

879309
18
24.



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE, S. C.**
FACULTAD DE DERECHO
INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
Clave: 8793-09



**"LA ESCISION DE LAS ASOCIACIONES
Y SOCIEDADES CIVILES EN EL CODIGO CIVIL
PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
Alejandro Lorenzo Guzmán Yáñez

ASESOR:
Lic. Juan José Muñozledo Rábago

CELAYA, GTO.

DICIEMBRE 1996.

**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.

SABER LEYES NO ES CONOCER SUS PARABRAS,
SINO SI ESPERANZA Y SUS EFECTOS.
CELSO

ADONDE QUISIERA QUE VAYA, ENCONTRARÉ EL SOL,
LA LUNA Y LAS ESTRELLAS, ENCONTRARÉ SIEMBROS
Y PRESAGIOS Y CONVERSARÉ CON DIOS.
EPICTETO

AL GOBIERNO, MICHAEL
LEYES.
TACITO

A mi gorda, por su eterna tolerancia y cariño.

Al amor de mis amores, Alex.
Y a los que están por venir.

A mis padres, por su perpetua comprensión.

A mi hermano Javier, por su ejemplo.
A mi hermana Esperanza, de quien aprendí el valor.
A mi hermana Luz, por su ternura.
A mi hermano Mauricio, que hizo suyas mis causas.

A mi padrino, Lic. Héctor Gustavo Ramírez Valdéz,
quien hizo posible este hermoso sueño.

Por su amistad, desinteresado apoyo
y consejo siempre oportuno,
mi compadre y hermano
Lic. Rafael Horacio Montoya Vargas.

A nadie, el único y
verdadero amigo.

A mi Facultad.

INDICE

INDICE

PRESENTACION

INTRODUCCION

CAPITULO I

PERSONAS MORALES	1
1.- PERSONAS MORALES.....	1
2.- ASOCIACIONES CIVILES.....	9
3.- SOCIEDADES CIVILES	17
4.- SOCIEDADES MERCANTILES	37

CAPITULO II

REORGANIZACION DE SOCIEDADES	65
1.- CONCENTRACION DE SOCIEDADES	65
2.- TRANSFORMACION	81

CAPITULO III

DIVERGENCIAS Y CORRESPONDENCIAS DEL DERECHO

DE SOCIEDADES Y OTRAS NORMATIVIDADES	84
1.- RAZONES DE DIVERGENCIA	85
2.- NECESARIA CORRESPONDENCIA ENTRE ACTOS MERCANTILES Y LOS ACTOS DE IMPOSICION EN MATERIA TRIBUTARIA	87
3.- CASOS ESPECIFICOS EN QUE LAS LEYES TRIBUTARIAS SE HAN ANTICIPADO A LAS MERCANTILES.....	88
4.- ANTECEDENTES DEL ARTICULO 228-BIS DE LA LGSM	89

CAPITULO IV

ESCISION DE SOCIEDADES	95
1.- CONCEPTO DE ESCISION	96

2.- TIPOS DE ESCISION	97
3.- TEXTO QUE ADICIONA AL CAPITULO IX DE LA LGSM	101
4.- ELEMENTOS COMUNES ENTRE FUSION Y ESCISION	113
5.- MOTIVOS DE REESTRUCTURACION POR MEDIO DE ESCISION DE SOCIEDADES	117
6.- EFECTOS CORPORATIVOS DE LA ESCISION DE SOCIEDADES ..	124
CAPITULO V	
MARCO FISCAL DE LA ESCISION	138
1.- CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION	139
2.- LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA	150
3.- LEY DEL IMPUESTO AL ACTIVO	166
4.- LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	170
5.- IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCION Y SERVICIO	171
CONCLUSIONES	172
BIBLIOGRAFIA.....	177

PRESENTACION

Me permito someter a la consideración de este Jurado el trabajo que he considerado puede justificar mi ingreso a la vida Profesional del Licenciado en Derecho, el cual lleva una parte de mi limitada experiencia en la Materia, pero con la verdadera conciencia de que el presente estudio será de utilidad, no sólo a un servidor, sino a varios de mis compañeros y futuros colegas, tanto Licenciados en Derecho como Licenciados en Contaduría Pública, ya que fueron considerados todos los aspectos que regulan la figura de la escisión, presento a su consideración.

INTRODUCCION

El presente trabajo nace de la inquietud de crear algo nuevo, que sea útil en la vida práctica, de pasar la barrera que nos acompaña a todos los mexicanos aun antes de nacer.

La investigación realizada es un estudio concienzudo de las asociaciones y sociedades civiles que puede servir tanto a abogados como a administradores y contadores que desconocen la aplicación práctica de este tipo de entes tan poco frecuentes y diferentes a las sociedades que normalmente se manejan, las mercantiles, la ignorancia de esta materia se debe a que raramente manejamos entes con estas características pero es deber de todo profesional desenvolverse en todas la ramas del conocimiento de su especialidad.

La finalidad este humilde trabajo es la iluminar a más de uno en este basto mar legislativo.

En este trabajo busco plasmar lo que a mi parecer es justo, que se de un trato igual a iguales, que es lo que todos los humanos buscamos.

La meta de mi vida no la de superar a nadie, sino todo lo contrario, la de vivir en armonía amar y ser amado.

CAPITULO I

PERSONAS MORALES

1.- PERSONAS MORALES

Punto de partida necesario para todo estudio de las sociedades es la referencia a la noción de persona moral. También llamadas personas colectivas o personas jurídicas, las personas morales son entidades formadas por la reunión de varios individuos u otras personas morales, gozan de una personalidad propia e independiente de los miembros que las componen y tienen por objeto la realización de fin lícito determinado por sus propios miembros.

A través de disposiciones jurídicas el Estado reglamenta y disciplina los derechos y obligaciones de las personas morales y puede modificarlas o suprimirlas.

Solamente gozan de personalidad jurídica (son aptos de derechos y pueden cumplir obligaciones) mediante la autorización formal y expresa del Estado. Por eso se requiere del cumplimiento de los requisitos y formalidades legales establecidos el efecto y de permisos y registros y demás actos previstos por las mismas disposiciones jurídicas.

Sus facultades se encuentran limitadas al cumplimiento de los propósitos para los que han sido constituidas. Como entes cuya creación se encuentra autorizada por una ley, es principalmente la disposición legal que reconoce su personalidad la que determinará esas facultades. Los artículos 25 y 27 del Código Civil para el Estado de Guanajuato aluden en forma genérica a los alcances de la personalidad jurídica.

El Estado puede reconocer la personalidad jurídica de los entes colectivos de dos maneras: por medio de una disposición legislativa general que acuerde la personalidad a toda corporación que se encuentre en determinadas condiciones o llene determinados requisitos (como en el caso de las sociedades mercantiles y las asociaciones y sociedades civiles, entre

otras); o por una decisión expresa dada para cada caso concreto (por ejemplo mediante la creación de los organismos descentralizados, cuya ley o decreto que los crea determina y funda su personalidad jurídica). En todo caso se requiere que una disposición jurídica, general o específica, reconozca la personalidad jurídica correspondiente, sin lo cual, a pesar de que pueda darse la unión de varios individuos para la realización de propósitos comunes no habrá una persona jurídica distinta de tales individuos.

El artículo 24 del Código Civil enumera, enunciativamente, las personas morales, diciendo:

“Son personas morales :

I.- La nación , los Estados y los Municipios;

II.- Las corporaciones de carácter público y las fundaciones reconocidas por la ley;

III.- Las asociaciones y sociedades civiles y mercantiles ;

IV.- Los sindicatos demás asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución General de la República;

V.- Los ejidos y las sociedades cooperativas y mutualistas;

VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley, y

VII.- Todas las agrupaciones a las que la ley reconozca ese carácter.”

De la enumeración que formula el precepto transcrito podemos observar que la misma es solamente un enunciado general, pero tanto sus fracciones segunda y sexta regulan el principio general de que será persona moral todo aquel ente al que la ley le confiera una personalidad diferente a la de sus miembros.

Las personas morales, en lo que corresponde a su constitución, funcionamiento y extinción, se rigen por la ley del lugar de su constitución. Este principio parte de la consideración expuesta de que si solamente a través de una disposición jurídica es posible constituir una nueva persona moral, será la propia ley la que determine sus características y operación. A ello alude el artículo 27 del Código Civil cuando remite a las "leyes correspondientes"; asimismo, el artículo 2253 del propio Código Civil, referente a las personas morales extranjeras.

La personalidad jurídica implica la aptitud para actuar en el campo del derecho. Esta aptitud denota ciertas cualidades, denominadas atributos de la personalidad. Así como los seres humanos, en su carácter de personas para el derecho, poseen algunos atributos que el propio derecho regula, las personas morales los poseen semejantes. Tales atributos reconocidos y regulados por las leyes son: el nombre, el domicilio, la nacionalidad, la capacidad y el patrimonio.

Cada ordenamiento jurídico regula dichos atributos, exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos y determinando efectos distintos en cada caso. Al tratar los tipos de sociedades y asociaciones de que habré de ocuparme aludiré a ellos.

1.1.- SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES

Aun cuando en el mundo práctico y muy especialmente como consecuencia de lo dispuesto por las leyes fiscales la distinción ha perdido nitidez, los ordenamientos jurídicos atribuyen características diferentes y regulan de modo distinto a sociedades mercantiles y sociedades civiles.

No es la única diferencia entre ambos tipos de sociedades el hecho de que se encuentren reguladas por distintos ordenamientos jurídicos, pero aun este hecho es

importante y necesario de tener en cuenta. Las sociedades mercantiles rigen su existencia por la ley general de Sociedades Mercantiles, que es un ordenamiento de carácter federal y, en consecuencia, de aplicación en todo el territorio de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que las sociedades civiles encuentran su regulación en el Código Civil que, para los efectos de ella es un ordenamiento de carácter local, lo que provoca que en nuestro país tengamos tantos códigos civiles como entidades federativas integran nuestro sistema político. Por lo que el régimen jurídico de las sociedades de carácter civil será determinado por cada uno de tales ordenamientos y si bien es cierto que hay una gran semejanza entre las disposiciones relativas en los diferentes códigos civiles, suele haber algunas diferencias de importancia. Estas diferencias serán las que en un momento dado y ante problemas concretos deberán ser tomadas en cuenta.

Un punto de vista importante para diferenciar a las sociedades mercantiles de las sociedades civiles es el relativo a su forma de constitución. El artículo 4 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que "Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1º. de esta ley", haciendo con ello abstracción de los fines que se propongan realizar. Por tanto, independientemente de tales fines, serán mercantiles todas las sociedades que adopten cualquiera de las formas reguladas por esa ley. Es decir, que sean constituidas como sociedades en nombre colectivo; en comandita simple; de responsabilidad limitada; anónima; o en comandita por acciones.

Criterio distinto es el que emplea el Código Civil, pues el artículo 2206 hace depender la naturaleza civil de una sociedad de la realización de un fin que sea "preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial", a pesar de que el artículo 2213 dispone que "Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles". La distinción no tiene un alcance puramente teórico, sino que da lugar a consecuencias prácticas, como han sido los intentos por transformar sociedades civiles en sociedades mercantiles y los problemas de sociedades que habitualmente realizan actos de naturaleza mercantil.

En relación con el primero de los puntos es necesario señalar que. Visto de manera simplista, no existe un problema mayor, puesto que en la esfera de la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen se encuentra la decisión de constituir la sociedad y, por lo tanto, de hacerlo de cualquiera de las formas reconocidas por la ley. Nada impide que, habiéndose constituido bajo la forma de sociedad civil, se adopte la forma de una sociedad mercantil. Para ello bastaría el acuerdo correspondiente. Los obstáculos, sin embargo, se encuentran en lo siguiente: la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad y el cumplimiento de la formalidad de que la persona moral se encuentre inscrita en el Registro Público de Comercio (si es una sociedad mercantil) o en el Registro de Sociedades Civiles (si es una sociedad civil). El primero de estos obstáculos es, sin duda, el de mayor entidad.

Para que tenga sentido el cambio de forma de una sociedad civil en mercantil (o viceversa, aunque sea una situación que plantea problemas adicionales y resulta más extraña en el comercio jurídico) debe existir alguna causa jurídica. Esta puede encontrarse en la necesidad de adecuar la forma de la persona moral a la realidad de las operaciones que realiza, tomando en cuenta, fundamentalmente, lo que señalamos a propósito de los fines que prevé el artículo 2206 para las sociedades civiles. Sin embargo, la realidad suele ser otra, ya que generalmente, con el cambio de forma se espera obtener alguna ventaja que de otra manera no se alcanzaría y es ahí donde se encuentra el obstáculo.

La necesidad de que continúe la personalidad jurídica de la sociedad que cambia de forma y que no se entienda que ha sido creada una nueva persona moral estriba en que, de estar en el primer supuesto, no habría ningún acto a realizar, salvo el correspondiente a la formalización del cambio y su inscripción en el registro correspondiente; mientras que en el segundo, habría necesidad de realizar todos los actos necesarios para la disolución y liquidación de la sociedad originalmente constituida, así como los correspondientes a la constitución de la nueva sociedad. Esto, como es fácil suponer, trae consigo una serie de consecuencias, particularmente de carácter fiscal, que hacen inviable la modificación.

Con la mención de dos efectos de carácter fiscal mostraré la importancia de que se considere el cambio como una continuación de la personalidad: la antigüedad de las aportaciones efectuadas por los socios, cuyo monto se actualiza por el transcurso del tiempo; y la propiedad de bienes, que daría lugar al pago de los impuestos correspondientes en caso de transmisión, además de los gastos que ese traslado ocasione.

En la obtención de ventajas como las que mencioné estriba la importancia del cambio de naturaleza jurídica de las sociedades. Al respecto, es una posición consistente la de las autoridades que rechazan dicha modificación, además de que los propios registros públicos de comercio han adoptado el criterio de oponerse a la misma.

Vinculado con lo expuesto y relacionado con el problema de la diferencia entre los tipos de sociedades se encuentra el caso de las sociedades civiles que de manera habitual realizan actos de comercio. Al respecto es necesario tener en consideración que el Código de Comercio distingue entre los actos accidentales de comercio, cuya realización sujeta a las personas que los llevan a cabo a las leyes mercantiles, exclusivamente por lo que corresponde a tales actos (artículo 4 del Código de Comercio), de la situación en la que sean realizados dichos actos de manera habitual, pues en tal caso las personas pueden ser reputadas como comerciantes (artículo 1º del Código de Comercio).

En relación con este problema (que en la actualidad ha dejado de tener relevancia en el terreno fiscal, por la igualdad de trato fiscal a uno y otro tipo de sociedades) el artículo de la Ley General de Sociedades Mercantiles aporta la solución: Estamos en presencia de una sociedad mercantil irregular, cuyos representantes o mandatarios responderán del cumplimiento de los actos de la sociedad frente a terceros de una manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera resultar. Si hubiera socios no responsables de esa irregularidad podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a lo que actuaron como representantes.

1.2.- SOCIEDADES Y ASOCIACIONES CIVILES

Así como a propósito de las sociedades mercantiles frente a las sociedades civiles hice algunos señalamientos, es necesario, antes de entrar al comentario de las particularidades de cada tipo de entidad, mencionar tanto las sociedades como las asociaciones civiles se encuentran regidas por el mismo ordenamiento jurídico: el Código Civil.

Atendiendo a que la naturaleza de dichas entidades se determinan por la finalidad para la que han sido constituidas, el Código Civil dispone que las asociaciones deben proponerse fines que no tengan carácter preponderantemente económico (artículo 2189), mientras que las sociedades deben realizar fines económicos, pero que no constituyan una especulación comercial (artículo 2206).

Independientemente de la dificultad práctica que acarrea la determinación de la diferencia, es necesario señalar que el incumplimiento de dichos fines pueda suscitar algunos problemas de carácter jurídico, como por ejemplo, el que algún acto resulte nulo porque exceda los límites del objeto de la sociedad; o que se dé lugar a la irregularidad de la sociedad asociación con los efectos que determina la Ley General de Sociedades Mercantiles y que ya comente. Sin embargo, todo ello no significa que una asociación no pueda llevar actos de contenido económico o que sociedades civiles no puedan actos no solamente de carácter económico, sino aun mercantiles. La limitación legal radica en que no hagan de dichos actos su finalidad, pero los mismos pueden ser el medio para la realización de los fines correspondientes y por tanto, su realización esporádica o el hecho de que tales actos sean únicamente medios para conseguir propósitos no comerciales no modifica su naturaleza.

El ejemplo más gráfico que se me ocurre es el de el manejo de una cuenta bancaria. El libramiento de un cheque es un acto de carácter mercantil cuya realización, no convierte al librador en comerciante. Tampoco la compra o venta de bienes para aplicarlos a la realización de los objetivos sociales es contraria a los fines. Sin embargo, no es el caso de una sociedad o una

asociación que habiendo sido continua para un fin, por decir deportivo, se dedique de manera habitual a la realización de actos cuya finalidad sea por sí misma económica o comercial y ajena al fin de su constitución.

Dada la regulación fiscal actual, será en este terreno en donde la diferencia será acentuada, pues de la finalidad a realizar dependerá el estado fiscal de cada ente, como contribuyente o no contribuyente, y cada uno de los actos que realice dará lugar a un determinado régimen fiscal.

1.3.- RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MORALES

Este problema ha dado lugar a controversias, ya que mientras un sector de la doctrina se ha manifestado por considerar que el único sujeto activo de los delitos es la persona física, otro grupo opina que las personas morales sí pueden delinquir y consecuentemente son susceptibles de ser castigadas con las penas previstas por los ordenamientos legales correspondientes, aunque no puedan sufrir la pena de prisión. La cuestión es particularmente relevante en el terreno fiscal, porque de acuerdo con las leyes de la materia las personas morales resultan responsables de los actos y omisiones en que incurran y pueden ser sancionadas, es por eso que han sido tipificados delitos fiscales, sea necesario determinar si la responsabilidad penal de las personas morales tiene lugar.

En mi muy humilde opinión fiscal, atendiendo a lo que dispone el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 15, la persona moral únicamente puede ser considerada como un medio para la comisión de los ilícitos y como consecuencia los sujetos responsables serán las personas físicas que bajo cualquiera de las modalidades previstas ejecuten las conductas tipificadas, sin perjuicio de que en contra de la persona moral sean dictadas las medidas que el propio ordenamiento penal determina, suspendiéndola en sus actividades u ordenando su disolución y liquidación.

1.4.- PERMISO PARA CONSTITUIR SOCIEDADES Y PARA SU MODIFICACION

En cumplimiento de lo que dispone la fracción I del artículo 27 constitucional y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 15 y 16 de la Ley de Inversión Extranjera y 30, 31, 32, 33 y 34 de su reglamento, se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la constitución de toda clase de sociedades y para modificar sus estatutos, cuando dicha modificación implique el cambio de la denominación o razón social o la inclusión de la cláusula de extranjeros o el pacto para la admisión de los mismos.

Entre otros propósitos, el permiso tiene por objeto verificar que la denominación o razón social cumpla con lo que dispongan las leyes aplicables al tipo de sociedad de que se trate; y reservar en favor del usuario del permiso del derecho al uso exclusivo del nombre correspondiente.

Al constituir la sociedad se deberá incluir en los estatutos la "cláusula de exclusión de extranjeros", según la cual ningún extranjero podrá adquirir el derecho o participación alguna en la sociedad; o el "convenio o pacto expreso" mediante el cual los extranjeros se obligan a considerarse como mexicanos respecto de su participación en la sociedad de que se trate y no a invocar la protección de sus gobiernos, en caso de conflicto, bajo la pena en caso contrario, de perder en beneficio de la Nación las participaciones que hubieren adquirido.

2.- ASOCIACIONES CIVILES

2.1.- CONCEPTO

Es una persona moral creada mediante el acuerdo de varios individuos para la realización de un fin común, que tenga cierta permanencia o duración, de carácter político,

científico, artístico, de recreo o cualquiera otro que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico.

El concepto anterior deriva de lo que disponen los artículos 24 y 2189 del Código Civil. De acuerdo con el mismo tenemos que se crea una persona moral; o sea un ente jurídico de todos y cada uno de sus integrantes, con sus propios derechos y obligaciones. Su constitución deriva del acuerdo de sus integrantes, por lo que constituye un acto jurídico para cuya existencia y validez es necesario reunir los elementos y requisitos que para todo acto jurídico dispone la ley. El Código Civil lo considera un contrato, según lo dispone el artículo 2190.

La reunión de sus integrantes en la asociación no debe ser enteramente transitoria; debe tener permanencia o duración, ya que de otro modo no puede ser considerada como una asociación y tendrá simplemente el carácter jurídico de reunión. La ley no limita el tiempo de duración de la misma, por lo que será decisión de sus miembros la fijación del tiempo correspondiente. La duración puede ser referida no solamente a un tiempo, sino a una serie de actos, cumplidos los cuales la asociación se extinguirá.

El fin a realizar (lo que constituye el objeto de la asociación) debe ser común, pues ello es lo que motiva la participación de los miembros; no encontrarse prohibido por la ley y no tener carácter preponderantemente económico.

2.2.- CONSTITUCION

Las únicas formalidades exigidas por la ley para la constitución de una asociación son que el contrato correspondiente conste por escrito y que los estatutos que habrán de regirla sean inscritos en el Registro Público para que produzcan efectos frente a terceros, como lo disponen los artículos 2190 y 2193 del Código Civil.

De acuerdo con lo anterior, no constituye un requisito el otorgamiento de una escritura pública. Sin embargo, ésta es conveniente pues facilita el trámite de inscripción en el Registro Público, ya que de otra manera el documento privado en el que consten los estatutos deberá ser ratificado ante el registrador, quien deberá cerciorarse de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes, para proceder a su inscripción, atendiendo a lo que dispone el artículo 3005 del Código Civil para el Distrito Federal.

El documento constitutivo (contrato) y los estatutos, serán libremente redactados por los miembros y constituirán, con las disposiciones legales correspondientes, el instrumento que rija la vida de la asociación. Al respecto es de tomar en cuenta lo dispuesto por los artículos 27 y 1327 del Código Civil. Este último en cuanto consagra la autonomía de la voluntad de las partes, sin más límite que lo que corresponda a la naturaleza misma del acto o la formulación de las renunciaciones permitidas por la ley.

No es necesario reiterar que, en cuanto acto jurídico, deben ser cumplidos los elementos de existencia y requisitos de validez, como la manifestación de la voluntad de asociarse, el objeto de la asociación, la capacidad jurídica de los integrantes para obligarse y la libertad en la manifestación de la voluntad, la licitud del fin y la formalidad correspondiente.

2.3.- MIEMBROS

El Código Civil es inconsistente en la terminología que utiliza, pues indistintamente se refiere a "asociados", "miembros", e incluso "socios", teniendo por tales a los individuos que convienen en reunirse para la realización de la finalidad común. El término correcto es en el caso el de "asociados", en correspondencia con el carácter de la agrupación a la que pertenecen.

Al respecto la ley no hace referencia alguna, pues únicamente alude a los individuos que convienen en reunirse (artículo 2189) y a que la asociación puede admitir y excluir asociados.

De ello se han desprendido criterios opuestos, pues algunos sostienen que únicamente las personas físicas pueden tener el carácter de asociados, desde el momento en que solamente de ellas puede hablarse de "individuos" y únicamente las personas físicas pueden proponerse los fines que dan la naturaleza de la asociación, mientras que otros más argumentan que al no existir una prohibición expresa, cualquier persona, física o moral puede tener el carácter de asociado.

En el mundo jurídico existen numerosas asociaciones que cuentan entre sus miembros a personas morales. A pesar de que el punto da para discusiones académicas y aún podrían suscitarse controversias que lleguen a los tribunales, considero aceptable que otra persona moral puede participar como asociada, siempre que de conformidad con sus propios estatutos se hubiera contemplado la posibilidad de dicha participación, en congruencia con el principio de que una persona moral solamente puede hacer aquello que constituye su objeto social.

Una asociación, como es corriente entre las que existen, puede tener varias categorías de asociados, con diversidad de derechos y obligaciones. La regulación sobre el particular constituye parte de la autonomía de la voluntad de los contratantes, que se expresa a través de la regulación correspondiente en los estatutos que rigen la vida de la asociación.

El carácter de asociado se documenta mediante la escritura misma de constitución o las actas de asamblea mediante las cuales tenga lugar la admisión, sin que haya lugar a la emisión de un título representativo de tal carácter, aun cuando nada impide que, si así se conviene en el contrato constitutivo o en los estatutos, se emitan documentos que cumplan tal función. Estos

títulos, en su caso, serán personalísimos , ya que el carácter de asociado tiene esa naturaleza y no pueden circular.

2.4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ASOCIADOS.

En general, los derechos y obligaciones que los miembros de una persona moral tienen, pueden ser divididos en derechos y obligaciones de carácter corporativo y derechos y obligaciones de carácter patrimonial. Los primeros corresponden a los asuntos relacionados con la vida de la sociedad, mientras que los segundos tienen un contenido económico.

En el caso, los derechos y obligaciones de carácter corporativo de los asociados son:

- a) Participar con voz y voto en las asambleas.
- b) Participar en los órganos de dirección de la asociación.
- c) Vigilar el cumplimiento de los fines de la asociación y la correcta aplicación de los recursos correspondientes, para lo cual pueden examinar los libros y papeles de la asociación.

En una asociación, los asociados no tienen derechos de carácter patrimonial, salvo el correspondiente a la recuperación de sus aportaciones en caso de disolución. La ley dispone que en caso de separación voluntaria o exclusión, se pierde todo derecho al haber social (artículo 2201) y que en caso de disolución, los bienes se aplicarán a otra asociación de objeto similar (artículo 2205). Además dispone que la calidad de socio es intransferible (artículo 2203).

Sobre el particular cabe señalar, sin embargo, que los estatutos podrían prever derechos y obligaciones diferentes, inclusive de carácter patrimonial, lo que da lugar a los efectos consecuentes, especialmente de carácter fiscal, como podría ser el reembolso de aportaciones, la percepción de cantidades por la cesión del carácter de socio o la obtención de utilidades, todo lo cual es común en la vida jurídica de las asociaciones. Ya mencioné que los estatutos pueden

regular diferentes categorías de asociados, lo que se traduce en la existencia de diversos derechos y obligaciones para los mismos.

2.5.- ORGANOS

Una asociación civil cuenta con dos tipos de órganos: la asamblea, que es el órgano de decisión de la misma, y los órganos de dirección, cuya función específica será ejecutar las decisiones correspondientes, representando a la persona moral en sus relaciones con toda clase de terceros.

La asamblea general, de acuerdo con la ley, constituye el poder supremo de la asociación. No tiene fijada, dentro de la propia ley, una fecha para su celebración, por lo que puede tener lugar en la fecha que los propios estatutos determinen o cuando se convocada. La convocatoria puede ser efectuada por la dirección de la asociación cuando así lo determine la propia dirección o sea requerida por el 5% de los asociados, la convocatoria puede ser formulada por un juez civil, a demanda de los propios asociados.

El artículo 2196 fija la competencia de la asamblea general, sin perjuicio, por supuesto, de lo que dispongan los estatutos:

- "I. Sobre la disolución anticipada de la asociación o su prórroga por más tiempo del fijado en la escritura constitutiva y en los estatutos;
- II. Sobre el nombramiento de director o elección de personas que deban constituir la junta directiva;
- III. Sobre la revocación de los nombramientos hechos;
- IV. Sobre la exclusión de asociados;
- V. Sobre los demás asuntos que le encomienden los estatutos."

Las decisiones en la asamblea serán tomadas por mayoría de votos de los miembros presentes (artículo 2197), gozando cada asociado de un voto (artículo 2198). Si los estatutos así lo previenen, los asociados podrán comparecer a las asambleas por medio de representantes legalmente constituidos. Las personas morales tendrán la representación correspondiente a través de sus órganos.

A un cuando la ley solamente se refiere a la asamblea general, sin distinguir entre ordinaria y extraordinaria, nada impide que en los estatutos se prevea tan distinción, se asignen competencias y aún se dispongan diversas clases de asambleas, como por ejemplo las especiales que correspondan a cada clase de asociados, cuando se involucren cuestiones correspondientes a su propia clase.

Respecto del órgano de dirección la ley únicamente se refiere al director o directores, por lo que dicho órgano puede ser constituido libremente por los asociados en los términos que los estatutos dispongan. El órgano correspondiente estará investido con la suma de facultades que los propios estatutos determinen, pero en todo caso tendrá las necesarias para cumplir con sus funciones de representación de la asociación. Es necesario tener en cuenta que otras disposiciones legales regulan lo relativo a las facultades de representación, por lo que al constituir los órganos de dirección respectivos será necesario verificar el cumplimiento de las formalidades del caso, como por ejemplo, las relativas a las facultades para ejercer actos de dominio, para suscribir títulos de crédito, para otorgar garantías, etc.

Los órganos de dirección pueden estar constituidos por un solo director o por un consejo de directores, cuyo número será determinado por los propios estatutos o por la asamblea que efectúe su designación. Pueden existir también órganos que realicen funciones específicas, cuya integración y actividad será igualmente determinada por los propios estatutos o asamblea.

2.6.- PATRIMONIO

El haber patrimonial de la asociación se integra por la totalidad de los bienes y recursos aportados por sus asociados o provenientes de terceros, los rendimientos de los mismos, los que sean resultado de sus operaciones y, en general, cualquier bien que sea destinado a la realización de su objeto social.

No se habla, en el caso, de un capital social, y ni siquiera es necesaria la existencia de bienes materiales para la existencia de una asociación, ya que sus fines pueden ser cumplidos mediante el esfuerzo de sus integrantes, sin dar lugar a la realización de aportaciones en numerario o en otros bienes. En caso de existir dichas aportaciones, para su transmisión a la asociación deberán ser cumplidas las formalidades que en cada caso exijan las leyes en atención a la naturaleza de los bienes correspondientes.

Tratándose de bienes inmuebles, es regla general derivada del artículo 27 Constitucional que las personas morales solamente pueden adquirir los que sean necesarios para la realización de su objeto social.

Los bienes que integran el patrimonio de una asociación estarán sujetos a las reglas específicas que en materia fiscal disponen las leyes de la materia. Su régimen jurídico general es el que corresponde a todo tipo de acto y bienes, sin que por el hecho de pertenecer a una asociación se dispongan modalidades especiales.

2.7.- DISOLUCION

El Código Civil enumera las causas de disolución de la asociación en su artículo 2204, señalando que estas causas son adicionales a las que los propios estatutos contemplen. Las causas enumeradas son:

I. La decisión de la asamblea general. Esta determinación puede tener lugar en cualquier tiempo y para ello será necesario contar con el apoyo de 2/3 partes del número total de asociados además de dar cumplimiento a las formalidades que para el caso dispongan los estatutos (convocatoria, número de asistentes, mayorías de votación, etc.).

II. La conclusión del término fijado para la duración de la asociación o por la realización del objeto para el que fue constituida. Hay que recordar que la reunión de los asociados puede tener un plazo prefijado, en cuyo caso la asociación se extingue al cumplirse el mismo, pero también puede ser constituida para la realización de una cierta finalidad, agotada la cual habrá de extinguirse la asociación, como sería la realización de un congreso de carácter científico o político, o para ciertos actos deportivos, etc.

III. Por la imposibilidad de realización del objeto social.

Por resolución de autoridad competente. Este sería el caso de la comisión de actos ilícitos utilizando como medio a la asociación, en el cual un juez podría decretar la disolución.

En presencia de la causa de disolución se procederá a la aplicación de los bienes en la forma que prevengan los estatutos o acuerden la asamblea correspondiente o lo haya decretado la autoridad, en su caso. No existe para las asociaciones, a diferencia de las sociedades un proceso de liquidación, en otras palabras la obligación de convertir en efectivo los bienes que forman su patrimonio, ya que los bienes se aplican directamente según lo indicado o se entregan a una asociación que cumpla objeto similar.

3.- SOCIEDADES CIVILES.

3.1.- SOCIEDADES CIVILES.

Para el desarrollo del régimen jurídico de las sociedades civiles habré de referirme, de igual forma, a las disposiciones del código civil para el estado de Guanajuato.

De acuerdo con las disposiciones correspondientes, la sociedad civil es un contrato a través del cual los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituye una especulación comercial.

El concepto señalado es claramente indicativo de que el ordenamiento que regula estas personas morales atiende, para la determinación de su naturaleza, a un criterio de carácter objetivo. O sea, que la naturaleza civil de la sociedad queda determinada por el propósito que pretendan realizar los socios al agruparse consigo. Este criterio presenta en la praxis un sinnúmero de problemas, ya que no existe una clara delimitación de lo que debe entenderse por especulación comercial, y por ende, para definir los límites de una actividad que sea preponderantemente económica pero no especulativa comercial.

La situación anterior difiere de la que anoté a propósito de las sociedades mercantiles, en cuanto para la determinación de la naturaleza de estas sociedades la ley general de sociedades mercantiles emplea el criterio puramente formal. Es decir, una sociedad será de naturaleza mercantil si ha sido constituida bajo cualquiera de los tipos o formas regulados por la ley correspondiente, sin que resulte relevante la actividad o propósito que realice, por su lado una sociedad será civil si su fin a realizar es de carácter económico, pero no especulativo comercial.

En el mundo jurídico se encuentran sociedades que se ubican, bien en los límites entre los actos de naturaleza civil y los actos de naturaleza mercantil o bien francamente en el terreno de lo comercial. En este caso, aun cuando no hayan adoptado la forma de una sociedad mercantil, podrán quedar reguladas por la legislación mercantil si la naturaleza de su actividad comercial, ya que en tal supuesto estaríamos en presencia de una sociedad mercantil irregular. Algunos casos

que podrían considerarse como ejemplificativos podrían ser, por ejemplo, las sociedades civiles que realizan actividades inmobiliarias. En este caso, el artículo 75 del Código de Comercio, cuando se refiere a las compras y ventas de bienes inmuebles, señala que tendrán el carácter de actos de comercio exclusivamente cuando se hagan con el propósito de especulación comercial. Asimismo, se refiere a los alquileres de inmuebles o mercaderías, dejando de lado al alquiler de bienes inmuebles. Atendiendo a esta situación y aplicando en sentido contrario las disposiciones del Código de Comercio, se ha sostenido que cuando la sociedad civil tiene como propósito la realización de actividades vinculadas con inmuebles, únicamente sería de una actividad mercantil si la realizara con el propósito especulativo comercial y no lo será en ningún caso tratándose de arrendamientos de bienes inmuebles, tomando en consideración que el arrendamiento constituye un acto esencialmente civil. Esta situación no corresponde ya estrictamente a lo que ocurre en la realidad, pues la verdad es que la diferenciación entre los actos civiles y los actos mercantiles relacionados con inmuebles no pasa de ser una distinción de alcances más bien académicos que prácticos. Esta situación se ha particularmente relevante cuando observamos las sociedades civiles en la perspectiva de su régimen fiscal.

Una típica sociedad civil, en cambio, que no puede ser considerada bajo ningún concepto como sociedad de carácter mercantil, es la sociedad civil para efectos profesionales. No cabe duda, en el caso, que los profesionistas se reúnen y suman sus esfuerzos para la realización de un propósito de obtener los medios de vida correspondientes. Ahora bien, el cobro de honorarios por la prestación de servicios profesionales de cualquier tipo no involucra una actividad comercial. En esta virtud, la agrupación de diversas personas para prestar servicios de carácter profesional constituiría un ejemplo típico de una sociedad civil por su propia naturaleza.

Por otra parte, el artículo 2213 del Código Civil dispone que "Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles". Con base en esta disposición y atendiendo al hecho de que si una sociedad realiza actos de comercio adquirirá el carácter de comerciante, nos ubicaríamos en la situación de las sociedades mercantiles irregulares, en cuyo caso se aplicaría lo

dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles cuyo artículo 2 se refiere a las consecuencias de esta irregularidad.

3.2.- CONSTITUCION

En relación con la con la constitución de la sociedad civil, el Código Civil en sus artículos 2208 y 2209 disponen que el contrato de sociedad debe constar por escrito, pero se hará constar en escritura publicada cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba hacerse en escritura pública. Es decir, que la formalidad de la escritura pública no constituye una exigencia indispensable para la constitución de una sociedad civil; sin embargo, como el artículo 2212, por su parte, dispone que el contrato de sociedad debe inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles para que produzca efectos contra tercero, esta inscripción de alguna manera exige el otorgamiento de la escritura pública, ya que en caso contrario habría necesidad de ratificar las firmas, previa identificación de los socios que constituyen la sociedad, ante el Registro Público o ante fedatario: Por esta razón aun cuando no exista la exigencia legal es conveniente que el contrato de sociedad sea otorgado en escritura pública, para lo cual habrá necesidad de cumplir con las formalidades generales correspondientes a la constitución de todas las personas morales y en particular, la tramitación del permiso que para ese efecto debe otorgar la Secretaría de Relaciones Exteriores con los propósitos ya señalados.

El contenido del contrato de la sociedad está regulado por el artículo 2211 este contenido es el siguiente:

I.- Los nombres y apellidos de los otorgantes; es decir, la identificación de los socios que integran la sociedad con el requisito evidente e innecesario mencionado por la ley en este punto, de que tenga la capacidad legal de obligarse, ya que por la naturaleza contractual de la constitución de la sociedad le son aplicables todas las reglas correspondientes a los actos jurídicos, y por lo tanto, dicho requisito se entiende supuesto.

II.- La razón social; es decir, el nombre elegido para la sociedad no existe en la ley regla alguna acerca de la forma de constituir la razón social; únicamente señala el artículo 2217 que después de la razón social se agregaran las palabras Sociedad Civil; es decir, la identificación de la naturaleza de la sociedad, pudiendo dicha razón social ser formada libremente por los socios en la vida jurídica es común la razón social se forme con los nombres o apellidos de algunos de los integrantes.

III.- El objeto de la sociedad. A este respecto cabe señalar que la única limitación que establece la ley es el relativo a que la actividad o finalidad que pretenda realizar la sociedad civil tenga un carácter preponderantemente económico sin constituir una especulación comercial; sin embargo, la realidad es que la posibilidad de emprender prácticamente cualquier clase de actividad lícita queda comprendida dentro de la sociedad.

IV.- El importe del capital social y la aportación con que cada socio debe contribuir a diferencia de la asociación civil, en la que no existe un capital, en la Sociedad Civil si existe el capital y los socios contraen la obligación de hacer aportaciones que pueden consistir en una cantidad de dinero, o en otros bienes, en lo que a la ley denomina su industria; es decir en ciertos servicios. Las aportaciones deben estar especificadas en el acta constitutiva o bien en las formas que con posterioridad se acuerden. Las modalidades para efectuar las aportaciones quedan también a voluntad de los socios, ya que la ley simplemente señala que las aportaciones de bienes puede implicar la transmisión de su dominio a la sociedad, salvo que expresamente se pacte otra cosa, con la que abre la posibilidad para que las aportaciones se efectúen incluso sin que haya transmisión de propiedad en favor de la sociedad, sino simplemente el uso o goce temporal de bienes o cualquier otra modalidad, como la constitución de derechos reales en favor de la sociedad, como podría ser el usufructo o el uso.

La ausencia de alguno de los requisitos señalados da lugar a que los socios puedan solicitar, en cualquier tiempo que se haga la liquidación de la sociedad. Sin embargo, mientras la liquidación no sea solicitada, el contrato produce todos sus efectos entre los socios y ellos no pueden oponer a terceros que hubieran contratado con la sociedad la falta de forma del contrato o el incumplimiento de alguno de estos requisitos, para eludir el cumplimiento de alguna de las obligaciones que hubieran contraído. Esto se desprende de lo dispuesto en el artículo 2209.

Si se llegará a constituir una sociedad civil para la realización de un objeto que resulte ilícito, la ley dispone que a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado se declarará la nulidad de la sociedad, misma que deberá ponerse en liquidación. En este caso, después de pagadas las deudas contraídas por la sociedad se concede el reembolso de las aportaciones efectuadas por los socios, y las utilidades se destinarán a los establecimientos de beneficencia pública que determine la autoridad manteniendo en cuenta que los socios no pueden beneficiarse de una actividad ilícita.

3.3.- LOS MIEMBROS

Una sociedad civil puede estar integrada por los dos o más personas, la ley no fija límites mínimos o máximos en el número de socios, ni aclara si dichos socios deben ser necesariamente personas físicas o pueden ser personas morales.

Siguiendo el mismo razonamiento expuesto a propósito de las asociaciones civiles, puedo señalar, igualmente, que tratándose de las sociedades, pueden ser socios de las mismas las personas físicas o las morales. En este último caso bastará que de conformidad con la propia escritura constitutiva de la persona moral correspondiente se determine la posibilidad de formar parte de otras sociedades, para que dicha persona moral pueda convertirse en socio de una sociedad civil.

La posibilidad enunciada, tratándose de sociedades civiles, es todavía más implícita si consideramos que la ley da a las aportaciones una amplitud tal que pueden ser objeto de las mismas toda clase de bienes, corpóreos o incorpóreos y aún los servicios. Por otra parte, tal como ya expresé, las modalidades de la aportación pueden implicar la transmisión de la propiedad a la sociedad o no implicarla, caso en el cual podrían colocarse aquellas transmisiones de uso de determinados bienes durante un cierto tiempo.

3.4.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS

Siguiendo las disposiciones legales, podríamos intentar una enumeración de las principales obligaciones que corresponden a los socios. De esta manera tendríamos:

A) Obligaciones

1.- La obligación de efectuar las aportaciones en los términos establecidos en el contrato de sociedad .El artículo 2220 dispone expresamente que a menos que se haya pactado en el contrato de sociedad , no puede obligarse a los socios a hacer una nueva aportación para ensanchar los negocios sociales. Es decir, la obligación de efectuar las aportaciones correspondientes se limita a lo expresamente pactado en el propio contrato de la sociedad . Ahora bien, si con posterioridad a la constitución se acordara un incremento que diera lugar a la realización de nuevas aportaciones por parte de lo socios, si dicho acuerdo fuera tomado por mayoría, los socios que no estén conformes tienen el derecho de separarse de la sociedad. Las formalidades que corresponden a las aportaciones dependerán de la naturaleza de los bienes aportados, ya que si la obligación consiste en la propiedad de bienes inmuebles o en la constitución de los mismos en favor de la sociedad, se deberá otorgar la escritura pública correspondiente; asimismo, si se tratara, por ejemplo, de la transmisión del uso de marcas o patentes, sería necesario formalizar el acuerdo correspondiente para su inscripción y debida protección de los terceros que contraten con las sociedad.

2.- Como consecuencia de la aportación de bienes, los socios quedan obligados al saneamiento para el caso de evicción de las cosas que aporten a la sociedad, como si se tratara de cualquier enajenante; asimismo, deberá indemnizar a la sociedad por los efectos de las cosas que se transmitan Si lo que se transmite es solamente el uso o aprovechamiento de determinados bienes , su responsabilidad en la aportación se rige por los principios que determinan las obligaciones entre un arrendador y un arrendatario. Todo esto se desprende de lo dispuesto por el artículo 2219 del Código Civil.

3.- Entre las obligaciones de los socios de debe destacar de manera principal la correspondiente a la garantía subsidiaria, ilimitada y solidaria de los socios que administren, respecto de las obligaciones que contraiga la sociedad. La responsabilidad de los socios que no participen en la administración de la sociedad se limita a su aportación, salvo que algo en contrario se hubiera pactado en el contrato constitutivo correspondiente. La disposición del artículo 2221 que se refiere a esta obligación, parte de la consideración de que la existencia de la sociedad depende de la calidad de las personas que la integran, más que del capital que representan. En esta virtud, son las personas mismas y particularmente aquellos que tienen relaciones con terceros al representar a la sociedad, los que deben responder por los actos celebrados en nombre de la sociedad.

La responsabilidad enunciada es de carácter subsidiario; es decir, solamente se hará responsable a los socios administradores en el caso de que el capital de la sociedad resulte insuficiente para hacer frente a las obligaciones contraídas por la sociedad. Esta responsabilidad es responsabilidad es ilimitada y solidaria ; es decir, no tiene un monto y dicha responsabilidad puede hacerse efectiva por el monto total de la misma, indistintamente, sobre cualquiera de los socios administradores.

Como el artículo 2221 deja a salvo la responsabilidad de los socios que no administren, salvo lo que se contenga en el contrato constitutivo, dicho contrato podría también establecer la forma de hacer efectiva la responsabilidad entre los socios correspondientes, pero no puede eximir de dicha responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria a los socios administradores respecto de los terceros.

4.- Otra obligación de importancia para los socios es la contribución de las pérdidas en que incurra la sociedad. El artículo 2247 del Código Civil dispone que si al liquidarse la sociedad no quedaren bienes suficientes para cubrir los compromisos sociales y devolver sus aportes a los socios, el déficit se considerará pérdida y se repartirá entre los asociados. La ley contiene una serie de reglas acerca de la determinación de las utilidades y pérdidas que en su oportunidad comentaré.

5.- El artículo 2226 del Código Civil establece también a cargo de los socios una obligación de abstención, ya determina que habiendo socios especialmente encargados de la administración, los demás no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones de aquellos, ni impedir sus efectos. Esta disposición tiene relación con la correspondiente que determina la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de los socios administradores; como consecuencia de ella, si hay socios que no están sujetos a esta responsabilidad, deben abstenerse de todo tipo de acto que entorpezca la gestión de los socios administradores, ya que ellos responderán frente a terceros de las obligaciones contraídas en nombre de en nombre de la sociedad.

B) Derechos

Por lo que corresponde a los derechos de los socios, que pueden agruparse también en derechos de contenido económico y derechos de contenido corporativo, puedo enumerar los siguientes:

1.- Derechos de contenido económico correspondientes a la participación en las utilidades de la sociedad, así como en el capital de la misma. El Código Civil establece que los socios pueden determinar la proporción en que deben repartirse las utilidades, concediendo con ello una amplia libertad para convenir lo correspondiente en la escritura constitutiva. Este derecho tiene como limitación exclusiva la prohibición que conforme a la ley existe para que se excluya a alguno o algunos de los socios en la participación de las utilidades correspondientes. El artículo 2245 se refiere a este principio general, mismo que es desarrollado en algunas otras reglas como la que corresponde al reparte en las utilidades en forma proporcional a las aportaciones, en el caso de que en el contrato constitutivo no sido convenido algo distinto.

Por lo que corresponde en la participación en el patrimonio de la sociedad, dicho derecho deriva también de lo dispuesto por el artículo 2245 y su consecuente, el artículo 2246, de los que se desprende que los socios pueden retirar de la sociedad el equivalente de sus

aportaciones y que una vez repartido el capital mediante la devolución de las mismas, los excedentes constituirán un reparto de utilidades. La ley contiene una serie de principios, para la participación de los socios en las utilidades y las pérdidas.

2.- Otro derecho tienen los socios que es de participar en la administración de la sociedad. Este derecho puede ser ejercido por alguno o algunos de los socios o por la totalidad de ellos, según se haya convenido, respectivamente. El artículo 2236 dispone que cuando la administración no se hubiere limitado a alguno de los socios, todos tendrán derecho de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, caso en el cual las decisiones serán tomadas por mayoría. Asimismo, el artículo 2230 dispone que las facultades que no se hubieran concedido a los administradores serán ejercitadas por todos los socios, resolviéndose igualmente los asuntos por mayoría de votos.

De conformida con lo anterior, este derecho se encontrará también regulado por lo que se disponga en la propia escritura constitutiva y en ausencia de pacto, operará la regla dispuesta por la ley de que todos los socios participan en la administración de la sociedad.

3.- Vinculado con el derecho anterior, los socios tienen el derecho de examinar el estado de los negocios sociales y de exigir para este la presentación de libros, documentos y papeles, con objeto de que puedan hacer las reclamaciones correspondientes. Este derecho es irrenunciable, como lo dispone el artículo 2227 del Código Civil.

Derivado también de este derecho está el de exigir las cuentas correspondientes al socio o socios administradores, obligación que para éstos establece el artículo 2235.

4.- Los socios tiene derecho de transmitir su participación en la sociedad. Para este efecto, el artículo 2221 condiciona la transmisión a la obtención del consentimiento previo y unánime de los demás coasociados, salvo pacto en contrario. En este sentido, podría señalar que mediante la

disposición correspondiente en la escritura constitutiva, los socios pueden transmitir libremente los derechos que representen su participación en la sociedad. Este derecho no se encuentra representado por un documento o título que lo incorpore, sino que el mismo deriva de lo establecido en la escritura constitutiva, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes y atendiendo al carácter contractual de la sociedad, los socios puedan convenir en la emisión de documentos representativos de su participación en la sociedad. La forma, términos y modo de circulación de estos títulos deberá estar determinada en la propia escritura constitutiva. Ante el silencio de ella operaría el principio legal en el sentido de que es intransmisible la calidad de socio, salvo con el consentimiento previo y unánime de los demás socios. Esta disposición también atiende al carácter de sociedad que es inherente a la sociedad civil.

5.- El artículo 2220 consagra el derecho de los socios para separarse de la sociedad. Este derecho puede ejercitarse en el caso en que una asamblea acuerde la realización de un aumento de capital que obligue a los socios a realizar nuevas aportaciones. Los socios incorformes, que no hubieran participado en la decisión de la asamblea, tendrán derecho a separarse de la sociedad. Este derecho de separación plantea el problema correspondiente a la devolución o reembolso de las aportaciones efectuadas, ya que el artículo 2225 dispone que el socio excluido es responsable de la parte de las pérdidas que le corresponda y los otros socios pueden retener la parte del capital y utilidades de aquél, hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de separación, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación correspondiente. Como la ley no regula la forma de operar la separación, a menos que los estatutos sociales prevengan las reglas aplicables correspondientes, sería aplicable el principio en el artículo 2225, por más que dicho artículo se refiera a la exclusión del socio cuando exista alguna causa para ellos prevista en los propios estatutos.

6.- El artículo 2223 regula el derecho del tanto. Es decir el derecho de preferencia que tienen los demás socios para adquirir, cuando alguno de ellos desee transmitir la parte que le corresponda. Este precepto establece reglas elementales para el ejercicio del derecho del tanto como es el que si varios socios quieren hacer uso de él, les competirá en la proporción que representen. El término para hacer uso del derecho del tanto es de quince días, contados desde que reciban aviso del que pretende enajenar.

Sobre el particular cabría señalar nuevamente que este derecho podría ser modificado en sus términos y aun suprimido por acuerdo de los socios establecido en los estatutos de la sociedad. Así como se prevé que se regule en el contrato constitutivo el caso de transmisión libre por parte de los socios, como consecuencia de ello se puede eliminar el derecho de preferencia por el precepto que comenté.

7.- Un derecho corporativo fundamental de los socios es el derecho de voto. Las decisiones en la sociedad se toman por conducto de la asamblea, a la que pueden concurrir los socios y ejercitar el derecho de voto correspondiente. La ley, en ausencia de disposición en la escritura constitutiva, dispone algunos casos que la decisión sea tomada por la totalidad de los socios para la validez de las decisiones correspondientes, como es la revocación de los nombramientos de administradores hechos en la propia escritura social, el caso de exclusión de algún socio por infracción a lo dispuesto en los estatutos, la transmisión de derechos y la admisión de nuevos socios. Fuera de estos casos y teniendo en cuenta siempre lo acordado en la escritura constitutiva, las decisiones en las asambleas correspondientes serán tomadas por la mayoría de los socios. La ley dispone en su artículo 2230, del que se puede desprender una regla para el cómputo de los votos, que la mayoría se computará por cantidades; es decir, atendiendo a la naturaleza e importancia económica de la participación de los socios, pero cuando una sola persona represente el mayor interés y se trate de sociedades de más de tres socios, se necesita por lo menos el voto de la tercera parte de los socios, considerados individualmente y con independencia del monto de sus aportaciones.

8.- También consigna la ley el derecho de los socios para pedir la liquidación de la sociedad en los casos dispuestos por la misma, como son la falta de forma en el contrato constitutivo, artículo 2209, la realización de un objeto ilícito, art. 2210, y por la falta de alguno de los requisitos establecidos por la ley para la escritura constitutiva. Este último derecho, el de pedir la disolución de la sociedad, atañe a la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada que la ley atribuye a los socios, pues solicitando dicha disolución, los socios pueden quedar eximidos de dicha responsabilidad.

3.5.- ORGANOS

Los entes colectivos, como es el caso de la sociedad civil, para expresar la voluntad que como persona en el derecho les corresponde, necesitan de órganos de decisión y representación que ejerciten los derechos y cumplan con las obligaciones correspondientes. Tales órganos para la decisión y representación de las sociedades civiles se conforman por la asamblea; y la administración, que puede recaer en uno o más socios.

El Código Civil es omiso en cuanto a las reglas para la constitución y operación de las asambleas. Simplemente, de las disposiciones correspondientes se puede inferir que las decisiones correspondientes se puede inferir que las decisiones correspondientes a la vida de la sociedad deberán ser tomadas por los socios en forma unánime, en los casos que así lo determina la ley y la escritura constitutiva no disponga cosa en contrario, o por mayoría de votos. También señalé ya en un punto anterior que la mayoría de los votos se conforma en función del interés económico, salvo que dicha mayoría se concentre en una sola persona y se trate de sociedades con más de tres socios, en cuyo caso la mayoría se conforma por el número de personas.

Ante la omisión de la ley, las asambleas se pueden conformar libremente y su funcionamiento queda a la libre determinación de los socios, conforme a las reglas que convengan en la escritura constitutiva correspondiente. Para este efecto, la escritura respectiva deberá señalar la forma de convocar a las asambleas, el derecho que corresponda a los socios para solicitar que dichas asambleas sean convocadas, la forma de integrar el quórum de asistencia correspondiente para que una asamblea se considere legalmente instalada, y la forma de obtener la votación respectiva. Si conforme a lo que antes he señalado, las decisiones en las asambleas son unánimes o mayoritarias, la conformación de la asistencia correspondiente necesariamente deberá responder a dichas reglas, ya que únicamente es posible tomar decisiones por mayoría de socios, si la mayoría de éstos se encuentra presente.

Por lo que corresponde a la administración de la sociedad, ésta necesariamente debe recaer en uno o más socios. A diferencia de las sociedades mercantiles en que resulta admisible la gestión administrativa por parte de una persona extraña a la sociedad, atendiendo nuevamente al carácter de sociedad de personas de las sociedades civiles, la administración de éstas únicamente pueden recaer en un socio.

La forma de administrar la sociedad es también función a determinar por el propio contrato constitutivo; sin embargo, si éste fuera omiso, la ley dispone que a la administración concurrirán todos los socios. La razón de la disposición legal estriba en la ya señalada responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria en que incurren los socios administradores respecto de las obligaciones contraídas por la sociedad.

Los artículos de 2226 al 2236, contienen las reglas que el Código Civil establece por lo que corresponde a la administración de la sociedad. De estas reglas son destacables las que contiene el artículo 2229 en el sentido de que los socios administradores ejercerán las facultades que fueren necesarias para el desarrollo de la actividad social, pero requieren autorización expresa de los demás socios para enajenar los bienes de la sociedad o para constituir gravámenes sobre dichas cosas. Estas limitaciones están sujetas a lo que en contrario se establezca en los estatutos sociales.

También es importante señalar que el artículo 2231 permite que los socios encargados de la administración actúen en forma indistinta y realizando cada uno de ellos por separado los actos administrativos que crea oportunos. Esto significa que, mediante el acuerdo correspondiente, se puede constituir una administración colectiva, sin que la misma necesariamente constituya un consejo, ya que por otro lado el artículo 2232 dispone también que si ha convenido en que un administrador nada pueda practicar sin concurso de otro, solamente podrá proceder de manera distinta en caso de que pudiera resultar un perjuicio grave e irreparable a la sociedad.

De las disposiciones mencionadas es posible concluir en que el hecho de que se designen a dos o más socios para ejercer la administración de la sociedad no trae por consecuencia necesaria la conformación de un consejo de administración que exija la participación conjunta o la decisión mayoritaria de los socios que administren. Esta conclusión se corrobora por lo dispuesto en el artículo 2234 en donde señala que las obligaciones que sean contraídas por la mayoría de los socios encargados de la administración, sin conocimiento de la minoría, o contra su voluntad expresa, serán válidas, pero los que las hayan contraído serán personalmente responsables frente a la sociedad de los perjuicios que por ellas se causen. Esto confirma no solamente la responsabilidad solidaria de los socios, sino la responsabilidad personal de los socios administradores.

Será necesario tener en consideración las disposiciones mencionadas para, en el momento de constituir una sociedad, establecer el mayor número de reglas posibles sobre la conformación del órgano de administración, los alcances de sus facultades y las responsabilidades correspondientes, a fin de no quedar colocados en los supuestos que la ley regula en caso de omisión.

3.6.- PATRIMONIO

La sociedad civil es una sociedad de personas; es decir, un ente en el que el carácter o calidad de los miembros que la integran resulta más relevante respecto de las aportaciones económicas de los mismos.

El Código Civil alude a diversos preceptos al capital social. Este se integra con las aportaciones que efectúen los socios, las cuales pueden consistir en una cantidad de dinero, en otros bienes o en su industria, como lo dispone el artículo 2207.

El carácter de aportación determinará el carácter del socio. Así, el socio que aporte dinero o bienes tendrá el carácter de socio capitalista, mientras que el socio que aporte su industria tendrá el carácter de socio industrial. Esta división es importante para los efectos de la liquidación de la sociedad, porque en el capítulo correspondiente el Código Civil establece la reglas de participación de cada uno de los tipos de socios en las utilidades de la empresa así como respecto de las pérdidas, si las hubiere.

Es importante señalar que la ley admite expresamente la posibilidad de que las aportaciones de bienes se efectúen con carácter no traslativo. Es decir, que el socio aportante conserve la propiedad de los bienes correspondientes y transfiera a la sociedad únicamente el uso o goce de los mismos por un tiempo determinado. Esta situación acarrea en la práctica algunos problemas que al no ser resueltos por la ley, deben ser abordados en la escritura constitutiva o en la reforma que corresponda al acuerdo de aportación correspondiente. Sin embargo, el hecho mismo de que esta circunstancia resulte factible le otorga a la sociedad civil una gran flexibilidad en la conformación de su capital.

Por otro lado, es de observar que cuando se trata de aportaciones traslativas de propiedad, la ley dispone que debe otorgarse mediante la escritura pública correspondiente, cuando se trate de bienes cuya enajenación sea necesario cumplir con esa formalidad. En términos generales, esta situación sería la que corresponda a los bienes inmuebles.

Como la aportación puede consistir en toda clase de bienes, en cada caso particular será necesario observar las formalidades correspondientes a fin de garantizar tanto los derechos de la sociedad respecto de la titularidad, uso o goce de los bienes correspondientes, como los derechos de los terceros que contraten con la propia sociedad. Esto, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada que corresponde a los socios administradores, como ya quedo expresado.

Por lo que corresponde a la aportación consistente en la industria del socio, es necesario señalar que la ley únicamente establece reglas para la determinación de la participación de dichos socios tratándose de la liquidación de la sociedad, por lo que quedará en la esfera de la autonomía de la voluntad de las partes la posibilidad de determinar las reglas conforme a las cuales deberá ser valorada dicha aportación para los efectos legales correspondientes. Esto significa que los socios tienen la más amplia libertad para determinar el monto de la participación de un socio, cuando éste aporta determinados servicios a la sociedad. Esta libertad quedará limitada por la protección de los intereses de los terceros, ya que el capital correspondiente, al estar representado por servicios, no tiene una determinación en bienes tangibles.

La forma de integrar el capital social deberá constar en la escritura constitutiva o en sus respectivas reformas, ya que constituye un elemento esencial que debe darse a conocer a los terceros con quienes la sociedad tenga operaciones, para los efectos de la determinación de las responsabilidades correspondientes.

Por otro lado, ya señalé que este capital social se encuentra especificado en el propio contrato constitutivo, pero no da lugar a la expedición de un título representativo de las correspondientes aportaciones. Aplicando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, dichos títulos podrán llegar a ser expedidos, siempre que así se acuerde en la propia escritura constitutiva y se determinen los lineamientos o reglas para la expedición de los mismos, así como para la circulación de ellos, en su caso.

Los derechos derivados de la conformación del capital social como consecuencia de las aportaciones constituyen la medida de la participación de los socios en la sociedad. A este respecto cabe señalar que el artículo 2214 "Será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros", con lo cual regula la situación de los socios, puesto que si bien es cierto que ellos pueden convenir libremente en las participaciones que les correspondan, dichas participaciones se

encuentran limitadas por esta regla. Esta disposición tiene trascendencia también para el caso de disolución y liquidación de la sociedad.

Para concluir sobre este punto, mencionaré que el capital social de la sociedad deberá quedar determinado en la escritura constitutiva correspondiente, lo que implica la determinación de todas las reglas inherente a la conformación de dicho capital, ya que de no ser así, cualquier modificación que implique la realización de nuevas aportaciones deberá ser efectuada mediante el consentimiento unánime de todos los socios, pues en caso contrario los socios minoritarios tienen derecho a separarse de la sociedad.

3.7.- DISOLUCION Y LIQUIDACION

Acentuando el carácter de sociedad de personas que tienen las sociedades civiles, el artículo 2237 enumera las causas de disolución de la sociedad.

Habiendo tenido lugar la causa de disolución de la sociedad, y salvo el caso de la resolución judicial, será necesario celebrar una asamblea en la que dicha causa se haga constar, a fin de que, protocolizada que sea ante fedatario público o mediante su ratificación ante el registro público correspondiente, se inscriba en registro de sociedades. Este requisito es indispensable para que la disolución de la sociedad surta efecto frente a terceros.

Disuelta la sociedad se pondrá en estado de liquidación, la cual se practicará dentro del plazo de 6 meses, salvo pacto en contrario, como lo dispone el artículo 2243. La liquidación dará lugar a que las operaciones pendientes de la sociedad se concluyan, agregando a la razón social de la sociedad las palabras en liquidación. Esta puede llevarse a cabo por todos los socios, salvo que se hubiera convenido en nombrar liquidadores o que los mismos estuvieran ya designados en la escritura social.

Como en toda sociedad, la liquidación de la sociedad civil tendrá como finalidad cubrir los compromisos sociales y devolver a los socios las aportaciones que hubieren efectuado.

Considerando siempre lo que al efecto dispongan los estatutos de la sociedad civil, es necesario tener en cuenta, ante el silencio de los mismos, diversas reglas consagradas en el Código Civil.

Si una sociedad continúa realizando actividades a pesar de haber transcurrido el término para el cual fue constituida, si no se ha llevado a cabo el proceso de liquidación correspondiente, la sociedad se entenderá prorrogada en su duración por tiempo indeterminado, sin necesidad de nueva escritura social. En este caso su existencia podrá ser demostrada por todos los medios de prueba correspondientes. Esta regla constituye una excepción a la situación normal tratándose de otras personas morales, cuya terminación del plazo para el cual fueron constituidas da lugar a que se inicie, por cualquier interesado, el proceso de liquidación correspondiente.

Si la muerte de un socio no produce la disolución de la sociedad, se deberá proceder a la liquidación de la parte que le correspondía a su sucesión. Los herederos del socio fallecido tendrán derecho al capital y a las utilidades que al socio finado le hubieren correspondido al momento del fallecimiento y en lo sucesivo únicamente tendrán injerencia en lo que corresponda a los derechos adquiridos o a las obligaciones contraídas por el socio fallecido.

Las pérdidas correspondientes a la sociedad serán distribuidas entre los socios en la forma prevista en los estatutos sociales o, en ausencia de previsión, en la misma proporción en que se hubiera pactado lo correspondiente a las utilidades.

Por lo que corresponde a la participación del socio industrial en las utilidades, habiendo sido omisa la escritura constitutiva de la sociedad, el artículo 2249 del Código Civil establece las siguientes reglas:

1.- Si el trabajo del pudiere ser hecho por otro, su cuota será la que corresponda por razón de sueldos u honorarios, y esto mismo se observará si son varios los socios industriales.

2.- Si el trabajo no pudiere ser hecho por otro, su cuota será igual a la del socio capitalista que tenga más.

3.- Si sólo hubiere un socio industrial y otro capitalista, se dividirán entre sí por partes iguales las ganancias.

4.- Si son varios los socios industriales y están en el caso del punto 2, llevarán entre todos la mitad de las ganancias y la dividirán entre sí por convenio y a falta de éste por decisión arbitral o judicial.

Otras reglas, derivadas de los artículos 2250, 2251 y 2252, aplicables a los socios industriales, son las siguientes:

Si el socio industrial hubiere hecho también aportaciones de capital, el tratamiento para cada una de las partes se considerará por separado.

Si la sociedad no realiza ganancias, el capital a reembolsar se distribuirá exclusivamente entre los socios capitalistas.

Los socios industriales no responderán de las pérdidas, salvo pacto en contrario. Sobre este último punto es necesario hacer notar que si la sociedad no llega a tener utilidades, es probable que el socio industrial sí participe en las pérdidas, ya que como se verá más adelante en las sociedades mercantiles, si no hay recursos, no tendrá derecho a recibir remuneración por los servicios que hubiere aportado, lo cual importa una participación en las pérdidas correspondientes de la sociedad.

Como respecto a todos los puntos anteriores, la disolución y la liquidación de la sociedad deberán ser reglamentadas en los propios estatutos sociales, para prever la situación concreta de las sociedades correspondientes.

4.- SOCIEDADES MERCANTILES

Considero importante, para entrar al análisis del artículo 228-BIS de la LGSM, que regula en particular la escisión de Sociedades Mercantiles, la cual he considerado como un mecanismo de Reestructuración de Empresas, realizar un estudio previo de la figura jurídica fundamental que se requiere para que se pueda llegar a tales formas de reestructuración. De esta manera, comenzaré haciendo un análisis de las Sociedades Mercantiles, de las formas de organización, de su constitución y funcionamiento, para así llegar a una mejor comprensión de cómo las Sociedades Mercantiles pueden llegar a reestructurarse por medio de la escisión.

Actualmente las empresas más importantes se organizan bajo la forma de Sociedad Mercantil. Las exigencias de la economía contemporánea imponen la asociación (de capitales o de capital y trabajo), en empresas de tipo social. El empresario colectivo o social ha venido desplazando en forma acentuada al empresario individual.

El ejercicio de la actividad mercantil requiere en nuestra época de recursos económicos considerables e implica riesgos cada día mayores. Es por tanto, necesario elegir una forma de organización adecuada, como lo es la social. Esto explica la importancia y la preponderancia actual de las Sociedades Mercantiles, sobre todo de ciertos tipos, en los que se busca, además, la limitación de responsabilidad o la fácil y rápida transmisión de las participaciones sociales.

Por otra parte, la ley impone obligatoriamente la forma social para determinadas empresas de importancia y trascendencia en la economía nacional, como sucede en nuestro país con las Organizaciones Auxiliares de Crédito y las Instituciones de Seguros y de Fianzas, entre otras, las cuales deben constituirse en todo caso como Sociedades Anónimas.

La Sociedad Mercantil ha sido definida por la doctrina de muy distintas maneras. Citaré a continuación, el concepto que el jurista Uria propone: "La asociación de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan"¹

Los juristas han discutido mucho sobre la naturaleza del negocio constitutivo de la Sociedad Mercantil. Considero que, de acuerdo con nuestra legislación, la Sociedad Mercantil nace o surge a la vida jurídica como consecuencia de un contrato. Es decir, la sociedad mercantil es el resultado de una declaración de voluntad contractual.

En efecto, la LGSM hace referencia constante a los conceptos de "contrato de sociedad" o "contrato social". Opino pues que la Sociedad Mercantil, en el estado actual de nuestra legislación, encuentra su origen en un contrato, nace de un contrato, al que algunos autores, por sus especiales características denominan *contrato plurilateral o de organización*, que se distingue de los *contratos bilaterales de cambio*, como la compraventa y el mutuo, por ejemplo.

El contrato de sociedad, como contrato asociativo y de organización, no coloca a unos partícipes frente a otros sino que, al ser coincidentes y no contrapuestos los intereses de todos, sus respectivas declaraciones de voluntad ofrecen contenido análogo y siguen la misma dirección; al propio tiempo sus prestaciones, aun pudiendo tener valor económico distinto, son

¹ Citado por Rafael Mantilla Molina, "Derecho Mercantil", Quinta Edición, México, De. Porrúa, p.92, 1980

cualitativamente iguales y no van dirigidas a proporcionar a nadie el goce inmediato de las mismas, sino a fundirse entre sí para proporcionar a todos los socios las ventajas que resulten de la buena utilización del fondo común.

Hay que considerar especialmente que el contrato de sociedad produce el nacimiento de una persona jurídica nueva, de un ente jurídico distinto de los individuos que lo integran. También es importante destacar que lo que distingue a las Sociedades Mercantiles es la especulación mercantil, esto es, la intención o el propósito de obtener una ganancia con la actividad que se realice.

4.1.- CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

En la Legislación Mexicana, la LGSM reconoce en su artículo 1º las siguientes formas de Sociedades Mercantiles:

- I. Sociedad en Nombre Colectivo
- II. Sociedad en Comandita Simple
- III. Sociedad de Responsabilidad Limitada
- IV. Sociedad Anónima
- V. Sociedad en Comandita por Acciones
- VI. Sociedad Cooperativa

Cualquiera de las cinco primeras clases de sociedades pueden adoptar la modalidad de sociedad de capital variable. Las cooperativas serán siempre sociedades de capital variable.

Otras formas sociales reconocidas por la ley son: las Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público (regidas por la ley del 28 de agosto de 1934), las Sociedades Mutualistas de Seguros (reguladas por la LISF) y las Sociedades de Solidaridad Social (regidas por la ley de 26 de mayo de 1976). No constituyen nuevos tipos, sino meras variantes de las comprendidas en el Artículo 1º de la LGSM, que enumeré con anterioridad.

4.2.- DIVERSOS CRITERIOS DE CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

De la clasificación de las Sociedades Mercantiles que establece la LGSM y que señalé anteriormente, la doctrina ha manejado otras clasificaciones tomando en cuenta si las sociedades se constituyen en función del socio o del capital, o de acuerdo a la responsabilidad que adquieren los socios dentro de la sociedad, o si en la sociedad hay intervención de capital del estado o de capital extranjero, como se verá a continuación.

a) Sociedades personalistas y sociedades capitalistas.

En las primeras el elemento personal que las compone (la persona del socio) es pieza esencial, porque significa una participación en la firma social, con la consiguiente aportación de crédito social, por la responsabilidad del patrimonio personal y por la colaboración en la gestión. Por el contrario en las sociedades capitalistas, el elemento personal se disuelve en cuanto a su necesidad concreta de aportación. La persona del socio queda relegada a un segundo término, escondida, por así decirlo, detrás de su aportación.

Esto es, las sociedades pueden ser organizadas jurídicamente en función de la persona de los socios (*intuitu personae*), o en función de las aportaciones de capital de los mismos (*intuitu pecuniae*). Como ejemplo típico de sociedad personalista debe citarse a la Sociedad en Nombre Colectivo; y de sociedad capitalista, a la Sociedad Anónima.

b) Sociedades de responsabilidad ilimitada, limitada y mixta.

Esta clasificación encuentra su base en la distinta responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales.

Las Sociedades Mercantiles son personas jurídicas y, por tanto, responden del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes. En este sentido debería afirmarse que todas las sociedades son de responsabilidad ilimitada.

Pero cuando hablamos de la sociedad en nombre colectivo como sociedad de responsabilidad ilimitada, o de la anónima como sociedad de responsabilidad limitada, nos estamos refiriendo no a la responsabilidad directa de la sociedad por sus propias obligaciones, sino a la de sus socios por las obligaciones sociales.

Desde este punto de vista, podemos clasificar a las Sociedades Mercantiles en:

- a) Sociedades de responsabilidad ilimitada, en las cuales los socios responden ilimitadamente por las deudas sociales (Sociedad en Nombre Colectivo).
- b) Sociedades de responsabilidad limitada, en las que los socios responden sólo hasta por el monto de sus respectivas aportaciones (Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada).

- c) Sociedades de responsabilidad mixta, en las cuales unos socios responden ilimitadamente por las obligaciones sociales y otros solamente hasta por el monto de sus aportaciones (Sociedad en Comandita Simple y Sociedad en Comandita por Acciones).

c) Sociedades de participación estatal

Se ha reconocido como inevitable y, más aún, como necesaria y conveniente la intervención del Estado en el ámbito económico. Es frecuente que el Estado constituya o promueva la constitución de sociedades mercantiles (preferentemente anónimas), para la realización de actividades comerciales, en cuyo capital participa en diversa medida.

Nuestra legislación reconoce las llamadas empresas de participación estatal. En efecto la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (de 24 de Diciembre de 1976) en su artículo 46, considera empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

1. Las Sociedades Nacionales de Crédito
2. Las Sociedades de cualquier otra naturaleza que satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:
 - a) Que el Gobierno Federal, el Gobierno del D.F., una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.
 - b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritos por el Gobierno Federal.

c) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente, o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos de la asamblea general de accionistas, del consejo de administración o del propio órgano de gobierno.

d) Sociedades mercantiles extranjeras

De acuerdo con el artículo 5° de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, son sociedades mexicanas las constituidas con arreglo a las disposiciones de nuestra ley con domicilio legal establecido dentro de la República Mexicana. A *contrario sensu*, entendemos que, serán sociedades extranjeras las que se constituyan de acuerdo con leyes extranjeras o tengan su domicilio en el extranjero.

4.3.- REQUISITOS QUE DEBE REUNIR TODA SOCIEDAD MERCANTIL

a) Personalidad Jurídica

El artículo 2° de la LGSM otorga personalidad jurídica a las Sociedades Mercantiles inscritas en el Registro de Comercio, y también a aquellas, que sin haber cumplido ese requisito, se exterioricen como tales frente a terceros.

La atribución de personalidad jurídica a las Sociedades Mercantiles les confiere el carácter de sujetos de derecho, las dota de capacidad jurídica de goce y de ejercicio. Esto es, en tanto que personas morales, las Sociedades Mercantiles son sujetos de derechos y obligaciones: pueden ejercitar todos los derechos y asumir todas las obligaciones que sean necesarias para la realización de la finalidad de su institución.

La Sociedad Mercantil es una persona jurídica distinta de la de sus socios, y, en tal virtud, tiene organización, un patrimonio, denominación o razón social, un domicilio y una nacionalidad propios. El reconocimiento de la personalidad jurídica, determina una completa autonomía entre la sociedad y la persona de los socios.

b) Patrimonio social

Las Sociedades Mercantiles, en tanto que personas morales, tienen un patrimonio constituido por el conjunto de sus bienes y derechos. Este patrimonio social se integra inicialmente con las aportaciones de los socios y, después, sufre las variaciones que la marcha de los negocios de la sociedad le imprime.

El capital social es el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad y expresado en moneda de curso legal, como valor de las aportaciones realizadas por los socios. Como escribe **Mantilla Molina**, "el capital social es la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios, y señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios puedan disfrutar de las ganancias de la sociedad".²

² Rafael Mantilla Molina, Op. Cit., p. 204.

El capital es elemento esencial, indispensable, de toda sociedad mercantil. La escritura constitutiva de la Sociedad Mercantil debe indicar el importe del capital social, sin este requisito la sociedad no puede nacer a la vida jurídica.

Estos términos pueden crear alguna confusión, por tal motivo hago la siguiente distinción entre los conceptos de capital social y patrimonio social: El *capital social* es la cifra aritmética que representa el valor de las aportaciones de los socios; el *patrimonio social* es el conjunto de bienes y derechos realmente poseídos por la sociedad en un momento determinado.

El patrimonio social posee un carácter esencialmente mudable: sufre las constantes oscilaciones que el éxito o fracaso de las operaciones sociales le imprimen. El capital social, por el contrario, es inmutable, fijo, salvo el caso de aumento o reducción realizado legalmente.

Las Sociedades Mercantiles, a través de las reglas establecidas por la propia ley para cada tipo social, pueden reducir o aumentar su capital. El aumento de capital puede efectuarse mediante nuevas aportaciones que los socios hagan a la sociedad o por el ingreso de nuevos socios (aumento real), o bien mediante la incorporación al capital de las reservas de la sociedad o por revaluación del activo (aumento puramente contable).

La reducción del capital social puede tener lugar mediante reembolso a los socios de sus aportaciones o liberación concedida a los mismos de exhibiciones aún no realizadas, o en el caso de pérdida del capital.

El concepto de capital social está vinculado estrechamente al de aportación. El capital social se constituye precisamente con las aportaciones de los socios. *Aportación* equivale a

“toda prestación y, por tanto, a cualquier cosa que tenga un valor en uso o en cambio, a cualquier derecho, ya sea de propiedad, de uso, de usufructo, etc.”³

Las aportaciones de los socios pueden ser: de dinero (aportaciones en numerario), de bienes de otra naturaleza (aportaciones en especie), de trabajo (aportaciones de industria), o de créditos. En todo caso, el valor de las aportaciones que consistan en bienes distintos del numerario, ha de expresarse necesariamente en dinero, señalándose el criterio seguido para su valoración.

c) Las reservas

Las reservas son aquellas inmovilizaciones de las utilidades, impuestas por la ley (reservas legales) o por los estatutos de la sociedad (reservas estatutarias), o que eventualmente acuerdan los socios (reservas voluntarias), para asegurar la estabilidad del capital social frente a las oscilaciones de valores o frente a las pérdidas que puedan producirse en algún ejercicio.

El legislador no solamente ha procurado que no disminuya el capital social, sino que ha buscado consolidar la base del patrimonio de la sociedad. Así, la LGSM en su artículo 20 dispone la obligación, a cargo de todas las Sociedades Mercantiles, de formar un fondo de reserva (reserva legal) que debe constituirse separando de las utilidades netas anuales un 5% como mínimo, hasta un máximo que importe la quinta parte del capital social.

Este fondo de reserva legal deberá ser reconstituido en la misma forma cuando por cualquier motivo disminuyere.

³ Vivante, “Tratado de Derecho Mercantil”, Madrid, 1942, T. I., p. 33.

d) Nombre de las sociedades mercantiles

Como personas jurídicas, las Sociedades Mercantiles necesitan un nombre que las distinga de las demás y de sus socios. El nombre de las Sociedades Mercantiles puede ser una razón social o una denominación. La *razón social* debe formarse con los nombres de uno, algunos o todos los socios; la *denominación*, por el contrario, no debe contener nombres de socios. La denominación social puede formarse libremente, siempre que no origine confusiones con la empleada por otras sociedades.

e) El domicilio

La escritura constitutiva de las Sociedades Mercantiles deberá señalar el domicilio de las mismas. Este es un requisito esencial del acto constitutivo. El domicilio social puede fijarse libremente pero, en todo caso, deberá ubicarse en el lugar en donde se encuentre establecida su administración.

Cuando la sociedad tenga establecidas sucursales que operen en lugares distintos de aquél en que radique la matriz, tendrán su domicilio en dichos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por sus sucursales.

f) La nacionalidad

Las sociedades mercantiles pueden tener una nacionalidad distinta a la de sus socios. Nuestra legislación distingue entre las sociedades mexicanas y las sociedades extranjeras que, como ya se ha mencionado y de acuerdo con el artículo 5º de la LNN, se entiende que son

Sociedades Extranjeras las que se constituyen de acuerdo con leyes extranjeras o tengan su domicilio en el extranjero.

g) La finalidad social

La escritura constitutiva de las Sociedades Mercantiles debe indicar el "objeto" de las mismas, esto es, hacer referencia a la finalidad social. Así pues, debe declararse y establecerse en la escritura constitutiva la clase de actividades que la sociedad se propone realizar. La existencia de un "objeto" o finalidad es requisito indispensable de toda Sociedad Mercantil. Sin él, la sociedad no se explica. Por tal motivo, el artículo 229 Frac.II de la LGSM, establece la disolución de las sociedades por imposibilidad de seguir realizando su "objeto" principal o por quedar éste consumado.

h) La duración de la sociedad

La escritura constitutiva deberá indicar también la duración de la sociedad. El plazo de duración de la sociedad puede ser pactado libremente por los socios. Aunque la LGSM no impone un plazo, ni en cuanto a su mínimo ni en cuanto a su máximo de duración, sí establece tácitamente que debe fijarse un término cierto; esto a excepción de los casos en que la ley establece como obligatorio, o simplemente permite, que las Sociedades sean de duración indefinida como sucede, por ejemplo, con las Cooperativas, las Instituciones de Seguros, y otras.

i) El reparto de las utilidades y de las pérdidas

Generalmente los socios persiguen con la constitución de la sociedad, y a través de la realización de su finalidad, obtener un lucro, una utilidad; empero también el ejercicio de dichas actividades puede originar pérdidas.

Las utilidades y las pérdidas de la sociedad deben distribuirse entre los socios según lo establecido en la escritura constitutiva o por el acuerdo de los socios o, en su defecto, por las siguientes reglas:

- I. La distribución de las ganancias o de las pérdidas entre los socios capitalistas se hará en proporción a sus aportaciones.
- II. Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual
- III. El socio o socios industriales no reportarán pérdidas

Son socios capitalistas los que aportan dinero, otros bienes o créditos; socios industriales, los que aportan su trabajo, su actividad personal. Las estipulaciones que excluyan a uno o varios socios de participar en las ganancias (pacto leonino), no produce ningún efecto legal.

j) Administración y representación

Las Sociedades Mercantiles, como personas morales que son, obran y se obligan por medio de los órganos que las representan. La representación de las Sociedades Mercantiles corresponde a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones y actos inherentes a la finalidad social, salvo lo que expresamente establezca la ley o bien la escritura constitutiva.

En la escritura constitutiva debe señalarse la forma en que la sociedad será administrada y las facultades de sus administradores, así como el nombramiento de éstos y la designación de los que deben llevar la firma social.

Los administradores de las Sociedades Mercantiles, por el solo hecho de su designación, se reputan autorizados para suscribir y otorgar letras de cambio, pagarés y cheques a nombre de aquéllas; los límites de tal autorización serán únicamente los que se señalen en la escritura constitutiva o en los poderes respectivos.

El nombramiento y revocación de los administradores debe inscribirse en el Registro Público de Comercio.

k) Forma de la escritura constitutiva

La constitución de las Sociedades Mercantiles debe hacerse constar ante Notario Público, esto es, en escritura pública. La exigencia formal de la escritura pública en materia de sociedades mercantiles implica una excepción al principio general de libertad de forma contractual consagrado por el Código de Comercio. Dicha excepción se explica por la importancia misma del contrato de sociedad, por la complejidad habitual de sus cláusulas y por las consecuencias que trae la constitución de la Sociedad en orden al nacimiento de un ente jurídico nuevo. La constitución de Sociedades Mercantiles requieren, además, el permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Los requisitos que debe observar la escritura constitutiva son los siguientes:

1. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o jurídicas que constituyan la sociedad

2. Razón social o denominación de la Sociedad que se constituye
3. El "objeto" o finalidad social
4. El importe del capital social
5. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valoración
6. El importe del fondo de reserva legal
7. El domicilio
8. La duración
9. La forma de administración y las facultades de los administradores
10. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social
11. La forma de hacer el reparto de las ganancias y pérdidas entre los socios
12. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente
13. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la designación de los liquidadores, cuando no sean nombrados anticipadamente.

Los requisitos señalados en los incisos 1 a 5, 7 y 8 son esenciales; sin ellos la sociedad no podrá existir. Los señalados en los incisos restantes pueden suplirse mediante la aplicación de disposiciones de la LGSM. Sólo la falta de los primeros podrá facultar a la autoridad judicial para negar la orden de Inscripción en el Registro de Comercio.

Todos los requisitos antes indicados, así como las demás reglas que se establezcan en la misma escritura sobre la organización y funcionamiento de la Sociedad, constituirán sus *estatutos*.

l) El registro de las sociedades mercantiles

La inscripción en el Registro de Comercio es obligatoria para todas las Sociedades Mercantiles, por lo que la constitución de una Sociedad Mercantil será perfecta cuando quede inscrita en el Registro de Comercio.

Las modificaciones a la escritura constitutiva deberán hacerse constar también en la escritura pública e inscribirse en el Registro de Comercio.

m) Trámites administrativos

Tan pronto como la sociedad se inscriba en el Registro Público de Comercio debe cumplir con una serie de disposiciones de carácter administrativo como son el anuncio de la calidad de comerciante, con las especificaciones que la ley y la práctica aconsejan, la inscripción en la Cámara de Comercio o de la Industria que corresponda y, por último, debe darse de alta en las oficinas fiscales competentes.

4.4.- ASAMBLEAS DE SOCIEDADES MERCANTILES

A lo largo de este capítulo he hecho referencia a la forma en que se lleva a cabo la constitución de una Sociedad Mercantil, pero es necesario conocer de qué manera funciona, debido a que, no obstante que la persona jurídica (sociedad) se considera como un ente real, es decir, se le reconoce como sujeto de derechos y obligaciones, en realidad es un ente abstracto, el cual no podría vivir en el mundo jurídico de no ser que sus componentes, personas físicas, le diesen la materialidad que le es necesaria para actuar.

a) Concepto

El control de una sociedad se encuentra en las manos de sus miembros, y por esta razón la asamblea de socios se presenta en la sociedad como el cuerpo supremo de ésta. De ella emanan las decisiones con base en las cuales la sociedad debe gobernarse. Por medio de la asamblea los componentes de la sociedad, es decir, los socios, expresan su voluntad y dirigen la marcha de los negocios.

La voluntad que emerge de la asamblea será la que prevalezca y se imponga a todos los socios. Los accionistas reunidos en asamblea general, tienen autoridad soberana para estatuir sobre todos los problemas que interesen a la sociedad dentro de los límites fijados por la ley y por los estatutos.

La asamblea es un órgano de carácter colegiado que actúa de acuerdo con el principio mayoritario. El órgano colegiado se constituye por varias personas, cuya voluntad, simultánea y equivalente, es necesaria para formar la voluntad de la sociedad.

Las reglas generales para el funcionamiento válido de la asamblea de socios y de la formación de la voluntad colegial son las siguientes:

- a) La convocación de todos los miembros que forman parte del colegio mismo, por quien tiene facultad para hacerlo (generalmente es el Presidente), en las formas y términos prescritos, indicando el punto por discutir en la reunión, en la que el colegio va a deliberar.
- b) La presencia del número de miembros necesario para que la reunión sea válida.
- c) La aprobación por la mayoría de los presentes del punto sometido a discusión.

Si bien es cierto que la asamblea es un órgano necesario de la sociedad no tiene, sin embargo, el carácter de permanente. Para que los accionistas se reúnan válidamente en asamblea deben ser convocados de acuerdo con las formalidades establecidas por los estatutos y por la ley.

Todos los socios (con las limitaciones impuestas por la ley), tienen el derecho de asistir a las asambleas generales de accionistas e intervenir en la formación de sus acuerdos, a través del derecho de voto. La LGSM permite, sin embargo, las siguientes restricciones al derecho de voto:

- a) En el caso de acciones con voto limitado, es decir, cuando tengan derecho de voto solamente en asambleas extraordinarias.
- b) Tratándose del accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad.
- c) Los administradores y los comisarios que sean a la vez accionistas, no deberán votar en las deliberaciones relativas a la aprobación de sus propios informes o a su responsabilidad.

b) Reunión

Las asambleas generales de accionistas deben reunirse en el domicilio social, salvo caso fortuito o de fuerza mayor, de lo contrario sus resoluciones serán nulas.

Los accionistas podrán asistir personalmente a la reunión o hacerse representar por mandatarios, que pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad. La representación deberá conferirse en la forma establecida en la escritura constitutiva y, a falta de estipulación, por escrito. En ningún caso podrán ser mandatarios los administradores ni los comisarios de la sociedad.

Las asambleas generales de accionistas, salvo estipulación en contrario de la escritura constitutiva, serán presididas por el administrador único o por el presidente del consejo de administración y, a falta de ellos, por quien fuere designado por los accionistas presentes.

Los comisarios tienen la facultad y la obligación de asistir con voz pero sin voto, a las asambleas generales de accionistas, a las que deben ser citados.

A solicitud de los accionistas que reúnan el treinta y tres por ciento de las acciones representadas en una asamblea, ésta se aplazará para celebrarse dentro de los tres días siguientes, y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Este derecho no podrá ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto.

c) Convocatoria

La celebración de las asambleas generales de accionistas requiere su previa convocatoria en los términos establecidos por la LGSM. Sin este requisito serán nulas las resoluciones que se adopten, salvo que en el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones.

La convocatoria para las asambleas generales de accionistas deberá ser hecha por los administradores y, en caso de omisión de éstos (o cuando así lo juzguen conveniente), por los comisarios.

Los accionistas que representen cuando menos el treinta y tres por ciento del capital social podrán pedir por escrito, en cualquier tiempo, a los administradores o a los comisarios, que convoquen a la asamblea general de accionistas, para tratar los asuntos que indiquen en su petición.

La convocatoria para las asambleas generales de accionistas deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad, o en uno de los periódicos de mayor circulación en dicho lugar, con la anticipación que fijen los estatutos o, en su defecto, 15 días antes de la fecha señalada para la reunión, plazo durante el cual estará a disposición de los accionistas el informe de los administradores.

En todo caso la convocatoria deberá contener el orden del día y estar firmada por quien la haga. Los comisarios pueden pedir que se inserten en el orden del día los puntos que consideren pertinentes.

d) Actas de asamblea

De toda asamblea de accionistas deberá levantarse un acta, la cual se asentará en el libro respectivo y será firmada por el presidente, por el secretario y por los comisarios que concurran.

Cuando por cualquier causa no pudiese asentarse el acta de una asamblea en el libro correspondiente, deberá protocolizarse ante notario. En igual forma deberán protocolizarse notarialmente e inscribirse en el Registro de Comercio, las actas de las asambleas generales extraordinarias de accionistas.

e) Clasificación de las Asambleas

La mayoría de las legislaciones han adoptado la clasificación bipartita, esto es, asambleas ordinarias y asambleas extraordinarias; sin embargo, algunos tratadistas agregan a esta clasificación las asambleas especiales. Hago la siguiente distinción:

Asambleas generales ordinarias

La LGSM define a las asambleas generales ordinarias diciendo que son aquéllas que se reúnen para tratar sobre cualquier asunto que no sea de la competencia de las extraordinarias. La asamblea general ordinaria de accionistas podrá celebrarse en cualquier tiempo pero, en todo caso, deberá reunirse por lo menos una vez al año, dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social y se ocupará, además de cualquier otro asunto incluido en el orden del día, de los siguientes:

1. Discutir, aprobar o modificar el informe de los administradores, tomando en cuenta el informe de los comisarios y adoptar las medidas que juzgue oportunas.
2. Tomar las medias oportunas para la mejor marcha de las operaciones y negocios sociales.
3. Nombrar, en su caso, al administrador único o a los miembros del consejo de administración.
4. En su caso, nombrar a los comisarios
5. Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

Para que una asamblea general ordinaria se considere legalmente reunida deberá estar representada en la misma, cuando menos, la mitad del capital social, y sus resoluciones sólo serán válidas cuando hayan sido adoptadas por la mayoría de los votos presentes.

Si la asamblea general ordinaria no pudiere celebrarse en el día señalado para su reunión, se hará una segunda convocatoria, con la expresión de dicha circunstancia, y en la asamblea se decidirá sobre los asuntos indicados en el orden del día, cualquiera que sea el número de las acciones representadas, por mayoría de los votos presentes.

Asambleas generales extraordinarias

La LGSM considera que son asambleas generales extraordinarias de accionistas las que se reúnen para tratar de cualesquiera de los siguientes asuntos:

1. Prórroga de la duración de la sociedad
2. Disolución anticipada de la sociedad
3. Aumento del capital social
4. Reducción del capital social
5. Cambio de "objeto" de la sociedad
6. Cambio de nacionalidad de la sociedad
7. Transformación de la sociedad
8. Fusión con otra sociedad
9. Emisión de acciones privilegiadas
10. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce
11. Emisión de obligaciones
12. En general, cualquiera otra modificación del contrato social y los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija un *quórum* especial

Las asambleas generales extraordinarias de accionistas podrán celebrarse en cualquier tiempo.

Para que una asamblea general extraordinaria se considere legalmente reunida deberán estar representadas, cuando menos, las tres cuartas partes del capital social, a menos que la escritura constitutiva fije una mayoría más elevada, y las resoluciones serán válidas cuando se adopten por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social.

En segunda convocatoria, las decisiones deberán tomarse siempre por el voto favorable del número de acciones que representen, cuando menos, la mitad del capital social.

Cuando la asamblea general extraordinaria de accionistas acuerde el cambio de "objeto" o de nacionalidad de la sociedad o su transformación, el accionistas o accionistas que hayan votado en contra tendrán el derecho de separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo soliciten dentro de los quince días siguientes a la clausura de la Asamblea respectiva.

Asambleas especiales

La LGSM opone al concepto de asamblea general el de asamblea especial. Cuando se haya pactado en la escritura constitutiva que el capital social se divide en varias clases de acciones con derechos especiales para cada una, los accionistas que formen cada categoría deberán reunirse para tratar de cualquier proposición que pueda afectar sus derechos. Esto es, la asamblea general no puede adoptar resoluciones que perjudiquen los derechos de una clase o categoría especial de accionistas sin que éstos, reunidos en asamblea especial, acepten previamente la decisión que afecte sus derechos.

Las decisiones de las asambleas especiales deberán ser adoptadas por la mayoría exigida para las modificaciones del contrato social.

Esta mayoría se computará en relación al número total de acciones de la categoría de que se trate.

Las asambleas especiales serán presididas por el accionista que designen los socios presentes. En general, son aplicables a este tipo de asambleas las disposiciones relativas a Asambleas Generales, en cuanto se refiere a convocatoria, lugar de reunión, representación, actas, etc.

f) Impugnación de los acuerdos de las Asambleas Generales

Los acuerdos adoptados por las asambleas generales de accionistas pueden ser impugnados bien por causas inherentes a la formación de dichos acuerdos, bien por causas relativas al contenido de los mismos. En efecto, los accionistas que representen el 33% del capital social podrán oponerse a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de la clausura de la asamblea respectiva
- b) Que los reclamantes no hayan concurrido a la asamblea o hayan votado en contra de la resolución que impugnan
- c) Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación

Respecto a la impugnación de los acuerdos de las asambleas generales, Mantilla Molina expresa lo siguiente:

"Aún cuando algunos textos legales parecen producir la posibilidad de impugnar las decisiones de las asambleas de accionistas al caso de que quienes pretendan hacerlo reúnan, por lo menos el 33% del capital, y ejerzan la acción respectiva dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se tomó el acuerdo que se ataca, una interpretación sistemática de la ley permite llegar a la conclusión de que, paralelamente a esta acción, que hace posible obtener la suspensión provisional de la resolución impugnada, subsisten las acciones ordinarias de nulidad o anulación, que pueden ser ejercidas por cualquier interesado dentro de los plazos de prescripción señalados por el derecho común"⁴

En ningún caso puede formularse oposición judicial contra las resoluciones de las asambleas generales relativas a la responsabilidad de los administradores o comisarios de la sociedad.

En el caso de que los reclamantes dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad, el Juez podrá ordenar la suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado. Cuando se declare infundada la oposición, los impugnadores responderán de los daños y perjuicios causados a la sociedad por la no ejecución del acuerdo.

La sentencia que se dicte con motivo de la oposición, surtirá efectos respecto de todos los socios. Las oposiciones contra una misma resolución o acuerdo deberán acumularse, para ser decididas en una sola sentencia.

⁴ Rafael Mantilla Molina, "Síntesis del Derecho Mercantil", México, 1966, Porrúa, p. 150.

Para el ejercicio de la acción de impugnación, los accionistas reclamantes deberán depositar los títulos de sus acciones ante notario o en una institución de crédito, quienes expedirán el certificado de depósito correspondiente, que deberá acompañarse a la demanda.

Las acciones así depositadas no serán devueltas sino que hasta que concluya el juicio de impugnación. Para ese efecto podrá utilizarse también la constancia de depósito que en su caso expida el Instituto para el depósito de valores.

CAPITULO II

REORGANIZACION DE SOCIEDADES

FORMAS DE REESTRUCTURACION DE SOCIEDADES

Considerando los elementos, la forma de constituirse y de tomar decisiones de las Sociedades Mercantiles, que ya traté en el capítulo anterior, y tomando en cuenta la necesidad de las sociedades de cooperar entre si e incluso unirse para traer beneficios para cada una de ellas, es como surgieron en la Doctrina Mercantil algunas instituciones jurídicas que se agrupan como, lo que he denominado formas de Reestructuración de Empresas, entendiéndolo este término como un conjunto de acciones que realizan las Sociedades Mercantiles, que implican un cambio, una modificación o reorganización, que afectan de manera profunda, duradera y substancial, el ámbito de actividad de una empresa, su estructura y su organización administrativa. Las instituciones jurídicas a que hace referencia la Doctrina Mercantil son la Concentración de Empresas (un claro ejemplo de ello es la fusión) y la Transformación que no sólo se regulan en nuestro país, sino también en otras legislaciones.

I. CONCENTRACION DE SOCIEDADES

La concentración de sociedades puede entenderse como un fenómeno jurídico y económico, mediante el cual dos o más empresas o sociedades mercantiles inciden en un sólo centro de decisión, sea para efectos puramente administrativos, o para la consecución de un fin socioeconómico o únicamente económico.

El fenómeno al que se alude, en la actualidad ha invadido todo el mundo capitalista, pero las causas que motivaron su aparición son distintas tanto en Europa como en América Latina. En Alemania y Norteamérica, principalmente, se presenta en el siglo pasado, ante la concurrencia desmedida de los productores que los obligaba o a vender a precios excesivamente bajos o a no vender por debajo de esos precios, o bien a fabricar únicamente determinados productos en cantidades mínimas, por lo que la inminente ruina que los amenazaba los obligó a realizar convenios industriales, mediante los cuales se trató de hacer prevalecer en el mercado una sola voluntad, por ejemplo a no vender por debajo de determinado precio o a no rebasar un volumen de producción, o bien a concentrar en una sola empresa todas las gestiones comerciales de las sociedades.

Ante esta realidad, el derecho extranjero hubo de legislar en torno a este fenómeno que se identifica con diversos nombres. La doctrina se refiere frecuentemente a Formas de Concentración de Empresas, haciendo una clasificación empírica para su breve y elemental estudio, que es la siguiente:

- Concentración interior de las empresas.- la cual tiene dos modalidades, que son la ampliación de la empresa y crecimiento de la misma. Por razón de la ampliación de sus actividades, la empresa organiza las diversas actividades como secciones o departamentos y a lo sumo establece relaciones de *sucursal* o de *agencia* con aquéllos grupos que se

encuentran en diversas localidades geográficas. Estos problemas no son típicos del campo de las Sociedades Mercantiles, sino que son propios de la empresa en general.

* Concentración exterior de las empresas. - la cual comprende tres modalidades que son las siguientes:

- a) Sin desaparición de titulares jurídicos. Ejemplo: Agrupaciones de Empresas
- b) Con creación de un nuevo titular jurídico. Ejemplo: Sociedad de Sociedades, Sociedades filiales
- c) Creación de un solo sujeto jurídico con desaparición de algún otro titular jurídico. Ejemplo: Fusión

A continuación explicaré brevemente algunas de estas formas de concentración exterior de las empresas.

1.1 Sin desaparición de titulares jurídicos

a) Trust

Esta figura es de origen anglosajón. Se trata de un organismo económico financiero, que sirve como intermediario entre los inversionistas y el mercado financiero.

Se forma en virtud de que los accionistas de una sociedad, transfieren sus acciones a un fiduciario o a varios fiduciarios para que a través de la votación en las asambleas pueda lograrse el control de las diversas sociedades que han emitido los títulos, a

fin de que actúen en el mercado en un sentido propuesto. Es entonces, el ejercicio de una empresa a través de la cual se realiza una inversión colectiva de capitales en función de los objetivos perseguidos y de la estrategia adoptada por la misma. El Trust puede tener por finalidad el dominio del mercado (dominación externa), o el dominio de varias empresas (dominación interna).

b) Kartell

En esencia, son uniones o asociaciones de empresarios independientes de un mismo sector profesional y para un determinado territorio, con objeto de regular la *concurrentia* entre los miembros que los forman e influir y alcanzar, en lo posible, una preponderancia en el mercado común, en virtud de la regulación homogénea a que se someten. Se trata de acuerdos entre los empresarios de no sacar al mercado un producto similar, sino en determinadas condiciones de venta, por ejemplo, de manera que no haya competencia desfavorable para ninguno de ellos, es decir, que pueden concurrir en el mercado en condiciones semejantes. Es preciso señalar, como nota sobresaliente, que el Kartell está constituido por una unión de empresarios de un mismo sector profesional, (y no de sociedades como sucede en la fusión) que tiene por objeto regular la dominación monopolística del mercado. Se fijan premisas de tal forma que se logre que el sistema empresarial conserve su capacidad competitiva y de adaptabilidad a las cambiantes estrategias del comercio.

c) Consorcio

Es la reunión de dos o más personas físicas o morales, que realizan actividades económicas iguales o semejantes, con la finalidad de regular entre sí su concurrencia al mercado en cuanto a las mercancías que producen o elaboran, o los servicios que prestan, en la que si bien cada empresa particular conserva su identidad por lo menos en el aspecto externo, se encuentran ligadas unas con otras por relaciones de carácter capitalista y se hallan sujetas a una dirección común. Entre las características esenciales de los consorcios podríamos señalar la consistente en el objeto que persiguen, que es el robustecimiento económico y mejora de las posibilidades técnicas de la producción de un determinado bien.

En términos generales, el fin del consorcio consiste en regular la concurrencia de las partes, imponiendo limitaciones y restricciones a la actividad de cada una de ellas. Es frecuente que se impongan y predominen en el contrato obligaciones de no hacer (no vender determinados productos o en determinadas zonas, o a precios superiores a los que se fijan en el consorcio, o por los consortes, no realizar determinada actividad, no usar determinada materia prima, o sólo usar las que se indiquen, etc.).

Los consorcios no forman una sociedad, porque no tienen la característica distintiva de ésta, ya que no hay aportaciones en común para colaborar en común con intención de lograr como finalidad una utilidad para dividir entre los participantes. En el consorcio cada uno de los empresarios, aun cuando convengan en colaborar, persigue la obtención de su propio lucro.

d) Holding

Consiste en la participación de una sociedad en otra, mediante la posesión de acciones. En esta forma, cuanto mayor sea el número de acciones, mayor será la vigilancia a

través de la intervención en la asamblea. Puede acontecer también que no sólo una sociedad adquiera las acciones de otra, sino que ésta adquiera también acciones de aquéllas y entonces habrá recíproca vigilancia. Pero ya sea que se efectúe mediante adquisición recíproca de acciones, por lo que las empresas coligadas vienen a ser socios una de las otras, ya sea que entre las sociedades se estipule un verdadero contrato, mediante el cual se reserven los porcentajes de las utilidades que cada una tendrá en ambos casos no existe fusión, por el motivo esencial de que los entes conservan intacta su personalidad jurídica.

1.2 Con creación de un nuevo titular jurídico

a) Sociedades Filiales

En un sentido amplio, se dice que una sociedad es filial a otra, cuando está sometida a la voluntad de aquélla. En un sentido restringido, sólo puede hablarse de sociedad filial y de sociedad madre, cuando aquélla ha sido fundada por ésta, es decir, cuando la sociedad madre ha fundado la sociedad filial reservándose la fundadora la totalidad o la mayoría de las acciones de la nueva sociedad.

La sociedad filial es la forma típica de la subordinación de una sociedad a otra desde el punto de vista económico. El hecho de que una sociedad posea la totalidad o la mayoría de las acciones de otra, en nada perjudica a la autonomía jurídica de ambas sociedades, aunque es preciso reconocer que la íntima unión económica tiene que tener sus repercusiones en el campo jurídico, tanto en el aspecto interno, como en el externo.

En cuanto a la posibilidad de relaciones contractuales entre ambas sociedades, puede afirmarse que la dependencia económica no se traduce en falta de independencia jurídica. El problema importante es el de la responsabilidad entre ambas. Teóricamente, ni la sociedad madre responde de las deudas de la sociedad filial, ni ésta de las de aquélla. Por la misma razón, la quiebra de la sociedad dominante no arrastra la quiebra de la sociedad dominada.

El predominio social de una sociedad sobre otra, conseguido a través de la posesión de la mayoría de su capital, puede dar lugar a acuerdos favorables para la sociedad dominante y dañosos para la sociedad dominada. La cuestión está en decidir hasta qué punto la filial no es más que un instrumento en manos de una organización superior o por el contrario la sociedad filial es una sociedad anónima autónoma con personalidad propia y con intereses autónomos que deben ser objeto de primordial protección.

Específicamente en la ley sustantiva mexicana no se encuentran disposiciones al respecto, sin embargo, los artículos 36 de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, el artículo 9 del Reglamento de la Ley Orgánica, y las fracciones I y IV del artículo 27 Constitucional, contienen referencias a las Sociedades Filiales.

b) Sociedad de sociedades

En la legislación mexicana no se encuentra ningún precepto prohibitivo de que una sociedad pueda ser socio de otra. El artículo 6 fracción I de la LGSM contempla expresamente la posibilidad de que los socios de una sociedad sean sociedades al expresar los siguiente: "La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener... los nombres,

nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad". La Ley de Instituciones de Crédito prevé expresamente la hipótesis de que estas instituciones puedan ser socios de otras sociedades e igual sucede con las de Instituciones de Seguros y Fianzas.

1.3 Creación de un solo sujeto jurídico con desaparición de alguno o algunos otros titulares jurídicos

a) Fusión de sociedades mercantiles

La figura de la fusión de sociedades, importante elemento en la reestructuración de empresas, por muchos años se mantuvo prácticamente olvidada, puesto que sólo se contemplaban reglas aisladas, lo que originaba inseguridad jurídica o la necesidad de recurrir a resoluciones específicas; sin embargo, en los últimos tiempos se ha observado un marcado incremento en su utilización, y debido a que la fusión y la figura jurídica que estudiamos (la escisión de Sociedades Mercantiles), están ampliamente ligadas entre sí, por regular efectos opuestos, voy explicar la fusión de manera más extensa que los conceptos anteriores, y posteriormente establecer diferencias con la escisión.

Concepto de Fusión

La fusión es un acto jurídico mediante el cual se unen los patrimonios de dos o más sociedades, cuyos titulares desaparecen o en algunos casos uno de ellos sobrevive, para compenetrarse en una organización unitaria que los sustituye dentro del mundo comercial;

pudiendo ser esta organización resultado de la creación de una nueva sociedad o de la absorción hecha por parte del ente que sobrevive.

Las sociedades que se fusionan pueden ser de capitales o de personas, de igual o distinta naturaleza, y en todo caso formar una diferente de las participantes.

Tipos de fusión

Haciendo un breve análisis histórico al respecto, observamos que en los sistemas latinos como en Francia e 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 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 preexistente.

En México, la LGSM alude a las dos formas mencionadas en el párrafo anterior. 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.

Características de la fusión

Ya se trate de fusión por integración o de fusión por incorporación, las características comunes a ambas, son las siguientes:

1. La fusión importa la extinción de la sociedad incorporada y de aquellas que se fusionan en una sola.
2. La extinción tiene lugar, para todas, sin liquidación.
3. Todo el patrimonio de la sociedad incorporada se compenetra en el de la incorporante, y los patrimonios íntegros de las sociedades que se fusionan concurren a formar el patrimonio (unitario) de la sociedad nueva.
4. Respecto a la sociedad incorporante y a la nueva, cuando ambas sean sociedades por acciones, salvo diversa disposición del acto de fusión, el patrimonio neto de la incorporada constituirá una aportación de capital en la incorporante, y el patrimonio neto de las sociedades que se fusionan, el patrimonio social de la nueva sociedad.
5. Las sociedades pueden deliberar, y el acto de fusión establecer, que los socios o los accionistas de las sociedades que se fusionan reciban acciones de la sociedad incorporante o de la nueva sociedad, o también se les reconozca la parte social respectiva.

Motivos que inducen a la fusión

Después de analizar algunos autores tanto jurídicos como financieros y contables, puedo señalar que, de entre los diversos motivos que pueden dar origen a la fusión de sociedades, se encuentran los siguientes:

- a) La búsqueda del mejoramiento de las condiciones de mercado, lo que puede obtenerse ya sea aumentando la producción y disminuyendo los costos y gastos, mejorando el precio tope del producto, ya sea ampliando los ámbitos del mercado potencial, entre otras muchas formas.
- b) La diversificación que permita reducir los riesgos de negocio y financieros, entendiéndose por riesgo de negocio la incapacidad para asegurar la estabilidad en ventas, costos y utilidades; y por riesgo financiero la incertidumbre inherente al uso de la palanca financiera (deuda).
- c) La obtención de activos intangibles no disponibles como personal clave, patentes y marcas, equipo de investigación, prestigio e ingreso rápido a mercados corrientes y deseables, sólo por mencionar algunos.
- d) Razones financieras tales como beneficios operacionales, de liquidez o de aumento de valor de mercado de las acciones de las sociedades participantes y otros.

Por otro lado, **Philippatos** señala que la razón fundamental que motiva una fusión de sociedades es "la maximización del valor de mercado de la empresa"⁵, lo que provocará un aumento en los márgenes de utilidad.

Considero conveniente mencionar que la fusión de sociedades así como tiene ventajas, también ha tenido desventajas; entre éstas podemos mencionar las siguientes:

- a) El cambio de las condiciones de operación y forma de trabajo.

⁵ Citado por José de J. Cotero, "Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles", México, Themis, p. 4.

- b) La pérdida de poder y control administrativo de los accionistas.
- c) El considerar que el pago por la fusión, representado por las acciones de la fusionante o la nueva sociedad, no corresponde al valor que antes, en las fusionadas tenían las acciones de los socios.

Un estudio realizado en Harvard nos muestra que a pesar de que en las últimas épocas, la fusión de sociedades ha tenido gran aceptación e incluso ha proliferado por las grandes ventajas que con ella se pueden obtener, la realidad es que en la práctica han fracasado y entre las principales causas de ello, se han encontrado las siguientes:

1. El error de no definir las metas que se pretenden con la fusión y que permitan el acoplamiento de los recursos de las empresas participantes.
2. No definir la ganancia efectiva a obtener por las empresas participantes.
3. El hacer una inadecuada elección del candidato a fusionar por no hacer una investigación adecuada de su situación financiera y comercial.
4. Sin embargo el principal problema es el problema humano, pues en una fusión se requiere la asimilación e integración tanto de ejecutivos como del personal de las entidades participantes, ya que al adquirir una empresa, ante todo se adquieren personas y si se logra assimilarlas se tendrá éxito.

Proceso de Fusión.

Para que la fusión de Sociedades Mercantiles pueda realizarse y producir plenamente sus efectos, se requiere agotar una serie de pasos cuyo análisis explicaremos a continuación:

1. Sistemas para la fusión

Existen dos sistemas para llevar a cabo el procedimiento de fusión de Sociedades Mercantiles, a saber:

a) El *Sistema Alemán*.- en el que la fusión tiene lugar inmediatamente de que ésta se delibera, pero los patrimonios sociales permanecen separados por cierto tiempo y su administración se hace también por separado, hasta que los acreedores hayan sido satisfechos o debidamente garantizados, momento en que los patrimonios sociales pasan a formar uno solo.

b) El *Sistema Italiano*.- en el que es necesario que transcurra determinado tiempo para que los patrimonios formen uno solo, mientras tanto, cada sociedad administra y dispone libremente su haber social. Los acreedores, durante el lapso entre la deliberación y su inscripción y la fecha en que tiene efecto, pueden oponerse a que la fusión se lleve a cabo, en tal caso, la fusión se suspende hasta que se declare infundada la oposición.

Nuestra legislación, en el artículo 224 de LGSM, adopta el sistema italiano al señalar que, la fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción en el Registro Público de Comercio. Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan podrá oponerse judicialmente, en la vía sumaria, a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada. Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá

llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.

2. Acuerdo de Fusión

El acuerdo de fusión deberá ser decidido por cada una de las sociedades interesadas, las que analizarán la forma, condiciones y términos en que ésta se llevará a cabo, estudiará su situación patrimonial y la manera y cuantía como serán reconocidos los derechos de los socios de las sociedades que desaparecen, todo esto, tomando en cuenta la naturaleza de cada una de las sociedades que se fusionan.

Estos acuerdos son actos preparatorios a la fusión y constituyen declaraciones unilaterales de voluntad que concurrirán a la formación del contrato de fusión de sociedades. Cabe señalarse que la eficacia de estos acuerdos se agota en las relaciones internas de los entes de los cuales emanan; implícitamente se da una modificación estatutaria de las fusionadas ya que la duración de esas sociedades se disminuye al momento en que la fusión produce efectos. Así encontramos que hay disolución de algunas sociedades como consecuencia de la fusión, misma que se opera transcurrido el plazo que señala el artículo 224 de LGSM después de que sus patrimonios se han liquidado al transmitirse a la sociedad que personalice la fusión, surtiendo sus efectos este contrato.

3. Ejecución del acuerdo de fusión

La ejecución del acuerdo de fusión es un negocio en el que intervienen las partes que deberán fusionarse a través de sus representantes legales. Consiste en la elaboración del

contrato de fusión y en tanto este contrato no surta efectos, las sociedades participantes continúan su vida independiente.

Al respecto **Francesco Ferrara** afirma que "la fusión se efectúa mediante el acto de fusión que representa la ejecución de las liberaciones precedentes y consagra la compenetración de sociedades"⁶.

Por su parte **Gómez Cotero** difiere de Ferrara y, acertadamente, afirma que "si bien es cierto que la fusión se verifica en el momento en que el contrato de fusión surte sus efectos, la fusión no es consecuencia del acuerdo adoptado por las sociedades participantes, la consecuencia de este acuerdo consiste en la celebración del contrato de fusión y es de este instrumento del que deriva la fusión"⁷.

Por otro lado no hay que perder de vista que la ejecución del acuerdo de fusión implica disolución de algunas sociedades, la que surtirá sus efectos al momento en que se produzcan los efectos del contrato de fusión, es decir, al momento en que se dé la fusión de sociedades.

4. Formalidades

Las formalidades del proceso de fusión se establecen en la LGSM que dispone lo siguiente:

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

⁶ Citado por José de J. Gómez Cotero, op. Cit., p. 12

⁷ Citado por José de J. Gómez Cotero, Op. Cit., p. 1.

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

- b) 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
- c) Cada sociedad deberá publicar su último balance
- d) La sociedad o sociedades que dejen de existir, deberán publicar, además, el sistema establecido para la extinción de su pasivo
- e) La fusión tendrá efectos en el momento de la inscripción en el Registro Público de Comercio, o cuando se constituyere el depósito de su importe en una institución de crédito
- f) El certificado en que se haga constar el depósito, deberá publicarse en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse
- g) Cuando de la fusión de varias sociedades haya de resultar una distinta, su constitución se sujetará a los principios que rigen la constitución de la sociedad a cuyo género haya de pertenecer

En la anterior disposición se muestra que en nuestra legislación respecto de la forma del contrato de fusión sólo nos habla de la fusión por integración y por lo que se refiere a la fusión por incorporación es omisa; sin embargo, pienso que como esta implica una modificación de la estructura interna de la fusionante, deberá atenderse a las reglas que rigen a esta sociedad según su naturaleza para estructurar el contrato de fusión. Así las cosas, encuentro que en el caso de las sociedades anónimas la fusión deberá realizarse a través de una Asamblea Extraordinaria de accionistas de conformidad con lo señalado por el artículo 182 de LGSM, ya analizado en el capítulo anterior.

Efectos de la Fusión de Sociedades Mercantiles

La fusión de sociedades es una figura cuya realización produce una serie de efectos, los que para poder operar, requieren reunir una serie de requisitos. A continuación haré un enunciado de éstos, clasificándolos de acuerdo a la rama del derecho a que pertenecen:

1. Efectos laborales. La situación de los trabajadores de las empresas participantes, la situación consecuente de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, la determinación de quién continuará con las obligaciones de los trabajadores, como son, por mencionar algunas: el pago de cuotas del seguro social, pago de INFONAVIT, primas de antigüedad y el reparto de utilidades de los trabajadores; estas son, entre otros, algunos de los efectos de la fusión que en esta área pueden llamar la atención.

2. Efectos civiles y mercantiles. Dentro de este campo se plantean dos tipos de situaciones, unas respecto a los terceros relacionados con las sociedades participantes y otra frente a los integrantes de éstas (socios o accionistas), ya que las cesiones de derechos y obligaciones resultado de las transmisiones patrimoniales que se producen como efectos de la fusión tienen diversas consecuencias.

3. Efectos corporativos. Aun cuando este concepto sólo existe dentro de la práctica profesional y propiamente debieran enmarcarse dentro de los efectos mercantiles, los distinguiré de éstos para referirnos en este punto a todos aquéllos que afectan la vida y estructura de las sociedades participantes como consecuencia de la fusión.

4. Efectos administrativos. Aquí podemos encontrar una serie de situaciones respecto de las autorizaciones, permisos, registros, licencias, concesiones y demás beneficios que tuviere alguna de las sociedades que participan en la fusión, encontrando requisitos especiales para la cesión de estos derechos y obligaciones administrativas.

5. Efectos internacionales. En esta área pueden estudiarse todos aquellos efectos que se relacionen con la nacionalidad y la condición jurídica de extranjeros, tanto de las sociedades como de sus accionistas, así como los conflictos de leyes que como consecuencia de la fusión de sociedades resulten; por mencionar algunos de estos efectos puedo señalar las patentes, marcas, transferencia de tecnología, inversión extranjera, y otros.

6. Efectos fiscales. En el infinito campo del Derecho Fiscal y que resulta de particular importancia para el Estado, podemos encontrar situaciones interesantes que afectan a las sociedades participantes como a la fusión misma, que por su amplitud y debido a que no es materia de este estudio, solamente refiero su existencia.

2. TRANSFORMACION

Mediante la modificación de su escritura constitutiva, una sociedad puede adoptar un tipo diverso del que originalmente tenía, o establecer la variabilidad de su capital; una modificación de esta clase se denomina Transformación, misma que se encuentra establecida en el artículo 227 de la LGSM, y que señala que para llevarla a cabo se aplicarán los mismos preceptos de la fusión.

La transferencia deja subsistente la personalidad moral de la sociedad, es decir, no hay extinción de la persona moral de la sociedad, es decir, no hay extinción de una persona y creación de otra, lo que implicaría una transmisión de bienes y derechos que tendría repercusiones de índole fiscal y la extinción de aquellos derechos que no fuesen cesibles. Se puede decir que es simplemente el cambio de su tipo social.

La transformación acarrea una limitación en la responsabilidad de los socios o una ampliación en la disponibilidad de sus derechos. Por ejemplo, La Sociedad Colectiva tiende a

transformarse en Comandita Simple, por muerte o retiro de negocios de uno de los socios, o en Limitada. La Sociedad Comandita suele transformarse en Limitada, o más rara vez en Comandita por Acciones; y ésta y la Limitada tienden a transformarse en Sociedad Anónima.

Suele plantearse el problema de si la Transformación de una Sociedad implica la extinción de una persona jurídica y la creación de otra nueva, o si, por el contrario, subsiste la misma persona a través de la transformación.

Las consecuencias prácticas que se siguen de una y otra solución son principalmente las siguientes:

I. Si hay creación de una nueva persona, se creará también una nueva sociedad, y será preciso el consentimiento de todos los que de ella formarán parte; si subsiste la misma persona, es la misma sociedad la que adopta una nueva estructura, a lo que bastará en principio una votación de los socios, tomada conforme a las reglas que rigen a las modificaciones de la escritura constitutiva.

II. Si hay cambio en la personalidad jurídica, los derechos de la primitiva sociedad se transmitirán a la creada, en virtud de la transformación, y ello con las consecuencias ulteriores de que:

a) La nueva sociedad no adquirirá los derechos que por ley o por pacto no son susceptibles de transmitirse; por ejemplo, los derechos derivados de un contrato de arrendamiento.

b) Deberán cubrirse los impuestos correspondientes a la cesión de créditos, transmisión de dominio y otros.

Estas figuras jurídicas que acabo de describir, y que los doctrinistas las consideran comprendidas como formas de Concentración de Empresas (particularmente la Fusión), además de la Transformación de Empresas, suelen confundirse con la figura jurídica cuyo análisis nos ocupa, que es la Escisión de Sociedades; sin embargo, más adelante vamos a señalar las diferencias que tiene la escisión; con los conceptos que acabamos de analizar y sus características específicas.

C A P I T U L O I I I

**DIVERGENCIAS Y CORRESPONDENCIAS DEL DERECHO DE SOCIEDADES
Y OTRAS NORMATIVIDADES**

DIVERGENCIAS Y CORRESPONDENCIAS ENTRE EL DERECHO DE SOCIEDADES Y OTRAS NORMATIVIDADES

En este capítulo realizaré una breve reflexión del porqué de las divergencias y correspondencias entre el derecho de sociedades, el mercantil y el fiscal, ello tratando de llegar al motivo que dio origen a que la figura jurídica de la escisión fuera regulada primeramente en la legislación fiscal y posteriormente se adicionara el Capítulo IX de la LGSM al respecto, considerando que la adición debió haberse dado previamente en la legislación mercantil.

Por tal motivo, trataré de establecer en este capítulo, las razones de divergencia en los cambios de las leyes mercantiles y fiscales, el porqué consideramos que se requiere una concordancia entre los actos mercantiles y los actos de imposición en materia tributaria, y enunciar además algunos casos específicos en que las leyes tributarias se han anticipado a los mercantiles.

1. RAZONES DE DIVERGENCIA EN LOS CAMBIOS DE LAS LEYES MERCANTILES Y FISCALES

Han sido motivo de profunda preocupación para quienes estudian y aplican en el ámbito profesional una gran gama de negocios jurídicos, la circunstancia de que ciertas ramas del derecho (como lo es en este caso el mercantil), se hayan estancado en su evolución en tanto que otras, específicamente el derecho fiscal, se transforman con una rapidez inaudita.

Como ejemplos de la lentitud en los cambios en la legislación mercantil de nuestro país encontramos el Código de Comercio que fue promulgado el 15 de Septiembre de 1889 y la Ley General de Sociedad Mercantiles, que si bien no es tan obsoleta como el primero, data del 28 de Julio de 1934.

Pocos en realidad han sido los cambios para adecuar los ordenamientos antes ejemplificados a la era contemporánea de las transacciones mercantiles, provocándose así dificultades que han trascendido a la última instancia jurisdiccional y que tienen que resolverse en la vía de tesis contradictorias, después de recorrer intrincados vericuetos de interpretación.

Por el contrario, México es tal vez un caso inigualable en lo que a modificación de leyes fiscales federales se refiere, sobre todo en la década de los ochentas y en lo que va de los noventas. No hay año, mes y casi semana en que no se lleven a cabo modificaciones en todos los niveles, como lo son las propias leyes, sus reglamentos y, en lo más bajo de la jerarquía legislativa, la conocida y mal llamada Resolución Fiscal Miscelánea cuyo nombre correcto es Resolución de Impuestos y Derechos que emite la SHCP, que solamente tuvo nueve modificaciones durante su vigencia 1995-1996.

Ahora bien, hechas estas consideraciones generales al preguntarnos acerca de cuáles son las razones que provocan la divergencia en los cambios a las leyes mercantiles y fiscales, hemos podido apuntar las siguientes:

1. En el derecho mercantil lo que ha predominado siempre en su concepción y desarrollo, se le conoce como la autonomía de la voluntad de los particulares que intervienen en un negocio jurídico. De aquí el principio de que los contratantes mercantiles se obligan en la forma y términos que les convienen, surgiendo así innumerables prácticas comerciales que constituyen fuente de derechos y obligaciones y sin que, en infinidad de circunstancias, pasen a formar parte de alguna norma escrita.
2. Esta característica propia del derecho privado, que inclusive permite que la voluntad de los contratantes sea interpretada, no por autoridades, sino en los términos en que se deseó obligarse y, en último extremo, por juicios arbitrales que dan por concluidas importantes controversias.
3. Es por ello que la reforma legislativa mercantil se torna lenta al no recibir la presión adecuada, por parte de los interesados, para la modificación de preceptos que a diario funcionan.
4. Por el contrario, el desenvolvimiento tan veloz de los fenómenos económicos y, en consecuencia, la mayor captación de riqueza, ha venido exigiendo por parte de las autoridades hacendarias el enfocarse, en múltiples casos pasando inclusive por alto elementales aspectos de legalidad, a gravar las fuentes productoras o detentadoras de dicha riqueza, tipificando así un mayor número de conductas en sus normas.

5. Más aún, el derecho fiscal forma parte del derecho administrativo, estando por lo mismo en presencia de ordenamientos que corresponden al derecho público, cuyo propósito es lograr el equilibrio necesario entre las erogaciones de la hacienda pública para el bien común y los recursos que precisan captarse.

Así las cosas, se puede comprender - si bien no justificar - , el apresuramiento en la elaboración de leyes fiscales, en la cual para nada se toma en cuenta la voluntad de los particulares, ni tampoco se permite la libre interpretación de los deberes tributarios y sobre todo, cuando el legislador fiscal se ve arrastrado a establecer, a diestra y siniestra, novedosas figuras, no importándole si son o no reconocidas por otras ramas del derecho.

2. NECESARIA CORRESPONDENCIA ENTRE LOS ACTOS MERCANTILES Y LOS ACTOS DE IMPOSICION EN MATERIA TRIBUTARIA

Apreciando las válidas razones de discrepancias entre las dos ramas del derecho mencionadas, debemos precisar que, no obstante los actos de imposición, (de ahí el nombre de "impuestos") por parte del legislador tributario, para que un Sistema Jurídico funcione globalmente es menester su necesaria concordancia con aquellas manifestaciones de voluntad individual.

No resulta por lo mismo extraña tal concordancia en actos que, a lo largo de nuestra historia legislativa, se han acoplado para funcionar con su contenido mercantil de origen y fiscal, por asimilación, como lo son el fideicomiso, la asociación en participación, el arrendamiento financiero, el factoraje financiero, los grupos financieros, la fusión y recientemente, la escisión de sociedades.

En esos casos no cabe duda que nada impide el adecuado funcionamiento legal y fiscal de las operaciones, cuya concordancia, más que dificultar, facilita su correcta estructura y culminación.

Poco importa ya determinar si primero fueron contempladas por el derecho fiscal o por el derecho mercantil. Lo esencial es que, tanto el legislador tributario como el que tiene a su cargo regular los actos de comercio, se han visto ante la inminente necesidad de darse a la tarea de tratar de lograr la mayor concordancia posible entre sus materias, lo cual no obsta, sin embargo, para que no queden pendientes todavía algunos detalles que será necesario ir limitando paulatinamente.

3. CASOS ESPECIFICOS EN QUE LAS LEYES TRIBUTARIAS SE HAN ANTICIPADO A LAS MERCANTILES

El primero de ellos es el arrendamiento financiero que, primero apareció como criterio de la SHCP y posteriormente se incorporó a la LISR; pero pasaron once años para que la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito contemplara al arrendamiento financiero como un contrato típico.

El otro caso que sobresalen en nuestro derecho positivo es precisamente la figura de la escisión, a la cual hacen referencia desde el 1º de enero de 1991 los artículos 12, 18, 19, 46, 55, 64, 120 y 124 de LISR; 6 y 9 de LIMPAC; y 8 de LIVA.

A su vez, el Código Fiscal de la Federación, en las reformas que sufrió con vigencia a partir del 1º de enero de 1992, asimila esta figura, esencialmente mercantil, en sus

artículos 14-A, 15-A, 26 y 32-A, estableciendo el CFF un concepto de Escisión de Sociedades Mercantiles, ya que hasta entonces la LGSM no regulaba esta figura jurídica.

Estos casos en que la legislación fiscal se anticipó a las leyes mercantiles en materia de escisión, lo explicaré más ampliamente en capítulos posteriores al hablar de los Efectos Fiscales que se producen cuando se lleva a cabo la escisión de Sociedades Mercantiles.

Así mismo, al explicar los conceptos que diferentes doctrinistas han dado de esta figura jurídica, se verá el contenido del artículo 15-A del CFF que precisamente establece un concepto de Escisión, porque esta no estaba contemplada en la legislación mercantil.

4. ANTECEDENTES DEL ARTICULO 228-BIS DE LA LGSM

A la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados le fue turnada para su estudio y dictamen la minuta con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la LGSM, que envió la Cámara de Senadores. En este proyecto se encuentra comprendida la adición del artículo 228-BIS, en el cual se reglamenta la escisión de Sociedades Mercantiles.

El 28 de mayo de 1992 se presentó para primera lectura el dictamen de la minuta antes citada y el 2 de junio de 1992 se aprueba el decreto en lo general y en lo particular por 345 votos a favor. Posteriormente, en el Diario Oficial de la Federación de

fecha 11 de junio de 1992 se publicó el Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El dictamen presentado el 28 de mayo de 1992 ante el pleno de la Cámara de Diputados, mismo que me fue proporcionado por la **Comisión de Comercio**, y que considero como la *ratio legis* a la adición del artículo 228-BIS a la LGSM, contenía la siguiente información, que aquí transcribo ⁸

I. Fundamento Constitucional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga facultades al Congreso de la Unión para legislar en toda la República sobre la materia de comercio, en los términos de lo dispuesto por la fracción X del artículo 73 de dicha ley fundamental.

Así mismo, la propia Carta Magna, en su capítulo de garantías individuales, concede a todo gobernado, entre otras, las garantías de libre asociación y de trabajo, contenidas respectivamente en los artículos noveno y quinto, del invocado pacto federal.

De lo anterior se infiere que esta Cámara esta facultada para emitir el presente dictamen.

II. Consideraciones generales

Después del estudio que realizó esta comisión, tanto de la iniciativa del Ejecutivo Federal como del dictamen de la honorable Cámara de Senadores,

⁸ Dictamen proporcionado por el Lic. Jorge Ortega Ibarra, Secretario Técnico de la Comisión de Comercio de la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

que en el presente caso actuó como Cámara de Origen, y tomando en consideración además las reuniones de conferencias celebradas entre las comisiones respectivas de ambas cámaras del Congreso de la Unión, celebradas los días 29 de abril y 18 de mayo del presente año, coincidimos en la necesidad y procedencia de la presente reforma legislativa.

La Ley General de Sociedades Mercantiles es el ordenamiento jurídico que regula la Constitución, la organización, el funcionamiento, el registro, la fusión, la disolución y la liquidación de las diversas Sociedades Mercantiles que nuestro derecho positivo comprende. Coincidimos con la colegisladora en señalar la necesidad de actualizar dicha ley a la situación y necesidades actuales de la actividad económica en nuestro país.

Cabe señalar que la LGSM vigente fue expedida hace casi 60 años, razón por la cual muchas de sus disposiciones no se ajustan a nuestra actual realidad. Y en este sentido es preciso destacar que la legislación mercantil, en su conjunto, requiere de una profunda revisión y actualización, pues los diversos cuerpos normativos que la integran, cuentan con una vigencia de muchas décadas, como sucede en los casos del Código de Comercio que fue publicado en el año de 1889, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que lo fue en 1932 y la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos publicada en 1943.

La anterior preocupación fue desde luego objeto de reflexión en las reuniones de conferencias celebradas por las respectivas comisiones de las cámaras, habiéndose coincidido en la conclusión de que un trabajo de reforma integral de la legislación mercantil, requerirá de mucho más tiempo y de la participación de especialistas y de los sectores sociales involucrados, por esta razón se decidió trabajar en este momento, en reformas parciales que son de suma urgencia e importancia.

III. Reforma propuesta

La reforma que se propone a la citada ley, tiende en términos generales a facilitar el desarrollo de la actividad mercantil y económica, eliminando obstáculos legales que en este momento son innecesarios, así como disminuyendo requisitos que ya no se justifican e introduciendo figuras nuevas que nuestra actual actividad mercantil requiere . . .

Se considera muy conveniente la propuesta de adicionar un artículo 228-BIS para regular la escisión de sociedades suprimiéndose con ello una notable "laguna legal".

El dictamen anterior, propuesto por la Comisión de Comercio en su primera lectura, fue aprobado por dicha Asamblea. Ante el pleno de la Cámara de Diputados reunidos nuevamente en Asamblea en fecha 2 de junio de 1992, se discutió sobre el mismo proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la LGSM.

En esta Asamblea, **Felipe de Jesús Calderón Hinojosa** fundamentó el dictamen sometido a consideración de la Asamblea, argumentando lo siguiente:⁹

El derecho corporativo sustenta la actividad de las empresas y a las personas y a las personas morales en el país. Y un pilar fundamental del mismo, se encuentra precisamente en la LGSM, expedida en 1934, por el Presidente Abelardo L. Rodríguez, por cierto sin la aprobación del Congreso y en uso de facultades verdaderamente extraordinarias tan usuales en aquel tiempo.

Es generalmente aceptado que esta ley, como muchas otras referidas a la actividad económica, ha sido superada en algunas de sus partes por la realidad. Es necesario que se hagan los estudios legislativos encaminados a la realización de una reforma integral, no sólo de la LGSM, sino en lo general, al derecho de la actividad económica [. . .] La reforma introduce una figura jurídica (la escisión de Sociedades Mercantiles) que se practica mediante la aplicación

⁹ Diputado propuesto para fundamentar el dictamen a nombre de la Comisión de Comercio.

impropia de otras figuras jurídicas si previstas en la ley, como la extinción, la cesión de partes sociales y la fusión.

Esta figura fundamental en la organización administrativa y financiera de las empresas, se encuentra inclusive ya prevista y regulada para efectos fiscales, pero para el derecho societario, para el derecho mercantil, se encuentra y constituye una laguna jurídica que se supera con esta iniciativa.

Ante esta iniciativa puesta a consideración del Pleno de la Cámara de Diputados, el diputado **Guillermo Flores Velasco** del Partido de la Revolución Democrática, emitió su voto en contra de dicha iniciativa, por considerarla entre otros causas, contraria a los derechos laborales establecidos en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al pretenderse la extinción, división o aportación del patrimonio de las sociedades mercantiles con la sola voluntad de los socios.

Señaló además, que no se tutelan los derechos de los trabajadores de sociedades que se escindan; que no debe depender de la voluntad de una sola de las partes si la relación de trabajo permanece o no; que al extinguirse la sociedad escidente, ante quién van a reclamar los trabajadores si se modificó su trabajo, su salario, su derecho de antigüedad, prestaciones, indemnización, contrato colectivo, seguro social, etc.

Ante estos señalamientos el diputado **Alfonso Rivera Domínguez** del partido Revolucionario Institucional intervino para aclarar, lo que considero acertado, que la fracción XXIII del artículo 123 Constitucional es muy clara al señalar que los créditos en favor de los trabajadores, por salario o sueldos, tendrán preferencia sobre cualesquiera otros. Que además el artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo contempla la figura de la sustitución de patrón, lo cual no afecta las relaciones de trabajo.

Con relación a este aspecto en discusión, consideramos que pretender llevar a la legislación mercantil los mecanismos de salvaguarda de los derechos laborales, es un error, toda vez que la LFT es una ley que protege al trabajador y lo protege porque

reconoce la desigualdad que existe entre el obrero y el patrón. Es una ley proteccionista que contiene incluso instituciones como la suplencia de la queja, que es de estricto derecho.

En cuanto a otros señalamientos que se hicieron al artículo 228-BIS, los que comentaré más adelante, al estudiar más afondo y en cada una de sus partes esta adición, que fue aprobada en lo general y en lo particular por mayoría de votos.

CAPITULO IV

ESCISION DE SOCIEDADES

ESCISION DE SOCIEDADES

La actividad empresarial en general tanto por su misma esencia, como por la idiosincrasia de los empresarios es una actividad dinámica generadora de cambios, impulsora de crecimiento, innovadora de procedimientos, promotora de alternativas y en fin, nunca estática o ya estacionada.

La estructuración de la empresa bajo el concepto de persona moral y en particular como Sociedad Mercantil, como ya lo había comentado en capítulos anteriores, es la forma más idónea de organización, pues se tiene una amplia legislación mercantil tanto nacional como extranjera, que otorga suficiente seguridad jurídica sobre los derechos y obligaciones que emanan de la creación, operación y extinción de las personas morales, y a su vez dicha seguridad jurídica se tiene con respecto a los socios o accionistas e inclusive frente a los administradores de las sociedades.

Sin embargo, por esa evolución, desarrollo o crecimiento de los negocios surgen necesidades de reestructuración o de organización de la empresa y en éste campo la figura de la escisión constituye una herramienta jurídica sumamente útil.

En este análisis sobre la escisión, voy a centrarme en esta interesante figura jurídica y a señalar los aspectos legales que emanan de su utilización en nuestro país.

1. CONCEPTO DE ESCISION

Según el Diccionario de la Academia de la Lengua, escindir quiere decir "cortar, dividir, separar; escisión viene del latín *scissionis* y significa cortadura, rompimiento"¹⁰. El origen latino de la palabra se conserva en el nombre de la institución jurídica en los idiomas romances: *escisión, cisao, scissione, scission*.

En los Estados Unidos se habla de *corporate division, corporate separation* y *divisive reorganization*, pero con mayor frecuencia se alude a la escisión con los nombres de tres de sus variedades: *split-up, split-off* y *spring-off*.

Dentro de la Legislación Mexicana, particularmente en el ámbito fiscal, se recoge por primera vez el concepto de escisión de sociedades en los siguientes términos¹¹:

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

a) Cuando la escidente transmite una parte de su activo, pasivo y capital a una o varias escindidas, sin que se extinga; o

b) Cuando la escidente transmite la totalidad de su activo, pasivo o capital a dos o más escindidas, extinguiéndose la primera. En este caso la escindida que se designe en los términos del Artículo 14-A de este Código, deberá conservar la documentación a que se refiere el Artículo 28 del mismo."

¹⁰ Citado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Diccionario Jurídico Mexicano", Octava .Ed., México, p. 1299

¹¹ Artículo 15-A del Código Fiscal de la Federación, México, Themis, 1996.

Considero que el anterior concepto plantea un problema práctico, pues únicamente reconoce que existirá escisión de sociedades cuando la sociedad escidente sea una sociedad residente en México y las escindidas también sean residentes en México. Esto obedece a que el concepto anterior está encaminado a regular los efectos fiscales de la figura y parte de ellos, olvidando que la figura debe reglamentarse originalmente en el campo mercantil y posteriormente analizar sus efectos fiscales.

Así las cosas nos encontramos con que puede darse una escisión de sociedades en la que la escidente o las escindidas no sean residentes en el país y sin embargo sí tengan efectos dentro del mismo.

Por otro lado cabe señalar que en materia mercantil en el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la LGSM, específicamente la adición al capítulo IX de la citada ley, establece el siguiente concepto de escisión de Sociedades Mercantiles¹² :

"Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad 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".

En conclusión, podría decir que la escisión es la división de una sociedad que puede desaparecer o no en dos o más sociedades nuevas que adquieren personalidad jurídica y patrimonio propios.

2. TIPOS DE ESCISION

¹² Artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles, México, De. Porrúa, 1995.

La doctrina distingue diversos tipos de escisión de sociedades y consideramos importante analizar algunos de ellos, que son los que se pudieran dar en la práctica común:

a) Escisión pura o división.- Consiste en que una sociedad se divide en varias que nacen a la vida jurídica e incorporan el patrimonio de la primera, la que desaparece; esta escisión pura tiene dos variantes; la escisión pura perfecta en la que los socios de las sociedades nuevas participan en el capital social de las nuevas sociedades, en la misma proporción que tenían con anterioridad y la escisión pura imperfecta en que los socios participan en distinta proporción a la que tenían en la sociedad originaria. Esta forma es adoptada en el inciso b) del artículo 15-A del CFF, así como en el Artículo 228-BIS de la LGSM.

b) Escisión por excorporación.- Consiste en la creación de una sociedad a la que otra le transmite parte de su patrimonio sin extinguirse. Esta sociedad se conoce en la doctrina francesa como escisión parcial o aportación parcial del activo y se considera como una falsa escisión, ya que los autores consideran que para que exista escisión se requiere como elemento indispensable la disolución de la sociedad que se escinde y en este caso concreto propiamente existe una segregación. No obstante lo anterior, esta forma se incluye en el inciso a) del mencionado artículo 15-A del CFF y por el Artículo 228-BIS de la LGSM.

c) Escisión por incorporación.- Aquella en la que el patrimonio de la sociedad que se escinde parcial o totalmente se une e incorpora a una o más sociedades existentes. Algunos autores la llaman fusión-escisión, en donde establecen que no se requiere la constitución de una nueva sociedad independiente, sino que basta con la absorción de su patrimonio por otras sociedades ya existentes, las cuales absorben el patrimonio de la sociedad escidente, esto se conoce como "fusión-escisión por absorción".

Otros doctrinistas hablan de escisiones múltiples, tomando como base los tipos de escisión que acabamos de mencionar, y se denominan de la siguiente manera:

d) Escisión combinada simple. - Aquí, una o más partes del patrimonio de la sociedad que se divide, se transfieren a una o más entidades de nueva creación y otra u otras porciones del mismo patrimonio, se transfieren a sociedades ya existentes con anterioridad a la propia escisión.

e) Escisión-fusión cruzada. - En esta modalidad, dos Sociedades Mercantiles se dividen en dos partes cada una, creándose dos sociedades nuevas, a cada una de las cuales se incorpora una parte de la primera y una parte de la segunda, desapareciendo las sociedades escindentes. En esta operación se identifican claramente las características de la escisión pura y de la fusión, a lo cual, unido al intercambio de bienes que genera, la doctrina francesa denomina "fusión por dispersión".

f) Escisión por absorción cruzada. - Efectos similares que en el caso anterior, pueden ser logrados sin disolver a las sociedades preexistentes que se escinden, las cuales conservarían parte de su patrimonio, y dividiéndose parcialmente harían intercambio de la parte escidente.

g) Escisiones cruzadas combinadas. - Así llaman a la fórmula que combina las dos modalidades antes señaladas, de manera que subsiste una de las dos sociedades que absorbería una porción de la otra, mientras que con la parte escidente de la sociedad que subsiste y la no absorbida de la segunda persona moral, se constituye una nueva sociedad.

De los conceptos que hasta el momento he hablado puedo decir que, como figura jurídica, la escisión determina la separación o segregación del patrimonio de una

sociedad, para que se integre a otra u otras sociedades. A la primera se le denomina la "escidente" y a la(s) segunda(s) la(s) "escindida(s)". Al referirme al patrimonio de una sociedad, desde un punto de vista contable nos estamos refiriendo al efecto neto que resulta de restar el monto de los pasivos del valor de los activos, es decir, al capital contable de la sociedad. Pero en realidad la escisión va más allá de la segregación del capital contable de una sociedad, puesto que a título universal se puede aportar, ceder o traspasar "actividades mercantiles" que involucran una serie de derechos y obligaciones. En efecto, por virtud de una escisión:

- a) Se puede traspasar a otra sociedad una actividad mercantil (comercial, industrial, agropecuaria, financiera, etc.) que ya está funcionando, que tiene sus productos, su mercado, su organización.
- b) Se puede traspasar a otra sociedad la fuerza laboral, asumiendo la sociedad receptora una serie de derechos y obligaciones laborales en el carácter de patrón sustituto.
- c) Se pueden traspasar a otra sociedad una serie de bienes intangibles como son marcas, nombres comerciales, patentes, crédito mercantil, etc.
- d) Se pueden traspasar a otra sociedad los derechos y obligaciones que emanan de una serie de contratos que la sociedad escidente ya tenía celebrados, como pueden ser, de arrendamiento, de servicios (luz, teléfono, agua), de suministro o de compra de bienes, entre otros.

Como se puede apreciar, la figura jurídica de la escisión conlleva a una segregación patrimonial que puede ser total o parcial, provocando que se disuelva la sociedad escidente o que ella subsista, respectivamente y por tanto que se incorpore su patrimonio a otras sociedades nuevas o ya existentes.

Una característica fundamental de la figura de la escisión, es la relacionada con los beneficiarios indirectos de este traspaso patrimonial, puesto que tales beneficiarios indirectos son precisamente los socios o accionistas de la sociedad escidente, pues son ellos los que reciben las acciones que se emiten en la o las sociedad(es) escindida(s). Es obvio que a su vez tendrán que asumir el efecto de la reducción de capital que se provoca en la sociedad escidente.

3. TEXTO QUE SE ADICIONA AL CAPITULO IX DE LA LGSM

Por su importancia e innovación consideró interesante transcribir el texto que se adiciona al Capítulo IX de la LGSM, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Junio de 1992, donde se pretende cumplir con el objetivo de normar esta novedosa figura que es la Escisión de Sociedades, y en base a ello hacer un análisis de cada uno de los puntos que establece para llevarla a cabo.

Artículo 228-BIS. Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad 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 activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación.

La escisión se registrará por lo siguiente:

- I. Sólo podrá acordarse la escisión por resolución de la asamblea extraordinaria de accionistas o socios u órgano equivalente, por la mayoría exigida para la modificación del contrato social.

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

- III. 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.

- 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 serán transferidos.

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

 - c) Los estados financieros de la sociedad escidente, que abarquen por lo menos las operaciones realizadas durante el último ejercicio social, debidamente dictaminado 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 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, ésta responderá por la totalidad de la obligación;

e) Los proyectos de estatutos de las sociedades escindidas.

V. La resolución de escisión deberá 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 durante un término de cuarenta y cinco días naturales contados a partir de que se hubiera efectuado la inscripción y ambas publicaciones.

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

- VII.** 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.
- VIII.** Los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión gozarán del derecho a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo previsto en el artículo 206 de esta ley.
- IX.** 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.
- X.** No se aplicará a las sociedades escindidas lo previsto en el artículo 141 de esta ley.

A continuación explicaré cada una de las fracciones a que se refiere el artículo 228-BIS, que se adicionó al Capítulo IX de la LGSM.

Fracc. I "Sólo podrá acordarse la escisión por resolución de la asamblea extraordinaria de accionistas o socios u órgano equivalente, por la mayoría exigida para la modificación del contrato social".

De lo anterior se desprende que el acuerdo de escisión deberá ser adoptado por cada sociedad siguiendo lo que sus estatutos y naturaleza determinen, así por ejemplo en el caso de Sociedades Anónimas, éste deberá realizarse a través de una asamblea extraordinaria de accionistas, como lo ordena el artículo 182 de la LGSM. A

este efecto, debe prepararse un estado de posición financiera que refleje la situación de la sociedad, así como el proyecto de escisión que será sometido a la asamblea.

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

Un elemento característico de la escisión lo constituye la emisión de nuevas acciones o cuotas en favor de los socios de las sociedades escindidas, ya que la ausencia de este tipo de valores implicaría la ausencia de una escisión y solamente se presentaría un contrato traslativo de dominio entre las mismas sociedades.

Fracc. III “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”.

Esta fracción plantea una situación bastante compleja desde el punto de vista práctico, ya que si bien, una de las causas que inducen a la fusión puede ser el distanciamiento entre socios, resultaría bastante ilógico, que se obligue a que todos los socios participen en el capital de las escindidas, en la misma proporción de capital que tenían en la escidente, cuando, precisamente la escisión, es una solución posible a problemas de diferencias entre socios.

Desde mi muy particular punto de vista, el hecho de que algunos de los socios no participen en el capital de las escindidas al momento de su constitución, de ninguna manera producirá la nulidad de la escisión, pues en este caso prevalecerá válidamente el principio de autonomía de la voluntad, el que no se opone a ninguna disposición de orden público.

No obstante lo anterior, no debemos dejar de observar la alta influencia fiscal en la regulación mercantil de la figura, ya que existe mucho interés por conservar la proporción de tenencia accionaria de la escidente.

Fracc. 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 serán transferidos.

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

c) Los estados financieros de la sociedad escidente, que abarquen por lo menos las operaciones realizadas durante el último ejercicio social, debidamente dictaminado 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 . . ."

El balance de escisión y el estado de posición financiera de la escisión deberán reflejar la situación patrimonial de la sociedad a la fecha que la escisión haya de realizarse. Se sugiere establecer un cuadro que muestre los movimientos del capital social, de manera que se conozca cómo se ha ido integrando el mismo a través del paso del tiempo.

Así mismo se sugiere presentar un balance consolidado que represente las partes en que se separa el patrimonio al segregarse como consecuencia de la escisión.

Deberá presentarse adicionalmente una evaluación de los bienes, mismos que se considerarán a valores reales, a efecto de poder determinar las porciones en que habrá de dividirse el patrimonio.

Algo que llama la atención es el hecho de imponer la obligación de que los estados financieros de escisión estén dictaminados por auditor externo, pues nuevamente nos muestra la influencia fiscal dentro de este decreto de carácter mercantil, demostrando una vez más que se pierden las barreras entre una y otra área del derecho.

d) “. . . 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, ésta responderá por la totalidad de la obligación . . .”

Esta fracción fue muy criticada por algunos diputados en la Asamblea en la que se discutió la aprobación del artículo 228-BIS como adición del capítulo IX de la LGSM, pero desde mi h. punto de vista no fue interpretada correctamente, ya que se decía que en realidad las sociedades no respondían tan solidariamente como se expresa, porque solamente respondían del total de pasivo y hasta por el importe del activo que les haya sido atribuido; algunos diputados adujeron que se intentaba crear nuevas sociedades con quiebras implícitas. Sin embargo, la interpretación que nosotros hacemos a esta fracción es en el sentido de que cualquiera de las sociedades debe responder por el total del pasivo hasta por el total del activo que se les asignó y que en caso de que ese activo no alcance a cubrir el

pasivo, otra sociedad escindida o todas las que hayan resultado de la escisión responderán por el resto del pasivo, también hasta por el total del activo que se les transmitió.

Lo que considero no muy claro es lo que se refiere a que, las sociedades escindidas responderán ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso; pero, ¿qué pasa con los acreedores que sí dieron su consentimiento ya sea expreso o tácito para que se llevara a cabo la escisión?, ¿ante ellos no responderán solidariamente las sociedades escindidas?, ¿será necesario que los acreedores tengan siempre que oponerse a la escisión para que sus créditos estén garantizados?, habrá que ver de qué manera se comprometen las sociedades escindidas a garantizar sus créditos ante los acreedores.

Esta fracción en particular, también se puede criticar en cuanto a que entra en franca contradicción con varias sociedades que se regulan en la propia LGSM como por ejemplo la Sociedad en Comandita Simple, ya que para esta sociedad el socio deberá responder subsidiaria, solidaria e ilimitadamente. Y en el caso de que una de las sociedades escindidas fuera en Comandita Simple por el criterio comercial personal, por el prestigio personal mismo de los que lo integran, estaríamos ante una contradicción con el propio espíritu de la ley al establecerse en este inciso d) fracción IV del artículo 228-BIS, que las sociedades escindidas responderán hasta el límite del capital que se les haya transmitido.

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

Por tratarse de constitución de nuevas sociedades, deberán establecerse los estatutos sociales que regirán las mismas, a fin de transmitirles simultáneamente los patrimonios o la parte del patrimonio que les corresponde; así mismo, las nuevas sociedades convocarán a una asamblea en la que se designen a los funcionarios de las mismas.

Fracc. V “La resolución de escisión deberá 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 durante un término de cuarenta y cinco días naturales contados a partir de que se hubiera efectuado la inscripción y ambas publicaciones”

Aquí es aplicable el principio de publicidad a fin de dar a conocer a los afectados los acuerdos de escisión, el balance para tal efecto, el proyecto de escisión propiamente dicho y, en su caso, tramitarse u obtenerse un acuerdo con aquéllos acreedores que se verán afectados por la escisión de sociedades, a fin de que los mismos no se opongan al trámite de escisión al pagarles los créditos a que tienen derecho.

Una característica que llama la atención radica en que el plazo de publicación es de 45 días para la escisión, mientras que la norma que conocemos en materia de fusión es de tres meses, sin que exista una situación lógica para explicar esta diferencia.

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

Como se puede ver, en esta fracción se reconoce el Derecho de oposición de los socios y acreedores, quienes podrán oponerse judicialmente en la vía sumaria, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada.

Una innovación en este ordenamiento radica en que contempla una garantía para ejercer la oposición, de manera que se responda por los daños y perjuicios que se cause a la sociedad escidente durante la suspensión.

Fracc. VII "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".

Un punto criticable a este último supuesto radica en que en el caso de que las sociedades escindidas adopten una nueva denominación social (que casi en todos los casos sucede), deberá necesariamente solicitarse permiso ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, situación que no está prevista en este artículo que se analiza.

Por lo que hace al momento que surte efectos la escisión, debe afirmarse que éstos surtirán efectos plenos a partir de su inscripción en el Registro Público, como lo ordena la LGSM.

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

El artículo 206 de la LGSM que de acuerdo a esta fracción es aplicable a la escisión, establece que cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones sobre los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182, cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener el reembolso de sus acciones, en proporción al activo social, según el último balance aprobado, siempre que lo solicite dentro de los 15 días siguientes a la clausura de la asamblea.

Los asuntos sobre los cuales los accionistas tienen derecho a separarse de la sociedad, a los que se refiere el artículo 206 que acabo de citar y que se encuentran en el artículo 182 de la LGSM, son los relativos al cambio de objeto de la sociedad, cambio de nacionalidad de la sociedad y transformación de la sociedad.

Una vez que he analizado estos artículos de la LGSM, se podría proponer una adición a los ya citados artículos 206 y 182 de la LGSM, ya que los legisladores se olvidaron adicionar una fracción XIII al artículo 182 que diga Escisión de sociedades, ya que esta figura jurídica no encuadra en ninguna otra fracción de las señaladas en el artículo 182, mucho menos en las fracciones IV, V y VI de que habla el artículo 206 de la propia ley. Por lo tanto, también habría que adicionar el citado artículo 206, en el sentido de que incluya la fracción XIII del artículo 182 de la LGSM como asuntos sobre los cuales, los socios tengan derecho a separarse de la sociedad.

Independientemente de este descuido de los legisladores de actualizar otros artículos relacionados con el artículo 228-BIS que se adiciona, este aspecto merece un comentario especial, ya que en la fusión de sociedades no se cuenta con una norma que en forma expresa establezca el derecho de los socios a separarse de la sociedad.

Fracc. IX "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".

El acuerdo de escisión que toman los socios en la asamblea general extraordinaria, lleva implícita una disolución de sociedades cuando la sociedad escidente vaya a desaparecer. En este caso habrán de aplicarse las disposiciones contenidas en los capítulos X y XI de la LGSM que se refieren precisamente a la disolución y liquidación de Sociedades Mercantiles.

Fracc. X "No se aplicará a las sociedades escindidas lo previsto en el artículo 141 de esta ley".

Comentario especial merece esta fracción del nuevo artículo 228-BIS, que establece que a la escisión no le serán aplicables las disposiciones del artículo 141 de la Ley de la materia, el que se refiere a que en caso de aportaciones pagadas en especie las acciones que las representen deben conservarse en las sociedades durante un plazo de dos años, con objeto de que en el caso de que los bienes que las representen tengan un valor menor al 25% de aquél en que fueron aportados, el accionista se obligue a cubrir la diferencia a la sociedad.

Lo anterior obedece a que no obstante que la sociedad escindida recibe una aportación en especie, para los accionistas lo que está sucediendo es un canje de sus anteriores acciones por las nuevas, independientemente de que el valor de los bienes no sufre el riesgo de verse disminuido porque los mismos formaban el patrimonio de la escidente, quien se los transmite a su valor a las escindidas.

4. ELEMENTOS COMUNES ENTRE FUSION Y ESCISION

Como ya se señalo en capitulos anteriores, en nuestra legislación mercantil se encuentran algunas figuras afines a la escisión de sociedades, como son: la fusión y la transformación que tienen como denominador común el que en todos los casos se trata de fórmulas para la reorganización de empresas.

La escisión supone la separación de un patrimonio en varias partes sociales, la fusión por el contrario implica la unión de dos o más patrimonios, mientras que la transformación trae como consecuencia el cambio de la naturaleza jurídica de una sociedad.

Como elementos comunes a la escisión y la fusión de sociedades, encontramos los siguientes:

1. Que ambos son métodos de reorganización.
2. Que las sociedades resultantes de las operaciones entregan a su vez acciones o partes sociales a los accionistas de las sociedades fusionadas o escindidas.
3. Que en ambos la transmisión patrimonial es a título universal, esto es incluyendo derechos y obligaciones.
4. Algunos autores sostienen que en la escisión y en la fusión de sociedades, la sociedad escidente y la fusionada se extinguen sin liquidarse.

Yo no comparto la opinión de los autores que hablan de una extinción sin liquidación, puesto que la liquidación de una sociedad implica la liquidación del patrimonio social, pero no la muerte de la sociedad; para que se dé la muerte de la sociedad, se requiere

la liquidación previa de su patrimonio y como consecuencia de la ausencia de patrimonio, y en su caso de la aprobación del proyecto de partición por los accionistas, se da la extinción de la sociedad.

Por lo tanto, en ambos casos, aunque la liquidación se dé a través de la transmisión del patrimonio a las sociedades beneficiarias, sí existe una liquidación patrimonial en la escisión de sociedades. Lo anterior es reconocido por el CFF en el caso de la escisión pura y, muy particularmente, en la LGSM cuando señalan:

Art. 15-A CFF. “. . . b) Cuando la escidente transmite la totalidad de su activo, pasivo y capital a dos o más escindidas, *extinguiéndose* la primera.”

Art. 228-BIS. “Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente *decide extinguirse y divide la totalidad 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.”

Para apoyar la opinión anterior basta analizar las etapas que comprende la escisión de sociedades:

1. En primer lugar el acuerdo de escisión lleva implícita la desaparición de la escidente, un acuerdo de disolución sujeto a condición suspensiva, el que deberá publicarse e inscribirse en el Registro Público del Comercio para que pueda surtir sus efectos, mismos que no se verificarán en tanto no se verifique el contrato de escisión.

2. Una vez que el contrato de escisión y el acuerdo de disolución produzcan sus efectos, la sociedad escidente extinguirá su patrimonio liquidándolo a través de un sólo acto que consiste en una sucesión intervivos por medio de la cual transmiten sus derechos y obligaciones, así como todas sus relaciones, a las sociedades que resulten como consecuencia de la escisión.

3. Una vez que el patrimonio de la escidente ya ha sido liquidado por su transmisión a un sucesor, esta sociedad desaparece surtiendo efecto la disolución.

4. La liquidación se realiza a través de una sucesión en la que el heredero ocupa el lugar del autor de la herencia en todas sus relaciones patrimoniales, siendo sucesor a título universal porque lo suceden en todo su patrimonio; se trata de una sucesión intervivos porque en ella concurren la voluntad del autor de la sucesión para la transmisión patrimonial.

A fin de apoyar la teoría de que la liquidación es un efecto de la escisión de sociedades, puedo citar a varios autores que abordan este tema en materia de fusión:

Cooperoger, afirma que "toda fusión entraña obligatoriamente el cargo del pasivo de la sociedad absorbida y la liquidación de esta misma".¹³

Por otro lado, consideramos que es importante entender lo que implica la liquidación de una sociedad y así, **Vivante** señala que "la liquidación comprende todas las operaciones que se llevan a cabo en el período que media entre la disolución y la formación de la masa divisible entre los socios".¹⁴

¹³ Citado por Vázquez del Mercado, "Asambleas, fusión y liquidación de Sociedades Mercantiles", Tercera Edición, México, De. Porrúa, 1987, p. 349.

¹⁴ Citado por Vázquez del Mercado, op. Cit. P. 349

Por su parte **Jean Carlo Free** entiende la liquidación como "el complejo de operaciones necesarias para extinguir el pasivo y generalmente para transformar en dinero el patrimonio remanente para repartirlo entre los socios".¹⁵

Manuel Broceta sostiene que "la liquidación comprende la serie de actos que conducen al pago o afianzamiento de las deudas sociales y el reparto del sobrante del patrimonio social entre los accionistas en proporción a su participación en el capital social".¹⁶

Garrigues considera la liquidación como "el conjunto de operaciones de la sociedad que tienden a fijar el haber social divisible entre los socios; la finalidad de la liquidación es purgar el patrimonio de deudas para devolver el resto a los socios".¹⁷

De los anteriores conceptos puedo señalar como elementos esenciales de la liquidación:

1. La liquidación del pasivo
2. La determinación del remanente repartible entre los socios

Por lo que respecta a la liquidación del pasivo, éste se obtiene bien por su pago bien porque se sustraiga del patrimonio de la sociedad; la determinación del remanente repartible entre los socios, no es otra cosa que su cuota de liquidación, es decir, la determinación del valor de su participación en el patrimonio de la sociedad.

¹⁵ Citado por Vázquez del Mercado, op. Cit., p. 371

¹⁶ Citado por Vázquez del Mercado, op. Cit., p. 372

¹⁷ Joaquín Garrigues, "Curso de Derecho Mercantil", México, De. Porrúa, 1981, p. 472

5. MOTIVOS DE REESTRUCTURACION POR MEDIO DE LA ESCISION DE SOCIEDADES

Una vez analizado el artículo 228-BIS cuyo objetivo es normar el procedimiento para llevar a cabo la reestructuración de las empresas por medio de la escisión, podemos ahora señalar cuáles son los motivos que llevan a una Sociedad Mercantil a reestructurarse por medio de la escisión que, aunque son muy variados, cabe enunciar como sigue:

1. Por razones de ubicación geográfica
2. Por razones de mercado
3. Por razones operacionales
4. Por razones laborales
5. Por razones fiscales
6. Por razones de accionistas
7. Por razones de nuevos accionistas
8. Por razones jurídicas
9. Por razones financieras
10. Otras razones muy variadas

Es precisamente la escisión una figura jurídica que por su naturaleza constituye una herramienta dúctil y accesible, para lograr algunos de los objetivos de la reestructuración de empresas.

A continuación ejemplificaré algunos casos en que esta figura se puede usar con propiedad.

Para esto seguiré el orden de los motivos de reestructuración de empresas que en una forma enunciativa, pero no limitativa, ya mencioné:

Escisión de una sociedad para resolver una problemática de ubicación geográfica

Planteamiento:

Se trata de una sociedad mercantil que ha desarrollado su negocio a base de tiendas que realizan un alto volumen de operaciones y que se manejan como sucursales en varias ciudades de la República. Un estudio operacional demuestra que la administración centralizada no es la idónea y se pretende una desincorporación de las sucursales para que operen en forma independiente.

Solución:

La actual sociedad se escinde y se crean varias sociedades escindidas (una por cada tienda), cada una de las cuales recibe el aporte de sus cuentas por cobrar, inventarios y activos fijos, así como ciertos pasivos y una parte del capital social y contable, haciéndose la segregación idónea en función de los activos que se manejaban en cada sucursal. La sociedad escidente subsiste para conservar la propiedad de los inmuebles en que operan las tiendas y ahora desarrollará funciones inmobiliarias sin personal, ya que todo

el personal se distribuyó entre las sociedades escindidas que se convirtieron en patrón sustituto.

Escisión de una sociedad para resolver un aspecto de mercado

Planteamiento:

Se trata de una sociedad mercantil que fabrica dos líneas de productos, la primera de precios económicos y alto volumen, y la segunda elegante y de gran moda dirigida a consumidores que pueden pagar altos precios; cada línea se identifica con una marca comercial, pero se han generado problemas de imagen, publicidad, descuentos por volumen con los clientes, plazo en el cobro de la cartera, etc.

Solución:

La actual sociedad se escinde y se crean dos nuevas sociedades, una comercial que se encargará de la comercialización de la línea de productos económicos y otra sociedad que se encargará de la función de transportación de los productos. La sociedad escidente subsiste con su actividad fabril de las dos líneas de productos, pero sólo con la comercialización directa de la línea de productos elegantes y de alto precio.

Escisión de una sociedad para resolver una problemática operacional

Planteamiento:

Se trata de una sociedad mercantil que fabrica en plantas separadas dos tipos de productos. Un estudio operacional demuestra que cada una de las actividades industriales requiere de su propio sistema de aprovisionamiento, almacenaje, programación de producción, control de inventarios, desarrollo y control de personal, etc.; la comercialización de los productos es simple y a buenos precios, pero los resultados no son favorables ya que en el área de producción que es el factor vital, se han encontrado fallas cuya responsabilidad se diluye o no se ubica con precisión.

Solución:

La actual sociedad se escinde y se crea una nueva sociedad escindida que absorberá una de las actividades fabriles con absoluta independencia y con una estructura orgánica completa para el integral desarrollo de todas sus funciones. La sociedad escidente subsiste y conserva la otra actividad industrial, también con una estructura orgánica completa.

Escisión de una sociedad para resolver una situación laboral

Planteamiento:

Se trata de una sociedad que opera tres plantas industriales en distintas localidades y con contratos colectivos de trabajo con distintos sindicatos. Continuamente se generan controversias (sobre todo en materia de reparto de utilidades) que provocan incertidumbres y conflictos laborales. El asesor laboral sugiere que se haga una separación y cada una de las plantas opere en forma totalmente independiente.

Solución:

La actual sociedad se escinde y se crean tres nuevas sociedades escindidas, cada una de las cuales asume una de las actividades industriales, absorbiendo el personal sindicalizado y no sindicalizado correspondiente. La sociedad escidente subsiste, pero ya no con actividad industrial sino que ahora centraliza la actividad de comercialización. Cada sociedad tendrá su propio contrato colectivo de trabajo y su propio reparto de utilidades a trabajadores.

Escisión de una sociedad para aprovechar un régimen fiscal favorable.

Planteamiento:

Se trata de una empresa avícola que tiene diversas granjas y que cuenta con una fábrica de alimento balanceado con una gran capacidad de producción. El alimento balanceado que se fabrica, se utiliza parcialmente en el consumo interno, pero también se vende alimento balanceado a terceros en cantidades significativas. Un estudio demuestra que habría una buena ventaja fiscal en que la empresa avícola tributase en el régimen simplificado, pero este beneficio no se ha aprovechado ya que la venta de alimento balanceado a terceros (por más de un 10% de los ingresos) no permite la aplicación de dicho régimen.

Solución:

La sociedad mercantil se escinde y se constituye una nueva sociedad escindida que se dedica a fabricar alimento balanceado que se vende a los clientes independientes. A su vez, esta sociedad le "maquila" alimento balanceado a la sociedad escidente, pues ésta conserva la actividad avícola y ahora puede tributar en el régimen simplificado, lo que le permite un crecimiento más acelerado con la reinversión de utilidades y el diferimiento en el pago del impuesto sobre la renta.

Escisión de una sociedad para resolver un conflicto entre accionistas

Planteamiento:

Se trata de una sociedad mercantil que fabrica un producto que tiene una buena demanda nacional y se determina que también puede exportar, pero se requiere de una fuerte inversión para crecer en capacidad y tecnología industrial. Los accionistas prácticamente son dos grupos, uno de los cuales no tiene interés en el crecimiento y no está dispuesto a invertir, pero sí acepta permanecer en el negocio con una rentabilidad inmobiliaria. Cada grupo de accionistas controla la tenencia accionaria con una sociedad tenedora de acciones.

Solución:

La actual sociedad se escinde y la actividad industrial se traspasa a una nueva sociedad escindida, la cual incrementa su capital y contrata financiamientos. La sociedad escidente subsiste, pero ya asumiendo una actividad inmobiliaria en cuanto al arrendamiento de la planta industrial. Se efectúan ventas de acciones a nivel de compañías controladoras para reubicar la tenencia accionaria en cada empresa.

Escisión de una sociedad para permitir la inversión de nuevos accionistas.

Planteamiento:

Se trata de una sociedad que fabrica dos líneas de productos en plantas industriales separadas. El proveedor extranjero de tecnología propone una coinversión para

que crezca la capacidad productiva de una de las plantas industriales y se pueda atacar al mercado de exportación, pero no se desea que el extranjero participe en la otra línea de productos.

Solución:

La actual sociedad se escinde y se crea una nueva sociedad que toma la actividad industrial en la que participará el accionista extranjero, quien hace efectiva su participación con la aportación del 49% del capital correspondiente. La sociedad escidente subsiste con la actividad industrial de la otra línea de productos.

Escisión de una sociedad para eliminar un riesgo jurídico

Planteamiento:

Se trata de una sociedad mercantil que con buen éxito se dedica a fabricar materiales de construcción y a la construcción de obras de gran envergadura. En el área de construcción ya han tenido demandas de terceros, que aunque se han solucionado favorablemente, no dejan de provocar incertidumbre y contingencia. El asesor legal sugiere una separación de los dos giros de empresas.

Solución:

La actual sociedad se escinde y se constituyen dos nuevas sociedades, una tomará la actividad de construcción y la otra será la propietaria de la maquinaria que arrendará a la compañía constructora. La sociedad escidente conserva su actividad de fabricación y venta de materiales y uno de sus clientes es la constructora.

Escisión de una sociedad para mejorar sus oportunidades de financiamiento

Planteamiento:

Se trata de una sociedad que tiene una actividad industrial importante y que tiene oportunidades de crecimiento, pero no puede conseguir los recursos pues los analistas financieros no sienten que haya suficiente seguridad pues la sociedad ya está apasivada y tiene contingencias laborales.

Solución:

La sociedad existente se escinde y traspasa una de las plantas industriales a una nueva sociedad escindida, quien recibe los activos relativos, pero no asume ningún pasivo (con el consentimiento de los acreedores). La nueva sociedad es objeto de un financiamiento a largo plazo que se garantiza con la planta existente y la inversión de los recursos frescos, iniciando una nueva relación laboral. La sociedad escidente conserva su actividad industrial, pero asume la comercialización de los productos de la sociedad escindida para aprovechar su red de distribución y tener un alivio económico.

Como se ha podido apreciar, para una reestructuración de empresas la escisión es una figura idónea, máxime que puede implementarse conjuntamente con una serie de otras formas de reestructuración para lograr los objetivos económicos de las empresas.

6. EFECTOS CORPORATIVOS DE LA ESCISION DE SOCIEDADES

Para analizar este aspecto se deben distinguir tres tipos de efectos corporativos:

1. Efectos en las sociedades escindidas
2. Efectos frente a los socios de la sociedad escindida
3. Efectos frente a terceros

4.1 Efectos en las sociedades escindidas

Efectos sociales

- a) El primer efecto que encontré en algunos tipos de escisión de sociedades es la desaparición de la sociedad escidente, esto trae aparejada en sí misma la pérdida de la personalidad jurídica de aquella sociedad que deja de existir, y como consecuencia de ello, la muerte de la misma.

Hablé del concepto de muerte que quizás pueda ser debatido, partiendo de lo que el Diccionario de la Lengua Española entiende por muerte "la cesación o término de vida", por tanto, si partimos de la base de que existe muerte en el momento que exista cesación de vida, es claro que aquella que se escinde y desaparece, entra en un estado de muerte al dejar de existir en el mundo de los negocios.

- b) Otro efecto, derivado del anterior, es la extinción de la sociedad escidente que desaparece, e implica una disolución anticipada que lleva implícita la modificación de los estatutos sociales en su parte relativa a duración de la sociedad, puesto que la existencia

de la sociedad dejará de tener efecto con anterioridad a la fecha originalmente señalada, ello subordinado a la época en que la escisión debe surtir sus efectos plenamente.

Siguiendo con esta situación, se habla de la pérdida de la personalidad jurídica, ya que obviamente aquella sociedad que desaparezca deja de ser apta como sujeto de derechos y obligaciones y pierde los atributos propios de la personalidad, como son el nombre, el domicilio, la nacionalidad y su patrimonio, el cual pasa a la sociedad nueva que surja como consecuencia de la escisión.

- c) Un tercer efecto es la liquidación patrimonial, que como ya había señalado anteriormente, consiste en la extinción del patrimonio y que en el caso de la escisión puede darse a través de una sucesión a título universal en donde existe la transmisión total de ese patrimonio a uno o varios sucesores, como consecuencia de esta transmisión se da la liquidación; desde mi punto de vista, es importante distinguir la liquidación de la muerte de la sociedad puesto que, como señala, la muerte exclusivamente se refiere a la cesación de vida, mientras que la liquidación solamente va encaminada a la extinción del patrimonio.
- d) Un elemento derivado de la liquidación patrimonial es la transmisión de relaciones, ya que al darse la escisión los derechos y obligaciones de la sociedad escidente pasan a las escindidas, de manera que el vínculo social que ligaba a la sociedad escidente con sus miembros y terceros se constituye ahora entre las sociedades escindidas y éstos.

Un punto importante que habría que destacar, es que aquellas relaciones subordinadas a la existencia de las sociedades escidentes como sujetos autónomos de derecho, no se transmiten, ni desaparecen con la muerte de éstas; así las cosas, las relaciones orgánicas que dichas sociedades tienen con sus órganos de administración, termina por su propia naturaleza ya que con un comisario o un administrador no podrán seguir actuando.

Reducción de Capital.

Se supone que en el caso de la escisión por excorporación, hay la reducción de capital, sin embargo, considero que es factible que pudiera no darse esta reducción de capital, si la transmisión patrimonial se hace con cargo a las reservas libres que no están capitalizadas, en donde no tendría caso aprovecharlas aumentando el capital, para después excorporar una fracción de dicho patrimonio con la reducción consecuente del mismo.

Constitución de una o más sociedades

Como ya había señalado, como consecuencia de la escisión se requiere de la constitución de alguna otra sociedad que absorba el patrimonio de la escidente; aquí es importante observar que, en los diferentes tipos de escisión que hemos señalado en este capítulo, al escindirse una Sociedad Mercantil sus activos, pasivos y capital se separan para formar parte del patrimonio de otra u otras sociedades; puede ser que se trate de sociedades de nueva creación o sociedades ya existentes; en cambio en nuestra legislación está regulado en forma expresa tanto en las disposiciones del Código Fiscal, como en el artículo 228-BIS de la LGSM, que la transmisión a que me refiero será únicamente a sociedades de nueva creación:

Art. 15-A del CFF. "Se entiende por escisión de sociedades, la transmisión de la totalidad o parte de los activos, pasivos y capital de una sociedad residente en el país, a la cual se le denominará escidente, a otra u otras sociedades residentes en el país que se *crean expresamente para ello, denominadas escindidas*. La escisión a que se refiere este artículo podrá realizarse en los siguientes términos:"

Art. 228-BIS de la LGSM. "Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad 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."

Reforma estatutaria

Finalmente, es importante hablar de una reforma de estatutos o reforma al contrato social de la sociedad escidente; ello necesariamente deberá darse en el caso de sociedades que desaparezcan o en el caso de sociedades que reduzcan su capital, excepto que se tratase de régimen de capital variable.

4.2 Efectos frente a los socios.

El reconocimiento de la participación de socio en la sociedad escidente, es uno de los efectos de la escisión, lo que necesariamente nos conduce a la adquisición de derechos y obligaciones como socio, cuyo contenido variará en función de la naturaleza jurídica de las sociedades escindidas en que tal calidad de socio deberá ser reconocida.

4.2.1 Derechos de los Socios

Para estudiar los principales derechos de los socios vamos a seguir la siguiente clasificación del tratadista Rodríguez y Rodríguez¹⁸, que considero acertada:

¹⁸ Joaquín Rodríguez y Rodríguez, "Tratado de Sociedades Mercantiles" México, De. Porrúa, 1981, Tomo II, p. 517.

		Participación de los beneficios (dividendos)
Patrimoniales	Principales	
		Cuota de liquidación
		Transmisión de calidad de socio
	Accesorios	Obtención de documentación que acredite calidad de socio
		Aportación limitada
		Participación de las asambleas
	Administración	
		Nombramiento de administradores y representantes
De conservación		
	Vigilancia	Información
		Nombramiento de órganos de vigilancia
		Aprobación de los estados financieros y gestión de administradores y comisario
		Denuncia

Derechos Patrimoniales

Son aquéllos de contenido económico que se dan en interés particular y exclusivo de los socios y que se ejercen frente a la sociedad, según que su participación sea directa o accesoria:

- a) **Derechos de participación a los beneficios.**- Este es un derecho fundamental y constituye el motivo o fin de cualquier sociedad.

- b) **La cuota de liquidación.**- Por ser el contrato de sociedad un contrato de organización cuya consecuencia es la creación de un ente dotado de patrimonio propio, en el que la

aportación de los socios permanece formando parte del mismo en tanto la sociedad dure, transcurrido el tiempo de duración de la sociedad y antes en los casos de disolución anticipada, el socio recobrará su aportación en su cuantía primitiva más los beneficios acumulados y las reservas, o en una cuantía menor si la vida de la sociedad no ha sido próspera y venturosa.

En el caso concreto de la escisión de sociedades esta cuota de liquidación se verá sustituida por las acciones, o por el reconocimiento accionario que le otorguen las sociedades escindidas beneficiarias de la escisión.

Un punto muy importante que analizaré más adelante en relación a los derechos sociales es el caso en que exista oposición de algunos de los socios a la escisión de sociedades.

- c) **Transmisión de la calidad de socio.-** Bajo este derecho se permite al socio transmitir su calidad de tal, para recibir como contraprestación por ello una compensación patrimonial adecuada por dicha enajenación, determinada ésta de común acuerdo por el socio que transmite y por el que la adquiere.

- d) **Documentación de la calidad de socio.-** Es importante el derecho de obtener el documento que acredita al socio como tal; este derecho tiene diversos alcances de acuerdo con las distintas clases de Sociedades Mercantiles. Hay algunas de éstas, en las que la calidad de socio, como *status*, con todos los elementos derivados, se incorpora a un título valor; en los casos de las sociedades personalistas, la Ley no ha considerado la posibilidad de tal incorporación.

- e) **Aportación limitada.-** La aportación del socio a la sociedad es esencial puesto que constituye el objeto de la obligación que contrae al formar parte de la misma, pero toda

aportación es limitada, es decir, no se entregará a la sociedad más que lo que el socio convino, en la cantidad y calidad establecidas, con las modalidades pactadas, y una vez hecha la aportación no puede exigirsele más ni cosa distinta a la pactada, pero este problema no debe confundirse con la responsabilidad; aportación y responsabilidad suponen conceptos distintos, el primero es una obligación del socio para con la sociedad, la segunda es una situación jurídica frente a los acreedores de la sociedad.

La obligación de aportación la asume el socio cuando adquiere esta calidad; simultáneamente queda responsable frente a terceros limitada o ilimitadamente, directa o indirectamente, según la sociedad de que se trate.

Derechos de Conservación

Son aquéllos que se otorgan a los socios como una garantía de la percepción de los beneficios y los clasificamos de la siguiente manera:

- a) **Derechos Administrativos.**- Son aquéllos en los que el socio interviene directa o indirectamente en las resoluciones de la actividad administrativa de la sociedad, esto es, en la adopción de los acuerdos relativos al cumplimiento de las finalidades sociales:

Derecho de participación en Asambleas.- Este derecho permite a los socios asistir a las reuniones para la adopción de los acuerdos en la esfera de su competencia y se descomponen en una serie de derechos secundarios tales como:

Derecho de convocatoria.- Entendido en un doble sentido, el de que la convocatoria se haga en forma que garantice su efectivo conocimiento para los socios, y el de poder convocar la asamblea o junta en determinados casos y circunstancias.

Derecho de la redacción del orden del día.- Es decir, el de fijar ciertos puntos que han de ser objeto de debate en la junta o asamblea que se celebre.

Derecho de representación en las asambleas.- Que equivale al de asistir personalmente o por persona que en su nombre lo haga.

Derecho de voto.- Es decir, el de contribuir a la formación de la voluntad colectiva mediante la manifestación propia.

Derecho de nombramiento.- Toda Sociedad Mercantil requiere de una actividad continua; la asamblea es un órgano discontinuo que sólo excepcionalmente puede reunirse, por eso, es indispensable la asistencia de órganos a los que de un modo permanente se les confiere velar por la consecución de las finalidades sociales. El derecho de nombramiento supone el de elegir y ser elegido, este derecho tendrá uno u otro alcance, según lo que dispongan los estatutos, salvo siempre los derechos especiales que la Ley reconoce a los socios.

b) **Derecho de vigilancia.**- La tarea de vigilar la actuación social de los administradores en general de los órganos de la sociedad, de manera que se observe el cumplimiento de sus tareas de un modo adecuado a la consecución de los fines sociales, corresponde a todos los socios, a algunas minorías, a la asamblea y a los órganos especiales.

A los socios les corresponde un derecho de información con respecto a las actividades de la empresa; también les corresponde un derecho de denuncia, esto es, el de comunicar a los órganos especializados y a la propia asamblea sus observaciones sobre la marcha de la sociedad.

A ciertas minorías corresponde el derecho de convocatoria y el de nombramiento de un miembro del consejo de administración o del órgano de vigilancia; estos derechos están

perfectamente configurados en la sociedad anónima, pero en los demás casos tendrán que estructurarse en forma estatutaria.

A la asamblea o junta de socios corresponde la aprobación de los estados financieros, el nombramiento de órganos de vigilancia y la aprobación de las gestiones de éstos y de los administradores.

A los órganos especiales de vigilancia les corresponde informar sobre el balance, un amplio derecho de vigilancia sobre la contabilidad de la sociedad y las más amplias facultades para examinar la actuación de los administradores.

4.2.2 Obligaciones de los socios

Así como el status del socio permite gozar a su titular de una serie de derechos, también debe cumplir con ciertas obligaciones. Las principales son:

Obligaciones de lealtad

La comunidad de la sociedad descansa en la mutua confianza de los socios, en cuanto cada uno representa un interés que sólo encuentra satisfacción en la medida en que son satisfechos los intereses semejantes de los demás socios.

Esta situación se traduce en la supremacía del interés colectivo sobre el interés de cada socio y, por consiguiente, en la necesidad de que los derechos y poderes que el socio

tiene en su calidad de tal sean ejercidos ante todo en interés de la colectividad; en esto consiste la obligación de lealtad, en ejercer esos derechos y poderes con la vista en el interés colectivo.

Subordinación a la mayoría

Para todas las colectividades es una norma básica la de que la mayoría pueda decidir el destino de la colectividad dentro de ciertos límites, en virtud de la subordinación de los menos a los más. La mayoría puede ser de personas o de capitales o combinada, puede ser absoluta o relativa y aun especial si los estatutos así lo ordenan, pero siempre deben respetarse los derechos de terceros, de las minorías y los especiales de los socios.

Las decisiones mayoritarias tomadas de acuerdo con las disposiciones de la Ley y de los estatutos, obligan a los socios conformes y a los disconformes, a los presentes y a los ausentes, ya que de lo contrario la sociedad se desintegraría.

Un punto sumamente importante en los efectos frente a los socios y que apunta el **Lic. Manuel Tron**, radica en que:

“Los socios de las sociedades escindidas no sufren un incremento patrimonial, sino una mera modificación cualitativa en los activos que posean como resultado de la escisión, lo que implica que en caso de que estos activos no tengan cualidades semejantes, se afecten los intereses de los socios que participen en las sociedades que reciban activos de menor calidad”.¹⁹

4.3 Efectos frente a terceros

¹⁹ Citado por José de J. Gómez Cotero, op. Cit. P. 56

Finalmente, se encuentran los efectos frente a terceros, principalmente frente a los acreedores, para quienes el acuerdo de escisión puede significar un gravísimo quebranto por la desaparición de las garantías en el patrimonio de la sociedad con las que contrataron; con objeto de evitar perjuicio en los intereses de los acreedores, la adición del artículo 228-BIS a la LGSM ha recogido diversas garantías en favor de éstos.

Garantía de publicidad

La obligación de dar publicidad a algunos requisitos como son la obligación de publicación e inscripción de los acuerdos de escisión, tiene por objeto que se permita conocer a los acreedores y terceros afectados así como los negocios de escisión en que sus intereses se verán involucrados, a fin de detectar si sus créditos serán debidamente cubiertos o en su caso soportar adecuadamente el ejercicio del derecho de oposición. Esta garantía se recoge en el artículo 228-BIS de la LGSM:

Frac. V "La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Asimismo, 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 durante un término de cuarenta y cinco días naturales contados a partir de que se hubiera efectuado la inscripción y ambas publicaciones".

Derecho de oposición

La LGSM concede a los acreedores y a los accionistas disidentes que consideren que sus intereses serán afectados, un derecho de oposición, que queda sujeto a la libre apreciación judicial que determinará si este derecho es fundado o no.

Al efecto se ordena un plazo suspensivo (45 días) durante el cual la escisión no podrá surtir sus efectos, una vez transcurrido si no ha habido oposición, los efectos de la escisión se realizarán plenamente. Lo relativo al derecho de oposición también se contempla en el artículo 228-BIS de la LGSM, como sigue:

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

Socio disidente

Un problema derivado de la escisión de sociedades es si la resolución que se adopte, obliga a los socios disidentes. Al respecto, el mismo artículo 228-BIS de la LGSM resuelve el problema permitiendo al accionista ejercer su derecho de separación.

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

CAPITULO V

MARCO FISCAL DE LA ESCISION

MARCO FISCAL DE LA ESCISION

Es importante resaltar que ante la ausencia que hubo de legislación mercantil en materia de escisión, la existencia de legislación fiscal fue muy favorable y conveniente pues en cierta forma otorgaba la legalidad de esta figura y además brindó una seguridad jurídica en el aspecto fiscal y esto es importante.

Las reformas a la LGSM en vigor a partir del 12 de junio de 1992, al reconocer la figura jurídica de la escisión, permiten tener una visión más completa del procedimiento para llevar a cabo una escisión, así como para definir la forma y los efectos jurídicos resultantes.

A continuación se comentan algunos aspectos de la legislación fiscal existente en relación con la escisión, tratando de ser objetivos y de señalar situaciones que merecen una profundización. En el mundo fiscal, la escisión de sociedades produce una serie de importantes consecuencias, las que en algunos casos se parecen mucho a los efectos de la fusión, como también sucede en la legislación mercantil, por lo que en este capítulo me referiré exclusivamente a los aspectos propios de la escisión.

1. CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION

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

a) Ejercicios fiscales.

A este respecto el artículo 11 del CFF, dentro de su segundo párrafo establece lo siguiente:

Art. 11 segundo párrafo. "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. En el primer caso, se considerará que habrá un ejercicio durante todo el tiempo en que la sociedad esté en liquidación."

Es obvio que en el caso de escisión, la sociedad escidente anticipará el cierre de su ejercicio fiscal, convirtiéndolo en irregular; lo que necesariamente sucede en el caso en que la escidente desaparezca, ya que en este caso, esta sociedad tendrá que morir jurídicamente hablando, por lo que se presenta un fenómeno de causahabencia para las sociedades escindidas, en donde la declaración del ejercicio de la escidente la presentará la sociedad escindida. Es en la reforma fiscal de 1996, donde las disposiciones fiscales regulan este aspecto.

La crítica que puede hacerse a esta reforma es que sólo se ocupa del supuesto en que la escidente desaparezca, por lo que para el caso de que exista una escisión parcial, la escidente continuará con su ejercicio fiscal en curso, lo que considero poco práctico, pues ello ocasionará distorsiones fiscales al momento de su cierre definitivo, por lo que se sugiere que para ambos casos se anticipe el cierre del ejercicio.

Comentario especial merece el tratamiento que en materia de cierre anticipado de ejercicios fiscales da el Reglamento de la LISR en materia de escisión de sociedades:

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

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

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

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

De la anterior disposición se establece que el cierre anticipado del ejercicio fiscal será necesariamente consecuencia de la escisión de sociedades, lo cual me parece acertado, sin embargo, ello plantea dos problemas a saber:

El primero es que esta norma es exclusivamente aplicable a la materia del ISR y no a las demás disposiciones fiscales.

El segundo es que el cierre del ejercicio fiscal no se dará en todos los casos de escisión, sino solamente en aquellos casos en los que en forma expresa así lo pacte la asamblea que acuerde esta operación; tan esto es así que de la simple observación de las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, a que más adelante me referiré, se regulan efectos en los que no se anticipa el cierre del ejercicio fiscal, por ejemplo en materia de pagos provisionales.

b) Enajenación de bienes

De acuerdo al artículo 14 del CFF, “Se entiende por enajenación de bienes:

I. Toda transmisión de propiedad, aun en la que el enajenante se reserva el dominio el bien enajenado, con excepción de fusión o escisión a que se refiere el artículo 14-A.

En la escisión, la sociedad escidente transmite la propiedad de su patrimonio a las escindidas, consecuentemente y con apoyo en el artículo 14 del CFF podemos concluir, en principio, que para efectos fiscales esta operación es una enajenación.

Sin embargo, el propio CFF prevé un caso de excepción en que a pesar de que exista una enajenación por escisión, ésta no se considerará así fiscalmente.

c) Escisión sin enajenación

Art 14-A del CFF "se entiende que no hay enajenación en los siguientes casos:

I.- En escisión, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

a) 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 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 de este Código.

Para determinar el porcentaje del 51% no se deberá considerar el total de las acciones con derecho a voto emitidas por la sociedad a la fecha de inicio de periodo, excluyendo las que se consideran colocadas entre el gran público inversionista y que hayan sido enajenadas a través de bolsa de valores autorizada o mercados de amplia bursatilidad, de acuerdo a reglas

generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda Y Crédito Público. No se consideran como acciones con derecho a voto, aquellas que no lo tengan y las que en los términos de la Legislación Mercantil se denominen acciones de goce; tratándose de sociedades que no sean por acciones se considerarán las partes sociales en vez de las acciones con derecho a voto, siempre que no lo tengan delimitado.

b) que cuando desaparezca una sociedad con motivo de escisión, la sociedad escidente designe a la sociedad que asuma esa obligación de presentar las declaraciones de impuestos del ejercicio e informativas que en los términos establecidos por las leyes fiscales le correspondan.

Cuando no se cumpla con el requisito a que se refiere el inciso b) que antecede, los fedatarios públicos, dentro del mes siguiente a la fecha de autorización de la escritura correspondiente, deberán de informar de esta circunstancia a las autoridades fiscales. En estos casos, la autoridad podrá exigir la presentación de las declaraciones correspondientes a cualquiera de las sociedades escindidas.

No se incumple con el derecho de permanencia accionaria previsto en esta fracción, cuando la transmisión de propiedad de acciones por causa de muerte, liquidación, adjudicación judicial o donación, siempre que en este último caso se cumplan los requisitos establecidos en la fracción XXIV del artículo 77 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Cuando se realicen varias escisiones sucesivas o una fusión después de la escisión, el periodo de tenencia accionaria a que se refiere el inciso a) de esta fracción, 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 de este Código, relativo a la última escisión o fusión efectuada a que se refiere este párrafo, sin que hubiera transcurrido entre una u otra el plazo previsto en el citado primer párrafo de esta fracción.

Art. 5-B del RCFF. "Para los efectos del primer párrafo de las fracciones I y II del artículo 14-A del Código, no se incumple con el requisito de permanencia accionaria en los periodos a que se refieren dichas fracciones cuando exista transmisión de propiedad de acciones por causa de muerte o adjudicación judicial".

Estas disposiciones establecen casos de excepción para que la escisión no se considere enajenación siempre y cuando, después de verificada ésta, se cumpla con el requisito de permanencia accionaria, por lo que se refiere a las acciones con derecho a voto.

Vale la pena comentar que la reforma fiscal para 1996 toma los conceptos previstos en el artículo 5-B del reglamento, con lo cual dicho artículo quedó totalmente superado, y que a mi muy humilde punto de vista se hizo bien ya que le dio el rango de Ley a algo tan importante que solo podía ser defendido por el reglamento.

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

I. De escisión de sociedades, el cual será presentado por la sociedad escidente, cuando ésta subsista o por la escindida que al efecto se designen, en el caso de que la escidente se extinga.

El aviso a que se refiere el párrafo anterior deberá presentarse dentro del mes siguiente a la fecha en que se llevó a cabo dicho acto y deberá contener la denominación o razón social de la sociedad escidente y escindidas y la fecha en que se realizó dicho acto”.

Como puede observarse, la norma reglamentaria pretende apoyar lo dispuesto por el artículo 14-A en materia de fusión y escisión, previendo un fenómeno de causahabencia, sin embargo establece que sólo cuando la escidente desaparezca, la obligación será asumida por una de las sociedades escindidas, siendo aquélla a la que en forma expresa se designe para tal efecto.

d) Registro Federal de Contribuyentes

Art. 27 del CFF, primer párrafo. “Las personas morales, así como las personas físicas que deban presentar declaraciones periódicas, deberán solicitar su inscripción en el RFC de la SHCP y proporcionar la información relacionada con su identidad, su domicilio y en general sobre su situación fiscal, mediante los avisos que se establezcan en el reglamento de este código”.

Tercer párrafo. “Los fedatarios públicos exigirán a los otorgantes de las escrituras públicas en que se haga constar actas constitutivas, de fusión o de liquidación, de personas morales, que comprueben dentro del mes siguiente a la firma que han presentado solicitud de inscripción, o aviso de liquidación o de cancelación, según sea el caso, el RFC de la persona moral de que se trate, debiendo asentar en su protocolo la fecha de su presentación, en caso

contrario, el fedatario deberá informar de dicha omisión a la SHCP dentro del mes siguiente a la autorización de la escritura.”

Este último párrafo debe adicionado con la palabra escisión ya que de no hacerlo se le estaría dando un trato desigual a personas iguales.

Art. 5-A del RCFF “para los efectos de las fracciones I y II del artículo 14-A del Código, se deberán presentar los siguientes avisos:

I. De escisión de sociedades, el cual será presentado por la sociedad escidente cuando ésta subsista o por la escindida que al efecto se designen, en el caso de que la escidente se extinga.

El aviso a que se refiere el párrafo anterior deberá presentarse dentro del mes siguiente a la fecha en que se llevó a cabo dicho acto y deberá contener la denominación o razón social de la sociedad escidente y escindidas y la fecha en que se realizó dicho acto”.

Como consecuencia de la escisión debe darse necesariamente el nacimiento de las sociedades escindidas por lo que, concomitantemente con el aviso de escisión a que se refieren las anteriores disposiciones, las sociedades escindidas deberán inscribirse en el RFC.

e) Cancelación en el Registro Federal de Contribuyentes

Los artículos 14, fracción V y 23 ambos del RCFF establecen la obligación de presentar el aviso de cancelación en el RFC, junto con la declaración final del ISR; para el caso de escisión el segundo párrafo del artículo 23 del Reglamento establece:

Art. 23 del RCFF

“... En los casos de escisión de sociedades, cuando se extinga la escidente, la escindida que se designe en el acuerdo de escisión presentará el aviso por dicha escidente, junto con la última declaración del ISR a que se refiere el primer párrafo de la fracción VIII del artículo 58 de la LISR a cargo de la propia escidente”.

Comentario particular merece la presente disposición ya que nada se establece en materia de escisión, sin embargo debiera presumirse que el aviso de escisión lleva implícitamente un aviso de baja para la escidente que desaparezca, lo anterior se desprende del artículo 5-A del RCFF, particularmente cuando señala.

Art. 23 del RCFF

Frac. I “De escisión de sociedades, el cual será presentado por la sociedad escidente cuando ésta subsista o por la escindida que al efecto se designe, en el caso de que la escidente se extinga”

f) Conservación de la contabilidad y de los avisos del RFC

Al existir en la escisión de sociedades una sucesión de los derechos y obligaciones de la escidente en favor de las sociedades escindidas, éstas

heredan de la primera la obligación de conservar en su domicilio, a disposición de las autoridades fiscales, la documentación a que se refieren las disposiciones fiscales; situación particular se presentará cuando la escidente no desaparezca, pues ella será quien deberá cumplir en forma directa con sus obligaciones fiscales.

Sin embargo en materia de responsabilidad solidaria, el artículo 26 del CFF señala los siguiente:

Art. 26 del CFF. "Son responsables solidarios con los contribuyentes:

XII. Las sociedades escindidas, por las contribuciones causadas en relación con la transmisión de los activos, pasivos y capital transmitidos por la escidente, así como por las contribuciones causadas por esta última con anterioridad a la escisión, sin que la responsabilidad exceda del valor del capital de cada una de ellas al momento de la escisión."

De lo anterior concluyó que si bien es cierto que la escidente que permanezca tendrá la obligación de conservar la contabilidad, en el caso de que existan contribuciones determinadas por las autoridades fiscales serán conjuntamente responsables con ella las sociedades escindidas.

g) Facultades de comprobación de las Autoridades Fiscales

Las facultades de las autoridades fiscales reglamentadas en los artículos 42 y siguientes del CFF, están directamente relacionadas con el cumplimiento de las

obligaciones fiscales para lo que se requiere del análisis de la documentación y contabilidad a que me he referido en el punto anterior; haciendo también válido el comentario en materia de responsabilidad solidaria.

h) Dictamen obligatorio

Artículo 32-A del CFF "Las personas físicas con actividades empresariales y las personas morales que se encuentren en alguno de los supuestos de las siguientes fracciones, están obligadas a dictaminar, en los términos del artículo 52 del CFF, sus estados financieros por contador público autorizado.

III. Las que se fusionen o escindan, por el ejercicio en que ocurran dichos actos y en el siguiente. Tratándose de fusión deberá hacerlo por el ejercicio siguiente solamente la persona moral que subsista o la que surja con motivo de la fusión".

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

g) "Tratándose de sociedades que se escindan se presentará la siguiente información:

1. Relación relativa al porcentaje de participación accionaria de cada accionista correspondiente al año anterior al de la fecha de la escisión, así como el número, valor y naturaleza de las acciones que conforman el capital social de la sociedad escidente.

2. Relación de los accionistas de las sociedades escindidas y de la escidente en el caso de que esta última subsista, en la que se señale el número, valor nominal y naturaleza de las acciones que conforman el capital social de dichas sociedades con motivo de la escisión.

3. Estado de posición financiera de la sociedad escidente a la fecha de la escisión.

4. Relación que contenga la distribución de los activos, pasivos y capital transmitidos con motivo de la escisión.

La información a que se refieren los subincisos 3 y 4 de este inciso, únicamente se presentará en el dictamen siguiente a la fecha de la escisión de sociedades".

2. LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

a) Enajenación por escisión

Art. 5-A de la LISR. "En los casos en que se transmitan bienes como consecuencia de fusión o escisión de sociedades, se producirán los efectos que esta Ley señala para los actos de enajenación".

Es claro que la norma anterior se refiere a los efectos de las sociedades protagonistas de la escisión de sociedades, particularmente a las escindidas, quienes recibirán patrimonios de la escidente a través de un acto de enajenación que esta última haga en su favor.

b) Pagos Provisionales

Uno de los efectos importantes se presenta en materia de pagos provisionales, en donde el artículo 12 de la LISR Fracción III Quinto Párrafo establece:

"Los contribuyentes que inicien operaciones con motivo de la escisión de sociedades efectuarán pagos provisionales a partir del mes en que ocurra la escisión, considerando el coeficiente de utilidad de la sociedad escidente para el ejercicio de que se trate. El coeficiente a que se refiere este párrafo también se utilizara para los efectos del último párrafo de la Fracción I de este artículo. En el ejercicio en que se lleve a cabo la escisión, las sociedades escindidas realizarán los pagos provisionales en forma trimestral, únicamente si la escidente los realizaba de dicha manera con anterioridad a la escisión. la sociedad escidente considerará como pagos provisionales efectivamente enterados con anterioridad a la escisión, la totalidad de dichos pagos que hubiera efectuado en el ejercicio en que ocurrió y no se

podrá asignar a las sociedades escindidas, aún cuando la escidente desaparezca.

Este ordenamiento prevé dos supuestos, el primero en el sentido de que las sociedades efectuarán pagos provisionales a partir del momento en que ocurra la escisión, considerando como coeficiente de utilidad el que correspondió a la sociedad escidente.

El segundo es que los pagos efectuados por la sociedad escidente hasta el momento de la escisión le serán atribuibles solamente a ella. Esto puede tener como consecuencia que se genere un saldo a favor en la sociedad escidente, cuya devolución deberá solicitarse por la sociedad escindida a la que le haya correspondido tal derecho en el acto de la escisión en el supuesto de desaparición de la escindida.

En ambos casos se observará el fenómeno de causahabencia que reconoce la legislación fiscal, ya que considera que las sociedades escindidas, no obstante nacer a la vida jurídica a partir de la escisión, fiscalmente hablando, tienen un pasado que es el que corresponde a la escidente, por lo que deberán continuar haciendo pagos provisionales, tomando como base los datos de la escidente.

En cuanto al coeficiente de utilidad, pareciera injusta la aplicación de un coeficiente que trae un antecedente, ya que los ingresos de la escindida cuyo patrimonio es totalmente distinto al que le dio origen, debido seguramente a que las condiciones de operación son distintas, podrá traer como consecuencia una serie de injusticias en la estimación de los pagos provisionales. Afortunadamente queda como salida a este problema la posibilidad de solicitar la disminución del coeficiente de utilidad del pago provisional.

c) Ajustes a pagos provisionales

El reglamento de la LISR, pretende encontrar la solución a este problema, en los siguientes términos:

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

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

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

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

Cabe aclarar que a partir del 21 de julio de 1992 el artículo 12-A de la LISR sufrió un cambio importante ya que sólo se hará un ajuste a pagos provisionales, lo que hace necesario se modifique el reglamento de la Ley de la materia para adecuarlo a dicho cambio.

En materia de escisión de sociedades, se plantean dos problemas: el primero de ellos radica en que la disposición reglamentaria antes transcrita, únicamente resuelve los efectos fiscales para la escisión por división en que la escidente cierra anticipadamente su ejercicio fiscal. Sin embargo son omisas en cuanto al problema de la escisión por excorporación en el que la escidente continuará con su vida jurídica, debiendo realizar sus ajustes al tiempo en que lo establezca la Ley de la materia.

Sufrirán problema distinto las sociedades escindidas en el caso de la escisión parcial, pues éstas harán pagos provisionales y ajustes a partir de la escisión, considerando los ingresos y deducciones al momento de la misma, sin embargo, ¿qué sucede con los efectos pasados?; las deducciones que haya hecho la sociedad escidente, no podrán ser tomadas por la sociedad escindida por la simple y sencilla razón de que los comprobantes no están a su nombre y por tanto no reúnen requisitos fiscales, lo que va a provocar utilidades fiscales falsas.

Ambos problemas no se presentan en el caso de la escisión pura, ya que al cerrar la escidente anticipadamente su ejercicio fiscal el efecto es totalmente distinto.

d) Participación de los Trabajadores en las Utilidades

Este es un punto bien importante, ya que independientemente del efecto laboral que en principio implicaría una sustitución patronal para aquellos trabajadores que pasen a las sociedades escindidas, habrá que determinar el procedimiento de cálculo de la PTU, pues aun cuando existe el fenómeno de causahabencia respecto de la sociedad escidente, debemos distinguir la utilidad que se generó después de la escisión de aquella que le corresponde hasta antes de la operación.

e) Ingresos

Art 17 de la LISR. "Para los efectos de este título se consideran ingresos acumulables, además de los señalados en otros artículos de esta ley, los siguientes: Fracción V.- La ganancia derivada de la enajenación de activos fijos y terrenos, títulos valor, acciones, partes sociales o certificados de aportación patrimonial emitidos por sociedades nacionales de crédito, así como la ganancia realizada que derive de fusión o escisión de sociedades y la proveniente de reducción de capital o de liquidación de sociedades en las que el contribuyente sea socio o accionista.

En los casos de fusión o escisión de sociedades, no se considerará ingreso acumulable la ganancia cuando se reúnan los requisitos que establece el artículo 14-A del CFF, siempre que el adquirente de los bienes cumpla con lo dispuesto en esta ley respecto de dichos bienes.

Cuando en los casos de fusión o escisión de sociedades no se cumpla con los requisitos a que se refiere el párrafo anterior, se acumulará

la ganancia señalada en esta fracción y no le serán aplicables las disposiciones de esta Ley que se refieren a bienes adquiridos con motivo de la fusión o escisión de sociedades".

En principio se deben diferenciar los dos supuestos contemplados en esta fracción, el primer párrafo de ésta refiere a los efectos de las sociedades que siendo accionistas de otras sociedades, estas últimas se escindan, en cuyo caso, si existiere ganancia por escisión para la sociedad accionista, ella deberá acumularla a sus ingresos.

Situación completamente distinta se presenta en la enajenación de bienes que se da entre escidente y escindidas, ya que en este supuesto, si existiere ganancia por enajenación, la misma sólo será acumulable para la escindida, cuando se cumplan con los requisitos del artículo 14-A del CFF.

Monto original de la inversión de bienes adquiridos por escisión

En materia de ingresos, el artículo 18 de la LISR establece que en el caso de la enajenación de bienes adquiridos con motivo de escisión de sociedades, será monto original de la inversión, el valor de su adquisición por las sociedades escindidas y como fecha de adquisición la que hubiera correspondido anteriormente.

En este caso, se recoge el concepto de causahabencia y las sociedades que continúen a la escindida adquieren el patrimonio a título universal, siendo los mismos socios o accionistas: por tanto los mismos intereses económicos y las mismas participaciones, sólo que en una empresa distinta.

Ingresos presuntos

Art. 64-A de la LISR "La SHCP podrá modificar la utilidad o pérdida fiscal mediante la determinación del precio o monto de las contraprestaciones en las operaciones celebradas entre personas morales, residentes en el país o en el extranjero, personas físicas y establecimientos permanentes o bases fijas en el país de residentes en el extranjero, así como de las actividades realizadas a través de fideicomisos, si una de ellas posee interés en los negocios de la otra, o bien existen intereses comunes entre ambas, o inclusive cuando una tercera persona tenga interés en los negocios o bienes de aquéllas, siempre que: . . .

No será aplicable lo dispuesto en este artículo ni en el anterior, tratándose de los bienes así como de los inventarios de mercancías, materias primas, productos semiterminados o terminados que se adquieran con motivo de la fusión o escisión de sociedades a que se refiere el segundo párrafo de la fracción V del artículo 17, siempre que éstos hayan sido traspasados a las sociedades que subsistan o surjan con motivo de dichos eventos, al valor pendiente de deducir por las sociedades fusionadas o escindentes al momento de la fusión o escisión, según corresponda".

En materia de ingresos presuntos, el artículo 64 LISR señala que la SHCP, podrá determinar presuntivamente el precio en que los contribuyentes adquieran o enajenen bienes en diversos casos, que la propia disposición señala; así mismo se establece que esto no será aplicable tratándose de bienes e inventarios de mercancías, materia prima, productos semiterminados o terminados que se adquieran con motivo de la escisión de sociedades, siempre que éstos hayan sido traspasados a la sociedad que surja con motivo de dicho evento al valor al que fueron adquiridos y deducidos por las sociedades escindidas según corresponda.

Esta disposición, nuevamente recoge el concepto de causahabencia y parece preocupante que pudiera darse el caso en que se presente una distorsión entre los valores de adquisición de estos bienes y los valores actuales, no pudiendo transmitirse los bienes a valor actualizado, sino que nos obliga a que transmitan al valor en que fueron adquiridos, lo cual pudiera provocar un desfase o distorsión por el paso del tiempo o por la inflación que pudiera afectar a los mismos.

f) Acciones

Art. 19 Fracción III 3er. Párrafo de la LISR"... Se considera costo comprobado de adquisición de las acciones emitidas por las sociedades escindidas, el que derive del costo promedio por acción que tenían las acciones canjeadas de la escidente por cada accionista a la fecha de dicho acto y como fecha de adquisición la del canje.

Nuevamente este ordenamiento, en materia de escisión nos obliga a distinguir entre los efectos para las sociedades protagonistas de la escisión, de aquellos casos referentes a sociedades que son accionistas de aquéllas que se escinden.

Por lo que hace a la adquisición de acciones por las sociedades protagonistas de la escisión, como parte del patrimonio que se les transmite, el propio artículo 19 señala que se considera como costo comprobado de adquisición el que le correspondía a la escidente al momento de la escisión.

En este caso existe una falacia o ficción, ya que se le da a las acciones derivadas de la escisión un costo distinto al valor real que fue erogado para

su adquisición o su aportación según sea el caso, lo cual es atentatorio del principio de proporcionalidad de los contribuyentes.

Por lo que se refiere a las acciones emitidas por las sociedades escindidas y que se canjean a los accionistas de la escidente, el costo será aquél que tenían las acciones de la escidente al momento de la escisión y como fecha de adquisición la del canje de acciones.

Me parece que en este caso pudiera existir un desfaseamiento de tiempo entre la fecha en que se realiza la escisión y la fecha en que posteriormente se canjean las acciones, provocándose con ello una pérdida en los derechos de actualización del costo durante el tiempo en que no se verifique el canje de las acciones, situación que consideramos injusta, ya que debería considerarse para efectos de antigüedad la fecha de la operación.

Por otro lado, resulta interesante analizar esta disposición en relación con lo establecido en cuanto a dividendos, que veremos un poco más adelante, en donde prácticamente y para efectos de no incurrir en alguna diferencia o en alguna distinción de ingreso gravable, se obliga a que las acciones que resulten como consecuencia de la escisión, numéricamente y en valor nominal, sean exactamente iguales a la suma del número de acciones que tenía la sociedad escindida, lo cual implica que en el caso concreto que estamos analizando se dé una verdadera falacia o un efecto reiterativo absurdo, ya que el efecto numérico sería uno y equivaldría a que el costo promedio de las acciones de la escindida, sea igual al costo promedio de las nuevas acciones de las sociedades resultantes de la escisión, esto es obvio, ya que no se trata de acciones nuevas sino de acciones que forman parte de la fracción patrimonial de la sociedad escindida que se transmite a la otra.

g) Deducción de Inversiones

Art 46 de la LISR "La deducción de las inversiones se sujetará a las reglas siguientes:

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

Art. 41 tercer párrafo de la LISR. "Cuando los bienes se adquieran con motivo de fusión o escisión se considerará como fecha de adquisición, la que le correspondió a la fusionada o escidente".

Art. 41 cuarto párrafo de la LISR. "El contribuyente podrá aplicar porcentos menores a los autorizados por esta ley. En este caso el porcentaje elegido será obligatorio y únicamente se podrá cambiar, sin exceder del máximo autorizado. Tratándose del segundo y posteriores cambios deberán transcurrir cuando menos cinco años desde el último cambio, cuando el cambio se quiera realizar antes de que transcurran los cinco años, se deberá cumplir con los requisitos que establezca el Reglamento de esta ley".

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

En relación con este punto, el artículo 46 fracción IV de la LISR señala que en los casos de bienes adquiridos por escisión, los valores sujetos a deducción no deberán ser superiores a los valores pendientes de deducir en la sociedad escindida, esto es, un efecto claro en donde nuevamente se recoge el fenómeno de la causahabencia y evidentemente se busca no revalorar estos bienes a través del fenómeno de escisión de sociedades.

Con base en ello tampoco podrá depreciarse un bien más allá de la depreciación que esté pendiente al momento de la escisión.

h) Pérdidas

Art. 55 de la LISR. "La pérdida fiscal ocurrida en un ejercicio podrá disminuirse de la utilidad fiscal de los diez ejercicios siguientes."

Art. 55 Ultimo Párrafo de la LISR. "El derecho para disminuir pérdidas es personal del contribuyente que las sufra y no podrá ser transmitida a otra persona, ni como consecuencia de la fusión. En el caso de escisión, las pérdidas fiscales pendientes de disminuirse de utilidades fiscales, se podrán dividir entre las sociedades escidentes y las escindidas en la proporción en que se divida el capital con motivo de la escisión."

Este tema presenta una situación bien importante porque el propio artículo 55 citado señala que el derecho de disminución de pérdidas es personal del contribuyente y no podrá ser transmitido salvo en el caso de escisión de sociedades, en donde la pérdida se podrá dividir entre la sociedad escidente y las que surjan con motivo de la escisión en la proporción en que se divida el capital social.

No obstante lo anterior, aquí existe un problema, pues de la redacción podría interpretarse que la escisión por división no se contempla en este supuesto, lo cual implica que se pierda este derecho al no poder transmitirse por la escidente que desaparece, a sus causahabientes.

i) Dividendos

Existe un tema interesante, relativo al capítulo de dividendos, aquí regulado en las siguientes disposiciones:

Art 120 Fracción II Penúltimo y Ultimo Párrafo de la LISR, que establecen:

“En los casos de escisión de sociedades no será aplicable lo dispuesto en esta fracción (reembolsos por liquidación o por reducción de capital) siempre que el capital de las sociedades que subsistan o surjan sea igual a la que tenían las sociedades fusionadas o escindidas y las acciones que se emitan como consecuencia de dichos actos sean canjeadas a los mismos accionistas de esta última.

El saldo de la cuenta de capital de aportación únicamente se podrá transmitir mediante fusión o escisión . . . En el caso de escisión, dicho saldo se dividirá entre las sociedades escindidas y las que surjan en la proporción en que se divida el capital con motivo de la escisión.”

Art. 121 de la LISR Penúltimo Párrafo “. . . En el caso de escisión de sociedades no será aplicable lo dispuesto en este artículo siempre que la suma del capital de la sociedad escidente, en caso de que subsista, y de las escindidas sea igual al que tenía la sociedad escidente y las acciones que se emitan como consecuencia a dichos actos sean canjeadas a los mismos accionistas de esta última”.

Artículo 124 de la LISR Ultimo Párrafo.- “. . . El saldo de la cuenta de utilidad fiscal neta (CUFIN) únicamente se podrá transmitir a otra sociedad mediante fusión o escisión. En este último caso dicho saldo se dividirá entre la sociedad escidente y las escindidas, en la proporción en que se efectúe la partición del capital con motivo de la escisión”.

Como se puede observar, en todas las disposiciones anteriores existe una constante que obliga a que las acciones que se entreguen a los accionistas de la sociedad escidente, tanto cuantitativa como cualitativamente, sean iguales en número y valor a las que hubieren tenido en la sociedad escidente, siendo requisito indispensable que se otorgue a los mismos accionistas, de manera que, solamente dándose estas dos condiciones, podrá gozarse de la causahabencia de los derechos en materia de dividendos.

Sin embargo, existe un problema de no fácil solución ya que la asignación de las cuentas de utilidades de ejercicios anteriores y del ejercicio en curso, no necesariamente se distribuirán de acuerdo a las proporciones de capital, sino teniendo otros criterios tales como operaciones, activos, productividad, y otros; criterio que no se sigue en materia de CUFIN y que puede provocar distorsiones fiscales de importancia.

Lo anterior, porque efectivamente habrá que analizar en qué consiste cada uno de los patrimonios resultantes de la escisión y cuál puede ser la productividad que dichos patrimonios generan, porque seguramente habrá algún patrimonio del que se puede obtener un mejor rendimiento que de otro.

j) Declaraciones de las Sociedades Mercantiles

Declaración del Ejercicio

Art. 58, Fracc VIII LISR "Presentar declaración en la que se determine el resultado fiscal del ejercicio y el monto del impuesto de éste, ante las oficinas autorizadas dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que termine dicho ejercicio. En dicha declaración también se determinarán la utilidad fiscal y el monto que corresponde a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.

En materia de escisión, el problema se presenta ante la falta de norma expresa, ya que en el caso de que la escidente desaparezca, deberá presentarse su declaración anual. La solución práctica se encuentra en el segundo párrafo de la fracción I Tercer Párrafo del artículo 23 del RCFF, que establece que deberá designarse a alguna de las escindidas, para que cumpla las obligaciones de la escidente que desaparezca. Lo criticable radica en que la solución al problema se encuentra en una norma distinta a la ley de la materia, que es la LISR, y que, encontrándose en una norma general como lo es el Código, sólo se refiera a la declaración final del impuesto sobre la renta y se olvide de otras declaraciones tales como la del Impuesto al Valor Agregado, el Impuesto al Activo, etc.

Declaraciones informativas

Las sociedades mercantiles tienen obligación de presentar diversas declaraciones informativas lo que se regula en los artículos 58, fracciones IX y X, 83 fracción V, 86 penúltimo párrafo, 92 quinto párrafo, 123 fracción III de la LISR.

Bajo la hipótesis de una escisión de sociedades, la pregunta obvia será cuál de las sociedades escindidas deberá cumplir con estas obligaciones; al respecto me remito al comentario hecho en el punto anterior.

k) Enajenación a Plazo

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

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

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

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

IV.- En el caso de escisión de sociedades. . .

3. IMPUESTO AL ACTIVO

Existen otras contribuciones que deben analizarse como el caso del impuesto al activo, en donde se continúa con el concepto de causahabencia.

a) Inicio de Operaciones con motivo de la escisión

El artículo 6 de la LIMPAC en su penúltimo párrafo, respecto a la exención del impuesto por el primer ejercicio señala:

“ . . . Lo dispuesto en este párrafo no es aplicable a los ejercicios posteriores a fusión, transformación de sociedades o traspaso de negociaciones, ni a los contribuyentes que inicien actividades con motivo de la escisión de sociedades.”

Esto es claro ya que se debe recordar que la escisión de sociedades no es más que la continuación en forma parcial del patrimonio y de la vida de la sociedad escidente.

b) Acreditamiento y devolución

Por su parte el artículo 9 último párrafo de la LIMPAC en materia de acreditamiento y devolución del impuesto al activo, nos señala en su último párrafo:

“Los derechos al acreditamiento y devolución previstos en este artículo son personales del contribuyente y no podrán ser transmitidos a otra persona ni como consecuencia de fusión. En el caso de escisión, estos derechos se podrán dividir entre la sociedad escidente y las escindidas, en la proporción en que se divida el valor del activo de la escidente en el ejercicio en que se efectúa la escisión, determinado éste después de haber efectuado la disminución de las deudas deducibles en los términos del artículo 5 de la Ley”

Nuevamente se vuelve a cometer el error que se señaló en el caso de la amortización de pérdidas, ya que este derecho de acreditamiento solamente será aplicable para la escisión de excorporación y no así para la escisión por división.

Por otro lado corrige el error que contenía en 1991, ya que debemos recordar que la LIMPAC es una Ley que está basada en el patrimonio de los contribuyentes, por lo que al dividir los derechos de acreditamiento y devolución en proporción a la división del patrimonio de la escidente, da a ello un tratamiento más justo, acorde con el objeto de esta ley.

c) Obligaciones en materia de escisión

Art 13-A del LIMPAC "En la escisión de sociedades, las sociedades escidente y las escindidas estarán a lo siguiente:

- I. Determinarán el monto de los pagos provisionales que les corresponda en el ejercicio en que se efectúe la escisión, considerando el pago provisional del período determinado conforme a los párrafos tercero y quinto del artículo 7º de esta Ley en la proporción en que participe cada una de ellas del valor de su activo a que se refiere el artículo 2º de la misma, después de disminuirle en la misma proporción las deudas deducibles en los términos del artículo 5 de este ordenamiento, ambos referidos al ejercicio en que se efectuará la escisión.

- II. Tendrán derecho a acreditar en el ejercicio los pagos provisionales enterados con anterioridad a la escisión, los que se dividirán entre las sociedades en la misma proporción a que se refiere la fracción anterior.

- III. La sociedad escidente y las escindidas deberán continuar con la opción a que se refiere el artículo 5-A de esta Ley, cuando la hubiera ejercido la escidente, en cuyo caso en el ejercicio en que se efectúa la escisión y el

siguiente, deberán considerar ambas sociedades, el impuesto del penúltimo y último ejercicio inmediato anterior al de la escisión, en la proporción a que se refiere la fracción I de este artículo. A partir del tercer ejercicio en que se efectuó la escisión considerarán el impuesto que le hubiera correspondido a la sociedad en el penúltimo ejercicio inmediato anterior.

En caso de que la escidente no haya ejercido la opción a que se refiere el artículo 5-A de esta Ley con anterioridad a la escisión y la escidente y las escindidas ejerzan dicha opción en el ejercicio en que se efectúa la escisión o en el siguiente, deberán hacerlo en los términos que establece el párrafo anterior.”

Este ordenamiento nuevamente recoge el fenómeno de causahabencia que inspira la escisión en materia fiscal, sin embargo considero oportuno hacer un comentario en relación con la fracción II, la que únicamente tendrá efectos en el caso de la escisión por excorporación, ya que en el caso de la escisión por división ello no es factible, pues al extinguirse la sociedad escidente, ella deberá anticipar el cierre de su ejercicio fiscal y acreditar sus pagos provisionales contra el impuesto del ejercicio que le corresponda.

El problema que vuelve a presentarse es en relación con la presentación de la declaración del ejercicio de la escidente que desaparece, ya que al igual que en otros ordenamientos fiscales el problema no está resuelto y considero que prácticamente tendrá solución siguiendo el criterio del RCFF, asignando el cumplimiento de la obligación a alguna de las escindidas que nazcan como consecuencia de la escisión.

4. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

En materia de impuesto al valor agregado el artículo 8 claramente señala que se entiende por enajenación, aquellos conceptos que así sean comprendidos por el CFF, por tanto la transmisión de bienes como consecuencia de la escisión de sociedades no estará gravada por el impuesto al valor agregado cuando la escisión se ubique en los supuestos del artículo 14-A del citado Código, y de lo contrario los efectos de la escisión serán los de una enajenación.

Por otro lado, es importante señalar que la Ley es omisa en cuanto a determinar reglas respecto del impuesto acreditable y los saldos a favor, y al no existir esta regla no es factible su traspaso a las sociedades beneficiarias y pudiera darse el caso, en las escisiones por división, en donde injustamente este derecho se pierda al no poder ser transmitido a las escindidas.

En lo que se refiere a los derechos de acreditamiento, la reforma fiscal para 1995 resuelve el problema al establecer en el artículo 14 de la LIVA lo siguiente:

Art. 4 del LIVA Penúltimo Párrafo.- "El derecho a acreditamiento es personal para los contribuyentes de este impuesto y no podrá ser transmitido por acto entre vivos, excepto tratándose de fusión. En el caso de sociedades el acreditamiento del impuesto pendiente de acreditar a la fecha de la escisión solo la podrá efectuar la sociedad escidente. Cuando esta última desaparezca, se estará a lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 14-A del Código Fiscal de la Federación."

5. IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCION Y SERVICIO

Esta ley tiene idéntico tratamiento a la LIVA por lo que me remito a los comentarios hechos, los que tenemos aquí por reproducidos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las personas morales son entidades formadas por la reunión de varios individuos u otras personas morales, gozan de una personalidad propia e independiente de los miembros que las componen y tienen por objeto la realización de fin lícito determinado por sus propios miembros.

SEGUNDA.- Las asociaciones civiles son personas morales creadas mediante el acuerdo de varios individuos para la realización de un fin común, que tenga cierta permanencia o duración, de carácter político, científico, artístico, de recreo o cualquiera otro que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico

TERCERA.- Las sociedades civiles son personas morales en las que los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituye una especulación comercial

CUARTA.- Las sociedades mercantiles constituyen la asociación de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan.

QUINTA.- La naturaleza de las asociaciones y sociedades civiles se rige por el fin que persigan y las sociedades mercantiles se rigen de acuerdo a la forma en la que fueron constituidas.

SEXTA.- La escisión es la división de una sociedad que puede desaparecer o no en dos o más sociedades nuevas que adquieren personalidad jurídica y patrimonio propios.

SEPTIMA.- La fusión es la unión de los patrimonios de dos o más sociedades, cuyos titulares desaparecen o en algunos casos uno de ellos sobrevive, para compenetrarse en una organización unitaria que los sustituye dentro del mundo comercial.

OCTAVA.- La transformación es una modificación a los estatutos consistiendo en adoptar un tipo social diverso del que se tenía.

NOVENA.- La Ley General de Sociedades Mercantiles regula la figura de la escisión, no así el Código Civil para el Estado de Guanajuato ni tampoco el Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo no debe entenderse como una figura exclusiva de un tipo de sociedades, aún cuando no se encuentre en la legislación civil aludida.

DECIMA.- Las sociedades mercantiles comparativamente con sus similares civiles tienen las mismas características aunque no en su fin independientemente de que se rijan por distintas legislaciones, ya que en su análisis se desprenden derechos y obligaciones semejantes.

DECIMOPRIMERA.- La escisión como función económica permite resolver problemas de mercado tales como asuntos laborales, fiscales y financieros, a lo cual podrían acudir también las sociedades civiles, para lo cual es menester adicionar con el artículo 2213-BIS, que a la letra propongo en su redacción:

“ 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.

La escisión se regirá por lo siguiente:

I. Sólo podrá acordarse por resolución del órgano administrador, por la mayoría exigida para la modificación del contrato social;

II: Las partes sociales de la sociedad civil que se escinda deberán estar totalmente pagadas;

III. 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;

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, pasivo y del capital social que correspondan a cada sociedad escindida, y en su caso a la escidente, con detalle suficiente para permitir la identificación de éstas;

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

d) La determinación de las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida. Si una sociedad escindida incumpliera alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de la escisión, responderán todos los socios solidariamente ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, la o las demás sociedades escindidas, durante

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Aún cuando la naturaleza de las asociaciones y sociedades civiles difiera al de las sociedades mercantiles, el hecho de que la Ley General de Sociedades Mercantiles regule la figura de la escisión y el Código Civil para el Estado de Guanajuato no, esto no quiere decir que la misma sea propia y exclusiva de una clase de sociedades, pues no se establece en legislación o doctrina que la figura de la escisión sea característica esencial de algún tipo de sociedad y que las que se puedan escindir tengan que ser de alguna naturaleza en específico.

SEGUNDA.- Siendo tan similares las figuras de las sociedades y asociaciones civiles con las sociedades mercantiles, aunque se rijan por normatividades de distinta naturaleza, y teniendo derechos y obligaciones semejantes, a las primeras no se les está dando un tratamiento igual que a las segundas. Con la escisión se permite resolver problemas de mercado, laborales, fiscales, financieros, entre otros, que ya analicé en el Capítulo 4, mismos que pueden ser superados a través de la escisión, y que las sociedades y asociaciones civiles no pueden realizar. Por lo anterior el Código Civil para el Estado de Guanajuato debe ser adicionado con la figura de la escisión para que de tal suerte iguales tengan derechos iguales.

TERCERA.- La circunstancia de que el Código Civil para el Estado de Guanajuato no establezca un procedimiento específico para la escisión de una sociedad civil con otra y el de una civil con unas mercantiles no significa que si se lleva a cabo se trate de un acto ilegal, si se toma en cuenta que conforme al artículo 2213 del citado ordenamiento legal se admite

la transformación de las sociedades civiles en mercantiles al disponer "Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de sociedades, quedan sujetas a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles", y la consecuencia inmediata y directa de ambas figuras es exactamente la misma ya que al efecto de la escisión por incorporación total de una sociedad civil (escidente) y dos o más sociedades mercantiles (escindidas), es precisamente la desaparición de la sociedad escidente e incorporación de las escindidas y el de transformación es también la extinción o desaparición de la empresa original; en esas condiciones al manifestar los socios de una sociedad civil su voluntad de escindirse con dos o más sociedades mercantiles se extingue aquella y pasa a ser dos o más sociedades de esta naturaleza, sujetas a las leyes respectivas, y si ese acuerdo o manifestación de voluntades se sujetó a las disposiciones legales conforme a la naturaleza de cada una de las sociedades, aun cuando no exista expresamente en la ley el procedimiento para escindir sociedades civiles con mercantiles, con la simple voluntad de los socios y la observancia de los principios legales que las rigen de acuerdo a su naturaleza, debe tenerse por existente la escisión de ambas sociedades, ya que con ello no se infringe ninguna disposición legal porque no existe fundamento alguno que prohíba que se lleven a cabo esta clase de actos. Por lo demás si de conformidad con el artículo 228-BIS de la Ley General de Sociedades Mercantiles, los acuerdos deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio, debe entenderse que al haber sido acordada por los socios (de acuerdo a los lineamientos legales correlativos), la escisión por incorporación total de una sociedad civil con una mercantil, el acto reviste la característica de legal, con lo anterior se superan los problemas enumerados en el Capítulo I en cuanto a la transformación de sociedades.

CUARTA.- Es importante señalar que en el estudio realizado encontré figuras afines a la escisión de sociedades, como son: la fusión y la transformación. Para diferenciar estos términos puedo concluir, que la escisión supone la separación de un patrimonio en varias partes sociales, la fusión por el contrario implica la unión de dos o más patrimonios, mientras que la transformación trae como consecuencia el cambio de naturaleza jurídica de una sociedad.

QUINTA.- Aunque este breve estudio tiene un enfoque civil a través de su redacción me di cuenta de que no existe concordancia entre la legislación mercantil y la fiscal además de que la segunda invade esferas que no le corresponden y aunque es algo irremediable vale la pena hacer la mención.

SEXTA.- Del estudio del artículo 228-BIS de la Ley General de Sociedades Mercantiles, regulador del procedimiento mercantil de la escisión, concluyo que quedan protegidos los intereses de los socios quienes, en relación con la enajenación de bienes por la sociedad, ya no dependen de decisiones del órgano administrativo, cualquiera que sea el nombre con que se le designe; pero en el caso de sociedades civiles se debe tener en mente que la responsabilidad de los socios es diferente y que éstos siempre serán responsables solidarios y subsidiarios.

SEPTIMA.- Con lo que se establezco en las conclusiones anteriores puedo afirmar, aunque no fue materia de este estudio, que la figura de la fusión, al igual que la escisión, puede ser incorporada a la legislación civil, y tener un uso práctico para el mejor funcionamiento práctico de las mismas.

un plazo de cinco 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, los socios de ésta responderán por la totalidad de las obligaciones; y

e) Los proyectos de estatutos de las sociedades escindidas.

V. La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles. Asimismo, deberá publicarse en el periódico oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escidente, 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 cuarta de este artículo, indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores en el domicilio social de la sociedad durante un plazo de cuarenta y cinco días naturales contado a partir de que se hubieran efectuado la inscripción y ambas publicaciones;

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

VII. Cumplidos los requisitos y transcurrido el plazo a que se refiere la fracción quinta 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 de Sociedades Civiles;

VIII. Los socios que voten en contra de la resolución de escisión gozarán del derecho a separarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus partes sociales, al valor fiscal de la fecha de la separación, según dictamen de perito autorizado.

IX. Cuando la escisión traiga aparejada la extinción de la escidente, una vez que surta efectos la escisión se deberá solicitar del Registro de Sociedades Civiles la cancelación de la inscripción del contrato social.

DECIMO SEGUNDA.- Dada la naturaleza de las asociaciones civiles, considero que no pueden ser materia de la figura de la escisión.

DECIMO TERCERA.- Las sociedades civiles pueden ser transformadas en sociedades mercantiles conforme lo previene el artículo 2213 del Código Civil para el Estado de Guanajuato el cual a la letra determina "Las sociedades que por su naturaleza civil, que tomen la forma de sociedades, quedan sujetas a lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles". Esto será posibles mediante la escisión por incorporación total ya que la sociedad civil (escidente) desaparece por completo y pueden crearse dos o más sociedades mercantiles (escindidas), y como desaparece la primera, pueden las nuevas sociedades inscribirse en el Registro Público de Comercio las nuevas sociedades.

DECIMO CUARTA.- Por extensión el artículo 228-BIS de la Ley General de Sociedades Mercantiles es concordante con la propuesta que hago, en el sentido de que en el procedimiento regulador de la escisión quedan protegidos los intereses de los socios en relación con la enajenación de bienes por parte de la sociedad, ya que no dependen de decisiones del órgano administrativo.

DECIMO QUINTA .- Por todo lo establecido puedo afirmar, que la figura de la escisión puede ser incorporada a la legislación civil.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN; "De la interpretación de los Contratos y de los Testamentos", Segunda Edición, Cárdenas Editores, 1979, p. 401.

BARRERA GRAF, JORGE; "Instituciones de Derecho Mercantil", México, D.F., Editorial Porrúa, 1989, p. 716.

CASTRO ZAVALA, SALVADOR; "Comentarios al Código Civil", Primera Edición, México, D.F., Cárdenas Editores, 1974, Tomo II, Pp. 1278-1283.

DE PINA VARA, RAFAEL; "Derecho Mercantil Mexicano", Vigésima Primera Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, 1990, p. 480.

DE PINA VARA, RAFAEL; "Diccionario de Derecho", Décimo novena Edición, México, Editorial Porrúa, 1993, p. 527.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO; "Derecho Civil", Décima Edición, México, Editorial Porrúa, 1990, p. 750.

GARRIGUEZ, JOAQUIN; "Curso de Derecho Mercantil", México, D.F., Editorial Porrúa, 1981, p. 970.

GOMEZ COTERO, JOSE DE J.; "Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles", Tercera Edición, Editorial Themis, 1995, p. 134.

MANTILLA MOLINA, ROBERTO L.; "Derecho Mercantil", Quinta Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, 1961, p. 638.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN; "Derecho Mercantil", Vigésima Edición, México, Editorial Porrúa, 1991, Tomo I, p. 450.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN; "Tratado de Sociedades Mercantiles", Vigésima Edición, México, Editorial Porrúa, 1991, Tomo I, p. 450.

SANCHEZ MEDAL, RAMON; "De los Contratos Civiles", Sexta Edición, Editorial Porrúa, 1982, p. 328.

VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR; "Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles", Tercera Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, 1987, p. 445.

ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ANGEL; "Contratos Civiles" Primera Edición, México D.F., Editorial Porrúa, p. 235

OTRAS FUENTES

CODIGO DE COMERCIO, México, D.F., Editorial Porrúa, 1996.

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION, México, D.F., Editorial Themis, 1996.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS, México, D.F., Editorial Trillas, 1996.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, "Diccionario Jurídico Mexicano", Octava Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, Tomo I, p. 476.

INSTITUTO MEXICANO DE CONTADORES PUBLICOS, A.C., Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C.: "Problemática Fiscal Derivada de la Reestructuración de Empresas", México, D.F., Reséndiz Editores, 1993, p. 134.

LEY DEL IMPUESTO AL ACTIVO, México, D.F., Editorial Themis, 1996.

LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCION Y SERVICIOS, México, D.F., Editorial Themis, 1996.

LEY DEL IMPUESTO SOBRE ADQUISICIÓN DE INMUEBLES, México, D.F., Editorial Themis, 1996.

LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, México, D.F., Editorial Themis, 1996.

LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, México, D.F., Editorial Themis, 1996.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO, México, D.F., Editorial Porrúa, 1996.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, México, D.F., Editorial Porrúa, 1996.