tal motivo, abunda el jurista en comentario el derecho de oposición no se concede al socio como tal, sino a una minoría.

Me adhiero a la tesis de Barrera Graf y Mantilla Molina, toda vez que el artículo 200 de la ley societaria, establece que el derecho de oposición procede contra las resoluciones legalmente adoptadas. Por tanto, en principio para que una resolución sea legalmente adoptada, la asamblea donde se decretó debe estar ausente de cualquier vicio por lo menos en las formalidades para su debida constitución. Para sustentar los anteriores argumentos citaremos la siguiente tesis:

"SOCIEDADES MERCANTILES. ACCIÓN DE NULIDAD RESPECTO A RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEAS DE. NO OPERA EN ELLAS EL TERMINO DE QUINCE DIAS PREVISTO EN EL ARTICULO 201 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Las acciones de oposición resultan limitadas a las resoluciones tomadas durante el curso de la asamblea de accionistas, lo que presupone que los actos preparatorios para la realización de dicha asamblea encuadran dentro de supuestos diversos, que son motivo de acción distinta, como lo es la de nulidad. Así se tiene que dentro de los casos de dicha nulidad están los relacionados con la falta de convocatoria a la asamblea de accionistas y también el caso en que quien realice dicha convocatoria carezca de atribuciones legales y estatutarias para hacerlo; de ahí que si conforme a lo previsto en el contrato social, para el desempeño de sus funciones un gerente tiene la limitación de que debe de actuar siempre en forma mancomunada con alguno de los integrantes del consejo de administración, se trata de un requisito de validez que da pauta a la instauración de la acción de nulidad basada en el artículo 188 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que de ninguna manera encuadra dentro de las hipótesis previstas en el artículo 201 del propio ordenamiento mercantil, que refiere a la acción basada en el derecho de oposición de los socios y que, por el mismo motivo, no se encuentra limitada aquélla al plazo de quince días previsto en el precepto referente al ejercicio de la acción de oposición."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

**Amparo directo 4613/94.-Manuel Filiberto Fong García,
por sí y por su representación.-2 de marzo de 1995.
Unanimidad de votos.-Ponente: José Luis García Vasco.
Secretario: Guillermo Campos Osorio.**

Por tal motivo, cuando se pretenda demandar la nulidad absoluta o relativa de la asamblea, la persona legitimada para enderezar la acción correspondiente será cualquier interesado o en su caso la persona o accionista que tenga interés jurídico (lo anterior, dependiendo la nulidad que se demande), conforme a las disposiciones

aplicables del Código Civil para el Distrito Federal, ordenamiento de aplicación supletoria a la ley de sociedades.

Razonamiento que nos parece lógico, ya que el artículo 200 de la ley de sociedades es bastante claro, y establece que el derecho de oposición procede contra resoluciones legalmente adoptadas, esto es contra resoluciones adoptadas en asamblea legalmente constituida.

Por tanto, debemos diferenciar entre las causas de nulidad de una asamblea de accionistas, con las relativas a los acuerdos y resoluciones adoptados en una asamblea legalmente instalada.

Toda vez que si una asamblea esta viciada de nulidad en sus elementos formativos y de constitución, es obvio que la totalidad de las resoluciones tomadas en la misma correrán la misma suerte.

Ahora bien, como se expuso, un acuerdo o resolución tomado en asamblea legalmente adoptada, puede estar viciado de nulidad absoluta o relativa. La pregunta es si solo los accionistas que representen el 33% (treinta y tres por ciento) para la fusión o el 20% (veinte por ciento) en la escisión pueden demandar la nulidad de dicho acuerdo o resolución.

Conforme a la tesis adoptada en el presente estudio y sustentada entre otros por Barrera Gráf, Mantilla Molina y Frisch Philipp, la respuesta es negativa; como se expuso una cosa es la acción de oposición judicial, como un derecho de minoría y la otra el derecho que se tiene para impugnar la nulidad de un acto jurídico, conforme a lo establecido en el ordenamiento civil de aplicación supletoria a la materia mercantil societaria.

Por lo anterior, podemos distinguir las siguientes acciones cuya naturaleza y contenido son totalmente diferentes:

1. Acción para impugnar una asamblea de accionistas (ordinaria o extraordinaria), que se encuentre viciada de nulidad absoluta o relativa. Se regirá en

forma supletoria por las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en especial lo relativo a la distinción entre nulidad absoluta y relativa, así como las personas físicas o morales legitimadas para ejercitar dicha acción.

2. Acción para impugnar los acuerdos tomados en asamblea de accionistas legalmente constituida, que se encuentren viciados de nulidad absoluta o relativa. Se regirá en forma supletoria por las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en especial lo relativo a la distinción entre nulidad absoluta y relativa, así como las personas físicas o morales para ejercitar dicha acción.

Las acciones antes citadas, se justifican como se citó en el mismo texto del artículo 200 de la ley de sociedades, y la supletoriedad de la materia civil. Así Frisch Philipp y Mantilla Molina, admiten la oponibilidad de nulidad relativa de los acuerdos societarios, por el tenedor de un solo título. En tal situación, debemos remitirnos a la legislación civil y no mercantil para conocer quienes se encuentran legitimados para ejercitar las acciones detalladas en los puntos anteriores.

3. Acción de impugnación o de oposición de los accionistas que representen cierto porcentaje del capital social de la sociedad, en contra de los acuerdos o resoluciones legalmente adoptados en asamblea de accionistas.

Como se expuso, dicha acción se contempla en los artículos 200 a 203 de la ley de sociedades, por lo que se refiere a la fusión, y en la fracción VI del artículo 228-Bis del ordenamiento en comento, por lo que se refiere a la escisión, sin olvidar que en este último caso le son aplicables las reglas generales de oposición judicial previstas en los ya citados artículos 200 a 203 del multicitado ordenamiento.

Consideramos que esta acción puede ejercitarse, independientemente de la existencia de vicios de nulidad en el acuerdo respectivo. Aun cuando para efectos forenses, el litigante probablemente esgrimirá un posible vicio de nulidad en el mismo, abundando que el artículo 201 de la Ley de sociedades, exige que en el texto de la demanda, se expresen cuáles fueron las cláusulas estatutarias o preceptos legales infringidos, con lo que podemos afirmar en principio que toda resolución que se pretenda

impugnar en esta vía deberá atacarse por un concepto de nulidad, ya sea por violación a los estatutos o disposiciones legales.

Como bien afirma Donati, las acciones de impugnación judicial se atribuyen a los socios, para la tutela del ordenamiento jurídico de la sociedad de cuya base corporativa es esta un elemento.

Por tanto, como se citó, debemos distinguir el derecho de oposición judicial comentado en este punto, de otros medios de impugnación judicial a las asambleas de accionistas y los acuerdos tomados en ellas.

Aclarado lo anterior, pasaremos a estudiar los requisitos legales que deben observarse para ejercitar el derecho de oposición judicial de los accionistas, a los acuerdos de escisión y fusión de sociedades. Debemos distinguir que, en el caso de la fusión a diferencia de la escisión, se otorga por separado la oposición judicial a los accionistas y los acreedores de las sociedades que intervienen en la fusión, así el artículo 224 de la ley de sociedades, establece que en el plazo de tres meses, a partir de que se realizaron las inscripciones de los acuerdos de fusión, cualquier acreedor de las sociedades que intervienen en la fusión que se sienta perjudicado en sus derechos podrá oponerse judicialmente a dichos acuerdos, con esto encontramos que el accionista o grupo de accionistas que representen el 33% (treinta y tres por ciento) del capital social contarán con 15 (quince) días, a partir de la clausura de la asamblea para interponer la oposición judicial, en cambio los acreedores contarán con el término de tres meses antes citado.

En cambio en la escisión, la oposición judicial de los accionistas y acreedores de la escidente, se regula conjuntamente en la fracción VI del artículo 228-Bis, en donde se establece que los accionistas que representen el 20% (veinte por ciento) del capital social de la sociedad, así como cualquier acreedor de la escidente, podrán oponerse a la escisión en un término de 45 (cuarenta y cinco) días naturales, contados a partir de que se hubiere efectuado la inscripción en el Registro Público de Comercio y ambas publicaciones. Como se observa, encontramos una gran disgregación y falta de integración en la regulación de la oposición judicial en nuestra ley societaria,

especialmente en lo que se refiere a términos para su interposición y la forma en que empiezan a contar los mismos.

Como se apuntó, los accionistas que representen el 33% (treinta y tres por ciento) del capital social de la sociedad podrán oponerse a un acuerdo de fusión, adoptado en asamblea legalmente constituida, por otro lado los accionistas que representen el 20% (veinte por ciento) del capital social de la sociedad podrán oponerse a un acuerdo de escisión, adoptado en asamblea legalmente constituida. Ahora bien, el procedimiento y requisitos para ejercitar el derecho de oposición, tanto en la fusión como en la escisión se contemplan en el artículo 201 de la ley de sociedades.

Dicho numeral establece, que la demanda de oposición deberá interponerse dentro de los 15 (quince) días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea, sólo podrán interponerla los accionistas que no hayan concurrido a la asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución de que se trate (en el caso que nos ocupa, la resolución de escisión y fusión); por otra parte la demanda de oposición deberá hacer referencia a la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido, así como el concepto de violación que genera la resolución de escisión y fusión.

Es importante destacar que el artículo 202 de la ley de sociedades, consigna que las resoluciones de fusión que se impugnen, podrán suspenderse por el juez, siempre que los actores otorgaren fianza bastante por los posibles daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad por la inejecución de las resoluciones, en caso que la sentencia declare infundada la oposición; por su parte la fracción VI del artículo 228-Bis del ordenamiento en comento, para el supuesto de la escisión, consigna disposición similar a la del artículo 202, pero a diferencia de este último, el artículo 228-Bis no deja a criterio del juez la suspensión de la ejecución de las resoluciones de escisión, basta que el actor opositor otorgue fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que se pudieren causar con la suspensión, y el juez estará obligado a otorgar la citada suspensión.

Lo anterior, se desprende del texto de los citados artículos, ya que conforme a la redacción del artículo 202 del ordenamiento en comento desprendemos que el otorgamiento de la suspensión es una facultad discrecional del juez.

Por otro lado, los artículos 201 y 202 de la ley de sociedades aquí comentados, han sido objeto de ciertas críticas y consideraciones por algunos doctrinarios. En relación con la fracción I del artículo 201, Vasquez del Mercado afirma que el señalamiento de un término perentorio para oponerse a la resolución 15 (quince días) parece acertado, sin embargo el citado autor abunda que el precepto legal en este aspecto debe restringirse a las resoluciones anulables, toda vez que la deliberación y resolución nula será y seguirá siendo nula, aun cuando no se impugne en el término establecido.

No compartimos la apreciación del maestro Vasquez del Mercado, ya que como se expuso, el derecho de oposición de los accionistas, debe considerarse un medio de impugnación distinto y con características propias, a las acciones de nulidad y anulabilidad, que se rigen por la legislación civil de aplicación supletoria a la Ley de sociedades. En tal virtud si el derecho de oposición, no se ejercita en el término establecido, éste habrá caducado (entendiendo por caducidad, la extinción del derecho o la acción).

En relación con la fracción II del numeral en comento, Vasquez del Mercado citando a Vivante, considera que el derecho de oposición debe concederse también a los socios presentes que votaron a favor de la resolución, argumentando que la oposición no se dirige a invalidar los votos de los socios que votaron a favor de la deliberación, sino a despojar del carácter de expresión inválida de voluntad a la deliberación de la asamblea, dicho autor abunda que el socio que votó en favor de la deliberación, de ningún modo se vincula el mismo sino que obrando como elemento del órgano de la sociedad, concurre únicamente a la formación de la voluntad social, no hay pues, ninguna razón para impedirle el ejercicio de la acción. No compartimos la opinión del maestro Vasquez del Mercado, toda vez que como se señaló, debemos distinguir las acciones de nulidad del derecho de minorías concedido en la ley de sociedades, denominado derecho de oposición judicial. Por lo tanto consideramos, que si el acuerdo,

resolución o en su caso la asamblea se encuentran afectadas de nulidad, cualquier accionista podrá ejercitar la acción de nulidad, observando supletoriamente la disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto a la posibilidad de interposición de dicha acción por el accionista que hubiere votado a favor de la resolución adoptada en la asamblea. En cambio, la prohibición contenida en la ley societaria, consistente en la imposibilidad de que el socio presente que hubiere votado en favor de la resolución, pueda integrar el grupo que ejercite el derecho de oposición judicial a dicha resolución, se justifica en principio por que la asamblea no está viciada de nulidad, esto es, está legalmente constituida, además por un principio de continuidad y de seguridad jurídica de la sociedad, imagínese que todo acuerdo pueda ser impugnado vía oposición judicial hasta por los accionistas que hubieren votado a favor del mismo, generándose como consecuencia la suspensión de la ejecución de dicha resolución, situación que no se presenta en el ejercicio de las acciones de nulidad.

Ahora bien, si la resolución de la asamblea se encuentra afectada por un vicio de nulidad, se podrá optar por ejercitar la acción de nulidad correspondiente observándose lo dispuesto en la legislación común. Es aquí, donde encontramos la mala regulación de la figura de oposición judicial en la ley de sociedades, ya que la ley establece como requisito que la demanda de oposición señale el precepto legal o estatutario violado, con lo que nos podríamos preguntar, ¿Hasta qué punto una resolución adoptada en asamblea legalmente constituida, que viole algún precepto legal o estatutario no se encuentra viciada de nulidad ya sea absoluta o relativa?.

Con lo anterior, se desmoronan las tesis de algunos doctrinarios, en el sentido de que la oposición judicial podrá interponerse contra los acuerdos o resoluciones que perjudiquen los intereses de la sociedad. Por ejemplo si el acuerdo de fusión, beneficia a unos cuantos accionistas en un supuesto perjuicio de la sociedad y otros accionistas, esto no es suficiente para que la demanda de oposición se declare procedente por el juez competente, sino que además es necesario probar que la resolución de fusión viola algún precepto legal o estatutario. Ahora bien, si realmente lo viola, ¿Hasta qué punto dicha resolución estará viciada de alguna clase de nulidad, y podrá ejercitarse la acción de nulidad, sin tener que recurrir a la oposición judicial?.

Por último, la fracción III establece el ya citado requisito, consistente en que la deliberación solo será impugnable por la vía de la oposición judicial, sólo cuando se señale en la demanda respectiva la cláusula del contrato social o el precepto legal violado.

En conclusión y por las consideraciones expuestas, consideramos más sano y lógico el ejercicio del derecho de separación de la sociedad, que el de la oposición judicial como derecho de minoría, ya que independientemente de la validez o invalidez de los acuerdos de escisión y fusión, si éstos están afectados de nulidad, podrá ejercitarse la acción correspondiente, sin tener que acudir a las reglas de la oposición judicial, y por otra parte, si los accionistas que hubieren votado en contra de la resolución de escisión y fusión, consideran que dicho acuerdo perjudica los intereses de la sociedad, lo más lógico es que opten por separarse de la sociedad, en lugar de tratar de impugnar un acuerdo, que posiblemente no se encuentra viciado de nulidad alguna, así como no viola precepto legal y estatutario alguno. Sin embargo, para el caso de la fusión, la ley no concede expresamente el derecho de separación, aunque como lo hemos sostenido se puede ejercitar, cuando la misma tenga como efecto un cambio de objeto, nacionalidad o transformación que afecte a los accionistas de la fusionada en la fusionante.

CAPITULO X

BALANCE GENERAL Y LOS ESTADOS FINANCIEROS EN LA ESCISIÓN Y FUSION DE SOCIEDADES ANONIMAS.

10.1.1 PUBLICACION

Como se estudiará mas adelante, el artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que cada sociedad que intervenga en la fusión deberá publicar su ultimo balance, en el periódico oficial del domicilio de las mismas.

Mucho se ha discutido, en relación a dicha disposición, lo que debemos entender por ultimo balance y el método que debe seguirse para su elaboración. Antes de resolver dichas cuestiones, es necesario ubicar el espíritu de la obligación consignada en dicho numeral. Frisch Phillip establece que esta obligación, persigue como fin que los acreedores de las sociedades que intervienen en la fusión, puedan enterarse (antes de que decidan si se opondrán a la fusión, según el artículo 224 de la ley de sociedades) de la situación económica que guardan las sociedades al momento de acordarse la fusión. Así los acreedores, podrán visualizar las oportunidades efectivas de obtener la satisfacción de sus créditos, dado que la situación patrimonial desfavorable de la sociedad que será la absorbente o absorbida, puede desmejorar las oportunidades de satisfacción de los acreedores de dichas sociedades.

De lo anterior podemos afirmar:

1. El balance de fusión, descubre la situación real de las empresas y sociedades al momento de acordarse la fusión de cada una.
2. Por lo anterior, consideramos necesario que en el acta de asamblea donde se decreta la fusión, se presente, discula y en su caso se apruebe el balance de fusión que será publicado. Ahora bien, ¿A qué fecha o qué período deberá abarcar dicho balance?, la Ley es omisa al respecto y únicamente hace referencia al último balance de cada sociedad.

3. El balance de fusión sirve, como se estudió en su momento, como apoyo a los negociadores de cada sociedad, para fijar el valor de su participación en la sociedad absorbente y determinar la relación de canje de acciones de la fusionada por acciones de la fusionante.

4. El balance de fusión sirve de parámetro para los acreedores de las sociedades que intervienen en el acto jurídico en estudio y para resolver, en su caso, la oposición judicial en la vía sumaria, de los acuerdos de fusión.

Delimitados los objetivos y finalidades de las publicaciones de los balances de fusión en el respectivo periódico oficial, pasaremos a estudiar tres problemas que se presentan de la interpretación del artículo en estudio:

1. ¿Qué debe entenderse por último balance de las sociedades que intervienen en la fusión (esto es ¿A qué fecha debe realizarse el balance y qué período debe comprender?).

2. ¿Qué método debe seguirse para la realización y elaboración del balance de fusión?

3. ¿Qué domicilio debe contemplarse para realizar las publicaciones en el periódico oficial correspondiente?

Garrigues, al analizar y comentar la legislación mercantil española (Ley de Sociedades Anónimas y Reglamento de Registro Mercantil), afirma que el acuerdo de fusión deberá constar en escritura pública, la escritura habrá de contener el balance general de la sociedad, cerrado al día anterior del acuerdo y el balance final cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura y que deberá figurar en la escritura de constitución de la sociedad creada por la fusión.

Así también Sánchez Olivan, analizando la legislación española, refiere que los socios disidentes del acuerdo de fusión, recibirán la parte que les corresponda en el patrimonio social, según balance cerrado el día anterior al de la fecha del acuerdo; así,

la legislación española relaciona el derecho de separación y la cuota correspondiente con el balance de fusión. Así Sánchez Olivan afirma que el balance de fusión es simplemente el que aprueban los socios que votan a favor de ella; balance que debe referirse al día anterior a aquel en que la fusión sea efectiva y que ha de elaborarse según los criterios que se deduzcan de los pactos previos, pero la ausencia de una normativa legal sobre este particular ha venido prevaleciendo en la práctica la libertad de las partes en la elaboración de dicho balance.

La legislación mercantil mexicana es ambigua y omisa a este respecto, únicamente se limita a señalar que deberá publicarse el último balance de las sociedades que intervienen en la fusión, pero no señala a qué día o periodo debe referirse el mismo y si tiene que presentarse, discutirse y aprobarse en su caso en la asamblea donde se acuerda la fusión. Frisch Philliph establece que el balance conforme a la ley societaria mexicana, debe de entenderse como el último balance anual, sin que se requiera la formación de un balance consolidado a la fecha de la fusión. Respecto al último balance opina que debe contener el último ejercicio social concluido con anterioridad a la fusión. Algunas sociedades están obligadas a cerrar balances mensualmente, como lo serían algunas entidades financieras. En este supuesto consideramos que el balance del último mes de que se trate es el que debe utilizarse.

Vasquez del Mercado, no hace referencia expresa al periodo que debe cubrir dicho balance, pero de sus afirmaciones se deduce que el balance de fusión, debe estar cerrado al día anterior del acuerdo donde se decreta. Así, dicho autor señala que la redacción del balance debe considerarse parte del proceso mismo de fusión, si bien es cierto que la 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 en consideración de los socios.

Consideramos acertada la interpretación de Vasquez del Mercado ya que el espíritu de la norma es el de proteger a los acreedores, para tal efecto, los mismos, deben conocer la situación exacta de las sociedades participantes en la fusión, situación que no se actualizaría si se publica el último balance aprobado de la sociedad; la situación económico-financiera de una sociedad, en nuestros tiempos, puede variar en

unas cuantas horas, así el balance cerrado al día anterior del acuerdo de fusión, refleja en una forma fehaciente las últimas operaciones realizadas por la sociedad, recordemos que a partir de la fecha y hora en que se toma el acuerdo de fusión, los administradores no podrán iniciar nuevas operaciones, y si contravinieran lo anterior, los administradores serán solidariamente responsables de las operaciones efectuadas.

Conforme a las ideas citadas, un acreedor puede confiar en las cifras publicadas, toda vez que el balance reflejaría hasta la última operación que hubiere realizado la sociedad, con anterioridad a la fecha y hora del acuerdo de fusión y confiando que con posterioridad al mismo los administradores se encuentran limitados en su actuación, de conformidad con lo establecido en el artículo 233 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ubicado en el capítulo que se refiere a la disolución de sociedades, no olvidemos que la fusión es una clase y causa de disolución anticipada de las sociedades anónimas.

Por lo anterior, sugerimos una reforma y adición al artículo 223 de la ley de sociedades, en el sentido de aclarar y obligar que los balances que deben publicarse, requieren ser presentados y aprobados en la asamblea donde se adopta la fusión y estar referidos al día anterior del día en que se celebra la asamblea respectiva, comprendiendo dicho balance las operaciones desde el primer día del ejercicio en el cual se adopta la fusión, hasta la fecha antes indicada. Como argumento en contra a tal afirmación, se podría decir que no daría tiempo para realizar un balance referido al día anterior del acuerdo de fusión.

Conforme a nuestro sistema jurídico a diferencia del español, el balance de fusión no sirve de apoyo para cuantificar la cuota de liquidación parcial, correspondiente al ejercicio del derecho de separación del socio disidente, cuando la fusión implique o tenga como efecto, cualquiera de los tres supuestos previstos en el artículo 206 de la ley de sociedades, numeral que regula el derecho de separación en general; en este supuesto el balance que sirve de base para determinar la cuota de liquidación parcial, es el último balance aprobado de la sociedad, así lo ordena y establece dicho numeral.

Lo anterior resulta lógico, toda vez que la ley de sociedades no concede expresamente el derecho de separación por la sola determinación y adopción del acuerdo

de fusión. Por tal motivo, debemos de remitirnos a las reglas del derecho de separación en general previstas en el artículo 206 de la ley de sociedades.

Nótese la diferencia que existe en la redacción del artículo 206 y el 223 del ordenamiento en comento, el primero establece y consigna el último balance aprobado, el segundo únicamente refiere al último balance de la sociedad; nuevamente el artículo 223 del ordenamiento en comento denota falta de claridad, ya que se puede interpretar cualquier balance, aun cuando éste no se encuentre aprobado; ya que la ley de sociedades sólo en dos supuestos impone la obligación consistente en la aprobación forzosa de un balance en asamblea de accionistas:

1. Aprobación del ejercicio social.

2. Decreto de dividendos.

Una correcta interpretación, conforme a la tesis adoptada en el presente trabajo, consiste en considerar como último balance de las sociedades que intervienen en la fusión, el que se presenta, discute y en su caso aprueba en la asamblea que decreta la misma y que se refiere al día anterior en que se celebra la asamblea; siendo este balance también el último balance aprobado por la sociedad, con lo cual este es el balance que serviría de base para la determinación de la cuota de liquidación parcial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 de la ley de sociedades.

Ahora bien ¿Cómo debemos formular el balance de fusión?, Vasquéz del Mercado no hace referencia alguna a tal situación y sólo se limita a señalar que el balance debe realizarse de tal manera, para que los socios y acreedores conozcan la posición económica de la empresa. Barrera Graf, a cuya opinión nos adherimos, distingue en la ley de sociedades, los siguientes balances distintos en cuanto a propósitos y características:

1. Balance de ejercicio. Balance que tiene por objeto la debida explicación y clasificación de los resultados de la sociedad durante el ejercicio, a dicho balance se acompañan, según lo dispuesto en el artículo 172 de la ley de sociedades, otros informes

(incisos A y B), estados (incisos D, E, y F), así como notas (inciso G), que se consideren necesarias para completar la información que suministren los estados anteriores.

Ahora bien, no todos los estados indican resultados contables (verbigracia el inciso F que se refiere al cambio de partidas), como si pasa con el balance (inciso C), el balance es un estado que muestra la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio.

A todos estos documentos la ley los denomina como información financiera, pero el principal documento puede decirse que es el balance.

2. Balance de liquidación. Este balance es practicado y presentado a la asamblea de la sociedad por los liquidadores de la misma, tiene como propósito reflejar las operaciones de la sociedad en la etapa liquidatoria, reflejando principalmente el pago de la totalidad de las deudas de la sociedad, y la realización del activo de la misma; de la interpretación del artículo 247 de la ley de sociedades, se puede decir que hay un balance inicial de liquidación y un balance final de liquidación, ambos practicados por el o los liquidadores, el primero es presentado a la asamblea, en su caso aprobado y deberá ser publicado por tres veces, de diez en diez días en el periódico oficial de la localidad en que tenga su domicilio la sociedad, los accionistas gozaran de un plazo de quince días a partir de la última publicación, para presentar sus reclamaciones transcurrido dicho plazo, los liquidadores convocaran a una nueva asamblea para presentar ante la misma el balance final de liquidación. En el texto de ambos balances, se indicará la cuota de liquidación que corresponda a cada socio.

3. Balance de fusión. Conforme a la postura que hemos apoyado, dicho balance debe realizarse expreso para presentarse, discutirse y aprobarse en su caso, en la asamblea de cada sociedad, en donde se adopte la fusión. Es un balance cuyo propósito esencial es el de dar a conocer la situación patrimonial de cada sociedad que interviene en la fusión a la fecha de la misma, a los acreedores tanto de la(s) fusionada(s), como de la fusionante (en caso de fusión por incorporación); Frisch Phillip afirma que la expresión último balance, vertida en el artículo 223 de la ley de sociedades, resulta una diferenciación entre balances o estados financieros formados para el reparto

de utilidades, que contendrán utilidades o pérdidas y reservas expresas o directas y reservas ocultas o indirectas que se creen por la subestimación del activo o por la sobrevaloración del pasivo y los balances por medio de los cuales se quiera obtener el activo y pasivo reales de la sociedad (balance de liquidación y balance de fusión), en dichos balances no podrán aparecer reservas, ni utilidades repartibles o pérdidas.

Es destacable que los tres tipos o clases de balances antes explicados, se distinguen principalmente por la finalidad que persiguen, el de ejercicio busca aplicar resultados, constituir reservas y en su caso decretar dividendos, el de liquidación se dirige exclusivamente a la atención de los accionistas, en cuanto al pago de las deudas sociales, realización del activo social y la determinación de la cuota de liquidación de cada accionista, el de fusión se dirige principalmente a los acreedores, quienes deberán analizar no sólo el balance de la sociedad deudora que interviene en la fusión, sino de la totalidad de las que intervienen en la misma, y conforme al estudio realizado ejercitar un posible derecho de separación.

Ahora bien conforme a lo expuesto, ¿Con qué base y criterios debe elaborarse el balance de fusión, a efecto de cumplir con la finalidad y requisitos del mismo?

Sánchez Olivan, establece que la opinión más corriente es que el balance que nos ocupa debe elaborarse con los criterios propios de un balance de liquidación, así Garrigues y Uria en su obra comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, afirman que por la finalidad que persigue, no debe confeccionarse según el método de confección propios de los balances de fin de ejercicio, encaminados a reflejar el beneficio obtenido en el ejercicio social, sino con arreglo al método peculiar del balance de liquidación, puesto que en realidad se trata de una liquidación parcial (por lo expuesto en el presente trabajo, no compartimos la equivalencia entre fusión y liquidación parcial, aun cuando si bien es cierto, el ejercicio del derecho de separación, implica la distribución de una cuota de liquidación parcial al accionista disidente).

A mayor abundamiento Chilúa, establece que se admite con carácter general que el balance de fusión sea cerrado al día anterior al del acuerdo respectivo, es

claro que el mismo debe ajustarse a criterios de valoración real y no a los señalados para el balance del ejercicio. A lo anterior Sánchez Olivan, dice que la inexistencia de criterios legales de valoración objetiva de los activos para establecer un balance de fusión, hace que la materia de la fusión tenga una mayor litigiosidad.

Consideramos por tanto, que el balance de fusión se aproxima al de liquidación, pero no pueden equipararse tanto en criterios de valuación como en bases de realización, ambos tienen un denominador común, se encuentran frente a la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad (en tratándose de fusión pura, y en ambas clases de fusión tratándose de fusionadas), pero en términos económicos en la liquidación cesa la actividad social, en la fusión la sociedad fusionada continúa desarrollándola a través de la fusionante.

Así también queda claro que nuestro sistema jurídico no contempla disposiciones concretas que sirvan de base para la elaboración del balance de fusión. Sin embargo existen reglas y principios generales de la técnica contable que son observados por los Colegios de Contadores Públicos y sus miembros, por tanto consideramos que no sería conveniente plasmar en la ley, reglas y formulismos que sirvan de base para la elaboración de un balance, dicha función no compete al jurista y no cabe en la naturaleza y finalidad de la legislación. Sin embargo consideramos, que la elaboración de un balance y su formación, debe de regularse y manejarse con mayor claridad en la ley, especialmente el de fusión. Así, en el sistema jurídico español, en la Ley de Sociedades Anónimas en el artículo 103, se contemplan expresamente las partidas que han de contener el activo como el pasivo del balance de una sociedad anónima.

A mayor abundamiento Frisch Philipp, ofrece una sistematización relativa a los balances que deben formarse en los casos de fusión, en el sistema jurídico mexicano:

1. Para el canje de acciones de los accionistas de las sociedades participantes en una fusión, se necesita un balance basado en el activo y pasivo reales de dichas sociedades (balance del patrimonio real), dado que dicho canje debe efectuarse con fundamento en valores reales de las acciones mencionadas. Este tipo de balance

sirve a los fines específicos de la fusión, de modo que puede denominarse "balance de fusión".

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

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

Consideramos que el punto anterior está de más y no entra en el concepto y sistematización del balance de fusión, si la sociedad absorbida quiere repartir utilidades y con esto decretar dividendos, únicamente deberá decretar los mismos, previa aprobación del balance, en asamblea de accionistas que se convoque para tal efecto, no teniendo que ver el balance que se presente para tal efecto con el balance de fusión.

4. Para que haya continuidad entre la estimación de los bienes del activo y de las obligaciones del pasivo de las sociedades que se extingan por fusión, en la contabilidad de éstas y la evaluación correspondiente que se efectúe en los libros de la sociedad, que por medio de la misma fusión adquiera como sucesora general de las extinguidas su activo y pasivo se requiere un balance del tipo previsto para reparto de utilidades análogo al balance anual, debido a que dicha continuidad debe existir entre el último balance hecho para el reparto de utilidades a accionistas de la sociedad extinguida y el primer balance de la sociedad fusionante que se consolida para el reparto de utilidades.

Frisch Philipp abunda que el valor neto del patrimonio de la sociedad absorbida, deberá corresponder por lo menos al total resultante del valor nominal de las acciones que se entregarán por parte de la fusionante a los accionistas de la fusionada y de pagos en efectivo realizados (no compartimos la opinión del autor en comentario, toda vez que las partes que intervienen en la fusión, pueden fijar libremente la participación de cada sociedad y por tanto de cada accionista de éstas, en la sociedad fusionante, ya que

como se estudió, la ley no impone obligación en tal sentido), el autor abunda que en su caso, si dicho valor patrimonial es superior al total mencionado, la diferencia se considerara como exhibición de una prima (a este respecto habíamos estudiado y afirmado, apoyándonos en el maestro Sánchez Olivan, que en la emisión de acciones por efecto de la fusión, no puede hablarse de una prima de emisión de acciones en estricto derecho).

Ahora bien, surge la cuestión y la posibilidad de que el balance de fusión, una vez aprobado en la respectiva asamblea y publicado, sufra variaciones al día en que se celebre el contrato de fusión, consideramos que dicha variación no cabe en la fusión por integración y para las fusionadas en la fusión por incorporación, ya que, como se estudió, la adopción de la fusión implica una causa de disolución anticipada de las sociedades fusionadas. Así, el artículo 233 de la ley de sociedades, impone a los administradores la obligación de no iniciar nuevas operaciones con posterioridad al acuerdo sobre disolución (en el caso que nos ocupa el acuerdo de fusión, que lleva implícito el de disolución anticipada), por tanto al no existir operación alguna, el balance de las sociedades fusionadas, salvo posibles movimientos y variaciones financieras e inflacionarias, así como las operaciones pendientes de la sociedad que se reflejen en dicho balance, no sufrirá o no debe sufrir variación alguna, hasta el día en que se celebre el contrato de fusión.

Sin embargo en la fusión por incorporación, existe la posibilidad de que la fusionante, después de acordar la misma, realice operaciones que reflejen una variación en el balance aprobado en la respectiva asamblea, pudiéndose modificar las expectativas de negociación y previsión de la o las fusionadas. Así las cosas Sánchez Olivan analizando el sistema societario español, comenta que la ley de sociedades anónimas impone la obligación de formular balances de fusión a dos momentos distintos en relación con la fusión (situación similar pasa con los balances de liquidación, conforme a la ley de sociedades mexicana), el primero afecta a todas las sociedades, incluso a la absorbente en su caso, y se refiere al día anterior de los acuerdos; el segundo es al día anterior a la formalización en escritura pública de la fusión, quedando eximida en este caso únicamente la sociedad absorbente.

En nuestro sistema societario, únicamente se contempla la formulación de un balance, referido en la ley como el último balance de la sociedad, mismo que es presentado y aprobado en la asamblea donde se decreta la fusión. Por tal motivo, sugerimos que en la fusión por incorporación, a diferencia de la ley de sociedades española, se obligue a la absorbente a formular un balance al día anterior a la celebración del contrato de fusión, a efecto de que en la escritura donde se formalice el mismo, se indique que la o las absorbidas tuvieron conocimiento del mismo, así como las mismas mostraron conformidad en la estructura financiera patrimonial de la absorbente reflejada en dicho balance.

Por otro lado consideramos no sería necesario imponer la obligación (como sucede en el sistema societario español) a la o las absorbidas, en ambas clases de fusión, de formular un balance al día anterior de la celebración del contrato de fusión, toda vez que como se estudió, el acuerdo de fusión implica para las absorbidas una disolución anticipada de las mismas, y por tal motivo los administradores no podrán realizar nuevas operaciones a partir de tal día, con esto consideramos que el balance no sufrirá o no debe sufrir alteración o modificación alguna (con las excepciones que se apuntaron con anterioridad) hasta la fecha de celebración del contrato de fusión). No obstante lo anterior, no estaría por demás imponer la obligación referida a la o las fusionadas.

En tal estructura conceptual, en la fusión existirían dos clases de balances: el primero de ellos tendría como finalidad el ser publicado y dar a conocer a los acreedores de las sociedades participantes la situación financiera y patrimonial de las mismas, el segundo con objetivos principalmente fiscales y para conocer en forma exacta y precisa los patrimonios que se integran por efecto de la fusión, así como para que los accionistas de las sociedades participantes muestren su conformidad con los mismos, en la escritura donde se formalice el contrato de fusión. Lo anterior, ya que como se expuso, nada impide a la sociedad fusionante a continuar realizando y ejecutando operaciones después de adoptado el acuerdo de fusión, con lo cual las expectativas de algunas de las fusionadas podrían variar, al observar como la situación económica y financiera de la fusionante ha variado,

en el periodo comprendido de la fecha de la adopción de los acuerdos de fusión a la fecha de celebración del contrato de fusión.

Por último es destacable, como cita el licenciado García Rendón, que conforme al artículo tercero transitorio del Decreto de diciembre 18 de 1980 que reformó y adicionó diversas disposiciones de carácter mercantil, ordena que cuando las Leyes mercantiles aludan al balance, debe entenderse a los estados financieros enumerados en el artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, estados financieros que se integran entre otros por el estado de resultados y los estados de cambio de situación financiera y patrimonial de las sociedades.

Ahora bien, por lo que respecta a la escisión de sociedades, la fracción IV del artículo 228-Bis de la ley de sociedades establece:

"La resolución que apruebe la escisión deberá contener:

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

Así también la fracción V del numeral en comento establece:

"La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Así mismo, deberá publicarse en la Gaceta Oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escidente un extracto de dicha resolución que contenga por lo menos, la síntesis de la información a que se refieren los incisos a) y d) de la fracción IV de este artículo, indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de los socios y acreedores en el domicilio social de la sociedad durante un plazo de cuarenta y cinco días naturales, contado a partir de que se hubieren efectuado la inscripción y ambas publicaciones."

De lo anterior y a primera vista, se desprende una diferencia muy clara con respecto a la fusión, en la fusión se habla de último balance de la sociedad, en la escisión de estados financieros, pero como citamos a partir de 1980, al hablar de balance se debe referir a los estados financieros; así también en la escisión se habla de estados financieros dictaminados del último ejercicio social, la fusión se refiere al último balance de la sociedad, no refiriéndolo a ejercicio social alguno. En la fusión el balance de cada sociedad participante debe de publicarse, en la escisión los estados financieros de la sociedad no se publican, estando únicamente a disposición de los accionistas y acreedores de la sociedad escidente, en el domicilio social de esta última durante el plazo de cuarenta y cinco días naturales, contado a partir de que se hubieren efectuado la inscripción y ambas publicaciones.

En tratándose de escisión, no cabe interpretación alguna y se exige que por lo menos en el acuerdo donde se adopta la misma, se presenten y aprueben los estados financieros dictaminados del último ejercicio social, aunque nada impide y sería lo más recomendable, que los estados financieros abarcaran las operaciones del último ejercicio social de que se trate, así como las operaciones realizadas al día anterior al que se decreta la escisión.

Por otra parte en la escisión se presenta una situación que no se contempla en la fusión, en la primera se concede expresamente el derecho de separación al socio disidente, mientras que en la fusión, conforme a la tesis que se sostiene en el presente trabajo, el derecho de separación en la fusión opera cuando por efecto de la misma se presenten en la o las fusionadas los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Así las cosas en la escisión, debemos de analizar y estudiar conforme a qué balance debe calcularse y determinarse la cuota de separación o liquidación que corresponda al socio separatista por el acuerdo de escisión; a este respecto Sánchez Olivan, en base a la legislación española, realiza un estudio del balance en relación con el derecho de separación en la fusión (recordemos que el sistema societario español concede expresamente el derecho de separación por efecto del acuerdo de fusión); con lo cual consideramos que dicho estudio puede ser aplicado por analogía a la escisión.

Principia Sánchez Olivan por afirmar que el balance de fusión como los derechos de los socios disidentes tienen un marcado contenido económico, el artículo 135 de la ley de sociedades anónimas española, establece que los socios disidentes y los no asistentes a la Junta gozarán de la facultad de separarse de la sociedad, recibiendo la parte que les corresponda en el patrimonio social, según balance cerrado al día anterior al de la fecha del acuerdo.

La legislación societaria mexicana, en la escisión, establece que en la separación se aplicará lo dispuesto en el artículo 206 de la ley de sociedades (numeral que regula el derecho de separación en general), así dicho numeral indica que a los separatistas se les reembolsará en proporción al activo social, según el último balance aprobado. Como se citó, el último balance aprobado, en tratándose de escisión, abarcará por disposición de ley el último ejercicio social al que se trate. Consideramos que dicho balance no reflejaría la situación real de la empresa, a la fecha en que se adopta el acuerdo de escisión.

Esto es, dentro a nuestro sistema societario, imagínese una sociedad X que adopta el acuerdo de escisión el 1 de diciembre de 1995, la determinación de la cuota de separación se calcularía conforme al activo social contemplado en el balance del ejercicio social de 1994, nótese que en dicho periodo de tiempo, la sociedad pudo haber incrementado o disminuido su activo social, generándose ya sea una injusticia para el socio disidente o una cuota de separación bastante elevada que por falta de activo y capital, la sociedad no pueda cubrir al disidente en su momento. Por tal motivo, consideramos sana y efectiva la disposición española en esta materia.

Sin embargo, el sistema español tiene sus aristas y dificultades.

Así, Sánchez Olivan comenta que el sujetar el derecho de separación a un balance aprobado en la asamblea de fusión (en el caso que nos ocupa sería de escisión), implica condicionar el "derecho de una minoría al acuerdo de la mayoría", así el autor en comentario expone "... Creo que se comete un error al vincular los derechos de los disidentes al patrimonio estimado, según un balance elaborado para un acto concreto, la fusión, que precisamente los disidentes no aprueban, vinculación que por otra parte es

totalmente innecesaria, ya que los derechos de dichos accionistas no tienen que reflejarse a un balance, sino al patrimonio en el momento de la fusión estimado de acuerdo a criterios realistas".

Por otra parte, otro autor español, Motos, en contraposición a la postura de Sánchez Olivan, establece que no parece demasiado justo reembolsar a los disidentes por el valor real, unas acciones cuyos titulares desamparan a la sociedad en un momento culminante de su vida, ya que dejan correr los riesgos que aquella va a afrontar; sin embargo consideramos que Motos parece olvidar que la sociedad anónima, implica una inversión, que como tal debe responder a las expectativas de los inversionistas, quienes al no encontrar en la misma posibilidad de rentabilidad conforme a sus intereses, la ley les otorga el instrumento de la separación (así también recordemos, que una cosa es la separación de la sociedad, por que la misma adopta un acuerdo que puede perjudicar a determinados accionistas de la sociedad y otra la separación de una sociedad de capital variable, precisamente en la parte variable, es donde si se justifica de acuerdo con Motos, castigar a los accionistas que dejan caprichosamente en apariencia a la sociedad).

Por último y de conformidad con lo que se ha expuesto, es destacable que en el propio artículo 228-Bis de la ley de sociedades, se haga referencia a dos clases de balances en tratándose de la escisión, el primero que se presenta y aprueba en la asamblea donde se adopta la misma, y que forma parte de los estados financieros de la sociedad que abarcan por lo menos las operaciones del último ejercicio social, y por otro lado el balance relativo a la separación de los accionistas (último balance aprobado por la sociedad).

Por tal motivo, sugerimos una reforma al numeral en comento, por la cual se consigne que se tomará como balance de escisión único, para todos los efectos a que haya lugar, el formulado al día anterior a la fecha de celebración de la asamblea donde se decreta la escisión y que será presentado y aprobado en la misma.

totalmente innecesaria, ya que los derechos de dichos accionistas no tienen que reflejarse a un balance, sino al patrimonio en el momento de la fusión estimado de acuerdo a criterios realistas".

Por otra parte, otro autor español, Motos, en contraposición a la postura de Sánchez Oliván, establece que no parece demasiado justo reembolsar a los disidentes por el valor real, unas acciones cuyos titulares desamparan a la sociedad en un momento culminante de su vida, ya que dejan correr los riesgos que aquella va a afrontar; sin embargo consideramos que Motos parece olvidar que la sociedad anónima, implica una inversión, que como tal debe responder a las expectativas de los inversionistas, quienes al no encontrar en la misma posibilidad de rentabilidad conforme a sus intereses, la ley les otorga el instrumento de la separación (así también recordemos, que una cosa es la separación de la sociedad, por que la misma adopta un acuerdo que puede perjudicar a determinados accionistas de la sociedad y otra la separación de una sociedad de capital variable, precisamente en la parte variable, es donde si se justifica de acuerdo con Motos, castigar a los accionistas que dejan caprichosamente en apariencia a la sociedad).

Por último y de conformidad con lo que se ha expuesto, es destacable que en el propio artículo 228-Bis de la ley de sociedades, se haga referencia a dos clases de balances en tratándose de la escisión, el primero que se presenta y aprueba en la asamblea donde se adopta la misma, y que forma parte de los estados financieros de la sociedad que abarcan por lo menos las operaciones del último ejercicio social, y por otro lado el balance relativo a la separación de los accionistas (último balance aprobado por la sociedad).

Por tal motivo, sugerimos una reforma al numeral en comento, por la cual se consigne que se tomará como balance de escisión único, para todos los efectos a que haya lugar, el formulado al día anterior a la fecha de celebración de la asamblea donde se decreta la escisión y que será presentado y aprobado en la misma.

totalmente innecesaria, ya que los derechos de dichos accionistas no tienen que reflejarse a un balance, sino al patrimonio en el momento de la fusión estimado de acuerdo a criterios realistas".

Por otra parte, otro autor español, Motos, en contraposición a la postura de Sánchez Oliván, establece que no parece demasiado justo reembolsar a los disidentes por el valor real, unas acciones cuyos titulares desamparan a la sociedad en un momento culminante de su vida, ya que dejan correr los riesgos que aquella va a afrontar; sin embargo consideramos que Motos parece olvidar que la sociedad anónima, implica una inversión, que como tal debe responder a las expectativas de los inversionistas, quienes al no encontrar en la misma posibilidad de rentabilidad conforme a sus intereses, la ley les otorga el instrumento de la separación (así también recordemos, que una cosa es la separación de la sociedad, por que la misma adopta un acuerdo que puede perjudicar a determinados accionistas de la sociedad y otra la separación de una sociedad de capital variable, precisamente en la parte variable, es donde si se justifica de acuerdo con Motos, castigar a los accionistas que dejan caprichosamente en apariencia a la sociedad).

Por último y de conformidad con lo que se ha expuesto, es destacable que en el propio artículo 228-Bis de la ley de sociedades, se haga referencia a dos clases de balances en tratándose de la escisión, el primero que se presenta y aprueba en la asamblea donde se adopta la misma, y que forma parte de los estados financieros de la sociedad que abarcan por lo menos las operaciones del último ejercicio social, y por otro lado el balance relativo a la separación de los accionistas (último balance aprobado por la sociedad).

Por tal motivo, sugerimos una reforma al numeral en comento, por la cual se consigne que se tomará como balance de escisión único, para todos los efectos a que haya lugar, el formulado al día anterior a la fecha de celebración de la asamblea donde se decreta la escisión y que será presentado y aprobado en la misma.

CAPITULO XI

CONSIDERACIONES ESPECIALES RESPECTO AL MOMENTO EN QUE SURTEN EFECTOS LA ESCISION Y FUSION DE SOCIEDADES

11.1.1 MOMENTO EN EL CUAL LAS SOCIEDADES RESULTANTES DE LA FUSION Y ESCISION ASUMEN EL PATRIMONIO SOCIAL QUE LES ES TRANSMITIDO

Por demás interesante resulta el presente tema íntimamente relacionado con el del momento en que surte plenos efectos las figuras jurídicas en estudio. Esto se traduce en lo que se conoce por los doctrinarios como el momento en que surte efectos la escisión y fusión. Aun cuando otros autores denominan a lo anterior como la transmisión de relaciones en la escisión y fusión de sociedades.

Es importante conocer exactamente cuándo surten efectos las figuras en estudio, por las siguientes razones:

1. Recordemos que las sociedades fusionada(s) y escidente (en la escisión pura), se encuentran en un estado de disolución, pero no han perdido su personalidad jurídica, hasta en tanto no se extingan, por tanto en el momento en que surtan plenos efectos la fusión y escisión, dichas sociedades se extinguirán y perderán su personalidad jurídica, lo anterior resulta de suma importancia por los posibles actos que realicen las sociedades fusionada(s) y escidente, con posterioridad a la adopción de los acuerdos de fusión y escisión.

2. Es necesario conocer en qué momento se transmiten los bienes, derechos y obligaciones por efecto de las figuras en estudio.

3. Conforme a lo citado en el punto anterior, para efectos fiscales es necesario conocer a qué fecha se realizó dicha transmisión.

Analizaremos en primer término, cuándo surte plenos efectos la fusión de sociedades en sus dos clases (hablamos de plenos efectos, porque no negamos que los propios acuerdos de escisión y fusión provocan ciertos efectos que las configuran).

El artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles consigna:

"La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior... (la inscripción de los acuerdos de fusión en el Registro Público de Comercio)... 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."

De lo anterior y conforme a una interpretación superficial de la ley de sociedades se desprende que conforme a nuestro sistema societario:

1. Inscritos los acuerdos de fusión y transcurridos tres meses después de la fecha de inscripción, sin que se presente oposición judicial a la misma, la fusión surtirá plenos efectos y por tanto la sociedad que subsista o la que resulte, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones (patrimonio social) de la o las sociedades fusionadas.

Así también en dicho momento, la o las fusionadas finalizarán el periodo de disolución y se extinguirán, perdiendo con esto su personalidad jurídica.

2. Conforme a lo anterior, no sería necesario esperar a la celebración del contrato de fusión (en la fusión por incorporación) o a la fecha de firma de la escritura o póliza de la sociedad de nueva creación (en la fusión por integración), para que la fusión surtía plenos efectos.

Situación con la que discrepamos por las razones que se expondrán más adelante, pero así también, consideramos que la ley es congruente en tratándose de la fusión por incorporación, ya que la misma no impone la obligación expresa en el sentido de celebrar un contrato de fusión (situación con la que también discrepamos ya que conforme a la tesis que sustentamos, los acuerdos de fusión deben considerarse como declaraciones de voluntad que conforman el elemento volitivo y de consentimiento en el contrato de fusión).

3. Así también a partir de que surte efectos la fusión, los acuerdos de las sociedades no podrán ser revocados, siempre y cuando se acepte la tesis de que no es necesario esperar a la celebración del contrato de fusión o la fecha de firma de la escritura donde conste la constitución de la fusionante. Así también según García Rendón, abunda en relación con la época en que surte efectos la fusión, que en el caso que se demandara la nulidad de los acuerdos respectivos, después de consumada la fusión, la declaración judicial no podría destruir plenamente en forma retroactiva los efectos de ésta, pues a lo sumo, conforme a lo dispuesto por el artículo 2239 del Código Civil para el Distrito Federal, obligaría a los socios de las fusionadas a restituir a la fusionante las acciones que de ella hubieren recibido y a ésta a restituirles a aquéllos, en numerario, el importe de lo que haya percibido o recibido en virtud o como consecuencia del acto anulado, toda vez que es contra toda seguridad jurídica y coherencia jurídica que la fusionante restituya a unas sociedades que ya no existen, lo que de ellas hubiera recibido o percibido (más adelante, en capítulo posterior se analizara lo relativo a la nulidad de los acuerdos de fusión).

4. Por último, queda claro que en primera instancia conforme a una interpretación superficial de la ley de sociedades, la fusión surte plenos efectos sin necesidad de la celebración del contrato de fusión o el otorgamiento de la escritura constitutiva de la fusionante. Postura que como se ha expuesto no compartimos, imagínese en una fusión por integración que nunca se otorgue la escritura constitutiva de la fusionante, en tal supuesto las fusionadas ya se extinguieron como efecto de que la fusión surtió plenos efectos. Así ¿Quién será el titular del patrimonio de estas sociedades?, ¿Cuál será el destino del mismo?. Podríamos pensar, que posiblemente el patrimonio no quede acéfalo, el titular del mismo podría ser la sociedad fusionante que se hubiere exteriorizado como tal frente a terceros aun cuando no se hubiere otorgado la escritura de su constitución (estaríamos en presencia de una sociedad irregular). Nótese por tanto la inseguridad jurídica que provocaría la existencia de sociedades irregulares. Antes de continuar con la exposición del presente tema, y en relación con el contrato de fusión, debemos preguntarnos ¿Qué formalidades debe revestir el mismo?; obviamente nuestra ley de sociedades no refiere precepto alguno, ya que no contempla y obliga celebrar el contrato de fusión, por lo cual imagínese dos sociedades que en sus asambleas aprueban la fusión, nunca celebran el convenio de fusión, pero dan los avisos

y conjuntan sus patrimonios, expiden y canjean nuevas acciones. En tal situación, ¿Podría decirse que no hay fusión? ¿Estáramos en presencia de un contrato de fusión, aun cuando el mismo no constare por escrito?

Como se sabe en el Código de Comercio al regular los contratos mercantiles, se consagra el principio de informalidad en el contrato, así el artículo 78 del Código de Comercio establece:

"...En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Se exceptuará de lo dispuesto en el artículo que precede:

a) Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.

Así las cosas, la legislación mercantil no impone formalidad alguna al contrato de fusión, por lo que se puede argumentar que el contrato de fusión se realizó de manera verbal y no por escrito; siempre que dicho contrato verbal cumpla con las características y requisitos del citado artículo 78 del Código de Comercio. Por tal motivo debemos distinguir el contrato de fusión, ya sea que se presente por escrito o sin dicha formalidad.

Por tal motivo; conforme a los anteriores argumentos consideramos que una fusión podría perfeccionarse con la celebración de un contrato de fusión celebrado de manera verbal; toda vez, que como se expuso, la legislación mercantil no impone formalidad alguna para la realización del mismo.

Por tal motivo, sugerimos una reforma y adición a la ley de sociedades, en el sentido de obligar a las partes que intervienen en la fusión a celebrar el contrato de fusión con la formalidad de celebrarse por escrito y elevarse a escritura pública.

Respecto al presente tema, algunos autores opinan:

Vasquez del Mercado, cita que 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, abunda que mientras el contrato no se realiza, las sociedades continúan existiendo y la fusión por ende no tiene lugar, hasta la fecha de celebración del contrato de fusión existe la obligación de transferir la totalidad de las relaciones de una sociedad a otra.

Gómez Coto señala que no puede haber fusión, si no se reúnen en uno solo los patrimonios de las sociedades que desaparecen para fusionarse; sólo en el periodo preparativo existe una pluralidad de empresas y de intereses económicos; una vez que la fusión se ha realizado, la pluralidad no existe más, ya que estamos frente a una sola empresa, lo que no aclara el licenciado Gómez Coto es en qué momento la fusión se ha realizado y por tanto consumado.

Frisch Philipp señala que el momento a partir del cual la fusión surte sus efectos, en el sentido de la extinción de la o las sociedades y de la entrada de la fusionante como sucesora de las mencionadas, se determina en forma imperativa según los artículos 223 a 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, consideramos por tanto que dicho autor se apega a la interpretación de la ley de sociedades, plasmada al principio de este capítulo.

García Rendón, al referirse a la época en que surte los efectos la fusión, acoge lo dispuesto por el artículo 224 de la ley de sociedades, y por tanto no considera necesaria la celebración del contrato de fusión para que esta surta efectos.

Consideramos debe reformarse la ley societaria, en el sentido de consignar la obligación de celebrar el contrato de fusión, en tratándose de fusión impura o por incorporación, y que a partir de la fecha del mismo esta figura surta plenos efectos.

Así el Código de Comercio de la República de Guatemala, en el artículo 260, se establece:

"Artículo 260. Plazo para autorizar la escritura. La fusión no podrá llevarse a cabo antes de transcurridos dos meses, contados desde la última publicación de los

acuerdos que menciona el artículo anterior y hasta entonces se podrá otorgar la correspondiente escritura pública (contrato de fusión), salvo que conste el consentimiento por escrito de los respectivos acreedores, o el pago directo por medio de depósito de las sumas correspondientes, en un banco del sistema en favor de los acreedores que no han dado su consentimiento. Todo lo cual se hará constar en la escritura (contrato de fusión)..."

En el derecho español, Sánchez Olivan establece que la fusión es una operación esencialmente formalista, de manera que no surte todos sus efectos hasta que la escritura pública, que necesariamente ha de otorgarse, se inscriba en el Registro Público de Comercio, al autor en comento le preocupa de manera muy especial, por su trascendencia en el campo fiscal, la concreción del momento a partir del cual las sociedades fusionantes empiezan a actuar con plenitud de efectos, como una sola unidad económica y desde ese momento los resultados son imputables a ellas.

Así el autor abunda, que otorgada la escritura, la administración de todas las sociedades que se fusionan queda unificada, de manera que ya no hay más órganos administrativos que los de la nueva sociedad creada o de la sociedad absorbente. Por tanto conforme al autor en comento, la fecha de la escritura donde consta el contrato de fusión, marca también el momento a partir del cual se unifica la contabilidad de todos los patrimonios, así como en el ánimo del legislador español, domina la citada idea, aunque sólo sea por que el balance final de las sociedades que se disuelven (fusionada(s)), debe cerrarse precisamente el día anterior al del otorgamiento de la escritura. En cuanto a la fusión pura o por integración, Sánchez Olivan comenta que la fecha de la escritura constitutiva permite distinguir perfectamente, que la actividad conjunta de las sociedades que se fusionan, en cuanto tiende a desarrollar el objeto social de la fusionante, hay que entender se inicia a partir del momento del otorgamiento de la escritura, aunque la validez de estas actuaciones quede esencialmente condicionada al hecho de la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Con base en las anteriores consideraciones de derecho comparado, creemos en la necesidad de reformar la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En resumen, para Sánchez Olivan la plenitud de los efectos de la fusión se produce normalmente, a partir del momento en que se otorga la escritura; si bien la validez de las actuaciones realizadas queda condicionada al hecho de la inscripción.

Ahora bien, analizado el artículo 224 de la ley societaria, así como las críticas y propuestas de reforma al mismo, debemos mencionar que además del momento previsto en el numeral citado, para que surta efectos la fusión, el artículo 225 del ordenamiento en comento, establece otros supuestos en los cuales surtirá efectos la fusión.

Así García Rendón, señala que por excepción, conforme a lo previsto en el artículo 225 de la ley de sociedades, la fusión podrá tener efecto en el momento de la inscripción, cuando se cumpla con cualquiera de los siguientes extremos:

- a) Si se pactare el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse.
- b) Si se depositare el importe total de las deudas en una institución de crédito, o
- c) Si constare el consentimiento de todos los acreedores.

Con lo anterior, la ley faculta que la fusión surta plenos efectos, a partir de la fecha de inscripción de los acuerdos de fusión (conforme a la interpretación de nuestra ley societaria), sin esperar a que transcurra el plazo para la interposición de la oposición judicial, por parte de cualquier acreedor, toda vez que la ley presume que el cumplimiento de cualquiera de los tres supuestos antes mencionados garantiza a los acreedores.

Es importante destacar, que la ley hace referencia a acreedores, tanto de la(s) fusionada(s) como de la fusionante.

Por lo que respecta a los supuestos del artículo 225 de la ley de sociedades, podemos hacer las siguientes observaciones:

1. ¿En qué forma deberá constar el pacto de pago de todas las deudas de las sociedades fusionada(s) y fusionante?, la ley no dice nada al respecto, pero para efectos probatorios, dichos pactos deberán constar por escrito, consideramos que a las grandes sociedades les resultaría muy gravoso y costoso en tiempo y forma, celebrar este tipo de pactos y convenios de reconocimiento y pago de adeudos, con todos y cada uno de sus acreedores.

2. La constitución del depósito del importe de la totalidad de las deudas de las sociedades fusionada(s) y fusionante, en una institución de crédito, nos presenta el problema de a nombre de quién deberán depositarse dichas cantidades, bajo la supervisión de qué persona, fedatario o autoridad, y si la institución de crédito debe pertenecer a las que se encuentren contempladas como tales, conforme al sistema jurídico mexicano, o pertenecer a otro sistema diferente al nacional.

La ley es omisa en estos aspectos; abundando que la elección de esta medida provocaría ciertos gastos financieros (como serían las comisiones por apertura y manejo de cuentas bancarias).

Otro problema que se nos presenta, es ¿Quién? y ¿Cómo? se determina el importe total de las deudas de las sociedades que intervienen en la fusión, así como ante quién se debe acreditar que el importe de las mismas se encuentra depositado.

3. El que conste el consentimiento de todos los acreedores de las sociedades participantes en la fusión, nos lleva a la dificultad de identificación y reconocimiento de los mismos, la forma en que debe constar dicho consentimiento (recomendamos, al igual que el punto uno que conste por escrito). ¿Cómo saber si se encuentran contemplados e identificados la totalidad de los acreedores de las sociedades involucradas en la fusión?

A mayor abundamiento, García Rendón en franca crítica contra el artículo 225 de la ley societaria, destaca la incongruencia que supone el que conste el consentimiento por escrito de todos los acreedores de las sociedades que hayan de fusionarse, cuando la ley refiere que en este supuesto que las deudas a plazo se darán

por vencidas. ¿De qué sirve recabar el consentimiento de dichos acreedores para llevar a cabo la fusión?, si las deudas contraídas con éstos son exigibles a la fecha de inscripción de los acuerdos de fusión. Conforme a lo anterior, sería más lógico pagar los adeudos en vez de recabar el consentimiento de todos y cada uno de los acreedores aun cuando si se aceptare y recabare el consentimiento de los acreedores, y se podría pactar una renovación del plazo. A este respecto García Rendón, afirma que el plazo para el pago de las deudas en materia mercantil favorece a los acreedores y abunda que en el supuesto en comento, lo lógico sería:

1) Que la fusionante solicitara el consentimiento de los acreedores para incrementar sus pasivos, pero no para pagarlos, y

2) Que las fusionadas pidieran a sus respectivos acreedores, que consintieran la sustitución de deudor y no el pago anticipado de sus créditos.

Añade García Rendón, que para salvar las incongruencias de la ley, es común que en la práctica corporativa mexicana, estipular en los acuerdos de fusión que ésta surtirá efectos a partir del momento de su inscripción en el Registro Público de Comercio y que, con fundamento en la parte final del primer párrafo del artículo 225 de la ley de sociedades, se considerarán vencidas y pagaderas de inmediato las deudas de los acreedores, que no consintieran en ella (como es de suponer, esta estipulación solo se hace después de que se negoció con los principales acreedores de la sociedad, en que consintieran la fusión).

Como se observa, de los 3 supuestos antes analizados, se desprende una falta de adecuación de la realidad con la norma jurídica, la inseguridad jurídica que acarrearía la aplicación de cada uno de los supuestos, así como la obscuridad de la ley en la implementación y aplicación de los mismos.

En estos tiempos, con relaciones comerciales cada vez más complejas, es prácticamente imposible contactar y pactar con cada uno de los acreedores de la sociedad anónima, así como la inmensa mayoría de los acreedores de las sociedades que se fusionan ni siquiera se enteran del proceso de fusión.

El Código de Comercio de la República de Guatemala, en el artículo 260, establece los casos en los cuales no será necesario esperar dos meses, después de la última publicación de los acuerdos de fusión, para realizar la escritura que contenga el contrato de fusión (recordemos que conforme al sistema guatemalteco, los acuerdos de fusión son primeramente inscritos en el Registro Público de Comercio, acto seguido son publicados en el Diario Oficial, en tres ocasiones dentro de un periodo de 15 (quince) días), dichos casos son:

a) Cuando conste el consentimiento escrito de los respectivos acreedores. A diferencia de lo estipulado en la ley mexicana, se especifica que el consentimiento deberá constar por escrito.

b) O bien, se realice el pago directo, por medio del depósito de las sumas correspondientes en un banco del sistema, a favor de los acreedores que no han dado su consentimiento. A diferencia de su similar en el ordenamiento societario mexicano, aquí se habla de un pago vía depósito y no de un simple depósito, así como dicho depósito deberá efectuarse ante un banco del sistema financiero guatemalteco.

11.1.2 POSIBILIDAD DE RETROAER LOS EFECTOS DE LA FUSION Y ESCISION CONFORME AL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

Se estudia el presente tema, vinculado al momento en que surte efectos la fusión y que acaparó especialmente nuestra atención. La cuestión radica en la posibilidad de que los efectos de la fusión, se retrotraigan a la fecha de celebración de los acuerdos o de la fecha del último acuerdo celebrado para decretar la fusión (nos referimos indistintamente a los acuerdos de la fusionante y fusionada(s)).

En principio, conforme a nuestra Ley de sociedades, la transmisión de relaciones y efectos por efecto de la fusión, se condiciona al plazo fijado en el artículo 224 de la Ley de sociedades, o al cumplimiento de los extremos del artículo 225 citado, o bien conforme a la tesis que defendemos en el presente trabajo, a la fecha de la escritura pública en donde conste el contrato de fusión.

Es necesario recordar que la Ley General de Sociedades Mercantiles, es un ordenamiento que establece obligaciones y requisitos mínimos imperativos, cuya observancia no puede ser excluida por la voluntad de las partes o interesados. En tal virtud, la ley societaria establece que la fusión podrá surtir efectos, tres meses después de inscritos los acuerdos de fusión en el Registro Público de Comercio de conformidad con el artículo 224 del ordenamiento en comento, o bien a la fecha de inscripción de los citados acuerdos, cuando se cumpla cualquiera de los extremos previstos en el artículo 225 del mismo ordenamiento.

De lo anterior, la ley de sociedades hace nugatoria la posibilidad de que las partes interesadas, acuerden que la fusión surta efectos con anterioridad a los momentos señalados en los artículos 224 y 225 de la ley societaria. En este orden de ideas, nada impide que las partes acuerden que la fusión surta efectos, en un momento determinado, posterior al fijado en los artículos 224 y 225 del multicitado ordenamiento.

Con base en lo anterior, Vasquez del Mercado enfatiza que durante el plazo de los tres meses previsto en el artículo 224 de la ley, la fusión queda en suspenso y cada sociedad continuará por separado la explotación de su propia hacienda, llevando una contabilidad igualmente separada; con esto el autor en comento reconoce la imposibilidad legal de otorgar efectos retroactivos a la fusión.

Frisch Phillip, señala que no parece admisible que se hagan fusiones con efectos retroactivos, debido a que no pueden extinguirse, ni crearse sujetos jurídicos con efectos retroactivos; consideración que nos parece acertada, dicho autor abunda que la fusión surtirá efectos, en el sentido de la extinción de la o las sociedades absorbidas y de la entrada de la fusionante como sucesora de las mencionadas, situación que se determina en forma imperativa, según los artículos 223 a 225 de la ley de sociedades, sin posibilidad de pactos de modificación.

Con lo anterior se fundamenta la interpretación a la ley societaria, en el sentido de la imposibilidad de pactar que la fusión una vez consumada (ya sea aceptando la tesis de los artículos 224 y 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, o bien la

consistente en la necesidad de celebrar un contrato de fusión), retrotraiga sus efectos a la fecha de celebración de los acuerdos de fusión.

Lo anterior resulta lógico, toda vez que cuando se celebran los acuerdos de fusión, las sociedades participantes no se han extinguido jurídicamente y por tanto no han perdido su personalidad jurídica, siendo titulares todavía de derechos y obligaciones. Por otro lado, al analizar la ley de sociedades anónimas española, Sánchez Olivan, se cuestiona sobre la posibilidad de que las partes decidan sobre el momento de la efectividad de la fusión, a este respecto dicho autor señala que la actual regulación de la fusión en la ley de sociedades anónimas, establece la posibilidad de que se tramiten fusiones con efecto retroactivo a la fecha de los acuerdos, y por tanto nada debería obstar para que las partes pudieran decidir libremente, sobre el momento de la efectividad de la fusión; por tal motivo Sánchez Olivan propone un esquema que parta de la exigencia legal, de que la fusión se refiera a una fecha determinada que las partes deben fijar como uno de los requisitos de los pactos de fusión.

No compartimos la tesis seguida por la ley de sociedades anónimas española, así como los argumentos del licenciado Sánchez Olivan, toda vez que como afirma Frisch Phillip no parece admisible que se hagan fusiones con efectos retroactivos, debido a que no pueden extinguirse ni crearse sujetos jurídicos con efectos retroactivos". Esto es, en una sana técnica jurídica, no parece correcto el que por un efecto retroactivo, se considere que la fecha del acuerdo de fusión, implique la consumación de la misma; siendo reiterativos, afirmamos que la personalidad jurídica de la(s) fusionada(s), se pierde cuando se consuma la fusión. Por tanto la estructura lógica, marca que un acto no puede ser imputado a otra persona, cuando dicho acto emana de otra distinta que cuenta con una esfera jurídica propia. No olvidemos que el contenido de un acto jurídico, es la disposición de la voluntad que se vincula con la capacidad y responsabilidad de quien lo emite.

Por lo que respecta a la escisión, la fracción VII del artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece:

"Cumplidos los requisitos y transcurrido el plazo a que se refiere la fracción V, sin que se haya presentado oposición, la escisión surtirá plenos efectos; para la constitución de las nuevas sociedades, bastará la protocolización de sus estatutos y su inscripción en el Registro Público de Comercio"

Al igual que lo citado para la fusión, consideramos que la escisión debe surtir plenos efectos, a la fecha de la escritura donde conste la constitución de las sociedades escindidas, ya que de la interpretación de la fracción transcrita se desprende que la escisión podrá surtir plenos efectos, aun cuando la escritura constitutiva de las sociedades escindidas no hubiese sido otorgada. Esta situación nos parece incorrecta toda vez que los efectos de la escisión no pueden imputarse a un ente o entes, que a la fecha en que surte efectos la escisión no han sido constituidos o nacido a la vida jurídica con las formalidades de la ley de sociedades.

En otro orden de ideas, es de relevancia hacer énfasis en que la escisión a diferencia de la fusión, no puede en ningún caso surtir efectos a partir de la fecha de la inscripción del acuerdo de escisión en el Registro Público de Comercio, a este respecto García Rendón explica: "A diferencia de la fusión, la escisión no puede tener efectos al momento de la inscripción de los acuerdos en el Registro Público de Comercio, cuando constare el pago de todas las deudas o se deposite su importe o constare el consentimiento de todos los acreedores, porque en la escisión la acción de oposición compete también a los socios".

Consideramos que más que hablar que la oposición en la escisión compete también a los socios, hablamos que la oposición a diferencia de la fusión, se encuentra regulada de igual manera tanto para los acreedores y los socios.

Así la fracción III del artículo 228-Bis, establece:

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

La fracción citada establece la posibilidad de que el socio o los socios que representen el 20% (veinte por ciento) del capital social de la sociedad escidente, puedan oponerse al acuerdo de escisión, tal razón es la que esgrime García Rendón para justificar el por qué el acuerdo de escisión no puede surtir efectos al momento de su inscripción en el Registro de Comercio, aun cuando se garantice a los acreedores de la escidente; lo anterior resulta lógico, toda vez que los acreedores en efecto se pueden oponer a la escisión, con el fin de salvar o garantizar las cantidades que les son debidas por la escidente, pero los accionistas de esta última, al oponerse pueden buscar no sólo garantizar algún crédito que pudieren tener a favor con la sociedad, sino pueden ir en contra de la escisión en sí misma.

Por tal motivo, aun cuando se garanticen o se depositen las cantidades que constituyen la totalidad de los créditos de la escidente y el acuerdo de escisión se hubiere inscrito en el Registro Público de Comercio, la escisión no podrá surtir efectos; sería contradictorio y falta de técnica jurídica, el otorgar plenos efectos a un acto jurídico que podrá ser revocado con posterioridad por la autoridad judicial, a solicitud de uno o varios socios.

Ahora bien, a partir de que la escisión surte efectos se desprende lo siguiente:

a) En la escisión pura, la escidente que se encontraba en estado disolutorio, se extingue y pierde su personalidad jurídica, así la fracción IX del multicitado artículo 228-Bis de la ley de sociedades, consigna que cuando la escisión traiga aparejada la extinción de la sociedad, una vez que surta efectos la escisión se deberá solicitar al Registro Público de Comercio, la cancelación del contrato social.

b) Los derechos, obligaciones y actos jurídicos que realice la escidente (en la escisión impura), a partir de ese momento se entenderán imputables a esta y sin vinculación alguna con las escindidas.

c) A partir de ese momento, se transmiten en bloque y en un solo acto los derechos y obligaciones asignadas a las escindidas en el acuerdo de escisión. Aun

cuando estas últimas no se hayan constituido en escritura pública o póliza (Situación que como señalamos en la fusión, nos parece ilógica y falta de seguridad jurídica, ¿Cómo se puede asignar la titularidad de un patrimonio a un ente o sociedad irregular, que no se ha constituido aun con las formalidades de ley?, es por tal motivo que sugerimos una reforma a la ley de sociedades, por la cual se establezca que la escisión surtirá plenos efectos jurídicos, cuando conste en escritura pública la constitución de la totalidad de las escindidas, que se programó su constitución en el acuerdo de escisión).

d) A partir de dicho momento, podrá celebrarse el contrato de sociedad de las sociedades escindidas ante el correspondiente fedatario público.

CAPITULO XII

PUBLICIDAD DE LOS ACUERDOS DE ESCISION Y FUSION

12.1.1 PUBLICIDAD E INSCRIPCION DE LOS ACUERDOS DE ESCISION Y FUSION DE SOCIEDADES

Tema que consideramos, se encuentra regulado en la ley de sociedades con algunas deficiencias de técnica jurídica, como se pasará a exponer.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, señala que la publicidad es una de las necesidades y obligaciones fundamentales y necesarias de los comerciantes y puede realizarse mediante avisos y anuncios en los diversos medios de comunicación, inscripción en las cámaras de comercio o de la industria, registro de nombre y marca, pero el medio mas importante de todos es la inscripción en el Registro Público de Comercio, esta importancia deriva de los efectos que la inscripción produce ante terceros. Por el contrario el documento no inscrito, es inopinable, pues este sólo goza de validez entre las partes que celebran e intervienen en el acto jurídico en cuestión, así el artículo 26 del Código de Comercio, establece:

"Los documentos que conforme a este Código deban registrarse, sólo producirán efecto entre los que las otorguen, pero no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables".

Esto es, la sociedad anónima con el carácter de comerciante que le otorga la ley, por la sola constitución como sociedad mercantil, tiene varias obligaciones, derivadas de la tenencia de dicho carácter, una de esas obligaciones consiste en la publicidad de ciertos actos jurídicos que la misma realiza, ya que como comerciante se encuentra interrelacionado con muchas personas a las que les interesa conocer cuál es la situación actual de las mismas. Así Rodríguez y Rodríguez, establece que una de las dos maneras señaladas en el artículo 16 del Código de Comercio, para que los comerciantes den a conocer su calidad como tales, sus circunstancias esenciales, y en su caso, las modificaciones que adopten, es a través de la inscripción de una serie de documentos en

el Registro Público de Comercio, el citado autor abunda que en nuestro derecho la función de publicidad es la principal de las que resultan del registro. A mayor abundamiento el licenciado Gómez Cotero establece que las publicaciones e inscripciones a que se refiere la ley de sociedades, constituyen una garantía de publicidad para los acreedores, pues les permite conocer los diversos actos jurídicos que realicen las sociedades, en los que sus intereses se vean involucrados, y así mismo detectar si sus créditos les serán oportunamente cubiertos.

De lo anterior, y de conformidad con el caso que nos ocupa, las sociedades anónimas al decretar una escisión y fusión, se encuentran obligadas por la ley de sociedades a publicar dichas resoluciones en diversos medios, así como inscribir las mismas en el Registro de Comercio.

Así el artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que se refiere a la fusión de sociedades establece:

"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."

Así las cosas, nos encontramos ante varias cuestiones; ¿En qué orden deberán realizarse la inscripción y las publicaciones?; ¿Qué balance es el que deberá ser publicado?; así como ¿Qué debe entenderse por el sistema de extinción de pasivos de la o las fusionadas? y por último ¿Qué naturaleza tiene la inscripción de los acuerdos de fusión y escisión? ya que como se sabe, la doctrina y la tesis sustentada por nuestra legislación, es que la inscripción de actos jurídicos en el Registro Público ya sea de Propiedad o de Comercio, tiene únicamente efectos declarativos y no constitutivos, como se expondrá más adelante, en los casos de fusión y escisión la inscripción de los acuerdos prácticamente tiene un efecto constitutivo, en cuanto a sus efectos y no como el acto mismo.

Consideramos, que una vez tomados los acuerdos de fusión de todas las sociedades que intervienen en la fusión, deberán de publicarse en la gaceta oficial del domicilio social de cada sociedad, la pregunta que podría generarse es la de que si la totalidad de los acuerdos, debe de publicarse en cada gaceta oficial que corresponda al domicilio de las sociedades.

Esto es, si la sociedad X tiene su domicilio social en Tabasco y la sociedad Y tiene su domicilio social en el Distrito Federal, los acuerdos de fusión que tomen ambas sociedades, deberán ser publicados tanto en la gaceta oficial del Distrito Federal como en la de Tabasco. Consideramos correcta tal aseveración, ya que el texto de la ley generaliza y establece que "los acuerdos de fusión... se publicarán en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse". Con lo cual la ley no distingue si en dicho periódico únicamente se tiene que inscribir el acuerdo correspondiente a la sociedad que tiene su domicilio social en el del periódico, la ley únicamente refiere a los acuerdos de fusión, y por tal debemos entender a la totalidad de los acuerdos, ya sea de la fusionante y fusionada(s).

Lo anterior nos resulta lógico por que conjuntamente con dichos acuerdos deberá publicarse el último balance de cada sociedad que interviene en la fusión.

Ahora bien, ¿Qué debemos entender por último balance de la sociedad? a reserva de haber tratado el tema en otros capítulos del presente trabajo, de una interpretación estricta de la Ley, se considera el balance del último ejercicio social, aun que para nosotros, lo correcto es que se elabore un balance ex profeso para la fusión, con un periodo comprendido del inicio del ejercicio social de que se trate al día anterior de la adopción del acuerdo de fusión. Independientemente de la postura que se adopte, el balance que se publique, es el que se presentó para su discusión y aprobación en su caso en la asamblea correspondiente, para sustentar lo expuesto, citaremos al maestro Vasquez del Mercado, que señala que la redacción del balance debe considerarse como parte del proceso mismo de fusión, dicho autor continúa afirmando 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 ese momento y es puesto en consideración de los socios, ya que es necesario que los socios

conozcan la posición económica de la sociedad, puesto que son ellos quienes van a decidir una circunstancia tan importante, Vasquez del Mercado abunda que lógicamente la publicación del balance, debe ser contemporánea a la publicación de los acuerdos, ya que aquél es la base del criterio que debe servir a los acreedores para oponerse o no. Respecto a lo anterior, si bien es cierto que compartimos la postura del citado autor, también lo es que la ley no obliga que los balances y acuerdos de fusión, se publiquen al mismo tiempo.

Una vez publicados la totalidad de los acuerdos y balances, consideramos que hasta ese momento podrá acudir al fedatario público a protocolizar el contenido de dicha asamblea, por lo tanto si al acudir al fedatario público, no se presenta copia de la totalidad de las publicaciones, este no deberá autorizar la escritura, así como dichas copias deberán de adjuntarse al primer testimonio de la escritura en donde conste la protocolización de los acuerdos de fusión.

En este orden de ideas, una vez protocolizados dichos acuerdos, el primer testimonio deberá remitirse al Registro Público de Comercio para su inscripción, en donde el registrador deberá verificar que se encuentran adjuntadas al primer testimonio, las copias de las publicaciones antes citadas. Consideramos que este debe ser el procedimiento y estructura lógica a seguir, así como este es el espíritu del legislador (en relación con la publicidad, Barrera Graf cita a Santagata, el que afirma que en nuestra práctica corporativa se acude al Diario Oficial de la Federación, por que el "periódico oficial del domicilio" o sea de la entidad federativa del domicilio social de la sociedad, suele publicarse irregularmente, e inclusive ser desconocido por el público. Situación que consideramos como no cierta, ya que tan desconocido es el Diario Oficial de la Federación como el periódico oficial de los estados.

Más que la publicidad e información, el efecto práctico de la publicación es que sirve para que corran los plazos.

Aun cuando algunos doctrinarios, como lo es Barrera Graf, afirman que la publicación debe de realizarse con posterioridad a la inscripción de los citados acuerdos, no consideramos acertada dicha interpretación, toda vez que se podría llegar al extremo

que las publicaciones se realicen después de transcurridos los tres meses, que se cuentan a partir de la fecha de inscripción en el Registro de Comercio, por tanto dichas publicaciones ya no tendrían razón de ser, ya que a los acreedores no les serviría analizar dichos documentos en tal momento, ya que el derecho de oposición judicial que les otorga la ley de sociedades habrá caducado, o en su caso ya lo habrán ejercitado.

Por otro lado, surge la cuestión de qué debemos entender por la publicación del sistema de extinción del pasivo, en principio debemos aclarar que la copia de la publicación de este documento deberá adjuntarse a los primeros testimonios de las escrituras donde consten los acuerdos de fusión, tal como lo establecimos para los acuerdos y balances. Abundando que dicho sistema de extinción, en la práctica se incluye en el convenio de fusión.

Ahora bien, podemos optar por dos alternativas prácticas, si no se quiere adoptar el sistema del artículo 225 de la ley de sociedades, en el sentido de que la fusión surta efectos a partir de la inscripción de los acuerdos de fusión en el Registro de Comercio, en este caso el sistema de extinción de los pasivos de las fusionada(s), podrá redactarse en el sentido que los pasivos de dichas sociedades, serán cubiertos por la sociedad fusionante, una vez que surta efectos la fusión, respetándose los términos y condiciones en que se contrataron los créditos con las fusionada(s). Ahora bien, si se quiere pactar el pago de todas las deudas, a efecto de que la fusión surta efectos a partir de la fecha de la inscripción de los acuerdos respectivos en el Registro de Comercio, (con el problema práctico, que expuso Barrera Graf y que fue transcrito en el presente estudio, consistente en que la totalidad de las deudas se entenderán por vencidas), el documento donde conste el sistema de extinción de los pasivos, deberá redactarse en el sentido de señalar que la totalidad de las deudas de la sociedad se entienden por vencidas a partir de la fecha de inscripción del acuerdo de fusión de la sociedad, quedando a disposición de los acreedores la totalidad de las cantidades que les son adeudadas en tal domicilio, en tales horas, dichas cantidades se entregarán a los acreedores, previa identificación y reconocimiento de su personalidad.

Aclarado lo anterior, analizaremos un punto que consideramos meramente doctrinario que ya fue estudiado, pero que es conveniente tratarlo con mayor amplitud para comprender el presente tema.

Es el relativo a qué naturaleza tiene la inscripción de los acuerdos de fusión en el Registro de Comercio, a este respecto Barrera Graf comenta que sólo hasta que se hace la inscripción registral cobra vida y produce efectos la fusión; la inscripción pues tiene efectos constitutivos, y no meramente declarativos como es la regla general de nuestros registros públicos.

Nos adherimos parcialmente a lo sustentado por Barrera Graf, ya que de la lectura de la ley de sociedades, se desprende que la fusión surte efectos tres meses después de la fecha de inscripción del último acuerdo de fusión, con lo cual si cualquier acuerdo de fusión no se encuentra inscrito, la fusión nunca podrá tener efecto y por tanto consumarse, siguiendo la(s) fusionada(s), con vida jurídica, como se afirmó en su momento consideramos que los efectos constitutivos de la inscripción se refieren a los efectos y no al acto en sí mismo.

Con lo cual, podemos afirmar que prácticamente la inscripción de los acuerdos de fusión en el Registro de Comercio, tiene un efecto si no constitutivo, si esencial para que dicha figura surta efecto alguno. (Conforme a la tesis que sustentamos en el presente estudio, si no surte efectos la fusión no podrá otorgarse la escritura constitutiva donde conste la constitución de la fusionante, en tratándose de fusión pura, así como no podrá celebrarse el contrato de fusión, en tratándose de fusión impura o por incorporación).

Por último, debemos señalar que los acuerdos de fusión se inscriben en la parte primera del folio mercantil correspondiente a la sociedad, de conformidad con lo establecido por la fracción III del artículo 31 del Reglamento del Registro Público de Comercio.

Por lo que respecta a la escisión de sociedades, el licenciado Gómez Coto establece que por lo que hace a los efectos frente a terceros, debe seguirse el

principio de publicidad a fin de dar a conocer a los afectados, los acuerdos de escisión, así como el balance para tal efecto y el acuerdo de escisión propiamente dicho.

Así las cosas, la fracción V del artículo 228-Bis establece que:

"La resolución de escisión deberá de protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Así mismo, deberá publicarse en gaceta oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escidente, un extracto de dicha resolución que contenga por lo menos, la síntesis de la información a que se refieren los incisos a) y d) de la fracción IV de este artículo, indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores de la sociedad dentro de un término de cuarenta y cinco días naturales contados a partir de que se hubiera efectuado la inscripción y ambas publicaciones, consideramos que de lo anterior se podría interpretar que la publicación debe realizarse con anterioridad al acuerdo".

Al igual que la fusión, en la escisión el legislador utiliza dos formas de publicidad contempladas en el Código de Comercio, como lo son la publicación de avisos en un medio de comunicación, en este caso la ley refiere a la gaceta oficial y uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escidente, así como la inscripción del acuerdo de escisión en el Registro de Comercio.

A diferencia de la fusión, en la escisión se exige además que los avisos se publiquen en un periódico de los de mayor circulación del domicilio de la escidente.

Ahora bien, pasaremos a analizar la fracción antes citada, así como resaltaremos las diferencias que resultan del numeral que regula la publicidad en la fusión.

La ley, refiere que una vez celebrada la asamblea donde se decreta la escisión, ésta deberá protocolizarse ante fedatario público e inscribirse en el Registro de Comercio, así las cosas la ley establece que deberá publicarse, no el acuerdo de escisión (a diferencia de la fusión), sino un extracto de la resolución, que contenga por lo menos cierta información que más adelante se detallará. Por tanto, surge la cuestión de en qué

momento debe publicarse dicho extracto, una vez inscrita la resolución en el Registro, o bien no importando si la resolución se encuentra en proceso de inscripción, la ley no detalla nada al respecto, por lo que se podrá publicar aun cuando el primer testimonio no hubiere sido inscrito, situación que, como se expondrá mas adelante, puede generar una serie de controversias e inseguridad jurídica.

Por otra parte, ¿Cuál es la información que debe contener el extracto que debe publicarse?

La ley habla de una síntesis de información a que se refieren los incisos a) y d) de la fracción IV, del artículo 228-Bis de la Ley de sociedades. Así los citados incisos establecen:

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

d) La determinación del cumplimiento de las obligaciones que por virtud de la escisión asume cada sociedad escindida..."

Así mismo, en dicho extracto se señalará que el texto completo del acta donde se adoptó la escisión, se encuentra a disposición de los socios y acreedores de la sociedad, durante un término de cuarenta y cinco días naturales contados a partir de que se hubiera efectuado la inscripción y ambas publicaciones.

A diferencia de la fusión, la ley no exige que se publiquen los estados financieros de la sociedad escidente, situación que resulta lógica, ya que los mismos no se ven afectados por una confusión de patrimonios, por tal motivo el legislador consideró más importante, publicar cuáles son las obligaciones que cada sociedad escindida asumirá por efecto de la escisión, ya que esto es lo que efectivamente afectará a los accionistas y acreedores de la escidente, como se observa la ley no establece la obligación de publicar la descripción de las partes del activo y capital que correspondan a cada sociedad escindida, tampoco señala la descripción de la parte de pasivo, que será transmitida, pero consideramos que lo anterior se comprende y abarca con la

determinación del cumplimiento de las obligaciones, que por virtud de la escisión asume cada sociedad escindida.

Así también, la ley no establece la obligación de publicar la resolución de escisión como tal, pero consideramos que en dicho extracto deberá señalarse expresamente, la resolución correspondiente al punto de la orden del día, por la cual se determino escindir a la sociedad. A diferencia de la fusión, la ley no señala la posibilidad de publicar el sistema de extinción de pasivos de la escidente, lo anterior también resulta lógico, ya que como se expuso, en la escisión, a diferencia de la fusión, no podrá surtir efectos en ningún caso, a partir de la fecha de inscripción en el Registro de la resolución de la escisión, ya que, como se estudió el derecho de oposición judicial en la escisión, se regula conjuntamente, tanto para los accionistas y los acreedores de la sociedad, con lo cual la escisión no podrá surtir efecto, aun cuando se garantice a todos los acreedores de la sociedad, tal y como sucede con la fusión de sociedades.

Una vez estudiado y detallado el contenido del extracto, que deberá ser publicado por efecto de la escisión, analizaremos un problema que se genera con la redacción de la multicitada fracción V del numeral en comento, así dicha fracción en sus últimas cuatro líneas establece:

"... Indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores de la sociedad durante un término de cuarenta y cinco días naturales contados a partir de que se hubiera efectuado la inscripción y ambas publicaciones."

Antes de analizar lo anterior, es necesario abundar que el término a que se refiere la citada fracción, sirve de base para la interposición de la oposición judicial para los accionistas y acreedores de la sociedad.

La redacción de la fracción en comento, resulta confusa ya que se debe estar al pendiente de dos momentos o fechas concretas, ya sea la de inscripción, y la de las dos publicaciones. Esto es, como se citó, la ley no establece que debe realizarse primero, ya sea la inscripción, o las publicaciones.

Con lo anterior se pueden llegar a tener tres fechas distintas, una la fecha de inscripción en el Registro, la de la publicación del extracto en la gaceta oficial y la de la publicación del mismo en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escidente, dicha situación podría confundir tanto a los socios como a los acreedores de la sociedad, que quisieran analizar el texto completo de la resolución de escisión, o bien que quisieran interponer la oposición judicial. Esto es, en nuestra práctica bien podría realizarse de mala fe el inscribir primero el acuerdo de escisión, luego publicar el extracto en un periódico cualquiera, ya que la ley no da criterios para distinguir cuáles son los periódicos de mayor circulación, y, pasado el tiempo, publicar el extracto en la gaceta oficial, por ejemplo del Distrito Federal; como se presenta en la práctica dicha gaceta sale a la venta al público con un retraso de dos o tres meses mínimo, a partir de la fecha de su emisión, con lo cual dicha situación confundiría a los socios y acreedores, y en su caso les podría perjudicar.

Por ello, sugerimos que se reforme la ley de sociedades, a efecto de que se establezca un solo parámetro o punto de partida a partir del cual se pueda computar el término para la interposición de la oposición judicial a la escisión, y se tenga a disposición de los acreedores y socios de la sociedad, el texto completo del acta, donde conste el acuerdo de escisión. Ya que la ley societaria, en la fracción V del numeral en comento, señala "...que se hubiere efectuado la inscripción y ambas publicaciones", en este caso la "y", conmina a que forzosamente debe esperarse a que se realice la inscripción y ambas publicaciones. Así también, consideramos y sugerimos que las publicaciones se realicen, antes de que se inscriba en el Registro el acuerdo de escisión, y que en el primer testimonio que se mande a inscribir en el Registro Público de Comercio, conste copia de las mismas; lo anterior con la finalidad de seguir un orden lógico y ordenado generando una mayor seguridad jurídica.

CAPITULO XIII

DISPOSICIONES RELATIVAS A LA ESCISION

13.1.1 DISPOSICIONES ESPECIALES, CONTENIDAS EN EL ARTICULO 228-BIS DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

Como se citó, la escisión en nuestra ley de sociedades fue incorporada y regulada en fecha reciente. Por tal motivo, resulta interesante analizar diversas disposiciones del artículo 228-Bis del citado ordenamiento, numeral que regula la escisión, toda vez que por su novedad, no han sido analizadas y estudiadas con profundidad; así, encontraremos ciertas diferencias con la regulación de la fusión, recordando que esta última figura jurídica, se encuentra contemplada y regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles, desde que ésta fue promulgada, publicada y por tanto se encuentra en vigor en el territorio nacional.

Para los efectos anteriores, dividiremos el presente tema considerando las disposiciones del citado artículo 228-Bis, que por su redacción y significado pueden generar mayor controversia.

13.1.2 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CAPITAL SOCIAL DE LAS SOCIEDADES ESCINDIDAS, EN RELACION CON LA QUE SEA TITULAR EL ACCIONISTA EN LA SOCIEDAD ESCIDENTE

Principio que se asume en la fracción III del artículo 228-Bis de la ley de sociedades:

"Cada uno de los socios de la sociedad escidente tendrá inicialmente una proporción del capital social de las escindidas, igual a la de que sea titular en la escidente".

Por su parte, en el derecho español se encuentra disposición similar en la ley 76/1980, de 26 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de la Fusión de Empresas, que en su artículo 15 establece:

"La extinción de una sociedad y la división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasará en bloque a una sociedad de nueva creación o será absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios partícipes de la sociedad que se extingue un número de acciones de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional al valor de sus respectivas participaciones en aquella "(Como se observa, se acepta la figura de la escisión fusión, como figura independiente, situación que no es contemplada en nuestra legislación).

Comentando la anterior disposición, Sánchez Olivan establece que no se desprende obligadamente que haya que reagrupar a los socios para su adscripción a cada una de las sociedades que se benefician de la transmisión patrimonial, sino más bien lo contrario, que todos los socios deben participar en cada una de estas sociedades en la misma proporción en que participan en la sociedad primitiva. Abunda dicho autor, que en la escisión no existe la necesidad de establecer una relación de cambio y canje de acciones por no haber una sociedad preexistente que exija la fijación de dicha resolución.

Por otra parte, Sánchez Olivan en franca crítica contra esta disposición establece que se suele reconocer como una de las finalidades económicas de la escisión, la de la existencia de dos o más grupos de socios con intereses contrapuestos o con valoraciones contradictorias de lo que puede ser el interés social en un momento determinado, que puede superarse mediante una escisión a través de la cual se atribuya el activo social a dos nuevas sociedades, en cada una de las cuales están reagrupados los socios con intereses homogéneos o con postura semejante con relación al desarrollo de los negocios sociales.

Así, la situación conflictiva existente en la sociedad escindida habría desaparecido distribuyéndose los socios después de la escisión, en cada una de las nuevas sociedades creadas por la sociedad escidente. Diferimos de la opinión de Sánchez Olivan, que a la vez sustenta a Duque Domínguez, ya que si en realidad existe

un conflicto de intereses en la sociedad escidente, será prácticamente imposible el que se pongan de acuerdo sobre qué partes del activo social serán transmitidas a cada sociedad escindida, considerando que posiblemente, por la reagrupación voluntaria de socios en la sociedad o sociedades escindidas, algún socio de la escidente posiblemente será perjudicado, al no ser contemplado como accionista de alguna sociedad escindida.

Para tal efecto, la mejor solución sería liquidar la sociedad, o en su caso solicitar la separación de la sociedad.

Lo anterior, implica una protección y garantía para los accionistas de la escidente. A diferencia de la fusión, la ley de sociedades no da cabida a que la voluntad social, determine una posible relación de participación y de canje de acciones.

Lo anterior resulta lógico, ya que en la fusión nos encontramos ante una verdadera negociación y pacto de dos diferentes voluntades sociales, que deben de acordar y ponerse de acuerdo en la forma en que cada sociedad participará en la sociedad fusionante, reflejándose lo anterior en la proporción del capital social de la fusionante que corresponderá a los accionistas de la o las fusionadas y en su caso a los de la propia fusionante. (Esta es una de las razones por las cuales consideramos puede resultar más gravosa la adopción del acuerdo de fusión que el de escisión).

En cambio, para el caso de la escisión, la ley de sociedades sustrae como objeto de deliberación, la determinación del capital social que tendrá cada accionista de la escidente en la o las escindidas. Disposición que nos parece acertada por lo siguiente:

1. Constituye una garantía y protección de los accionistas minoritarios, contra un posible abuso de los que tengan el control en la sociedad escidente.

2. La escisión, en su finalidad, constituye una desconcentración de patrimonio, desconcentración que no debe implicar en principio una diversificación y dispersión del mismo, en cuanto a los accionistas de la escidente.

3. El capital aportado por el accionista de la escidente, y el patrimonio que le pudiere corresponder en ésta, no sufre modificación o alteración alguna en cuanto a su valor, por la transmisión del mismo a la sociedad o sociedades escindidas, teniendo el derecho ya sea en la escidente o escindida(s), a seguir teniendo el mismo capital y patrimonio que le pudiere corresponder, en proporción a su participación en el capital social de la escidente.

En cambio, en la fusión, el patrimonio de la o las fusionadas y de la fusionante, puede sufrir graves alteraciones, ya que aquí a diferencia de la escisión, nos encontramos ante una concentración y confusión de patrimonios de diferente valor. Incidiendo lo anterior en la participación de los accionistas de la fusionada y de la misma fusionante, en el capital social de esta última.

El fedatario público ante el cual se constituya la o las sociedades escindidas, deberá verificar tal situación, cotejando la estructura accionaria que conste en el acta de asamblea de accionistas donde se decretó la escisión, así como los respectivos libros de registro de accionistas y de actas de asamblea de la sociedad escidente. Ya que la fracción III en comento, se refiere a la proporción de capital social de que sea titular el accionista en la escidente, a la fecha de la constitución de las sociedades escindidas. Porque, ¿Qué pasaría si la sociedad escidente decidiera aumentar el capital social ya sea en su parte fija o variable, después de decretada la escisión?

En principio, consideramos que nada impide adoptar dicho acuerdo, hasta en tanto no se constituyan las escindidas, ya que la sociedad escidente se encuentra en periodo de disolución, mas no de liquidación, con lo cual en principio su finalidad no es la de realizar la totalidad del activo social una vez cubiertas la totalidad de las deudas. Esto es la finalidad de la sociedad escidente al encontrarse en periodo disolutorio por efecto de la escisión, será el que se transmita el patrimonio de la sociedad a la o las sociedades escindidas.

Se puede cuestionar qué pasaría con la parte de capital social aumentado, toda vez que la resolución de escisión debe contener la descripción de las partes del

activo, pasivo y capital social que correspondan a cada sociedad escindida. La solución a esto es que el acta de asamblea donde conste el multicitado aumento, deberá describir la parte de capital aumentado que deberá corresponder a cada sociedad escindida. Por tal motivo, el fedatario público debe verificar cuál es la última estructura accionaria de la sociedad escidente a la fecha de constitución de las escindidas.

En relación con la fracción en comento, Gómez Cotero establece que es obvio que las sociedades escindidas que nazcan como consecuencia de la escisión y absorban el patrimonio de la escidente, deberán reconocer a los accionistas de ésta su carácter dentro de su integración social.

13.1.3 PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS SOCIEDADES ESCINDIDAS, RESPECTO DE LAS DEUDAS SOCIALES CONTRAIDAS POR LAS MISMAS A LA FECHA DEL ACUERDO DE ESCISION.

Uno de los principales obstáculos e interesantes problemas jurídicos, a los que debió enfrentarse el legislador al momento de contemplar y regular la escisión de sociedades es el que se desprende de la cesión de deuda o pasivo que efectúa la escidente a la o las escindidas, por efecto de la escisión que se decreta. El problema se deriva de la legislación civil de aplicación supletoria a la ley de sociedades.

Barrera Graf, antes que la escisión fuera contemplada y regulada en la ley de sociedades, señalaba que la escisión, por ausencia de reglamentación específica, se rige por el sistema de derecho común, por lo cual el artículo 2051 del Código Civil para el Distrito Federal establece que el acreedor consienta, expresa o tácitamente en la sustitución (escisión) del deudor, así también se aplica el principio del artículo 2055 del citado ordenamiento que establece que el deudor sustituto (sociedad escindida) queda obligado en los términos del deudor primitivo (Barrera Graf lo llama sociedad escindida, pero en realidad es la sociedad escidente, recordemos que esto fue señalado por Barrera Graf, con anterioridad a que dicha figura naciera en la ley de sociedades). Abundando, también sería aplicable el artículo 2053 del ordenamiento en estudio que establece que el acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando a otro en su lugar, no puede repetir contra el primero salvo convenio en contrario. Así, concluía Barrera Graf

comentando que en todo caso, el pacto o convenio de escisión, será el que determine y establezca el alcance y los efectos de las transmisiones de pasivos y deudas.

En tal virtud, ¿Cómo podía el legislador mediar esta situación y plasmarla en la ley de sociedades ya que el caso de la fusión es totalmente distinto? En dicha figura se presume que se da un consentimiento tácito de los acreedores a la sustitución de deudor, cuando los primeros, no interponen el derecho de oposición judicial que la ley les concede. Abundando que como ya se ha citado en el presente trabajo, algunos autores pretenden fundar que dicha sustitución y transmisión de deuda, no requiere consentimiento de los acreedores, toda vez que el patrimonio de la fusionada se transmite vía sucesión universal, que comparte las características de la sucesión mortis causa.

Por nuestra parte consideramos que dicho consentimiento, conforme a la ley de sociedades, se obtiene con la no interposición de la demanda de oposición judicial a cargo del acreedor inconforme.

Ante esta situación, el legislador considero y estudio la posibilidad de incorporar a la escisión la figura de la solidaridad pasiva, figura que a diferencia de la fusión (en la fusión, no puede establecerse la solidaridad pasiva, ya que siempre estaremos hablando de una sociedad (fusionante), pues la o las fusionadas se extinguen por efecto de la misma), sí puede ser compatible con la escisión, ya que en la misma podemos hablar de varios sujetos jurídicos.

Si bien es cierto que, al igual que la fusión, la escisión concede expresamente el derecho de oposición judicial al acreedor inconforme y bien el legislador pudo haber adoptado la tesis seguida en la fusión, en el sentido que se desprende el consentimiento de los acreedores a la sustitución de deudor, con la no interposición de la demanda de oposición judicial, el legislador consideró que debía otorgar una mayor protección jurídica a los acreedores que no tuvieran los recursos suficientes para seguir e interponer una demanda de oposición judicial, o bien no se hubieren enterado del procedimiento de escisión, encontrando en la solidaridad pasiva un medio para lograr una mayor seguridad y protección jurídica a los acreedores y, como se citó, dicha figura es compatible con la escisión de sociedades anónimas, mas no con la fusión de las mismas.

Hay otra diferencia importante en la fusión, la nueva sociedad siempre "vale más" que cualquiera de las anteriores, salvo excepciones, el acreedor sale ganando. En la escisión un patrimonio se divide, se hace más pequeño, lo cual lastima al acreedor.

Así las cosas, Sánchez Olivan comentando el anteproyecto de ley de sociedades Anónimas Español, establece que las normas que se refieren a la escisión, son las mismas que se establecen para la fusión, con una novedad y es que las sociedades beneficiarias de la escisión (escindidas), asumirán solidariamente el cumplimiento de las obligaciones de la sociedad que se escinde, novedad que tiene un antecedente directo en el derecho francés.

Por otra parte, Cámara comentaba cuando no se encontraba regulada la escisión en la legislación española, que debía adoptarse una responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias, al amparo de lo establecido en el artículo 1084 del Código Civil español.

También el derecho francés se orienta en el mismo sentido, aunque limitando la asunción de la responsabilidad solidaria a aquellos casos en que no se reconoce a los acreedores el derecho a exigir a los deudores el pago anticipado de sus créditos.

Finalmente, Sánchez Olivan, afirma que la constitución de la responsabilidad solidaria, es demasiado exigente en materia de salvaguarda de los derechos de los acreedores.

Antes de entrar al estudio de la solidaridad en escisión, en nuestra legislación Societaria, pasaremos a exponer brevemente la solidaridad de obligaciones, regulada y contemplada en nuestra legislación común.

El artículo 1987 del Código Civil para el Distrito Federal establece que habrá solidaridad pasiva cuando dos o mas deudores reporten la obligación de prestar, cada uno por si, en su totalidad la prestación debida. Abundando el ordenamiento común,

establece que la solidaridad no se presume, sino que deriva del texto de la ley o puede ser pactada entre las partes.

Borja Soriano, comentando la solidaridad pasiva, establece que a diferencia de la solidaridad activa, esta es una institución de las más prácticas y de las más vivas. Aunque la situación de los codeudores solidarios, sea legalmente la excepción, de hecho debe considerarse como la regla, porque los codeudores de una misma deuda son casi siempre codeudores solidarios.

Por otra parte, Borja Soriano establece que caracteriza a la obligación solidaria, la unidad de objeto y la pluralidad de vínculos, así cada deudor debe prestar por sí, en su totalidad la cosa o hecho que es debido por la totalidad de los codeudores, sin que el requerido pueda invocar el beneficio de la división de la deuda. A su vez la obligación solidaria es a la vez múltiple bajo la relación de las obligaciones contraídas por los diferentes codeudores y única en lo que concierne a la prestación que forma su objeto, la obligación solidaria, considerada bajo la relación del vínculo de derecho que establece entre cada uno de los deudores y acreedor, se compone, como toda obligación conjunta, de tantas obligaciones distintas como hay personas que la han contraído, en contra de esto Borja Soriano cita a Baudry-Lacantinerie et Barde, que establece que la obligación solidaria es única en cuanto a la prestación que forma su objeto, pero múltiple en cuanto a los vínculos de derecho que engendra; hay en efecto tantos vínculos como acreedores y deudores.

Borja Soriano abunda que conforme al texto de nuestro Código Civil, predomina la tesis de que en la solidaridad pasiva, existe una sola obligación, pues en el mismo se emplea el singular diciéndose obligación y no obligaciones.

Básicamente, en esto consiste la solidaridad pasiva, sus efectos, características y consecuencias, no serán estudiadas en el presente trabajo, por no ser objeto de estudio del mismo, aunque del estudio del inciso d) de la fracción IV del artículo 22B-Bis de la ley de sociedades, encontraremos y haremos referencia a alguna de ellas.

Nuestro legislador contempló en la escisión, la figura jurídica de la solidaridad. El inciso d) de la fracción IV del artículo 228-Bis de la ley de sociedades establece que:

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

Analizando lo establecido en la fracción citada, surge como primera cuestión si la solidaridad que se establece en la misma, puede considerarse como una verdadera solidaridad entre deudores ya que conforme a la redacción del citado mandamiento, se da la apariencia de ser una obligación subsidiaria más que solidaria, de conformidad con lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal, ordenamiento de aplicación supletoria a la ley de sociedades. Esto es, la fracción en estudio establece que las escindidas responderán solidariamente de cualquier obligación que se les hubiere transmitido por efecto de la escisión hasta por el importe del activo neto que se les hubiere transmitido, siempre y cuando los acreedores de la escidente no hayan dado su consentimiento expreso para la citada transmisión, en otros términos, cuando no hubieren dado su consentimiento expreso para la celebración de la escisión, y en caso de escisión impura, la escidente responderá por la totalidad de la obligación.

Para responder a la presente cuestión, debemos recordar que la solidaridad no se presume, se establece por disposición de ley o voluntad de las partes, en el caso que nos ocupa se cumple con lo anterior, al establecer la ley expresamente la solidaridad. Ahora bien, el ordenamiento común en el artículo 1987, establece que además de la mancomunidad, habrá solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno por sí, en su totalidad la prestación debida, así Borja Soriano establece que lo anterior significa en otros términos, que el acreedor

puede exigir de alguno de los acreedores, a su elección toda la prestación a la que están obligados solidariamente, pero el artículo 1989 del ordenamiento civil establece que también el acreedor puede exigir la prestación de todos los deudores a prorrata o sea exigir el pago parcial de la deuda; pero Borja Soriano abunda que lo anterior no es lo que caracteriza a la obligación solidaria.

De lo antes citado se podría pensar en un principio, que la solidaridad que se establece en la escisión, no goza de las características que de dicha figura se establecen en la legislación civil, por lo menos por lo que respecta a las sociedades escindidas, que no se encuentran obligadas a responder por la totalidad de la obligación, sino por la totalidad del activo neto que se les hubiere transmitido por efecto de la escisión. Pero de las mismas reflexiones de Borja Soriano, cuando establece que la solidaridad no hace indivisible la obligación, así como cuando cita que el pago parcial no es lo que caracteriza a la obligación solidaria, consideramos que la figura establecida en el inciso d) de la fracción IV del artículo 228-Bis de la ley societaria, es una verdadera solidaridad pasiva, ya que conforme a los caracteres de dicha solidaridad, citados por Borja Soriano y sustentados entre otros por Planiol, lo que caracteriza a la obligación solidaria es la unidad de objeto y pluralidad de vínculos, esto es los codeudores solidarios deben un solo y mismo objeto, caracterizándose en el caso de escisión que por lo que respecta a las escindidas, la exigibilidad de dicho objeto en cuanto a su cuantía, se encuentra dividida y delimitada expresamente por la ley (importe de la totalidad del activo neto que es transmitido por efecto de la escisión), división y delimitación que consideramos que no destruye la esencia de la solidaridad conforme a nuestra legislación civil, aunque si bien es cierto, podríamos hablar en cierto modo de una solidaridad matizada.

Encontrando mayor sustento a nuestras afirmaciones: una consecuencia de la pluralidad de vínculos como elemento característico de la obligación solidaria, según Borja Soriano, quien sigue las ideas de Colin y Capitant, se dice que cualquiera de los vínculos puede presentar una particularidad que no se encuentre en los otros, así el autor en estudio cita el ejemplo de que uno de los codeudores se ha obligado pura y simplemente y otro bajo condición o a plazo. En el caso que nos ocupa, el vínculo que respecta a los codeudores solidarios que tengan el carácter de escindidas, presenta una

particularidad consistente en la delimitación y divisibilidad en la exigibilidad del objeto debido, delimitación y divisibilidad que proviene del texto de la ley.

Resuelta la primera cuestión y considerando que la solidaridad que se establece en la fracción en estudio, debe considerarse como una verdadera obligación solidaria entre deudores, de conformidad con lo establecido en la legislación común, no queremos dejar pasar la oportunidad de resaltar que en este último ordenamiento, se contiene una disposición parecida a la que se establece en la fracción en estudio y que consideramos que pudo haber servido de inspiración al legislador que redactó el artículo que contempla y regula la escisión en la ley de sociedades.

Así el artículo 1988 del ordenamiento común establece: "Si muere uno de los deudores solidarios dejando varios herederos, cada uno de éstos está obligado a pagar la cuota que le corresponda en proporción a su haber hereditario, salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos serán considerados como un solo deudor solidario, con relación a los otros deudores". Tal parece que el alcance y espíritu de esta disposición, alcanza a la fracción en estudio cuando establece que las escindidas, responderán hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas.

13.1.4 CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS ESPECIALES PARA QUE SE CONFIGURE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LA ESCISION, PRINCIPALES EFECTOS Y PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE LA MISMA

Analizados los aspectos generales de la solidaridad pasiva que se contempla para el caso de la escisión, pasaremos a estudiar las características y requisitos que se establecen en la ley de sociedades para que se configure la misma:

a) En la escritura donde consta la protocolización del acuerdo de escisión, debe constar también la descripción y determinación de las obligaciones y pasivos que asumió cada sociedad escindida. Por tal motivo, para descubrir quién es el obligado principal, debemos en un principio acudir al texto de la citada escritura.

Así, en el caso de que una sociedad escindida fuere el obligado principal de una obligación exigible, ésta responderá por la totalidad de la obligación y la o las otras escindidas, sólo responderán hasta por el importe del activo neto que les fue transmitido y en su caso la escidente por la totalidad de la obligación.

b) Del texto de la ley, se podría interpretar en un principio que la solidaridad se constituye únicamente si la escindida incumpliera con la obligación de que se trate, así la fracción en comento en su parte conducente establece: "...Si una sociedad escindida incumpliera alguna de las obligaciones asumida por ella en virtud de la escisión...", en este caso se entiende que mientras la escindida no incumpla, la solidaridad como tal no aparece.

Esto es, en términos prácticos y en su caso con fines probatorios en caso de litigio, consideramos que el acreedor deberá exigir en primer término el pago al deudor principal de la obligación vencida y exigible, si fuere posible que la exigencia de pago fuere realizada a través de una fe de hechos otorgada ante fedatario público; una vez exigida la obligación si el obligado principal no cumpliere con la totalidad de la misma, en este momento preciso consideramos que se configura la solidaridad pasiva prevista en la ley de sociedades en el caso de escisión, lo anterior se desprende como citamos de la redacción de la fracción en estudio. Tal situación es el móvil por el cual llegamos a afirmar que dicha obligación más bien aparentaba ser subsidiaria que solidaria.

c) Las obligaciones sujetas a solidaridad pasiva en el caso de la escisión, serán únicamente las obligaciones que hubieren sido asumidas por las escindidas por efecto de la escisión.

Esto es, deben considerarse únicamente las obligaciones que se detallen en la escritura donde conste la protocolización del acuerdo de escisión, ya que, como se estudió, por disposición de ley la resolución que apruebe la escisión deberá contener la determinación del cumplimiento de las obligaciones que por virtud de la escisión asume cada sociedad escindida. Así, no deben considerarse las obligaciones que hubiere asumido la o las escindidas después de su constitución, así como no deberá tomarse en cuenta las obligaciones que no hubieren sido transmitidas a ninguna escindida y que por

tanto la escidente siga siendo el deudor principal, esto último claro, en tratándose de escisión impura.

d) Otro requisito para que opere y se configure la solidaridad pasiva en los términos de ley, consiste en que sólo se constituirá respecto a las deudas que se tengan con los acreedores que no hubieren dado su consentimiento expreso para la transmisión de la deuda. Consideramos que lo anterior no es otra cosa más que los acreedores, hubieren dado su consentimiento expreso a la adopción del propio acuerdo de escisión; pero surge el problema de cómo debe constar dicho consentimiento y cuándo debe otorgarse el mismo.

En principio podría pensarse que el consentimiento de los acreedores, se deriva de la no interposición de oposición judicial al acuerdo de escisión, interpretación que consideramos no es correcta, ya que la ley claramente señala que debe existir un consentimiento expreso y por tal clase de consentimiento entendemos para efectos prácticos y probatorios, el que conste por escrito o cualquier otro medio que sirva para constatar el mismo (videocasete, grabaciones o la presentación de varios testigos en caso de que el consentimiento sea verbal), por tanto consideramos al consentimiento expreso, como una disposición de la voluntad hacia la adopción de una decisión, no consideramos al mismo como una inactividad, como sería el caso de la no interposición de la oposición judicial, aun cuando la no interposición de la oposición judicial, implica como sostuvimos un consentimiento tácito, pero no expreso.

Ahora bien, ¿Cuándo debe otorgarse dicho consentimiento?, consideramos que a falta de disposición expresa éste debe constar antes de que surta plenos efectos la escisión, esto es antes de la fecha de constitución de la o las sociedades escindidas. Ya que el otorgamiento del consentimiento expreso, posterior a dicho momento consideramos que se consideraría como una renuncia absoluta del beneficio de la solidaridad pasiva por parte del acreedor, conforme a lo dispuesto en la legislación civil.

Esto es, las sociedades escindidas y en su caso la escidente no serían responsables solidarios, de conformidad con lo establecido en la fracción en estudio, conservándose únicamente el obligado principal, que será la o las escindidas que

hubieren asumido la obligación por efecto de la escisión. A mayor abundamiento el consentimiento expreso con fecha posterior a la que surte plenos efectos la escisión, no podría considerarse en tiempo y gramaticalmente como un consentimiento expreso a algo que ya se transmitió, consideramos que la finalidad del otorgamiento de un consentimiento, es la de que previa a la celebración de cualquier acto se cuente con la anuencia de el o los interesados. El que conste el consentimiento expreso de los acreedores, parece derivarse de una reminiscencia e influencia de la cesión de deuda, contemplada y regulada en el ordenamiento civil, en donde para que el deudor pueda transmitir la deuda que tiene a su cargo, debe constar el consentimiento expreso del acreedor para tal efecto.

Aunque como se estudió, tanto para el caso de la escisión como para la fusión de sociedades, no se requiere el consentimiento de los acreedores, para la transmisión en bloque de las distintas obligaciones y pasivos

e) Ahora bien, la solidaridad pasiva establecida en la fracción en comento se limita en el tiempo, así la fracción en estudio en su parte conducente establece: "...responderán ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, la o las demás sociedades escindidas, durante un plazo de tres años contados a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V..."

De lo anterior, la expectativa del beneficio de la solidaridad pasiva (le llamamos expectativa, ya que como se vio la solidaridad como tal, no se configuraría hasta que alguna de las escindidas, incumpliera con alguna de las obligaciones que asumió por efecto de la escisión, tal como se explicó en el inciso b) del presente capítulo) se condiciona al término de tres años.

Hasta este punto no encontraríamos problema alguno, toda vez que por disposición de ley, la expectativa de solidaridad como beneficio del acreedor se limita en el tiempo.

La cuestión que surge es a partir de qué momento empieza a computarse dicho término, la ley establece que el mismo empezara a computarse a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V del artículo 228-Bis de la ley de

sociedades. Es aquí donde encontramos otra vez, una falta de técnica legislativa demostrándose una vez más, que el legislador no supo determinar con precisión a partir de que momento la escisión debía surtir plenos efectos.

Esto es, conforme al texto de la ley, el término de tres años empieza a computarse a partir de que se hubiere realizado la última publicación del extracto de escisión, ya sea en la gaceta oficial o en uno de los periódicos del domicilio de mayor circulación, así las cosas la ley está imputando una responsabilidad solidaria (como beneficio del acreedor) a la o las escindidas que a la fecha en que se realiza la última publicación, no se encuentran constituidas conforme a los requisitos de la ley de sociedades, ya que como se estudió, la escisión surte plenos efectos a la fecha del otorgamiento de la escritura pública en donde conste la constitución de todas las escindidas, y ésta no podrá otorgarse hasta que no hayan transcurrido cuarenta y cinco días naturales a partir de la fecha en que se hubiere realizado la última de las publicaciones a que se refiere la citada fracción V. La ley atribuye responsabilidad solidaria a algo que no existe conforme a la ley de sociedades, o en todo caso a una sociedad irregular, lo anterior si en algún momento las escindidas se exteriorizan ante terceros y realizan operaciones como tales, aun cuando no se hubieren constituido con los requisitos que establece la ley de sociedades.

Por tal motivo, el legislador debió consignar que el término de tres años, debía contarse a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura donde conste la constitución de todas las escindidas.

Un problema que se deriva de la redacción en estudio, en relación con lo citado, es que la ley da a entender en un principio que el término de tres años, sólo es aplicable a la o las escindidas y no a la escidente en caso de que ésta no haya dejado de existir, aplicándose a ésta las reglas que para tal efecto establezca la legislación común, así la fracción en comento en su parte conducente establece "...la o las demás sociedades escindidas, durante un plazo de tres años contados a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas, y si la escidente no ha dejado de existir, esta responderá por la totalidad de la obligación...". Aun cuando de lo anterior se

podiera interpretar que el plazo de tres años, no es aplicable por lo que se refiere a la escidente, consideramos que el espíritu y alcance de la disposición también alcanza a esta última.

f) Como se citaba al principio del capítulo anterior, la solidaridad pasiva que es materia de estudio, se encuentra limitada y dividida por la propia ley, rompiéndose con esto una de las características de la solidaridad pasiva, consistente en que el acreedor puede exigir a cualquiera de los codeudores solidarios la totalidad de la obligación; sin embargo como se vio, lo anterior no implica el desconocer que la figura que se estudia en la ley de sociedades es una verdadera solidaridad pasiva, limitada y dividida en su exigibilidad por disposición de Ley.

Así las cosas, la ley de sociedades establece que las escindidas, sólo responderán hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión y la escidente si ésta no ha dejado de existir, responderá por la totalidad de la obligación. El problema a estudiar, es la forma en cómo se determina el activo neto de cada sociedad escindida, consideramos que para tal efecto el acreedor que pretenda exigir a la o las escindidas el cumplimiento de la obligación, deberá remitirse a la escritura donde consta el acuerdo de escisión y así verificar en la misma, que partes de activo, pasivo y capital fueron transmitidas por efecto de la escisión y con esto determinar el monto del activo neto que le fue transmitido.

Ahora bien, la ley no señala la posibilidad de actualizar el monto de dicho activo a la fecha en que el acreedor exija el pago a cualquiera de las escindidas, situación que consideramos errónea, toda vez que pasados dos años el valor del activo neto que le fue transmitido a cada sociedad escindida no valdrá lo mismo, pero el acreedor tendrá que tomar como base el monto que se desprenda de la escritura donde conste el acuerdo de escisión, por tal motivo sugerimos se estudie y en su caso reforme la ley en este aspecto.

13.1.5 DISOLUCION, LIQUIDACION Y EXTINCION DE SOCIEDADES. CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES, ASI COMO LOS ASPECTOS PROCESALES RELACIONADOS CON EL MOMENTO EN QUE SURTEN EFECTOS LA ESCISION Y FUSION DE SOCIEDADES

Como se ha citado en el presente estudio, en la escisión pura y ambos tipos de fusión de sociedades, las sociedades que dejan de existir por efecto de las mismas no entran en un período liquidatorio conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles, aun cuando el citado ordenamiento no hace referencia expresa a tal situación; a diferencia de la ley de sociedades anónimas española que en su artículo 266 establece:

"Una vez disuelta la sociedad se abrirá el periodo de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo".

Los supuestos de la fusión y escisión total son muy claros: cuando la asamblea de accionistas de la sociedad que se escinde totalmente o que se fusiona para ser absorbida por otra parte o para ser integrada en una de nueva creación, adopta el acuerdo de disolución de la sociedad, es bien reconocido por la doctrina que no se encuentra en un período de liquidación de los activos y pasivos de la misma, sino que la totalidad del patrimonio de la entidad escindida totalmente o fusionada pasa en bloque (o en varios bloques en el caso de la escisión) a la sociedad destinataria; teniendo un proceso que comparte muchas características de la sucesión a título universal en todos los activos y pasivos que componían aquel patrimonio.

En este proceso de sucesión universal el punto clave es la subrogación de la sociedad destinataria en las deudas de la transmitente que se disuelve; en este caso el Código Civil recuerda inmediatamente que para el cambio del deudor es necesario el consentimiento del acreedor. Mientras esta conformidad expresa no se produzca, el anterior deudor no queda liberado de su obligación; tal precepto del ordenamiento civil no se aplica en tratándose de escisión y fusión de sociedades por la ya explicada aplicación de la sucesión universal.

Explicando el por qué de la no aplicación del proceso liquidatorio en la fusión y escisión pura, debemos distinguir los siguientes conceptos:

Disolución: Representa el momento y la causa que suponen el cese de la actividad ordinaria de la sociedad.

Liquidación: La fase dirigida a saldar las deudas pendientes y a repartir el activo remanente entre los socios.

Extinción. Desaparición definitiva de la sociedad de la vida económica y jurídica.

El concepto de extinción es el que presenta una mayor problemática de concreción conceptual y temporal, y es peculiar de los entes societarios dotados de personalidad jurídica.

En principio las preguntas que surgirían son ¿Cuál es la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación? ¿Hasta cuándo se prolonga la personalidad de la sociedad en liquidación? ¿Hasta cuándo se considera que la sociedad se ha extinguido definitivamente?; el contexto de dichas preguntas debemos cambiarlo en tratándose de escisión y fusión, toda vez que como se explicó en dichas figuras no se presenta periodo de liquidación; entonces en el tema que nos ocupa las cuestiones a resolver serían ¿Cuál es la personalidad jurídica de la sociedad escidente o fusionada en disolución? ¿Hasta cuándo se prolonga la personalidad de dicha sociedad en disolución? ¿Hasta cuándo se considera que la sociedad se ha extinguido definitivamente?.

La respuesta a dichas cuestiones se encuentra relacionada con el tema relativo al momento en que surten efectos la escisión y fusión de sociedades; sin embargo consideramos importante estudiar con mayor profundidad el tema de la disolución que se presente en las sociedades como efecto de la escisión y fusión.

La doctrina concluye casi unánimemente con una afirmación de tipo general; la personalidad jurídica subsiste a fines exclusivos de liquidación, en el tema que

nos ocupa y adecuando lo anterior podemos afirmar que la personalidad jurídica de la fusionada y escidente (en la escisión pura) subsiste a fines exclusivos que se concrete efectivamente la escisión y fusión respectivamente. Consideramos que esto resulta evidente, pero debemos cuestionarnos si la personalidad subsiste sólo a los indicados fines o si la personalidad y consiguientemente la capacidad tienen el mismo contenido que antes de la adopción del acuerdo de disolución. La cuestión no encuentra, por regla general, respuestas en la doctrina y sin embargo constituye la clave de la que depende la solución a las preguntas que venimos abordando.

A nuestro juicio debe partirse de la capacidad y, consiguientemente, de la personalidad jurídica de la sociedad durante esta fase, si bien con la peculiaridad que supone la modificación que la sociedad ha sufrido. Lo que quiere decirse es que el hecho disolutorio no modifica de manera esencial la capacidad de la sociedad y si sólo de manera natural, y fuera de esa modificación es posible afirmar que la sociedad conserva aunque latentes las posibilidades generales de actuación.

Se trata ahora de analizar la problemática que se centra en la extinción de la sociedad cuando ha concurrido la causa de disolución (fusión y escisión). Se plantea entonces la cuestión de decidir cuándo puede afirmarse que la sociedad deja de existir.

En la fusión de sociedades encontramos que el artículo 224 de la ley de sociedades establece que la fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo 225; en un principio se podría establecer que la extinción de las fusionadas opera cuando transcurre el plazo señalado en el numeral citado, sin embargo creemos debemos de distinguir los supuestos que se presentan en la fusión pura de la impura.

a) En el caso de la fusión pura, consideramos que las fusionadas se extinguen apartir de la fecha de la escritura constitutiva de la fusionante. Lo anterior se afirma y se refuerza conforme al texto del artículo 29 del Código de Comercio que establece que los documentos inscritos producirán su efecto legal desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados.

b) En tratándose de fusión impura apartir de la fecha del contrato de fusión, claro está si éste constare por escrito (como vimos el contrato puede ser verbal); si no pudiere determinarse la fecha de celebración del mismo, la respuesta parecería guiarnos a los dispuesto en los artículos 224 y 225 de la ley de sociedades; sin embargo esto no puede afirmarse de manera absoluta, a este respecto citaremos la tesis de Francisco Javier Gardeazábal del Río que establece:

"La sociedad debe considerarse extinguida en el momento en que pierde sentido su razón de ser por desaparación de todas las relaciones jurídicas activas o pasivas que alrededor de ella giraban; la sociedad es, desde este punto de vista, más una consecuencia que una causa." Consideramos que es importante en sentido práctico dejar claramente delimitado en el tiempo, en que momento la sociedad fusionada deja de existir y con esto deja de tener personalidad y capacidad jurídica; entre otras cosas lo anterior ayuda a delimitar la capacidad procesal de las partes en un juicio. Así el Código de Procedimientos Civiles en su artículo Primero establece:

"Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario. En este orden de ideas es importante conocer en qué momento la sociedad que interviene en la fusión deja de existir, ya que la intervención en un procedimiento judicial estará condicionada a la efectiva existencia de la sociedad y por tanto a la existencia de personalidad jurídica.

Nos podemos preguntar cuál sería la situación de una sociedad X que tiene entablada en su contra demanda ejecutiva mercantil, por falta de pago de ciertos títulos de crédito, durante el procedimiento judicial, X decide fusionarse en Y; en este caso el procedimiento judicial que tiene instaurado X en su contra no implica una oposición judicial en los términos del artículo 224 de la ley societaria, por otro lado conforme a lo dispuesto en el último párrafo del numeral citado, hasta en tanto no se inscriban los acuerdos de fusión de X y Y en el Registro Público de Comercio y pasen 3 (tres) meses después de la citada inscripción sin que se presente oposición judicial de cualquier acreedor la sociedad que subsista tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas; conforme, a la tesis seguida en la ley de sociedades, la sociedad

X estaría actuando en el procedimiento judicial hasta el momento que establece el último párrafo del citado artículo 224; sin embargo, como se ha sostenido en el presente capítulo, tal situación no implica necesariamente la extinción de la fusionada la extinción consideramos se daría cuando efectivamente la fusión se haga efectiva. (Esto es, puede suceder que pasados los 3 (tres) meses a que refiere el multicitado artículo 224 sin que se presente oposición judicial X siga actuando como tal y no exista contrato de fusión escrito siendo aplicables a dicho ejemplo las palabras de Gardeazábal del Río cuando establece que la sociedad debe considerarse extinguida en el momento en que pierde sentido su razón de ser).

Por otra parte una vez que se consume la fusión y la sociedad X se extingue, consideramos que si la sociedad Y (fusionante) desea promover en el juicio donde X se encontraba acreditada, deberá adjuntar a su promoción la escritura pública en donde conste la fusión, así como la constancia de folio en donde aparezca la anotación de la fusión. Así también consideramos que el juez tratará de allegarse los elementos necesarios para comprobar los extremos del último párrafo del artículo 224 de la ley de sociedades y con esto verificar que la sociedad X ya se extinguió definitivamente.

En otro orden de ideas, la delimitación exacta de la época en que la sociedad fusionada se extingue, ayudará a determinar posibles responsabilidades de los administradores de dichas sociedades en el ejercicio de su encargo, lo anterior de conformidad con el artículo 158 de la ley de sociedades.

c) En tratándose de escisión pura, consideramos que la escidente se extinguirá al momento en que sean constituidas en escritura pública todas las escindidas que se determinaron en el acuerdo de escisión.

En relación con la escisión nos podemos cuestionar ¿Qué sociedad estará facultada para iniciar o proseguir un procedimiento judicial?. Esto es si la escidente tiene instaurado un procedimiento judicial al momento de decretarse la escisión, ¿Qué sociedad escidente (en su caso) o escindidas, es la que deberá continuar con dicho procedimiento?.

La contestación a lo anterior se resuelve con lo dispuesto en el artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que en su parte conducente establece:

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

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

De lo anterior, la sociedad legitimada para iniciar o proseguir un procedimiento judicial respecto de determinada situación, será la sociedad a la que se le haya asignado el pasivo o activo de la escidente, relacionado con dicho procedimiento.

Los problemas que se pueden presentar de conformidad con lo antes citado serían:

a) Determinar exactamente qué partes de activo y pasivo fueron asignadas a cada sociedad; así como la relación de dicho activo y pasivo con el procedimiento judicial respectivo.

b) Que en la resolución que se apruebe la escisión, no se describan la totalidad de las partes del activo y pasivo que pasarán a la o las escindidas, y con esto nos encontramos imposibilitados de determinar exactamente quién asumió los mismos. En este supuesto nos encontramos ante dos situaciones, en la escisión impura si no se describen la totalidad del activo y pasivo que correspondan a cada sociedad escindida y a la escidente, consideramos en este caso que el activo y pasivo no descrito y asignado deberá corresponder a la sociedad escidente, lo anterior se razona ya que el acuerdo de escisión en sí implica una disposición de voluntad de la escidente, y si ésta en dicho acuerdo no describe las partes de activo y pasivo que serán asignadas a la o las escindidas y a la escidente misma, presumimos que esta última no desea que ciertas partes de dicho activo y pasivo intervengan en el procedimiento de escisión.

Ahora bien, en tratándose de escisión pura la cuestión resulta más complicada y la determinación y asignación del activo y pasivo no descrito en la resolución que aprueba la escisión queda en el aire. La resolución a este problema que puede presentarse en la práctica profesional será tratada en capítulo diverso de la presente tesis.

Por último y en relación con efectiva extinción de las sociedades, nos planteamos lo siguiente ¿Cuál es el significado de la cancelación de la inscripción y por tanto del folio mercantil de una sociedad anónima en el Registro Público de Comercio en el derecho positivo mexicano?

Con carácter general debe afirmarse que el significado de la cancelación en nuestro derecho es declarativo y no constitutivo. Tal es el parecer de la doctrina mayoritaria, coincide con esta afirmación Pau Pedrón para quien el carácter constitutivo de la inscripción depende en última instancia de la voluntad del legislador. La eficacia de la inscripción que con carácter general es meramente declaratoria y solo constitutiva cuando se establece de manera expresa; no existe analogía con la inscripción de la constitución de la sociedad, pues la razón que mueve al legislador a exigir publicidad para la constitución es amparar a los terceros, los cuales quedarían desprotegidos si la cancelación tuviera carácter constitutivo, frente a la posición que tenía antes de la cancelación, no cabe pensar que sólo la cancelación de carácter constitutivo dota de suficiente certeza el momento de la extinción, pues para ello el ideal de la cancelación debería ser no solo constitutivo, sino también sanatorio de cualquier vicio del proceso de fusión, escisión y en su caso de liquidación.

En definitiva, parece más adecuado atender al carácter declarativo de la cancelación partiendo del significado general de la inscripción y de la protección de los derechos de terceros. Afirmar el carácter constitutivo equivaldría a dejar desprotegidos los derechos adquiridos antes y no tenidos en cuenta durante el proceso de liquidación (Como se sabe en la escisión y fusión no se da el proceso liquidatorio).

El problema de la falta de descripción, determinación y asignación de la partes del activo, pasivo y capital social de la sociedad escidente en el respectivo acuerdo de escisión, será analizado a continuación.

Tal como se citó en capítulos precedentes, lo dispuesto en los inciso d) y b) de la fracción IV del artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles puede suscitar un problema práctico a saber.

La multicitada fracción IV establece:

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

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

d) La determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida..."

Así las cosas, puede surgir un problema que no sería difícil que se presente en la práctica, consistente en ¿Qué sucede si la resolución que aprueba una escisión pura no determina y describe la totalidad de las partes de activo, pasivo y capital que correspondan a las escindidas?

En primera instancia nos encontramos ante una parte del patrimonio de la escidente, que no estaría asignada a ninguna de las escindidas, por lo ¿Qué sucedería con dicho patrimonio, si la escisión ha surtido plenos efectos y con esto la escidente se ha extinguido? ¿Qué sucedería si las escindidas reclaman la titularidad de dicho patrimonio o se ostentan como titulares del mismo? ¿Qué solución jurídica se debe seguir, a efecto de asignar el patrimonio que está "volando" a las sociedades escindidas?

En el caso de la fusión no existe problema alguno, toda vez que la totalidad del patrimonio se transmite en un solo acto y no existe la posibilidad como en la escisión

de que se transmita en bloques distintos. En cambio en la escisión el patrimonio de la escidente se transmite en uno o más bloques. La manera en que se divide y fragmenta dicho patrimonio, se consigna en la ya citada fracción IV del artículo 228-Bis de la ley de sociedades. Pero como se ha citado, ¿Qué pasa si en la resolución que aprueba la escisión no se determina que parte de la totalidad del activo, pasivo y capital de la escidente corresponde a las escindidas que se constituyen por tal efecto, y la escisión ya surtió plenos efectos con lo que la escidente se extinguió?

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la clave se encuentra en el espíritu de la figura jurídica de la escisión, así como en la propia definición que brinda la ley de sociedades:

"Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloques..."

De lo anterior y de la interpretación de la citada definición se desprende que en principio el patrimonio se divide en dos partes "iguales", salvo que expresamente se deduzca lo contrario de la resolución que aprueba la escisión.

Sin embargo lo antes afirmado no resuelve ¿Qué partes del activo, pasivo y capital social corresponden a cada sociedad escindida?, esta pregunta no encuentra respuesta expresa en la legislación mercantil, por lo que supletoriamente debemos analizar y estudiar la legislación común.

El artículo 1984 del Código Civil para el Distrito Federal establece que cuando hay pluralidad de deudores o de acreedores tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad.

Conforme al citado numeral y en relación con el problema en estudio, consideramos que si surte plenos efectos la escisión y con esto se extingue la escidente sin que en la resolución respectiva se atribuya alguna de las obligaciones de la escidente a las escindidas, consideramos que en interés de los deudores se configuraría

la mancomunidad. Para reforzar lo antes expuesto citaremos el artículo 1985 del Código Civil en comento que establece:

"1985. La simple mancomunidad de deudores o de acreedores no hace que cada uno de los primeros deba cumplir íntegramente la obligación, ni da derecho a cada uno de los segundos para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso el crédito o la deuda se considerarán divididos en tantas partes como deudores o acreedores haya y cada parte constituye una deuda o un crédito distintos unos de otros".

En tal virtud podemos afirmar:

Si la escisión pura surtió plenos efectos y por tanto la sociedad escindida se extinguió y en la resolución respectiva no se describieron la totalidad de los pasivos u obligaciones que asumirá cada escindida, dichas obligaciones se consideraran mancomunadas y por tanto el crédito o la deuda se considerará dividida en tantas partes como sociedades escindidas existan.

Abundando que la división de dichas partes se realizará por partes iguales, fundando esta afirmación citaremos el artículo 1986 del ordenamiento común:

"1986. Las partes se presumen iguales, a no ser que se pacte otra cosa o que la ley disponga lo contrario".

Por otra parte dichas obligaciones no podrían considerarse como solidarias, toda vez que el artículo 1988 de la ley de sociedades establece:

"1988 La solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes."

Aclarada la situación de los pasivos u obligaciones "no asignadas", ¿Cuál es la situación de los activos no asignados y distribuidos?, consideramos que los activos en tal situación se encontrarían sujetos al régimen de copropiedad, dicha figura se contempla y regula en el Código Civil para el Distrito Federal.

Así el artículo 938 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

"939. Los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino en los casos en que por determinación de la ley, el dominio es indivisible".

En todo caso si la cosa o derecho es indivisible se estará a lo dispuesto en el artículo 940 del ordenamiento civil que establece:

"940. Si el dominio no es divisible, o la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición de su precio entre los interesados".

Si no aceptaren los anteriores argumentos y razonamientos; podemos remitirnos al libro tercero, título primero del ordenamiento común, que habla de las sucesiones ya que al igual que en la fusión en la escisión pura se habla de una transmisión en un solo acto que comparte alguna de las características de la transmisión a título universal.

Así utilizando analogía podemos citar el artículo 1283 del ordenamiento en comento:

"1283. El testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima."

De la lectura de tal precepto y en relación con el caso que nos ocupa podemos razonar:

La escidente en una escisión pura que no distribuya y asigne expresamente sus activos, éstos se regirán por los preceptos de la sucesión legítima, en lo que se oponga a la naturaleza y regulación de la escisión.

Por su parte el artículo 1607 del ordenamiento común, que se encuentra dentro del capítulo primero del título cuarto, referente a la sucesión legítima establece:

"1607. Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales".

En el caso que nos ocupa, por analogía podríamos deducir:

Si extinguida la escidente en tratándose de escisión pura, sin que la totalidad o parte de los activos de ésta se encuentren expresamente asignados y distribuidos en el respectivo acuerdo de escisión, los activos se dividirán entre todas las escindidas por partes iguales.

Como se expuso, la tesis antes expuesta trata de cubrir las lagunas jurídicas que presenta el relativamente recién incorporado artículo 228-Bis de la ley de sociedades.

Consideramos que con lo antes expuesto, queda cubierta la laguna que presenta la Ley General de Sociedades Mercantiles en la fracción IV del artículo 228-Bis.

CAPITULO XIV

CONCENTRACION Y DESCONCENTRACION
DE EMPRESAS14.1.1 LA CONCENTRACION Y DESCONCENTRACION DE EMPRESAS Y LA LEY
FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA

Tema que es analizado por muchos doctrinarios, como un tema previo al de fusión de sociedades. Si bien es cierto la fusión implica una concentración de empresas, no toda concentración de las mismas implica una fusión conforme a nuestro sistema jurídico.

Por otra parte, la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 24 de diciembre de 1992, contempla y regula la concentración de empresas, a efecto de evitar que se presenten lo que se conoce en el medio como practicas monopólicas.

En el presente tema, analizaremos las diversas clasificaciones y clases de concentración de empresas que realizan varios autores, así como la fusión, desde el punto de vista de concentración de empresas, ante la Ley Federal de Competencia Económica.

Rodríguez y Rodríguez, distingue entre concentración interior de empresas y concentración exterior de las mismas; la modalidad de concentración interior, sólo presenta problemas de cantidad, ya que sólo existe un titular jurídico y económico, por razón de la ampliación de sus actividades, la empresa organiza las diversas actividades, como secciones o departamentos, que en algún momento pueden concentrarse o unirse, pero estos problemas no son típicos del campo de las sociedades mercantiles, sino que son propios de la empresa en general.

Respecto a la concentración exterior de empresas, el citado autor señala como primer ejemplo a la fusión, que la define como la unión jurídica de varias

organizaciones sociales que se compenetran recíprocamente para que una organización jurídicamente unitaria, sustituya a una pluralidad de organizaciones; al respecto consideramos más acertado referirse a la fusión como la integración de patrimonios jurídicos que como concentración de empresas, así Garrigues establece que cuando se habla de concentración de empresas, se está utilizando una expresión fundamentalmente económica, que no hace referencia a una institución jurídica única.

El grado máximo de concentración se produce con la fusión, pero en este caso, precisamente porque desaparece la pluralidad de empresarios, así, no parece adecuado hablar de unión de empresas, esta expresión, se refiere a aquellos supuestos en que se establecen determinados vínculos entre varias empresas, pero siempre que sus respectivos titulares mantengan una personalidad jurídica propia.

Garrigues habla de concentración horizontal, cuando la unión abarque empresas de la misma naturaleza y concentración vertical cuando abarque empresas de distinta naturaleza, pero ligadas económicamente a la obtención del producto.

Garrigues señala las siguientes formas de unión de empresas:

a) Consorcios de emisión o financiación, sea para asumir empréstitos públicos, sea para la venta de acciones, consorcios de accionistas para el ejercicio del derecho del voto, sea en una misma sociedad, sea en diferentes sociedades.

b) Rings. Asociaciones de especuladores unidos con el fin transitorio de conseguir una elevación de precios, mediante la compra en masa de mercancías o títulos valor.

c) Trust. Figura de origen anglosajón, se unen varias empresas, perdiendo su independencia económica, quedando sometidas a una dirección única, puede tener dos finalidades, dominar el mercado (dominación externa) o el dominio de varias empresas (dominación interna).

d) Concernos. Grupos de empresas jurídicamente independientes, que se someten a una dirección económica unitaria, se diferencian del trust ya que aquí las

empresas conservan su independencia jurídica y se diferencian de los carteles en que aquí se pierde la independencia, al estar sujetos a una dirección única. Ejemplos de concerno son la alianza entre varias sociedades anónimas mediante el intercambio de los miembros del consejo de administración o mediante el intercambio de acciones.

e) **Cárteles.** Son asociaciones libres de empresarios del mismo género, con el fin de la dominación monopólica del mercado, Ernesto Guelperin al citar al economista inglés E.A.G. Robinson, quien considera que el cartel es una forma transitoria del monopolio. Lo característico del cartel es la eliminación de la competencia en la venta de mercaderías y se clasifican en:

1. **Cárteles sin fijación de contingentes de venta.** Obligación de los empresarios de no realizar los negocios en condiciones, precio, territorio distinto al pactado.

2. **Cárteles con fijación de contingentes de venta.** Se fija la cantidad máxima de venta total y luego se reparte esta cantidad entre los miembros; la cifra de participación en la venta determina generalmente el derecho de voto dentro del cartel.

La clasificación anterior, no resulta útil desde el punto de vista jurídico, para distinguir las distintas clases de uniones, por lo anterior siguiendo a Hausmann nos referiremos a la distinción jurídica pura que establece dos tipos de uniones:

1. **Unión de carácter real,** a esta clasificación pertenecen la compraventa, permuta, fusiones, escisiones, así como las adquisiciones de participación mayoritaria en una sociedad.

2. **Unión obligacional,** este tipo de uniones se da por medio de la vía contractual y convencional, se le denomina comunidad de intereses, consiste en ciertos pactos entre diversas empresas, tendientes a manipular la oferta, demanda, precios, abastecimiento con las obligaciones de no comprar, vender o vetar a algún distribuidor o productor o cualquier producto que se encuentre en el mercado, entre otros, resultando interminable las variables que se pueden pactar en dichos contratos.

Es importante destacar que al hablar de concentración de empresas, el tema de las practicas monopólicas, salta a la vista. Ahora bien, la fusión desde el punto de vista jurídico no puede denominarse y abarcarse como una concentración de empresas, sino como una integración jurídica de patrimonios, pero aun con lo expuesto la fusión de sociedades, puede conllevar la realización de prácticas monopólicas.

Así el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que en el territorio nacional, quedan prohibidos los monopolios, las practicas monopólicas, los estancos, en los términos y condiciones fijadas por las leyes. La ley sancionará toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo en una o pocas manos, por tanto todo acuerdo, procedimiento, que realicen los productores, industriales, comerciantes para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, y en general todo lo que constituya una ventaja indebida en favor de una o varias personas, en perjuicio del público en general.

Encontramos como características de las practicas monopólicas, conforme al numeral citado las siguientes:

1. Concentración en una o varias manos de ciertos bienes o productos, que son objeto de comercio.
2. Animo de jugar con los precios de dichos bienes, sin dejar la fijación de los mismos , al libre juego de la oferta y la demanda.
3. Evitar la libre concurrencia o competencia, implica eliminar a competidores ya sean personas físicas o morales que fabriquen, elaboren o distribuyan productos iguales o similares; a este respecto, podemos citar que en el supuesto de que no existiera competidor alguno, no se configuraría un monopolio o práctica monopólica.
4. Que como consecuencia de lo citado en el numeral anterior, se verifique un alza en los precios en dichos productos.

5. Cualquier medio o pacto jurídico o económico, que provoque los efectos de los numerales 3 y 4 antes transcritos, será sancionado de conformidad con la ley reglamentaria del artículo 28 constitucional.

6. Es importante mencionar que la Constitución sólo hace referencia a bienes, pero no hace referencia a una posible práctica monopólica en la prestación de servicios.

De lo anterior, se desprende que la descripción de conductas, del numeral constitucional en estudio es muy abierta, pero haciendo un análisis sistematizado de la Ley Federal de Competencia Económica, ordenamiento que es reglamentario de la disposición constitucional en estudio, encontraríamos que la celebración de una fusión podría ir en contra de la Constitución, en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Que, por efectos de la fusión, se concentren en la fusionante la capacidad de producir, fabricar, manufacturar o distribuir artículos de consumo necesario que no puedan ser conseguidos en misma especie y cantidad de otra persona física o moral, en una zona, región o territorio comprendido en la República Mexicana. Es importante destacar que la concentración de los artículos de consumo necesario, debe obtener como finalidad un alza en el precio de los mismos; en tal virtud imagínese una fusión de las sociedades A y B (ambas son los únicos comerciantes, que elaboran y distribuyen un determinado artículo de consumo necesario), corporativamente la fusión surte efectos y el precio del artículo en cuestión, disminuye conforme al que tenía antes de efectuarse la fusión. Dicha fusión a la luz del artículo 28 constitucional, constituiría una práctica monopólica.

2. Si por efectos de la fusión, desapareciera la libre competencia en el mercado respecto de un producto determinado, y de lo anterior se derivase el absoluto control por parte de la fusionante en el manejo del mismo (especialmente del precio en que se ofrezca al público), no dejando intervenir la determinación del precio, al libre juego de la oferta y la demanda. En el caso de la fusión, la falta de libre competencia, consideramos que debe entenderse, como la ausencia de persona jurídica en el territorio

nacional, distinta a la fusionante, que fabrique, distribuya o venda productos iguales o similares a los de esta última.

3. La Ley Federal de Competencia Económica, distingue dos clases de prácticas monopólicas, las absolutas y las relativas; considerando a las absolutas en primer término como los contratos, arreglos o combinaciones entre agentes económicos para fijar, elevar o manipular el precio de bienes y servicios, se realizan únicamente por agentes económicos competidores entre sí.

Por otra parte las prácticas monopólicas relativas, generalmente son consideradas como lícitas y sólo serán sancionadas cuando obstruyan la competencia, impidiendo el acceso a nuevos competidores o expulsando a la competencia indebidamente.

4. La posible ilicitud de una práctica monopólica relativa, se sujeta a criterios de valuación, tales como el poder sustancial en el mercado relevante, y que los bienes o servicios correspondan a dicho mercado.

5. La Ley de Competencia prohíbe y sanciona las acciones concertadas, para manipular colusivamente licitaciones públicas, concursos o subastas.

6. La Ley de Competencia se ocupa de las concentraciones, fusiones y adquisiciones de empresas entre competidores, proveedores, clientes y otros agentes económicos.

7. La Ley de Competencia proporciona criterios para distinguir entre fusiones o concentraciones de empresas que den lugar a una práctica monopólica.

8. En ciertos casos, se debe notificar a las autoridades competentes la celebración de una fusión de sociedades.

9. Cuando se comprueba una conducta monopólica, la autoridad ordenará la desconcentración parcial o total de la empresa.

10. Se crea la Comisión Federal de Competencia, con funciones para prevenir, investigar, combatir y sancionar las prácticas monopólicas.

11. Establece los procedimientos que pueden llevarse a cabo ante la Comisión citada en numeral anterior y detalla las sanciones que se imponen a el agente económico, que hubiere incurrido en alguna de las prácticas consideradas como contrarias a la ley y por tanto a la Constitución.

12. Consideramos en general, que las conductas, disposiciones y obligaciones previstas en la Ley se encuentran redactadas en forma muy general, pudiéndose generar en un momento situaciones determinadas, provocando que la ley vaya más allá del texto y espíritu del ordenamiento constitucional que reglamenta, así nos podemos encontrar con los llamados tipos abiertos, disposiciones propias de regímenes políticos autoritarios.

13. La Ley prevé prácticas monopólicas tanto en bienes como en servicios.

Una vez analizada en forma breve y concisa la ley, pasaremos a estudiar los numerales de la misma, que se refieren a la fusión de sociedades, apuntando que debe distinguirse la posible nulidad del acuerdo de fusión de cada sociedad participante, conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles y una posible nulidad conforme a la Ley Federal de Competencia Económica.

Así la ley de competencia define como concentración a una fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, acciones o activos que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cualquier agente económico, con el fin de impedir la libre competencia y concurrencia respecto de bienes o servicios iguales o similares. La investigación de dicha concentración corresponde a la Comisión Federal de Competencia, como órgano descentralizado, en la investigación de dichas concentraciones la Comisión habrá de considerar como indicios de evasión a la libre competencia y concurrencia los siguientes:

1. Que la fusión confiera o pueda conferir a la fusionante, la fijación de precios en forma unilateral o restringir el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los competidores puedan actual o potencialmente contrarrestar dicho poder.

2. La fusión tenga por objeto desplazar a otros agentes económicos o impedir entrar a los mismos al mercado relevante.

3. La fusión tenga por objeto o efecto facilitar substancialmente a los participantes en dicho acto jurídico el ejercicio de las practicas monopólicas a que hace referencia la ley.

Debemos destacar que conforme a la ley, la fusión se investiga como acto o tentativa, esto implica que la fusión puede ser investigada desde antes de la celebración de los respectivos acuerdos, a la toma de los mismos, o hasta que ésta se concrete efectivamente con la celebración del contrato de fusión respectivo.

Ahora bien, para determinar si la concentración y en el caso que nos ocupa la fusión, deber ser impugnada o sancionada en los términos de la ley, la Comisión deberá de considerar los siguientes elementos:

1. El mercado relevante en los términos del artículo 12 de la Ley.

2. Identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, análisis de su poder en el mercado relevante y grado de concentración en dicho mercado.

3. Los demás criterios e instrumentos analíticos establecidos en la Ley.

Si la fusión configura un acto de los previstos en el capítulo III de la ley en estudio, la Comisión podrá:

1. Sujetar la realización de la fusión a las condiciones que la misma fije.

2. Ordenar la desconcentración parcial o total, la terminación del control o la supresión de actos según corresponda.

De lo anterior se desprende que la ley puede sancionar hasta con nulidad absoluta los acuerdos de fusión respectivos así como el contrato de fusión; situación que implica retraer las cosas y situaciones al estado que guardaban y se ercontraban antes de la celebración de la fusión, toda vez que como están viciados de nulidad absoluta, en teoría la fusión no generó efecto jurídico alguno.

Por tanto, imagínese la situación de una fusionante, en donde sus accionistas, por una venta de acciones posterior a que surtió efectos la misma, ya no son los mismos que intervinieron en la fusión, y se ordena declarar la nulidad absoluta de la fusión y su respectivo procedimiento y por tanto la desconcentración de la empresa conforme a la ley en estudio.

En tal supuesto, se tendrían que canjear las acciones de la fusionante por la de la o las fusionadas que nunca perdieron su personalidad jurídica, sociedad fusionada que quizá tenga objeto, fines, estructura financiera y domicilio distinto al de la fusionante, causándose un perjuicio a los accionistas de la fusionante que ni siquiera intervinieron en la fusión. Pero en este orden de ideas, los contratos de compraventa de acciones, que celebraron los antiguos accionistas de la fusionante, se encontrarían viciados también de nulidad absoluta, por falta de objeto, toda vez que la fusionante nunca surgió a la vida jurídica y por tal motivo nunca pudo emitir y poner acciones en circulación. (Como se expuso, la nulidad absoluta, conforme a la teoría clásica y en estricto derecho, provoca que el acto viciado, no genere situación jurídica alguna).

De lo anterior, se desprende que la sanción de nulidad conforme a la Ley de Competencia, provocaría gran incertidumbre y desconfianza en la celebración de fusiones de sociedades; por tal motivo la propia ley limita su facultad sancionadora en el tiempo, al establecer que no podrán ser impugnadas, las concentraciones y fusiones que no requieran ser previamente notificadas, después de un año de haberse realizado.

Consideramos que lo anterior debe de interpretarse, como un año después de la fecha de celebración del contrato de fusión respectivo, o de la fecha de la escritura en donde conste la constitución de la fusionante (claro está si no se acepta la teoría sustentada en el presente estudio, el termino será de un año, contado a partir del día siguiente a que transcurran los tres meses contados a partir de la fecha de inscripción en el Registro de Comercio, del último acuerdo de fusión de las sociedades participantes, siempre y cuando no se hubiere presentado oposición judicial; o bien cuando se cumplan con alguno de los extremos del artículo 225 de la ley de sociedades, a partir de la fecha de inscripción en el Registro de Comercio del ultimo acuerdo de fusión).

Ahora bien, ¿En qué supuestos conforme a la Ley de Competencia, un fusión deberá ser notificada antes de llevarse a cabo?:

1. Si la transacción importa un monto superior al equivalente a 12 (doce) millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal (no se establece si esta cantidad debe entenderse dentro del activo, pasivo o capital), consideramos que debe entenderse dentro de las cuentas de activo y capital; ahora bien ¿Cómo debemos valorar y cuantificar que las diversas cuentas de activo de las sociedades participantes?, en este caso nos encontramos ante una laguna de la ley.

2. Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35% (treinta y cinco por ciento) o más de los activos o acciones de un agente económico, cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 (doce) millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

3. Si en la transacción participan dos o más agentes económicos, cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen mas de 48 (cuarenta y ocho) millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social, superior al equivalente a 4,800,000 (cuatro millones ochocientos mil) veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Para la inscripción en el Registro Público de Comercio de los actos descritos, se deberá contar con resolución favorable de la Comisión de Competencia

Económica, o haber realizado la notificación a dicha Comisión, sin que ésta hubiere emitido resolución alguna en el plazo establecido en la ley (afirmativa ficta).

Ahora bien, ¿Conforme a qué índice, parámetro y documentos, deben cuantificarse las cantidades citadas, en los tres numerales que anteceden? La ley es omisa a este respecto, pero conforme a la lógica jurídica, consideramos que todas las cantidades y volúmenes, deben basarse en los balances que serán publicados por cada sociedad que interviene en la fusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, con acuerdo con lo anterior, lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Competencia, cuando establece que la notificación de la intención de celebración de la fusión, deberá realizarse por escrito y a la misma se adjuntará entre uno de varios documentos, los estados financieros del último ejercicio de cada sociedad participante.

A mayor abundamiento, es necesario precisar en cuanto a la fusión, en qué momento exacto es cuando debe realizarse la notificación en comento, ya sea con anterioridad a la celebración de los respectivos acuerdos de fusión de cada sociedad participante, o con anterioridad a la celebración del contrato de fusión.

Como hemos sostenido en el presente trabajo, la fusión se ejecuta y concreta en el contrato de fusión, pero los acuerdos de fusión de cada sociedad, son el medio por el cual los accionistas de cada sociedad, podrán conocer las bases y condiciones conforme a las cuales, se negociará y celebrará el contrato de fusión; por tal motivo consideramos que la notificación a que se refiere la Ley de Competencia, se tendrá que realizar con anterioridad a la celebración de las asambleas de cada sociedad, donde se decreta la fusión.

Lo anterior, se explica y justifica ya que la Comisión podrá sujetar la realización de la fusión a ciertas bases y condiciones, y por tanto consideramos que las mismas deben de ser del conocimiento de los accionistas de cada sociedad participante en la fusión, y el medio para que dichas condiciones y bases puedan ser conocidas, expuestas y valoradas, es en la asamblea en donde cada sociedad participante adopta la fusión.

Así también, la resolución de la Comisión, en donde se establezcan las circunstancias y condiciones para celebrar la fusión, deberá adjuntarse una copia de la misma al primer testimonio del acuerdo de fusión de cada sociedad, a efecto de que el registrador verifique el cumplimiento de lo dispuesto en la resolución de la Comisión.

Ahora bien, debemos señalar que la resolución favorable de la Comisión a la notificación en comento, no prejuzgará sobre la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por la ley.

Las investigaciones y procedimientos, en que intervenga la Comisión se inician de oficio o a petición de parte.

Respecto al procedimiento y las sanciones previstas en la ley, debemos de distinguir tres supuestos:

1. La fusión que tenga como efecto impedir la competencia y la libre concurrencia
2. La fusión que requiera ser notificada a la Comisión y obtener resolución favorable, conforme a los tres supuestos antes estudiados.
3. La realización a cargo de la fusionante de prácticas monopólicas, ya sea absolutas o relativas.

Así el artículo 32 de la Ley de Competencia, establece que cualquier persona podrá denunciar por escrito ante la Comisión, al presunto responsable de la realización de prácticas monopólicas absolutas y sólo los afectados podrán denunciar las otras prácticas y concentraciones previstas y prohibidas por la ley; en el caso de las fusiones el denunciante deberá incluir los elementos que configuran dicha especie de concentración y en su caso los conceptos que demuestren que el denunciante ha sufrido o puede sufrir un daño o perjuicio sustancial.

Dentro de las sanciones que puede imponer la Comisión, se encuentran las siguientes:

1. Ordenar la suspensión, corrección o supresión de la práctica o concentración de que se trate.

2. Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda.

Es de destacar, que contra las resoluciones emitidas por la Comisión se podrá interponer ante la misma, recurso de reconsideración, dentro del plazo de 30 (treinta) días hábiles siguientes a la de la fecha de notificación de tales resoluciones.

Sugerimos que se adicione a la ley o reglamentar la misma, las reglas y procedimientos que deben seguirse ante una posible orden desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, en el caso que nos ocupa una posible fusión de sociedades.

Por lo que respecta a la escisión de sociedades, la Ley Federal de Competencia Económica, no contempla hipótesis normativa alguna, que regule o condicione la celebración del citado acto jurídico, toda vez que consideramos que el legislador contempló que la escisión, implica una desconcentración de patrimonios, para la constitución de una o varias personas jurídicas distintas a la escidente.

En un momento dado, se podría pensar o imaginar que la escisión en un momento dado, puede tener como efecto la realización de las prácticas monopólicas prohibidas en la ley en comento.

Así, imagínese la fusión de las sociedades A y B, agentes económicos competidores entre sí y con poder sustancial en el mercado relevante, así de la fusión pura nace la sociedad C; dicha sociedad con la finalidad de no ubicarse en la hipótesis normativa prevista en la Ley de Competencia, inmediatamente después de que se constituye, acuerda la escisión, resultando por tanto la constitución de diversas personas jurídicas, en tal situación se podría argumentar que existe libre competencia y

competencia económica, ya que existen dos o más agentes económicos competidores entre sí.

En este supuesto, consideramos que la Comisión deberá investigar analizar y estudiar, si las escindidas y en su caso la escidente, tienen vinculación e influencia entre ellas, que pudiere generar en la realización de practicas monopólicas sancionadas en la ley.

Ahora bien, la escisión como tal se podría atacar e impugnar, argumentando que conforme a la ley, dicho acto constituye una forma de concentración, consistente en la adquisición del control de las sociedades participantes, esto es conforme a la ley de sociedades. En un principio todos los accionistas de la escidente, tendrán una participación accionaria en las sociedades escindidas igual a la participación accionaria que tuvieron en la primera (a menos que dichos accionistas hubieren ejercitado el derecho de separación), conforme a lo anterior, se presume que en un principio la o las escindidas y la escidente en su caso, son administradas y controladas en igual forma y su actuación operativa podría dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia.

Pero la ley de competencia es muy clara al señalar, que la adquisición del control de una empresa, debe ser como efecto de una concentración de sociedades o agentes económicos, y la escisión como tal no implica en absoluto una concentración.

Así las cosas, en el ejemplo que nos ocupa consideramos debe atacarse directamente la fusión, pues aun cuando la sociedad que se constituyó como efecto de la misma (sociedad C), ya no existe, toda vez que esta decidió escindirse, la fusión puede ser impugnada conforme a los términos de la Ley de Competencia, ya que la misma se encuentra viciada de origen y en todo caso la fusión podrá suprimirse (interpretando el artículo 35 de la Ley de Competencia, consideramos que el mismo se refiere a una anulación absoluta). Con lo que, si se declara la nulidad absoluta de la fusión, la misma no pudo producir efectos jurídicos algunos, y los que se hubieren producido serán destruidos retroactivamente, con esto la sociedad C que nos ocupa en nuestro ejemplo, no habrá nacido a la vida jurídica, y con esto seguirá la misma suerte la escisión que se hubiere decretado.

Ahora bien, analizado el ejemplo cabe cuestionarnos e imaginarnos, la inseguridad jurídica y falta de técnica jurídica que se deriva de la Ley de Competencia, ya que la misma no contiene un procedimiento y reglas, conforme a las cuales se realice la posible desconcentración de una sociedad fusionante, en caso de que así lo ordene la Comisión; así también, tal como se vio, imagínese declarar la nulidad absoluta de una fusión, transcurridos nueve meses después de que la misma surtió efectos, posiblemente los accionistas que intervinieron en la misma no lo son en tal momento, o bien la sociedad que se constituyó como efecto de la fusión ya no existe, en el ejemplo expuesto, puede dejar de existir por la adopción de una escisión, pero como se analizó la sociedad o sociedades escindidas y en su caso la escidente, estarán en un principio vinculadas entre sí.

En resumen, consideramos que la Ley de Competencia es muy abierta y muy generalizada, abarcando diversas ramas y figuras del Derecho, teniendo como consecuencia una falta de control y previsión, sobre la naturaleza y efectos de dichas figuras, en el caso que nos ocupa, la fusión y escisión de sociedades, así como en la misma se contienen tipos muy abiertos, que pueden ocasionar la realización de arbitrariedades por parte de la autoridad competente.

14.1.2 LAS SOCIEDADES CONTROLADORAS Y LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONOMICA

Resulta importante estudiar el siguiente tema, aún cuando se hable primordialmente de escisión y fusión de sociedades. Sin embargo como veremos más adelante de una escisión puede manifestarse o desprenderse una concentración de empresas en los términos de la Ley Federal de Competencia Económica.

En primer término debemos conceptualizar lo que debemos entender por sociedad controladora (HOLDING) nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, no brinda definición alguna de Sociedad Controladora (HOLDING) y más no aún no hace referencia en ningún momento a dicha figura.

Sin embargo algunas leyes especiales, hacen referencia expresa a las sociedades controladoras, regulando su existencia y funcionamiento.

Así encontramos la Ley Para Regular Las Agrupaciones Financieras, que en su artículo primero establece. "La presente ley tiene por objeto regular las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros, establecer los términos bajo los cuales habrá de operar, así como la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos".

El artículo séptimo del ordenamiento en comento, hace referencia expresa a sociedades controladoras cuando establece que:

"Los grupos a que se refiere la presente Ley estarán integradas por una sociedad controladora y por alguna de las entidades financieras siguientes, almacenes generales de depósito, almacenadoras financieras ..."

Si bien es cierto que la Ley Para Regular Las Agrupaciones Financieras, no brinda una definición de sociedades controladoras, también lo es que limita su objeto y funcionamiento ante terceros; así el artículo 15 establece:

"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.

Dicha controladora será propietaria en todo tiempo de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el cincuenta y uno (51) % del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo..."

En comunión con lo anterior el Artículo 16 establece:

"La sociedad controladora a que se refiere el Artículo anterior, tendrá por objeto adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo. En ningún

caso la controladora podrá celebrar operaciones que sean propias de las entidades integrantes del grupo".

La duración de la controladora será indefinida y su domicilio social se encontrará en territorio nacional.

Por otra parte, la Ley del Impuesto Sobre la Renta establece para sus efectos lo que debe entenderse por sociedad controladora, así el artículo 57 de dicho ordenamiento establece en su parte conducente:

"Para los efectos de esta ley, se consideran sociedades controladoras las que reúnen los requisitos siguientes:

I. Que se trate de una sociedad residente en México.

II. Que sean propietarias de más del 50% (Cincuenta por ciento) de las acciones con derecho a voto de otras u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad se tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora.

III. Que en ningún caso más del 50% (Cincuenta por ciento) de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otra u otras sociedades, salvo que dichas sociedades sean residentes en algún país con el que se tenga acuerdo amplio de intercambio de información. Para estos efectos no se computarán sus acciones que se coloquen entre el gran público inversionista, de conformidad con las reglas que para tal efecto dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público."

Las disposiciones antes citadas nos plantean en principio, que el objeto de una sociedad controladora se encontrará limitada a la administración y tenencia de acciones de otras sociedades, en el caso de la Ley Para Regular Las Agrupaciones Financieras, sólo podrían ser accionistas de las sociedades que la Ley señala y enumera como entidades financieras; debemos recalcar que nuestra ley de sociedades no limita el objeto y funcionamiento de lo que conocemos como sociedad controladora; así como no

establece qué clase de sociedad debe constituirse para que se considere como sociedad controladora.

Continuando con el análisis de la sociedad controladora, podemos decir que la sociedad controladora es una sociedad-accionista.³⁰

De lo antes expuesto podemos afirmar:

³⁰ El tema de la sociedad controladora, implica analizar a la sociedad-accionista, así como la posibilidad y facultad de que una sociedad pueda participar en el capital social de otra. En la legislación española, el Artículo 117 y del reglamento del Registro Mercantil, admite la publicidad de que una Sociedad Anónima desarrolle actividades integrantes de su objeto social en todo o en partes, mediante la titularidad de acciones en otra de objeto idéntico o análogo. La suscripción o adquisición de acciones implica en tal caso "Desarrollo indirecto" de tales actividades. En nuestro derecho positivo mexicano, la actividad de la sociedad se encuentra objetivamente limitada por el objeto social. En principio consideramos que los administradores no podrán suscribir y adquirir acciones de otra sociedad, aun cuando pueda considerarse que dicha actividad se considere como desarrollo indirecto del objeto social.

A este respecto la Dirección General de Registros y del Notariado de la República de España, mantiene y sostiene el criterio siguiente: "El objeto social como límite máximo interno de la sociedad en el sentido de no poderse conferir más poderes que los comprendidos en las actividades propias del objeto, debiéndose entender que dentro del mismo tienen los administradores facultades plenas para cualquier acto jurídico sin que deban enumerarse, y aunque se enumeren no las tendrán.

Francisco José Araguren Urriza en relación con este tema afirma que el objeto social se sitúa como ámbito legal de facultades de los administradores, si bien puede ser restringido este ámbito con eficacia interna, léase con trascendencia, meramente en cuanto en cuanto a la responsabilidad frente a la sociedad y no en cuanto a la vinculación de la sociedad, o ampliando mediante autorizaciones o apoderamientos, pues el objeto no limita la capacidad de obrar de la sociedad.

Lo antes citado es el criterio que se sigue en España tras la adaptación de la legislación a las directivas comunitarias, se formula el principio de capacidad general de obrar en el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas Española. Frente a las dudas que inicialmente suscitó la redacción de los Artículos 37 y 38 del Código de Comercio español, había prosperado en la jurisprudencia la tesis de no limitación de la capacidad por el fin social, fundamentalmente como forma de protección de los terceros frente a posibles nulidades.

El desarrollo que de ello hace dicha jurisprudencia registral española, implica la aptitud de la sociedad a través del órgano competente, para actos fuera del objeto en forma aislada pues la dedicación reiterada implicaría una alteración que requiere acuerdo de la junta modificativo de los estatutos.

La competencia para esos actos ajenos no corresponde al órgano de administración, que al llevarlos a cabo se extralimita en las facultades; hay por tanto una competencia residual de la junta general, que se puede autorizar singularmente tales actos, o acordar el apoderamiento de facultades para la realización ocasional de dichos actos.

Como se expuso, el objeto social en el sistema societario mexicano, limita a los administradores en su actuación; pero no sólo a los administradores si no también a la asamblea de accionistas, a diferencia de lo que establece la jurisprudencia española antes explicada, la asamblea no podrá otorgar poderes o autorizar actos aislados que se encuentren fuera de la ejecución del objeto social de la sociedad, en virtud de que tanto el órgano decoroso como el ejecutivo de la sociedad anónima, se encuentran sujetos y regulados por la ley aplicable y los estatutos sociales que forman parte del contrato social.

1. La sociedad controladora como tal, no se encuentra contemplada, y regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2. En principio la sociedad controladora, es la que tiene el dominio, control corporativo y accionario en otra. Aunque no es requisito sine qua non, se reconoce en la doctrina y práctica jurídica que la sociedad controlada, debe tener representado su capital social en acciones.

3. La suscripción y adquisición de acciones de una sociedad, por otra sociedad, debe contemplarse expresamente en el objeto social de esta última.

4. Consideramos que el concepto de control corporativo y accionario en principio implica que la sociedad controladora, sea propietaria de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) del capital pagado de la sociedad controlada .

Analizando el concepto de sociedad controladora y por ende de sociedad-accionista, debemos estudiar la posible relación que existe entre las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica y las sociedades controladoras.

En principios la existencia de una sociedad controladora, podría implicar una concentración de empresas, para efectos de la Ley Federal de Competencia Económica.

Así el artículo 16 del ordenamiento en comento establece:

"Para los efectos de esta ley , se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades... o cualesquiera otros agentes económicos."

Del análisis del numeral transcrito, la ley de competencia considera concentración de empresas, la adquisición del control de una sociedad por otra, siempre y cuando dicha adquisición del control tenga como objeto o efecto disminuir, dañar o

impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

La ley de competencia no estipula lo que debemos entender por adquisición del control de una sociedad; esto es, dicho ordenamiento establece como una causa de concentración sancionable, la adquisición del control de una o más sociedades, pero no señala expresamente ¿Qué debemos entender por adoptar el control de sociedades? ¿Cuáles son los casos en que debemos considerar que una sociedad adopta el control de una o más sociedades?

Consideramos que la redacción de la ley deja un total estado de indefensión e incertidumbre a los particulares, violando en su perjuicio el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con las garantías de libertad y libre asociación, consagradas en los Artículos. 5 y 9 del ordenamiento supremo, lo anterior se afirma en virtud de que la Ley Federal de Competencia Económica maneja hipótesis normativas vagas, imprecisas y amplias, que dan origen a lo que en la doctrina se conoce como los tipos normativos abiertos, máxima expresión del autoritarismo y la inseguridad jurídica de cualquier sistema político y jurídico.

Atento a lo anterior, en nuestro punto de vista se podría atacar de inconstitucional el artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica, por los argumentos antes expuestos. Con lo cual podría interponerse el amparo contra leyes en el primer acto de aplicación que cause agravio a un particular. A base de ejemplo, citaremos la Ley de Inversiones Extranjeras, cuando establece que en ciertos ramos y actividades estarán limitadas y reservadas exclusivamente para capital o personas morales de nacionalidad mexicana; y en otras cuando quieran participar capital y sociedades extranjeras, deberá inscribirse en el Registro Nacional De Inversiones Extranjeras; en dicha ley se establecen los supuestos en los cuales una sociedad se encuentra bajo el control y dominio de otra con lo cual consideramos que ésta no viola garantía individual alguna, a diferencia de la Ley Federal De Competencia Económica.

Ahora bien, ¿Cómo se relaciona la existencia de una sociedad controladora, con el tema de la presente tesis, fusión y escisión de sociedades; lo anterior a la luz de la Ley Federal de Competencia Económica?

En principio analizaremos la escisión de sociedades. Como se expuso en el presente capítulo, se podría pensar en un principio que la adopción y ejecución de un acuerdo de escisión de sociedades, no encuadraría en un supuesto de concentración de empresas, conforme a la ley de competencia. (Como se citó, el artículo 16 del ordenamiento en estudio, establece en primer lugar como un típico ejemplo de concentración de empresas a la fusión).

Sin embargo imagínese una escisión impura, en donde escidente sobrevive y se constituyen tres escindidas; conforme al artículo 16 de la ley de competencia ante el supuesto citado, ¿Podríamos suponer que la escidente en un principio tiene control corporativo y accionario respecto las escindidas.?; ¿Nos encontraríamos ante una sociedad controladora?

Consideramos que en principio no se puede hablar de que la escidente tiene control sobre las escindidas y viceversa; sin embargo recordemos que conforme a la ley societaria, los accionistas de la escidente tendrán en las escindidas, el mismo porcentaje accionario que tenían en la primera, por lo anterior y en virtud de lo que se ha expuesto, la ley de competencia no estipula los supuestos en que una sociedad adopta el control de otra u otras; por lo que nada impediría que la Comisión Federal de Competencia Económica en ejercicio de sus facultades inicie la investigación de la escisión. Toda vez que conforme a la indeterminación y falta de claridad de la ley en comento, se podría suponer en principio, que siendo los mismos accionistas con la misma participación y porcentaje accionario, tanto en la escidente como en las escindidas, existe un claro control de la primera en las segundas y viceversa.

Por otra parte en respuesta a la segunda cuestión antes planteada, en la escisión que se puso como ejemplo la escidente no tendrían el carácter de sociedad controladora ya que como se estudió una de las características de ésta es ser accionista de las sociedades controladas.

Respecto a la fusión de sociedades, podemos afirmar que es totalmente válida la fusión que se efectúe entre dos o más sociedades controladoras, claro está observando lo dispuesto en la Ley Federal de Competencia Económica.

Sin embargo, en la ley para regular las agrupaciones financieras se contemplan varias disposiciones que regulan la fusión de las Sociedades Controladoras y de las entidades que éstas controlan.

Así el Artículo 10 de la Ley establece:

"La incorporación de una nueva sociedad a un grupo ya constituido, la fusión de dos o más grupos, así como la fusión de dos o más entidades participantes en un mismo grupo, requerirá autorización de las Secretaría de Hacienda y Crédito Público".

A base de ejemplo, transcribiremos un cuadro comparativo de los requisitos y diversas notificaciones que deben realizar las sociedades mercantiles, a las respectivas autoridades de competencia económica, en distintos países, entre ellos Australia, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Nueva Zelanda, España, Reino Unido, Estados Unidos, CFE y México.

Notificaciones de fusión y requisitos a revisar en diferentes países						
País Sistema	Umbral de Notificación	Decisión inicial	Tiempo límite para decisión final	Criterio de decisión	Confidencialidad	Riesgos al no notificar
Australia			45 días para la decisión; extensible si se solicita información adicional; las partes tienen dos meses a partir de la decisión de anular	Domino de mercado	Discrecional	Desincorporación
Bélgica (Obligatoria)	Transacción conjuntamente anuales de más de 1 billón de francos y más de 20% de mercado relevante	Un mes	75 días después de notificarse al Consejo de Competencia	Competencia	Asegurada	Multas 20.000 a un millón de FF
Canadá (Obligatoria)	Activos/ventas en combinación dentro de o hacia Canadá \$400 M.; valor de activos por alcanzar o ventas en/desde Canadá de \$35 M.		Siete días (forma corta) 21 días (forma larga); 10 días para una oferta abierta		Asegurada	Multas, cancela y desincorporación
Francia (Voluntaria)	Participación conjunta en el mercado de 25% o ventas conjuntas en Francia de 7bn de FF y cada una de las dos o más partes tiene ventas en Francia de 2b de FF	Dos meses	Six meses	Balances económico y social	Asegurada	Desincorporación posterior al cierre
Alemania (Obligatoria)	Ventas mundiales de cualquier parte por 2bn DM; o ventas mundiales de 1bn dm por cada una de las dos o más partes. También notificación pos fusión si las ventas mundiales conjuntas son de 500M DM	Un mes	4 meses (un año para las notificaciones posteriores a la fusión)	Competencia (las prohibiciones de la OFC pueden ser revisadas con base en otras disposiciones)	Generalmente asegurada	Multas, nulidad de transacciones
Italia (Obligatoria)	Ventas agregadas en Italia de 500bn L.	30 días	45 días después de notificaciones (puede ser extendido)	Competencia	Asegurada	Multa, desincorporación posterior al cierre
Japón (Obligatoria)	Toda fusión y adquisición de todo o parte de una empresa	30 días	30 días mínimo (puede ser extendido a 60 días)	Competencia	Asegurada	Multas, desincorporación posterior al cierre
Nueva Zelanda (Voluntaria)	\$15M NZ para la mayoría; menor en algunos sectores	10 días	60 días hábiles	Beneficio público	Asegurada	No aplicable

Notificaciones de fusión y requisitos a revisar en diferentes países						
España (Voluntaria)	Participación conjunta en el mercado del 25% o vetnas conjuntas en España de 20bn Ptas.	Un mes	Tres meses después notificación	En relación con la competencia	Discrecional	Desincorporación posterior al cierre
Reino Unido (Voluntaria)	Valor de activos adquiridos por 300M L. o participación conjunta en el mercado doméstico de 25%	20 días hábiles (extendibles)	Fijo para cada caso (máximo 6 meses)	Interés público	Asegurada	Desincorporación posterior al cierre
Estados Unidos (Obligatoria)	Ventas o activos mundiales de \$100M y \$10M. y el adquirente alcanza un valor que exceda los \$15M o represente el 15% de las acciones o activos votantes	30 días	20 días después de cumplir con la segunda petición de información por parte de la autoridad	Competencia	Asegurada	Multas periódicas, desincorporación posterior al cierre, otros remedios
CFE (Obligatoria)	Ventas globales conjuntas por 5bn ECU y ventas por 250M ECU en la CE para cada una de las partes	Un mes	Cuatro meses	En relación con la competencia	Asegurada	Multas periódicas y nulidad de las operaciones
México (Obligatoria)	Ver cuando sobre notificación obligatoria El Economista 19 de julio de 1994	20 días	105 días	Competencia	Asegurada	Multas por un millón de dólares

FUENTE. American Bar Association Section on Antitrust Law, del Special Commite on International Antitrust, 1991, pp. 209-20 y OCDE, Annual Reports on Competition Annual Policy de varios años.

CAPITULO XV

BREVES CONSIDERACIONES FISCALES EN LA FUSION Y ESCISION DE
SOCIEDADES MERCANTILES

El presente capítulo se abocará a analizar brevemente los efectos de tipo fiscal que produce la adopción de las figuras jurídicas en estudio. Como se citó al principio de este trabajo, la escisión aparece regulada por primera vez en el sistema jurídico mexicano en los ordenamientos fiscales, como un presupuesto material de los impuestos, en contraposición al presupuesto personal. Incumbe exclusivamente al legislador tributario determinar con toda la precisión posible el presupuesto material de los impuestos en particular, en todos sus elementos positivos, e incluso, a veces, en sus elementos negativos. A este respecto Giannini afirma que "Cualquier concepto utilizado para la descripción del presupuesto, se convierte en un concepto jurídico, y más especialmente de Derecho Tributario, el que puede discrepar de la noción que de la misma cosa se tenga en el uso corriente o en otras ramas del derecho."

El problema surge en examinar si en cada caso concreto el legislador ha acogido, sin más, para la identificación del presupuesto, la noción elaborada por otras ramas del derecho, o si, por el contrario ha querido expresar un concepto más o menos amplio o incluso diverso. Ello constituye un problema de interpretación de la ley impositiva que ha de resolverse cada vez mediante los criterios ordinarios de la hermenéutica jurídica.

En relación con lo anterior Giannini abunda que el legislador tributario, que ha de sujetar al impuesto los distintos actos del tráfico que se producen en la práctica, agrupándolos en categorías según su contenido, y que encuentra que los esquemas correspondientes están ya elaborados por el Derecho Privado, adopta por regla general, para la determinación del objeto impositivo, las mismas clasificaciones y la misma terminología del Derecho Privado; el autor en comentario agrega que de ahí que se haya suscitado un vivo debate sobre las situaciones jurídicas que forman el objeto de la imposición; deben ser valoradas en su sustancia económica, prescindiendo de la configuración que a ellas impriman las normas del Derecho Privado (u otras ramas del

derecho), o si, por el contrario, deben ser definidas y clasificadas, salvo derogación expresa de la ley tributaria, con arreglo a las disposiciones del Derecho Privado, (o de otras ramas del derecho), que regulen los efectos que tales situaciones producen entre las partes interesadas.

Conforme a lo anterior, en el caso que nos ocupa a la luz de las disposiciones tributarias vigentes en el sistema jurídico mexicano, la escisión y fusión como actos jurídicos considerados en si mismos no constituyen el objeto de los diversos impuestos sino el objeto se forma principalmente de la relación económica que constituye su contenido; como ejemplo a lo anterior, Giannini cita "El impuesto, en efecto, no grava la transmisión de un bien de una persona a otra por la exclusiva razón de que haya dado vida a una relación jurídica válida, si no tan sólo porque en esa relación queda plasmado un cambio de riqueza, considerado como indicio de capacidad constitutiva."

En tal virtud, los distintos ordenamientos fiscales que hacen referencia a la escisión y fusión de sociedades no regulan en sí a dichas figuras si no que principalmente gravan los efectos que se desprenden de las mismas.

Consideramos que para que llegasen a generarse los impuestos previstos en las leyes respectivas, es requisito que se adopten y ejecuten los acuerdos de escisión y fusión de conformidad con lo establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles.³¹

³¹ En relación con la verificación y realización de los supuestos o actos jurídicos Giannini afirma que al margen de las hipótesis examinadas hasta ahora, en las que la averiguación del contenido efectivo del negocio se produce con el fin de evitar una elusión total o parcial, del impuesto, en la legislación relativa a los impuestos sobre los actos jurídicos domina el principio conforme al cual el objeto de las mismas es el que resulte del documento en el que se contenga el negocio de ahí la doble consecuencia de que no sean obstáculo para la aplicación del impuesto ni la nulidad, aunque sea absoluta, del acto de que se trate, ni la circunstancia de que el negocio, aunque sea válido, no haya tenido prácticamente consecuencias o haya sido modificado o rescindido, Giannini abunda que sólo en los casos taxativamente establecidos, la anulación del acto puede hacer surgir la restitución del impuesto, que es un derecho autónomo, distinto de la precedente relación impositiva, y que tan solo nace si se producen, y en el momento en que se produzcan, las particulares condiciones previstas en la ley. En esta materia, por tanto, la mera apariencia jurídica prevalece sobre la sustancia de las cosas, hasta el punto de que si, con posterioridad al acto que haya dado origen al impuesto, se produce un nuevo acto que, destruyendo la apariencia, pone en claro la real situación de hecho o de derecho este último se considera como la manifestación de una nueva transmisión, en sentido inverso a la primera (aparente), y queda sujeto a un nuevo impuesto." Lo anterior, podría llevarnos a plantear la siguiente cuestión La nulidad, resolución del acto jurídico que contemplada en la hipótesis normativa del impuesto da derecho al sujeto pasivo para no pagar el crédito fiscal y en su caso solicitar la devolución de las cantidades que fueran enteradas?

Por tanto y en el caso que nos ocupa, si el juez competente emite sentencia declarando la nulidad absoluta de la fusión o escisión de sociedades, las cantidades que por concepto de impuestos se hubieren generado y enterado, podrán ser exigidas en devolución; no olvidemos que la nulidad absoluta de un acto conforme al Código Civil para el Distrito Federal trae como consecuencia que el acto produzca provisionalmente sus efectos los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. Esto es, si se declara la nulidad absoluta de una escisión o fusión de sociedades, implican que éstas no existieron y nacieron a la vida jurídica y por tanto los impuestos que se generaron y enteraron en un principio, en realidad no se generaron, ya que el presupuesto de los mismos nunca existió.

Ahora bien la adopción y ejecución los acuerdos de fusión y escisión de sociedades, puede ser el presupuesto jurídico estipulado en las diversas leyes fiscales, para que considere que la obligación jurídico tributaria ha nacido, así como presupuesto para el nacimiento de otros derechos y obligaciones tendientes a recaudar y liquidar el impuesto de que se trate.

En relación con el citado cuestionamiento, diversos autores se han pronunciado, así Sainz Bujanda en alusión al sistema positivo español establece que con el objeto de evitar que la exigibilidad del impuesto quede al arbitrio del contribuyente, al dejar éste último de formalizar algún requisito exigido para la validez y eficacia de un acto jurídico, se hace necesario señalar que la falta de estas formalidades no será obstáculo a la exigibilidad del impuesto.

En relación con el caso que nos ocupa, si los acuerdos de escisión y fusión no se ajustan a las formalidades de la Ley Societaria, y por tanto no se reúnen los requisitos legales para que se configure su plena validez y eficacia, consideramos que los impuestos previstos en las disposiciones fiscales no se generaran. Ahora bien si los acuerdos de escisión y fusión surten efectos y con esto los impuestos respectivos se generaran y por tanto el sujeto pasivo cubre los mismos; y posteriormente por la vía judicial se decreta la nulidad absoluta de dichos acuerdos, ¿Tendrá el sujeto pasivo derecho a la devolución de las cantidades que cubrió en concepto de impuestos?

Sainz Bujanda, conforme al sistema impositivo español expone que el reglamento del Impuesto de derechos establece que el impuesto se exigirá prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos que puedan afectar a su validez y eficacia, si bien, como contrapartida, preceptúa que cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo que satisfizo por cuotas del tesoro, siempre que no le hubiere producido efectos lucrativos, y que reclame la devolución en el plazo de cinco años, a contar desde que la resolución quede firme. Considero que la tesis expuesta por Sainz Bujanda se aplica en parte al sistema impositivo mexicano, el artículo 22 del Código Fiscal de la Federación establece: "Las autoridades fiscales están obligadas a devolver las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan de conformidad con las leyes fiscales." por otra parte el citado ordenamiento en su artículo 11 establece "La devolución de cantidades pagadas pagadas indebidamente y las demás que procedan de conformidad con las disposiciones fiscales en los términos del artículo 22 del Código, se solicitará ante la autoridad administradora."

El impuesto es una institución eminentemente económica que partiendo también de situaciones económicas, permite a los entes públicos obtener ingresos con que hacer frente a sus presupuestos de gastos.

Necesariamente el legislador no parte de situaciones económicas, sino de las modalidades jurídicas a que la actividad económica normalmente acude para poder tener efectividad.

Conforme a las disposiciones fiscales, el sujeto pasivo del impuesto se ha obligado a llevar a cabo una prestación pecuniaria en favor del titular de la potestad tributaria, además se producen una serie de derechos y obligaciones accesorias, establecidas con el objeto de que la expresada obligación fundamental tenga la más justa y eficiente determinación y realización.

En este orden de ideas, la fusión y escisión de sociedades como supuesto jurídico contemplado en la norma fiscal puede dar origen a la obligación jurídico tributaria, en relación con determinado impuesto, así como obligaciones accesorias tendientes a la justa y eficiente realización y determinación del mismo.

Por tal motivo analizaremos qué tipo y clase de obligaciones jurídico tributarias, se originan por la adopción y ejecución de los acuerdos de escisión y fusión, de conformidad con las disposiciones fiscales vigentes.

15.1.1 EFECTOS CONTEMPLADOS EN EL CODIGO FISCAL DE FEDERACION.

En principio debemos aclarar que el Código Fiscal de la Federación es un ordenamiento que no contempla situaciones jurídicas o de hecho que originen el nacimiento de contribución alguna. Por tanto el Código Fiscal de la Federación funciona como una ley marco, respecto de las diversas leyes que contienen y regulan la existencia y nacimiento de las distintas contribuciones; así el artículo primero de dicho ordenamiento establece:

"Las personas físicas o morales están obligadas a contribuir para los gastos públicos conforme a las leyes fiscales respectivas; las disposiciones de este

Código se aplicarán en su defecto y sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de que México sea parte."

Por lo anterior, podemos afirmar que en el Código en comento se establecen y regulan obligaciones que facilitan la determinación y realización justa y equitativa de las contribuciones.

15.1.2 EJERCICIO FISCAL

El primer efecto que fiscalmente trae como consecuencia la fusión de sociedades, consiste en la conclusión anticipada del ejercicio fiscal, respecto de la o las fusionadas, ya que concluye a la fecha en que las sociedades se extinguen o quedan, fusionadas; por lo que respecta a la escisión, el ejercicio fiscal terminará anticipadamente, siempre y cuando estemos ante una escisión pura.

El artículo 11 del Código Fiscal de la Federación en su parte conducente establece:

"En los casos en que una sociedad entre en liquidación, sea fusionada o se escinda, siempre que la sociedad escidente desaparezca, el ejercicio fiscal terminará anticipadamente en la fecha en que entre en liquidación, sea fusionada o se escinda, respectivamente..."

Ahora bien, conforme a la redacción del citado precepto, ¿Qué debemos entender por "En la fecha en que sea fusionada o escindida"? ¿A qué momento exacto se refiere?. El Código Fiscal y su reglamento no dan contestación a dichas preguntas, por lo que debemos remitirnos a la legislación que regula dichas figuras esto es la Ley General de Sociedades Mercantiles; consideramos que el término "En la fecha en que sea fusionada o escindida", es el momento en que surten plenos efectos tanto la escisión como la fusión, de conformidad con la ley de sociedades; remitimos al lector al capítulo de la presente tesis en donde se trata con profundidad el tema de "Momento en que surten efectos la fusión y escisión de sociedades."

15.1.3 REGLAS PARA LA FUSION Y ESCISION, PARA QUE LA TRANSMISION QUE OPERA NO SE CONSIDERE COMO ENAJENACION

1. Se establece que cuando desaparezca una sociedad con motivo de escisión, la sociedad escidente deberá designar a la sociedad que asuma la obligación de presentar las declaraciones de impuestos del ejercicio e informativas que en los términos establecidos por las leyes fiscales le correspondan.

Por otra parte en el Código Fiscal se establece que cuando se realicen varias escisiones sucesivas o una fusión después de una escisión el periodo de tenencia accionaria del 51% (Cincuenta y uno por ciento) con derecho a voto, se inicia a partir del año inmediato anterior a la fecha en que se presente, el aviso correspondiente ante la autoridad fiscal en los términos del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, relativo a la última escisión o fusión efectuada, sin que hubiera transcurrido entre una y otra el plazo de dos años contados a partir del año inmediato anterior a la fecha en que se presente el aviso correspondiente ante la autoridad fiscal en los términos del Reglamento del Código Fiscal de la Federación. Para el caso de la escisión por reformas al Código Fiscal de la Federación que entraron en vigor el primero de enero de 1996, se eliminó la disposición que establecía que no se incumplía con el requisito de la tenencia del 51% (Cincuenta y uno por ciento) de las acciones con derecho a voto cuando se enajenarán acciones a personas que hubieran sido propietarias de acciones con derecho a voto de la sociedad escidente al momento de la escisión, siempre y cuando dichas personas no variaran, su tenencia accionaria del capital social de las escindidas en más de un 20% (Veinte por ciento) del capital social de la sociedad escidente.

En materia de fusión de sociedades, se eliminan todos los requisitos que estaban en vigor hasta el 31 de diciembre de 1995 relativos a la no enajenación, para establecer simplemente que en los casos de fusión, no se considerará enajenación dicho acto siempre que la sociedad que subsista o la que surja con motivo de la fusión, presente las declaraciones de impuestos del ejercicio y las informativas, que en los términos establecidos por las leyes fiscales les correspondan a la sociedad o sociedades fusionadas correspondientes al ejercicio que terminó por fusión.

Con lo anterior, se vienen a simplificar los actos de fusión, al haberse eliminado el requisito de permanencia accionaria del 51% (Cincuenta y uno por ciento) excepto en los casos de fusión que se realice después de una escisión.

Con la multicitada reforma, se adicionaron dos nuevas disposiciones para los casos de fusión y escisión de sociedades en materia de presentación de declaraciones para establecer que en estos casos, cuando la sociedad escidente desaparezca, la sociedad que subsista, la que surja con motivo de la fusión o la escindida que se designe, deberá presentar las declaraciones del ejercicio y las demás declaraciones informativas de la escidente o de las fusionadas que desaparezcan, correspondientes al ejercicio que terminó por fusión o escisión y enterar los impuestos correspondientes o, en su caso solicitar por la empresa que desaparezca la devolución de los saldos a favor de esta última que resulten, siempre que se cumplan los requisitos que mediante reglas de carácter general establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En las declaraciones del ejercicio a que nos hemos referido, así como a las informativas correspondientes a la fusionada o a la escidente que desaparezca, se deberán considerar todos los ingresos acumulables y las deducciones autorizadas, el importe total de los actos o actividades gravadas y exentas y de los acreditamientos, el valor de todos sus activos o deudas, según corresponda que la misma tuvo desde el inicio del ejercicio y hasta el día de su desaparición; en este caso se considerará como fecha de terminación del ejercicio aquella que corresponda a la fusión o escisión.

Todas estas obligaciones en materia de presentación de declaraciones ya sea para pago de impuestos o bien de carácter informativo, vienen a incorporarse con base a la reforma fiscal, realizada al Código Fiscal de la Federación que entró en vigor el primero de enero de 1996, ya que en las demás leyes de carácter fiscal fueron eliminadas las citadas obligaciones.

15.1.4 AVISOS

Conforme a la fracción VIII del artículo 58 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, la sociedad fusionante o la que surja con motivo de la fusión deberán presentar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los avisos de fusión que informarán la denominación social de las sociedades en fusión y la fecha de ésta.

Así mismo, dichas sociedades, deberán presentar el aviso de cancelación de inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes de las sociedades que se extinguen como resultado de la fusión, junto con la última declaración del ejercicio de fusión, así como de la constancia de la inscripción en el Registro Público de Comercio.

15.1.5 TENENCIA ACCIONARIA.

Como se expuso conforme a las reformas a las leyes fiscales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 15 de diciembre de 1995, que entraron en vigor el primero de enero de 1996, para gozar del beneficio de la no enajenación por canje de acciones derivada de fusión, ya no es necesario guardar el 51% (Cincuenta y uno por ciento) de tenencia accionaria a que constreñía la ley.

15.1.6 DICTAMEN FISCAL.

Conforme al artículo 32-A fracción III del Código Fiscal de la Federación, las empresas que se fusionan deberán dictaminar estados financieros por Contador Público autorizado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por el ejercicio siguiente al de la fusión.

15.2.1 DISPOSICIONES RELACIONADAS CON LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES CONTEMPLADAS EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

En principio el artículo 5-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, establece que la transmisión de bienes por efecto de la fusión y escisión de sociedades, producirá los efectos que dicha ley contempla para los actos de enajenación.

Como se estudió, uno de los efectos característicos de las figuras en estudio, es la transmisión de bienes, derechos y obligaciones. Como se sabe, el concepto de enajenación que maneja la Ley del Impuesto Sobre la Renta difiere del que adopta nuestra legislación civil.

En este tema estudiaremos los efectos que se producen respecto de ciertos conceptos que maneja la Ley del Impuesto Sobre la Renta, tales como ingreso acumulable, deducciones, pérdidas, derivados de la fusión y escisión de sociedades.

15.2.2 ACREDITAMIENTO DEL IMPUESTO PAGADO EN EL EXTRANJERO.

Conforme al párrafo cuarto del artículo 6 de la ley de estudio, cuando una persona moral tenga derecho a acreditar el Impuesto Sobre la Renta pagado en el extranjero, se escinda, si se trata de escisión impura, el derecho a acreditamiento le corresponderá exclusivamente a la escidente; con lo anterior el pacto en contrario no surte efecto alguno.

Tratándose de escisión pura el derecho acreditable se transmitirá a las escindidas, en la proporción en que se les transmitió el capital social de la escidente.

15.2.3 PAGOS PROVISIONALES EN LA ESCISION.

Como hemos visto en la materia fiscal los principios de derecho civil y mercantil respecto de ciertas figuras no operan. En cuanto a los pagos provisionales la ley establece que las sociedades que nazcan por efecto de la escisión deberán efectuar su primer pago provisional, a partir del mes siguiente en que "ocurra la escisión", considerando el coeficiente de utilidad de la sociedad escidente del ejercicio que se trate. Una vez más encontramos vaguedad en la redacción de la ley, ¿Qué debemos entender por "el mes siguiente en que ocurra la escisión"?, consideramos que se refiere al momento en que se surte plenos efectos la escisión (Para tal efecto remitimos al lector al capítulo de la presente tesis, en donde se trata el problema del momento en que surte efectos la escisión).

Situación importante de destacar es que los pagos provisionales de la escidente realizados con anterioridad a la escisión, no podrán asignarse a la o las escindidas, aun en el caso de escisión pura; lo anterior hace ver que el principio de sucesión universal no se aplica indefectiblemente en las figuras jurídicas en estudio.

15.2.4 INGRESO ACUMULABLE EN LA FUSION

No se considerará ingreso acumulable a la ganancia que se derive de la fusión de sociedades, cuando se hayan cumplido los requisitos previstos en el artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación.

Para determinar la ganancia por enajenación de acciones el costo comprobado de adquisición de las mismas, será igual al costo promedio por acción que tenían las acciones en las fusionadas al momento de la fusión.

15.2.5 PERDIDA FISCAL EN LA FUSION Y ESCISION DE SOCIEDADES.

Como se sabe el sistema para gravar la renta de las personas morales, en el caso que nos ocupa, esto es el de las sociedades mercantiles, se funda en una fundamental operación a saber: ingresos acumulados durante el ejercicio menos las deducciones autorizadas por la propia ley. Dicha operación se funda y se inspira en el espíritu y naturaleza del propio impuesto sobre la renta, a este respecto Giannini afirma que el impuesto sobre la renta, como impuesto directo, tiene su objeto en la propia renta, dicho autor abunda que la renta es un hecho económico, lo único que acontece es que adopta en esta función suya, las características más precisas y específicas que le imprime el Derecho Tributario. Por tanto la consideración de la renta como hecho económico ofrece tan solo el núcleo sustancial, pero burdo, del concepto de renta imponible, cuya precisión y delimitación no pueden obtenerse mas que mediante el análisis de las normas tributarias, conforme a lo anterior y del estudio de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, encontramos que la base imponible del impuesto se conforma con la formula ingresos acumulables menos deducciones autorizadas.

Si los ingresos son mayores que las deducciones obtenemos utilidad fiscal, y sobre la misma se tendrá que cubrir el impuesto aplicando la tasa respectiva, si las deducciones son mayores que los ingresos nos encontraremos ante una pérdida, así el artículo 55 de la ley en comento establece que la pérdida fiscal será la diferencia entre los ingresos acumulables del ejercicio y las deducciones autorizadas por la propia ley, cuando el monto de estas últimas sea mayor que los ingresos.

En el transcurso de la operación de una sociedad, las pérdidas fiscales que se generaron en un periodo de tiempo determinado no quedan en el olvido por la sola terminación del ejercicio, sino que la ley fundándose en un principio de justicia tributaria, permite que la pérdida fiscal ocurrida en un ejercicio podrá disminuirse de la utilidad fiscal de los diez ejercicios siguientes.

En este orden de ideas, las sociedades que pretendan fusionarse o escindirse, cuentan con una pérdida o utilidad fiscal al momento de acordar la fusión o escisión, a menos que dicha sociedad en el ejercicio correspondiente no hubiere realizado operación alguna. Así las cosas en principio y conforme a las reglas generales de la fusión, la utilidad y pérdida fiscal de la o las fusionadas debería de transmitirse a la fusionante, sin embargo el último párrafo del artículo 55 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta establece que el derecho a disminuir pérdidas es personal del contribuyente que las sufra y no podrá ser transmitido a otra persona ni como consecuencia de fusión, sin embargo para el caso de escisión dicho numeral establece que las pérdidas fiscales pendientes de disminuirse de utilidades fiscales, se podrán dividir entre las sociedades escidente y las escindidas en la proporción en que se dividan el capital con motivo de la escisión. Consideramos que la asignación de pérdidas en el caso de la escisión, opera tanto en la escisión pura como en la impura. Ahora bien, ¿Qué razones inspiraron al legislador, para establecer como excepción a la regla general de la transmisión a título universal por efecto de la fusión, el que las pérdidas fiscales de la o las fusionadas no se transmitan a la sociedad fusionante?

Consideramos que la razón que motivó al legislador para adoptar dicha medida, fue la de evitar la realización de múltiples fusiones como actos simulados, fusiones que se realizarían con el único fin de disminuir la posible utilidad fiscal con que

contare la fusionante, sin que realmente la pérdida de la o las fusionadas hubiere tenido relación o conexión alguna con la utilidad fiscal de la fusionante.

Esto es, si no se hubiere estipulado tal disposición, se presentarían en la práctica fusiones, cuyo único objetivo sería disminuir la utilidad fiscal de la sociedad fusionante ya existente y con esto pagar impuestos en menor cuantía, distorsionándose con esto la finalidad y naturaleza por la que fue incorporada la fusión a nuestro sistema jurídico.

Sin embargo y como se citó, para el caso de la escisión la ley permite que la escidente transmita a la o las escindidas las pérdidas fiscales pendientes de deducir en la proporción en que fue transmitido el capital social de la escidente. Razonamos que el legislador optó por dicha excepción toda vez que las sociedades escindidas son sociedades de nueva creación y por tanto no cuentan con utilidad fiscal anterior al momento de la escisión para deducir pérdidas.

Conforme a lo hasta aquí expuesto en relación con la pérdida fiscal, hemos analizado las pérdidas desde el punto de vista de las sociedades fusionadas, sin embargo ¿Qué pasa con las pérdidas fiscales de la sociedad fusionante?

El artículo 57 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta establece que en los casos de fusión, la sociedad fusionante sólo podrá disminuir su pérdida fiscal ajustada pendiente al momento de la fusión con cargo a la utilidad fiscal ajustada correspondiente a la explotación de los mismos giros o actividades en los que se produjo la pérdida.

Lo anterior significa que la o las fusionadas podrán transmitir la utilidad fiscal que tenían al momento de la fusión a la fusionante, y que esta última podrá deducir la pérdida fiscal que tenía al momento de la fusión contra dichas utilidades. Ahora bien la posibilidad antes expuesta se encuentra limitada en el propio artículo 57 de la ley de la materia, cuando condiciona la disminución de la pérdida fiscal contra la utilidad que se hubiere generado en la misma explotación, actividad o giro en que se obtuvo dicha pérdida.

Esto es, para que la utilidad fiscal de la fusionada pueda deducirse contra la pérdida de la fusionante, es necesario que ambas (tanto la pérdida como la utilidad), se hubieren generado en la realización de la misma actividad, explotación o giro. Lo anterior creemos que se justifica en la propia naturaleza del impuesto sobre la renta, que como impuesto directo grava cualquier manifestación inmediata de la capacidad contributiva, es obvio que a la capacidad contributiva hay que restar los gastos que se ocasionan para la generación de utilidades, por lo que no resultaría justo y equitativo para otras personas morales que se dedicaran a la misma actividad o giro, el que otra persona moral pudiere deducir pérdidas fiscales derivadas de otra actividad o giro distinta a la de ésta y éstas, es mas podríamos afirmar que resultaría lesivo para la sana competencia económica.

15.2.6 FUSION DE SOCIEDADES CONTROLADORA, SUPUESTOS EN LOS QUE NO SE CONSIDERA DESINCORPORACION

Como se citó en el capítulo XIV del presente trabajo, la Ley del Impuesto Sobre la Renta en el artículo 57-A, establece el concepto de lo que, para los efectos de dicho ordenamiento, debe entenderse por sociedad controladora, en principio dicho numeral establece una opción en favor de la sociedad controladora para considerar su resultado fiscal consolidado, debiendo determinar el mismo conforme a las reglas del artículo 57-E de la propia ley. Una vez ejercida la opción citada, la controladora deberá continuar pagando el impuesto que le corresponda, sobre el resultado fiscal consolidado, por un periodo no menor de cinco ejercicios a partir de aquel en que empezó a ejercer la opción.

Por otra parte el artículo 57-J, establece que la sociedad que deje de ser controlada, deberá presentar un aviso, sin embargo el último párrafo de dicho numeral establece que en el caso de fusión de sociedades no existe desincorporación de las controladas en la controladora en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la controlada que se fusiona sea absorbida totalmente por otra u otras controladas de la misma controladora.

b) Cuando una controladora absorba a una controlada que forme parte del mismo grupo.

c) Cuando la controlada absorba a la controladora.

15.2.7 CUENTA DE CAPITAL DE APORTACION.

El artículo 120 en su fracción II, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta establece que el saldo de la cuenta de capital de aportación, únicamente podrá transmitirse a otra sociedad por efecto de escisión o fusión de sociedades.

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 dichas sociedades que sean propiedad de las que subsistan al momento de la fusión, representen respecto del total de sus acciones.

En el caso de escisión, dicho saldo se dividirá entre la sociedad escidente y las escindidas en la proporción en que se divida el capital social por efecto de la escisión.

CONCLUSIONES

1. Consideramos que las escisiones realizadas con anterioridad al 11 de junio de 1992, fecha en la cual entró en vigor la reforma a la ley General de Sociedades Mercantiles por la que se incorpora y regula la escisión de sociedades en la misma, son válidas; el problema consideramos radicaría en la viabilidad de la inscripción en el Registro Público de Comercio, ya que si no se inscribe la escisión en dicho registro ésta no surte efectos frente a terceros.

2. La transmisión de bienes, derechos y obligaciones que opera por efecto de la fusión y escisión de sociedades, comparte muchas características de la transmisión a título universal, más sin embargo ésta no se configura plenamente en dichas figuras .

3. La constitución de las sociedades que se crean por efecto de la fusión y escisión de sociedades debe realizarse a través de las características y formalidades de la constitución simultánea de conformidad con los artículos 90 y 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por otra parte consideramos que la constitución de sociedades por efecto de la fusión y escisión, no es una forma de constitución distinta a la simultánea o sucesiva, únicas clases de constitución previstas en la ley societaria.

4. La naturaleza jurídica de la fusión de sociedades, se explica en la teoría del acto de ejecución complejo, teoría que se explica a lo largo del presente trabajo.

5. En la escisión de sociedades es requisito sine qua non que se transmita por lo menos parte del activo, pasivo y capital de la sociedad escidente, ahora bien puede suceder que la sociedad escidente no cuente al momento de adoptarse la escisión, con activo o bien con pasivo, en este caso la escisión sería totalmente válida, la invalidez operaría si efectivamente la escidente contare con activo, pasivo y capital, y no transmitiera a la o las escindidas parte o la totalidad de dichas cuentas.

6. La adopción de un acuerdo de fusión, y la celebración del contrato de fusión, sin que a ese momento se encuentre totalmente suscritas y pagadas las acciones de alguna de las fusionadas, no invalida el acuerdo y el contrato de fusión respectivo.

7. En la fusión impura o por incorporación, sí se puede realmente hablar de un canje de títulos o acciones, previa emisión de las mismas por parte de la sociedad fusionante. En sentido práctico y conforme a nuestra legislación societaria, dichos títulos o acciones se entregarían o estarían a disposición de los interesados (contra entrega de acciones de la sociedad fusionada), tres meses después de la fecha de inscripción del último acuerdo de fusión, y claro conforme a la tesis que sostuvimos en el presente trabajo, una vez que se hubiere celebrado el contrato de fusión, en donde se concretan y ejecutan dichos acuerdos.

8. En la fusión pura o por integración, no podemos hablar de un efectivo canje de títulos o acciones, las acciones de la sociedad fusionante se emiten en favor de las personas, que aparezcan como accionistas de la sociedad en la escritura constitutiva, y en realidad las personas interesadas, en un principio no tendrán que exhibir sus títulos o acciones, para obtener los títulos o acciones de la sociedad de nueva creación.

9. Consideramos desafortunada la redacción de la fracción VII del artículo 228 Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que razonamos que la escisión debe surtir plenos efectos, a la fecha de la escritura en donde conste la constitución de todas y cada una de la o las escindidas, que se contemplan en el acuerdo de escisión, ya que al igual que como se expuso para la fusión, si entendemos por plenos los efectos el que se transmita todo o parte del patrimonio social de la escidente, cabe la posibilidad de enfrentarnos ante el problema de transmisión del patrimonio a un ente que no ha nacido a la vida jurídica con las formalidades que establece la ley de sociedades.

10. No consideramos acertada la redacción del artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuando establece que transcurrido el plazo señalado 3 (Tres) meses sin que se haya formulado oposición, se podrá llevar a cabo la fusión y la que subsista tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas; lo anterior hace suponer que el momento en que se transmiten los derechos y obligaciones de la o las fusionadas a la fusionante, es el día siguiente a transcurridos los 3 (Tres) meses después de la inscripción del último acuerdo de fusión de las sociedades participantes de la fusión. Proponemos una reforma a dicho artículo, a efecto de establecer que la fusión surtirá plenos efectos y con esto operará la transmisión de

derechos y obligaciones de la o las fusionadas, a la fecha de celebración del contrato de fusión, que deberá ser elevado a escritura pública después de transcurridos los 3 (Tres) meses a que se refrene el propio artículo 224 de la ley de sociedades.

11. Consideramos que la Ley Federal de Competencia Económica, en su contenido y alcance, puede sancionar tanto la fusión de sociedades, como una escisión; como actos tendientes a monopolizar ciertas ramas y actividades económicas.

12. En la escisión de sociedades, la Ley General de Sociedades Mercantiles no establece mínimos porcentuales, de la cantidad de activo, pasivo y capital que debe transmitir la sociedad escidente a la o las escindidas, con lo cual en una escisión se podría transmitir \$1.00 (UN PESO 00/100 M.N.), como elemento de la cuenta de activo y el grueso de la operación en pasivo y capital.

Por tal motivo sugerimos modificar la redacción de la Ley General de Sociedades Mercantiles, para quedar como sigue:

"Transmitir la totalidad o parte de cualquiera de las cuentas de activo, pasivo y capital, siempre y cuando se transmita la cantidad y suma necesaria para que se integre el capital social mínimo de la o las escindidas, conforme a lo dispuesto en el artículo 89 fracción II de la ley societaria".

13. Nuestro sistema jurídico no impone sistema o método de valoración económica de las sociedades que participan en una fusión.

14. En nuestro punto de vista y conforme se encuentra regulada la inscripción de la fusión en el Registro Público de Comercio debemos distinguir:

- a) El acto jurídico consistente en la fusión.
- b) Los efectos jurídicos inherentes a la fusión.

En este orden de ideas y en nuestro punto de vista, la inscripción en el Registro Público de Comercio no produce efectos constitutivos en relación a la existencia del propio acto de fusión, pero si podemos afirmar que el Registro tiene efectos constitutivos en cuanto a los efectos jurídicos del acto.

15. Sugerimos se adicione la Ley General de Sociedades Mercantiles, en cuanto a la fusión de sociedades, a efecto de que se conceda en forma el derecho de separación en favor del socio disidente del acuerdo fusión; aun cuando consideramos que en base al artículo 206 de la ley de sociedades, el derecho de separación opera indirectamente cuando la fusión implique para la fusionada un cambio en el objeto social, nacionalidad o transformación de la misma.

16. Consideramos que el derecho de oposición judicial contra los acuerdos de fusión y escisión de sociedades, consagrado los artículos 200,201 y 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles se distingue y es cuestión ajena a las nulidades.

17. Criticamos el hecho de que en la Ley General de Sociedades Mercantiles, refiera el balance de fusión como el último balance, por lo anterior sugerimos una reforma y adición a el artículo 223 de la ley de sociedades en el sentido de aclarar y obligar que los balances que deben publicarse, requieren ser presentados y aprobados en la asamblea donde se adopta la fusión y estar referidos al día anterior al que se celebra la asamblea.

18. Tanto en la fusión como en la escisión de sociedades, la adopción de los acuerdos respectivos, implica la entrada en un periodo disolutorio, más no de liquidación de las sociedades participantes.

BIBLIOGRAFIA

- Barrera Graf, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa. México, D.F. 1989
- Barrera Graf, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa. México, D.F. 1957
- Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. México, D.F. 1991
- Cámara Alvarez M. Estudios de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos. Madrid. 1977.
- De Pina Vara Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa. México, D.F. 1970
- García Rendón Manuel. Sociedades Mercantiles. Editorial Harla. México, D.F. 1993
- Garrido De Palma Víctor M. Estudios sobre la Sociedad Anónima. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid. 1993
- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo I. Editorial Porrúa. México, D.F. 1987.
- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II. Editorial Porrúa. México, D.F. 1987.
- Garrigues y Uria. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Madrid. 1976
- Gómez Cotero. Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles (Efectos Corporativos, Fiscales y Laborales). Editorial Themis, México, D.F. 1993.
- Giannini. A.D. Instituciones de Derecho Tributario. Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1957
- Rodríguez Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Editorial Porrúa. México, D.F.
- Rodríguez Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Editorial Porrúa. México, D.F.
- Sainz De Bujanda. Manual de Derecho Fiscal. Editorial H.B. Madrid. 1957.
- Sánchez Caleno. Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial Edersa. Madrid 1991.

- Sánchez Olivan José La Fusión de Sociedades. Estudio Económico, Jurídico y Fiscal. Editorial de Derecho Financiero. Madrid.
- Vasquez del Mercado Oscar. Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa, México, D.F. 1987.
- Vicent Chulia. Compendio crítico de Derecho Mercantil Editorial Bosch. Madrid 1991.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Federal de Competencia Económica.

Código Fiscal de la Federación.

Ley del Impuesto sobre la Renta.

Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Reglamento del Código Fiscal de la Federación.

Código de Comercio.