

315009



**UNIVERSIDAD SALESIANA A.C.**



INCORPORADA A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES MEXICANAS  
CON SOCIEDADES INTERNACIONALES

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

**HUGO DUAN CARMONA BARRERA**

ASESOR DE LA MATERIA: LIC. SALVADOR LLAMAS-ARBE DE IBARRA

ASESOR METODOLOGICO: LIC. FRANCISCO JAVIER GARCIA CHAVEZ



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.

**LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES MEXICANAS CON  
SOCIEDADES INTERNACIONALES**

## AGRADECIMIENTOS

A DIOS, por darme la vida día a día, por todas aquellas cosas que ha puesto en mi camino, por la fuerza que me ha dado para realizarlas, porque nunca me ha dejado solo y siempre lo he tenido junto a mí, por permitirme finalizar mis estudios, ya que sin Él nunca lo hubiera logrado.

A MIS PADRES, por ayudarme y apoyarme en todo momento, por inculcarme muchos valores, con lo cuales he podido seguir adelante, por sus regaños y consejos, por tenerme paciencia cada día aunque no la mereciera, por todos y cada uno de los sacrificios que han realizado, por tenerme confianza y creer en mí, pese a que los he defraudado tantas veces, por todos y cada uno de los momentos en que me he podido acercar a ustedes a llorar y así tomar nuevas fuerzas para seguir adelante, por alentarme a no dejarme vencer por nada ni por nadie; en fin muchas, pero muchas gracias por todo y aunque nunca podré pagarles todo lo que me han dado, solo quiero que sepan que les viviré eternamente agradecido y los quiero con todo mi corazón.

A MIS HERMANOS, porque con ellos he crecido y me he formado, por todo lo que me han enseñado, que es más de lo que yo les podría dar, por tenerme paciencia y perdonarme todo lo que los he ofendido, pues a pesar de todo lo malo que yo he sido, nunca me han dejado solo y se que siempre voy a contar con ustedes, gracias por su apoyo y comprensión, los quiero.



A TI ADRIANA, por todo el Amor que me has dado, por estar conmigo en todos los momentos que te necesite, por lo que me has enseñado y dado a través de todo el tiempo que hemos estado juntos, gracias por la paciencia y la comprensión que me has tenido, te Amo.

AL LICENCIADO HÉCTOR MATA ALVAREZ, quien me ha enseñado a ser un buen profesional, que me ha dado la oportunidad de desarrollarme como Abogado, gracias por apoyarme en momentos muy difíciles, gracias por confiar y por creer en mí, pues eso es algo que casi nadie a hecho, una vez me dijeron que usted era mi ángel de la guarda y nuevamente doy gracias a Dios por haberlo puesto en mi camino, porque de no ser así yo no sería ni la mitad de lo poco que soy como profesional, realmente muchas gracias por su apoyo, espero nunca defraudarlo.

A MIS MAESTROS, que me han transmitido su conocimiento, por todo lo que me han enseñado, que no solo fueron cosas de la profesión, sino también de la vida, pues gracias a ustedes me he formado como hombre de bien y profesional, que espera algún día, poder hacer lo mismo que Ustedes han hecho conmigo por otros jóvenes.

A MIS ASESORES DE TESIS, Lic. Salvador Llamas-Arbide Ibarra y Lic. Francisco Javier García Chávez por guiarme en este camino, por su amistad, enseñanzas y comprensión que en todo momento me brindaron, pues mucho de esta tesis es suyo.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE TRABAJO, que aunque nunca he sido el mejor de entre ustedes, si les debo a cada uno algo que me han enseñado y créanme todos han dejado huella dentro de mi, gracias.

A todos, en especial a DIOS Muchas Gracias.

**LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES MEXICANAS CON  
SOCIEDADES INTERNACIONALES**

**ÍNDICE**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
---------------------	----------

**CAPÍTULO I.**

**LA FUSIÓN**

**CONCEPTOS GENERALES Y ANTECEDENTES.**

<b>1.1. CONCEPTO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES.</b>	<b>2</b>
<b>1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES.</b>	<b>6</b>
<b>1.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES.</b>	<b>8</b>
1.3.1 La fusión como disolución de sociedades.	8
1.3.2 La fusión es un contrato de constitución de sociedad.	9
1.3.3 Teoría de la sucesión.	9
1.3.4 Fusión como transformación extintiva de la sociedad.	11
1.3.5 La fusión es una transmisión negocial del patrimonio.	11
<b>1.4 CLASES DE FUSIÓN.</b>	<b>12</b>
1.4.1 Fusión por integración.	13
1.4.2 Fusión por incorporación.	19

1.5	<b>FIGURAS AFINES.</b>	20
	1.5.1 Clasificación de Oscar Vázquez del Mercado.	21
	1.5.2 Clasificación de Joaquín Rodríguez y Rodríguez.	23
	1.5.3 Clasificación de Jorge Barrera Graf.	24
1.6	<b>ANTECEDENTES.</b>	27

## **CAPÍTULO II.**

### **LA FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.**

2.1	<b>CONCEPTO DE FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.</b>	30
2.2	<b>DERECHO COMPARADO.</b>	33
2.3	<b>LA FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.</b>	36
	2.3.1 Designación de la norma conflictual aplicable.	39
	2.3.1.1 Legislación mexicana aplicable.	41
	2.3.1.2 Tratados internacionales.	47
	2.3.2 Proceso de calificación de la norma conflictual.	56
	2.3.2.1 Conceptos de calificación.	57

2.3.2.2	Clasificación Lex Fori.	58
2.3.2.3	Calificación Lex Causae.	59
2.3.2.4	Teoría de Rabel.	60
2.3.2.5	Teoría de Lea Meriggi.	61
2.3.2.6	Principales criterios de calificación.	61
2.3.2.7	Calificación conforme a derecho positivo mexicano.	67
2.3.2.7.1	Por los tratados internacionales.	68
2.3.2.7.2	Normas internas.	71
2.3.2.8	Segundo momento de calificación.	79
2.3.3	La remisión	88
2.3.4	Personalidad jurídica y capacidad	90
2.3.4.1	Derecho argentino	92
2.3.4.2	Derecho español	93
2.3.4.3	Derecho mexicano	94
2.3.4.4	Doctrina	95
2.3.4.5	Ley de nacionalidad	96
2.3.4.6	Código de comercio	97
2.3.4.7	Ley general de sociedades mercantiles	100
2.3.4.8	Ley de inversión extranjera	102
2.3.5	Impedimentos para la fusión internacional. Concentraciones	106
2.3.5.1	Libertad de comercio	106
2.3.5.2	Ley federal de competencia económica	107

**CAPÍTULO III.**  
**PROCESO DE FUSIÓN INTERNACIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO**  
**MEXICANO.**

<b>3.1 NEGOCIACIONES PARA LA FUSIÓN.</b>	113
<b>3.2 PROYECTO DE FUSIÓN.</b>	116
<b>3.3 ACUERDOS DE LA FUSIÓN DE LA SOCIEDAD MEXICANA.</b>	117
3.3.1 Asamblea de accionistas	118
3.3.1.1 Convocatoria	120
3.3.1.2 Orden del día	125
3.3.1.3 Quórum	127
3.3.2 Acciones que pueden concurrir a las asambleas de fusión.	129
3.3.2.1 Accionistas morosos	132
3.3.2.2 Bonos de fundador	133
3.3.2.3 Acciones industriales	134
3.3.2.4 Acciones de trabajo	134
3.3.2.5 Acciones privilegiadas	134
3.3.2.6 Acciones de voto limitado	136
3.3.2.7 Acciones de goce	136
3.3.2.8 Acciones adquiridas por la propia sociedad	138
3.3.2.9 Acciones en usufructo	139
3.3.2.10 Acciones en prenda	140
3.3.2.11 Acciones embargadas	141
3.3.2.12 Acciones en reporto	142

3.3.2.13 Acciones en fideicomiso	142
3.3.2.14 Acciones propiedad de la fusionante	143
3.3.2.15 Instrumentos de inversión neutra	143
3.3.3 Contenido de las resoluciones	144
3.3.4 Actas de asamblea	146
<b>3.4 DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACCIONISTAS</b>	<b>150</b>

## CAPÍTULO IV.

### CONTRATO DE FUSIÓN INTERNACIONAL.

<b>4.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO</b>	<b>154</b>
<b>4.2 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FUSIÓN INTERNACIONAL</b>	<b>156</b>
4.2.1 Contrato unilateral o bilateral	157
4.2.2 Contratos onerosos y gratuitos	158
4.2.3 Contratos consensuales, formales, solemnes y reales	159
4.2.4 Tiempo de ejecución	162
<b>4.3 OBLIGACIONES DE LA FUSIONANTE</b>	<b>163</b>
4.3.1 Asunción del patrimonio de la fusionada	163
4.3.2 Aumento de capital	164
4.3.3 Emisión de acciones	165
4.3.4 Registros	165

<b>4.4</b>	<b>OBLIGACIONES DE LA FUSIONADA</b>	165
4.4.1	Transmisión de patrimonio	165
4.4.2	Obtención del consentimiento	166
<b>4.5</b>	<b>FORMA DE DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE FUSIÓN INTERNACIONAL</b>	166
4.5.1	Autonomía de la voluntad	168
4.5.1.1	Función substancial	169
4.5.1.2	Función conflictual	169
4.5.1.3	Cláusula de derecho aplicable al contrato de fusión internacional	176
4.5.1.3.1	Capacidad	179
4.5.1.3.2	Forma y Perfeccionamiento del contrato de fusión Internacional	180
4.5.1.3.3	Efectos jurídicos del contrato de fusión Internacional	184
<b>4.6</b>	<b>EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE FUSIÓN</b>	190
4.6.1	Transmisión de bienes	190
4.6.2	Registro de la fusión (RPC)	191
	<b>CONCLUSIONES</b>	198
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	202



## INTRODUCCIÓN

La fusión de sociedades mercantiles es una figura jurídica, merced a la cual suceden actos jurídicos unilaterales y bilaterales celebrados por dos o más sociedades mercantiles para transmitir en bloque bienes, derechos y obligaciones de unas sociedades denominadas fusionadas a otra denominada fusionante, que puede ser una persona jurídica nueva o distinta o una preexistente que subsiste, ya que al transmitir en bloque su patrimonio las fusionadas se disuelven.

La necesidad de un país de inversión extranjera como México, facilita la fusión de empresas que antes de quebrar negocian el nombre o fama que puedan tener en el lugar de establecimiento.

La empresa mexicana ante la necesidad de capital, se fusiona con otra empresa que ve la oportunidad de inversión con un costo de riesgo bajo y con posibilidades de gasto controlado o mínimo.

El pago de impuestos en el país de origen disminuye considerablemente a comparación de las tasas mexicanas, a pesar de los gastos sociales que pudiera tener en México, por lo que puede ser mucha la ganancia, poco el riesgo.

La delimitación del objeto de estudio, condicionara el análisis de la figura jurídica de la fusión de sociedades mercantiles mexicanas con sociedades internacionales en sus distintas y posibles acepciones, desde los puntos de vista

jurídico, económico, social. Al conocer la fusión de sociedades mercantiles, la negociación de una sociedad mercantil mexicana en operación con una extranjera y aplicar el tratamiento fiscal de las sociedades fusionadas o fusionantes subsistentes en México en relación con el país de origen de la fusionada o fusionante, según sea el caso.

El carácter corporativo y la base contractual de la fusión de sociedades mercantiles, se encuentran íntimamente ligadas en el proceso de fusión de sociedades mercantiles. En efecto, solamente las personas jurídicas pueden jurídicamente fusionarse.

La tarea básica durante la fase de transición e integración es definir con claridad toda vez que se les dedica poca atención, recursos y tiempo.

Se inician cambios en las metas de las principales unidades, en las relaciones de dependencia y en los principales sistemas de gestión, como la toma de decisiones o planificación, pero con frecuencia no se producen muchos cambios iniciados desde una perspectiva individual.

A pesar de la existencia de leyes en México sobre la materia, hay una creciente necesidad de modificar nuestros ordenamientos, toda vez que los tratados internacionales van haciendo esa tarea conforme se va requiriendo, dejando atrás la modernidad y la prevención en nuestra ley dejándola poco a poco en una ley que cae en desuso.

La falta de una regulación acorde con la actualidad económica pone en riesgo no solo fuentes de trabajo o la creciente introducción de capitales extranjeros en el país, sino que el pago tributario se hace en otros países.

Las Fusiones son operaciones generalmente practicadas en periodos de expansión económica o de crisis. Cuando se discuten los efectos en términos generales que estimulan el crecimiento, el desarrollo, etc.

La creación de una nueva razón social, resultante de la disolución de dos o más entidades solicitantes de la Fusión, implica el traspaso en conjunto de sus respectivos capitales a la entidad con la nueva razón social, la cual también adquirirá la totalidad de los derechos y obligaciones de las instituciones fusionadas.

Un resultado de la fusión es la absorción de una o más instituciones por otra, lo cual conlleva a la desaparición de la(s) entidad(es) absorbida(s) y el traspaso de la universalidad de su(s) capital(es), activos y pasivos a la entidad absorbente, después de la compra de la totalidad de las acciones de la primera, por parte de la última. Como consecuencia de esta operación, los activos y pasivos de la entidad fusionada se integrarán al capital de la fusionante quedando la primera disuelta y liquidada de pleno derecho.

El método de investigación utilizado fue descriptivo y correlacional, que esta enfocado al estudio de las regulaciones que están vigentes en el país y en algunas partes del mundo, principalmente Estados Unidos de Norteamérica, relativas a la figura jurídica denominada Fusión.

Al identificar las características de la fusión de empresas nacionales con internacionales, se comprobará la falta de actualización en la regulación de la materia mercantil, la que es subsanada por tratados internacionales; con lo que se podrá determinar la negociación aplicable para elaborar una fusión y recomendar la aplicación de movimientos contables para la obtención de un beneficio en la operación.

Se observará a la fusión de empresas internacionales con las nacionales como estrategia de comercialización:

Al buscar un mercado interno y repetir la tecnología de otras filiales o casa matriz. A veces al instalarse buscan aprender la tecnología del país donde se instalan, para incorporarla a toda la empresa. Son formas de sustitución del comercio en general. Lo que antes se importaba ahora se produce a través de una filial (ésta es la forma típica de Sustitución de Importaciones en América Latina). Bajo la forma repetitiva y cerrada la filial de la transnacional va a exigir y a hacer presiones para la protección.

Una forma de las estrategias abiertas más relevantes, es la internacionalmente integrada: la filial se encarga de una parte de la producción usando los recursos locales abundantes.

Es una forma de crecimiento en que la especialización juega un papel influyente.

El presente trabajo se limitará al estudio de la fusión de sociedades mercantiles, el tratamiento en la fusión de las sociedades mexicanas y las internacionales, los elementos en la fusión internacional y la declaración de la empresa fusionada para evitar la doble tributación o la evasión del pago de impuestos.

La Fusión, es un caso especial de disolución de sociedades, mediante la cual una sociedad se extingue por la transmisión total de su patrimonio a otra sociedad; en el caso de la fusión de una sociedad mercantil mexicana con una internacional, sea cual fuere su nacionalidad, puede prestarse la posibilidad de evitarse la quiebra, la suspensión de pagos o bien, cabe la posibilidad de pagar impuestos bajos dependiendo de la nación donde radique la empresa la fusionante, lo que también podría abrir la posibilidad para la evasión de impuestos.

## **CAPÍTULO I.**

### **LA FUSIÓN**

#### **CONCEPTOS GENERALES Y ANTECEDENTES.**

## 1.1 CONCEPTO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES.

La fusión de sociedades mercantiles es una figura jurídica, en la cual suceden actos jurídicos unilaterales y bilaterales celebrados por dos o más sociedades mercantiles para transmitir en bloque bienes, derechos y obligaciones de una sociedad denominada fusionada a otra denominada fusionante, que puede ser una persona jurídica nueva o distinta o una preexistente que subsiste ya que al transmitir en bloque su patrimonio las fusionadas se disuelven.

Han sido diversos los intentos por definir a la fusión de sociedades, por lo que existen una multiplicidad de definiciones. Al efecto, se señalan las definiciones que la dogmática jurídica especializada en sociedades mercantiles (el término se utiliza considerando la existencia de las sociedades mercantiles especiales como por ejemplo las financieras) ha desarrollado.

La complejidad en el estudio del fenómeno de la fusión de sociedades mercantiles, nos remite a comenzar con una definición sencilla y clara del objeto a estudio. En este orden de ideas Salandra señala en el artículo de su autoría llamado "Fusión de Sociedades Mercantiles", como punto de partida el concepto de fusión de sociedades mercantiles:

“Unión Jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran entre sí de tal forma que una organización jurídicamente unitaria sustituye a una pluralidad de organizaciones.”<sup>1</sup>

Ahora bien, como proceso jurídico encerrar a la fusión en un concepto como el que ha quedado asentado, sienta las bases para el choque de la realidad o necesidad de negocios con las normas jurídicas, por lo que no es suficiente para conocer lo que una fusión de sociedades mercantiles significa teóricamente, razón por la cual es interesante conocer la propuesta del maestro Barrera Graf, quien la entiende así:

“Se trata de un negocio corporativo, complejo, de naturaleza contractual, *sui generis*, que se desarrolla en diversas etapas sucesivas y cuyos efectos consisten en la sucesión universal del activo y del pasivo de la o de las sociedades fusionadas a favor de la fusionante; lo cual además, implica el paso y la adición de los socios de aquéllas, a los de ésta, generalmente mediante aumento de su capital social; y consiste, por otra parte, en la extinción de la o de las fusionadas, ya sea para incorporarse a otra que existe (fusión por incorporación), o para integrar o constituir una sociedad nueva (fusión por integración).”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Citado por MOTOS GUIRAO, Miguel. *Fusión de Sociedades Mercantiles*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953, p.16.

<sup>2</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 1era. Reimpresión. Edit. Porrúa. México, 1997, p.693.



El Maestro Barrera Graf considera en la fusión de sociedades una figura jurídica compuesta de diversos actos jurídicos individuales, que pretende fundir los patrimonios de dos o más sociedades o corporaciones, a través de una serie de actos con efectos jurídicos específicos. Del proceso y consecuencias jurídicas de la fusión surge su complejidad, pues problemas como la transmisión del patrimonio de la sociedad o sociedades mercantiles que participan de la fusión dificulta el proceso.

De acuerdo con Licenciado Enrique Román Chávez, el carácter corporativo y la base contractual de la fusión de sociedades mercantiles, se encuentran íntimamente ligadas en el proceso de fusión de sociedades mercantiles. En efecto, solamente las personas jurídicas pueden jurídicamente fusionarse.<sup>3</sup>

Así mismo, la base contractual se justifica atento a que:

- Existe una transmisión universal de derechos y obligaciones entre las sociedades mercantiles involucradas en la fusión,
- Los entes que intervienen en la fusión de sociedades, son personas jurídicas que deben expresar su voluntad de involucrarse en la fusión para adquirir a título universal los derechos y las obligaciones o para enajenarlos. Dicha voluntad encuentra una de sus manifestaciones de mayor liberalidad a través del contrato y

---

<sup>3</sup> ROMÁN CHÁVEZ, Enrique, *Las sociedades irregulares en el Derecho*. Tesis de titulación de la Escuela Libre de Derecho, México, 2002, p. 52.

- La forma más reconocida por el derecho en general para transmitir obligaciones y derechos con apego a la autonomía de la voluntad es el contrato, fuente principal de las obligaciones entre dos partes.

Por último, el maestro Vázquez del Mercado, señala que la fusión es "...la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular éste absorbe el patrimonio de todos los demás; en ambos casos el ente está formado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquellos en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución de los que poseían, o se les reconoce la parte social correspondiente."<sup>4</sup>

Esta definición considera a la reunión de los patrimonios (activo y pasivo) como el elemento preponderante para darle contenido a la fusión. La absorción del patrimonio por parte de la fusionante, implica que jurídicamente se transmite de manera universal ese patrimonio e ingresa a la esfera jurídica de la fusionante.

Ahora bien, el estudio de la fusión de sociedades mercantiles debe partir de definir a la fusión como el proceso jurídico por virtud del cual una o mas sociedades denominadas fusionadas que se extinguen, transmite o transfieren la totalidad de su patrimonio a otra sociedad denominada fusionante que puede ser

---

<sup>4</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles*. Tercera Edición. Edit. Porrúa. México. 1987, p. 276.

una persona jurídica nueva o preexistente, operando una sustitución subjetiva del patrimonio transmitido.

Esta definición abarca la complejidad del fenómeno de la fusión de sociedades mercantiles, ya que la fusión de sociedades mercantiles se enmarca en una casuística en la idea preliminar de fusión "... radica en que los conceptos económico y jurídico de la fusión no coinciden; aquél es más amplio que éste."<sup>5</sup>

La opinión anterior, establece la principal problemática de la unión jurídica de diversas personas morales puesto que conceptualmente choca con la realidad económica. Los objetivos de las políticas económicas han ido cambiando a lo largo de la historia, en dependencia del desarrollo social de cada momento concreto, el cual, a su vez, ha contribuido a la generalización del sistema de leyes.

## **1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES.**

Las características de la fusión de sociedades mercantiles son:

---

<sup>5</sup> VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.*, p. 16.

1.- Las fusiones son operaciones generalmente practicadas en periodos de expansión económica o de crisis.

2.- Disolución y liquidación de la sociedad que es absorbida.

3.- La transferencia de todo el patrimonio activo y pasivo de las sociedades absorbidas a las sociedades absorbentes o de las sociedades a fusionarse a la nueva sociedad.

4.- La consecuente unión o reunión de la totalidad de dos o más patrimonios, de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente.

5.- La disolución sin liquidación de las sociedades que enajenan su patrimonio.

6.- La incorporación de los accionistas de las sociedades fusionadas a la fusionante. Los accionistas de la sociedad absorbida devienen en socios de la absorbente.

7.- La atribución inmediata a los accionistas o de las sociedades absorbidas o de las sociedades fusionantes de acciones de la sociedad absorbente o de la sociedad nueva.

### **1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES.**

Identificar la naturaleza jurídica de la fusión es un tópico que la dogmática más autorizada ha considerado como de lo más complejo de resolver en materia de fusión de sociedades mercantiles. En consecuencia son diversas las posturas y las opiniones al respecto.

Este rubro, es de trascendental importancia, pues dependiendo de la postura que se adopta la solución a los conflictos será diversa.

Al efecto, expongo las teorías mas destacadas y al final encontrara la postura más conveniente, bajo la salvedad de que en cada caso puede modificarse el punto de vista.

#### **1.3.1 La fusión como disolución de sociedades.**

Guiándonos por el estudio de Motos Guirao y Rodríguez y Rodríguez, ésta teoría contempla como esencia de la fusión el hecho de que las sociedades involucradas se disuelvan.

Así Vivante dice; "Hay fusión cuando una sociedad se disuelve, incluyéndose en otra; sin disolución no hay fusión."<sup>6</sup>

### 1.3.2 La fusión es un contrato de constitución de sociedad.

En toda fusión lo decisivo es la formación de un ente nuevo. La fusión presupone, ciertamente, la disolución de todas o algunas de las sociedades; pero esta disolución, a su vez, es sólo el presupuesto de una liquidación previa y necesaria para la aportación a la nueva sociedad. Así Thailer afirma que "la fusión es una operación de liquidación...; no constituye ni siquiera una modificación de los estatutos."<sup>7</sup>

### 1.3.3 Teoría de la Sucesión.

Vázquez del Mercado es quien mejor desarrolla esta teoría. Al efecto señala: "De acuerdo con esta tesis, la sociedad que nace o la que subsiste, cuando desaparecen las demás que se fusionan, adquieren la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedades que dejan de existir, en virtud de que se opera la transmisión a título universal del patrimonio de una a otra sociedad. La responsabilidad derivada de las relaciones de los entes que desaparecen se adquiere en forma ilimitada, es decir, la sociedad que surge o permanece,

---

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Tratado de Sociedades Mercantiles*. Tomo II., Edit. Porrúa, México. 1977, p 520.

<sup>7</sup> MOTOS GUIRAO. Miguel. *Op. cit.* p. 18.

responde con todo su patrimonio, mismo que queda formado con el de los entes absorbidos y el suyo propio.”<sup>8</sup>

Lo esencial para esta tesis, es la transmisión del patrimonio a título universal, pues citando a Salandra, Vázquez del Mercado, señala: “Admite que la fusión produce los efectos de una sucesión a título universal para la sociedad subsistente o para la que resulta de las sociedades que se extinguen; pero estos efectos se producen en virtud de la compenetración entre las colectividades sociales fusionadas y no por virtud del contrato.”<sup>9</sup>

Desde luego la compenetración de los sujetos que intervienen en la fusión trae consigo la unión patrimonial.

Adicionalmente, Vázquez del Mercado considera que “Nuestra Ley de Sociedades, parece adoptar esta tesis, según se desprende de la parte final del artículo 224, que dice: 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 extinguidas.”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 290.

<sup>9</sup> *Ibid.* p. 290 y 291.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 292.

#### 1.3.4 Fusión como transformación extintiva de la sociedad.

Motos Guirao, desarrolla esta tesis diciendo que: "Los autores que sostienen esta teoría –Ferrara y Fisher-, consideran que la fusión es una combinación de disolución y nueva fundación; en la fusión se da una transformación extintiva."<sup>11</sup>

#### 1.3.5 La fusión es una transmisión negocial del patrimonio.

La fusión es una transmisión negocial del patrimonio de una sociedad a otra mediante la adquisición de la calidad de socio en esta sociedad por los socios de la sociedad transferente.

Weiland expone esta tesis diciendo: "La sociedad absorbente, merced a un aumento de su capital, entrega de acciones a los socios de la sociedad absorbida a cambio de que éstos (los de la absorbida) se obligan a efectuar las aportaciones patrimoniales en relación con el aumento del capital correlativo al patrimonio de la absorbente."<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> MOTOS GUIRAO, Miguel. *Op. cit.*, p. 19

<sup>12</sup> *Idem.*



Las tesis anteriores explican parcialmente la naturaleza jurídica de la fusión de sociedades, ya que en efecto, debe existir una disolución de las sociedades fusionadas para que exista fusión, pero es una característica, más no es el único rasgo de la fusión, dado que podría efectuarse la disolución simple de sociedades y luego constituir una nueva sin la existencia de los elementos de la fusión ni la liquidación, por ejemplo en la escisión de sociedades mercantiles. Adicionalmente, hay una transmisión de propiedad a título universal, pero dice De Semo, tal es solamente una consecuencia inmediata de un negocio jurídico intervivos.<sup>13</sup> Así las cosas, la fusión de sociedades mercantiles es un proceso cuya esencia radica en la sucesión de actos cuyas consecuencias son la disolución o extinción sin liquidación de una o más sociedades y la integración de todo su patrimonio (derechos y obligaciones) a la sociedad que se crea o subsiste, por un contrato.

#### 1.4 CLASES DE FUSIÓN.

Dos son las clases de fusiones que señala la doctrina:

- aquella merced a la cual las sociedades que se fusionan desaparecen creándose una nueva sociedad diferente a las anteriores (fusión por integración) y
- aquella conforme a la cual las sociedades fusionadas se incorporan a una sociedad llamada fusionante ya existe (fusión por incorporación).

---

<sup>13</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.*, p. 291.

### 1.4.1 Fusión por integración.

En este tipo de fusión, las sociedades involucradas en la fusión desaparecen y se constituye una nueva sociedad mercantil diversa del todo a las previamente existentes que tiene como patrimonio la suma de los patrimonios de las sociedades fusionadas que pueden formar o no el capital social.

Dos son las características que destacar aquí: el fenómeno de disolución que afecta a todas las sociedades involucradas y la constitución de una sociedad producto de la fusión.

- Disolución de las sociedades involucradas. Respecto de la primera característica de la fusión por integración, existen posturas encontradas.

Jorge Barrera explica el procedimiento de liquidación seguido de la disolución de sociedades mercantiles: "Hay casos de excepción a la regla general anterior; la primera de ellas es aquella en que la sociedad se disuelve sin liquidarse, como sucede en el caso de fusión respecto de aquella o aquellas de las sociedades (se disuelven), pero cuyo patrimonio integro se agrega o se une (no se liquida) al de la sociedad que subsiste (fusión por incorporación), o si en ninguna subsiste, a la sociedad que se crea (fusión por integración);".<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.*, 645 – 646.

La opinión del maestro Barrera, es la doctrina dominante. La fusión por integración implica una disolución del vínculo societario, más dicha disolución no es, excepcionalmente, el acto previo a la liquidación del haber social. En diverso sentido opina Vázquez del Mercado: "No consideramos que la fusión esté precedida por la disolución de la sociedad. Por disolución se entiende la verificación de una causa de suspensión o terminación de las relaciones jurídicas señaladas para la obtención del objeto social, o mejor dicho, el paso inicial para poner fin a todas las relaciones jurídicas que ligan al organismo social."<sup>15</sup>

Asimismo, señala Vázquez del Mercado que cuando el órgano social correspondiente resuelve la disolución de la sociedad, ésta debe ponerse en liquidación, por lo que continúa viviendo la sociedad pero con un fin diverso, el de liquidarse, sin que al efecto pueda crear obligaciones o derechos. Por otro lado, la fusión no impide el ejercicio de actividades y operaciones, sino hasta que el acuerdo de fusión surte efectos.

Este criterio lo formula con base en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles ("LGSM").

"La fusión misma y no la deliberación es la causa de la disolución de la sociedad...A la deliberación de fusión trae consigo la modificación del término de duración de las sociedades que se fusionan... El término fijado para que la

---

<sup>15</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO. Oscar. *Op. cit.* 282 y 283.

sociedad quede disuelta, esto es, se extinga, es la fecha en que la fusión deberá tener efecto."<sup>16</sup>

- Respecto de la segunda característica, el problema recae sobre cual procedimiento debe tomarse en consideración para crear a la nueva sociedad. En este sentido existen dos posturas: la primera de ellas señala que el procedimiento de creación de la nueva sociedad mercantil que sustituye a las sociedades fusionadas es un proceso simplificado, pues cuenta con diversas garantías como son los acuerdos de fusión y la publicidad de sus balances. Por el otro externo, se dice que la nueva sociedad debe proseguir las normas generales de creación de una nueva sociedad, toda vez que existen tres actos diversos la disolución, fusión y constitución.<sup>17</sup>

A favor de la primera posición está Kopper Royer, quién sostiene que "la reunión de dos personas jurídicas que se fusionan en una sola es una operación diferente por completo de un operación constitutiva."<sup>18</sup>

Esta posición se robustece si se considera que los pactos de fusión y la publicidad de las contabilidades, que los sistemas jurídicos exigen a las sociedades que se involucran en la fusión, son elementos con los cuales no cuenta un proceso asociativo nuevo.

---

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 284

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 282.

<sup>18</sup> Citado por MOTOS GUIRAO, Miguel. *Op. cit.* p. 79.

Como antecedente, la dogmática comparada señala que la Legislación Italiana antigua exigía, además de los actos de publicidad para la fusión, una escritura constitutiva de la nueva sociedad resultante, la cual forma la base jurídica de la nueva sociedad, sin que sea necesario celebrar una primera asamblea o junta general de socios, que podría hacer nugatorios los acuerdos de fusión previamente tomados.

El derecho alemán antiguo, solo reconocía a la fusión por absorción, pero la Ley de 1937 señaló dos tipos de procedimientos, uno general y otro simplificado.<sup>19</sup>

El derecho brasileño, regula con mayor detalle la conexión existente entre las sociedades fusionantes, estableciendo una prueba escrita para evidenciar la causahabencia jurídica de las sociedades que desaparecen y la nueva. La ley brasileña señala que en los acuerdos de fusión se deben incluir las consideraciones sobre los estatutos de la nueva sociedad así como el nombramiento de peritos para el avalúo de patrimonios para proceder a inscribir a la nueva sociedad en el Registro Público correspondiente.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> *Ibid.* p.332 y 333.

<sup>20</sup> MOTOS GUIRAO, Miguel. *Op. cit.* p. 82 – 84.

El maestro Garrigues indica que "en el derecho norteamericano, se conoce a esta forma de fusión de sociedades. Ellos le denominan "consolidation", sin embargo, debido a su escaso formalismo en las instituciones jurídicas, el problema aquí planteado no resulta relevante. No obstante, como ejemplo, cabe señalar que la Ley General de Corporaciones del Estado Norteamericano de Delaware, prevé que la escritura constitutiva de la nueva sociedad se adjunte al contrato de fusión.

En otro sentido la doctrina española señala ambas posibilidades para llegar a la fusión. Puesto que ambas sociedades van a constituir una nueva con sus patrimonios -y lo que dice de dos puede decirse de varias- será preciso un acuerdo previo entre los administradores de una y otra para saber en qué proporción se van a distribuir las acciones de la nueva sociedad entre los antiguos accionistas".<sup>21</sup>

La postura contraria, exalta los pasos del proceso disociativo y asociativo en esta clase de fusiones, aclarando que la forma de constitución de la nueva sociedad que surja de la fusión dependerá de los formalismos de cada legislación.

---

<sup>21</sup> GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Edit. Porrúa, México, 1979, Séptima edición., p. 611.

En nuestro derecho, la duda queda completamente superada al tenor de lo dispuesto por el artículo 226 de la Ley General de Sociedades Mercantiles ("LGSM"):

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

Ahora bien, en este respecto cabe hacer notar que la disposición anterior, no es completamente aplicable, ya que como señala Barrera Graf, la nueva sociedad que surja de la fusión acarrea un pasivo producto de las obligaciones y derechos que conforman a los pasivos que se transmite, las reglas aplicables a las aportaciones de los accionistas se implementan de diversa forma en la fusión, pues operan las reglas aplicables a los contratos traslativos de dominio y de ninguna forma aplica la excepción a que hace referencia el artículo 11 de la LGSM, la distribución del capital social, el valor de las acciones, el número de ellas están previstas en el contrato de fusión.<sup>22</sup>

"Artículo 11.- Salvo pacto en contrario, las aportaciones de bienes se entienden traslativas de dominio. El riesgo de la cosa no será a cargo de la sociedad, sino hasta que se le haga la entrega respectiva."

---

<sup>22</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 702.

Por lo anterior, en el derecho positivo mexicano , el artículo 226 de la LGSM es congruente con las demás reglas de la propia LGSM para la constitución de la nueva sociedad mercantil generada de la fusión siempre que se atempere su aplicación, dado que la ley señala que se aplican los principios, no todas las disposiciones de forma sistemática.

#### **1.4.2 Fusión por incorporación.**

Distinta a la forma anterior, es la fusión por incorporación de las sociedades fusionadas en la fusionante, cuya característica primordial es que no se crea una nueva sociedad sino solamente la sociedad fusionante hace parte de sí misma todo el patrimonio de las sociedades fusionadas.

Las sociedades fusionadas, es decir las que desaparecen llevan el proceso de fusión de acuerdo a sus estatutos y a sus leyes respectivas, debiéndose acordar la fusión y preparar todos los activos para transmitirlos a la fusionante. El efecto de esta fusión es igual al de la fusión por integración, respecto de las fusionadas.

“Las sociedades que desaparecen aportan su capital a la sociedad subsistente; esta aportación puede ser total o parcial; en el primer caso, se entregan todos los bienes a la sociedad absorbente; encargándose ésta de saldar el pasivo; en el segundo, la sociedad absorbida conserva una parte de su activo y



liquida el pasivo por su cuenta, no aportando a la absorbente más que el resto del activo.”<sup>23</sup>

“Por su parte, la sociedad que va a sobrevivir y a incorporar a las demás, deberá acordar la incorporación, así como el aumento de capital y la emisión de nuevas acciones, en su caso, para ser entregadas a los socios que componían los entes desaparecidos.”<sup>24</sup>

Respecto de esto último, cabe aclarar que el activo conservado por las sociedades fusionadas se debe realizar antes de que surta efectos la fusión, dado que de ninguna forma puede conservar activo después de surtir efectos la fusión, porque la naturaleza de la fusión no lo permite. En caso contrario, se producirá una figura diferente con importantes consecuencias fiscales.

### **1.5 FIGURAS AFINES.**

La complejidad de la fusión de sociedades mercantiles, requiere conocer las diversas formas de clasificar a los fenómenos de concentración o unión de las sociedades mercantiles que se han desarrollado en el campo de derecho.

---

<sup>23</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 284.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 285.

Esto es así, porque los efectos que una u otra figura tienen, determinarán la elección y aplicación a un caso concreto de aquella figura que posea mayores ventajas en el campo corporativo y sobre todo fiscal.<sup>25</sup>

Así las cosas, diversos autores han estudiado las diversas figuras de concentración de sociedades, las cuales analizaremos con seguridad, al tener definidas las características de la fusión de sociedades mercantiles.

#### **1.5.1 Clasificación de Oscar Vázquez del Mercado.**

Oscar Vázquez del Mercado distingue las siguientes formas de concentración:

a. Trust. Es un organismo económico financiero que sirve como intermediario entre los inversionistas y mercados financieros.

b. Kartell. La idea de Kartell es la concentración de grupos, sociedades o empresas.

El objeto de Kartell es, en palabras de Vázquez del Mercado, "... regular la concurrencia entre los miembros que los forman e influir y alcanzar en lo posible,

---

<sup>25</sup>RODRÍGUEZ ELIZONDO, Agustín. *Efectos jurídicos derivados de la fusión*. Tesis de titulación de la Escuela Libre de Derecho, México, 2002, p. 22.

una preponderancia del mercado común, en virtud de la regulación homogénea a que se someten.<sup>26</sup>

Se trata de acuerdos entre los empresarios para no sacar al mercado un producto similar, sino en determinadas condiciones de ventas, por ejemplo, de manera tal que no haya una competencia desfavorable para ninguno de ellos, es decir, los acuerdos buscan permitir la concurrencia de ambos para que no cuenten con una ventaja indebida.

c. Consorcio. El consorcio, representa una unión económica y quizás por acuerdos de competencia económica para proveerse mutuamente de bienes y servicios o asistencia mutua (alianzas tecnológicas). La característica de este tipo de uniones es la conservación de la individualidad jurídica y económica de los involucrados.

d. Holding. Son aquellas sociedades que toman el control accionario o de las partes sociales de otra sociedad, o el control del órgano administrativo central o de todos los activos de la sociedad.

Desde el punto de vista del derecho positivo mexicano, este fenómeno ha quedado totalmente deslindado de lo que es la fusión de sociedades, ya que dos áreas han delimitado las características de la Holding a saber:

---

<sup>26</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 268 y 269.

- Conforme a la Ley para regular a las Agrupaciones Financieras, las sociedades controladoras (Holdings) son aquellas constituidas con el objeto de adquirir y administrar las acciones de las diversas sociedades controladas que pertenezcan a un mismo "Grupo Financiero".
- Conforme al artículo 57-A de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, las sociedades controladoras para efectos fiscales son aquellas que cumplen con los siguientes requisitos: i) que sean propietarias de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otro u otras sociedades controladas, inclusive cuando dicha propiedad tenga por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por la misma controladora, ii) Que en ningún caso más del 50% de sus acciones con derecho a voto sea propiedad de otra u otras sociedades incluso residentes en el extranjero, salvo que dichas sociedades extranjeras sean residentes de algún país con el que se tenga acuerdo amplio de intercambio de información.

### **1.5.2 Clasificación de Joaquín Rodríguez y Rodríguez.**

Por otro lado, Rodríguez y Rodríguez hace una clasificación siguiendo un criterio pragmático y se expresa así:

"Por nuestra parte, preferimos aceptar la siguiente clasificación empírica de concentración de empresas que nos servirá de guión para un breve y elemental estudio:

- I. Concentración de las empresas, con dos modalidades: ampliación de la empresa y crecimiento de la misma, la que nos ofrece los problemas relativos a las sucursales o agencias.
- II. Concentración exterior de las empresas, con tres modalidades: a) Con desaparición de alguno o algunos de los titulares jurídicos; b) Sin desaparición de los titulares jurídicos; c) Con creación de un nuevo titular jurídico. En el supuesto (a) nos vamos al caso de fusión de empresas; en el supuesto (b) a las agrupaciones de empresas (Cartel, Trust, Concern) y en el supuesto (d) al problema de la sociedad de sociedades y al problema de las sociedades madres y filiales.<sup>27</sup>

### 1.5.3 Clasificación de Jorge Barrera Graf.

---

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op cit.* p. 516.

La concentración de acciones, activos, capitales o cualquier otro elemento económico, debe ser analizado desde el punto de vista de su objetivo o fin.

Por regla general, la concentración tiene como resultado en primer lugar, la obtención de una posición más ventajosa en el mercado y en segundo término se obtendrá una gama más amplia de posibilidades y estructuras para sobrevivir en el mercado.

El autor en comento señala que: "En términos generales la concentración de empresas (Grupos de Sociedades) comprende la unión de sus titulares (empresarios) tendiente a llevar a cabo una política que sea común y obligatoria para todas ellas, en relación con las actividades económicas que sean propias de dichas empresas."<sup>28</sup>

Dicha concentración se obtiene a través de diversas figuras, entre las cuales se encuentran la Asociación en Participación, la Fusión, la compra de activos, la confirmación de grupos, trusts, kartells, consorcios, holdings, etc. Las más importantes son:

a. Trust.- Se trata de un organismo económico financiero, que sirve como intermediarios entre los inversionistas y el mercado financiero<sup>29</sup>. Existen muchas

---

<sup>28</sup> BARRERA GRAF, Jorge, *Op cit.* p. 721.

<sup>29</sup> *Ibid.* Págs. 268 y 269.

opiniones respecto de su semejanza con la figura del fideicomiso prevista en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

b. Kartell.- Es una figura económica existente en los mercados, merced a la cual se desprende "... regular la concurrencia entre los miembros que los forman e influir y alcanzar en lo posible, una preponderancia en el mercado común, en virtud de la regulación homogénea a la que se someten".<sup>30</sup>

c. La Asociación en Participación.- De acuerdo a las reglas del derecho mexicano, supone un contrato por el cual el Asociante otorga una participación en las ganancias o en las pérdidas de una negociación o acto de comercio a otra persona denominada Asociado, quien aporta bienes a la Asociación en Participación.<sup>31</sup>

No obstante la aparente semejanza de esta figura con la de la fusión, existe una distinción evidente: la personalidad jurídica. En efecto, mientras que en la fusión este atributo se pierde, en la Asociación en Participación perdura.

d. Holdings.- Merced a esta figura, una sociedad cuyo objeto sea el de adquirir acciones o el control administrativo de otras sociedades adquiere la mayoría de las acciones o el control del órgano de administración principal, con el

---

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> En este sentido se pronuncia el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934.

objeto dice Vázquez del Mercado de vigilar el funcionamiento de la o las sociedades a través de su intervención en la asamblea.

## 1.6 ANTECEDENTES.

La figura de la fusión es un invento moderno que la práctica mercantil ha desarrollado desde hace no muchos años. Por esta razón, es que la dogmática jurídica señala: "Nada podemos decir con respecto a la evolución histórica de la fusión en los diversos ordenamientos mercantiles que han regido a nuestro país."<sup>32</sup>

Las legislaciones comparadas no conocen a la figura de la fusión pues el Código Español de 1885 no incluyó disposición alguna respecto a la fusión como causa de disolución de sociedades. La figura de la fusión proviene del Código Italiano de 1882.<sup>33</sup>

En la década del noventa se acentuaron las tendencias que ya se visualizaban al finalizar la década anterior en lo referente a la globalización de los mercados y a sus fuertes influencias sobre la competitividad. Las economías que habían permanecido reguladas y cerradas, con alta protección, comenzaron un ciclo de apertura, al mismo tiempo que se fueron consolidando bloques económicos. Esta realidad puso de manifiesto el papel decisivo de las ventajas

---

<sup>32</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 287.

<sup>33</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 692.



competitivas para la supervivencia y el crecimiento, aunque se comenzó a operar en una nueva dimensión estratégica, la de alianzas y asociaciones múltiples.

Mientras que la competencia a nivel mundial eleva los estándares de calidad, innovación, productividad y valor para el consumidor, el campo de acción de las empresas que operan en forma individual se restringe.

Como forma de enfrentar los cambios en el entorno, muchas organizaciones buscan alternativas que les permitan integrarse y mejorar su competitividad en dichos mercados ampliados. Las fusiones permiten acceder a más recursos de los que puede poseer o adquirir una sola empresa, ampliar considerablemente su capacidad para crear nuevos productos, reducir costos, incorporar nuevas tecnologías, penetrar en otros mercados, desplazar a los competidores y alcanzar la dimensión necesaria para competir en un mercado, bien sea nacional o internacional, entre otras ventajas.

## **CAPÍTULO II**

### **LA FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.**

## 2.1 CONCEPTO DE FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Walter Frisch Philip en su artículo titulado "La Fusión de Sociedades Mercantiles en el ámbito internacional y a la Luz de la Inversión extranjera", dice que: "Entendemos bajo la figura de fusión internacional aquella que se efectúa entre sociedades que no tienen su domicilio en el mismo país y que no fueron constituidas con base en el mismo orden jurídico, así, por ejemplo, entre una sociedad que se considera según el artículo 5 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización como mexicana y otra que de conformidad con la misma citada tiene carácter de extranjera."<sup>34</sup>

La Ley de Nacionalidad y Naturalización ha quedado abrogada, no obstante es válido el concepto de Frisch Philip toda vez que la ley de Nacionalidad vigente en México publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 1998, en vigor a partir del 20 de marzo de 1998, contiene el mismo precepto que la primera Ley mencionada, por lo que son aplicables los comentarios.

Conforme a la definición, la fusión revestirá la cualidad de internacional cuando las sociedades implicadas no estén sujetas a normas constitutivas y domiciliarias del mismo sistema jurídico. Es decir, las normas jurídicas que rigen a cada una de las sociedades fusionadas y a la sociedad que resulte de la fusión

---

<sup>34</sup> FRISH PHILIP, Walter. *Revista de Derecho Notarial*, año XXII, No. 71, México. Junio de 1978. p. 61.

surgen de sistemas jurídicos diferentes e incluso incompatibles lo que puede provocar la imposibilidad jurídica de la fusión internacional.

Ahora bien, cabe cuestionar si ¿Puede surtir efectos una fusión internacional conforme al ordenamiento jurídico mexicano?. Frisch Philip resuelve la cuestión señalando: "Por lo que se refiere al Derecho mexicano, se puede deducir del artículo 223 LSM que las normas contenidas en esta Ley sobre la fusión suponen la participación exclusiva de sociedades mexicanas, dada la referencia contenida en la primera frase de este artículo a "las sociedades que hayan de fusionarse" como obligadas a hacer las publicaciones mencionadas en este artículo y pedir las inscripciones registrales aludidas en el mismo"<sup>35</sup>

Frisch Philip fundamenta su afirmación en las siguientes razones: (i) "En el ámbito de las normas conflictuales sobre el funcionamiento de las sociedades mercantiles predomina la aplicación del estatuto personal de las sociedades, es decir, el derecho vigente en el lugar de su domicilio, con relación al funcionamiento corporativo de las mismas, dado que se tiende así a obtener una base uniforme para la vida corporativa de la sociedad."<sup>36</sup>

"De la aplicación de este principio de la *lex societatis*, generalmente reconocido(...) resulta, que la aplicación de las normas nacionales se limita a las sociedades domiciliadas en el mismo país, con lo cual el aspecto antes comentado

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>36</sup> *Idem.*

de la exclusividad de la aplicación de normas nacionales encuentra así su limitación.<sup>37</sup>

- “La identidad del tipo de sociedades participantes en una fusión fue comentada como requisito en el capítulo anterior, con lo cual se garantiza a los socios que encuentren en “su nueva sociedad” un régimen corporativo igual a aquél que hubo en “su sociedad” extinguida por la fusión.
- Por último, nos referimos a la protección de los socios y acreedores de sociedades participantes en una fusión, por una parte y de los intereses empresariales, por la otra.<sup>38</sup>

Efectivamente, la Ley General de Sociedades Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1934 (LGSM), muestra una laguna en el tema. No obstante, el sistema jurídico mexicano no prohíbe ni formal ni materialmente que se lleve a cabo una fusión internacional de sociedades mercantiles y desde luego la falta de regulación de la LGSM a que hace mención Frisch Philip no es un impedimento, en virtud del principio de libertad contractual que prevalece en el derecho privado, para llevar a cabo la fusión internacional.

---

<sup>37</sup> *Idem*

<sup>38</sup> *Idem*. Pp. 65, 66 y 67.

Así pues las normas del sistema jurídico mexicano imponen medidas de tal fuerza que no se puedan celebrar fusiones internacionales o por el contrario una operación de esta naturaleza es admisible al sistema.

## 2.2 DERECHO COMPARADO.

Boggiano indica que en el Derecho Alemán y Austriaco no se admiten las fusiones de sociedades alemanas y austriacas con extranjeras más por las medidas de control que por una prohibición expresa.<sup>39</sup>

Frisch Philip fundamenta que en los derechos alemán y austriaco, no es válida una fusión internacional en México, exponiendo que: "En el comentario de Baubach Hueck a la Ley Alemana sobre Sociedades por Acciones (13ª. Edición Muenchen, 1968, página 1024) se dice al respecto: "Solamente sociedades alemanas están sometidas a las normas legales sobre la fusión; el legislador alemán no puede obligar por medio de tales normas a sociedades extranjeras". Continúa señalando que al mediar la frontera nacional alemana el efecto económico de las fusiones solamente puede ser obtenido en forma de sucesión singular que no conduce a la liquidación de la o las sociedades transmitentes."<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> BOGGIANO Antonio. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial, Tercera Edición, Tomo II, Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991. p. 107.

<sup>40</sup> FRISCH PHILIP, Walter. *Op. cit.* p. 63.

No obstante, durante 1998 en la sociedad alemana Daimier Benz AG se fusionó con la sociedad Chrysler Corporation, por lo que este comentario, tiene vigencia.

En cuanto al derecho español Miaja de la Muela comenta: "Por otra parte, y en relación con los problemas que plantea la fusión de sociedades, el nuevo título preliminar sostiene una regla (art. 9, 11 in fine) según la cual en la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes nacionales."<sup>41</sup>

En el marco de la Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea), se ha desarrollado intensamente el fenómeno de las fusiones internacionales, en concreto, "Las empresas británicas han realizado adquisiciones tanto en Europa continental como en los Estados Unidos. También, cada vez más, han sido los objetivos de los adquirentes del extranjero. El número de las adquisiciones europeas realizadas por compañías inglesas de 1993 fue de 196, y ascendieron a 5.94 miles de millones de dólares."<sup>42</sup>

En el derecho norteamericano la fusión internacional de sociedades está regulada de una forma importante por disposiciones de las Leyes Comerciales de los Estados de la Unión, siendo paradójico este hecho si se considera que el

---

<sup>41</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial, Décima Edición, Tomo II. Edit. Atlas, España, 1987, p. 561.

<sup>42</sup> P. S. Sudarsanam. *La Esencia de las Fusiones y las Adquisiciones*. Prentice Hall, México, 1996 p.p. 8 y 9.

Derecho Norteamericano sigue el sistema del common law y no de regulación amplia en códigos o leyes escritas.

La doctrina norteamericana señala que la fusión de sociedades (corporations), se puede llevar a cabo cumpliendo los siguientes requisitos:

- Si la fusión es permitida por la Ley del Estado o País bajo la cual la sociedad está constituida y cada sociedad cumple con dicha ley al surtir efectos la fusión.
- Si la sociedad extranjera es la fusionante, debe cumplir con el siguiente procedimiento:

1. El acuerdo de fusión debe ser aprobado por el órgano social competente, ya sea la Asamblea de Accionistas o Socios o el Consejo de Administración;

2. Aprobados los acuerdos de fusión, la fusionante no obstante que sea extranjera, debe entregar para su registro al Secretario de Estado, los acuerdos de fusión que deberán incluir:

- el plan de fusión,
- una declaración de que no se requiere el consentimiento de las accionistas para la fusión o,



- si se requiere la aprobación de los accionistas o socios, el número de acciones que pueden votar y las que votaron en la decisión.

3. La fusión surtirá efecto al momento de registro de los acuerdos de fusión.<sup>43</sup>

También se admite la fusión internacional de sociedades conforme a la sección 252 de la Ley General de Sociedades del Estado de Delaware.<sup>44</sup>

Desde luego, la anterior regulación debe resistir el análisis de la extraterritorialidad.

## 2.3 LA FUSIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

Pareciera que la fusión internacional no tiene cabida en el orden jurídico mexicano.

Tomemos como punto de partida dos casos hipotéticos:

---

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ ELIZONDO, Agustín. *Op. cit.* p. 24. citando a Edward S. Adams y John H. Matheson. *Corporations and other Business Associations, Statutes Rules and Forms*. West Group, U.S.A. 1998, p.p. 136 y 137.

<sup>44</sup> *Idem.*

- una sociedad constituida en lo términos de la Ley de Nacionalidad (constituida de conformidad con las leyes mexicanas y con su domicilio convencional en México) (“SOCIEDAD MEXICANA”), que pretenda fusionarse con una sociedad constituida sin cumplir con los requisitos de dicha ley (“SOCIEDAD EXTRANJERA”), subsistiendo la SOCIEDAD MEXICANA como la fusionante y la SOCIEDAD EXTRANJERA como fusionada (CASO 1); y
- considerando los mismos sujetos pero la SOCIEDAD EXTRANJERA será la fusionante (CASO 2).

La fusión de sociedades mercantiles es un acto de comercio, el cual se rige por normas del sistema jurídico al cual pertenecen las sociedades involucradas en la fusión y en la mayoría de los casos una ley especial como lo es la mercantil o comercial. Esto es, en caso de la fusión entre sociedades que se rigen por el derecho norteamericano, la ley norteamericana aplicable a dichas sociedades regirá la fusión o en el caso de una fusión entre dos sociedades anónimas mexicanas la LGSM regulará la operación a consecuencia del ámbito de validez de las leyes. Sin embargo, los casos que se analizan rebasan a los sistemas jurídicos “nacionales” porque hay un elemento inmerso en la relación jurídica que no se puede adecuar a la aplicación de un solo sistema jurídico. La SOCIEDAD EXTRANJERA se rige por su ley, la protección a sus acreedores la previene una ley distinta a la LGSM, por lo que el elemento extraño al sistema jurídico mexicano

será la Sociedad Extranjera. Adicionalmente, su vinculación con el sistema jurídico mexicano impone obligaciones diversas a la sociedad mexicana.

El elemento de internacionalidad, repercute con tal fuerza en la relación jurídica que puede provocar el choque de dos sistemas jurídicos que pretenden ser aplicados. En efecto, tanto a la SOCIEDAD MEXICANA como a la SOCIEDAD EXTRANJERA las rigen sus propios ordenamientos jurídicos. Por esta razón, el análisis emprendido no puede quedar inmerso en la perspectiva mercantil estatal de la fusión, lo contrario haría que para un ordenamiento jurídico la fusión internacional fuera eficaz mientras que para el otro no.

Por la razón anterior, acudimos al Derecho Internacional Privado, que ha desarrollado a lo largo de su historia diversos métodos para solucionar los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

Los métodos más desarrollados para este objetivo, son el Sistema Conflictual Tradicional, los Conflictos de Competencia Judicial, la Lex Mercatoria, las Normas Materiales y las Normas de Aplicación Inmediata, los cuales estudiaremos más adelante.

El análisis que se propone en este estudio, comprende la solución de conflictos bajo el sistema conflictual tradicional, dado que en nuestro sistema no hay normas materiales o de aplicación inmediata que puedan aplicarse a la fusión internacional.

### 2.3.1 Designación de la norma conflictual aplicable.

Desde el punto de vista del Derecho Mexicano, el CASO 1 puede ser regulado por la ley que rige a la sociedad fusionante o la ley de la sociedad fusionada y para regular el CASO 2 existe igual problemática.

La problemática es diferente si de la fusión surge una nueva sociedad, pues con acierto se aplica el artículo 226 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

- En el CASO 1,- El Código de Comercio previene para la SOCIEDAD MEXICANA lo siguiente:

“Artículo 1.- Los actos de comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables.”

Hemos dicho que la fusión es un acto comercial, regido por lo señalado en el Código de Comercio, sin embargo, sujetar a la SOCIEDAD EXTRANJERA el procedimiento de fusión de la LGSM, implica una posición territorialista que hoy no rige en nuestro sistema jurídico.

Adicionalmente, si consideramos a la SOCIEDAD EXTRANJERA como una sociedad constituida conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, dicho ordenamiento estipula que se puede llevar a cabo de una fusión internacional cumpliendo con los requisitos mencionados anteriormente

y sin sujeción a normas estrictas como las de la LGSM. No obstante, una fusión internacional en la que participe la SOCIEDAD MEXICANA, y para la que se designe solamente la ley de la SOCIEDAD EXTRANJERA, no sufrirá efectos conforme al artículo 1 del Código de Comercio y al procedimiento de la LGSM o si se aplican estos últimos no habrá consecuencia jurídica en el ordenamiento del Estado de Delaware o podría ser totalmente violatoria de los derechos sus acreedores.

Por lo anterior, en la fusión internacional puede generarse un conflicto respecto de las leyes aplicables al proceso de fusión, pues ante un proceso jurisdiccional en México, podría considerarse nula e imputar responsabilidad a la SOCIEDAD MEXICANA o a la SOCIEDAD EXTRANJERA que probablemente ya no existan jurídicamente, o a sus miembros, por daños a los acreedores al disminuir sus garantías.

- En el CASO 2, la ley aplicable puede ser la de la SOCIEDAD EXTRANJERA, sin embargo, es incongruente someter la celebración de las asambleas de accionistas o cualquier requisito necesario para celebrar la fusión internacional por parte de la SOCIEDAD MEXICANA a la ley de la SOCIEDAD EXTRANJERA, puesta que pueden ser actos no considerados dentro del objeto social de la SOCIEDAD MEXICANA, que traen como consecuencia su calificación de ultra vires y por lo tanto nulos. Este

supuesto se puede actualizar en una controversia sometida a la jurisdicción de los tribunales mexicanos.<sup>45</sup>

El método del Derecho Internacional Privado, obliga a un tribunal ante el cual se presente una demanda, pretendiendo la nulidad de la fusión internacional referida en el CASO 1 o en el CASO 2, a ubicar dentro de su propio sistema jurídico la norma conflictual aplicable para buscar el derecho sustantivo que regule la fusión internacional. A nosotros, nos obliga el mismo procedimiento para evitar la nulidad de la fusión internacional.

#### 2.3.1.1 Legislación Mexicana Aplicable.

Conforme al ordenamiento jurídico mexicano, la búsqueda de la norma conflictual debe distinguir dos etapas:

- Con anterioridad al 7 de enero de 1988 y,
- con posterioridad a la entrada en vigor de las reformas al Código Civil.

Durante el periodo anterior a las reformas, el excesivo territorialismo hacía la celebración de una fusión internacional, incongruente con los sistemas jurídicos

---

<sup>45</sup> VILLEGAS BALMORI Mari Rouss. *Naturaleza Jurídica de las Sociedades Escindidas*. Tesis de titulación de la Escuela Libre de Derecho, México, 2002, p. 42 y 43.

aplicables, salvo lo dispuesto por el derecho convencional mexicano, pues el artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal, textualmente establecía:

“artículo 12.- Las Leyes Mexicanas, Incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes.”<sup>46</sup>

Es este tema, es importante el aporte de Víctor Carlos Moreno, sobre el texto anterior a las reformas: “La doctrina mexicana estaba consciente de que el mayor obstáculo para una modernización del derecho internacional privado nacional lo constituía precisamente el territorialismo “a ultranza” inscrito en dicho precepto.”<sup>47</sup> Así, el campo de actuación de las sociedades mercantiles extranjeras en México era muy estrecho y en este contexto deben considerarse los comentarios de Walter Frisch Philip, respecto de la imposibilidad de una fusión internacional.<sup>48</sup>

A partir de las reformas, se modificó el sistema conflictual interno, para dar acceso a la aplicación de derecho extranjero incluso en operaciones mercantiles.

Con esto, el juez mexicano ya contó con una serie de reglas de conflicto para hacer frente a los problemas del tráfico internacional.

---

<sup>46</sup> ARELLANO GARCÍA Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Edit. Porrúa. México. 1974. p. 586.

<sup>47</sup> GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. *Derecho Conflictual*. UNAM. México. 1991, p. 25.

<sup>48</sup> FRISH PHILIP, Walter. *Op. cit.* p. 61.

Conforme a las disposiciones señaladas, el sistema conflictual en materia de sociedades mercantiles se modificó, dado que el actual artículo 12 del C. C. Señala:

“Artículo 12.- Las Leyes mexicanas rigen a todas las persona que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando estas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.”

Víctor Carlos García Moreno opina sobre este artículo después de las reformas:

“En la primera parte del precepto, se observa que se sigue conservando el territorialismo, puesto que las leyes mexicanas son las que rigen en la República, pero también se abre la posibilidad de aplicar el derecho extranjero cuando las mismas leyes nacionales así lo prevean y cuando así lo dispongan los tratados internacionales firmados y ratificados por México.”<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. *Op. cit.* p. 25.



El juez mexicano o extranjero ante quienes se plantee una controversia sobre los casos propuestos o el abogado, respectivamente, podrán buscar la regla de conflicto aplicable a la fusión internacional, en las leyes mexicanas o en los tratados internacionales o en las leyes extranjeras cuando la norma conflictual aplicable mexicana así lo remita.

Con las reformas, se permitió la aplicación de derecho extranjero y el reconocimiento de las normas aplicables a la vida corporativa de la SOCIEDAD EXTRANJERA que cumplan con los requisitos del artículo 2436 del propio C. C.

Asimismo, con esta regulación, el juez extranjero y el mexicano encuentran la norma conflictual aplicable a la vida corporativa de las personas morales extranjeras, pues el propio artículo 2436 del C. C. Dispone desde las reformas:

“Artículo 2436.- La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.”

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona por motivo de los actos en cuestión.”

Sin embargo, existe un nuevo problema para el juez extranjero ante quien se presente una controversia sobre la validez de la fusión internacional en caso de aplicación de derecho mexicano, no obstante las reformas esto es el artículo 2736 del C. C. pertenece a una ley emitida en uso de facultades del orden estatal y la materia de fusión es mercantil de orden federal conforme al artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se puede aplicar la norma mencionada, por lo que se aplican leyes federales como la LGSM. Por esta razón un juez ante quien se plantease una controversia en esta materia, no podrá aplicar dicho artículo.

La discusión anterior está superada hoy a través del argumento siguiente:

“La inclusión de las sociedades mercantiles pertenecientes a la competencia legislativa federal, Art. 90 de la Constitución Federal, en el ordenamiento civil, correspondiente a la competencia legislativa local (art. 124 Constitución Federal), se justifica por lo dispuesto en el Art.1 del Código Civil, según el cual “las disposiciones de este Código regirán

en toda la República en asuntos del orden federal", es decir, en la medida en que este ordenamiento contenga disposiciones atribuidas por la Constitución Federal a la competencia legislativa federal, como las mercantiles, se considerarán y aplicarán tales disposiciones como federales en toda la República."<sup>50</sup>

Adicionalmente a lo anterior, la aplicación del artículo 2736 del C. C. puede sostenerse dado que el juzgador al conocer los supuestos del CASO 1 y del CASO 2 buscará una norma conflictual en la ley especial LGSM. Si no encuentra norma aplicable, buscará en las reglas de aplicación supletoria que son el Código de Comercio y el Código Civil por virtud del artículo 2 del Código de Comercio, que señala:

"Artículo 2.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y de las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicables en materia federal."

Así, el Juez en su búsqueda de norma conflictual aplicable arriba al C. C.

En este, surge el problema de qué normas aplicar; las normas conflictuales previstas en el capítulo de Disposiciones Preliminares del C. C. o la norma del Art.

---

<sup>50</sup> FRISH PHILIP, Walter. *Op. cit.* p. 85.

2736, del capítulo de Libro Cuarto, Segunda Parte, Título undécimo, Capítulo sexto.

Nos inclinamos por esta última solución, pues consideramos que las reglas de interpretación jurídicas son aplicables y en concreto aquella conforme a la cual se debe aplicar la norma especial y no la general, aunado esto a que la fusión internacional es un acto previsto por el artículo 2736 que regula a las personas morales que son del género de las sociedades mercantiles o comerciales.

### **2.3.1.2 Tratados Internacionales.**

Formando parte del Derecho Internacional Privado Mexicano, los Convenios Internacionales son normas vigentes, que en sus ámbitos temporal, espacial, personal y material regulan diversas materias como el conflicto de leyes.

Los Convenios y Tratados Internacionales generados de conformidad con la Constitución tienen la misma validez jurídica que las leyes dentro del ámbito personal de validez del propio Tratado o Convenio Internacional. En nuestro sistema jurídico, la determinación del derecho aplicable a un acto o hecho jurídico encontraba regulación en el Derecho Convencional Mexicano, con la cuestión referente a determinar qué se debe aplicar, si la ley federal o el tratado internacional que regulan el mismo supuesto. En el caso concreto la confusión estaba entre aplicar el antiguo artículo 12 del C. C. o el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles,

firmada el 8 de mayo de 1979 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1983, que señala:

"Artículo 2.- La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la Ley del lugar de su constitución.

Por "ley del lugar de su constitución" se entiende la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y todo requisitos para la creación de dichas personas".

También, la solución de la Convención de 1979, fue recogida en el texto de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado, en las que forman parte Perú, Uruguay y México.

"Artículo 2 .- La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de personas jurídicas de carácter privado se rigen por la Ley del Lugar de su constitución.

Por "ley del lugar de su constitución" se entiende la del Estado Parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas."

Además, es conveniente subrayar la inconsistencia de las convenciones ya que la Convención sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles no se refiere a la fusión, en tanto que la convención sobre Personalidad si se refiere al tema.

Así, el Derecho Convencional Mexicano con sus limitantes, consideró una solución para determinar la existencia, capacidad, funcionamiento, así como lo relativo a la fusión de la SOCIEDAD EXTRANJERA como parte en una fusión internacional.

En el ordenamiento jurídico mexicano encontró cabida la normatividad convencional de conformidad con lo previsto por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala:

“Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en el contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Diversas son las teorías que existen sobre la aplicación de los Tratados y Convenios Internacionales, así como la aplicación del artículo 133 constitucional.

Considero prudente traer el criterio del órgano encargado de interpretar la Constitución sobre éste tópico:

"Octava Época

Instancia: Pleno

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 60, Diciembre de 1992

Tesis: P. C/92

Página: 27

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diecisiete de noviembre en curso, por unanimidad de dieciocho votos de los señores ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, José, Trinidad Lanz Cárdenas, Miguel Montes García, Noé Castañón León, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Guitrón, Juan Díaz Romero y Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó, con el número C/92, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas y José, Antonio Llanos Duarte. México, Distrito Federal, a dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Nota: Esta tesis ha sido abandonada con base en el criterio sustentado por el propio Tribunal Pleno al resolver, el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, sosteniendo en dicho asunto que los



tratados internacionales están en una jerarquía superior, sobre el derecho federal y el local, salvo que la Constitución General de la República señale algún caso especial. Al respecto, consúltese la tesis P. LXXVII/99, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, página 46, bajo el rubro "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCION FEDERAL".

De conformidad con la tesis señalada los Tratados Internacionales tienen la misma jerarquía que las leyes dentro del sistema jurídico mexicano, por lo que no podrían ser aplicables preferentemente a las leyes federales en razón de que su jerarquía es la misma, por lo que se aplicaban los tratados con base en los criterios de interpretación como *lex specialis*.

Ahora bien, la situación antes de las reformas era irregular y poco uniforme, ya que para las fusiones celebradas entre sociedades de distintos sistemas jurídicos no resultaba viable la aplicación de las convenciones si no estaban dentro de los supuestos de validez personal de los convenios internacionales.

Esto, sin menoscabo de lo dispuesto por las leyes mexicanas que con un excesivo territorialismo impedían la aplicación de las convenciones.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que en el último trimestre de 1999 la Suprema Corte de Justicia de la Nación cambió el criterio para interpretar el artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, considerando una nueva jerarquía en el sistema jurídico mexicano, como sigue:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Noviembre de 1999

Tesis: P. LXXVII/99

Página: 46

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA Constitución FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución

es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que ser ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros

efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis

jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".

Conforme a lo anterior, se deberán aplicar los tratados internacionales en lugar de las leyes federales. Porque el contenido de los tratados, beneficia la fusión internacional pues la regula expresamente para personas jurídicas.

### **2.3.2 Proceso de Calificación de la Norma Conflictual.**

La norma conflictual tiene dos partes: la primera.- los supuestos a los que se aplica, uno subjetivo (personas morales extranjeras) y los otros objetivos (la existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, transformación, disolución, fusión y liquidación) que se deben calificar y la segunda.- la consecuencia conflictual: el derecho aplicable a tales situaciones, será el del lugar de constitución de las personas morales extranjeras.

En el artículo 2736 del C. C., contamos con la norma de conflicto aplicable y la justificación para hacerlo en el orden jurídico mexicano, por lo que seguimos con el procedimiento para aplicarla.

Lo primero, es conocer a qué sociedades se aplican las normas de la fusión, después hay que desentrañar a qué nos referimos al hablar de fusión internacional y por último, revisar el punto de contacto “derecho de su constitución”, para verificar que normas se aplican a la fusión internacional de sociedades mercantiles.

#### 2.3.2.1 Conceptos de Calificación.

Calificar dice Bartin es: “... precisar la naturaleza jurídica de una institución.”<sup>51</sup>

“Quentin Alfonsín establece: El problema de la calificación de una relación jurídica extranacional se reduce a ubicar la relación en una categoría de las que ofrece el cuadro de normas aplicable, o si se prefiere, a determinar con precisión la extensión de las categorías del sistema de normas aplicables.”<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Citado por ARELLANO GARCÍA, Carlos en *Derecho Internacional Privado*. México, Edit. Porrúa, 1974, p. 630.

<sup>52</sup> *Idem*.

La importancia de la calificación la subraya Arellano García diciendo: "La calificación constituye un aspecto insoslayable de los conflictos de leyes. Ante la vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado pretendido regir una situación concreta en una figura determinada, para posteriormente determinar cual es la norma jurídica aplicable."<sup>53</sup>

Los anteriores conceptos, surgen por la necesidad de establecer los contenidos de las palabras que las normas de conflicto utilizan, porque se remite a un sistema jurídico diverso del que parte la norma conflictual.<sup>54</sup>

### 2.3.2.2 Clasificación Lex Fori.

Los criterios de calificación son varios, Batín señala que "es competente para calificar la Lex Fori, considerando:

- que el tribunal aplica las leyes conflictuales de su país, por lo tanto, debe aplicar sus calificaciones nacionales;
- si no se consulta a la lex fori se produce un círculo vicioso, pues para determinar la norma de solución es preciso determinar a que se refiere ese conflicto de leyes; y

---

<sup>53</sup> *Ibid.* p. 632.

<sup>54</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. 10ª. Edición. Tomo II. Edit. Atlas. España, 1987. p. 354 y sigs.

- Miaja de la Muela, sostiene que psicológicamente el juez siempre aplica sus conceptos, por lo que no se puede exigir que en los casos de conflictos de leyes aplique otros.<sup>55</sup>

Respecto de la fusión internacional, los conceptos de algunos sistemas jurídicos como el del Estado Norteamericano de Delaware, asumen el mismo contenido y la misma finalidad que la fusión en nuestro orden jurídico. La inclusión de otros sistemas jurídicos, complica esta calificación, por ejemplo, la doctrina española establece una fusión denominada "impropia", con consecuencias diversas que el sistema mexicano y americano citado, como es que la sociedad fusionada subsista, recibiendo las acciones que emite la sociedad fusionante para conservarlas en su patrimonio<sup>56</sup>.

Así, se plantea una divergencia de conceptos, que calificando *lex fori*, hacen inadmisibles la fusión internacional para otros sistemas jurídicos, ocasionando la existencia de inseguridad jurídica en las relaciones internacionales.

### **2.3.2.3 Calificación Lex Causae.**

En otros autores<sup>57</sup>, "... se hace notar lo contradictorio que resulta que se considere competente la ley extranjera para resolver el conflicto de leyes.

---

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 633.

<sup>56</sup> BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Décima Edición, Tecnos. Madrid, 1994, p. 344.

<sup>57</sup> *Idem.*



Sin embargo, los conceptos jurídicos de la ley extranjera se interpreten conforme al sistema vigente en el país del foro.<sup>58</sup>

La propuesta de estos últimos, es calificar conforme a la ley extranjera (*lex causae*). El problema de esta aplicación al CASO 1 y CASO 2, es que puede presentarse una violación a un principio del derecho, como es la protección a acreedores, pues si derivado de la calificación *lex causae* resulta eficaz y válida la fusión internacional con la aplicación únicamente de los conceptos de las leyes de la SOCIEDAD EXTRANJERA menos exigentes que la LGSM por ejemplo, se pueden generar daños a los acreedores, quienes en ejercicio de sus derechos pueden obtener la nulidad de la fusión internacional u oponerse a ésta.

La objeción adicional a la calificación *lex causae*, es que "... no es posible calificar por la ley competente porque no se sabe cuál es la ley competente si previamente no se ha hecho la calificación."<sup>59</sup>

#### **2.3.2.4 Teoría de Rabel.**

"Una posición radicalmente opuesta es la de Rabel, para quién en la labor calificativa es preciso inspirarse en los resultados del Derecho Comparado, que han revelado que, a pesar de grandes diversidades, las instituciones de los países

---

<sup>58</sup> *Ibid.* p. 634 y 635.

<sup>59</sup> *Idem.*

civilizados se parecen bastante para permitir crear nociones más abstractas, válidas para todos los derechos nacionales.”<sup>60</sup>

Arellano García critica esta posición señalando: “El sistema de abstracción de Rabel y Federico de Castro adolece, nuestro concepto, de suficiente realismo.

No se puede obtener un concepto de comerciante, derivado de un trabajo ius comparativista, o de una abstracción producto de un proceso mental, si se parte de una realidad innegable. El concepto de comerciante es distinto de una a otra legislación.”<sup>61</sup>

#### **2.3.2.5 Teoría de Lea Meriggi.**

Después del camino de Rabel, Lea Meriggi señaló un catálogo de normas o criterios para efectuar las calificaciones diciendo: “Tenemos por consiguiente, dos vastas categorías de calificaciones tipos: la calificación personal, que define el fenómeno como perteneciente al estatuto personal del individuo, y la calificación territorial, que define el fenómeno como perteneciente al territorio donde se verifica, ya materialmente, ya en forma de cuestión jurídica.”<sup>62</sup> La fusión internacional está dentro del primer criterio.

#### **2.3.2.6 Principales Criterios de Calificación.**

---

<sup>60</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Op. cit.* Tomo I. p. 359.

<sup>61</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Op. cit.* p. 636.

<sup>62</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Op. cit.* Tomo I. p. 361 y 362.

Según las posiciones mencionadas, los principales criterios de calificación son:

- *Locus Regit Actum*. "Principio Jurídico según el cual es derecho aplicable a la forma de los actos el derecho del lugar donde éstos se realizan."<sup>63</sup>

Calificando a la fusión internacional como una cuestión de forma, nos encontramos con la problemática de que hacer para que la enajenación total del patrimonio y la consecuente extinción de la SOCIEDAD EXTRANJERA produzca el efecto de una fusión; ya que la expresión de la voluntad de las sociedades involucradas en la misma, no requieren solamente una manera de manifestarse, diversa a un contrato, una Asamblea de Accionistas o Sesión de Consejo de Administración, pues el problema radica en saber si la ley de la SOCIEDAD MEXICANA o de la SOCIEDAD EXTRANJERA permite que surtan efectos jurídicos en su orden normativo interno.

Suponiendo que la SOCIEDAD EXTRANJERA se sujete a las leyes del Estados Norteamericano de Delaware, para llevar a cabo una fusión de sociedades mercantiles es necesaria la autorización de las leyes que rigen a las sociedades que intervienen en la fusión, sin hacer mención a una cuestión formal, por lo que no aplica el principio *locus regit actum*.

---

<sup>63</sup> GARCÍA MORENO Víctor Carlos. *Op. cit.* p. 11.

En otro sentido, cabe señalar que la LGSM previene que la decisión sobre la fusión doméstica debe ser adoptada por una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, la cual conforme a la propia LGSM no es una simple cuestión de forma sino representa una competencia diferente a la toma de decisiones de la vida social.

- Lex Fori.- Ley Nacional del Juez ante el cual se plantea el conflicto de leyes.

La calificación en este sentido, podría provocar la colisión de los conceptos jurídicos de la Ley aplicable a la SOCIEDAD EXTRANJERA, con los del orden jurídico mexicano y que fuera de tal grado inadmisibles para éste último, por lo que no se podría llevar a cabo la fusión, como lo mencionamos con el derecho español. Así lo entiende Frisch Philip, cuando señala que "uno de los motivos que se oponen a la fusión es la protección de las leyes aplicables a favor de los accionistas o socios".<sup>64</sup>

Adicionalmente, la fusión internacional es una figura jurídica que no es aplicable en el caso de una institución desconocida por el sistema jurídico que la recibe.<sup>65</sup> En el caso del sistema jurídico mexicano, la fusión internacional parece que no se encuentra regulada, salvo lo previsto en los tratados internacionales.

---

<sup>64</sup> FRISCH PHILIP Walter. *La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades Mercantiles*, en Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina. Edit. Porrúa. México. 1984. p. 259.

<sup>65</sup> PÉREZ NIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. Sexta Edición, Edit. Harla, México. 1997. p. 140.

No obstante, la limitación al ámbito personal de validez de los Tratados Internacionales respecto de los países que no son parte, vuelve inadmisibles este criterio, que sin embargo se puede aplicar basado en que ante el juez, aplica el derecho del foro en caso de controversia y desconociendo las reglas de conflicto.

- *Ley loci executionis*. El Derecho aplicable es el del lugar de celebración de los actos.

El lugar de celebración de los actos, tiene la problemática de que los actos encaminados a celebrar la fusión, no se llevan a cabo en un solo lugar, ya que se parte de la idea que las sociedades tienen su domicilio en diferente territorio, por lo que no se puede aplicar de forma unitaria este criterio. Sin embargo, es un criterio aunque poco usado por las dificultades que la tecnología le impone, tradicionalmente utilizado incluso en nuestro sistema conflictual y como veremos más adelante aplicable parcialmente a nuestro concepto de contrato de fusión internacional.

- *Lex Rei Sitae*: Se aplica la Ley del Lugar de ubicación de los bienes muebles e inmuebles.

La aplicación de este criterio de calificación, es ineludible, pero debe ser aplicado en forma separada a cada bien y respecto de los derechos reales generados sobre los bienes. Aplicarlo a la vida corporativa de la sociedad, para

determinar la validez de los actos corporativos, produce e implica desmembrar excesivamente el derecho aplicable a una sociedad con varios puntos de contacto.

Por otro lado, en México solamente se aplica la regla a la constitución, régimen y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles.

- **Lex Societatis.** La fusión internacional de sociedades por acciones, es en el fondo un problema de capacidad, atento a que, el principal inconveniente es si un orden jurídico otorga a las sociedades involucradas la posibilidad de celebrar los actos jurídicos correspondientes.

La doctrina considera como criterio para definir el derecho aplicable a las fusiones internacionales, el de la *lex societatis*, es decir, la ley del lugar de constitución de la sociedad.

Esta afirmación es congruente con la definición de Frisch Philip y que adoptamos como concepto de la fusión internacional."En el ámbito de las normas conflictuales sobre el funcionamiento de sociedades mercantiles predomina la aplicación del estatuto personal de las sociedades, es decir, el derecho vigente en el lugar de su domicilio, con relación al funcionamiento corporativo de las mismas, dado que se tiende así a obtener una base uniforme para la vida corporativa de la

sociedad. El estatuto personal de la sociedad (lex societatis) es el ancla que asegura el funcionamiento corporativo uniforme...<sup>66</sup>

Esta lex Societatis, debe regir íntegramente a la fusión internacional, aplicando acumulativamente la ley de cada sociedad, también debe regir a la constitución y forma societaria.

En este sentido, también opina Boggiano: "Bien se advierte que la fusión implica una alteración de la personalidad societaria, aun tratándose de una sociedad absorbente, por las consecuencias que se derivan para ella por la incorporación de la absorbida disuelta. De allí que sea apropiado someter la fusión a las respectivas leyes societatis de las fusionadas. Hay que tener en cuenta , en principio, acumulativamente, las leyes societatis en cuestión."<sup>67</sup>

Respecto de la constitución de sociedades con vínculos internacionales, Boggiano dice: "hay que atenerse al concepto de constitución societaria en vigor en el lugar en que ella se proyecta o se ha cumplido. Esto significa, que el derecho que reglamenta es el que define (lex Causae)."<sup>68</sup>

La misma lex societatis debe definir la forma que adopta la sociedad, ya que es consecuencia de su contribución.

---

<sup>66</sup> FRISCH PHILIP, Walter. *Op. cit. supra* 33, p. 65.

<sup>67</sup> BOGGIANO Antonio. *Sociedades y Grupos Multinacionales*. Tercera Edición, Tomo II, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 105.

<sup>68</sup> *Ibid.* p.11.

En el derecho argentino, hay una norma conflictual que señala la aplicación del lugar de constitución como norma aplicable para determinar la existencia y forma de las sociedades constituidas en el extranjero.<sup>69</sup>

En nuestro caso, la ley aplicable para calificar el concepto constitución de la SOCIEDAD EXTRANJERA que interviene en la fusión, será la ley del lugar de constitución de ésta, entendiéndose por tal, la ley del lugar donde se cumplieron los requisitos de forma y fondo para darle existencia jurídica a la SOCIEDAD EXTRANJERA, que nosotros por facilidad hemos llamado *lex Societatis*.

#### **2.3.2.7 Calificación conforme a Derecho Positivo Mexicano.**

El CASO 1 y en el CASO 2, la calificación en el sistema jurídico mexicano se puede hacer sobre los conceptos de sociedades mercantiles, ley de la constitución de la sociedad y fusión internacional. Las normas para esto son:

- 1.- Por los tratados internacionales de los que México es parte;
- 2.- Por las normas internas; Código de Comercio o Código Civil.

---

<sup>69</sup> *Idem.* p. 10 y 11.



### 2.3.2.7.1 Por los tratados Internacionales.

La aplicación de los tratados Internacionales en nuestro sistema jurídico al CASOS 1 y al CASO 2, se les puede aplicar tanto una ley federal como un tratado internacional. También se menciona la forma de aplicar o desaplicar cada norma<sup>70</sup>. Ahora, únicamente veremos si aplicando las normas de los tratados internacionales mencionados, cabe alguna calificación especial de la fusión internacional.

Como señalamos, el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, señala:

"Artículo 2.- La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de la sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Por "ley del lugar de su constitución" se entiende la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas."

---

<sup>70</sup> *Supra*, p. 46.

También, la solución anterior fue recogida en el texto de la Convención Internacional sobre Personalidad y Capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

"Artículo 2.- La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión personas jurídicas de carácter privado se rigen por la Ley del Lugar de su constitución.

Por "ley del lugar de su constitución" se entiende la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas."

Al respecto, transcribimos íntegra la opinión de Frisch Philip, refiriéndose a la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades Mercantiles, para entenderla en su integridad:

"La calificación del concepto "sociedades mercantiles" debería hacerse según reglas generales con base en la *lex fori*. Esto podría conducir según la *lex fori* a que fuere en uno u otro caso, una definición no identificada en su contenido en cuanto a dicho concepto, así por ejemplo respecto a sociedades corporativas. Discrepancias que resulten de esta relación, no sería convenientes y hubieran sido evitables a través de una definición más substanciada del concepto comentado en la Convención."

“Se plantea la cuestión de si la interpretación de la Convención deberá apartarse de las “reglas generales” antes aludidas habitualmente aplicadas para la determinación de la base para la calificación y deberá servirse en lugar de las mismas preferentemente del artículo 1° de la Convención según el cual esta se aplicara a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los “Estados Partes”, de lo cual se puede deducir que la calificación del concepto “sociedades mercantiles” se efectuará con base en el estatuto personal de la sociedad a estudio, es decir, según el Derecho vigente en el lugar de su constitución (artículo 2 de la Convención). Me inclino por éste último modo de interpretación dada su mejor adaptación al espíritu y la meta de la Convención. ...”

“Sin embargo, en el caso de la interpretación preferida por mi y basada en el estatuto personal como fundamento de calificación, no se originan dificultades prácticas, dada la aplicación del propio Derecho nacional con base en el cual se haya constituido una sociedad extranjera, es decir, se tiene únicamente la tarea de constatar que aquélla es considerada en su propio Derecho como sujeto mercantil, mientras que por la otra parte, si se aplica la calificación por medio de la Lex fori se deberá evaluar si un sociedad organizada según el derecho extranjero es comparable o equivalente con los tipos societarios mercantiles del propio Derecho, como a través de la existencia de capital social, de responsabilidad de los socios, de obligaciones de su sociedad,

organización de la misma, todo esto que ya no es tan prefijado en su premisa como si es en el caso de la primera.”<sup>71</sup>

Nosotros coincidimos con dicha interpretación y adicionamos, que es factible, bajo el mismo criterio, aplicar la calificación a la fusión internacional, con lo cual, dicha calificación se debe efectuar de acuerdo a *lex Societatis* acumulativamente, respecto de cada sociedad involucrada en la fusión internacional.

#### **2.3.2.7.2 Normas Internas.**

La reglamentación conflictual de las sociedades mercantiles pertenecientes a la competencia legislativa federal, artículo 90 de la Constitución Federal, se puede incluir en:

- el ordenamiento civil, correspondiente a la competencia legislativa local (art. 124 Constitución Federal), y que esto se justifica por lo dispuesto en el Artículo 1 del C. C., según el cual “las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal”, es decir, en la medida en que este ordenamiento contenga disposiciones atribuidas por la Constitución Federal o a la competencia legislativa federal, como las mercantiles, se

---

<sup>71</sup> FRISCH PHILIP Walter. *La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades Mercantiles*, en Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina. Edit. Porrúa. México. 1984, p. 301 y 302.

considerarán y aplicarán tales disposiciones como federales en toda la República o

- por el carácter supletorio que el artículo 2 del Código de Comercio da al Código Civil.

Lo anterior, actualmente no se contrapone con la aplicación del Derecho Convencional mexicano que incorporado a nuestro orden jurídico y con la misma jerarquía desde el punto de vista constitucional, pudiera ser aplicable al CASO 1 y al CASO 2.

En efecto, tanto la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado señala:

“Artículo 2.- La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión personas jurídicas de carácter privado se rigen por la Ley del Lugar de su constitución.

Por “ley del lugar de su constitución” se entiende la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.”

Por otra parte, el artículo 2736 del C. C. después de las reformas previene:

"Artículo 2736.- La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación en dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión."

Las anteriores normas, regulan los mismos casos ya que una persona moral de naturaleza privada y personas jurídicas privadas tienen la misma connotación. Más aún, si se atiende a que el artículo legal fue producto de la revisión y adaptación del sistema jurídico mexicano a los compromisos internacionales y conforma lo que García Moreno llamó: "Los párrafos anteriores son una apretada síntesis de los dispuesto por la Convención Interamericana

sobre Personas Jurídicas, de 1984...<sup>72</sup>, considerando entonces agotada tácitamente la cuestión de qué norma aplicar.

Esta aplicación es diversa a la que se describió con anterioridad a las reformas.

En el CASO 1 y en el CASO 2 , SOCIEDAD EXTRANJERA aunque pertenezca a un sistema jurídico comprendido en el ámbito de la citada Convención, no le será aplicable lo dispuesto en ella, porque el artículo 2736 del C. C. en vigor actualmente derogó dicho precepto.

En este conflicto, ocuparemos las reglas de interpretación desarrolladas por la dogmática jurídica, pues tanto que los tratados internacionales celebrados de conformidad con la Constitución como las leyes emanadas del Congreso de la Unión tienen la misma jerarquía.

En atención a lo anterior, nos inclinamos por aplicar el artículo 2736 del C. C. atento al principio jurídico de *lex posterior derogat legi priori*, en el sentido de una desaplicación de la norma convencional a favor de la norma legal, aplicación que a través del artículo 14 de la Constitución Federal, que indica que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna y 19 del C. C. "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica".

---

<sup>72</sup> GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. *Op. cit.* p. 32.

La fundamentación para dicha preferencia, descansa en la misma jerarquía normativa de las leyes en México.

Kelsen establece esta interpretación como sigue: "Si se trata de dos normas generales, promulgadas por un mismo órgano en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio de la *lex posterior derogat legi priori*. [...] Este principio también recibe aplicación cuando las normas que se encuentran recíprocamente en conflicto han sido dictadas por dos órganos diferentes."<sup>73</sup>

En segundo término, el Poder Judicial Federal ha sustentado como criterio en una tesis aislada la aplicación de dicho principio, en la forma siguiente:

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 74 Sexta Parte

Página: 37

---

<sup>73</sup> KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Novena Edición, Edit. Porrúa, México, 1997, p. 215.



LEYES, REFORMA O DEROGACION DE LAS. Del contenido de los artículos 72, inciso f) y 133 de la Constitución Federal y 9o. y 11 del Código Civil aplicable en materia federal, se desprende que para reformar o derogar un precepto legal, ello debe hacerse mediante otro precepto legal de la misma jerarquía, o sea, emanado formalmente del mismo órgano legislativo (poder legislativo federal o local, según sea el caso) y con los mismos requisitos de votación, promulgación y refrendo. O sea, que como la ley federal prevalece sobre la local (principio consagrado en el artículo 133), una disposición federal sólo podrá ser derogada por otra de la misma naturaleza. Pero tratándose de dos leyes federales, una disposición posterior puede derogar a la anterior, total o parcialmente, aun cuando se trate de dos cuerpos de leyes diferentes, pues independientemente de que puede haber una técnica legislativa defectuosa, no hay disposición constitucional alguna que establezca el principio general de que un artículo de una ley sólo puede ser derogado mediante la reforma hecha a esa misma ley. Por lo demás, la derogación puede ser expresa, como cuando se menciona el precepto derogado (expresa explícita) o cuando se declara que se derogan los preceptos que se opongan a la ley nueva (expresa implícita), y puede ser tácita, como cuando lo dispuesto en el precepto nuevo sea incompatible con lo dispuesto en el precepto anterior, aunque se trate de distintos cuerpos de leyes, y aunque en la ley nueva no se hable expresamente de derogación alguna. Ahora bien, cuando la ley anterior contiene disposiciones especiales, que establecen casos de

excepción a las reglas generales, es claro que la ley nueva que sólo contenga disposiciones de carácter general no puede derogar tácitamente a la disposición especial de la ley anterior, porque ésta establece una excepción a la regla general, excepción que fue querida por el mismo legislador. Pero cuando la ley nueva contiene una disposición que es especial también, o cuando aunque sea general en principio, contiene una norma especial de derogación expresa de la norma especial anterior (ya sea declarando la derogación de toda norma que se le oponga a la nueva, o ya sea derogando expresamente tal o cual precepto legal, que en ambos casos la derogación es expresa), dicha norma sí produce el efecto de derogar a la norma especial anterior. Es decir, la ley general nueva del mismo rango (federal o local), no puede derogar tácitamente a la ley especial, pero sí puede derogarla expresamente; y la disposición especial nueva sí puede derogar tácitamente la disposición especial vieja. Y sólo podrá decirse que una ley no puede ser derogada o abrogada sino mediante reformas hechas a esa misma ley, cuando así lo disponga la Constitución, como es el caso de la Ley de Amparo, ya que el artículo 107 expresamente dice que todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos que establezca la ley cuyas bases ahí se asientan, o sea, la Ley de Amparo, cuyo articulado no puede, por ello, ser materia de derogación o abrogación de leyes diversas, aun de la misma jerarquía, por haber regla constitucional especial de la que se desprende tal cosa. Es decir, no se trata de que

una ley reglamentaria de algún precepto constitucional sea de jerarquía formal superior a las demás leyes federales, porque ambas emanan del mismo órgano legislativo y el artículo 133 sólo establece la primacía de lo federal sobre lo local, sino de que exista una disposición constitucional que de pie para estimar que una ley no puede ser modificada por otras.

#### PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 810/74. Afianzadora Insurgentes, S. A. 4 de febrero de 1975. Mayoría de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Cabe aclarar que en este caso no existe un conflicto de normas en virtud de ser contradictorias, una norma por permitir cierta conducta y otra norma por prohibir la misma conducta<sup>74</sup>; el problema aquí se refiere a la aplicación de dos normas de igual jerarquía, creadas por órganos diferentes y con un fundamento de validez diverso pero válido.

---

<sup>74</sup> Ver GARCÍA MAYNEZ Eduardo. *Introducción a la Lógica Jurídica*. Tercera Edición, Colofón, México. 1991 y KELSEN, Hans .*Op. cit.* p. 200 y sigs.

Por lo anterior, consideramos que tanto en el CASO 1, como en el CASO 2, se debe entender por fusión internacional lo que la *lex Societatis* de la SOCIEDAD EXTRANJERA entienda por tal acto y a su vez lo que el estatuto corporativo de la SOCIEDAD MEXICANA también entienda por dicho concepto, basados en la aplicación de artículo 2736 del C. C. con los fundamentos dados. Esto es que en México, es fusión internacional, la fusión celebrada entre una sociedad mercantil constituida conforme a las leyes mercantiles y cuyo domicilio convencional se establece en territorio nacional y otra sociedad que se ha constituido conforme a las leyes de un orden jurídico diverso a los Estados Unidos Mexicanos y que puede tener su domicilio en México o en cualquier otro Estado.

#### **2.3.2.8 Segundo Momento de Calificación.**

De acuerdo con Adolfo Miaja de la Muela: "El segundo momento o aspecto del problema calificativo es el de Interpretación del concepto jurídico empleado por la norma de conflicto aplicable para designar el punto de conexión por medio del cual se puede determinar la legislación material aplicable que en definitiva ha de resolver el supuesto real que motiva el conflicto de leyes"<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo.T. I, *Op. cit.* p. 366.

“El criterio predominante en la doctrina es calificar los puntos de conexión por la *lex fori*, pero los partidarios de este criterio formulan al mismo una excepción, consistente en sustraer a la calificación del foro la nacionalidad de una persona, ya que el determinar si un individuo ha adquirido o perdido la nacionalidad en un determinado Estado ha de resolverse siempre con arreglo a las leyes de éste”<sup>76</sup>

Consideramos que en materia de sociedades el principio está en calificar el punto de conexión atendiendo al principio de *Lex Societatis*, el cual aun cuando puede admitir excepciones debido a reformas estatutarias, en un caso concreto, esto derivado de la movilidad del punto de contacto, domicilio, no altera la regla porque lo importante es revisar las reglas de actuación interna de la sociedad. En efecto, dado que en la vida social es posible modificar el domicilio estatutario, habrá que acercarse a los Estatutos Sociales vigentes para saber conforme a Ley si han cumplido los requisitos de fondo y forma que le dan vida a la SOCIEDAD EXTRANJERA.

El concepto “lugar de constitución” para efectos de la fusión internacional de la SOCIEDAD EXTRANJERA, debe ser calificado en cada caso conforme a la *Lex Societatis* de cada sociedad que interviene en la fusión.

Ahora bien, qué se debe entender por el concepto de “constitución” conforme a la *Lex Societatis*. Boggiano señala: “Hay que atenerse al concepto de

---

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 368.

constitución societaria en vigor en el lugar en que ella se proyecta o se ha cumplido. Esto significa que el derecho del lugar de constitución define qué se ha de entender jurídicamente por "constitución". El derecho que reglamente es el derecho que define (*lex causae*). Por tanto, es el derecho del país de constitución el que define cuándo la sociedad adquiere personalidad jurídica y, por ende, existencia."<sup>77</sup>

En el caso de la SOCIEDAD MEXICANA, habrá que tomar como punto de partida, la inscripción en el Registro Público del Comercio de la entidad donde está el domicilio social, para investigar si se han cumplimentado los requisitos de constitución que señala la LGSM.

En este punto cabe la revisión de los preceptos de la LGSM relativos a la constitución de sociedades mercantiles, encuadrados en los artículos 6 y 89 concretamente para el caso de la sociedad anónima.

"Artículo 6.- La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

- I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;
- II.- El objeto de la sociedad;
- III.- Su razón social o denominación;
- IV.- Su duración;

---

<sup>77</sup> BOGGIANO Antonio. *Sociedades y grupos Multinacionales*. Tercera Edición, Tomo II, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 11.

V.- El importe del capital social;

VI.- 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 valorización.

Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije;

VII.- El domicilio de la sociedad;

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

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

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

XI.- El importe del fondo de reserva;

XII.- Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente,  
y

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

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma."

“Artículo 89.- Para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere:

I.- Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos;

II.- Que el capital social no sea menor de cincuenta mil pesos y que esté íntegramente suscrito;

III.- Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario, y

IV.- Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.”

Adicionalmente se deberá examinar si se cumplieron los supuestos de la constitución sucesiva o simultánea previstos en los artículos 91 y 92 de la propia LGSM.

Por otro lado, el artículo 8 de la Ley de Nacionalidad, dispone que son personas morales mexicanas las que se constituyen conforme a las leyes mexicanas, de acuerdo a la LGSM y establecen su domicilio legal en el país.

De conformidad con tal norma, las leyes mexicanas regulan la creación, forma, funcionamiento y disolución de las sociedades calificadas como nacionales.



Ahora bien, si una sociedad establece su domicilio legal en otro país y se constituye conforme a las leyes mexicanas o viceversa, no se le aplican en un principio todas las leyes mexicanas respectivas, pues no estamos frente a una sociedad mexicana. La solución posible a este punto se puede encaminar de la siguiente forma:

- Si la sociedad mercantil se constituyó de acuerdo con las leyes mexicanas, éstas regularán lo referente a su existencia y forma, no obstante sus actividades deberán cumplir con el derecho extranjero para que sean válidas conforme a tal.
- Si la sociedad mercantil se constituyó conforme al derecho extranjero y señaló domicilio en México, se aplicarán las normas extranjeras en cuanto a su existencia y forma, para determinar su validez en el extranjero y también se aplicarán las leyes mexicanas para regular sus operaciones mercantiles según se desprende del artículo 15 del Código de Comercio.

“Artículo 15.- Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal, podrán ejercer el comercio sujetándose a las prescripciones especiales de este código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación.

En lo que se refiere a su capacidad para contratar, se sujetarán a las disposiciones del artículo correspondiente del título 'Sociedades Extranjeras.'

Esta norma, implica un reconocimiento de parte del legislador mexicano a las sociedades constituidas conforme al derecho extranjero, que al vincularse a través del domicilio en el país con el orden jurídico mexicano pueden ejercer el comercio de manera habitual, según las disposiciones legales del orden jurídico mexicano, en lo referente a ese ejercicio comercial.

- Si la sociedad mercantil se constituyó conforme a las leyes extranjeras y su domicilio lo estableció en el extranjero, será dicho derecho el que regule las cuestiones de constitución y forma de las sociedades, así se desprende de la Ley de Nacionalidad y el C. C.

Adicionalmente, debemos aclarar que si la SOCIEDAD EXTRANJERA celebra actos jurídicos en México, estos se regulan atendiendo a la distinción de actos comerciales habituales y ocasionales.

En efecto, si la SOCIEDAD EXTRANJERA realizará actos de comercio habituales, como por ejemplo, la inversión en una sociedad mexicana o el establecimiento de una sucursal o agencia en el territorio nacional, se aplican a partir del artículo 15 del Código de Comercio mencionado, las demás leyes mercantiles relativas a las de Sociedades Mercantiles, Inversión extranjera, etc., siendo requisito necesario el reconocimiento por el sistema jurídico mexicano de la personalidad

jurídica de la sociedad mercantil constituida y/o domiciliada en el extranjero, a través de lo dispuesto por el Título XII de la LGSM.

No obstante, en el caso de que la SOCIEDAD EXTRANJERA actúe de manera ocasional, a través de la celebración de contratos, realización de una construcción, obtención de una patente, comparecer a defender sus derechos, no es requisito la aplicación de dichas reglas para determinar su existencia o capacidad jurídica.

Así opinan también Mantilla Molína y Barrera Graf: "Sin propósito alguno de ejercer el comercio de una manera habitual y sistemática, una sociedad puede pretender realizar en México uno o varios actos jurídicos."<sup>78</sup>

"Octava Época

Volumen XV-II FEBRERO

Página 451

Fecha de publicación Febrero de 1995

PERSONALIDAD. SOCIEDAD EXTRANJERA NO ES UN REQUISITO  
LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO PÚBLICO DEL COMERCIO  
PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA. La falta de inscripción en el

---

<sup>78</sup> MANTILLA MOLINA Joaquín. *Derecho Mercantil*. Décima Cuarta edición, Edit. Porrúa, México, 1974, p. 447.

Registro Público del Comercio de una empresa extranjera no trae consigo la falta de personalidad jurídica, pues la apuntada omisión es intrascendente, dado que conforme al párrafo tercero del artículo 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las sociedades no inscritas en el Registro Público del Comercio tienen personalidad jurídica, máxime que la Tercera Sala del máximo Tribunal del país, ha definido que no existen razones jurídicas para excluir a las personas morales extranjeras de la aplicación del numeral preinvocado.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 756/93: Jacuzzi Universal, S.A. y otro.- 7 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos. -Ponente: Ramiro Barajas Plasencia- Secretario: Jesús María Flores Cárdenas"

"Esta actividad esporádica u ocasional, es efecto y consecuencia de la libertad de comercio que establecen los arts. 5° Const., y 13 C. Co., y constituye la manifestación de la vida comercial y del intercambio económico con todos los países, que tiene lugar en la República; esto impone el reconocimiento de la validez y de la legalidad de dichas prácticas comerciales, y la protección que debe otorgar nuestro sistema jurídico a los intereses de las empresas extranjeras, y a quienes las representen en el país."<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 797.

Para el caso de la fusión internacional de sociedades mercantiles, es oportuno considerar a la fusión como un acto ocasional, es decir, no implica la actividad de la SOCIEDAD EXTRANJERA, pues tanto en el CASO 1 como en el CASO 2, desaparecerá por efecto de la fusión.

Por lo anterior, para celebrar una fusión internacional de sociedades mercantiles, consideramos que no se requiere aplicar calificaciones diferentes a las provenientes de la Lex Societatis de cada sociedad mercantil involucrada en la fusión internacional, tanto en el supuesto normativo como en el punto de contado.

### **2.3.3 La Remisión.**

Calificados el supuesto y la consecuencia de la norma conflictual procede la Remisión, dentro del método de Derecho Internacional Privado.

El artículo 2738 del C. C. y el artículo 2 de la Convención sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas señalan el derecho que debe regir la fusión internacional de sociedades dentro de su ámbito de aplicación. Esto es, en el CASO 1 y en el CASO 2, considerando que fuese la SOCIEDAD EXTRANJERA una "corporation" cuya existencia es tal merced a la ley del Estado de Delaware, ésta normatividad regula todos los requisitos y el procedimiento de la SOCIEDAD EXTRANJERA para que se fusione a la SOCIEDAD MEXICANA.

Desde luego, este derecho deberá ser reconocido en caso de controversia conforme ya lo hemos manifestado.

Ahora bien, la remisión de la LEX SOCIETATIS, transporta la relación jurídica al orden normativo del lugar de constitución de la SOCIEDAD EXTRANJERA para regir a la fusión. En este punto, cabe cuestionar respecto de si el orden normativo del Estado de Delaware se considera remitido íntegra o parcialmente a una parte. Consideramos que el orden normativo remitido debe ser aplicado íntegramente por regla general. No obstante, en el presente caso la aplicación deberá ser hecha a las normas sustantivas y no conflictuales del derecho remitido, dado que no resulta concebible una remisión respecto de la facultad de los órdenes jurídicos nacionales para determinar quienes son sus súbditos aun cuando se hable de personas jurídicas. Esto es, una sociedad pertenece al orden jurídico donde se cumplan todos los requisitos de su constitución, se aplican para dar unidad a las disposiciones reguladoras de la vida corporativa y para sujetar a la sociedad mercantil al Estado remitido, por ejemplo, en materia de tributación.

Desde la perspectiva del orden jurídico mexicano debe de entenderse por razón del artículo 2738 del C. C. y merced al artículo 14 fracción II del C. C., que sustenta:

“Artículo 14.- En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente,

...

II.- Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado;

...”

Por lo tanto, no consideramos aplicable un reenvío al orden jurídico mexicano o a un tercer Estado, tratándose de la constitución de sociedades mercantiles.

#### **2.3.4 Personalidad Jurídica y Capacidad.**

Consecuencia inmediata de determinar la existencia de una sociedad, es el establecer su personalidad jurídica y su derivación: la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones.

En principio, por los argumentos apuntados en relación con la ley que rige al acto constitutivo de la sociedad mercantil, la misma LEX SOCIETATIS debe regir todo lo referente a la obtención y reconocimiento de la personalidad jurídica, aspecto indispensable para celebrar cualquier acto jurídico y más aún el acto de fusión internacional, pues requisito indispensable de ésta es perder la personalidad jurídica.

La aplicación de la LEX SOCIETATIS para resolver los problemas de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras, también encuentra fundamento desde el punto de vista de la congruencia, ya que si un derecho determina los requisitos para constituir a una sociedad e íntimamente ligado con esa existencia está la personalidad jurídica, es razonable considerar la aplicación de la LEX SOCIETATIS para determinar a ésta.

No obstante, puede suceder que la ley nacional correspondiente designe otro derecho aplicable a la obtención y reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, como por ejemplo el lugar del domicilio o sede efectiva de la sociedad o el centro de explotación exclusiva.

Para intervenir en un acto de fusión Internacional, hemos dicho que la SOCIEDAD EXTRANJERA no esta obligada a constituirse de acuerdo al derecho del Estado donde celebrará el acto, sólo debe buscar el reconocimiento de su existencia y personalidad jurídica por el Estado donde surte efectos, pues se le debe reconocer su existencia y capacidad conforme a su *lex societatis*.

Caso diverso, es aquel en el cual la sociedad mercantil pretende establecerse para realizar habitualmente el comercio en otro Estado, en este caso, éste, podrá imponer condiciones a la sociedad con domicilio o residencia en su *dominium*.



Cuando la SOCIEDAD EXTRANJERA pretenda establecerse de cualquier forma en un sistema jurídico incorporado a la Organización de Estados Americanos, sus propias leyes pueden establecer requisitos tales como registro, para que se les reconozca personalidad jurídica.

"Artículo 3. Las personas jurídicas privadas, debidamente constituidas en un Estado Parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados Partes. El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado Parte para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución.

En ningún caso, la capacidad reconocida a las personas jurídicas privadas, constituidas en un Estado Parte, podrá exceder de la capacidad que la ley del Estado Parte de reconocimiento otorgue a las personas jurídicas constituidas en este último."

El derecho comparado revela que el reconocimiento de la personalidad jurídica por las leyes, en algunos casos, es similar en cuanto a los requisitos que las leyes señalan, al efecto revisaremos algunos derechos.

#### **2.3.4.1 Derecho Argentino.**

Dice Boggiano respecto del derecho argentino: "Empero, no rige el derecho del lugar de constitución de una sociedad comercial que se constituyó en el

extranjero teniendo su sede en la Argentina, o cuando su principal objeto esté destinado a cumplirse en el país. En tales casos rige la norma de policía Argentina del artículo 124 de la ley 19.550, que considera sociedad argentina a la que con aquella finalidad se constituyó en el extranjero sometiéndola exclusivamente al derecho comercial argentino."<sup>80</sup>

#### 2.3.4.2 Derecho Español.

En este caso Miaja de la Muela señala: "El artículo 15 del Código de Comercio, por el contrario, autoriza de manera general a las compañías constituidas en el extranjero para ejercer el comercio en España sujetándose a su ley nacional respecto a su capacidad para contratar, lo que supone la consagración de un sistema más amplio al no exigir autorización."

"Sin embargo, hay que tener en cuenta que la inscripción en el Registro mercantil tiene valor constitutivo para la existencia legal de las sociedades, y no puede suponerse a las extranjeras de condición más favorable que a las españolas. Una sociedad mercantil extranjera con personalidad reconocida por su ley nacional carecerá, sin embargo, de esta personalidad en España mientras no se inscriba en el Registro, según el artículo 119 del Código de Comercio, aún más para las que pretendan establecer o crear sucursales en territorio español."<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> BOGGIANO Antonio. *Op. cit.* p. 18.

<sup>81</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*. Décima Edición. Tomo II. Atlas Editores. Madrid. 1987. p. 558.

En este aspecto nos remitimos a los comentarios hechos al analizar la aplicación de la Lex Societatis.

#### **2.3.4.3 Derecho Mexicano.**

Una SOCIEDAD EXTRANJERA puede celebrar una fusión con una SOCIEDAD MEXICANA, revisando en primer lugar el reconocimiento de aquélla por el orden jurídico mexicano, es decir, que se le reconozca personalidad jurídica y por ende capacidad de goce.

La cuestión a plantearse, se refiere a si la SOCIEDAD EXTRANJERA requiere satisfacer condiciones para que el orden jurídico mexicano la reconozca como sujeto de derecho y en consecuencia pueda validamente celebrar la fusión internacional o esto se puede lograr con la personalidad jurídica reconocida por la lex societatis.

En el orden jurídico mexicano, el reconocimiento de la personalidad jurídica es "... efecto y consecuencia de la libertad de comercio que establecen los arts. 5° Const., y 13 C. Co., y constituye la manifestación de la vida comercial y del intercambio económico con todos los países..."<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 797.

La existencia y personalidad jurídica de la SOCIEDAD EXTRANJERA, debe ser objeto de comprobación en México. Al efecto, será reconocida en el país siempre que dé cumplimiento a las reglas que para tal efecto están establecidas en las leyes mexicanas.

Barrera Graf señala los criterios a considerar respecto de la regulación de las sociedades mercantiles extranjeras y la forma en que se hacen las leyes, que han quedado en algunos casos abrogadas, por lo que nosotros nos referiremos únicamente a las leyes vigentes.

#### **2.3.4.4 Doctrina.**

La doctrina nacional, señala unánimemente que desde el punto de vista constitucional las sociedades extranjeras se encuentran reconocidas conforme a los artículos 33 y 1 constitucionales.

“Artículo 33.- Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo 1, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.”

Cabe aplicar el criterio conforme al cual, la ley no distingue donde no está autorizado el interprete a distinguir y así el artículo solamente señala a los extranjeros sin mencionar personas físicas o morales.

"Los extranjeros no podrán, de ninguna manera, inmiscuirse, en los asuntos políticos del país."

Ahora bien, el artículo 1ro. de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos señala:

"Artículo 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

"El goce de las garantías individuales está concedido a 'todo individuo', y esta expresión tan general ha permitido englobar a las personas físicas, a las morales, a las nacionales y a los extranjeros."<sup>83</sup>

#### **2.3.4.5 Ley de Nacionalidad.**

No obstante que la Constitución no hace referencia expresamente a las

---

<sup>83</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* págs. 791 y 792.

personas morales para la calificación de extranjero, es la legislación secundaria la que menciona a las personas morales y se concluye que el mismo criterio de exclusión puede adoptarse para éstas.

Así, la Ley de Nacionalidad, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de enero de 1998 ("LN"), la cual abroga la Ley de Nacionalidad publicada en el Diario oficial de la Federación de 21 de junio de 1998 dice: "... que en materia de sociedades es la de mayor generalidad, y que en sus arts. 5 y 6 (hoy solamente subsiste el artículo 5 como artículo 8) disponen: Art. 5. "Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes de la República y tengan en ella su domicilio social". Art. 6." Son extranjeras las que no sean mexicanas conforme a las disposiciones de esta Ley". De estos dos preceptos se deduce que son dos los requisitos para calificar a una persona moral como extranjera: "que se constituya conforme a la Ley de un país extranjero y tenga su domicilio social en el extranjero."<sup>84</sup>

#### **2.3.4.6 Código de Comercio.**

El C. Co. publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 al 13 de octubre de 1889, en su carácter de norma mercantil general se aplica a las

---

<sup>84</sup> ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Edit. Porrúa, México, 1974, p. 307.

sociedades mercantiles extranjeras y como norma especial en materia de nacionalidad.

En este punto, hay que distinguir si la fusión internacional es un acto ocasional o habitual de comercio por parte de la SOCIEDAD EXTRANJERA, ya que el C. Co. en sus disposiciones regula principalmente a las sociedades extranjeras que ejercen habitualmente el comercio en nuestro país y a las cuales les condiciona el reconocimiento de la personalidad al cumplimiento de ciertos actos, en concordancia con la Convención Interamericana sobre Personalidad, sujetándolas a las obligaciones comunes de los comerciantes.

“Artículo 3o. Se reputan en derecho comerciantes:

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.”

“Artículo 15. Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agenda o sucursal, podrán ejercer el comercio sujetándose a las prescripciones especiales de este código en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio nacional, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los tribunales de la nación.

En lo que se refiere a su capacidad para contratar, se sujetarán a las disposiciones del artículo correspondiente del título de 'Sociedades Extranjeras.'

"Artículo 24. Las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en la República, presentarán y anotarán en el Registro, además del testimonio de la protocolización de sus estatutos, contratos y demás documentos referentes a su constitución, el inventario, o último balance, si lo tuvieren, y un certificado de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo, expedido por el ministro que allí tenga acreditado la República, o en su defecto, por el cónsul mexicano."

Sin embargo, para los actos ocasionales, en los cuales las sociedades extranjeras en general y la SOCIEDAD EXTRANJERA en los casos a estudio, no desean ejercer permanentemente el comercio en nuestro país, consideramos que no se debe exigir ningún acto para su reconocimiento, por virtud de la LGSM, como veremos a continuación, consecuencia además de la libertad de comercio prevista en los artículos 5 y 13 del C. Co. como se mencionó.

"Artículo 5.- Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quién las mismas leyes no prohíben



expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.”

“Artículo 13.- Los extranjeros serán libres de ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispusieron las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros.”

#### **2.3.4.7 Ley General de Sociedades Mercantiles.**

La LGSM como norma especial aplicable a las sociedades mercantiles que con motivo del desarrollo de las diversas áreas mercantiles y económicas deviene en una ley general, es aplicable a las sociedades mercantiles especiales como las financieras.

Dicho cuerpo legal, prevé en su Capítulo XII artículo 250 que las sociedades extranjeras legalmente constituidas en su país, gozarán de personalidad jurídica. Además, este otorgamiento, no lo condiciona en ninguna forma.

En el análisis de este precepto, Mantilla Molina dice: “Si se siguiera la tesis, que ha sido sostenida por algunos autores, de que las sociedades sólo tienen personalidad jurídica en su país de origen, habría de negarse la posibilidad de que una sociedad extranjera realice actos jurídicos en México. Pero esta, no es la solución adoptada en derecho positivo, ya que el artículo 250 de la LSM establece

que: "Las sociedades extranjeras, legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República."

"El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras no se supedita a su inscripción en el Registro Público de Comercio ni a formalidad alguna."<sup>85</sup>

Por lo anterior, para celebrar la fusión internacional conforme a Derecho Mexicano, la SOCIEDAD EXTRANJERA, no requiere cumplir los requisitos para ejercer el comercio previstos en la Convención, en el C. Co., en la LGSM o en la Ley de Inversión Extranjera.

Tema diverso, es el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras en México, para celebrar actos habituales de comercio. En el CASO 2, la SOCIEDAD EXTRANJERA al fusionarse, puede adquirir el carácter de comerciante en nuestro país, por lo que a partir de la fusión y para los actos posteriores a esta, si deberá cumplir las condiciones de la LGSM.

La LGSM, obliga a las sociedades extranjeras que quieran ejercer habitualmente el comercio a inscribirse en el Registro Público de Comercio, previa autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (antes Secretaría

---

<sup>85</sup> MANTILLA MOLINA Roberto. *Op. cit.* p. 447.

de Economía Nacional) y a publicar anualmente el balance general de la negociación debidamente auditado por contador público titulado.

Con anterioridad al 25 de diciembre de 1996, la LGSM establecía los requisitos para obtener la autorización, a partir de dicha fecha, se regulan por la Ley de Inversión Extranjera.

#### **2.3.4.8 Ley de Inversión Extranjera.**

Conforme a los artículos 17 y 17-A de la Ley de Inversión Extranjera (LIE), para obtener la autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, las sociedades extranjeras deberán comprobar:

- que se encuentran debidamente constituidas de conformidad con las leyes de su país,
  - que sus respectivos contratos sociales no son contrarios al orden público mexicano y
  - que tienen o establecen sucursal en México.
- Las condicionantes señaladas, son el primer indicio que nos guía a la aplicación de los materiales del Derecho Internacional Privado en este campo del derecho, pues deben comprobar las sociedades extranjeras su legal constitución de acuerdo con las leyes de su país de origen y que la autoridad mexicana pueda determinar si de acuerdo a las pruebas, la sociedad mercantil fue constituida

apegándose a las leyes de su país, para reconocerle personalidad jurídica plena en México.

Saber si las sociedades mercantiles que pretenden alcanzar el reconocimiento de la personalidad jurídica en México están debidamente constituidas conforme a las leyes de su país, es una cuestión procesal que se dificultará en la medida en que se limiten los medios de prueba reconocidos por México y el derecho vigente en el lugar de constitución de la sociedad mercantil extranjera. Las dificultades en este tema son reducidas pues la LIE allana el camino para comprobar la correcta aplicación del derecho extranjero. En efecto, para que la Secretada de Comercio y Fomento Industrial autorice la inscripción de una sociedad mercantil en el Registro Público del Comercio se debe presentar copia auténtica del pacto social, los documentos relativos a la constitución de la sociedad mercantil extranjera y la certificación por parte del representante consular o diplomático mexicano del lugar donde se constituyó la sociedad mercantil.

Este último trámite, resulta hoy en día más expedito, atento a la entrada en vigor de la Convención de la Haya que suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Público Extranjeros, firmada en la Haya, Holanda el 5 de octubre de 1981, aprobada por el Senado de la República y promulgada según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1995, que en su artículo 2 previene que cada Estado contratante eximirá de legalización a los documentos sobre los que se aplique la Convención mencionada y que se

presenten en el territorio de alguno de los Estados parte. Continúa la misma disposición señalando que el único efecto de la Convención es cubrir la función de legalización de los agentes diplomáticos y consulares de los países donde deban de surtir efecto los documentos.

Por otra parte, se debe considerar que lo dispuesto por el artículo 251 de la LIE acepta la aplicación de un derecho diverso del derecho vigente en México, toda vez, que no sujeta a las sociedades mercantiles a que se constituyan de conformidad con la propia Ley o alguna otra ley Mexicana aplicable, sino que solamente exige la comprobación de la debida existencia de la sociedad mercantil extranjera de conformidad con las "lex Societatis" respectivas.

En principio, los elementos para comprobar la legal existencia de la SOCIEDAD EXTRANJERA, son certificaciones emitidas:

- por fedatarios públicos del país de constitución, siempre que el derechos extranjero admitan dicha figura;
  - por órganos jurisdiccionales del país de constitución; o
  - por órganos administrativos que formen parte del Poder ejecutivo del Estado de constitución de las sociedades extranjeras.
- Orden Público. La doctrina del Derecho Internacional ha tratado de delimitar el concepto de orden público, la primera idea es considerarlo como

una excepción a la aplicación de la ley extranjera en el derecho del foro.

Definir al orden público resulta sumamente complejo toda vez que no existe una definición aceptada generalmente. Por lo mismo, resulta interesante buscar cual es el significado de la fracción segunda del artículo 17-A de la LIE.

Ante todo se debe considerar al llamado orden público como, una excepción a la aplicación o reconocimiento de la ley, ya extranjera, ya nacional, en el primer concepto, Miaja de la Muela ubicando el tema comenta: "No basta para la eficacia de un derecho adquirido en el extranjero que esto lo haya sido efectivamente según las reglas materiales y de conflicto que en cada supuesto hayan de ser tenidas en cuenta. Es preciso también que exista una posibilidad jurídica de su reconocimiento por no chocar con las concepciones morales del foro defendidas por la excepción de Orden Público."<sup>86</sup>

- El establecimiento de una agencia o sucursal, busca establecer un vínculo objetivo entre las sociedades extranjeras y el orden jurídico mexicano, para que, sobre ese vínculo se puedan imputar los derechos y obligaciones derivados del ejercicio habitual del comercio.

---

<sup>86</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*, Novena Edición, Tomo I, Atlas Editores, Madrid, 1985, p. 490.

## **2.3.5 Impedimentos para la Fusión Internacional. Concentraciones.**

### **2.3.5.1 Libertad de Comercio.**

Esta garantía constitucional, se encuentra consagrada en el artículo quinto de la Constitución General de la República. La norma contenida en este artículo es el fundamento inicial para que dentro del sistema jurídico mexicano se puedan celebrar actos o contratos de fusión de sociedades mercantiles. Dicha norma es del tenor siguiente:

“Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos de que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.”

La libertad de comercio es sumamente amplia, pues la materia así lo exige y el artículo quinto constitucional únicamente permite a las autoridades judiciales o administrativas, restringirla en los casos que sea ilícita, afecte los derechos de terceros o cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Cabe acotar que estos últimos conceptos son indeterminados jurídicamente y en cada caso deberán las autoridades correspondientes determinar si se afectan o no los derechos tanto de

terceros como de la sociedad, siguiendo las distinciones que señala la propia constitución.

### **2.3.5.2 Ley Federal de Competencia Económica.**

La libertad de comercio es limitada como toda garantía Individual, frente a las llamadas garantías sociales, tal como señalamos en el párrafo anterior. Respecto de los derechos de terceros, el Constituyente Originario y posteriormente el Constituyente Permanente o Poder Revisor de la Constitución, amplió dicha limitación al marco económico, dentro del texto del artículo 28 de la propia Constitución. Al respecto, la Constitución señala que quedan prohibidos los monopolios, estancos y prácticas monopólicas, las cuales tienen por objeto evitar que unas cuantas personas acaparen la concurrencia al mercado y provocar que se limite el derecho de todos los individuos que están amparados por el Sistema Jurídico Mexicano para ejercer el comercio.

Derivado del artículo constitucional mencionado, surge la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1992 (LCE), la cual por disposición de su artículo primero es reglamentaria del artículo 28 constitucional.

Con respecto a la fusión de sociedades, la LCE limita a aquellas que impliquen una concentración de productores, proveedores o consumidores en la concurrencia al mercado. La LCE en su artículo 18 señala lo siguiente:



"Artículo 18.- Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados."

Lo anterior, significa que para llevar a cabo el proceso de fusión internacional, es importante ver sus consecuencias en el mercado, de forma tal que si con motivo de la concentración de sociedades se origina un daño, se disminuye o impide la libre competencia y concurrencia respecto de los bienes y servicios del mercado, aquélla será limitada por la autoridad administrativa en términos de la LCE.

"Artículo 19.- Si de la investigación y desahogo del procedimiento establecido por esta ley resultara que la concentración configura un acto de los previstos por este capítulo, la Comisión, además de aplicar las medidas de apremio o sanciones que correspondan podrá:

I. Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que fije la Comisión; o

II. Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la suspensión de los actos, según corresponda."

Por lo anterior, cuando las fusiones impliquen la acumulación de activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas Importen más de 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, al día 17 de enero de 2000 una cantidad de \$454,000,000.00, o que en la fusión participen, dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen de ventas anual, conjunta o separadamente sumen más de 24 millones de veces el salario mínimo mencionado, esto es, al 17 de enero de 2000 \$909,600,000.00, se deberá notificar al órgano competente, la Comisión de Competencia Económica, en términos de la LCE, para que emita una resolución aprobando o impugnando la fusión.

La notificación, es importante para los efectos mercantiles de la fusión, pues el artículo 20 último párrafo establece la obligación de acreditar haber hecho la notificación o haber obtenido la resolución favorable.

"Artículo 20.- ...

Para la inscripción de los actos que conforme a su naturaleza deban ser inscritos en el Registro Público de Comercio, los agentes económicos que estén en los supuestos I a III deberán acreditar haber obtenido resolución favorable de la Comisión o haber realizado la

notificación a que se refiere este artículo sin que dicha Comisión hubiere emitido resolución en el plazo a que se refiere el siguiente artículo.”

**CAPÍTULO III**  
**PROCESO DE FUSIÓN INTERNACIONAL EN EL**  
**ORDEN JURÍDICO MEXICANO.**

La SOCIEDAD MEXICANA, está obligada a realizar los actos que forman el contenido del proceso de fusión de acuerdo con lo señalado en las leyes mexicanas mercantiles aplicables (LGSM y el C. Co.). En este sentido, el artículo 1° del C. Co. señala:

“Artículo 1°.- Los actos comerciales sólo se registrarán por lo dispuesto en este código y las demás leyes mercantiles aplicables.”

En ese tenor, los actos jurídicos celebrados por la SOCIEDAD MEXICANA para llevar a cabo la fusión internacional, son regulados por el orden jurídico mexicano, comenzando por los llamados tratos de fusión o negociaciones encaminadas a celebrar la fusión y concluyendo con la ejecución del contrato de fusión.

Lo anterior es así, ya que para llevar a cabo la fusión Internacional de sociedades mercantiles en México, no se debe aplicar una ley, sino que se deben aplicar la Ley de la SOCIEDAD MEXICANA y la Ley de la SOCIEDAD EXTRANJERA, haciendo caso a la regla conflictual de que la fusión internacional de sociedades se regula por la Lex Societatis de cada sociedad, aplicadas acumulativamente.

Para explicar el proceso de fusión en cada etapa, nos remitimos a lo que señala Barrera Graf:

“El proceso se inicia con los tratos, o sea, la discusión preliminar de la posible fusión de ciertas sociedades, a nivel representantes de cada una (que no necesariamente son miembros del órgano de administración), y culmina con la ejecución del Contrato de Fusión, con posterioridad a la inscripción de los acuerdos previos de cada una y todas las sociedades que se hayan sometido al procedimiento respectivo.”<sup>87</sup>

En este estudio, trataremos de adecuar a la fusión internacional con lo anterior.

En las etapas mencionadas, existe la concurrencia de diversos actos que cronológicamente se estructuran, como sigue:

### 3.1 NEGOCIACIONES PARA LA FUSIÓN.

El proceso de fusión comienza con las conversaciones, negociaciones o contactos que se realizan entre las sociedades que pretenden fusionarse, a través de sus representantes, que pueden ser delegados, apoderados especiales, los propios directivos o miembros de los órganos de cada sociedad Involucrada en la fusión internacional.

Al tratar esta parte de la fusión, Barrero Graf señala:

---

<sup>87</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 694.

"La primera etapa de tratos o negociaciones parte del examen de la idea o proposición de la fusión, a través de uno o más administradores, del Gerente o Director, o de un Delegado del órgano de administración a quién se haya concedido las facultades necesarias. Termina esta etapa con la redacción de un proyecto de Contrato de Fusión, que se somete a la consideración de la junta o asamblea de cada sociedad, en la forma y términos que corresponda según su naturaleza."<sup>88</sup>

La práctica corporativa señala que estos acuerdos de fusión buscan reglamentarse y obligar a las partes bajo una especie de Contrato Preparatorio, denominado carta de intención, merced al cual, una de las partes manifiesta su intención de celebrar determinado acto, estableciendo las bases del procedimiento que culminará con la ejecución de un contrato definitivo.

En la carta de intención, además, se establecen estipulaciones como: a) la oferta económica y el método de cálculo, b) condiciones para celebrar el acto, por ejemplo que la celebración del contrato se efectuará considerando el estado jurídico, económico, contable o de otro tipo de la empresa, c) la obligación de ofrecer la información que soliciten las partes, d) no divulgar la información que se les proporcione ( no disclosure), e) no celebrar negociaciones o contratos de la misma naturaleza con terceras partes distintas de las sociedades parte de la carta de intención que puedan afectar las negociaciones, f) causas de resolución del

---

<sup>88</sup> *Idem.*

contrato y consecuencias del incumplimiento, g) Plazo de aceptación de la propuesta, h) Leyes aplicables.

La carta de intención es un contrato preparatorio, por el cual las sociedades que se involucran en la fusión internacional, se comprometen a cumplir una serie de obligaciones, como las señaladas, cuya naturaleza jurídica radica en ser obligaciones de dar, hacer y no hacer. El Incumplimiento de dichas obligaciones, como en todo contrato, trae consigo la responsabilidad contractual inherente al contrato.

Lo anterior, no se encuentra reglamentado en la LGSM, por lo que se debe acudir al C. Co. y posteriormente, de forma supletoria, al C.C. para encontrar el contrato preparatorio o pre-contrato y la forma de su regulación. En efecto, el artículo 2243 del C. C. faculta a las partes a celebrar este contrato, para asumir la obligación principal de celebrar el contrato definitivo.

"Artículo 2243.- Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro."

El contrato futuro o definitivo, será el contrato de fusión. Por razones del contenido de este trabajo, no entraremos al estudio profundo de este pre-contrato, solo basta adicionar, que al estar regulado por el derecho mexicano, no obstante en el C. C., es aplicable al proceso de fusión internacional, tanto para el CASO 1 como para el CASO 2.



### 3.2 PROYECTO DE FUSIÓN.

Después de la celebración de la carta de intención y como resultado del análisis financiero, jurídico y contable, entre otros aspectos, las partes pasan a la segunda etapa, que es el proyecto de fusión.

"La segunda etapa suele consistir en la discusión del proyecto de fusión entre los representantes de la sociedad y sus acreedores, a efecto de saber si éstos se oponen o no a la fusión de la sociedad deudora, ya que la fusión supone la transmisión de todas las deudas sociales a la sociedad fusionante (que ya exista, o que se cree); <...> Es posible prescindir de cualquier acuerdo con todos los acreedores; si así fuera, se correría el riesgo de que ellos se opongan judicialmente a la fusión, salvo que la sociedad prevea el pago inmediato de sus deudas, o que se constituya un depósito de su importe en una Institución de crédito."<sup>89</sup>

Este proyecto de fusión no está reglamentado por la LGSM. Sin embargo, como práctica corporativa, lo señala el autor citado, consideramos que es una etapa sana para evitar futuros problemas con los acreedores al momento que se celebre el Contrato de Fusión y en su ejecución, lo que además implica, en caso de estar de acuerdo con los acreedores, un impacto en el precio, pues puede ser más atractivo para la fusionante.

---

<sup>89</sup> *Idem.*

Adicionalmente, consideramos que es una etapa que se debería reglamentar por la LGSM, pues constituye una garantía tanto para la sociedad como para los acreedores, conocer cual es la posición de las sociedades que intervienen en la fusión, a efecto de poder separar aquellos acreedores que si consintiesen en la fusión y aquellos que no lo harán, así como, para considerar la constitución de un depósito o algún otro tipo de garantía en favor de los acreedores reticentes a la fusión o hacer el pago de los créditos correspondientes.

### **3.3 ACUERDOS DE LA FUSIÓN INTERNACIONAL POR LA SOCIEDAD MEXICANA.**

La tercera fase del proceso de fusión, la constituye la aprobación de los acuerdos de fusión por parte de la SOCIEDAD MEXICANA, acto que tiene un doble aspecto, a saber:

- a) Hacia la SOCIEDAD EXTRANJERA; y
- b) Hacia el interior de la SOCIEDAD MEXICANA.

En el primer aspecto, las partes se intercambian copias de los acuerdos de fusión o Actas de Asamblea u otros documentos, para demostrar a la otra parte el cumplimiento de los actos tendientes a realizar la fusión y con esto evidenciar la buena fe en la celebración de la fusión.

En el segundo aspecto, el artículo 222 de la LGSM reglamenta el actuar de la SOCIEDAD MEXICANA.

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

Por otro lado, en esta etapa del proceso de fusión internacional, es fundamental determinar el valor de canje de las acciones de la o las fusionadas por las acciones de la fusionante. El valor se determina de conformidad con criterios económicos y contables de los que la doctrina económica señala:

"Existen varios modelos que las empresas emplean para evaluar sus objetivos. Éstos pueden dividirse, en términos generales, en los que se basan en utilidades y activos y flujos de efectivo."<sup>90</sup>

### **3.3.1 Asamblea de Accionistas.**

Considerando a la SOCIEDAD MEXICANA como una Sociedad Anónima de Capital Variable, el artículo 182 fracción VII de la LGSM, determina como competencia exclusiva de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, el

---

<sup>90</sup> P. S. Sudarsanam. *Op. cit.* p. 138.

conocer y resolver su fusión con otra sociedad. En este aspecto, cabe señalar que la LGSM no distingue entre la SOCIEDAD MEXICANA y SOCIEDAD EXTRANJERA, para aprobar este acto, por lo que no creemos que pueda establecerse una limitación a la celebración de la fusión internacional con base en el artículo 182 de la LGSM, argumentando que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas solamente pueda deliberar sobre la fusión con otra SOCIEDAD MEXICANA.

"Artículo 182.- Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

...

VII.- Fusión con otra sociedad;

..."

De los preceptos mencionados, se desprende que la fusión de la SOCIEDAD MEXICANA deberá ser tratada y decidida por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas. Esto, por la importancia y trascendencia que para el cuerpo social, sus accionistas y acreedores encierra la fusión.

Al efecto, Vázquez del Mercado previene al tratar este punto lo siguiente:

"Por lo que atañe a este punto, se expresa que la deliberación de la asamblea es necesaria en cuanto la fusión implica una modificación estatutaria y

toda modificación del acto constitutivo presupone una manifestación de la voluntad social.”<sup>91</sup>

El procedimiento para que la SOCIEDAD MEXICANA resuelva en Asamblea General Extraordinaria de Accionistas su fusión con la SOCIEDAD EXTRANJERA, tanto en el CASO 1 como en el CASO 2 es el siguiente:

Debe convocarse a la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas; reunida el día y la hora señalada, se procede a su instalación, procediéndose al nombramiento del Presidente, Secretario y Escrutadores, para la dirección de la Asamblea, redacción del acta y conteo de acciones, respectivamente. Desahogados los puntos de la Orden del Día, se levanta el acta la que debe transcribirse al libro respectivo, protocolizarse ante Notario Público e Inscribirse en el Registro Público del Comercio correspondiente.

### **3.3.1.1 Convocatoria.**

“El primer requisito, para que la reunión de los accionistas sea válida, se finca en la convocatoria”.<sup>92</sup>

Las convocatorias, entendidas como el llamado que hace el órgano social, los comisarios o los propios accionistas, para la reunión del órgano denominado

---

<sup>91</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 303.

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 46.

Asamblea General, es un requisito indispensable para celebrar la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, que decidirá la fusión conforme a la LGSM.

No obstante, la LGSM autoriza prescindir de dicha convocatoria en el supuesto de que todas las acciones representativas del capital social con derecho a voto estén representadas en la Asamblea y al momento de la votación estén presentes o cuando aprueben los acuerdos de fusión en forma unánime y por escrito en términos del artículo 178 de la LGSM.

"Artículo 178.-...

En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito. En lo no previsto en los estatutos serán aplicables en lo conducente, las disposiciones de esta ley."

Cabe esta última aclaración, dado que las acciones de Tesorería previstas en el artículo 218 de la LGSM no dan el derecho a votar dada su naturaleza como veremos más adelante.

Según la LGSM, la convocatoria puede hacerse por el Administrador Único, el Consejo de Administración, los Comisarios o por la Autoridad Judicial del domicilio de la sociedad a petición de los accionistas que representen por los menos el 33% (treinta y tres por ciento) del capital social o por el titular de una sola acción. Este último supuesto siempre que no se haya celebrado ninguna Asamblea durante dos ejercicios consecutivos o cuando las Asambleas celebradas no se hayan ocupado de los asuntos previstos para la competencia de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas.

De lo anterior, se desprende que solamente

- el Administrador Único o Consejo de Administración,
- el Comisario y
- la Autoridad Judicial del domicilio de la sociedad, podrán convocar a la Asamblea General Extraordinaria que resuelva sobre la fusión.

Para los accionistas no se da el derecho de convocar, solamente de solicitar se realice la convocatoria, ya sea al Órgano de Administración, al Comisario o a la Autoridad Judicial.

Los accionistas que representan el 33% (treinta y tres por ciento) del capital social, pueden solicitar se realice la convocatoria, sin limitación en los asuntos o del tipo de asamblea que contenga su solicitud. En tanto, el titular de una acción pudiese se, que no tenga dicha amplitud en su derecho de petición, derivado de una interpretación literal del artículo 185 de la LGSM que señala:

“Artículo 185.- La petición a que se refiere el artículo anterior podrá ser hecha por el titular de una sola acción, en cualquiera de los siguientes casos:

I. Cuando no se haya celebrado ninguna asamblea durante dos ejercicios consecutivos;

II. Cuando las asambleas celebradas durante ese tiempo no se hayan ocupado de los asuntos que indica el artículo 181.

Si el Administrador o Consejo de Administración, o los Comisarios se rehusaren a hacer la convocatoria, o no la hicieren dentro del término de quince días desde que hayan recibido la solicitud, ésta se formulará ante el Juez competente para que haga la convocatoria, previo traslado de la petición al Administrador o Consejo de Administración y a los Comisarios. El punto se decidirá siguiendo la tramitación establecida para los incidentes de los Juicios Mercantiles.”

Una interpretación literal de este precepto, establece que el derecho del accionista para solicitar la convocatoria se restringe a aquellos asuntos previstos en el artículo 181 de la LGSM y cuya competencia exclusiva es de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas. La opinión de los autores en este tema es la siguiente:



“No consideramos que sea así, la fracción I del artículo 185 citado, debe interpretarse en un sentido amplio, es decir, que el poseedor de una sola acción puede solicitar la convocatoria tanto para Asamblea Ordinaria como para Asamblea Extraordinaria.”<sup>93</sup>

En nuestra opinión, el límite al derecho del accionista solamente puede prosperar en el caso de que los hechos en los cuales se basa la pretensión del accionista, no se encuentren fundados, es decir, si un accionista solicita a un Juez que se realice una convocatoria para una Asamblea General Extraordinaria, en cuya Orden del Día se incluya la discusión sobre la fusión de la sociedad, deberá de haber una razón del accionista para tal caso, de lo contrario los Administradores o el Comisario pueden en la vía incidental que señala la LGSM oponer el argumento de que no hay planeación o propuestas sobre la fusión, para lo cual, deberán ofrecer las pruebas correspondientes y si del razonamiento del Juez no se desprende una razón válida, se puede negar la petición del accionista.

La convocatoria deberá contener la Orden del Día; su publicación y estructura estará señalada por los estatutos sociales (de la SOCIEDAD MEXICANA), en primer término y por la ley en segundo término, como requisitos mínimos.

---

<sup>93</sup> *Ibid.* p. 52.

### 3.3.1.2 La Orden del Día.

La convocatoria contiene la Orden del Día, entendida ésta como aquel listado de materias o asuntos que deben y pueden discutirse en los órganos de deliberación. La Orden del Día, cumple dos funciones: en una primera instancia, la de información a los accionistas sobre los asuntos a discutir en el órgano de deliberación; y en una segunda Instancia, la función de limitación al órgano de deliberación respecto de los asuntos a discutir. Es decir, si la convocatoria contiene una Orden del Día en la cual en listen cualquiera de los asuntos a que se refiere el artículo 182 de la LGSM y el órgano convocado es la Asamblea General Ordinaria de Accionistas, consideramos que sería nula cualquier resolución que se tome respecto de esos temas, por falta de competencia de la Asamblea General Ordinaria de Accionistas.

Sin embargo, lo anterior no es absoluto, ya que si se encuentran representadas la totalidad de las acciones que conforman al capital social, los accionistas pueden tomar la resolución de constituir una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas y fallar sobre temas competencia de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, decidiendo al efecto formar esa asamblea en el momento de la reunión.

"Artículo 188.- Toda resolución de la asamblea tomada con infracción de lo que disponen los dos artículos anteriores, será nula, salvo que en

el momento de la votación haya estado representada la totalidad de las acciones."

Desde luego, en la normalidad se debe convocar a una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas y establecer en uno de los puntos de la Orden del Día, la discusión y en su caso aprobación de la fusión internacional.

En este mismo tenor, debemos revisar cual es la consecuencia jurídica de omitir en la orden del Día, la discusión y aprobación de lo referente a discutir sobre la fusión internacional de la sociedad correspondiente. Una solución podría ser, discutirlo y aprobar la fusión bajo el rubro de asuntos generales.

La doctrina considera que es factible introducir un tema a la discusión a través de los 'asuntos generales' siempre y cuando de los demás puntos de la Orden del Día se desprenda un tema relacionado.

En el CASO 1 y en el CASO 2, la discusión sobre una reestructura corporativa, la transformación o la escisión de la SOCIEDAD MEXICANA, son tópicos coincidentes con el tema de la fusión y puede ser consecuencia de los mismos temas, lo que permitirá discutir y resolver sobre la fusión internacional. Al efecto, se debe considerar documentar correctamente, la relación lógica de los temas tratados en el Acta de Asamblea para evitar impugnaciones de los accionistas que representen una minoría.

En este sentido, concordamos con lo señalado por Oscar Vázquez del Mercado al respecto. “La doctrina, sin discrepancia alguna, considera que la asamblea puede discutir y resolver sobre puntos que no se hayan puesto en la Orden del Día; con tal de que sean la consecuencia normal de los objetos materia de la deliberación de la asamblea.”

“Para resolver esta dificultad, se ha seguido la práctica de insertar en la Orden del Día, siempre como último punto para ser tratado, la mención de que la asamblea se ocupará, además de los asuntos señalados en la Orden del Día, de todos los demás que los accionistas deseen tratar en conexión con ellos.”

“No basta que se haga mención tan solo a “otros asuntos”, es necesario que se establezca claramente, que se relacionan con los puntos contenidos en el Orden del Día. La asamblea no puede deliberar sobre cualquier objeto, con el pretexto que en la Orden del Día se dijo que se tratarían otros asuntos.”<sup>94</sup>

### **3.3.1.3 QUORUM.**

Una vez conocidos por los accionistas los tópicos sobre los que versarán las deliberaciones en la Asamblea, la fecha, lugar y hora en que aquélla se

---

<sup>94</sup> *Ibid.* p. 61 y 62.

celebrará y llegado el día, hora y lugar, se procede a la instalación de la Asamblea.

En la práctica, comienza por la designación del Presidente de la Asamblea que puede ser él que señalen los estatutos de la SOCIEDAD MEXICANA, el Administrador o el Presidente del Consejo de Administración y a falta de ellos, quien fuere designado para desempeñar dicho cargo por los accionistas presentes. Enseguida, se designa al Escrutador, quién está facultado para cuantificar las acciones que se encuentran representadas en la Asamblea y posteriormente se designa al Secretario que se encargará de redactar el acta correspondiente, en algunos casos emitir copias y certificar la constatación y el recuento, efectuado por el Escrutador, de las acciones representadas en la Asamblea de Accionistas.

El recuento del Escrutador, tiene por objeto establecer lo que se denomina el quórum, que en la doctrina se distingue entre quórum de instalación o presencia (como señala Rodríguez y Rodríguez) y el quórum de resolución.

“Por quórum debemos entender el número de acciones representadas en una asamblea y que constituyen una parte del capital social, no inferior al

señalado por la ley o por los estatutos, para que una asamblea puede deliberar válidamente."<sup>95</sup>

Consideramos, que la anterior definición debe especificar la Importancia del quórum para la validez de las resoluciones del cuerpo que delibera.

### **3.3.2 Acciones que pueden concurrir a las Asambleas de Fusión.**

Dice Vázquez del Mercado que "La posesión de una acción es requisito indispensable para tener derecho a participar en la Asamblea (...) Vinculado a este derecho de participación está la obligación del depósito del título ..."<sup>96</sup>

De lo anterior, surge la cuestión de saber qué acciones representativas del capital social de la SOCIEDAD MEXICANA, pueden comparecer a la Asamblea de Accionistas, que resolvería sobre la fusión internacional y cuáles de ellas pueden votar.

El fin de este trabajo, no es analizar detalladamente todos los aspectos de las acciones, eso excede por mucho los alcances de esta investigación, por lo

---

<sup>95</sup> *Ibid.* p 77.

<sup>96</sup> *Ibid.* p. 85.

que solo marcaremos los aspectos generales que sirven para el tema en comento, siguiendo a la doctrina de más autoridad en el tema.

La acción se analiza comúnmente desde tres puntos de vista,

- como parte del capital social,
- como complejo de derechos y obligaciones, y
- como título de crédito.

\* Como parte del capital social el artículo 111 de la LGSM señala lo siguiente:

"Artículo 111.- Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley."

El capital social es la suma de aportaciones de los accionistas, las acciones representan al capital social y significan una parte alícuota del mismo. En otro sentido, al ser las acciones una parte del capital social representan el límite de la responsabilidad de los accionistas. Así lo establece el artículo 87 de la LGSM.

"Artículo 87. Sociedad Anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones."

\* Como complejo de derechos y obligaciones; las acciones aglutinan en los títulos, todos los derechos y obligaciones de los accionistas frente a la sociedad. "En el título se incorporan los poderes y derechos de su tenedor, aunque no es indispensable tener materialmente el título para ser titular de la acción, aún no expedido esté, el socio puede ejercer sus derechos como tal."

\* Como título de crédito; se estudia a las acciones en virtud de lo dispuesto por el artículo 111 de la LGSM ya transcrito, conforme al cual, las acciones se regirán por las disposiciones relativas a valores literales. Al efecto, le son aplicables a los títulos de acciones los principios de incorporación, literalidad, legitimación y autonomía, aunque ese último limitado, ya que la propia LGSM previene, en su artículo 129, que la sociedad emisoras de las acciones considerará como propietario de las acciones a la persona que aparezca registrada en el Libro de Registro de Acciones de la sociedad. No obstante, como señala Vázquez del Mercado, esta limitación no puede considerarse absoluta, ya que en caso de enajenación de las acciones, éstas se deben endosar y validamente el endosatario puede presentarse a la asamblea, para pedir que se realice el asiento referente a la transmisión, sin que tenga poder jurídico alguno el endosante enajenante para comparecer a la asamblea.



Ahora bien, por principio, todas las acciones tienen igual valor y confieren iguales derechos a sus propietarios, sin embargo, la propia LGSM previene que se pueden emitir diversas clases de acciones, con derechos regulados y no eliminados, cuando así lo prevenga el contrato social o lo determine la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas. En este sentido, es relevante saber si todos los accionistas o los poseedores de títulos que se denominen acciones, pueden comparecer a la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas en la cual se discutirá la fusión internacional o solamente algunos de ellos.

#### **3.3.2.1 Accionistas Morosos.**

“Los accionistas morosos, es decir, aquellos que no hayan cubierto la parte de las exhibiciones exigibles, tienen derecho a participar.”<sup>97</sup>

Estamos ante las acciones denominadas pagadoras, las cuales, aunque no haya sido cubierto el total de su valor, otorgan a sus titulares los derechos económicos y de consecución, inherentes a la clase de acciones que detentan, desde el momento del acto jurídico de suscripción de las acciones.

La LGSM reconoce a las acciones pagadoras como sigue:

---

<sup>97</sup> *Ibid.* p. 90.

“Artículo 117.- La distribución de utilidades y del capital social se hará en proporción al importe exhibido de las acciones.

Los suscriptores y adquirentes de acciones pagadoras serán responsables por el importe insoluto de las acciones durante cinco años, contados desde la fecha de registro del traspaso, pero no podrá reclamarse el pago al enajenante sin que antes se haga excusión en los bienes del adquirente.”

### **3.3.2.2 Bonos de Fundador.**

“Los bonos de fundador no se consideran parte del capital social. El poseedor de estos títulos, es un simple acreedor de la sociedad, y como tal, se le confiere únicamente el derecho a percibir la participación en las utilidades que el bono exprese y por el tiempo que en el mismo se indique ...”<sup>98</sup> La referencia a los bonos de fundador, implica que su titular no tiene derecho a participar en forma alguna, ni en la instalación, ni en la toma de decisiones de Asamblea. Solamente puede comparecer como Invitado, sin voto, en su calidad de acreedor social

---

<sup>98</sup> *Ibid.* p. 91.

si es invitado, pero no podrá votar, ni manifestarse, ni será tomado en cuenta para efectos del capital social.

#### **3.3.2.3 Acciones Industriales**

Son acciones emitidas a favor de las personas que con el carácter de socios prestan sus servicios a la sociedad, en lugar de aportar bienes o numerario. No obstante, no forman parte del capital, por lo que no pueden participar en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas y no se computan para determinar quórum de instalación, ni de votación.

#### **3.3.2.4 Acciones de Trabajo.**

Se dan a empleados para retribuirlos e interesarlos en la marcha del negocio. No participan en la asamblea u otro órgano social porque no forman parte del capital social, en consecuencia no pueden asistir, ni votar en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas que resuelva la fusión internacional con la SOCIEDAD EXTRANJERA.

#### **3.3.2.5 Acciones Privilegiadas.**

Estas acciones se emiten, para otorgar una preferencia respecto de acciones ordinarias, para el pago de dividendos o cuota de liquidación, ya por prioridad en tiempo o por ventaja en el monto del dividendo que se atribuye.

Las sociedades anónimas utilizan frecuentemente estas acciones para hacerse de fondos, otorgando a los tenedores el beneficio económico a largo plazo, a cambio de no intervenir en las decisiones sobre la marcha de la sociedad.

La doctrina las caracteriza así: "En cuanto al derecho de participación respecta, en virtud de que las acciones privilegiadas confieren a sus poseedores la calidad de socio y por ende todos los derechos inherentes, no vacilamos en afirmar que dicha clase de acciones confieren indiscutiblemente, el derecho de participación. Sin embargo, en cuanto al derecho de voto se refiere, no podemos decir lo mismo. Por lo general y a consecuencia del privilegio de que gozan, las acciones privilegiadas tienen derecho de voto únicamente cuando en la asamblea se trate sobre la prórroga de la duración de la sociedad, o viceversa sobre la disolución anticipada; sobre el cambio de objeto o de nacionalidad de la sociedad; o bien, acerca de la transformación o fusión del ente moral."<sup>99</sup>

Nosotros consideramos que los accionistas titulares de las acciones privilegiadas pueden participar y votar en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas que decida sobre la fusión internacional, porque sí representan al

---

<sup>99</sup> *Ibid.* p. 98.

capital social y cuentan con los derechos corporativos, siempre y cuando se prevea, en los estatutos o en el acta de emisión, que gozarán de esos derechos.

#### **3.3.2.6 Acciones de Voto limitado.**

Son una especie de las acciones privilegiadas, pero con la característica de que aquéllas pueden tener limitado el voto y a éstas necesariamente se les limita.

No obstante, la regulación no es eliminar el derecho, por lo que pueden participar en la Asamblea que resuelva sobre la fusión internacional y sus acciones deben ser consideradas para efectos de quórum.

"Artículo 113.- Cada acción sólo tendrá derecho a un voto, pero en el contrato social podrá pactarse que una parte de las acciones tenga derecho de voto solamente en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar los asuntos comprendidos en las fracciones I, II, IV, V, VI y VII del artículo 182."

#### **3.3.2.7 Acciones de Goce.**

Se emiten por la sociedad anónima, entregándose a sus accionistas a cambio de acciones ordinarias. Las acciones de goce, dan derecho a percibir utilidades líquidas, después de que se haya pagado a las acciones no reembolsables el dividendo señalado en el contrato social. Además, en caso de

liquidación concurrirán con las no reembolsadas, en el reparto del haber social y después de que éstas hayan sido integralmente cubiertas.

Vázquez del Mercado, opina que el titular de las acciones de goce conserva la calidad de accionista. "En virtud de que las acciones de goce conservan la calidad de accionista al poseedor de éstas, su titular estará capacitado para participar en la asamblea."<sup>100</sup>

Este tema ha sido muy discutido por la doctrina que se inclina hacia una interpretación exegética de la LGSM, autorizando a las acciones de goce a participar en las asambleas, si así lo previene el contrato social.

Por nuestra parte, consideramos que las acciones de goce no pueden participar en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas que resuelva la fusión internacional, pues no forman parte del capital social y como señalamos con anterioridad, las acciones que participan si representan al capital social. En todo caso, se pueden oponer a la ejecución de los acuerdos de fusión como acreedores a través del procedimiento señalado en el artículo 224 de la LGSM.

---

<sup>100</sup> *Ibid.* p. 102.

Lo anterior, ya que "... la Exposición de Motivos manifiesta que no pueden estimarse como representativas de una parte de capital social, sino que se trata de títulos creados como consecuencia de la amortización de acciones."<sup>101</sup>

Por otra parte, el artículo 137 de la LGSM previene que se les podrá otorgar el derecho de voto en los estatutos a las acciones de goce.

"Artículo 137.- Las acciones de goce tendrán derecho a las utilidades líquidas, después de que se haya pagado a las acciones no reembolsables el dividendo señalado en el contrato social. El mismo contrato podrá también conceder el derecho de voto a las acciones de goce.

..."

En este caso, consideramos que es un derecho habilitado, en función de la libertad de contratar de los accionistas y no derivado de la naturaleza de las acciones de goce.

### **3.3.2.8 Acciones Adquiridas por la Propia Sociedad.**

La LGSM prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones; pero excepcionalmente como consecuencia de pago de créditos a la sociedad, se permite que adquiera ésta sus propias acciones, como consecuencia

---

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín.. T. I, *Op. cit.* p. 293.

de la adjudicación judicial correspondiente, caso en el cual no deberían estar representadas en la Asamblea General Extraordinaria que resuelva la fusión, pero sí deberán tomarse en cuenta para computar el capital social, en virtud de que hasta no disminuir el capital social y la consecuente cancelación de las acciones adquiridas por la propia sociedad, jurídicamente representan el capital social y por lo tanto son una parte del mismo. El cómputo de las acciones se debe efectuar conforme se encuentre el registro en el Libro de Registro de Accionistas, de tal suerte que si el capital social está dividido por 100 acciones con derecho a voto, entonces todas esas acciones se deben considerar para los quórum de instalación y votación; en el caso de la fusión, si es instalada la asamblea con 75 acciones y tomada la decisión con 50 acciones, consideramos válida la resolución que se tome sobre la fusión, salvo que los estatutos dispongan otra regla.

### **3.3.2.9 Acciones en Usufructo.**

La doctrina tiene posiciones encontradas en este aspecto, pues mientras Barrera Graf señala: "En cambio, y salvo, nuevamente, el pacto en contrario de las partes, no le correspondería ni el voto, ni el derecho de opción, porque ni uno ni otro constituyen frutos. En aquél caso, si bien el voto es importante para el ejercicio del derecho al dividendo, el usufructuario carecería de él ..."<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 498.



Por otra parte, Oscar Vázquez del Mercado sostiene que se debe distinguir el tipo de asambleas que sean celebradas, así en las asambleas ordinarias el usufructuario tendrá el derecho de voto porque tiene el *ius utendi* y el *ius fruendi* y dado que en la asamblea ordinaria de accionistas se administra y en

su caso se reparten dividendos, actos que entran dentro de los derechos mencionados. En lo que respecta a las asambleas extraordinarias de accionistas, el nudo propietario es la persona facultada para usar el derecho de voto, porque se discuten asuntos esenciales para la sociedad.<sup>103</sup>

Nosotros coincidimos con Barrera Graf, pues el *ius fruendi* que se transmite al usufructuario, se refiere a los frutos civiles, esto es a los dividendos y salvo pacto en contrario, no puede usar las acciones.

#### **3.3.2.10 Acciones en Prenda.**

“En cuanto a nuestro derecho, consideramos que no debe haber duda de que el acreedor prendario puede participar en la asamblea y ejercitar el derecho de voto. El artículo 338 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que el acreedor prendario, además de estar obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, debe ejercitar todos los derechos inherentes a ellos.”

---

<sup>103</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 105 y sigs.

"Uno de estos derechos es el de voto, por lo tanto, y en virtud de que el acreedor prendario tiene un derecho real sobre la acción, y se le confía no sólo la custodia sino también la administración. de la cosa, debe considerarse con facultades para ejercitarlo."<sup>104</sup>

Barrera sostiene una posición opuesta diciendo, "El deudor prendario - salvo pacto en contrario- no pierde el derecho de voto, ni tampoco otros derechos que no derivan de la acción, sino que se atribuyen como derechos individuales del socio o accionista, no se conceden al acreedor prendario ..."<sup>105</sup>

Nosotros, coincidimos con la opinión que señala que el acreedor prendario tiene la facultad para ejercer los derechos de consecución, pues este razonamiento encuentra sustento en las leyes y además, debemos considerar lo mencionado respecto de la acción como complejo de derechos y obligaciones incorporados en la misma. Por lo tanto, el acreedor prendario puede asistir a la asamblea extraordinaria que resuelva sobre la fusión internacional de sociedades.

#### **3.3.2.11 Acciones Embargadas.**

En este caso, el accionista deudor conserva todos los derechos sobre las acciones, porque el embargo no tiene por efecto despojar al accionista de su

---

<sup>104</sup> *Ibid.* p. 106.

<sup>105</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 497.

calidad y por consiguiente no lo despoja de sus derechos de asistir y votar incluso en las asambleas extraordinarias que resuelvan sobre la fusión internacional.

#### **3.3.2.12 Acciones en Reporto.**

El reporto, dice el artículo 259 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es una operación a través de la cual, el reportador adquiere, por una suma de dinero, la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio, más un premio. Claro es, que la propiedad de los títulos de acciones se transmite al reportado, por lo tanto, éste será el accionista durante el plazo del reporto y podrá asistir a la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas que resuelva la fusión.

#### **3.3.2.13 Acciones en Fideicomiso.**

En este caso, quién tendrá derecho a asistir y votar en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas será la Fiduciaria, porque a ésta se le transmite la propiedad de los títulos, misma propiedad que surte efectos en términos del artículo 354 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

“Artículo 354.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes muebles, surtirá efectos contra tercero desde la fecha en que se cumplan los requisitos siguientes:

- I. Si se tratare de un crédito no negociable o de un derecho personal, desde que el fideicomiso fuere notificado al deudor,
- II. Si se tratare de un título nominativo, desde éste se endose a la institución fiduciaria y se haga constar en los registros del emisor, en su caso;
- III. Si se tratare de una cosa corpórea o de títulos al portador, desde que estén en poder de la institución fiduciaria.”

#### **3.3.2.14 Acciones Propiedad de la Fusionante.**

En este caso, la sociedad fusionante no tiene impedimento alguno para asistir y votar en la Asamblea General Extraordinaria que resuelva sobre la fusión, siempre que sea propietario de las acciones con derecho a voto del capital social de la fusionada. Al efecto, se puede señalar un interés contrario en términos del artículo 198 de la LGSM, si con motivo de la fusión se perjudica alguno de los accionistas económica o corporativamente.

#### **3.3.2.15 Instrumentos de Inversión Neutra.**

La LIE previene que las sociedades mexicanas, pueden emitir acciones con derechos corporativos limitados, que no computarán para determinar el porcentaje de inversión extranjera. En este caso, consideramos que se debe establecer expresamente en el acta de emisión de acciones, los derechos corporativos que se otorguen, de lo contrario los titulares no tendrán derecho de voto en

Asambleas Extraordinarias en las que se resuelva sobre la fusión internacional; porque la naturaleza de estas acciones es solamente, otorgar derechos pecuniarios para no rebasar los porcentajes de inversión extranjera y si se tomaran en cuenta para determinar el capital social, lo que se limitaría son los derechos de voto.

Se apoya la afirmación anterior, en lo siguiente:

"En conclusión, podemos decir que cuando se trata de Asambleas Ordinarias, todas las acciones deben tomarse en consideración para constituir el quórum y que la mayoría de votos no se computa en relación con la totalidad de las acciones que representen el capital social, sino en relación con las acciones que tengan derecho de voto. En las Asambleas Extraordinarias se computa la totalidad de acciones tanto para establecer el quórum cuanto para determinar la mayoría."<sup>106</sup>

### 3.3.3 CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES.

Una vez que se ha Instalado la asamblea, los accionistas han procedido a la deliberación de la propuesta de fusión de la SOCIEDAD MEXICANA con la SOCIEDAD EXTRANJERA y en su caso, salvo lo dispuesto por los estatutos de

---

<sup>106</sup> *Ibid.* p. 80.

aquella, se puede aprobar, por el voto positivo de por lo menos la mitad de las acciones en que se divide el capital social de la SOCIEDAD MEXICANA.

Sin embargo, contrario a la opinión más autorizada, consideramos que el contenido de la resolución tomada en la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas, puede consistir en delegar en el Consejo de Administración bajo ciertos lineamientos, la decisión de aprobar la fusión internacional de la SOCIEDAD MEXICANA con la SOCIEDAD EXTRANJERA.

La LGSM, no prohíbe en forma alguna dicha resolución, lo contrario no se desprende de lo previsto por el artículo 182 de la LGSM.

Adicionalmente, el artículo 178 de la LGSM previene la existencia de Delegados Especiales, quiénes deben acatar y cumplir las resoluciones de la Asamblea y a falta de designación el Consejo de Administración asume esa responsabilidad.

Además, la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas como órgano supremo de la sociedad puede resolver que el Consejo de Administración apruebe o desapruébe la fusión internacional incluso bajo ciertas condiciones.

"Artículo 178.- La Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad, podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta, y sus resoluciones serán cumplidas por el

personal que ella misma designe, o a falta de designación, por el Administrador o por el Consejo de Administración.

En los estatutos se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de Asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en Asamblea General o Especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito. En lo no previsto en los estatutos serán aplicables en lo conducente, las disposiciones de esta Ley.”

La opinión contraria es sostenida por Barrera Graf, que señala:

“La discusión y aprobación en su caso del acuerdo, es competencia exclusiva e indelegable de la Junta o Asamblea de Socios o de Accionistas, según sea el tipo de sociedad de que se trate.”<sup>107</sup>

### **3.3.4 ACTAS DE ASAMBLEA.**

Agotada la deliberación y en su caso toma de resoluciones sobre los puntos anotados en la Orden del Día, se procede a dar por terminada la

---

<sup>107</sup> *Ibid.* p. 695.

Asamblea y el secretario comúnmente redacta el Acta de la misma, en la cual constan los acuerdos en ella tomados, procurando que la redacción sea de la manera más clara. El acta de asamblea de accionistas debe cumplir lo dispuesto por el artículo 41 del C. Co., conforme a lo siguiente:

“Artículo 41.- En el libro de actas que llevará cada sociedad, cuando se trate de juntas generales, se expresará: la fecha respectiva, los asistentes a ellas, los números de acciones que cada uno represente, el número de votos de que pueden hacer uso, los acuerdos que se tomen, los que se consignarán a la letra; y cuando las votaciones no sean económicas, los votos emitidos, cuidando, además, de consignar todo lo que conduzca al perfecto conocimiento de lo acordado. Cuando el acta se refiera a una junta del consejo de administración sólo se expresará: la fecha, nombre de los asistentes y relación de acuerdos aprobados. Estas actas serán autorizadas con las firmas de las personas a quienes los estatutos confieran esta facultad.”

La redacción del Acta de Asamblea, su autenticación, firma y asiento en el Libro de Actas de Asamblea de la SOCIEDAD MEXICANA, es de gran importancia. Esto es así, en virtud de que el Acta de Asamblea constituye prueba respecto de la validez de los acuerdos tomados por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la SOCIEDAD MEXICANA y de que su sentido fue el de fusionarse con la SOCIEDAD EXTRANJERA.



En este sentido, se manifiesta Vázquez del Mercado en la siguiente forma:

“El Acta, repetimos no es más que un medio de prueba y tan es así, que se admite que si el Acta faltase, la deliberación podría aprobarse a través de otros medios de prueba que la Ley reconoce.”<sup>108</sup>

El valor probatorio de las Actas, adquiere mayor importancia si se considera la inscripción en el Registro Público de Comercio y además, en razón de que establece los límites y las facultades de los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Asamblea, que pueden ser el Consejo de Administración o Delegados Especiales. Siendo la fusión un acto de la vida corporativa, que afecta profundamente la capacidad y desarrollo de la sociedad, consideramos que los términos del Acta serán la medida de las facultades de los ejecutores, del valor en el que se deben canjear las acciones y la determinación de cuantas se entregarán a los accionistas de la SOCIEDAD EXTRANJERA, que devendrán en accionistas de la SOCIEDAD MEXICANA.

Redactada el acta se debe proceder a su asiento en el Libro de Actas de Asamblea de la Sociedad, conforme al artículo 194 de la LGSM.

---

<sup>108</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 213.

"Artículo 194.- Las actas de asambleas generales de accionistas se asentarán en el libro respectivo y deberán ser firmadas por el presidente y por el secretario de la asamblea, así como por los comisarios que concurren. Se agregarán a las actas los documentos que justifiquen que las convocatorias se hicieron en los términos que esta ley establece."

"Cuando por cualquiera circunstancia no pudiere asentarse el acta de una asamblea en el libro respectivo, se protocolizará ante notario."

"Las actas de las asambleas extraordinarias serán protocolizadas ante notario e inscritas en el Registro Público de Comercio."

Una vez redactada y firmada el acta de asamblea, se debe protocolizar ante fedatario público, el cual puede ser notario público, conforme al artículo 194 de la LGSM o formalizarse ante corredor público, en términos del artículo 6, fracción VI de la Ley Federal de Correduría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1992.

"Artículo 8.- Al corredor público corresponde:

...

VI. Actuar como fedatarios en la constitución, modificación, fusión, escisión, disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles y en los demás actos previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles; y ..."

Además, se deberá proceder a la inscripción de la misma en el Registro Público de Comercio, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 194 de la LGSM, conforme el cual, las actas de las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas deben protocolizarse e inscribirse en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad.

Por lo tanto, en esta parte del proceso de fusión internacional es menester el correcto levantamiento del Acta de Asamblea.

### **3.4 DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACCIONISTAS.**

El artículo 201 de la LGSM previene que los accionistas que representen el 33% del capital social, tienen derecho a oponerse en la vía judicial a las resoluciones de las asambleas generales, lo que genera un derecho importante para las minorías y que pueden influir evitando que se concreten los acuerdos de la fusión internacional.

Las minorías de la SOCIEDAD MEXICANA, pueden oponerse judicialmente a la resolución de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas que resuelva la fusión internacional, solamente cuando se viole alguna disposición legal o de los estatutos de la SOCIEDAD MEXICANA; es decir, si la fusión internacional les afecta en algún sentido económico o de otro modo, las minorías de accionistas no tendrán el derecho de oposición, solamente tendrán el derecho

de retiro general, el derecho de separación en los casos que señala la LGSM o podrán enajenar sus acciones.

"Artículo 201.-Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las asambleas generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

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

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

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

No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los administradores o de los comisarios."

De la fracción tercera del artículo mencionado, se desprende que las causas de oposición solamente son violaciones a la ley o a los estatutos sociales.

**CAPÍTULO IV**  
**CONTRATO DE FUSIÓN INTERNACIONAL.**

Congruente con el esquema que hemos trazado, la siguiente etapa en el proceso para la realización de una fusión internacional consiste en la celebración por parte de la SOCIEDAD EXTRANJERA y la SOCIEDAD MEXICANA del Contrato de Fusión internacional, el cual no se encuentra tipificado por los códigos y leyes de México, no obstante su regulación, en caso de aplicarse el derecho positivo mexicano a alguno de sus aspectos o a todo, será el correspondiente a los contratos atípicos de naturaleza mercantil.

Del Contrato de Fusión, Barrera Graf opina: "Se trata de un contrato de naturaleza corporativa, en que el acuerdo de voluntades de las sociedades que lo integran no se da en un solo acto, como en los contratos entre presentes (art. 1805 C. Civ), ni a través de oferta y aceptación, como en los contratos entre ausentes (art. 1807 C.C.) sino a través de etapas, como señalamos, hasta lograr el acuerdo de voluntades de todas las partes para crear, transferir, modificar y extinguir obligaciones."<sup>109</sup>

No mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de este contrato corporativo y la reglamentación aplicable. Para nosotros, el contrato de fusión es un negocio jurídico por virtud del cual la SOCIEDAD MEXICANA tiene derecho a adquirir de la SOCIEDAD EXTRANJERA y ésta tiene la obligación de aportar a título universal todo su patrimonio, extinguiéndose esta última como consecuencia, acto que tiene como objeto indirecto el patrimonio de la fusionada.

---

<sup>109</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 695.

Es un contrato obligacional, ya que su objeto es generar obligaciones y derechos para las partes.

El contrato de fusión internacional, representa el primer acto dentro del procedimiento de la fusión, que afecta a las diferentes sociedades jurídicamente, pues de dicho contrato de fusión Internacional surgen derechos y obligaciones para la fusionante y para las fusionadas.

La revisión del contrato de fusión internacional se debe hacer en dos aspectos, que son los elementos constitutivos y de validez. Sin dichos elementos, no hay o no es eficaz jurídicamente el contrato de fusión internacional.

#### **4.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO DE FUSIÓN INTERNACIONAL.**

Como cualquier otro contrato, el de Fusión Internacional requiere desde el punto de vista del análisis del Derecho Civil o Mercantil, del cumplimiento o la satisfacción de requisitos de existencia y de validez, que como sabemos dentro del primer rango son consentimiento, objeto y la forma, ausencia de vicios del consentimiento, capacidad y licitud en su objeto, motivo o fin, dentro del segundo plano, si se sujeta a derecho mexicano.

Para que el contrato de fusión internacional exista en el mundo jurídico debe satisfacer los elementos para su formación;

- el consentimiento, conformado por la oferta ó policitud y la aceptación; y
- el objeto, respecto del cual se señala en primer lugar la generación de derechos y obligaciones recíprocas para la SOCIEDAD MEXICANA y para la SOCIEDAD EXTRANJERA, y en segundo lugar el patrimonio de la fusionada que se transmite a la fusionante.

Los anteriores factores, son casi universales, sin embargo su regulación dependerá del derecho aplicable a la formación y validez del contrato que se analizara más adelante.

El objeto directo del contrato de fusión, es la transmisión del patrimonio de la fusionada, el objeto indirecto es el patrimonio de la fusionada.

Las obligaciones que surgen del contrato, son:

- transmisión de todos los bienes tangibles e intangibles, susceptibles de apreciación pecuniaria, que forman el patrimonio de la SOCIEDAD EXTRANJERA;
- la adquisición de todo el patrimonio por parte de la SOCIEDAD MEXICANA;
- Inscripción de todos los documentos correspondientes en los registros respectivos, por parte de la SOCIEDAD MEXICANA, incluso aquellos que se deriven de las leyes aplicables a la SOCIEDAD EXTRANJERA;



- en su caso, la emisión de acciones como consecuencia de un aumento de capital, que debe efectuar la SOCIEDAD MEXICANA, entregando los títulos de acciones a los accionistas de la SOCIEDAD EXTRANJERA en canje, conforme a los términos de la carta de intención y de los acuerdos de asamblea de accionistas correspondientes o en su caso, estipulando dicho canje en el propio contrato de fusión internacional.

La ejecución de estas obligaciones y su exigibilidad, dependerá del derecho que regule al contrato de fusión internacional, según se verá más adelante.

#### **4.2 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FUSIÓN INTERNACIONAL**

La doctrina civilista clasifica los contratos por regla general, para facilitar su conocimiento, siendo práctico en algunos casos. Nosotros, consideramos que clasificar el de fusión internacional, posee una doble importancia: primero didáctica y luego práctica, pues facilitará el reconocimiento del derecho aplicable en razón de su internacionalidad.

La clasificación que seguiremos será la adoptada por los dogmáticos jurídicos mexicanos, procurando utilizar criterios generales, dada la internacionalidad del contrato y excluyendo aquellos que de suyo no se aplique al contrato de fusión internacional. Los criterios más generales, son el de las

obligaciones que se generan, que establece la manera de expresar el consentimiento.

#### **4.2.1 Contrato Unilateral o Bilateral.**

Se dice que los contratos pueden originar obligaciones para todas las partes del contrato, caso en el cual, se les denomina contratos bilaterales o multilaterales. Estos dependen de si están obligadas en el contrato dos o más partes y se contraponen a los denominados unilaterales, que son aquellos en los cuales una sola de las partes se encuentra obligada.

Desde este criterio, el contrato de fusión Internacional, es un contrato bilateral, pues como veremos más adelante, se obliga la fusionada a transmitir su patrimonio, en virtud, de que la fusionante se obliga a asumir los derechos y obligaciones que conforman al mismo, de lo que se derivan obligaciones recíprocas para las dos partes que intervienen en la fusión.

Francisco Lozano Noriega establece que la importancia de esta clasificación es derivada de tres argumentos, a saber:

- De la cláusula de rescisión de los contratos bilaterales, conforme a la cual, una de las partes puede rescindir el contrato si la otra no cumple con sus obligaciones;

- también es importante, por la efectividad de la excepción de contrato no cumplido; y
- por último por el problema de los riesgos de los bienes que forman el patrimonio de la fusionada.

Dentro del primer aspecto, Vázquez del Mercado establece la posibilidad de rescindir el contrato de fusión. "Ahora bien, si el acuerdo por adolecer de vicios se viene abajo, el contrato de fusión carece de su fundamento esencial porque la voluntad expresada por una o las partes no encontrará su antecedente válido en el acto unilateral que determinó la celebración del negocio de fusión. Procede, por lo tanto, la rescisión, si consideramos que el contrato de fusión es como cualquier otro contrato en que las prestaciones derivadas del mismo son correlativas."<sup>110</sup>

Lo anterior, nos parece a primera vista acertado, sin embargo, merecerá en otro lugar un análisis a fondo, por los problemas de procedimiento para demandar la rescisión, si se considera que la sociedad fusionada desaparece al surtir efectos la fusión.

#### **4.2.2 Contratos Onerosos y Gratuitos.**

El contrato de fusión internacional es un contrato oneroso, derivado de las

---

<sup>110</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 308 y 309.

cargas que recaen tanto para la fusionante, asumir el patrimonio y en su caso emitir nuevas acciones para entregarlas a los accionistas de la fusionada y para la fusionada realizar diversas obligaciones como registros y transmisión de bienes, sin que exista la posibilidad de que haya una liberalidad para considerar al contrato gratuito.

#### **4.2.3 Contratos Consensuales, Formales, Solemnes y Reales.**

Se establece por la doctrina, que el contrato consensual es aquél cuyo consentimiento se expresa de manera verbal, sin que exista documento u otro acto que prevenga el modo de expresar el consentimiento para obligarse. Ejemplo de esto son los contratos mercantiles regulados por el artículo 78 del C. Co., que señala:

"Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados"

Desde nuestra perspectiva, el contrato de fusión internacional que surte efectos en México, no puede ser consensual, porque la LGSM establece en el artículo 223 que se inscribirán los acuerdos de fusión y se publicarán en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse.

Los contratos formales, son aquellos a los cuales la ley les señala una manera determinada para manifestar el consentimiento de obligarse.

Consideramos que el contrato de fusión internacional es formal, pues se debe expresar por escrito, se debe inscribir en el Registro Público de Comercio y publicar en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse.

Por otro lado, si se celebra el contrato, por ejemplo, conforme a las leyes del Estado de Nueva York, Estados Unidos de América, el New York General Obligations Law, establece que debe ser por escrito cualquier contrato en este sentido.

### **"New York General Obligations Law**

---

#### **Sec. 5-1401. Choice of law**

1. The parties to any contract, agreement or undertaking, contingent or otherwise, in consideration of, or relating to any obligation arising out of a transaction covering in the aggregate not less than two hundred fifty thousand dollars, including a transaction otherwise covered by subsection one of section 1-105 of the uniform commercial code, may agree that the law of this state shall govern their rights and duties in whole or in part, whether or not such contract, agreement or

undertaking bears a reasonable relation to this state. This section shall not apply to any contract, agreement or undertaking (a) for labor or personal services, (b) relating to any transaction for personal, family or household services, or (c) to the extent provided to the contrary in subsection two of section 1-105 of the uniform commercial code.

2. Nothing contained in this section shall be construed to limit or deny the enforcement of any provision respecting choice of law in any other contract, agreement or undertaking.”<sup>111</sup>

La solemnidad en los contratos representa una formalidad, sin la cual, éste no existe jurídicamente. Desde esta perspectiva, no hay en el contrato de fusión internacional un acto que represente una forma de manifestación de la voluntad negocial de las sociedades que se integran a la fusión y sin este el contrato no existe en el mundo jurídico.

Por último, se establece que un contrato es real cuando se perfecciona con la entrega de los objetos materia del mismo, como podría ser el depósito. En este caso, tampoco estamos ante este tipo de contrato, porque de la entrega de los

---

<sup>111</sup> *New York General Obligations Law*, Title 5, Section 1401, 1987.

bienes no depende el perfeccionamiento de la fusión, a la luz del artículo 78 del C. Co. citado.

#### 4.2.4 Tiempo de Ejecución.

Se distingue en la doctrina, que los contratos pueden ser clasificados como instantáneos cuando "...las prestaciones de las partes, o por lo menos, de una de ellas, se ejecuta inmediatamente, en un solo momento, de un solo golpe."<sup>112</sup>

Otro tipo de contratos sujetos a esta clasificación son los de ejecución sucesiva, conforme a los cuales, las prestaciones de las partes se ejecutan de momento a momento durante el plazo del contrato.

Por último, los contratos de ejecución escalonada, son aquellos en que las prestaciones de las partes se van repitiendo a intervalos de tiempo.

Consideramos que el contrato de fusión Internacional es un contrato de

---

<sup>112</sup> LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil*. Quinta Edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., México, 1990, p. 37.

ejecución instantánea o sucesiva, dependiendo de los bienes que integren el patrimonio que se transmite.

### **4.3 OBLIGACIONES DE LA FUSIONANTE.**

El contrato de fusión internacional es la fuente de obligaciones de la sociedad fusionante, que consisten en:

#### **4.3.1 Asunción del Patrimonio de la Fusionada.**

Por efecto del contrato de fusión, la fusionante se obliga a asumir todas las obligaciones de las fusionadas, cumpliendo los compromisos adquiridos en los mismos términos y condiciones que los asumidos originalmente por la fusionada, ejemplo de esto, son las obligaciones laborales y con las autoridades fiscales.

En efecto, el alcance de la obligación de la fusionada, es tanto como el alcance de la obligación de la fusionante. A partir de que surta efectos la fusión, la fusionante responde con todo su patrimonio, ya incorporado el patrimonio de la fusionada, de las obligaciones que se contengan en el patrimonio como patrón, como deudor civil, mercantil, solidario, fiador, etc. Además, le corresponden las excepciones y defensas propias de la fusionada y las que devengan de la naturaleza de la operación correspondiente y los créditos.



El incumplimiento de esta obligación permite a los acreedores, antes de la fusión y después de la fusión de la fusionante, exigir el pago de las obligaciones. Esto es una excepción al principio de *res inter alios acta*, pues el contrato de fusión Internacional aprovecha a los acreedores, ya que a partir de la fusión cuentan con un patrimonio diferente que responda por sus obligaciones, que puede llegar a perjudicar a los acreedores si el patrimonio o valor de la fusionante resulta menor, abriendo la puerta para la oposición de los acreedores.

#### **4.3.2 Aumento de Capital.**

Como cláusula accesoria a los contratos de fusión, se suele establecer la obligación de la fusionante de aumentar su capital, en proporción al monto del activo que conforma el patrimonio de la fusionada.

Cabe señalar que en aquellas fusiones, en donde la SOCIEDAD EXTRANJERA es titular, por ejemplo del 51% del capital social de la SOCIEDAD MEXICANA, al tiempo de la fusión, no existirá aumento de capital, porque la SOCIEDAD EXTRANJERA ya es titular de acciones del capital social de la SOCIEDAD MEXICANA, es decir el capital social de la SOCIEDAD MEXICANA se forma con parte del capital de la SOCIEDAD EXTRANJERA. En este caso, solamente se cancela el capital de la fusionada SOCIEDAD MEXICANA en ese 51%.

#### **4.3.3 Emisión de Acciones.**

Como consecuencia del aumento de capital social, la fusionante se obliga a emitir y entregar acciones a los accionistas de la sociedad fusionada, constituyendo esta cláusula una nueva excepción al principio de res Inter alios acta, dado que el valor de las nuevas acciones puede ser mayor comercialmente al que tenían en la sociedad fusionada.

#### **4.3.4 Registros.**

Por último, la fusionante, tendrá las obligaciones de hacer los registros administrativos y mercantiles que correspondan y que se analizarán más adelante, con mayor detalle.

### **4.4 OBLIGACIONES DE LA FUSIONADA.**

#### **4.4.1 Transmisión del Patrimonio.**

Como obligación principal de la fusionada, está el entregar jurídicamente todos los bienes que forman su patrimonio a favor de la fusionante.

#### **4.4.2 Obtención del Consentimientos.**

Como cláusula accidental del contrato de fusión, se puede establecer que la fusionante obtenga los consentimientos de los acreedores, para que la fusión surta sus efectos desde el momento de su Inscripción en el Registro Público de Comercio.

#### **4.5 FORMA DE DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE FUSION INTERNACIONAL**

Tema diferente, pero que debe de ser analizado en virtud de la internacionalidad de la fusión, es el derecho aplicable al contrato de fusión internacional.

Hemos dicho que merced a la Lex Societatis, la SOCIEDAD MEXICANA seguirá el procedimiento de fusión de acuerdo a dicha ley, que en este, caso son sus estatutos sociales y la LGSM. Por otro lado, la SOCIEDAD EXTRANJERA procederá en igual sentido, pero aplicando sus estatutos sociales y la ley del lugar de su constitución. Esto es, habrá una aplicación acumulativa de las Lex Societatis.

Sin embargo, tratándose del Contrato de Fusión internacional, la regla de Lex Societatis queda suspendida, porque si bien la fusión es un acto complejo que se compone de diversas etapas a las cuales las regula una ley común, este

contrato se sustrae de dichas leyes, pues su ámbito de validez material no alcanza las obligaciones contractuales. Aunque el Contrato de Fusión Internacional es una etapa de todo el proceso de fusión, también es cierto que es un acto autónomo y como más adelante señalaremos, es el acto realmente constitutivo de la fusión internacional de sociedades.

El derecho aplicable al contrato de Fusión Internacional, se determina de tres formas, a saber:

- Por acuerdo de las partes, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad;
- Por la localización de los puntos de contacto, que permitan la aplicación de reglas de conflicto, que nos remitan al derecho aplicable a los diversos aspectos del contrato; y
- Por la aplicación de Convenciones Internacionales.

Estos son los mismos métodos que se ocupan en la determinación del derecho aplicable a la fusión internacional, con la particularidad de que para la regulación de este, no hay convenciones aplicables, ni siquiera los métodos alternos del Derecho Internacional Privado, tales como *lex mercatoria*, leyes modelo o las convenciones sobre contratación internacional de UNIDROIT. Sin

embargo, cabe aclarar que cualquiera de estas regulaciones alternativas se pueden aplicar por la vía del principio de autonomía de la voluntad en el Contrato de Fusión Internacional.

#### **4.5.1 Autonomía de la voluntad.**

Con base en este principio, las partes pueden pactar en el Contrato de Fusión Internacional las obligaciones, derechos y condiciones que deseen, solamente con las limitaciones que la justicia, la equidad y la buena fe que los sistemas jurídicos imponen para el ámbito internacional.

Las obligaciones contractuales en su gran mayoría existen, son válidas y están determinadas por la voluntad de los contratantes. La doctrina más autorizada señala: "... en lo que afecta al contenido de ciertos negocios jurídicos, contratos especialmente, para los que una poderosa corriente doctrinal y jurisprudencial patrocina la libertad de los contratantes para sujetar el contenido del negocio a la ley que prefieran, llega a admitir que, a falta de voluntad expresa que haga esta elección, será válida la que resulte de una voluntad tácita o presunta."<sup>113</sup>

Dicho principio de autonomía de la voluntad tiene en Derecho internacional Privado una función doble:

---

<sup>113</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. T. II. *Op. cit.* p. 293.

- una substancial y
- otra conflictual.

#### **4.5.1.1 Función Substancial.**

Esta función permite a las partes, bajo los límites de las normas internacionalmente imperativas, incorporar una ley extranjera al contrato, con el fin de que regule aquellos aspectos del contrato que no están expresamente contemplados.

Por ejemplo, aquellos casos en los que no se determine el lugar, la fecha de pago o las reglas de imputación de los mismos, entre otros aspectos.

#### **4.5.1.2 Función Conflictual.**

Esta función, permite a las partes de un Contrato Internacional elegir el ordenamiento jurídico que le otorgue fuerza de ley al contrato.

La función conflictual de la autonomía de la voluntad dice Miaja de la Muela, requiere de la admisión de dos principios:

"En primer lugar, y en contra de las tesis antiautonomistas, se reconoce que no todas las normas imperativas de la Lex Fori son aplicables a las relaciones privadas internacionales. Es decir, que la libertad contractual en el derecho internacional privado es más amplia que en la que se reconoce en el derecho interno. En segundo lugar, y en contra de las tesis subjetivistas puras, se parte de que los contratos sólo adquieren fuerza de ley entre las partes cuando se les integra dentro del marco de un ordenamiento jurídico estatal, exigencia que plantea, en el Derecho Internacional Privado, la necesidad de individualizar dicho ordenamiento jurídico."<sup>114</sup>

Lo anterior, es aceptado por nuestro orden jurídico, en el artículo 20 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, establece como obligatorio que la persona designada como embajador de México, sea de nacionalidad mexicana. Esta disposición es imperativa en el orden jurídico mexicano pero no afecta a las convenciones internacionales, que por ejemplo, en materia laboral pueda convenir a la persona designada como embajador.

Por lo que respecta al segundo aspecto, el reconocimiento de la convención y el otorgamiento de fuerza de ley por un orden jurídico para hacerlo cumplir a las partes, deviene de su aceptación en un orden jurídico como el

---

<sup>114</sup> *Ibid.* p. 296.

mexicano, en el hecho de que permita la exigibilidad o la coerción para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Así, entre diversas teorías, la autonomía de la voluntad tiene la posibilidad de señalar el derecho aplicable al Contrato de Fusión.

En nuestros CASOS, la SOCIEDAD MEXICANA y la SOCIEDAD EXTRANJERA pueden pactar que la fusión internacional que haya de tener efectos en México se rija, por ejemplo, por el Derecho Norteamericano del Estado de Nueva York, en uso de las facultades que la autonomía de la voluntad otorga a los contratantes. En nuestro derecho el principio de autonomía de la voluntad en materia mercantil está establecido plenamente en el C. Co. En tal virtud, cualquier convención mercantil que se someta al C. Co. únicamente, otorgará a las partes el derecho de utilizar el principio de autonomía de la voluntad para pactar sus obligaciones y los términos del contrato. Al efecto, el artículo 78 del C. Co. establece:

“Artículo 78 . En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”.

Sin embargo, la opción de elección de derecho aplicable a los contratos no es absoluta. La doctrina más autorizada señala que no es suficiente la facultad de



las partes para pactar el derecho aplicable a sus contratos, merced a la autonomía de la voluntad, dado que esta facultad puede quedar sujeta a la existencia de un vínculo entre el contrato y el derecho aplicable, el cual haga real la aplicación de un derecho determinado al contrato Internacional.

“Además del presupuesto examinado y generalmente admitido de que el contrato tenga un carácter internacional, la función conflictual de la *electio juris* suele subordinarse a la necesidad de que exista algún tipo de vinculación entre la ley elegida y el contrato de que se trate”.<sup>115</sup>

Insiste el Profesor de Madrid, en el fundamento o la base teórica para que la autonomía de la voluntad se encuentre limitada o sujeta a la vinculación efectiva del contrato con la ley designada como derecho aplicable conforme a lo siguiente:

“El fundamento de la necesidad de que el contrato esté vinculado con la ley elegida reside en la preocupación por evitar el fraude a la Ley. No obstante, como se ha puesto de relieve tanto desde posiciones objetivistas como subjetivistas, el fraude de ley no es un expediente adecuado en materia de Contratos Internacionales.

---

<sup>115</sup> *Ibid.* p. 305.

Desde una perspectiva objetivista, recurrir al fraude de ley significa utilizar un argumento sobre-abundante e innecesario. A los partidarios de la localización objetiva del contrato les basta, como se ha visto, con facultar al Juez para que se aparte de la ley elegida, por las partes, cuando dicha ley no corresponde a la que resulta aplicable en virtud de su localización objetiva, en base a los demás indicios considerados relevantes."<sup>116</sup>

Por otro lado, cabe señalar que si bien el límite a la autonomía de la voluntad no es el fraude a ley, también se ha autorizado que el límite a la autonomía de la voluntad será el estipulado por las normas llamadas de aplicación inmediata, es decir, aquellas normas contenidas en los sistemas jurídicos que tienen vocación Internacional y que tienen que ser aplicadas necesariamente a una relación internacional.

En el CASO 1 y en el CASO 2, se podría considerar como una norma de aplicación inmediata, la de Inversión Extranjera en México, por ejemplo aquéllas que limitan el porcentaje de participación extranjera en las sociedades mexicanas, en concreto, si de la fusión resultara que la fusionante en el CASO 1, es una Casa de Cambio o un Almacén General de Depósito y que los accionistas de la sociedad fusionada que podría ser un Banco, por ejemplo, devinieran en más de un 49% en su participación en el capital social de la fusionante, derivado del esquema y del sistema económico mexicano podría considerarse la norma prevista en el artículo 7 de la Ley de Inversiones Extranjeras, publicada en el

---

<sup>116</sup> *Ibid.* p 306.

Diario Oficial de la Federación el 27 de Diciembre de 1993, que es una norma de aplicación inmediata, que no permitiría a un Contrato de Fusión someterse a una ley, por ejemplo la norteamericana, para que la fusionante operara en México con un porcentaje de participación extranjera de un 50%.

Lo anterior, encuentra sustento desde la posición teórica del Profesor de Miaja de la Muela cuando señala que:

“Desde un enfoque conflictual y clásico las disposiciones imperativas susceptibles de afectar, total o parcialmente, a la validez del contrato se reducen a las normas imperativas de la Lex Fori aplicables directamente (normas de aplicación inmediata) o indirectamente a través de la excepción de orden público y a las normas imperativas de la Lex causae o ley aplicable al contrato.”<sup>117</sup>

De acuerdo a lo anterior, continúa la problemática de conocer a que orden jurídico se puede sujetar el Contrato de Fusión Internacional, pues la SOCIEDAD EXTRANJERA puede exigir que el contrato se someta a la legislación de su país, por ejemplo los Estados Unidos de América, para que en ese país pueda ser más fácil la ejecución o exigibilidad de las obligaciones en caso de incumplimiento de la SOCIEDAD MEXICANA o la interpretación de la ley norteamericana pueda

---

<sup>117</sup> *Ibid.* p 309.

afectar a terceros y otorgarles derechos que de otro modo no les correspondería. La posición opuesta la tendrá la SOCIEDAD MEXICANA.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva el fraude a la ley no es un expediente sobre abundante cuando se habla de relaciones de la sociedad fusionante con entes de gobierno o aquellos frente a los cuales se tenga una el deber de cumplimiento de una obligación. Por ejemplo, en el caso de sanciones administrativas, puede considerarse una evasión fraudulenta a la resolución que imponga sanciones a la sociedad fusionada en el acto de fusión, pues se puede argumentar que la sociedad que ha sido sancionada ha desaparecido y por lo tanto no puede imputársele la sanción a una persona que no existe. Del otro lado, la sociedad fusionante argumentará que ella no fue el sujeto de la sanción y esta es personal. En nuestro derecho se puede discutir este aspecto con bases sólidas para ambas partes. En este último escenario, la base de argumentación puede recaer en la violación del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que la aplicación de una sanción a la fusionada puede considerarse trascendental.

#### 4.5.1.3 Cláusula de Derecho Aplicable al Contrato de Fusión Internacional.

En ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, con toda su funcionalidad, las partes pactan la llamada cláusula de derecho aplicable al contrato internacional; o en otras palabras celebran "...la estipulación por medio de la cual las partes consensualmente establecen cuál será el derecho sustantivo que regulará su acuerdo de voluntades, por lo que en ella no se regula la jurisdicción (inclusive qué competencia judicial) o qué otro mecanismo de solución de controversias fue designado por las partes [...] También se estila estipular una elección convencional con sometimiento a la *lex mercatoria* o la armónica combinación de varios derechos, positivos o no, a través de la suscripción de un *depécage*."<sup>118</sup>

La cláusula sobre derecho aplicable puede ser hecha tanto en el cuerpo mismo del contrato internacional como en un convenio adicional al mismo, con igual valor jurídico.

La ley aplicable al Contrato de Fusión Internacional, parte de la distinción en el contrato internacional de los elementos para la formación, la validez y ejecución del contrato o en otras palabras, habrá que determinar el derecho aplicable a la capacidad de los contratantes para obligarse, el momento y la forma

---

<sup>118</sup> LÓPEZ VELARDE ESTRADA, Rogelio. *Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales*, en revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, Octubre, México. 1998, p. 39.

de exteriorizar el consentimiento para obligarse en el contrato y el fondo del mismo contrato internacional.

El pacto de sometimiento al derecho mexicano o a otro orden jurídico es eficaz bajo el imperio del orden jurídico mexicano, siempre y cuando lo acepte éste. En principio, se puede afirmar que el sometimiento a las leyes mexicanas recae tanto en las leyes sustantivas, como en las leyes conflictuales; ya que estas últimas son de orden público y por lo tanto no se pueden renunciar.

El artículo 4 del C. C. señala: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."

En apoyo de lo anterior, Rogelio López Velarde Estada señala: "En todo caso, estaría afectado de nulidad, conforme a nuestro derecho el pactar una cláusula de derecho aplicable, por medio de la cual las partes se sometieran al derecho sustantivo mexicano pero con exclusión de sus normas conflictuales, toda vez que estas reglas de derecho internacional privado son disposiciones de orden público en nuestro país."<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> *Ibid.* p. 51.

La estipulación de la cláusula de derecho aplicable debe estar permitida por el ordenamiento jurídico que le dé fuerza de ley al contrato internacional. La doctrina ha señalado dos fuentes normativas para regular las disposiciones sobre cláusula de derecho aplicable, que son:

- La ley interna y
- las Convenciones internacionales.

En el orden jurídico mexicano la ley interna estipula las cláusulas de derecho aplicable de la siguiente forma.

“Nuestro territorialismo moderado trabaja de la siguiente forma: como regla general aplica nuestro derecho sustantivo a todas las personas o bienes ubicados dentro de nuestro territorio, sin importar su nacionalidad o domicilio de sus titulares; [...] Como excepción a esta regla, aplicará el derecho extranjero en nuestro país cuando así lo disponga nuestro derecho positivo, o cuando lo prevean los tratados internacionales que haya ratificado nuestra nación.”<sup>120</sup>

A partir de 1988, se modificó substancialmente nuestro derecho internacional privado, sin colmar los problemas del tráfico internacional. Los días 7 de enero de 1988, 12 de enero de 1988 y 4 de enero de 1989 se publicaron los

---

<sup>120</sup> *Ibid.* p. 46.

decretos por los cuales se reformaron diversas disposiciones del C. C., Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Federal de Procedimientos Civiles y el C. Co. De LAS REFORMAS, tomaremos únicamente las aplicables a este estudio.

#### **4.5.1.3.1 Capacidad.**

No es objeto de la cláusula de derecho aplicable, ya que la capacidad de las personas jurídicas se regula por la *lex societatis* de cada sociedad que intervenga en la Fusión, conforme a la cual se determinará si cada una de las sociedades involucradas en la fusión cuentan con las facultades necesarias de acuerdo al estatuto personal de la sociedad, para celebrar el contrato de fusión.

En este respecto, consideramos que para efectos de la SOCIEDAD MEXICANA, los estatutos sociales deben establecer la posibilidad de ésta para celebrar contratos mercantiles y que su representante debe contar con la facultad para celebrar actos de dominio de manera general en términos del artículo 2554 del C. C., o su equivalente para poder enajenar todo el patrimonio de la sociedad fusionada, reflejado de una manera expresa.

La capacidad jurídica de la SOCIEDAD EXTRANJERA se rige por su *lex societatis*, conforme lo señalamos, por disposición de la Convención Interamericana sobre Capacidad y Personalidad de las Personas Jurídicas y el artículo 2736 del C. C. aplicable supletoriamente.



De no atender lo anterior, la sociedad que celebros el contrato de fusión Internacional estaría realizando un acto ultra vires, el cual sería anulable incluyendo responsabilidad personal de quienes se hayan ostentado como representantes. En los casos propuestos, si la SOCIEDAD MEXICANA no tiene la facultad para celebrar contratos, se podrá demandar la nulidad del contrato internacional de fusión de conformidad con la lex societatis de la SOCIEDAD MEXICANA.

#### **4.5.1.3.2 Forma y Perfeccionamiento del contrato de fusión internacional.**

No es objeto de la cláusula de derecho aplicable.

La forma en que debe exteriorizarse un acto que incluya un elemento de internacionalidad, comúnmente se ha regido por el principio de locus regit actum, es decir, se rige la forma de los actos jurídicos por la ley del lugar de su celebración. Dicho principio está asentado como norma conflictual en el artículo 13 fracción cuarta del C. C., por lo que desde esa apreciación no cabe pacto en contra. Así lo sostienen los autores, no obstante existen salvedades.

“Las, partes no pueden someter al derecho extranjero la forma y el perfeccionamiento de sus actos, convenios y contratos civiles mercantiles, ya que ello no está sujeto al imperio de la voluntad de las partes, salvo en el caso de que:

- se trate de algún contrato por celebrarse en el exterior donde las partes deseen sujetar su acuerdo de voluntades a las formalidades establecidas en el Código Civil, para lo cual el contrato deberá tener sus efectos jurídicos dentro de la República Mexicana,
- se trate de un arbitraje mercantil conforme a las reglas establecidas en el Código de Comercio, o
- sea aplicable la Convención de la Ciudad de México.”<sup>121</sup>

Además, en términos del artículo 12 del C. C. todos los actos ocurridos en México solamente se rigen por el orden jurídico vigente en ese territorio, norma que como señalamos es irrenunciable.

“Artículo 12.- Las Leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando estas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.”

---

<sup>121</sup> *Ibid.* p. 56.

La doctrina señala: "En la primera parte del precepto se observa que se sigue conservando el territorialismo a que nos referíamos antes, puesto que las leyes mexicanas son las que rigen en la República, pero también se abre la posibilidad de aplicar el derecho extranjero cuando las mismas leyes nacionales así lo prevean y cuando así lo dispongan los tratados firmados y ratificados por México."<sup>122</sup>

En efecto, la puerta para pactar la aplicación de derecho extranjero a la forma de los contratos y a su perfeccionamiento quedó abierta, pues se puede pactar derecho aplicable respecto de la forma del contrato internacional celebrado en el extranjero, si esa forma esta determinada por las leyes Mexicanas.

No obstante, para el contrato de fusión internacional en especial y para los contratos mercantiles en general, si el contrato se celebra en México o en el extranjero no es aplicable dicha regla.

Así lo expresa el código C. Co. en los artículos 78 y 79 que señalan:

"Art. 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga de la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

---

<sup>122</sup> GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. *Op. cit.* p. 25.

“Art. 79.- Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

Fracción I. ....

Fracción II. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio.”

Conforme a lo anterior en el CASO 1, si la celebración del contrato de fusión se lleva a cabo en la ciudad de Nueva York pero surte efectos en México la forma del contrato de fusión internacional, será conforme al derecho mexicano; pues se revestirá la forma señalada por la ley del lugar de celebración, esto es conforme a la ley de Nueva York. En caso de encontrar que alguna formalidad del ordenamiento jurídico aplicable a los contratos de estas características en Nueva York no se reunió, el contrato puede ser ineficaz.

Lo anterior, hace inaplicable la posibilidad de establecer la cláusula sobre derecho aplicable a la forma o perfeccionamiento de los contratos internacionales mercantiles, como el de fusión internacional, pues la ley especial mercantil de México, es excepcional e imperativa, estableciendo de forma obligada la aplicación del principio *locus regit actum* en este aspecto.

Se apoya la afirmación anterior, además de lo dispuesto por la ley, por la doctrina más autorizada y en contra de lo señalado anteriormente por López Velarde. En relación con el Derecho Mercantil, ya mencionado, tenemos en el Art. 79 frac. II C. Co., el criterio en el cual, se establece en grado absoluto, no optativo, el sistema de *locus regit actum* respecto a los requisitos de forma en los contratos celebrados en un país extranjero. Así se plantea la alternativa, si en relación con tales actos se admite la opción comentada en el Art. 13 frac. IV. C. C. D. F., relativa a un pacto en la aplicación del Derecho Federal o del Distrito Federal, respectivamente, en los asuntos mercantiles, como una solución o que se excluya esta posibilidad y se aplique, únicamente, en el Derecho Mercantil la determinación conflictual absoluta del Art. 79, Frac. II C. Co., coincidiendo en el sentido de la última posibilidad, por descansar en *lex specialis*.

#### **4.5.1.3.3 Efectos Jurídicos del Contrato de Fusión Internacional.**

El contenido obligacional y los efectos del contrato de fusión se rigen por el derecho elegido por las partes, conforme a la cláusula de derecho aplicable. Esto se permite a la luz de las reformas en el artículo 13 fracción V del C. C. que en este caso sí aplica supletoriamente al C. Co.

"Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas,

...

V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro derecho."

En tal virtud los derechos y obligaciones derivadas del contrato de fusión internacional, se regularán por el derecho designado por las partes, conforme al principio de autonomía de la voluntad, en su defecto, por el lugar donde deban de ejecutarse, lo anterior sujeto a dos excepciones:

- que no se trate de la constitución, régimen y extinción de derechos reales sobre inmuebles o muebles;
- ni sometimiento a Convenciones Internacionales u otras leyes.

En cuanto al derecho sustantivo aplicable al contrato de fusión internacional para el CASO 1, si existen bienes inmuebles incluidos en el patrimonio de la SOCIEDAD EXTRANJERA, que pasarán a ser propiedad de la SOCIEDAD MEXICANA, ésta adquirirá los bienes inmuebles, sujetándose al derecho del lugar donde se ubique. Esto es, si el contrato de fusión internacional establece una cláusula que designa como derecho aplicable, a la constitución, régimen o extinción de derechos reales sobre los bienes inmuebles, un derecho distinto de aquél donde se ubican éstos y se trata de ejecutar en México el

contrato, dicha cláusula se podrá considerar como inválida, porque viola el artículo 13 fracción III.

Lo anterior, significa que la SOCIEDAD MEXICANA deberá cumplir con los requisitos para adquirir los inmuebles que se transmitan por la fusión Internacional regulados en la ley del lugar donde se ubique los inmuebles. Por ejemplo, si entre los bienes inmuebles que integran el patrimonio de la fusionada o fusionadas existe una planta industrial en Viena y un edificio en Nueva York, la SOCIEDAD MEXICANA debe cumplir con los requisitos de las leyes de Viena para ser considerado como dueño de la planta industrial tanto en México, como en Viena. De igual manera, será menester cumplir con los requisitos de la ley de Nueva York para adquirir la propiedad del edificio.

Desde la segunda excepción, el contrato de fusión internacional se puede someter al derecho sustantivo de las leyes internas mexicanas. En el artículo 1445 del C. Co. se abre la posibilidad para tomar un punto de contacto que regule el derecho del contrato diferente del derecho del lugar de ejecución del contrato, con la exclusión expresa de las normas de conflicto.

El artículo 1445 del C. Co. señala: "El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado

se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable.

Con lo anterior, el derecho aplicable al contrato, será determinado por los árbitros tomando en cuenta las conexiones más significativas del contrato de fusión internacional. Esta modificación, se enmarca en las corrientes convencionales más avanzadas, que dejan por un lado la posibilidad de que las partes pacten un derecho que nada tiene que ver en la relación contractual y aplique a la convención lo que los norteamericanos denominan the most significant relationship rule.<sup>123</sup>

Regla semejante se aprecia en la Convención Interamericana Sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en la Ciudad de México, el 17 de marzo de 1994, que en su artículo 9 establece:

"Artículo 9. - Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

---

<sup>123</sup> LÓPEZ VELARDE ESTRADA, Rogelio. *Op. cit.* p. 76.



El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.”

Desafortunadamente, esta Convención Internacional no está vigente aún, sin embargo se constituye en un instrumento importante, por la flexibilidad para las partes en la celebración del contrato de fusión.

Por último, si las partes no pactan derecho aplicable al fondo de su contrato de fusión internacional, el derecho aplicable será el del lugar donde se ejecuten las obligaciones del contrato. Así lo dispone el artículo 13 fracción V del C. C.

“Artículo 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas,

...

V.- Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado validamente la aplicabilidad de otro derecho.”

Consideramos que se deberá dividir la ejecución del contrato, a la que corresponde a los inmuebles que forman parte del patrimonio de la fusionada, pues para esto, se aplica el derecho del lugar donde estén situados.

Respecto de los muebles se deberá aplicar la misma regla, considerando la distinción entre muebles corpóreos e incorpóreos o tangibles e intangibles, preferimos esta última nominación, por facilidad. La determinación del derecho aplicable de los bienes muebles, basada en la norma *lex rei sitae*, surge de considerar al bien mueble en un ámbito físico. No obstante, para aquellos bienes intangibles que no tienen un lugar físico, consideramos, que debe regularse el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de fusión internacional, (en caso de no contar con el pacto de derecho aplicable), por el del lugar de la ubicación de los títulos en los cuales estén representados o materializados los bienes muebles intangibles, como regla general, no obstante, se debe estar al caso concreto.

Las obligaciones que asume la fusionante, si la SOCIEDAD MEXICANA subiste, se regularán por el derecho mexicano. De lo contrario, será el derecho de la SOCIEDAD EXTRANJERA. La prestación principal del Contrato de Fusión Internacional, implica la transmisión del patrimonio de la sociedad fusionada a la sociedad fusionante, desapareciendo la primera. Desde esta perspectiva, el objeto directo del Contrato de Fusión Internacional, lo constituye la transmisión de los derechos y obligaciones, con efectos en favor de terceros, a los accionistas de la fusionante.

Para determinar cuál es el derecho aplicable a las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer del contrato de fusión internacional, distintas a lo referido respecto de los derechos reales sobre inmuebles y muebles, considerando que el contrato de fusión internacional va a surtir efectos en el orden jurídico mexicano y en ausencia de pacto, se debe ubicar en cada caso, por lo cuál, es el lugar donde se ejecuta el contrato, es decir en donde se cumplen las obligaciones.

Por lo que respecta a las obligaciones de hacer referente a los registros, la sociedad fusionante deberá cumplir con los requisitos legales correspondientes de acuerdo a su *lex societatis* y la sociedad fusionada igual, acumulándose en estos caso el cumplimiento a las exigencias de las leyes.

#### **4.6 EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE FUSIÓN INTERNACIONAL.**

##### **4.6.1 Transmisión de Bienes.**

Hemos señalado en el numeral anterior, que la transmisión del patrimonio de la fusionada a la fusionante, implica la principal prestación del contrato de fusión internacional. También, se consideró el derecho aplicable a dicha transmisión.

Al respecto, solo cabe señalar que la fusionante será considerada desde la celebración del contrato, por regla o desde la satisfacción de los requisitos legales correspondientes, como titular o propietario de todo el patrimonio de la fusionada.

#### **4.6.2 Registro de la Fusión. (RPC)**

Conforme a nuestro derecho es indispensable registrar a la fusión en el Registro Público del Comercio y en este punto cabe señalar, que para algunos autores la inscripción registral es el momento en el cual se produce la fusión.

"Solo hasta que se hace la inscripción registral cobra vida y produce efectos la fusión, la inscripción, pues tiene efectos constitutivos, no meramente declarativos como es la regla general de nuestros registros públicos."<sup>124</sup>

Nosotros nos apartamos de dicho punto de vista, por considerar que el Contrato de Fusión Internacional es el acto jurídico mediante el cual se produce la fusión, por dos razones:

- El registro desde el punto de vista del derecho mexicano solamente tiene carácter publicitario, no constitutivo y no se puede considerar excepción porque la ley no lo señala así.

---

<sup>124</sup> BARRARA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 695.

- Consideramos que en todo caso, el registro tiene el efecto de sujetar a plazo el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Fusión, pues del registro, no se deviene la existencia de la fusión y menos aun la fusión internacional, pues la SOCIEDAD EXTRANJERA no se encuentra registrada en el Registro Público de Comercio y no tiene la obligación de hacerlo.

Así lo manifiesta Vázquez del Mercado al señalar: "La extinción efectiva se produce posteriormente cuando -obtenido el consentimiento de los acreedores sociales-, los administradores de las sociedades estipulan el llamado contrato de fusión. Solo en este momento existe la obligación de transferir la totalidad de las obligaciones de una sociedad a otra y solo entonces cuando a la sociedad disuelta le falta el patrimonio y los acreedores se extingue, precisamente por la pérdida de tales elementos esenciales a su personalidad."<sup>125</sup>

A lo anterior, se añade que: "Mientras que el contrato no se realiza, las sociedades continúan existiendo y la fusión por ende no tiene lugar. Es necesario, para la incorporación de una sociedad en otra o para la creación de otra, por la extinción de las existentes, además de la deliberación por separado de cada sociedad, que los representantes autorizados por estas, celebren el contrato respectivo."<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. cit.* p. 106.

<sup>126</sup> *Ibid.* p. 305.

Vázquez del Mercado dice: " La inscripción y publicación tiene como fin dar a conocer a los acreedores o personas interesadas que las sociedades van a fusionarse. El registro tiene solo efectos publicitarios y la inscripción no puede considerarse como si la fusión se hubiere ya efectuado, dándole carácter constitutivo."<sup>127</sup>

Por otro lado, el art. 224. de la LGSM previene que la fusión solamente podrá tener efecto hasta tres meses después de haberse efectuado la inscripción en el Registro Público del Comercio y la publicación en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse, al respecto cabe hacer dos consideraciones:

- La inscripción en el Registro Público del Comercio debe ser hecha en el Registro Público mexicano y en su equivalente de la SOCIEDAD EXTRANJERA. De igual forma, la publicación oficial en el domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse, con lo cual, la fusión puede surtir efectos en México, realizando incluso las exigencias de la LGSM.
- Consideramos que el artículo 224 de la LGSM, solamente establece un plazo para el cumplimiento de las obligaciones, de ninguna manera el registro es un elemento de existencia de la fusión

---

<sup>127</sup> *Ibid.* p. 307.

internacional, ya que transcurrido ese plazo las obligaciones únicamente son ejecutables, no surgen a la vida jurídica.

Además, el propio artículo establece la finalidad de las publicaciones, esta es el que los acreedores de las sociedades involucradas en la fusión, se puedan oponer a la misma judicialmente, por considerar que ese negocio jurídico los perjudica en su derecho.

“Artículo 224.- La fusión no podrá surtir efectos sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior.”

“Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan podrá oponerse judicialmente, en la vía sumaria, a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada.” “Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas.”

Consideramos que el Contrato de Fusión Internacional, igual que el contrato de fusión doméstica, es un acto jurídico, sujeto a plazo, que ya existe en la vida jurídica y que solamente se deberá perfeccionar. El plazo se entiende en el

C. C. como aquella modalidad de las obligaciones que se pactan para cumplirse o surtir efectos en un determinado día.

“Artículo 1953.- Es obligación a plazo aquélla para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto.”

Esta claro, que se señala un día cierto para el cumplimiento de las obligaciones, no para su nacimiento, esto es, que en el caso a estudio, del día en que se realice la inscripción, que es un día cierto, al día en el cual haya transcurrido el lapso de tres meses, se establece un tiempo para realizar la transmisión del patrimonio de la fusionada a la fusionante, sin embargo, el pacto para fusionarse ya existe jurídicamente.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que dicho lapso se acorte cuando se presenten cualquiera de los siguientes supuestos:

- Si se pacta al pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse;
- Si se constituye un depósito por su importe, en una institución de crédito; o
- Si se hace constar el consentimiento de todos los acreedores para que se lleve a cabo la fusión internacional. ..



Respecto del pacto para el pago de todas las deudas de las sociedades y que al efecto, las deudas al plazo se consideren vencidas, es nuestra opinión que no se tiene que considerar vencidas las deudas de la SOCIEDAD EXTRANJERA, sin embargo, se puede Integrar al esquema de la LGSM para una mayor seguridad jurídica en el negocio, acumulando las *lex societatis*.

Por lo que hace a la SOCIEDAD MEXICANA, la doctrina considera que el plazo "... sólo debe aplicarse para determinar la cuantía del pago, del depósito, o del consentimiento de todos los acreedores, sobre el monto de sus créditos, para el efecto, de no causar interese, y a efecto de que la fusión produzca efectos inmediatos, pero de ninguna manera en cuanto que todo crédito sujeto a plazo se convierta en líquido y exigible."<sup>128</sup>

Rodríguez y Rodríguez considera que "No cabe pactar el pago de las deudas, puesto que si son deudas deben ser satisfechas obligatoriamente, con independencia de todo pacto."<sup>129</sup>

Nosotros concordamos con la interpretación anterior, por lo que no creemos que pueda hacerse exigible una obligación a plazo al momento de la fusión.

---

<sup>128</sup> BARRERA GRAF, Jorge. *Op. cit.* p. 705.

<sup>129</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. cit.* p. 527.

Como aspecto especial a comentar, dado el carácter Internacional de la fusión, es la inscripción de la SOCIEDAD MEXICANA ante el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

## CONCLUSIONES

- La fusión de sociedades mercantiles es una figura jurídica, realizada entre dos sociedades (personas morales), que sirve para transmitir la totalidad del patrimonio de una sociedad ya constituida (fusionada) a una que preexiste (fusionante) o a otra nueva; lo que implica en primer término, la disolución de una de las empresas que intervienen y en segundo lugar la sucesión de un conjunto actos jurídicos y bienes, vinculados por su fin.
- Las características más importantes de la fusión y que la distingue de otras figuras, es que las sociedades fusionadas transmiten la totalidad de su patrimonio y se disuelven ipso iure (sin necesidad de liquidación), únicamente se deben saldar las deudas u obligaciones que se tengan a favor de diversos acreedores.
- La fusión de sociedades mercantiles es una figura jurídica sin mucha historia, que comenzó a ser utilizada con gran auge a partir de la segunda mitad del siglo veinte, es por ello, que aún en la actualidad no se encuentra ampliamente regulada, es decir, la legislación que existe hoy en día, no esta realmente especializada en el tema; dando como resultado, que se tenga que aplicar en primer lugar la norma conflictual y posteriormente la

legislación interna, para resolver algún conflicto relacionado a una fusión internacional.

- La fusión de sociedades mercantiles se puede considerar como internacional, cuando se celebra entre sociedades constituidas en diferentes sistemas jurídicos, por lo que no se les considera de la misma nacionalidad, y tienen sus domicilios en diferentes países.
- La fusión internacional de sociedades mercantiles se regulará con las respectivas *lex societatis* de cada una de las sociedades, las cuales se aplicarán acumulativamente.
- De conformidad con el sistema jurídico mexicano, la fusión internacional de sociedades mercantiles, surte sus efectos jurídicos una vez que se realizan, o llevan a cabo, todos y cada uno de los requisitos que la ley aplicable a cada una de las empresas involucradas les señala, concluyendo con la firma del contrato de fusión, respectivo.
- Por lo que hace a la inscripción del contrato de fusión internacional, en el Registro Público del Comercio o en su similar en el domicilio de la empresa extranjera, no es realmente un hecho constitutivo del mismo, es decir, no por este acto la fusión tiene vida, ya que ésta se perfecciona al momento en que los representantes de las empresas involucradas firman el contrato respectivo.

- La inscripción, es realmente un mero acto de publicidad, es decir, es el medio por el cual, terceros ajenos a la operación se enteran de los actos realizados entre las empresas que se fusionan.
- Recomendamos, que antes de formalizar la fusión respectiva, sean liquidados todos los acreedores de la fusionada, para que así no se corra el riesgo, de que en un futuro, alguno de estos impugne la fusión o sea considerada como invalida por no contar con el consentimiento de los acreedores de aquella empresa que va a desaparecer.
- A cada una de las empresas involucradas en la operación, además de la aplicación de las *lex societatis* correspondiente, en la fusión internacional se le aplican las normas conflictuales comunes a los contratos.
- El efecto fiscal de la fusión internacional, aún cuando existe la enajenación de bienes en términos de las leyes fiscales mexicanas, es contradictoria, ya que conforme a la LISR si es una enajenación, pero las disposiciones fiscales aplicables establecen consecuencias distintas.
- La fusión internacional de sociedades mercantiles está regulada principalmente, por el Derecho Positivo Mexicano, en los términos de la Convención Interamericana Sobre Personalidad y Capacidad de Personas

Jurídicas en el Derecho Internacional Privado y por el artículo 2736 del Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo, la normativización de esta figura jurídica es escasa en el Derecho Mercantil, pues existen diversas situaciones jurídicas, ya descritas anteriormente en este trabajo, cuya regulación no otorga la seguridad legal que el Derecho persigue.

- Independientemente de que la fusión internacional está regulada por la Convención y los Ordenamientos mencionados, se deben modificar diversas disposiciones de las leyes mercantiles y fiscales, para así prever ampliamente la regulación sobre las implicaciones y consecuencias corporativas, mercantiles, administrativas, laborales y fiscales de la fusión internacional de sociedades mercantiles que surte sus efectos en México; con el objeto de uniformar las normas jurídicas aplicables y con esto otorgar mayor seguridad jurídica en las operaciones comerciales, como lo es la Fusión.

## BIBLIOGRAFÍA

- ◆ ARCE GARGOLLO, Alberto. *Derecho Internacional Privado*. Séptima Edición, México, 1973.
- ◆ ARRIJOJA VICAÍNO, Adolfo. *Derecho Fiscal*. Reimpresión a la Décima Segunda Edición, Edit. Themis, México, 1997.
- ◆ ARTEAGA NAVA, Elizur. *Derecho Constitucional*. Edit. Oxford University Press, México, 1999.
- ◆ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Edit. Porrúa, México, 1974.
- ◆ ASCARELLI, Tulio. *Derecho Mercantil*. Edit. Porrúa Hnos. y Cía. México. 1940.
- ◆ BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 1era. Reimpresión. Edit. Porrúa, México, 1997.
- ◆ BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Décima Edición, Edit. Tecnos, Madrid, España, 1994.
- ◆ BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. Tercera Edición, Tomo II, Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1991.
- ◆ \_\_\_\_\_ . *Sociedades y grupos Multinacionales*. Tercera Edición. Tomo II. Edit Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1991,
- ◆ CARY, William. *Cornorations Cases and Material*. Foundotion Press, Estados Unidos de América. 1970.

- ◆ CARRASCO IRIARTE, Hugo. *Amparo en Materia Fiscal*. Oxford University Press, Edit. Harla. México, 1998.
- ◆ \_\_\_\_\_, Hugo. *Derecho Fiscal Constitucional*. Tercera Edición. Edit. Harla. México, 1998.
- ◆ CLERO RODRÍGUEZ, Guillermo. *Algunos Aspectos de la Fusión de Sociedades*. Edit. Pac. S.A. de C. V. México.
- ◆ DE PINA VARA, Rafael. *Derecho Mercantil Mexicano*. Vigésimo Sexta Edición. Edit. Porrúa. México. 1998.
- ◆ FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Edit. Porrúa, México, 1994.
- ◆ FLORES ZAVALA, Ernesto. *Finanzas Públicas Mexicanas*. Trigésima Segunda Edición. Edit. Porrúa. México. 1998.
- ◆ FRISCH PHILIP, Walter. González Quintanilla, José Arturo y González Elizondo, José Arturo. *Derecho Internacional Privado v Derecho Procesal Internacional*, Edit. Porrúa, México, 1993.
- ◆ \_\_\_\_\_ . *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto L. Mantilla Molina*. México. Edit. Porrúa. 1984.
- ◆ GARCÍA MORENO, Victor Carlos. *Derecho Conflictual*. Edit. UNAM. México. 1991.
- ◆ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo *Introducción a la Lógica Jurídica*, Tercera Edición, Edit. Colofón. México. 1991.
- ◆ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Séptima edición Edit. Porrúa , México, 1979.
- ◆ GÓMEZ COTERO, José de Jesús. *Fusión v Escisión de Sociedades Mercantiles*. Edit. Themis. México. 1996.



- ◆ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Novena Edición. Edit. Porrúa. México, 1997.
- ◆ LARA SÁENZ, Leoncio. *Procesos de Investigación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1941.
- ◆ LÓPEZ PADILLA, Agustín. *Exposición práctica y comentarios a la Ley del impuesto sobre la Renta 1997*, Tomo I y II. Dofiscal Editores, México, 1997.
- ◆ LOZANO NORIEGA, Francisco. *Cuarto Curso de Derecho Civil Contrato*. Quinta Edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C. México, 1990.
- ◆ MANTILLA MOLINA, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Décima Cuarta Edición. Edit. Porrúa. México. 1974.
- ◆ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*. Novena Edición, Tomo I. Atlas Editores, Madrid, 1985,
- ◆ \_\_\_\_\_ . *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Décima Edición. Tomo II. Atlas Editores. España. 1987.
- ◆ MOTOS GUIRAO, Miguel. *Fusión de Sociedades Mercantiles*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953.
- ◆ P.S. Sudarsanam. *La Esencia de Las Fusiones y las Adquisiciones*. Edit. Prentice Hall, México, 1996.
- ◆ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para Jurista'*. Mayo Ediciones. México. 1981.

- ◆ PÉREZ NIETO CASTRO, Leonel. *Derecho Internacional Privado*. Sexta Edición. Edit. Harla. México, 1997.
- ◆ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Tratado de Sociedades Mercantiles*. México, Tomo I y II, Edit. Porrúa, México, 1977.
- ◆ RODRÍGUEZ ELIZONDO, Agustín, *Efectos jurídicos derivados de la fusión*. Tesis de titulación de la Escuela Libre de Derecho, México, 2002.
- ◆ ROJO GÓMEZ, Juan José. *Aplicación y Comentarios Leyes del ISR, IAC 1997*. Edit. Paf, México, 1997.
- ◆ ROMÁN CHÁVEZ, Enrique, *Las sociedades irregulares en el Derecho*. Tesis de titulación de la Escuela Libre de Derecho, México, 2002.
- ◆ ROMERO DEL PRADO, Víctor N. *Derecho Internacional Privado*, T. III, Edit. Assandri, Córdoba, 1961.
- ◆ SANCHEZ MEDAL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Edit. Porrúa, México, 1997.
- ◆ TRON, Manuel E. *Régimen Fiscal de Los Extranjeros en México*. Edit. Themis. México.1990.
- ◆ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Asambleas. Fusión v Liquidación de Sociedades Mercantiles*. Tercera Edición, Edit. Porrúa, México, 1987.
- ◆ VILLEGAS BALMORI, Mari Rouss. *Naturaleza Jurídica de las Sociedades Escindidas*. Tesis de titulación de la Escuela Libre de Derecho, México, 2002.

- ◆ VILLORO TORANZO, Miguel. *Metodología del Trabajo Jurídico*  
Cuarta Edición. Limusa Noriega Editores, México. 1982.

## LEGISLACIÓN

- ◆ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Isef.  
México, 2003.
- ◆ Ley del Impuesto al Activo, Edit. Isef. México, 2003.
- ◆ Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios, Edit. Isef.  
México, 2003.
- ◆ Ley del Impuesto al Valor Agregado, Edit. Isef. México, 2003.
- ◆ Ley del Impuesto Sobre la Renta, Edit. Isef. México, 2003.
- ◆ Ley de Nacionalidad. Edit. Isef. México, 2003.
- ◆ Ley General de Sociedades Mercantiles, Edit. Isef. México, 2003.
- ◆ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Edit. Isef. México,  
2003.
- ◆ Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Edit. Isef. México,  
2003.
- ◆ Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de  
personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado, publicada en  
el Diario Oficial de la Federación el 19 de agosto de 1987.
- ◆ Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de  
Sociedades Mercantiles, firmada el 8 de mayo de 1979 y publicada  
en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1983, y

- Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de agosto de 1987. y Convención Interamericana en materia de Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, firmada el 8 de mayo de 1979 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1983.
- ◆ Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la renta. - Publicado en el Diario de la Federación del 3 de febrero de 1994.
  - ◆ Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en México Distrito Federal, el 17 de Marzo de 1994, Texto Autenticado.
  - ◆ Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.
  - ◆ General Corporation Law of Delaware en Adams, Edward S. y Matheson, John H. '*Comorations and other Buisness Associations Statutes. Rules and Forms*'. 1998 edition, edit. West. Group, St. Paul Minnesota, p.300.
  - ◆ Modelo de Convenio Fiscal Sobre la Renta y Sobre el Patrimonio, Instituto de Estudios Fiscales, Organización Para la Cooperación y Desarrollo Económicos, París, 1997.
  - ◆ New York General Obligacions Law. Title 5, Section 1401,1987,

- ◊ Uniform Comercial Codo, The American Law Instituto, Fourteenth Edition.
- ◊ Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal de impuesto sobre la renta, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1994.
- ◊ Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Sista. México, 2003.
- ◊ Código de Comercio, Edit. Isef. México, 2003.
- ◊ Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, Edit. Isef. México, 2003.
- ◊ Reglamento del Código Fiscal de la Federación, Edit. Isef. México, 2003.
- ◊ Resolución Miscelánea Fiscal para el 2000, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 2000.

## HEMEROGRAFÍA

- ◊ FRISH PHILIP, Walter. La Fusión de Sociedades Mercantiles en el ámbito internacional y a la Luz de la Inversión extranjera. En *Revista de Derecho Notarial*, año XXII, No. 71. Junio. México. 1978.
- ◊ LÓPEZ VELARDE ESTRADA, Rogelio. Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, octubre, México. 1998.

- ◆ TRUEBA, José Manuel. Aspectos Fiscales de la Fusión de Sociedades, *Ara Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Número 10, México. 1989.