

881209

**UNIVERSIDAD ANAHUAC
ESCUELA DE DERECHO**

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



**"LA FUSION DE SOCIEDADES
MERCANTILES EN MEXICO"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :
EDUARDO GARCIA TORREBLANCA

D I R E C T O R D E T E S I S
LIC. ALEJANDRO DE ANTUÑANO MAURER

HUIXQUILUCAN, ESTADO DE MEXICO 2000

283211



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.

A mis queridos padres, David García y Martha Torreblanca, muchas gracias por su ejemplo de superación, fortaleza, amor y honestidad. A ustedes mi mas profundo agradecimiento y respeto.

A mis hermanos, Armando, Carlos, Raúl y a la memoria de David, mi agradecimiento y respeto por sus palabras de aliento y ejemplo.

A mi esposa, Blanca Patricia, mil gracias por compartir conmigo por igual los éxitos y los tropiezos, a ella todo mi cariño y agradecimiento por su apoyo, comprensión y paciencia a ella mil gracias.

A mis hijos, Blanca y Eduardo, por ser ellos mi mas grande alegría, satisfacción y la razón de mis esfuerzos; mi mayor orgullo.

A la Universidad Anahuac y a la Facultad de Derecho, mi mas profundo agradecimiento por la formación profesional que me brindaron.

A mi asesor, licenciado Alejandro de Antuñano Maurer, todo mi agradecimiento.

A mi cuñada, Dinorah Rosado, mi gratitud y aprecio por su invaluable ayuda.

Al Lic. Eduardo Bizuet Cabrera, con admiración, respeto y gratitud, por la paciencia que me tuvo durante la elaboración y terminación de la investigación de esta tesis.

A todos mis profesores, familiares y amigos a quienes no puedo mencionar en forma particular, por el riesgo de transformar el presente trabajo en una lista interminable, muchas gracias.

Finalmente, un agradecimiento muy especial a todas aquellas personas que me acosaron implacablemente hasta la terminación del presente trabajo. Siempre supe que lo hacían por amistad y cariño.

LA FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES EN MEXICO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	III

INDICE

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y CONCEPTO DE SOCIEDAD.

1.1	Las Sociedades Mercantiles en Roma.	1
1.2	Las Sociedades Mercantiles desde la edad media hasta nuestros días.	4

CAPITULO SEGUNDO

CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES.

2.1	Introducción.	11
2.2	Las Sociedades de Personas.	12
2.3	Las Sociedades de Capital.	15
2.4	Diferencias en cuanto a sus consecuencias jurídicas, con relación a los socios y frente a terceros.	19

CAPITULO TERCERO

REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES EN MÉXICO.

3.1	Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.	26
-----	--	----

3.2	Escritura Pública.	34
3.3	Inscripción en el Registro Público de Comercio.	49
3.4	Trámites Administrativos.	51

CAPITULO CUARTO

FUSIÓN.

4.1	Introducción.	53
4.2	Concepto.	55
4.3	Clases de fusión.	64
4.4	Diferencias entre fusión y escisión: Reformas de 1992.	69
4.5	Efectos jurídicos en relación a los acuerdos: Fusionante y Fusionada.	80
4.6	Procedimiento de Fusión.	88
4.7	Tutela Jurídica en Relación a los Intereses de los Acreedores y de los Socios en la Fusión.	98

CAPITULO QUINTO

OBSERVACIONES, CRÍTICAS Y PROPOSICIONES RESPECTIVAS, CON RELACIÓN AL DERECHO MEXICANO.

5.1	Observaciones, Críticas y Propositiones Respectivas, con Relación al Derecho Mexicano	113
CONCLUSIONES		123
BIBLIOGRAFIA		128

INTRODUCCION

El presente trabajo en el que abordo el tema de la fusión de sociedades mercantiles, el cual presento como tesis, no es lo suficientemente amplio para dejar agotado el tema que me ocupa. Dentro de sus limitaciones pongo en ella mi esfuerzo a fin de dar por lo menos, un panorama lo bastante nítido apegándome más que nada, a la Ley aplicable a las Sociedades Mercantiles, así como con el auxilio de los textos que tratan de la fusión.

El Derecho Mercantil como todas aquellas ramas del Derecho, pretende preservar en armonía las relaciones interhumanas, por lo tanto, es necesario que el Derecho se vaya adaptando a los requerimientos económicos y sociales que se van presentando conforme al progreso logrado por el hombre. De esto, se desprende que tanto sociedades como comerciantes precisan de la creación de nuevas instituciones jurídicas y de formas más dinámicas que vayan acorde con las metas fijadas por ellos mismos.

Por lo tanto, el jurista se ve ante la tarea de elaborar las instituciones jurídicas adecuadas y de actualizar las ya existentes, para así mantener la efectividad de la Ley.

Nuestra Constitución establece cuales son los órganos legales para la producción y modificación de leyes expresas y los órganos encargados de vigilar su observancia, sin embargo es un imperativo lograr unas relaciones justas en el ámbito societario, en donde exista siempre una actividad respetuosa y en donde el interés de la sociedad sea un presupuesto que se concrete día tras día y no se convierta meramente en una aspiración o en una fórmula escrita que jamás sea respetada.

Por lo anterior, considero importante hacer un breve análisis de las razones por las cuales el hombre busca la unión con sus semejantes para realizar un trabajo que le pueda significar un beneficio, como premisa de lo antes comentado,

quisiera hacer mención del postulado que Aristóteles hizo: "El hombre es un animal sociable", lo cual es una característica que el hombre adquirió desde los primeros pasos en su evolución. Sin embargo, con el paso del tiempo, el ser humano fue mostrando tendencias hacia la vinculación con sus semejantes de una manera más estrecha, no sólo le interesaba un vivir en conjunto en una comunidad, sino que le inquietó formar lazos particulares con otros miembros de su especie, en un principio dichos lazos particulares únicamente fueron de valor sociológico o quizás moral tal es como la amistad, el compañerismo, etcétera.

De lo antes mencionado, se desprende que el antecedente principal de lo que vino a formar las sociedades, es el deseo de las partes de unirse y comunicar sus esfuerzos para realizar un interés común, una vez mencionado el impulso principal del hombre para formar sociedades, vemos que en el mundo de las empresas, existe un sin número de formas para obtener una mejor optimización de recursos, una de estas formas es la "Unión de Empresas" que permiten enfrentar con mayor y mejores elementos competitivos los distintos mercados de sus productos, ya sea aumentando la eficacia en la producción o bien mejorando los precios, lo que finalmente provocará un incremento en los márgenes de ganancia.

Por lo que se refiere a la presente tesis, los motivos para el análisis y la elaboración de la misma es, precisamente la creencia de que la importancia de la fusión crece en los días de auge económico y empresarial por tratarse de una figura ágil y en muchos casos, sumamente positiva para empresarios que recurren a ella aún cuando actualmente se presentan situaciones que hacen sentir que el estado económico en varios países y en especial en México es raquítico.

La fusión destaca la posibilidad de concentrar en una sociedad a dos o más, también el mejoramiento de las condiciones de mercado, el que puede obtenerse bien sea aumentando la producción y disminuyendo los costos y gastos, mejorando el precio tope del producto o ampliando los ámbitos de mercado potencial. La diversificación que permite reducir los riesgos de negocio y

financieros, entendiéndose por riesgo de negocio la incapacidad para asegurar la estabilidad en ventas, costos y utilidades y por riesgos financieros la incertidumbre inherente al uso de la palanca financiera (deuda).

La obtención de activos intangibles no disponibles como personal clave, patentes, marcas, prestigio e ingreso rápido a mercados corrientes y deseables, sin embargo la razón fundamental que motiva una fusión es "la maximización del valor de mercado de la empresa", lo que provocará un aumento en los márgenes de utilidad.

Resumiendo, la fusión tiene como características esenciales el concentrar en una sociedad a dos o más, lo que trae como consecuencias positivas el incremento del capital social y de accionistas, elevación de la productividad, ampliación del mercado, eliminar la posibilidad de competencia desleal y además disminución en gastos de administración.

Es por esta razón que me he decidido a escoger como tema de este trabajo LA FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES, iniciando este estudio con el primer capítulo el cual trata sobre los antecedentes históricos de las sociedades como agrupación de personas encaminadas a perseguir un fin común. El segundo se abocará a plantear las diferencias existentes entre las sociedades de personas y las sociedades de capital como es el caso de la sociedad anónima. El tercer capítulo analizará la importancia del permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir sociedades, la Escritura Pública ante Notario Público y la inscripción de la misma en el Registro Público de Comercio. El cuarto capítulo mostrará de forma general, la estructura básica de la fusión, análisis que permite conocer las clases de fusión, el acuerdo de fusión, (fusionante y fusionada), así como su procedimiento y por último el quinto capítulo observará las críticas y proposiciones respectivas con relación al Derecho Mexicano.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y CONCEPTO DE SOCIEDAD

1.1 Las Sociedades Mercantiles en Roma.

La palabra sociedad, tomada en su más alta acepción, tiene el sentido de *asociación, reunión o conjunto*. Esta Asociación se refiere a un número determinado de personas encausadas a lograr un fin común entre ellas, pudiendo ser este fin de carácter pecuniario, religioso y hasta político, o bien, para luchar en contra de un enemigo o para procurarse recursos que el individuo por sí solo no es capaz de lograr.¹

Este tipo de asociación es la raíz de la sociedad moderna, la cual tuvo sus orígenes en Roma donde alcanzó un cierto grado de desarrollo dentro del Derecho Civil.

Es precisamente Ulpiano el primero en ver este tipo de asociaciones desde el punto de vista jurídico y trató de establecer sus características típicas que permiten establecer las diferencias entre ellas y los contratos innominados.²

¹ Cfr. EUGENE PETIT: *Tratado Elemental de Derecho Romano*; 9ª. edic., Epoca, México, 1980, p. 405

² Cfr. *ibid*; p.406

El derecho romano exigía la existencia de ciertos elementos para la validez de una sociedad, los cuales eran entonces como ahora los siguientes:

a) Que los asociados se comprometían a poner ciertos y determinados bienes en común.

b) Que persigan un fin lícito.

De no existir estos dos elementos, aunque existan otros, solo se podía hablar de una asociación mas no de una sociedad.³

Además de los elementos anteriores, la legislación romana exigía que una vez constituida la sociedad, tenía que encuadrarse dentro de las dos grandes clasificaciones de la ley, las cuales eran:

- Sociedades Universales
- Sociedades Particulares

Las primeras tenían como característica esencial, abarcar la universalidad del patrimonio de los asociados, mientras en las segundas, los asociados sólo ponían en común objetos particulares. Por lo tanto, se puede decir que las sociedades universales se distinguen de las particulares por su objeto, el cual no consiste en efectuar operaciones especiales con miras a la realización de beneficios.

³ Cfr. Ibid. p. 406.

Son las sociedades universales las que debieron aparecer desde los primeros años de Roma y es tal vez, dentro de la familia donde se encuentran las más antiguas raíces de este tipo de asociaciones, puesto que encontramos que los parientes por mutuo afecto o por un interés recíproco encausaban a establecer entre ellos una comunidad de bienes. ⁴

Las sociedades particulares por el contrario de las universales, no son tan antiguas y aunque aparecieron varios siglos después, fueron las más importantes tanto para el comercio como para el Derecho Romano y además formaron el antecedente directo de las sociedades mercantiles actuales. ⁵

Las actividades comerciales que generaban un intercambio de productos destinados al consumo, fueron determinantes para el desarrollo de los pueblos antiguos.

Las necesidades de adquirir bienes que no se producían vía la agricultura o la caza iban en aumento lo cual propició el desarrollo del comercio, sin embargo, los actos de comercio primitivos como fueron la permuta y luego la compraventa no

⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 407.

⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 408.

estaban regulados por un derecho en especial sino que fueron parte, por muchos siglos del Derecho Romano. ⁶

1.2 Las Sociedades Mercantiles desde la Edad Media hasta nuestros días.

No es sino en la edad media en virtud de las crecientes ciudades, el paso de peregrinaciones y las cruzadas, que se incrementó el comercio entre Europa y el cercano Oriente. Fue entonces cuando surgieron los gremios de los comerciantes, las ferias medievales, el tráfico en masa, la repetición constante de actos de comercio y las corporaciones de los mercaderes y es entonces cuando se presenta la necesidad de separar los actos comerciales y las sociedades del Derecho Civil para dar paso a la creación de un nuevo derecho más especializado: El Derecho Mercantil.

De esta manera nace el Derecho Mercantil como un derecho de y para los comerciantes, esto es, sólo las relaciones entre ellos y las que efectúen con sus clientes estaban regidas por este Derecho compuesto por las Ordenanzas y los Estatutos de los Mercaderes, los cuales tenían obligación de inscribirse en registros especiales, lo cual dio el antecedente del Registro Público de Comercio y no sólo hasta ahí llegaban las obligaciones de los comerciantes, sino que para proteger los

⁶ Cfr. S. MORENO CORA: *Derecho Mercantil Mexicano*; 1ª edic., Herrero, México, 1905, p. 216.

intereses y derechos de sus acreedores se crearon dos instituciones conjuntas al Derecho Mercantil las que fueron: la Contabilidad y la Quiebra. ⁷

En base a lo anterior, una vez creadas las tres instituciones antes mencionadas, se protegieron durante mucho tiempo a los terceros y a los acreedores de los comerciantes, hasta que al comienzo del siglo pasado se efectuó una compilación de las ordenanzas de los comerciantes de las distintas ciudades y reinos, destacándose las ordenanzas de Colbert, en Francia, sobre el comercio terrestre 1673 y sobre comercio marítimo 1681, las ordenanzas españolas de Burgos 1495, 1538, Sevilla 1554 y Bilbao 1531, 1560 y 1737; Lo cual dio origen al primer Código de Comercio creado en Francia en 1808, el cual por su gran aceptación fue imitado en todos los países del Continente Europeo y en muchos de América Latina, como consecuencia de la colonización española, inglesa y portuguesa; no sólo es el Código de Comercio lo que aportó el siglo XIX, sino también en él se perfeccionaron las sociedades de capital aparecidas en el siglo XVII y las sociedades colectivas existentes desde siglo XVIII. ⁸

Por lo que toca a México independiente, una vez consumada la Independencia continuaron aplicándose, las ordenanzas de Bilbao, aunque ya en 1824 fueron suprimidos los consulados.

⁷Cfr. JORGE BARREA GRAF: *Temas de Derecho Mercantil*; 1ª edic., UNAM, México, 1983, p. 17.

⁸ Cfr. JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ: *Tratado de Sociedades Mercantiles*; 6ª. edic., Porrúa, México, 1981. tomo 1, p.3

Por ley del 15 de noviembre de 1841 se crearon los tribunales mercantiles, en los cuales se determinaban los negocios mercantiles sometidos a su jurisdicción.

En 1854 se promulgó el primer Código de Comercio Mexicano, conocido con el nombre de Código Lares. Este Código dejó de aplicarse en 1855, aunque posteriormente en tiempos del imperio (1863) fue restaurada su vigencia, sin embargo, en ese intervalo continuaron aplicándose las viejas ordenanzas de Bilbao. En 1883, el Derecho Mercantil adquirió en México carácter federal, al ser reformada la fracción X del artículo 72 de la Constitución Política de 1857, que otorgó al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia comercial. Con base en esta reforma constitucional se promulgó el segundo Código de Comercio de México Independiente, del 20 de abril de 1884, aplicable en toda la República.

También este Código tuvo corta vida, pues fue substituido por el del 15 de septiembre de 1889, el cual entró en vigor el 1º de enero de 1890 y es el que nos rige hasta la fecha. De él se han derivado leyes especiales que contemplan actividades comerciales específicas y otras leyes más que han ido naciendo con las necesidades actuales del comercio moderno, derivadas de las actividades mercantiles y las grandes concentraciones industriales. ⁹

⁹ RAFAEL DE PINA VARA: *Derecho Mercantil Mexicano*; 16ª. edic., Porrúa, México, 1983, p. 11.

Después de haber expuesto brevemente los antecedentes históricos de las Sociedades Mercantiles, expondré ahora el concepto de sociedad.

Para efecto de conceptualizar a la sociedad, es necesario en primer término, analizar el Código Civil, que en su artículo 25, Fracción tercera relacionada con la quinta, hace referencia a las personas morales, mercantiles y civiles y en las demás fracciones a personas morales básicamente de Derecho Público.

El artículo citado a la letra dice:

Art. 25.- Son personas morales: I. La Nación, los Estados y los Municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; V. Las sociedades cooperativas y mutualistas, VI. Las sociedades distintas de las enumeradas que se propagan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la Ley. Y VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.¹⁰

Soy de la opinión que persona moral es una entidad formada para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres, a la que el derecho objetivo reconoce capacidad para tener derechos y obligaciones; partiendo de esta base y de las disposiciones legales que atribuyen a las sociedades personalidad jurídica distinta a la de los socios, podemos afirmar que al hablar de sociedades,

¹⁰ Art. 25 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*; 61ª. edic. Porrúa, México, 1992. p. 47.

estamos frente a las llamadas personas morales, negando en consecuencia, la existencia de sociedades unipersonales.

Ya que sabemos lo que es una persona moral y una vez enumeradas las que para la ley son personas morales, trataremos de identificarlas con las sociedades y en especial con las mercantiles, que son las que en última instancia nos interesan en el presente estudio.

El Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 2688 nos dice: "por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial." ¹¹

La anterior definición, es aplicable únicamente a las sociedades de naturaleza civil.

A diferencia de las sociedades civiles, las sociedades mercantiles reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles deben entenderse, según Roberto L. Mantilla Molina "como el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previsto, señala la Ley Mercantil". ¹²

¹¹ Art. 2688 del. *ibid.* pp. 465-466.

¹² ROBERTO MANTILLA MOLINA L: *Derecho Mercantil*, 21ª. edic., Porrúa, México, 1981, p. 176.

Rafael de Pina Vara cita la definición de Uria quien considera que la Sociedad Mercantil es la Asociación de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan. ¹³

Hay quienes opinan que la diferencia entre una sociedad civil y una mercantil en el derecho mexicano, es de carácter exclusivamente formal, es decir, las constituidas con arreglo a una de las formas previstas por el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, a saber: sociedad en nombre colectivo; sociedad en comandita simple; sociedad de responsabilidad limitada; sociedad anónima; sociedad en comandita por acciones; y sociedad cooperativa, serán mercantiles, las que no adopten una de estas formas serán civiles. Esta postura formalista se basa en que el artículo 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, refuta mercantiles a todas las sociedades que se constituyan con arreglo a las formas conocidas por la Ley Mercantil; además de que el artículo 2695 del Código Civil para el Distrito Federal; prevé que las sociedades de naturaleza civil que adopten la forma de mercantiles, serán regidas por el Código de Comercio.

No estaría completo nuestro estudio sino trataremos brevemente la asociación civil, la cual de acuerdo con el artículo 2670 del Código Civil, es la reunión de varios individuos de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico. ¹⁴

¹³ RAFAEL DE PINA VARA: *op. cit.*, p. 50.

¹⁴ Art. 2670, *ibid.* pp. 465-466.

Como se puede observar de la definición que nos da el Código Civil para el Distrito Federal, la diferencia entre una sociedad civil y una asociación civil, radica exclusivamente en que esta última no tiene carácter preponderantemente económico, es decir, es utilizada para formar agrupaciones religiosas, culturales, políticas, deportivas, etc.

CAPITULO II

CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES

2.1 Introducción.

Para el estudio de las sociedades de una manera ordenada y metódica, es necesario clasificarlas atendiendo a su estructura jurídica y responsabilidad de los socios. Existe una diversidad de criterios para clasificarlas; sin embargo, el punto más importante de la clasificación se encuentra en aquel en el que el socio se convierte en el objetivo principal de la clasificación, esto es, hasta que punto el socio como persona es más importante que la aportación que haga.

Basándome en lo antes dicho, el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, enumera seis clases de Sociedades Mercantiles: ¹⁵

- I. Sociedad en nombre colectivo
- II. Sociedad en comandita simple
- III. Sociedad de Responsabilidad limitada
- IV. Sociedad anónima
- V. Sociedad en comandita por acciones
- VI. Sociedad cooperativa.

La importancia relativa de cada uno de los diversos tipos de Sociedades y como ha evolucionado dicha importancia relativa, se muestra con el paso de los años.

¹⁵Art. 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles; edic., Sista, México, 1992. p. 1.

A la enumeración legal hay que agregarle la sociedad de responsabilidad limitada e interés público que, como su nombre lo indica, es una simple variedad de la limitada; y las sociedades mutualistas de seguros, que pueden considerarse como un tipo de cooperativas. También debe de considerarse como tipos especiales de cooperativas las distintas clases de uniones de crédito previstas en nuestra legislación, las asociaciones para compras en común y las asociaciones de crédito de comerciantes en pequeño.

De acuerdo con el criterio del profesor Roberto L. Mantilla Molina, para estudiar metódicamente las sociedades, conviene clasificar las diversas especies que existen en nuestro derecho. De los distintos criterios clasificatorios que se han propuesto, atenderé a la clasificación de sociedades que separa a las que son de personas, de las que son de capital. Este tipo de clasificación se fundamenta en los principios romanos del *Intuitu Personae* y el *Intuitu Pecuniae*, siendo que el primero atiende a las sociedades de personas y el segundo a las de capital.¹⁶

2.2 Las Sociedades de Personas.

En las sociedades de personas se puede ver que cuentan más las cualidades de socio y calidad personal para la sociedad a diferencia de las de capital en las que se atiende más al importe de sus aportaciones, de ahí que se llamen sociedades de

¹⁶ R.L., MANTILLA MOLINA: op. cit., p. 240.

capital. Sin embargo, se puede criticar a esta clasificación desde el punto de vista lógico, en el sentido de que no existen sociedades únicamente de personas, esto es, que las personas que la integran no aporten absolutamente numerario o especie, como tampoco existen las sociedades de capital sin personas que aporten dicho capital.

Se consideran como sociedades de personas a las siguientes: Sociedad en Nombre Colectivo, Sociedad en Comandita Simple, Sociedad de Responsabilidad Limitada y las Cooperativas. Las Sociedades que contempla nuestra legislación como sociedades de capital son: la Sociedad Anónima y la Comandita por Acciones.

En las sociedades de personas predomina un vínculo personal de los socios que se basa en la responsabilidad sea de todos o solamente algunos, los cuales asumen la obligación de responder con su patrimonio propio de las deudas de la sociedad si se diera el caso de que el patrimonio social fuera insuficiente para hacer frente a sus obligaciones con los acreedores.

Las principales manifestaciones de este vínculo personal son:

- Que los nombres de alguno o de todos los socios deben aparecer en la razón social de esas sociedades.

- Se requiere el consentimiento unánime de todos los socios para ceder en favor de personas ajenas partes sociales, así como también se requiere del consentimiento para admitir nuevos socios, con la salvedad de que este consentimiento es válido por la parte mayoritaria. (Artículo 31 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
- Un socio tiene derecho a separarse de la sociedad, cuando en contra de su voto se nombra a un extraño como administrador o se acordara la modificación del contrato social. (Artículo 34 y 38 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
- Salvo acuerdo de los demás socios, ninguno de ellos puede realizar actos de competencia en contra de la sociedad. (Artículo 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
- A menos de que exista pacto, en contrario, la incapacidad, retiro, exclusión o muerte de cualquier socio que pertenezca a los de responsabilidad ilimitada, será causa suficiente para la liquidación y disolución de la sociedad (Artículo 30 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En las sociedades de personas, a diferencia de las de capitales la Ley no establece la constitución de asambleas; sin embargo, en cuanto a la administración

si regula lo tocante a ella en el artículo 36 de la Ley de la Materia. Analizando lo anterior, se ve que la consecuencia es que normalmente coincidan las cualidades de socio y administrador. Es fundamental hacer notar como una gran distinción entre las sociedades de personas y las de capital, que en las primeras se permiten las aportaciones sociales consistentes en servicios o trabajos, también llamadas aportaciones de industria las cuales confieren y constituyen derechos de la sociedad de carácter patrimonial pero no forman parte del capital social.

2.3 Las Sociedades de Capital.

Actualmente en la práctica mercantil mexicana, se ve que las sociedades de capital prevalecen sobre las sociedades de personas, principalmente bajo la forma de anónimas. Lo anterior se debe a las ventajas propias de este tipo de sociedades como son:

- La responsabilidad limitada de todos los socios.
- La posibilidad de ser administrada por terceros.
- Los derechos corporativos que brindan las acciones.
- La poca realidad de las aportaciones de los socios.

Lo anterior da por resultado la mayor aceptación por parte de los futuros socios por constituir una sociedad anónima.

El jurista Roberto Mantilla Molina, habla de que la importancia de las cualidades personales, es cuestión de grado y no de esencia, de tal forma que puede verse en la práctica que el *Intuitu Pecuniae* va influyendo grandemente en las sociedades de personas a la vez que el *Intuitu Personae* comienza a invadir la esfera de las sociedades de capital.¹⁷

*Leme citado por Mantilla Molina "Modernamente considera, que el intuitu pecuniae va penetrando en las sociedades de personas y el Intuitu personae va avasallando a las sociedades anónimas". Por otra parte hay sociedades como la limitada, que resulta difícil de encuadrar en el esquema de esta clasificación, pues tiene elementos de sociedades de capitales como son el poder usar una denominación, en vez de una razón social; el voto en proporción a la suma aportada así como elementos a las sociedades de personas como son la insensibilidad, en principio de las cuotas sociales.*¹⁸

Benito propone llamar compañías a las sociedades de personas y reserva el uso estricto a la palabra sociedad para las de capitales. Sería útil esta determinación terminológica pues no hay razón de emplear dos palabras para un solo concepto; pero en la práctica ambas se usan como sinónimos y aún se emplean simultáneamente lo que muestra que no se hace ninguna distinción entre ellas.¹⁹

¹⁷ R.L. MANTILLA MOLINA: op. cit., p. 240.

¹⁸Cfr. Ibid.

¹⁹Cfr. Ibid.

Hay autores como Manuel García Rendón y Raúl Cervantes Ahumada, que consideran que en el campo particular de las sociedades mercantiles, éstas deben de clasificarse además de en sociedades de personas (*Intuitu Personae*); y sociedades de capitales (*Intuitu Pecuniae*); en sociedades mixtas y sociedades elásticas o flexibles.

Las sociedades mixtas son aquellas que tienen socios personalistas y socios capitalistas, como las sociedades en comandita, donde los comanditados son personalistas y los comanditarios son capitalistas.

Desde este punto de vista hay tipos elásticos o flexibles como las llamadas sociedades de responsabilidad limitada, que según las necesidades derivadas del caso concreto, podrán organizarse con socios personalistas, con socios capitalistas, o con socios de ambos tipos. ²⁰

De lo anterior, se debe considerar también a las sociedades cooperativas, que sin ser en estricto rigor sociedades de personas, todos sus socios deben tener una calidad personal abstracta; es decir, pertenecer a la clase trabajadora, ya que en el concepto tradicional, la sociedad cooperativa sea sociedad de capitales o sociedad de personas, atiende a una calidad o circunstancia económico-social. ²¹

²⁰RAÚL CERVANTES AHUMADA: *Derecho Mercantil*, 4ª. edic., Herrero, México, 1980, p. 43

²¹Cfr. *Ibid.*

De acuerdo al criterio del profesor Manuel García Rendón, también distingue otra gran variedad de criterios en cuanto a la clasificación de las sociedades, algunos de los cuales expondremos a continuación:

- 1) S. Cerradas. Reciben este nombre las anónimas cuyas acciones son propiedad de un grupo pequeño de socios, generalmente constituido por una familia.
- 2) S. Abiertas. Se les llama así a las anónimas cuyas acciones se cotizan en bolsa y en consecuencia, son controladas por un gran número de personas.
- 3) S. Regulares. Son aquellas cuya Constitución ha sido formalizada en escritura pública y están inscritas en el Registro Público de Comercio.
- 4) S. Irregulares. La Ley General de Sociedades Mercantiles, considera como irregulares a las sociedades que no están inscritas en el Registro Público de comercio, consten o no en escritura pública.
- 5) S. de hecho. La Jurisprudencia Mexicana y una parte de la doctrina da el nombre de sociedades de hecho a las irregulares. Sin embargo, otra parte de la doctrina llama sociedades de hecho a las verbales o a las que consten por escrito, pero no en escritura pública.
- 6) S. Incompletas. Se les denomina así a las sociedades regulares o irregulares a las que les falta uno o varios de los requisitos legales de constitución.
- 7) S. Aparentes. También se les conoce como sociedades de papel o de comodidad. Son las constituidas por un solo socio y en las que figuran uno o varios testaferros, sin verdadero interés económicos y jurídico en la sociedad, para cumplir el requisito del número de socios mínimo establecido por la Ley.
- 8) S. Durmientes. Este nombre es aplicado a las sociedades formalmente constituidas e inscritas en el registro público de comercio que no llegan a funcionar, pero cuya creación y mantenimiento se hace con el propósito de proteger ciertas denominaciones o nombres comerciales o ciertas marcas.

9) *S. Ocultas.* Son aquellas que no se exteriorizan como tales frente a terceros. La figura típica de esta especie de sociedades es la asociación en participación.

10) *S. Paraestatales o de participación estatal.* Como su nombre lo indica son aquellas en las que participa el Estado como socio, ya sea directamente o por conducto de un organismo público descentralizado. La Ley las clasifica en empresas de participación estatal mayoritaria, si el Estado directamente o indirectamente controla más de 50% del Capital Social, y minoritario si controla menos de 25% del capital social.

11) *S. Controladoras.* Son las que controlan el capital social, generalmente representado por acciones de otra u otras sociedades mercantiles que en conjunto constituyen un grupo. A esta clase de sociedades también se les denomina sociedades madre, sociedades tenedoras o holdings.

12) *S. Controladas.* También se les conoce como *sociedades filiales, subsidiarias o consolidadas, porque su capital social es controlado por otra sociedad mercantil.*

2.4 Diferencias en cuanto a sus consecuencias jurídicas, con relación a los socios y frente a terceros.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Comercio, nos presenta una relativa distinción entre las sociedades civiles (de personas) y las mercantiles (de capital). Sin embargo, podría decir que nuestro sistema es en parte formal y a la vez mixto.

Lo antes dicho se desprende del estudio de dos artículos fundamentales, siendo el primero el 2688 del Código Civil en el cual se encuentra definido el contrato de sociedad civil, prohibiéndoles a estas sociedades constituirse en especuladores comerciales. El segundo es el artículo 2695 del citado Código en el cual se amplía la posibilidad de que una sociedad constituida civil tenga la posibilidad de transformarse en mercantil cuando realice actos de comercio.

Como resultado de lo anterior, se puede señalar como primer punto, que existe la posibilidad de que las sociedades, sea cual fuere su finalidad, se puedan constituir de manera mercantil, incluyendo las de carácter civil, siempre y cuando al transformarse adopten alguna de las formas señaladas por el artículo primero de la Ley de Sociedades Mercantiles; y en segundo punto vemos la prohibición expresa de una acción inversa, esto es, que las sociedades mercantiles no pueden adoptar sino solo esta calidad, puesto que el Código Civil no lo prevé en sus artículos 2688 y 2695, sin embargo, no existe una sanción sobre este particular y en consecuencia la eficacia de los artículos citados es dudosa.

Una vez señaladas las diferencias existentes en cuanto a sus consecuencias jurídicas es decir, las existentes entre las sociedades civiles y las mercantiles podemos hacer una comparación del *Intuitu Personae* y el *Intuitu Pecuniae* con estas sociedades diciendo que en las sociedades civiles las cuales supuestamente deben carecer de un fin especulativo, tiene un cierto predominio la calidad personal de los socios en razón de que en la mayoría de ellas sus finalidades son de carácter

educativo, cultural, etcétera, y sus socios no persiguen un lucro, lo cual las distingue de las sociedades de capital.

Por ejemplo, se puede ver que en una asociación civil, cuyo objeto sea la investigación nuclear, debe importar más la preparación científica de sus asociados para que de esta manera se pueda cumplir con el objeto social y con resultados satisfactorios. Situación opuesta sucede en las sociedades mercantiles, puesto que en éstas lo fundamental es que el socio aporte capital que pueda movilizar a la empresa, sin importar la clase de conocimiento o preparación que tenga el socio, así como tampoco si su ocupación es a fin con el objeto de la sociedad, puesto que lo importante es que se arriesgue capital para obtener un lucro al cumplimiento del objeto.

Resumiendo, podría decir que las sociedades de personas son aquellas que buscan una calidad personal en sus socios por encima de su aportación económica y en las sociedades de capital sucede totalmente lo contrario, puesto que lo primordial es la aportación económica de los socios, de ahí el principio de la doctrina de que en las sociedades de personas son las personas y en las de capital es el dinero.

En la práctica, las sociedades constituidas conforme a la Ley Mexicana se manifiestan en la mayoría de los casos de acuerdo al criterio ya comentado por el profesor Manuel García Rendón de la siguiente forma:

Por ejemplo, una de las empresas más fuertes y sólidas en México lo es Grupo ICA que nace el 4 de julio de 1947, cuando se funda la empresa inicial denominada Ingenieros Civiles Asociados, S.A. de C.V., con Capital Social de cien mil viejos pesos. Su escritura constitutiva la firmaron diecisiete jóvenes ingenieros, la mayoría de ellos recién graduados de la Universidad Nacional Autónoma de México. Esta sociedad es pionera del Grupo ciento por ciento mexicana y tenía como finalidad la firme decisión de participar activamente en el desarrollo de México, ya que en esa época nuestro país iniciaba su transformación urbana-industrial y la infraestructura de que se disponía era todavía muy incipiente.

A partir de entonces, esta sociedad y las demás sociedades fueron surgiendo de su seno hasta formar lo que es hoy un grupo de sociedades especializadas en cada rama de la ingeniería.

Los principios básicos que han normado la conducta de este grupo empresarial, desde su constitución con la sociedad inicial "ICA" han sido la reinversión constante de las utilidades, la participación accionaria del personal, el trabajo en equipo y el propósito de acometer los proyectos con calidad y puntualidad.

Esta filosofía ha sido permanente, ha guiado su trayectoria y sigue vigente hasta nuestros días.

La reinversión, a la vez que permite el impulso de nuevos negocios donde el progreso de México brinda oportunidades, es sustento para la participación accionaria del personal. Las acciones se van cediendo a los nuevos elementos de la sociedad, que se distinguen por su capacidad, por su sobresaliente desempeño y fidelidad corporativa. De esta forma, las nuevas generaciones tienen en este grupo empresarial amplias posibilidades para su desarrollo profesional y personal.

De lo anterior y retomando el criterio del profesor García Rendón, podemos observar que cuando se constituyó "ICA", era una sociedad cerrada y regular.

Posteriormente y con el transcurso de los años en "ICA", se fueron constituyendo más sociedades, por tal motivo el Consejo de Administración que era y seguirá siendo común, es decir, el mismo para todas las sociedades, aprobó y puso en marcha una nueva organización para este grupo y para todas las sociedades que lo conforman, ya que marca el inicio de una etapa promisoriosa que responde a una profunda transformación que está viviendo el país y a los cambios que presenta la economía mundial.

Esta nueva organización tiene como característica distintiva la de concentrar los recursos en unidades de gran tamaño, acordes a la enorme dimensión de los proyectos por realizar.

Dichas unidades se definen por especialidad, agrupando a las actuales sociedades de vocaciones afines y complementarias, a efecto de que actúen con eficacia en su mercado, de que puedan lograr economías de escala y especialización y sobre todo, de que estén a la altura de los competidores potenciales.

Cada una de ellas conforman una nueva sociedad "ICA", en la que se aprovechará integralmente la capacidad y experiencia del personal especializado, se establecieron programas específicos de calidad, productividad y desarrollo tecnológico para mantener permanentemente capacidad competitiva. Por ello y con la transformación que se dio en Grupo ICA, en todas y cada una de las sociedades que lo conforman, ésta se fortalece para poder competir, acrecentar su capacidad de realización, usar mejor sus recursos y abrir nuevos mercados.

Esto le valió para que dentro de esa nueva estructura u organización, constituyera conforme a la ley de la materia y al criterio del profesor García Rendón, varias sociedades controladas así como una sociedad controladora o también conocida como sociedad madre y/o holding, caso concreto: Empresas ICA Sociedad Controladora, S.A. de C.V., que siguiendo el criterio antes citado, también se le llama sociedad abierta.

Concretamente, el Grupo ICA "Ingenieros Civiles Asociados", es un consorcio empresarial mexicano, que le permite abordar cualquier reto y proyecto que se le

solicite, ya que puede conjuntar todas sus sociedades o algunas de ellas, porque de acuerdo a su objeto cumple con las exigencias solicitadas para un determinado fin, a la vez que mantiene como principio operativo de todas las sociedades que se desarrollan con libertad en su campo, aplicando políticas adecuadas a su objeto social.

Es por ello que este grupo empresarial cuenta hoy con una estructura que abarca más de setenta sociedades, cuyo denominador común es el poner la tecnología al servicio de la producción, por lo que en casi cinco décadas de intensa experiencia, estas sociedades han jugado un papel destacado en el proceso de desarrollo de México.

Por tal motivo y desde el punto de vista del profesor García Rendón, en este grupo empresarial se destacan las sociedades controladoras y/o holdings, sociedades abiertas, sociedades cerradas, sociedades regulares así como la combinación de estas mismas.

CAPITULO III

REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA CONSTITUCION DE SOCIEDADES EN MEXICO

3.1 Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El requisito de obtener una autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores, obedece fundamentalmente a que en la época de la postguerra, el proceso de industrialización acelerado en el que el país pudo entrar, apoyado en una mayor protección arancelaria y en una serie de incentivos fiscales y crediticios, estimuló un flujo considerable de inversión extranjera directa.

El acelerado ingreso de capitales foráneos, motivó cierta preocupación por parte del Estado, preocupación que se tradujo en la expedición el 29 de junio de 1944 de un decreto que estableció la obligación de solicitar autorización de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la Constitución de Sociedades con participación de extranjeros, y fue prorrogado y hecho extensivo a todo género de Sociedades, según circular del Consejo de Notarios del 17 de noviembre de 1945 que dice:

Circular del Consejo de Notarios que contiene la resolución de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en el sentido que

sólo con autorización de la misma Secretaría se pueden constituir sociedades y reformar las ya constituidas.

Consejo de Notarios del Distrito Federal

Circular.

Señores Notarios del Distrito Federal:

Tengo el honor de transcribir a ustedes, en cumplimiento de lo acordado por el H. Consejo de Notarios en su sesión del día 12 del actual, lo que dice al mismo la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de la Consulta que se le hizo, acerca de si seguía en vigor el decreto del 29 de junio de 1944 que previno que *únicamente con autorización de la misma Secretaría se pueden constituir toda clase de sociedades y reformar las ya constituidas.*

"En contestación a sus escritos del 2 y 9 de los corrientes, me permito manifestar a ustedes, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 6º del decreto publicado en el Diario Oficial del 1º de octubre en curso, que siguen vigentes las disposiciones del decreto del 29 de junio de 1944. Dichas disposiciones se seguirán aplicando con el mismo criterio que ha sustentado esta Secretaría hasta la fecha".

Atentamente, México, D.F., 17 de noviembre de 1945.

El Secretario del Consejo, Lic. Francisco Vázquez Pérez.
Rúbrica.

Como se puede observar la falta de esta formalidad tendrá como consecuencia la irregularidad de la Sociedad, la cual será estatutaria, si acontece en los estatutos o post-escritutaria, si acontece en un momento posterior al nacimiento de la sociedad, es decir con motivo de alguna reforma estatutaria.

En forma previa a la constitución o a las reformas estatutarias, es necesario solicitar y obtener un permiso expreso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual está facultada para otorgarlo, por el decreto del 29 de junio de 1944, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de julio de 1944.

La finalidad práctica de estos permisos, ha sido el control por parte del Estado Mexicano de las actividades comerciales o industriales que deben realizar en orden a la nacionalidad de los socios.

También se han controlado las denominaciones o razones sociales de las sociedades, evitando molestias e inconvenientes por duplicidades. Con este control el Gobierno se entera de la adquisición de bienes inmuebles por parte de sociedades, con las limitaciones que en tal sentido son señaladas por el artículo 27 de la Constitución Política Mexicana.

Además, si la sociedad por constituirse incorporará capital extranjero, deberá acatar las normas que establece la Ley de Inversión Extranjera, así como el Reglamento de la Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera. Los Notarios deberán insertar en la escritura constitutiva de la Sociedad, los documentos en los que consten las autorizaciones correspondientes.

Congruente con la derogación de los artículos 260 al 264, que se referían al registro de las sociedades mercantiles y a sus modificaciones estatutarias y a la

orden judicial que previamente se requería para tal efecto, el legislador de las reformas de junio de 1992, delega en los notarios una función revisora de los estatutos o de sus modificaciones.

Lo grave es que se transfirió a los notarios la facultad que antes se otorgaba a los jueces, esto se considera un error de técnica jurídica e inconstitucionalidad desde nuestro punto de vista, pues se confieren al Notario Público, funciones jurisdiccionales que sólo competen a los tribunales.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el artículo 15 de la Ley de Inversión Extranjera manifiesta lo siguiente:

"Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la Constitución de Sociedades. Se deberá insertar en los estatutos de las sociedades que se constituyan, la cláusula de exclusión de extranjeros o el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 Constitucional.²²

Artículo 16.- Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que la sociedades constituidas cambien su denominación o razón social o para que modifiquen su cláusula de exclusión de extranjeros por la de Admisión de extranjeros.²³

Sin embargo el Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera en su artículo 2 último párrafo establece lo siguiente:

²²Art. 15 de la Ley de Inversión Extranjera. Porrúa, México, 1995. p. 222.

²³Cfr. *Ibid.*

La Secretaría de Relaciones Exteriores deberá resolver las solicitudes de obtención de los permisos previstos en la Ley y este reglamento dentro de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la fecha en que sean presentadas. Transcurrido el plazo señalado sin que resuelva lo que corresponda, se considerará que la Secretaría de Relaciones Exteriores concedió el permiso que se hubiere solicitado.²⁴

Por lo que hace al artículo 30, éste se refiere al permiso que se expida, debe condicionarse a que en la escritura constitutiva se inserte la "Cláusula de exclusión de extranjeros" o al convenio previsto en este artículo el cual a la letra dice:

Quando la ley, en otras leyes o en disposiciones reglamentarias se haga referencia a la "Cláusula de exclusión de extranjeros", se entenderá por ella el convenio o pacto expreso que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que se estatuya que las sociedades de que se trate no admitirán directa ni indirectamente como socios o accionistas a inversionistas extranjeros y sociedades sin "cláusula de exclusión de extranjeros", ni tampoco reconocerán en absoluto derechos de socios o accionistas a los mismos inversionistas y sociedades.²⁵

El artículo 31 de este reglamento se refiere a cuando en los estatutos sociales no se pacte la "cláusula de exclusión de extranjeros" se deberá estipular el convenio o pacto expreso, que forme parte integrante de los estatutos sociales, por el que los socios extranjeros actuales o futuros de las sociedades de que se trate, se obligan formalmente con la Secretaría de Relaciones Exteriores a considerarse como

²⁴Art. 2 del *Reglamento de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera*, Porrúa, México, 1995. p. 249

²⁵Cfr. *Ibid.*

nacionales respecto a las acciones de dichas sociedades que adquieran o de que sean titulares, así como de los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses de que sean titulares tales sociedades, o bien de los derechos y obligaciones que deriven de los contratos en que sean parte las propias sociedades con autoridades mexicanas, y a no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos, bajo la pena, en caso contrario, de perder en beneficio de la nación las participaciones sociales que hubieren adquirido.

El artículo 32 dice: El permiso para constituir sociedades que expida la Secretaría de Relaciones Exteriores se otorgará solamente:

I. Cuando la denominación o razón social bajo la que se pretenda constituir la sociedad de que se trate no exista ninguna otra sociedad, en los términos de la legislación aplicable, y no haya sido reservada previamente por la propia Secretaría de Relaciones Exteriores.

II. Cuando se observen debidamente las disposiciones para la formación de la denominación o razón social establecidas en otras leyes.

La Secretaría de Relaciones Exteriores reservará a las sociedades el uso exclusivo de sus denominaciones o razones sociales, si se acredita ante la misma, en los términos previstos en este artículo, que se ejercieron los permisos correspondientes.

Transcurridos seis meses contados a partir del día de la fecha de expedición de los permisos, respectivos sin que se hubiere acreditado el ejercicio de éstos, la Secretaría de Relaciones Exteriores no reservará el uso exclusivo de las denominaciones o razones sociales amparadas por los permisos que queden sin efectos.

Los Notarios Públicos y Corredores Mercantiles deberán dar aviso a la Secretaría de Relaciones Exteriores sobre el uso de los permisos dentro de los noventa días hábiles siguientes a la fecha de autorización de las escrituras respectivas.

La validez de los permisos a que se refiere el artículo antes comentado será de noventa días hábiles contados a partir de la fecha de su expedición.

No se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para reformar estatutos sociales de las sociedades constituidas, salvo en los siguientes casos:

1º. Para incluir en los estatutos sociales la "Cláusula de exclusión de extranjeros" o el pacto a que se refiere el artículo 31.

2º. Para cambiar o modificar la denominación o razón social.

También no se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que las sociedades con "cláusula de exclusión de extranjeros" adquieran bienes inmuebles dentro de la zona restringida.

Tampoco para que las personas físicas y morales extranjeras adquieran derechos de fideicomisario en fideicomisos cuyo patrimonio esté constituido por tierras, aguas y sus accesiones ubicadas fuera de la zona restringida, cuando por virtud de tales fideicomisos se constituyan o se otorguen a los fideicomisarios derechos reales sobre dichos bienes.

A continuación se presenta el formato de una Solicitud de Permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores, para el uso de Denominación o Razón Social.

Expediente
Folio

H. SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES
DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS JURIDICOS
DIRECCION DE PERMISOS ARTICULO 27 COST.

ASUNTO: SE SOLICITA PERMISO PARA
USO DE DENOMINACION O
RAZON SOCIAL.

_____ señala como
domicilio para oír toda clase de notificaciones la casa marcada con el No.
_____ de la calle de _____ Colonia
_____ en _____ autorizando para los
mismos efectos y recibir el permiso correspondiente a
_____ ante usted comparezco
y expongo:

Secretaría Por medio del presente vengo a solicitar autorización de esa H.
para que al constituir una
_____ se utilice la denominación:

En mérito de lo expuesto, atentamente pido:
UNICO.- Expedir el permiso solicitado.

_____ a _____ de _____ de _____.

FIRMA

3.2 Escritura Pública.

Es el instrumento que el notario asienta en su protocolo y autoriza con su firma y sello para hacer constar el o los actos jurídicos que en el mismo se contienen. Se entiende también por escritura, cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:

I. El original que el notario asienta en el libro autorizado, para hacer constar un acto jurídico y que debe contener las firmas de los comparecientes, la firma y sello del notario.

II. El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trata y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado.²⁶

El documento deberá llevar las siguientes formalidades:

a) Ser firmado en cada una de las hojas y al final por los comparecientes y el Notario.

b) Llevar el sello de éste en los expresados lugares y agregarse al apéndice con sus anexos.

c) El extracto hará mención del número de hojas de que se compone el documento, así como de sus anexos y será firmado por los comparecientes y el Notario.

d) La autorización definitiva y las anotaciones marginales se harán solo en el libro de protocolo.²⁷

²⁶Art. 60 de la *Ley del Notariado para el Distrito Federal*, Porrúa, México, 1995, p. 31.

²⁷Cfr. *Ibid.* p.32.

En resumen, para el otorgamiento de una escritura la Ley señala dos posibilidades: 1ª. Que se extienda completa en el protocolo; 2ª. Que se extienda un extracto y se agregue al apéndice el documento complementario.

Ni el derecho alemán, ni el francés, ni el inglés, ni el italiano, exigen la escritura pública, si no es para determinadas especies de sociedades; en cambio, tal requisito formal es de larga tradición en el derecho hispano mexicano, lo establecían así las ordenanzas de Bilbao y lo reiteraron el Código Larrea, el Código de 1884, el de 1889, así como los dos Códigos de Comercio que ha habido en España. Tal vez por esa larga tradición se conserva la exigencia formal, tanto en el proyecto de 1929 como en los ulteriores, hasta el de 1960.

En Argentina, la Ley de Sociedades Comerciales, publicada el 25 de abril de 1972, permite que la Constitución de una Sociedad se otorgue por instrumento público o privado.

Aunque la Ley de la Materia no lo exige, en toda escritura de sociedad es importante hacer constar el lugar y fecha en que se otorga, así como la firma de los otorgantes y la del Notario que autoriza la escritura.

Después de ver lo que se entiende por escritura pública y cuáles son sus formalidades en general, aplicaremos éstas a las sociedades, por lo que retomando el punto citado en el apartado b de este capítulo el cual se refiere al permiso de la

Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir una sociedad o para modificar estatutos (cambio de denominación o razón social y cláusula de admisión de extranjeros), podemos decir que una vez obtenido este permiso y de conformidad con el artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las Sociedades deben ser constituidas ante Notario Público y la escritura constitutiva que se formalice ante él deberá contener, de acuerdo al artículo 6º del ordenamiento antes señalado, los siguientes requisitos:

I) Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad:

El nombre de las partes, más que un requisito esencial de negocio social, es un supuesto lógico de toda sociedad, es un dato de identificación necesario para imputar a las partes el estatus de socio y para probar la existencia del consentimiento.

Debe advertirse, sin embargo, que la fracción I del artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles resuelve una vieja polémica doctrinal al establecer claramente que las personas morales pueden ser socios de otras personas morales, es decir, que pueden ser socios de las Sociedades Mercantiles no solo las personas físicas, sino también las morales.

Esta polémica no está resuelta por nuestra legislación para las asociaciones y sociedades civiles en donde se habla de que los socios deben ser individuos (Art.-

2670, CCDF) entendiéndose por tales a las personas físicas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Suprema Corte de Justicia ha establecido que las garantías individuales también protegen a las personas morales, con lo que de hecho se les reconoce el carácter de individuos.

La expresión de la nacionalidad es una exigencia que nace de las disposiciones contenidas en las fracciones I a V del artículo 27 Constitucional, así como de la Ley de Inversión Extranjera y del Reglamento de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, disposiciones que son de mera Policía del Estado; sin embargo, cuando algún socio es extranjero, deberá convenir, obligándose formalmente con la Secretaría de Relaciones Exteriores, a no invocar la protección de su gobierno, respecto a los intereses que tenga en la Sociedad bajo pena de perder en beneficio de la nación su participación social.

Por lo que atañe al domicilio de las partes, el requisito de declararlo al constituir la sociedad reviste una gran importancia en las sociedades *Intuitu Personae*; pero no tanto en las *Intuitu Pecuniae*, porque en éstas los socios responden únicamente del pago de sus aportaciones, mientras que en aquellas, en las sociedades de personas, responden solidaria, subsidiaria e ilimitadamente de las deudas sociales con lo que expresando el domicilio de los socios, se facilita a los acreedores de la sociedad el ejercicio de las acciones que tuvieren contra ellos.

II) El objeto social:

El objeto social es una de las cláusulas esenciales de la escritura social, puesto que, mediante su determinación los socios fijan los límites de la capacidad jurídica de la persona moral y consecuentemente, su marco legal de acción, dentro de la esfera de capacidades generales y limitaciones establecidas por la ley.

Cuando se dice que la capacidad de la persona moral se determina dentro de las capacidades generales y limitaciones establecidas por la ley, se quiere significar no solo que el objeto social debe ser lícito y posible, sino también que los socios no tienen un poder absoluto para fijarlo. En algunos casos la ley veda a las sociedades mercantiles dedicarse a cierto tipo de actividades reservadas exclusivamente al Estado (tales como la industria petrolera, la industria eléctrica. etc.), y en otros casos prohíbe a ciertas sociedades comerciales dedicarse a actividades que son permitidas a otras por ejemplo: las sociedades por acciones no pueden adquirir, poseer o administrar fincas rústicas. De manera tal que en la determinación del objeto social, habrá que recordar que no es aplicable el principio que reza en el sentido de que todo lo que no se prohíbe por la ley está permitido, puesto que las sociedades sólo pueden hacer aquello que les está permitido conforme a su objeto.

Hay tratadistas como Oscar Vázquez del Mercado, quien considera que debe distinguirse entre objeto y finalidad.

Con la primera expresión se señala los actos que deben ejecutarse, permitidos al obtenerse la autorización de constitución y que son la actividad económica de la sociedad y con los que cumple el objeto.

Con la segunda expresión, se separa la intención o fin que se pretende lograr con la ejecución de los actos propios del objeto.²⁸

Para Joaquín Rodríguez manifiesta:

Por objeto entendemos el tipo de actividad que ha de realizar la sociedad. Se trata de una acepción incorrecta del término, ya que objeto del contrato son las obligaciones de los socios e indirectamente el contenido de éstas.

Por lo tanto, objeto en este aspecto es finalidad social, la que deberá expresarse ya sea de un modo preciso y concreto, bien de un modo amplio.²⁹

Raúl Cervantes Ahumada nos dice:

Las sociedades mercantiles son comerciantes especializados en una actividad determinada. Se llaman Objeto Social a esa actividad a que la sociedad habrá de dedicarse y ella deberá expresarse en la escritura constitutiva, según manda la fracción II del artículo 6º antes citado.

En principio, si un acto realizado no está comprendido en el objeto social, si el acto no está afectado por otras

²⁸OSCAR VAZQUEZ DEL MERCADO: *Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles*:: Porrúa, México 1992, pág. 33

²⁹JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ: *Derecho Mercantil*:: Porrúa, México, 1983, pág. 50.

causas específicas de nulidad, el comprenderse en el objeto lo hará ilícito, pero no nulo.³⁰

III) Razón Social o Denominación.

El proyecto de Código de Comercio de 1947 restringía la libertad para formar la denominación social, al exigir que se hiciera mención de la finalidad principal de la negociación. En la redacción de 1952, no sólo se suprimió esta exigencia, sino que prácticamente desapareció la distinción entre razón social y denominación, al permitir tácitamente que en una anónima se haga figurar el nombre de un socio, sin otra consecuencia que la de sujetarlo a la responsabilidad personal por el monto íntegro del capital. También en este caso se conserva la solución en el proyecto de 1960.

Como persona que es, toda sociedad deberá tener su nombre propio, un nombre que la distinga de las demás existentes y actuantes en el mundo de las relaciones jurídicas.

El nombre social puede ser de dos formas: una razón social o una denominación.

³⁰RAUL CERVANTES AHUMADA: *Derecho Mercantil*; Herrero, México 1982, pág. 45.

Se llama razón social al nombre de la sociedad en el que figura el nombre completo o sólo el apellido o los apellidos propios de alguno o algunos de los socios. En este caso la ley dice que la razón social se formará con los nombres; pero considero que debe interpretarse la ley en el sentido indicado. Por ejemplo: con nombres completos, Armando García y Cía; con sólo apellidos, García, Rosado y Cía; con nombres y equivalente de compañía, Eduardo García y Hermanos.

La denominación es el nombre social formado objetivamente, sin que se mencionen nombres de personas, es decir generalmente la denominación hace referencia al objeto social por ejemplo: Proveedora Acero y Fierro, S.A., pero también puede formarse con simples expresiones de fantasía, La Mariposa, S.A.

La diferencia entre razón social y denominación se advierte en la aplicación de dichos nombres respectivamente, ya que la razón social es propia de las sociedades *Intuitu Personae* como en nombre colectivo, en comandita y la denominación es propia de las sociedades *Intuitu Pecuniae* como las anónimas.

IV) Su Duración.

La duración de la sociedad equivale al tiempo durante el cual los socios se comprometen a mantener, en el patrimonio social, los bienes que forman sus respectivas aportaciones.

No hay en el derecho mexicano disposición general alguna que fije un plazo máximo o mínimo para la duración de las sociedades. En materia de sociedades especiales, como son las de crédito, fianzas y seguros, si hay disposiciones limitativas al respecto, permitiendo la duración indefinida y exigiendo un plazo mínimo.

Las sociedades operan dentro de un periodo que ellas mismas fijan; es necesario que así sea para el efecto de que los terceros que contratan con las personas colectivas conozcan fundamentalmente, si los administradores pueden o no realizar confiablemente operaciones toda vez que el artículo 233 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece:

Los administradores no podrán iniciar nuevas operaciones con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad, al acuerdo sobre disolución o la comprobación de una causa de disolución. Si contravinieran esta prohibición, los administradores serán solidariamente responsables por las operaciones efectuadas.³¹

Ahora bien, como toda persona, la sociedad mercantil tiene un término de vida, que en la escritura constitutiva de toda sociedad deberá predeterminarse. Antes de su terminación, el término podrá prorrogarse. Por costumbre suelen fijarse

³¹Art. 233 LGSM, Sista, México, 1992. p. 43.

términos de 99 años; sin embargo, se ha discutido si puede establecerse una duración ilimitada.

La duración de una sociedad ha dado lugar a diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales. De una parte se sostiene que necesariamente ha de determinarse la duración de la sociedad y de otra parte se afirma que puede estipularse una duración por tiempo indeterminado.

En lo personal, considero que en virtud de no existir disposición legal que determine o fije la duración de la sociedad, no creo que haya obstáculo para que se establezca una duración ilimitada. Sin embargo, se debe considerar que en ocasiones se ha negado la inscripción de una sociedad de comercio por haberse constituido con duración indefinida, ya que la Suprema Corte de Justicia ha declarado como de legal la negativa de inscripción.

V) Importe de Capital Social.

El capital social se forma con la suma de las aportaciones en numerario y otros bienes que realizan los socios. La declaración del importe del capital social no es un requisito esencial de la sociedad, ya que su omisión puede suplirse fácilmente mediante una simple suma aritmética del importe de las aportaciones que hayan hecho los socios.

Por lo anterior no deben confundirse los conceptos de capital social y patrimonio. El capital social, como queda dicho, es la suma de las aportaciones de los socios; el patrimonio es la suma de los valores de contenido económico de que es titular la sociedad. Los conceptos de capital social y patrimonio solo coinciden al momento de la constitución de la sociedad puesto que, una vez iniciadas las operaciones, el patrimonio puede sufrir aumentos o disminuciones.

El concepto de capital social tiene diversas connotaciones, según sea su función, de modo que se habla de: capital inicial o fundacional, capital suscrito, capital pagado o exhibido, capital mínimo fijo, capital variable, capital máximo y capital autorizado.

1) El capital inicial o fundacional: es el mínimo exigido por la Ley para la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada, anónima y comandita por acciones.

2) El capital suscrito: es la suma de las aportaciones que los socios se han comprometido a hacer a la sociedad.

3) Capital pagado o exhibido: es la suma de las aportaciones efectivamente hechas a la sociedad por los socios; suma que, en la sociedad de responsabilidad limitada debe ser, por lo menos, de cincuenta por ciento del valor de cada parte social (Art. 62) y en la anónima de veinte por ciento de cada acción pagadera en efectivo o de cien por ciento de cada acción que haya de pagarse, en todo o en partes, con bienes distintos del numerario (Art. 89 fracs. III y IV).

4) Capital mínimo fijo: es aquel respecto del cual, en las sociedades de capital variable, los socios no tiene derecho de retiro.

Es el tope mínimo pactado en los estatutos, el cual no podrá ser inferior a los mínimos exigidos por la ley para cada clase de sociedad.

5) Capital variable: es la parte del capital social respecto de la cual los socios tienen derecho de retiro.

También hay principios que rigen al capital social en el que las personas morales, lo mismo que las físicas, responden del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, ha excepción de aquellos que por ley son inalienables e inembargables, de allí que se ponga un gran cuidado en que el capital social, que es parte del patrimonio de la sociedad, constituya una garantía de las deudas sociales, especialmente en el caso de las sociedades *Intuitu Pecuniae*. Por consiguiente, dado que el capital social representa una garantía para los acreedores de la sociedad, se ha dictado una serie de normas tendientes a conservar esa garantía; normas que se conocen como principios del capital social, entre los que destacan, los de garantía, los de realidad del capital social, los de limitación de los derechos de los fundadores y los de la intervención pública y privada.

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.

Este punto permite que los socios aporten a la sociedad bienes distintos del numerario, exigiendo la determinación clara del valor que se les atribuya, así como la

forma de hacer dicha atribución evidentemente el interés de terceros debe ser protegido, limitándose la autonomía de la voluntad de los socios y la posibilidad de que éstos atribuyan a los bienes aportados un valor superior al que realmente tienen.

Es en esta parte de la escritura constitutiva en donde deberá indicarse si la sociedad adopta el régimen de capital variable y dadas las características de esta modalidad, se exige se señale el capital sin derechos a retiro, es decir, el capital mínimo.

VII) Domicilio de la Sociedad: Es el lugar que los socios eligen para que la sociedad ejercite sus derechos y cumpla sus obligaciones. No deben confundirse los conceptos de domicilio social y oficinas sociales. El primero se refiere al municipio o dirección (calle y número) en que tiene su asiento legal la sociedad, el segundo, es el local o locales en que se encuentran las instalaciones de ella.

A falta de determinación del domicilio social, la ley refuta como domicilio de las personas morales el lugar en donde se halle establecida su administración.³² (Artículo 33 del Código Civil para el Distrito Federal). Sin embargo, las personas morales, al igual que las físicas, pueden señalar domicilios convencionales para el cumplimiento de determinadas obligaciones.³³ (Artículo 34, CCDF). Asimismo, en cuanto al domicilio de las sucursales o agencias que establezca la sociedad, a falta

³²Cfr. Art. 33., CCDF. Porrúa, México, 1992, p. 49.

³³Cfr. Ibid., p. 50.

de designación expresa, la ley considera que su domicilio será el lugar en que operen, cuando éstas se encuentren establecidas en lugares distintos de donde radica la casa matriz.³⁴ (Artículo 33, párrafo final, CCDF).

Hasta aquí los elementos llamados como esenciales en la integración de la escritura constitutiva de una sociedad mercantil. Su ausencia produce la imposibilidad del registro y la aplicación del último párrafo del artículo 7º de la Ley General de Sociedades Mercantiles que se refiere a la responsabilidad de los representantes de sociedades no inscritas:

Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva, contraerán frente a terceros responsabilidad limitada y solidaria por dichas operaciones.

Ahora bien, por lo que hace a las cláusulas naturales o requisitos que no son esenciales en la escritura constitutiva de una sociedad, pero según dispone el artículo 8 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, éstos serán suplidos por las disposiciones relativas a la ley; sin embargo, los mencionaremos para no restarles importancia:

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

³⁴Cfr. *Ibid.*, p. 49.

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 estos requisitos y las reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad, constituirán los estatutos de la misma.

Es importante tratar el problema de una sociedad que se haya constituido únicamente en documento privado, pero si ésta contiene las cláusulas esenciales del negocio social, es decir, las siete primeras fracciones del artículo sexto, en este caso, cualquier socio podrá demandar el otorgamiento de la escritura correspondiente con fundamento en el artículo séptimo de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

3.3 Inscripción en el Registro Público de Comercio.

Es obligatoria la inscripción en el Registro Público de las Sociedades Mercantiles, así lo establecen los artículos 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 16, 21 y 23 del Código de Comercio.

Anteriormente al decreto que reformó, adicionó y derogó diversas disposiciones de la Ley de Sociedades Mercantiles publicada el 11 de junio de 1992, disponía en sus artículos 260 al 264 que para que el registrador pudiera inscribir una sociedad mercantil, se requería una orden judicial, la cual se iniciaba con la solicitud respectiva ante el Juez de Distrito o ante el Juez de Primera Instancia, dicho Juez daba vista al Ministerio Público y posteriormente dictaba la resolución que ordenaba o negaba el registro solicitado.

También los interesados podían interponer el recurso de apelación y a continuación se pronunciaba el fallo correspondiente, y una vez que haya causado ejecutoria la resolución judicial que acordaba la inscripción, el registrador procedía a efectuar el registro.

La revisión judicial de la escritura constitutiva de una sociedad, tenía como finalidad, comprobar que se ajustaba enteramente a la Ley, en cuanto a que contenían las cláusulas esenciales, tuviera un fin lícito y no tuviera cláusulas violatorias de las normas imperativas.

Ahora en la actualidad, no se requiere autorización judicial para la inscripción de escrituras de constitución o modificación de sociedades, aún cuando hayan sido otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 1992, ya que con esta reforma nos tenemos que remitir al artículo 5 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que señala:

Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar con sus modificaciones. El notario no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta ley.³⁵

Qué se quiere decir con esto, que congruente con la derogación de los artículos 260 al 264 que se referían al registro de las sociedades mercantiles y a sus modificaciones estatutarias y a la orden judicial que previamente se requería para tal efecto, el legislador de las reformas de junio de 1992, delegó en los notarios una función revisora de los estatutos o de sus modificaciones. Lo más delicado de esto, es la parte final del artículo citado, añadido a la reforma, ya que se transfirió a los notarios la facultad que antes era exclusiva de los jueces, por lo que considero que hay un error de técnica jurídica e inconstitucional ya que se confirieron al notario público, funciones jurisdiccionales que sólo competen a los tribunales.

³⁵Art. 5 LGSM, Sista, México, 1992, p. 2.

Ahora bien, por el hecho de que una sociedad esté inscrita en el Registro Público de Comercio, tendrá personalidad distinta a la de sus socios; sin embargo, las sociedades no inscritas que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros y consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.

A pesar de que se reconoce personalidad jurídica a las sociedades no inscritas al igual que a las sociedades inscritas, la no inscripción trae las siguientes consecuencias:

La primera, los representantes de la sociedad responden solidaria e ilimitadamente de las obligaciones de la sociedad.

La segunda, y de conformidad con el artículo segundo, quinto párrafo de la Ley de la Materia, los representantes de la sociedad son responsables de los daños y perjuicios que esta irregularidad pudiera ocasionar a los socios no culpables de ella, ya que en principio, la falta de registro es imputable a quienes por tener la representación de la sociedad, pudieron inscribirla y no lo hicieron.

3.4 Trámites Administrativos.

Posteriormente a la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio, es necesario realizar diversos trámites de carácter fiscal y administrativo.

De conformidad con la ley de las Cámaras de Comercio y de la Industria, publicada el 2 de mayo de 1941, es necesario que la sociedad sea inscrita en la Cámara de Comercio o Industria que le corresponda.

También es una obligación para las sociedades, proceder a darse de alta en la Oficina Federal de Hacienda y en la Tesorería de la entidad federativa en que se encuentre su domicilio, así como a empadronarse ante la Secretaría de Hacienda o el Departamento del Distrito Federal, para los efectos de la Ley de Ingresos Mercantiles.

Asimismo, es requisito hacer las manifestaciones correspondientes ante la Dirección General de Estadística.

CAPITULO IV

FUSION

4.1 Introducción.

El Derecho Mercantil pretende como todas aquellas ramas del derecho, preservar en armonía las relaciones interhumanas. Por lo tanto, es necesario que el derecho se vaya adaptando a los requerimientos económicos y sociales que se van presentando conforme al progreso logrado por el hombre. De esto se desprende que tanto sociedades como comerciantes precisan de la creación de nuevas instituciones jurídicas y de formas más dinámicas que vayan acorde con las metas fijadas por ellos mismos.

Por lo tanto, el jurista se ve ante la tarea de elaborar las instituciones jurídicas adecuadas y de actualizar las ya existentes para así mantener la efectividad de la ley. Nuestra Constitución establece cuáles son los órganos legales para la producción y modificación de leyes expresas y los órganos encargados de vigilar su observancia.

Así, tenemos los artículos 213 y siguientes de la Ley General de Sociedades Mercantiles, Capítulo de Sociedades de Capital Variable referente al capital autorizado y el artículo 210 bis, de la Ley General de Títulos y Operaciones de

Crédito referente a las obligaciones convertibles, como ejemplo de lo arriba manifestado.

Sin embargo, vemos que esta no es la única forma de creación de instituciones jurídicas. Como ejemplo de ellos, tenemos al “Arrendamiento Financiero” que tiene su papel principal en la práctica de los contratos, sin haber una ley expresa que lo cree. Los artículos 19, fracción VI inciso H y el 21 fracción XII de la Ley del Impuesto Sobre la Renta se refieren a tal figura contractual.

Esto sale a colación, en relación con la fusión, debido a que para llevarla a cabo, generalmente es necesario el celebrar contratos donde se pueden crear nuevas figuras que no necesariamente se encuentren con una base legal expresa o directa, esto debido a que la fusión al ser una figura del Derecho Mercantil, no está exenta a las transformaciones radicales que sufre la vida comercial y económica. Por tanto, si no encuentran una transformación, ésta se tiene que presentar en forma contractual.

Por lo que se refiere a la presente tesis, los motivos para el análisis y la elaboración de la misma, es precisamente la creencia de que la importancia de la fusión crece en los días de auge económico y empresarial, por tratarse de una figura ágil y en algunos casos, sumamente positiva para empresarios que recurren a ella. Aún cuando actualmente se presentan situaciones que hacen sentir que el estado económico en varios países, es raquítico, el auge económico no puede ser negado.

La fusión como característica esencial, destaca la posibilidad de concentrar en una sociedad a dos o más, lo que puede traer consecuencias sumamente positivas como es el incremento de capital social y de accionistas, elevación de la productividad, ampliación del mercado, eliminar la posibilidad de competencia desleal y además, una disminución en gastos de administración.

4.2 Conceptos de Fusión.

Primeramente considero necesario, el hacer un breve análisis de algunas de las concepciones sobre fusión que existen en nuestro país, para así poder dar una explicación más precisa de lo que se debe entender por fusión.

Mantilla Molina asevera que la fusión es un caso especial de disolución de las sociedades, por un lado mediante una incorporación o sea, el supuesto mediante el cual una sociedad se extingue por la transmisión total de su patrimonio a otra sociedad preexistente o mediante el supuesto de absorción, que es la constitución de una sociedad totalmente nueva con las aportaciones de los patrimonios de dos o más sociedades que en ellas se fusionan, aquí Mantilla Molina habla de fusión pura debido a que varias sociedades se extinguen para crear una nueva.³⁶

³⁶Cfr. op. cit. p. 442.

Rodríguez y Rodríguez dice que en general, se habla de fusión para aludir a un fenómeno de mezcla de empresas sociales y no hace distinguir el concepto económico y jurídico de la fusión.

Económicamente, dice Rodríguez y Rodríguez la fusión supone la reunión de varias empresas bajo una sola voluntad, por tanto, comprende fenómenos mucho más amplios que los que supone el mismo concepto desde el punto de vista jurídico, que consiste en la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran recíprocamente para que una organización jurídica unitaria, sustituya a una pluralidad de organizaciones.³⁷

Vázquez del Mercado funda su definición de fusión en una fórmula que abarca los elementos y las características de varios autores que distinguen a la fusión y dice:

Por fusión debe entenderse la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo, o cuando sobrevive un titular, éste absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás; en ambos casos, el ente está formado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquellos en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución de los que poseían.³⁸

³⁷Cfr. op. cit. p. 517.

³⁸Cfr. op. cit. p. 300.

Comparto la opinión de Vázquez del Mercado, en el sentido de que en la fusión, es esencial la entrega de títulos, ya que si únicamente se entregara un precio de dinero o metálico a cambio de los activos de la sociedad que se fusiona, estaríamos hablando de una mera venta o cesión de derechos y no de fusión.

Con respecto a la especie de sociedades que se fusionan, Vázquez del Mercado menciona que pueden fusionarse sociedades de cualquier tipo, o sea que una sociedad anónima puede fusionarse con una colectiva o con una comandita o viceversa, basándose en que la fusión no es propia y exclusiva de cierta clase de sociedades.

Sin embargo, conforme al artículo 226 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, si de la fusión de varias sociedades resulta una distinta, su constitución se sujetará a los principios que rigen la constitución de la sociedad a cuyo género haya de pertenecer. Por lo tanto, dicha sociedad distinta tendrá que efectuar un *cambio o transformación de su especie a la de la sociedad subsistente*.

Para Abascal Zamora, por fusión de sociedades debe entenderse la reunión de dos o más entes sociales en uno solo, en una compenetración recíproca tan intensiva que, por lo menos una de ellas debe desaparecer, transmitiendo, a título

universal, su patrimonio a la sociedad que subsiste o que resulte de la fusión, la que se constituye con los socios de todas las sociedades participantes.³⁹

Insiste Abascal Zamora en que por lo menos una de las sociedades que participan en la fusión deberá desaparecer para quedar en una empresa que sobrevive o que se constituya una nueva con los activos de las extinguidas, esto debido a que si no es así, podemos hablar de otro tipo de concentración más no de una fusión: ya que hay que recordar que estamos hablando de la fusión de varios entes sociales en uno nuevo o en uno preexistente.

Por otro lado Walter Frisch dice que por fusión se entiende la transmisión de todo el patrimonio de una o más sociedades mercantiles a otra sociedad del mismo tipo, a través de la sucesión general y mediante la participación de los socios de la o las sociedades que hayan transmitido su patrimonio, a la sociedad que recibiere el mismo, ya sea subsistente o de nueva creación, sin que esto comprenda una liquidación de las sociedades aportadoras, pero si una clara desaparición de las mismas.⁴⁰

También hace destacar en forma muy precisa que las sociedades mercantiles que pretendan llevar a cabo una fusión deberán ser del mismo tipo, debido a que la

³⁹Cfr. JOSE MARIA ABASCAL ZAMORA; *Fusión de Sociedades Anónimas en el Derecho Mexicano*; (tesis), México, 1960, p. 12.

⁴⁰Cfr. WALTER FRISCH PHILIPP; *La Fusión de Sociedades Mercantiles en el Ambito Internacional y a la Luz de la Inversión Extranjera*, México, 1976, p.1.

sociedad nueva o subsistente al contraer todo el patrimonio de la otra u otras sociedades, también contrae las obligaciones que tuviesen las otras sociedades y por tanto, es necesario que si no fuesen del mismo tipo, tendrían que llevar a cabo una operación de transformación previa a la fusión. Ahora como en la legislación mexicana no se prevé un procedimiento combinado, se tendrán que llevar a cabo dos procedimientos o sea, que en el caso de que las sociedades no sean del mismo tipo o especie, las sociedades tendrán que efectuar las dos operaciones en forma subsecuente, primero llevar a cabo la transformación a cualquier especie que sea la que vaya a tener la sociedad nueva o la subsistente para entonces proseguir con la operación de fusión.

Una vez hecho este breve análisis, podemos sacar varias conclusiones sobre el concepto de fusión de Sociedades Mercantiles.

1. Todos los autores sin excepción, coinciden en que por fusión debe entenderse la transmisión de todos los activos y pasivos de una o varias sociedades, ya sea para crear una nueva o para integrarlos en una sociedad preexistente. En efecto, la fusión como acto jurídico implica la unificación del patrimonio social en un nuevo ente social o en uno preexistente.

2. Otro de los puntos a tocar es sobre el cambio de títulos que representaban el capital de las sociedades fusionadas por títulos de la nueva sociedad, aunque en este punto no contamos con la opinión de todos los autores,

coincidimos con los de Vázquez del Mercado y Frisch Philipp en que para poder hablar de fusión, tiene que haber de hecho una transmisión de títulos que lógicamente se extinguirán con las sociedades desaparecidas, ya que de no ser así, estaríamos hablando de una nueva compraventa o cesión de derechos.

3. Podemos aseverar definitivamente que al hablar de fusión se provocará por lo menos la desaparición de una sociedad, debido a que si aporta su patrimonio social, es obvio que tendrá que desaparecer. Sin embargo, por lo dispuesto en los artículos 222 a 228 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no es necesario llegar a la liquidación de ninguna sociedad.

4. Con respecto al tipo de fusión, ya sea absorción o integración e incorporación, es necesario señalar que esto únicamente refiere el hecho de que del acto jurídico de la fusión puede resultar una sociedad nueva totalmente o una preexistente con un capital social más elevado y con nuevos accionistas. Sin embargo, este hecho no modifica en nada la figura jurídica de la fusión.

5. Finalmente, Frisch Philipp hace una importante observación con respecto al tipo de sociedades que puedan fusionarse y menciona que las sociedades que pretendan fusionarse, tendrán que ser forzosamente del mismo tipo, debido a que es difícil imaginar la unificación de dos o más entes jurídicos que no sean de la misma especie. Por lo tanto, en el caso de que tuviésemos que llevar a cabo una fusión de dos o más sociedades de diversa especie, tendríamos que llevar

a cabo un acto previo de transformación a la especie finalmente deseada. No se encuentra en nuestra legislación mercantil un procedimiento combinado.

6. Con relación al punto anterior, el artículo 226 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice que cuando el resultado de la fusión de una o varias sociedades sea distinto, la constitución se sujetará a los principios que rigen la constitución de la sociedad a cuyo género haya de pertenecer.

Complementando con el artículo 227 de la misma Ley que hace mención de que todas las sociedades constituidas en alguna de las formas que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 1, fracciones I, II, III, IV, V, podrán adoptar cualquier otro tipo legal, excluyendo de éste a la Sociedad Cooperativa.

Por lo anteriormente expuesto, podríamos definir que por fusión debe entenderse: La total transmisión del patrimonio de una o más sociedades del mismo tipo a otra de las mismas características, condicionado esto a que los socios de las sociedades extinguidas reciban títulos de la sociedad nueva o de la preexistente.

Hablamos de transmisión total y por lo tanto, extinción ya que no podemos concebir una fusión concreta con la subsistencia de su personalidad jurídica.

Tendrán que ser del mismo tipo debido a que no podemos por principio unificar dos entes jurídicamente distintos.

También, es claro, como ya se expuso, que los socios deberán recibir a cambio, acciones de la nueva sociedad, debido a que si ellos no participasen en la nueva sociedad, estaríamos hablando de una figura distinta a la de la fusión, como podría ser una cesión o una compraventa.

En la inteligencia que ya hecha la fusión, existe la posibilidad de que estos socios puedan transmitir sus acciones sin ya afectar a la figura de la fusión, debido a que llevada a cabo ésta, la sociedad nueva o preexistente será otra sociedad común y corriente, que se regirá por los diversos principios de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Una vez que ha sido precisado y analizado el concepto de fusión es importante señalar todas sus características.

De los conceptos expresados se desprenden las siguientes: 1ª Reunión de Patrimonios; 2ª Desaparición de Titulares; 3ª Los socios de las sociedades desaparecidas forman la nueva sociedad o integran la que subsiste; 4ª Entrega de nuevos títulos o reconocimiento de la participación en el capital social.

Como primera característica, hemos dicho, se nos presenta la reunión de patrimonios. Las sociedades que van a fusionarse deliberan y deciden su disolución, misma que trae consigo que el patrimonio de las sociedades deliberantes vaya a formar parte del patrimonio de la sociedad que surge de la fusión, o de la sociedad

que subsiste. Ya sea en uno o en otro caso de fusión, los patrimonios dejan de pertenecer a las sociedades que desaparecen y vienen a formar uno nuevo o a confundirse en el de la sociedad subsistente.

Se debe aclarar que cuando se habla de disolución, no entendemos este concepto en su sentido estricto al que la Ley se refiere para señalar el paso anterior a la liquidación, sino en el sentido más amplio, es decir la idea de desaparición o extinción. La desaparición del titular del patrimonio tiene lugar no en el momento en que se delibera la disolución, sino hasta el momento en que la fusión se efectúa.

La tercera característica referente a los socios de las sociedades desaparecidas (fusionadas) que forman la nueva sociedad o integran la que subsiste, es el acto por el cual dos o más sociedades reúnen sus fuerzas económicas para formar una personalidad colectiva única, constituida por los socios de todas ellas.

Por lo que hace a la cuarta característica que se refiere a la entrega de nuevos títulos, es elemento esencial de la fusión, sin el cambio de títulos no habría fusión, se destaca que si en lugar de entregar nuevos títulos a los socios se entregara su precio en metálico tendríamos una venta, en virtud de la cual los socios recibirían metálico y en consecuencia, no formarían parte de la sociedad que surge.

4.3 Clases de Fusión.

La Ley General de Sociedades Mercantiles y la casi totalidad de la legislación y la doctrina extranjeras reconocen únicamente dos clases de fusión que reciben diversos nombres, pero que en substancia son las mismas en todos los sistemas legales.

Por lo que hace a la terminología legal y doctrinal que se utiliza en esta materia, cabe hacer notar que algunos sistemas jurídicos, como el Francés y el Italiano, llaman fusión a secas, al proceso por el cual desaparecen todas las sociedades que vienen a formar una nueva y absorción al proceso por el cual las sociedades fusionadas desaparecen para incorporarse a una sociedad fusionante que subsiste. Otros sistemas, como el anglosajón llaman consolidación al primer proceso y fusión al segundo.⁴¹

Sin embargo, la Ley General de Sociedades Mercantiles no establece expresamente ambas clases de fusión, pero la doctrina mexicana atendiendo a que en el último párrafo del artículo 224 se alude a la sociedad que subsista y a la sociedad que resulte de la fusión, considera que ambos sistemas son reconocidos por nuestro derecho y, por lo general, les aplica la nomenclatura francesa e italiana, pues la mayoría de los autores llaman fusión pura al proceso de integración y absorción al proceso de incorporación.

⁴¹ MANUEL GARCIA RENDON: *Sociedades Mercantiles*: Harla, México, 1993. p. 518.

La fusión por integración supone la creación previa de una sociedad, la fusionante, a la que se transmitirá la totalidad de los bienes derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas, aunque la ley no lo impide, este sistema de fusión no tiene sentido cuando está involucrada una sola fusionada pues, en última instancia, el único efecto que se obtiene es el de cambio de titular de la empresa y no el de la integración horizontal o vertical de ésta.

Manuel García Rendón nos dice que la fusión por integración es un proceso desconocido en México en lo que se refiere a las sociedades *intuitu personae*, por el problema que plantea para los socios colectivos y comanditados la asunción de la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada de las deudas que transmiten las fusionadas a la fusionante. Desde luego, este problema se atenúa cuando se trata de la limitada y de la anónima, pues en estos casos es posible determinar con cierto grado de exactitud el valor patrimonial de las partes sociales o de las acciones de cada una de las fusionadas y en consecuencia, el límite de la responsabilidad patrimonial de los socios.⁴²

No obstante lo anterior, en la práctica corporativa mexicana solo las Sociedades Anónimas recurren ocasionalmente a este sistema de fusión.

Por otra parte, la circunstancia de que la fusionante por integración deba existir antes de que se extingan las fusionadas nos lleva a cuestionar si en verdad existe la fusión por integración, toda vez que en este caso se produce el mismo

⁴² *Ibid.*, p. 519.

fenómeno que en el proceso de incorporación en el cual desaparecen las fusionadas y subsiste la fusionante.

En lo que concierne a esta última cuestión, hay autores como Vázquez del Mercado, que opina que una vez que la fusión tiene lugar y el capital social de la sociedad que se forma se encuentra totalmente suscrito, automáticamente la nueva sociedad queda constituida.

La fusión por incorporación siempre supone la preexistencia de una sociedad, la fusionante, a la que las sociedades que se extinguen, las fusionadas, transmiten la totalidad de sus patrimonios y obligaciones. A este respecto, algunos autores opinan que las fusionantes aportan sus patrimonios a la fusionada y que esta aportación puede ser total o parcial, a lo cual no estamos de acuerdo por dos razones.

Primera porque consideramos que no es exacto que las fusionadas "aporten" su capital a la fusionante, pues de ser así aquellas pasarían a ser socios de ésta, supuesto que no se produce precisamente porque las fusionadas se extinguen y segunda, porque como se verá más adelante, si bien la fusión implica la transmisión universal de los derechos, bienes y obligaciones de las fusionadas a la fusionante, ello no significa que sean las aportantes.

La fusión por incorporación es el sistema a que con mayor frecuencia se recurre en la experiencia mexicana, especialmente por razones de índole fiscal, dado

que algunas de las operaciones implícitas en la fusión están gravadas fiscalmente, por lo general se acuerda conservar como sociedad fusionante a aquella cuya transmisión de patrimonio causa una mayor carga impositiva.

También en la fusión por incorporación no hay creación de un nuevo ente. Las sociedades que van a incorporarse, deliberan por separado su fusión de la sociedad que las incorporará. No obstante que la asamblea de los socios acuerde la fusión, la sociedad como en el caso de fusión propiamente dicha continúa su vida normal hasta la fecha en que el acto de fusión tiene lugar. En ese momento y no en ningún otro, es cuando las sociedades se extinguen sin liquidación.

Para José de Jesús Gómez Cotero, nos dice que al estudiar la fusión de sociedades, cabe preguntar qué clase de sociedades pueden fusionarse y a fin de dar respuesta a esta inquietud es conveniente analizar lo que al respecto establece la Ley General de Sociedades Mercantiles.

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.⁴³

Respecto a este punto podemos decir que la fusión de sociedades tiene como finalidad práctica la formación de un organismo social nuevo, que naturalmente resultará de dimensiones mayores respecto de aquellos que se fusionan. Conduce a

⁴³ Art. 222, LGSM., p.39.

la unificación jurídica y económica de dos o más empresas, dando lugar a un sujeto jurídico único, ahí donde antes de la fusión, existían dos o más.

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 cuyo género haya de pertenecer.⁴⁴

Con base en lo anterior, se concluye que las sociedades que se fusionan pueden ser de capitales o de personas, de igual o distinta naturaleza y en todo caso de formar una diferente a las participantes. En apoyo a esta opinión puedo citar a Carvalho de Mendoza, quien señala que la fusión puede celebrarse entre sociedades que tengan o no la misma forma u objeto, postura a la que podrían adicionarse el hecho de que las sociedades participantes tengan o no la misma naturaleza, lo que nos permitirá encontrar fusiones de sociedades mercantiles y civiles.

El mismo Gómez Cotero, coincide al manifestar que desde el punto de vista jurídico existen dos tipos de clases de fusión de sociedades; la fusión pura o propiamente dicha, también llamada fusión por integración, que es aquella en la que desaparecen todas las sociedades y surge una nueva que se constituye con las aportaciones de los patrimonios de las sociedades que se fusionan; y la fusión por incorporación o absorción en la que algunas de las sociedades se extinguen para

⁴⁴ CARVALHO DE MENDOZA; *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Coimbra 1924 Tomo III, p. 67; citado por VÁZQUEZ DE MERCADO; Pomúa, México 1992. p. 300.

ingresar mediante la transmisión total de su patrimonio a otra sociedad preexistente, denominada fusionante.

Nuestra legislación reconoce ambos tipos de fusión al señalar en sus artículos 223 “y aquella o aquellas que dejen de existir, 224 párrafo tercero” “y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión; y 226” cuando de la fusión de varias sociedades haya de resultar una distinta.

Ahora bien, desde el punto de vista financiero Gómez Cotero coincide con Richard A. Stevenson al citar que las fusiones se pueden clasificar en:

- a) Fusión Horizontal: Tratándose de empresas que producen productos similares.
- b) Fusión Vertical: Cuando una empresa adquiere otra que es o una fuente de abastecimiento o un cliente potencial.
- c) Fusión de Conglomerado: Cuando las empresas tiene productos en mercados distintos

4.4 Diferencias entre Fusión y Escisión: Reformas de 1992.

La fusión y escisión de sociedades son instituciones jurídicas propias del régimen de las personas morales, que aplicadas a las sociedades sujetos de derecho, contribuyeron al proceso de concentración de empresas iniciado en el siglo XIX y continuado en el siglo XX.

Así, se unieron empresa, sociedad y persona jurídica, para contribuir al desarrollo de nuestra civilización mediante el crecimiento de las empresas, en una evolución que conduce a la concentración de las mismas mediante procedimientos diversos tales como la fusión, que estrictamente consiste en la unificación de varias personas jurídicas y la escisión que es la fragmentación de una persona jurídica en varias.

La escisión de sociedades es un concepto históricamente ligado con la fusión e incluso puede afirmarse que la escisión es una opción de reorganización de sociedades que derivó directamente del mecanismo de fusión. En efecto, la fusión y la escisión son instituciones jurídicas que regulan aspectos del amplísimo proceso económico de desarrollo y concentración de empresas en el siglo XIX y prosiguiendo en el siglo XX.

Definición Literal.

La palabra "escisión" proviene del Latín Scindere, que significa dividir. En el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, se señala que "escindir" significa: cortar, dividir, separar. Asimismo, "escisión" significa: rompimiento, desavenencia, dividir o separar, es decir, la escisión es la separación o división de un ente.⁴⁵

⁴⁵Cfr. *Diccionario de la Real Academia Española*, citado por JOSE DE JESUS GOMEZ COTERO, *Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles*; Themis, México 1995, p. 40.

El Diccionario Jurídico Mexicano editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, señala que es una forma de desconcentración por la cual una sociedad madre engendra a manera de partenogénesis una o más filiales y le transmite su patrimonio a título universal.⁴⁶

En México nuestra legislación incorporó a partir de 1992 dos definiciones de concepto de escisión, una para efectos fiscales y otra para efectos mercantiles.

Desde el punto de vista mercantil el artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece lo siguiente:

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

⁴⁷

En mi opinión, la primera parte de esta definición tiene una deficiencia que vale la pena hacer notar ya que al referirse al caso en que la sociedad escidente decide extinguirse, no puede decirse que divide parte de su activo, pasivo y capital en dos o más partes, cuando la sociedad escidente se extingue es porque la totalidad de su activo, pasivo y capital se dividió en dos o más partes. Si divide sólo

⁴⁶ Cfr. *Diccionario Jurídico Mexicano*, Vol D-H. Segunda Edición: Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed. Porrúa, S.A. UNAM, México 1987.

⁴⁷ Art. 228-Bis de la LGSM. p.40.

una parte de dichos rubros involucra que la otra parte permaneció en la propia escidente y por tanto no puede extinguirse.

Ahora bien, desde el punto de vista y ámbito fiscal se entiende por escisión de sociedades, la transmisión de la totalidad o parte de los activos, pasivos y capital de una sociedad residente en el país, a la cual se le denominará escidente, a otra y otras sociedades residentes en el país que se crean expresamente para ello, denominadas escindidas.

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

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

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

Después de analizar el concepto literal de escisión, lo que significa y de estudiar la definición de acuerdo al artículo 228-Bis de la Ley General de Sociedades Mercantiles, debemos hacer mención a los motivos que inducen a la fusión para poder determinar cuales son las diferencias entre fusión y escisión.

Los motivos que pueden dar origen a la fusión de sociedades por mencionar algunos son los siguientes:

a) El mejoramiento de las condiciones de mercado, el que puede obtenerse bien sea aumentando la producción y disminuyendo los costos y gastos, mejorando el precio tope del producto o ampliando los ámbitos del mercado potencial, entre otras muchas formas.

b) La diversificación que permite reducir riesgos de negocio y financieros; entendiéndose por riesgo de negocio la incapacidad para asegurar la estabilidad en ventas, costos y utilidades; y por riesgo financiero la incertidumbre inherente del uso de la palanca financiera (deuda).

c) La obtención de activos intangibles no disponibles como personal clave, patentes y marcas, equipo de investigación, prestigio e ingreso rápido a mercados corrientes y deseables, sólo por mencionar algunos.

d) Razones financieras tales como beneficios operacionales, de liquidez o de aumento de valor de mercado de las acciones de las sociedades participantes.

Sin embargo, la razón fundamental que motiva una fusión de sociedades, es la maximización del valor del mercado de la empresa lo que provocará un aumento en los márgenes de utilidad.

Por otro lado es conveniente mencionar que la fusión de sociedades, así como tiene ventajas también tiene desventajas entre las que debemos mencionar las siguientes:

a) El cambio de las condiciones de operación y formas de trabajo.

b) La pérdida de poder y control administrativo de los accionistas.

c) El considerar que el pago por la fusión, representado por las acciones de la fusionante o la nueva sociedad, no corresponde al valor que antes, en las fusionadas tenían las acciones de los socios.

Algunos estudios realizados muestran que a pesar de que en las últimas épocas, la fusión de sociedades ha tenido gran aceptación e incluso ha proliferado por las grandes ventajas que con ella se puede obtener, también es una realidad que en la práctica en algunos casos se ha fracasado y entre las principales causas de ello podemos encontrar:

a) El error de no definir las metas que se pretenden con la fusión y que permitan el acoplamiento de los recursos de las empresas participantes.

b) No definir la ganancia efectiva a obtener por las empresas participantes.

c) El hacer una inadecuada elección del candidato a fusionar por no hacer una investigación adecuada de su situación financiera y comercial.

d) Sin embargo el principal problema es el humano pues en una fusión se requiere la asimilación e integración tanto de ejecutivos como de personal de las entidades participantes, ya que al adquirir una empresa, ante todo se adquiere personas y si se logra asimilarlas se tendrá un gran éxito.

Ahora bien, los motivos que pueden dar origen a una escisión según algunos autores extranjeros es que consideran a la escisión como un fenómeno de concentración de empresas, situación a la que no estoy de acuerdo, ya que incluso la realidad presenta un fenómeno contrario, es decir, implica la segregación

patrimonial de una sociedad que desaparece parcelándose en unidades independientes, podríamos decir que es un medio de descentralización empresarial.

Esta figura responde a las necesidades de impulso y desarrollo de la empresa contemporánea, ya que permite el crecimiento, diversificación y reorganización de las empresas.

Es una forma de crecimiento, puesto que con objeto de lograr una mayor eficiencia productiva permite una descentralización, organizativa para reorganizar las empresas existentes.

Carlos Sánchez Mejorada, considera que particularmente en México existen motivos que dieron origen a la escisión, como son el de proteccionismo del patrimonio de los particulares en contra de las expropiaciones gubernativas que se dieron durante la época de expropiación de la banca en 1982. Esta figura permitió el separar activos bancarios de los no bancarios y salvar de esta manera parte del patrimonio evitando que cayera en manos del gobierno al nacionalizarse los Bancos.⁴⁸

Otras posibles razones para motivar una escisión son solución a los problemas internos de las sociedades, en donde existan dos o más grupos de socios con intereses contrapuestos y que deseen separarse a manera de mantener grupos homogéneos de interés, siendo la escisión una de las figuras que permitirá lograr estos objetivos.

⁴⁸CARLOS SANCHEZ MEJORADA, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, No. 10, año 1986, p. 355.

En nuestra legislación mercantil encontramos algunas figuras a fines a la escisión de sociedades como son: La Fusión y la Transformación que tiene como común denominador el que en todos los casos se trata de fórmulas para la reorganización de empresas.

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

Como elementos comunes a la escisión y a la fusión encontramos que ambos son métodos de reorganización, que las sociedades resultantes de las operaciones entregan a su vez acciones o partes sociales a los accionistas de las sociedades fusionadas o escindidas, que en ambos la transmisión patrimonial es a título universal, esto es incluyendo derechos y obligaciones; sin embargo, hay autores que sostienen que en la escisión y en la fusión de sociedades la sociedad escindida y la fusionada se extinguen sin liquidarse, opinión que no comparto ya que la liquidación de una sociedad implica la liquidación del patrimonio social pero no la muerte de la sociedad, ya que para que esta se de, se requiere de la liquidación previa de su patrimonio y como consecuencia de la ausencia de patrimonio y en su caso de la aprobación del proyecto de partición por los accionistas se da la extinción de la sociedad.

A partir de las reformas y adiciones a la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de junio de 1992, se instituyó en la legislación mercantil mexicana la figura de la escisión. En efecto entre tales adiciones se encuentra el extensísimo artículo 228 Bis que es la única disposición de la Ley General de Sociedades Mercantiles que se ocupa de esta institución.

Sin embargo, es importante hacer notar que es evidente que en la formulación del artículo 228 Bis intervino el Legislador Fiscal, ya que tanto en el numeral en comento como en las diversas disposiciones de la Ley de Impuesto Sobre la Renta no se instituye la escisión por incorporación, se llama escidente (es decir, lo que divide o separa) a la sociedad escindida y escindidas (esto es, lo dividido y separado), a las sociedades beneficiarias de la escisión, también se habla entre otras cosas, de aportaciones de capital hechas por la escidente y se exige que los socios de la escidente y los de la o las escindidas sean las mismas personas, quienes inicialmente deberán conservar en el capital social de éstas la misma proporción que tuvieron en el capital social de aquella.

Por todo lo anteriormente comentado es importante mencionar cuáles son las principales diferencias que se dan entre la fusión y la escisión, si bien algunos autores de otros países consideran que la escisión es una simple variante de la fusión, ya que la consideran una operación híbrida de la misma al involucrar ciertos caracteres de esta última con aportación parcial de activos, no coincide con tal punto

de vista, ya que entre una figura y la otra, existen diferencias muy marcadas, como las que se señalan a continuación:

1. La fusión siempre requiere una sociedad que se debe extinguir (la empresa fusionada) en tanto que en la escisión puede darse el caso de que sólo se separe una parte del patrimonio de la sociedad que se escinde, sin que desaparezca la sociedad.

2. La escisión puede realizarla una sola sociedad, en tanto que la fusión requiere de cuando menos la concurrencia de dos sociedades.

3. La escisión puede resaltar de un acto de voluntad unilateral de la sociedad que se escinde para crear otra sociedad, mientras que la fusión requiere siempre del acuerdo bilateral de dos sociedades cuando menos.

4. En la escisión solo se aporta una parte del patrimonio de la sociedad que se escinde, mientras que en la fusión hay una aportación total de activo, pasivo y capital.

5. La escisión entraña la reducción de capital social de la sociedad que se escinde en tanto que en la fusión la sociedad fusionada se queda sin capital, ya que desaparece.

4.5 Efectos Jurídicos en relación a los Acuerdos : Fusionante y Fusionada.

Dentro de los efectos que produce la fusión, ésta afecta en forma directa a las sociedades fusionadas y a la fusionante, ya sea subsistente o de nueva creación y por ende a los socios y acreedores de éstas. Ahora ¿Cuál es el efecto de más trascendencia?.

Rodríguez y Rodríguez indica que en el derecho mexicano es indiscutible que las sociedades fusionadas desaparecen o sea, que las sociedades fusionadas pierden su personalidad jurídica. Esto no debemos confundirlo con una liquidación y debido a que no hay liquidación, tanto el activo como el pasivo de la sociedad o sociedades fusionadas pasan a la fusionante en un fenómeno de auténtica sucesión universal intervivos.⁴⁹

Por lo anterior, podemos afirmar que el efecto jurídico más relevante en la fusión es el fenómeno de una auténtica sucesión universal intervivos, ya que el patrimonio total de una sociedad, considerando por supuesto, activos y pasivos, pasan a formar parte de otra sociedad. Sin embargo, no hay que olvidar que los socios de las sociedad fusionada reciben a cambio nuevos títulos de acciones en reemplazo de aquellos que amparaban el capital de la sociedad desaparecida.

⁴⁹ Cfr. JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, op. cit. p. 528.

Por lo tanto, hay una participación por parte de estos socios en la sociedad prevaleciente que obviamente será más poderosa o más efectiva o contendrá algún beneficio fiscal o administrativo. Sería ilógico pensar que las empresas involucradas en una fusión implica un mejoramiento, los socios de la fusionada en la fusionante recibirán a cambio de la cesión del patrimonio cedido o transferido a la fusionante, títulos de acciones o participaciones sociales que siendo, al fin y al cabo valores mobiliarios similares, solo que con diferente nombre social y tal vez de una empresa con un capital más elevado, o en una empresa con un campo de ventas más extenso o con más variedad de productos.

Por lo tanto, podríamos hablar de una permuta, ya que como no se habla de venta ni de cesión, sino de un cambio de títulos por el hecho de transferir un patrimonio a otra entidad jurídica totalmente diferente. Al consumar la fusión, automáticamente las partes que formaban al sujeto desaparecido pasan a ser parte integral de la sociedad nueva o prevaleciente, según el caso.

Ahora bien, respecto a los efectos que sufre la sociedad fusionante, Rodríguez y Rodríguez, aclara que tratándose del fenómeno de fusión por absorción, la sociedad absorbente o fusionante, al ocupar el lugar de las fusionadas, se encontrará con un patrimonio generalmente mayor, ya que como indicamos anteriormente, pasan a ella tanto los activos como los pasivos de las sociedades

fusionadas, por lo que la sociedad absorbente será propietaria de los activos y responsable de los créditos de la fusionada o fusionadas.⁵⁰

Este aumento de patrimonio generalmente se refleja en un aumento de capital, aunque esto no sea siempre una consecuencia inevitable de la fusión, ya que como explica Rodríguez y Rodríguez, el aumento del patrimonio se puede representar, con la puesta en circulación de las acciones que la sociedad hubiere amortizado con utilidades o con las que la sociedad tuviere en su poder como resultado de una adjudicación en un procedimiento judicial seguido contra sus socios morosos (artículos 134 y 156 de la Ley General de Sociedades Mercantiles). Se podría agregar también el supuesto de que la sociedad fusionante tuviere suficientes y propias acciones de la fusionada o que la fusionada se encontrase en el mismo caso.

Ahora, si el aumento de capital se llevare a cabo, los aportantes del capital adicional, son los accionistas de las sociedades fusionadas y no la empresa fusionada y por lo tanto, a aquellos deberán atribuírseles las participaciones y acciones en las proporciones y formas convenidas. Es necesario aclarar que la transferencia de los activos y los pasivos se efectúa automáticamente, sin necesidad de contratos individuales de cesión o de notificaciones. Ya ejecutada la fusión, la sociedad fusionante seguirá respondiendo ilimitadamente de las obligaciones de la o las fusionadas.

⁵⁰Cfr. *Ibid.*, p. 529.

Otro fenómeno lógico al llevarse a cabo la fusión, es generalmente el aumento de socios por parte de la sociedad fusionante, debido a que los nuevos socios aportantes con la sociedad fusionada ya son parte integral de la nueva o subsistente.

Vázquez del Mercado dice con respecto a los efectos de la fusión, que hay que dividirlos en tres: 1. Efectos con relación a la sociedad; 2. Efectos frente a los socios; y 3. Efectos frente a los acreedores.⁵¹

Los efectos con relación a la sociedad los subdivide en cuatro: a) Desaparición de las sociedades; b) Transmisión de las relaciones; c) Cambio de títulos; d) Creación de nueva sociedad, en caso de fusión propiamente dicha o aumento de capital, en caso de fusión por incorporación. A continuación expondré en forma más explícita estos efectos.

a) Desaparición de las sociedades. En cuanto a los efectos con relación a la sociedad, hemos visto que para que se lleve a cabo una fusión, es necesario que por lo menos haya la desaparición de una sociedad o sea la extinción de una persona jurídica.

⁵¹ Cfr. OSCAR VAZQUES DEL MERCADO; op.cit. p. 337.

Esta extinción generalmente sobreviene antes de la fecha asignada para su duración, y por consiguiente la sociedad que será absorbida tendrá que modificar previamente sus estatutos cuando menos en la parte relativa a la duración de la sociedad, esto debido a la subordinación clara que tiene la persona moral sobre su existencia al realizar el contrato de fusión.

b) Transmisión de las relaciones. Con relación a la transmisión de los derechos y obligaciones de la sociedad fusionante a la sociedad nueva o subsistente, esto es la parte medular de la fusión, al transmitir todo el patrimonio de una sociedad a otra sin necesidad de regular el activo y extinguir el pasivo (de ahí que no se hable de liquidación). Por lo tanto, la transmisión y adquisición de todas las relaciones tanto patrimoniales como corporativas. La relación patrimonial es aquella que al llevar a cabo la fusión, realiza la sociedad fusionante frente a todos los deudores y acreedores de la fusionada, y la relación corporativa es aquella que también, al llevarse a cabo la fusión el vínculo social que ligaba a la fusionada con sus miembros, se constituye entre la fusionante, ya sea nueva o subsistente, y los mismos socios, los cuales vienen a ser socios de éste.

Esta transmisión de relaciones no se lleva a cabo hasta que transcurra el término legal de tres meses o hasta que los acreedores satisfagan sus créditos, en este lapso de tres meses, cada sociedad lleva su administración y registros contables totalmente por separado como si no hubiese ningún acuerdo de fusión.

Como hemos visto anteriormente, la desaparición de la sociedad fusionada no implica la desaparición del patrimonio de la misma. De hecho, hay una unificación de patrimonio, de ahí el punto más importante de la fusión. De esto el artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en su párrafo tercero, dice claramente que la sociedad que subsista o que resulte de la fusión, tomará a su cargo todos los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas.

c) Cambio de títulos. Por lo que hace a este punto, hemos visto que es necesario efectuar una fusión, que los socios de la sociedad fusionada reciban títulos a cambio de los que los ligaban con la sociedad desaparecida y si no es así, estaríamos hablando de una mera cesión o compraventa, esto es claro, hablando de sociedades que requieren emisión de títulos representativos de su capital. Sin embargo, hablando de sociedades de personas donde no se requiere una emisión de títulos, es difícil concebir que el punto medular de la fusión, por lo menos en este caso, sea el cambio de títulos que no existen. Por lo expuesto, consideramos que hablando de sociedades donde se requieran títulos, si es de suma importancia debido a que lo más importante de esa sociedad es su patrimonio y así es representado. En cambio en la sociedades de personas, el patrimonio está precisamente en las personas y de la fusión de éstas se deriva la creación de un patrimonio común, nuevo y distinto.

d) Creación de nueva sociedad o aumento de capital. Sobre este punto Vázquez del Mercado considera que tratándose de la sociedad que incorpora en ella

a todas las que desaparecen, el capital debe aumentar debido a la aportación que hace cada una de ellas a la subsistente y con motivo de este aumento, el contrato social debe modificarse de acuerdo a lo establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En el caso de una fusión por incorporación, no debe haber modificación del contrato social de la sociedad incorporante, si ésta se constituyó como sociedad de capital variable, cuando el aumento no rebase la cifra que determina el capital de tesorería que podrá entregar a los socios de las incorporadas sin necesidad de modificar los estatutos.

Con relación a este tema de los efectos de la fusión, Abascal Zamora manifiesta que la naturaleza jurídica de la fusión se encuentra precisamente en la transmisión universal del patrimonio o sea, transmisión de todos los derechos y obligaciones de la sociedad fusionada a la fusionante y que ésta última la substituye jurídicamente en todas las relaciones de esta índole.⁵²

Agrega Abascal Zamora que la entrega de títulos a cambio, a los socios de la sociedad fusionada es elemento esencial de la fusión, debido a que si recibieran un valor metálico a cambio, la fusión se desvirtuaría en una mera cesión o compraventa.

⁵² JOSE MARIA ABASCAL ZAMORA, *op.cit.*

Por tanto, debemos considerar como un efecto especial en el caso de la fusión, la participación de los socios de la sociedad fusionada en la absorbente o de nueva creación para no desvirtuar la figura, aunque muchos autores no consideran este acto de tan suma importancia.

Frisch Philipp considera que en base a los artículos 223 y 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la fusión no puede surtir efectos hasta no haber hecho la inscripción del contrato de fusión y no habiéndose opuesto ningún acreedor por la vía judicial.

Posteriormente, el efecto de más relevancia es el de la transmisión en forma de una sucesión general, de tal forma que la sociedad subsistente es la sucesora general de la sociedad absorbida, teniendo la posición jurídica de un heredero que responde; sin embargo, del pasivo en forma ilimitada. Esto basado en el artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por supuesto, que de no darse los efectos mencionados en el artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para satisfacer a los acreedores, la inscripción no tendrá como consecuencia la realización de la fusión hasta no encontrar que la demanda de los acreedores fue infundada o que la autoridad judicial declare que éstos fueron satisfechos.

En vista del análisis hecho, podemos aseverar con apoyo en las teorías mencionadas y en base a los artículos 223, 224 y 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que el efecto de más importancia en el procedimiento de fusión, es la transmisión universal por parte de las sociedades fusionadas a la sociedad subsistente o de nueva creación, perdiendo así las primeras su personalidad jurídica, como consecuencia de la desaparición de por lo menos una sociedad. De no ser así, es fácil comprender que estaríamos hablando de una cesión o de una mera compraventa, o tal vez de alguna forma de agrupación de empresas, pero nunca de fusión.

El efecto inmediato, esto es, en sociedades cuyo capital esté representado en títulos, será la entrega de títulos a los socios de la sociedad fusionada ya desaparecida, por nuevos títulos de la sociedad absorbente o de nueva creación para así perfeccionar la figura de la fusión.

4.6 Procedimiento de Fusión.

Mantilla Molina, basándose en la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículos 222 a 225) dice que para llevar a cabo una fusión se requiere, principalmente, de acuerdo de las sociedades para fusionarse con otra u otras, con la debida modificación de la escritura constitutiva, a excepción de la Sociedad de

Capital Variable, que sí puede absorber sin llevar a cabo una modificación en el capital indicado en la Escritura Constitutiva.⁵³

También podríamos agregar los casos en los cuales no se requiera de aumento de capital social, a todas aquellas sociedades que se encuentren en el supuesto de que la sociedad fusionante tenga suficientes acciones suscritas pero no pagadas para absorber a la fusionada o que la fusionada tuviere suficientes acciones de la fusionante, esto basado en el artículo 222 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, donde se dice que la fusión de dos o más sociedades deberá ser decidida por cada una de ellas, en la forma y términos que correspondan según su naturaleza.

Habiendo ya logrado el acuerdo para efectuar la fusión el acuerdo de cada sociedad debe publicarse junto con el balance y el sistema electo para la extinción del pasivo de las sociedades que hayan de desaparecer. Agrega Mantilla Molina que ya celebrado el acuerdo de fusión por parte de cada una de las sociedades, deberán éstas celebrar un convenio entre ellas, para ejecutar la fusión este convenio es de suma importancia para determinar el valor material de las aportaciones y la relación posterior al canje de las acciones.

⁵³ ROBERTO L. MANTILLA MOLINA : op. cit., p. 442.

Efectuando lo anterior, y sin haber recibido dentro de los tres meses siguientes a la publicación en el Diario Oficial del Domicilio Social, ninguna oposición judicial por parte de los acreedores de las sociedades en cuestión, o antes, si se deposita el importe de las deudas de la sociedad en una institución de crédito y la consiguiente publicación del certificado de depósito (artículo 225, 2º párrafo), recabando el consentimiento de todos los acreedores o pagando todas las deudas de la sociedad que se extingue, se podrá proceder a la fusión, de recibir oposición judicial la fusión se verá suspendida hasta considerarse improcedente.

Finalmente de acuerdo con lo anterior, la sociedad incorporante a la de nueva creación, adquiere a título universal el patrimonio de la o las extinguidas por la fusión y se hace cargo de todos sus derechos y obligaciones. Los socios de la sociedad extinguida permutarán sus partes de interés o sus acciones, por otras similares de la sociedad incorporante, o la que resulte de la fusión en las proporciones fijadas en el acuerdo respectivo.

Para Rodríguez y Rodríguez, el proceso de fusión arranca con la adopción del acuerdo individual de cada una de las sociedades, tanto fusionante como fusionadas; con su inmediata publicación en el Diario Oficial, con la ejecución de la fusión y con el registro de la misma en caso necesario.⁵⁴

⁵⁴JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ: op. cit. p. 523.

El artículo 222 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice que el acuerdo de fusión deberá ser adoptado dependiendo de la clase de cada una de las sociedades en cuestión. Así las sociedades colectivas y en comandita simple deberán tomar el acuerdo por unanimidad, en cuanto supone una modificación de la escritura constitutiva, a menos de que en la misma se hubiese pactado que las modificaciones pueden ser tomadas por la mayoría, entonces la minoría podría separarse de la sociedad, como lo señala el artículo 34 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y así las sociedades de responsabilidad limitada deberán tomar el acuerdo correspondiente en la forma que señalan los artículos 78, fracciones VIII y IX y 83.

En las sociedades anónimas el acuerdo de fusión es de la competencia exclusiva de la asamblea general extraordinaria de accionistas, (artículo 182, fracción VII de la Ley General de Sociedades Mercantiles), y tomando en cuenta las mayorías calificadas que señalan los artículos 190 y 191 de la misma ley.

Rodríguez y Rodríguez se cuestiona, que en el caso de que una de las sociedades fusionadas o la absorbente tengan en su poder acciones de la otra u otras, ¿Podrán votar o deberán abstenerse de ello, lo anterior con fundamento en el artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles?.

El artículo 196 de la Ley General de Sociedades Mercantiles es aplicable en este caso y a esta problemática, ya que primeramente nos indica que el accionista

que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse a toda deliberación relativa a dicha operación.

En este primer párrafo la ley menciona que todo accionista que se encuentre en un supuesto interés, contrario al de la sociedad, deberá abstenerse a realizar cualquier deliberación, ahora apegándonos al sentido gramatical de la palabra "deliberación", encontramos que por esta debemos entender: "El acto de considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de una decisión antes de cumplirla o realizarla o sea que aquí la ley solo habla de una abstención a deliberar y no a votar. Por lo tanto, el accionista que se encuentre en el supuesto que marca la ley, solo debe abstenerse de participar en el acto de consideración.

Posteriormente, la ley en el artículo 196, segundo párrafo, indica que el accionista, que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación.

Podríamos resumir que aunque la Ley en este caso no es clara, es obvio que en el primer párrafo habla de una abstención a votar y posteriormente en el párrafo siguiente, hace responsable de los daños y perjuicios al accionista que debido a la negativa de dar su voto no se hubiere logrado la mayoría necesaria para la validez de la determinación. Por consiguiente creo que en relación a la cuestión planteada

por Rodríguez y Rodríguez, podemos interpretar que en el caso de que las sociedades fusionadas o la absorbente tengan acciones de la otra u otras, podrán emitir su voto, si los intereses de la sociedad votante no son opuestos a aquellos de la sociedad que tome la resolución.

Finalmente, Rodríguez y Rodríguez manifiesta que con relación a la sociedad anónima, el acuerdo de fusión deberá ser tomado en asamblea extraordinaria como lo indica la fracción VII del artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y por consiguiente la debida modificación de los estatutos. Sin embargo, dice que si la sociedad anónima en cuestión tiene acciones de tesorería, sean de capital variable o fijo, la fusión podrá llevarse a cabo sin la modificación de los datos estatutarios. El hecho de que se lleve a cabo una fusión no implica el cambio de estatutos, a menos de que sea necesario debido a la constitución propia de cada sociedad o que vaya un aumento de capital.

Concluye Rodríguez y Rodríguez diciendo que con relación al artículo 223 de la Ley General de Sociedades Mercantiles la obligación de la inscripción en el Registro Público y del Comercio y la consiguiente publicación en el Diario Oficial del Domicilio social, no solo obedece a las modificaciones estatutarias concurrentes con la fusión, sino a la necesidad de crear un sistema de efectiva comunicación a los acreedores de la proyectada fusión o sea, es una medida protectora de los intereses de los acreedores.

Vázquez del Mercado, habla de que son dos los sistemas o procedimientos vigentes a seguir en materia de fusión de sociedades: El Antiguo Alemán y el Italiano.⁵⁵

En las legislaciones que se rigen por el sistema alemán, la fusión tiene lugar inmediatamente que ésta se delibera, pero los patrimonios sociales permanecen separados por un plazo hasta de seis meses y su administración también se hace por separado. Solo cuando los acreedores han sido satisfechos o debidamente garantizados, los patrimonios sociales pasan a formar uno solo.

En cambio, en las legislaciones que siguen el sistema italiano, deliberada la fusión, o ya tomando el acuerdo de ésta es necesario que transcurra determinado tiempo para que la fusión tenga efecto. Mientras tanto, cada sociedad administra y dispone libremente de su haber social o sea, que durante ese tiempo que fija la legislación de cada estado, los acreedores podrán oponerse judicialmente a que ésta se lleve a cabo, debido a que sus intereses no están cubiertos y para ellos se realiza un proceso de publicación en protección de los acreedores, de darse esta oposición la fusión queda suspendida hasta que esta oposición se declare infundada o hasta que los acreedores se encuentren plenamente satisfechos. Nuestra legislación adopta claramente el Sistema Italiano y en el artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se da un periodo de tres meses posteriores a la inscripción y

⁵⁵ Cfr. OSCAR VAZQUEZ DEL MERCADO : op. cit. p. 309.

publicación para que los acreedores se opongan o sean satisfechos.

Abascal Zamora, con respecto a los sistemas a seguir para llevar a cabo la fusión, habla de tres sistemas.⁵⁶

El Italiano, que es el que adopta nuestra legislación, que consiste en la inscripción y publicación de los acuerdos de fusión con tres meses de anticipación, antes de poder realizar la fusión; entendiéndose que esos tres meses son para que los acreedores no satisfechos se opongan, hasta que se les garantice o paguen las deudas de las sociedades que han de fusionarse. En México, se exige depósito del monto del pasivo, constandingo del pago de todas las deudas, o el consentimiento de todos los acreedores.

En el sistema alemán, señala Abascal Zamora, a partir de la fecha de inscripción, se da un plazo de seis meses a los acreedores para que éstos pidan garantías, añadiendo una protección extra, "Por vía de indemnización", responsabilizando tanto a los miembros del órgano de administración, como a los miembros del órgano de vigilancia, por cualquier irregularidad que resulte posterior a la fusión.

⁵⁶ JOSE MARIA ABASCAL ZAMOR :op. cit. p.16.

Asimismo agrega que un tercer sistema que es el francés, donde se agrupan todas aquellas legislaciones que carecen de reglamentación expresa y que se orientan por la práctica y la jurisprudencia de los tribunales.

Finalmente, Abascal Zamora agrega un tercer sistema que es el francés, donde se agrupan todas aquellas legislaciones que carecen de reglamentación expresada y que se orientan por la práctica y objeto de esto, es exclusivamente debido a la importancia de un asunto como es la fusión. Se deberán reunir los que representen la mayoría del capital social, como la determinan los artículos 190 y 191 de la misma ley.

Ahora, tratándose de una sociedad donde el noventa por ciento de las acciones es de una sola persona, creo que entonces sí sería aplicable el razonamiento de Frisch Philipp.

Terminado lo anterior, el paso siguiente a seguir sería la inscripción de los acuerdos de fusión en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y las sociedades que hayan de fusionarse, lo publicará en el Diario Oficial del domicilio que corresponda a las sociedades, con su respectivo balance y las que dejen de existir deberán además, publicar el sistema que utilizarán para la extinción de su pasivo.

Posteriormente, transcurridos tres meses de haber cumplido con lo anterior y no habiendo recibido ninguna oposición judicial por parte de acreedores, ya podrá tener efecto la fusión.

De lo contrario, si llegase a haber una oposición judicial por parte de acreedores, la fusión quedará suspendida hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada o que los acreedores satisfagan sus créditos.

Hay que recordar que si las sociedades quisieran realizar la fusión inmediatamente a la inscripción del acuerdo en el Registro, deberán pactar el pago de todas las deudas de las sociedades que haya de fusionarse, o bien constituyendo un depósito por el monto de las mismas en una institución de crédito, en cuyo caso el certificado de depósito deberá ser publicado al igual que el acuerdo y los balances en el Diario Oficial correspondiente.

Finalmente, que el monto de la inscripción se cuente con el consentimiento de todos los acreedores.

Es claro que el procedimiento de la fusión trata de proteger en todas las formas posibles a los acreedores de las sociedades involucradas en esta figura debido a que, a la necesidad de la desaparición de por lo menos una sociedad, la fusionada deberá hacer frente a las obligaciones contraídas, y no esconderse bajo la

denominación de la fusionante. Sin embargo, la ley prevé que al haber una sucesión universal, la sociedad subsistente o de nueva creación, adquiere los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas.

4.7 Tutela Jurídica en Relación a los Intereses de los Acreedores y de los Socios en la Fusión.

Sin lugar a duda, tratar el tema de los intereses de los acreedores en relación con esta institución jurídica, debido a que obviamente los intereses de los acreedores, no siempre van acordes con el proceso de fusión, en el sentido de que a éstos lo que más les interesa es la seguridad de que sus créditos estén bien respaldados y tal vez por la necesaria mezcla de patrimonios que implica la fusión, este respaldo económico se vea mermado, en consecuencia podrán oponerse a que la fusión se lleve a cabo.

Sin embargo, también es posible que el principal motivo de la fusión sea el evitar llegar a una situación crítica, económicamente hablando, debido a diversas razones y que la empresa fusionante tampoco tenga una situación económica muy favorable. Por tanto, los acreedores pueden, si no amparar toda la deuda, si una gran parte, que al fusionar a dos o más sociedades en estado económico crítico, pueda causarles perjuicio debido a que tendrán que repartir entre un número mayor de acreedores, las existencias, tal vez mermadas, de un grupo de sociedades que

no hayan salido de la situación económica crítica, no obstante el hecho de haber recurrido a la fusión.

Aunque como es claro, los acreedores no son parte integral de la fusión, sí son un elemento de gran relevancia en el derecho mexicano debido a que sí pueden interponerse a la fusión, como ya se mencionó anteriormente, o suspender ésta, hasta no encontrarse satisfechos y esto es de suma importancia, porque va en contra de los intereses de los socios y los intereses empresariales que desean lograr una fusión.

Debido a que el derecho mexicano tiende hacia el proteccionismo de los acreedores, en este tema, si encontramos un mayor número de opiniones que considero importante analizar.

Rodríguez y Rodríguez dice que para los acreedores el acuerdo de fusión puede significar un grave quebranto por la desaparición de las garantías que el patrimonio de la sociedad implica y por la presencia de los acreedores de la otra sociedad que pueden venir a concurrir con ellos en el cobro de sus créditos sobre los mismos bienes.⁵⁷

⁵⁷ Cfr. JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ : op. cit. p. 527.

Como se ha visto anteriormente, el término legal que tiene que transcurrir para que la fusión sea llevada a cabo son tres meses, posteriores a la inscripción, tiempo durante el cual los acreedores podrán oponerse a que la fusión sea llevada a cabo y no podrá restablecerse, si es que hay oposición, hasta que sean satisfechos los acreedores o hasta que se declare infundada la oposición.

La problemática consiste, según dice Rodríguez y Rodríguez, ¿en qué fundamentos podrá basarse el acreedor para oponerse a la fusión? ya que la Ley no lo establece. La Ley General de Sociedades Mercantiles solo dice en su artículo 224 que durante el plazo de tres meses posteriores a la inscripción del acuerdo de fusión, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan, podrá oponerse judicialmente, y ésta quedará suspendida hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada; sin embargo, en el siguiente párrafo la Ley dice que si transcurrido el plazo no se ha formulado oposición alguna, la fusión podrá ser llevada a cabo con la advertencia de que la sociedad que resulte de la fusión o la que subsista, según el caso se hará cargo de todos los derechos y obligaciones contraídas por las sociedades extinguidas.

Por lo tanto, considero que la Ley se refiere a que los acreedores podrán oponerse a la fusión única y exclusivamente si una de las sociedades involucradas en la fusión ha contraído con el acreedor una obligación que debiendo de ser cumplida, no se cumplió, o que el acreedor considere que debido al estado económico de las sociedades que han acordado fusionarse su crédito no será

satisfecho, ya que como el acreedor llevó a cabo una operación mercantil con la sociedad fusionada, antes de tomar el acuerdo de fusión, de donde se deriva un crédito, basado en la situación económica de esa única sociedad, por la mezcla de capitales puede ser que la sociedad subsistente no tenga la misma solvencia económica, de ahí la oposición por parte del acreedor. Pero si resulta que la fusión va a traer consecuencias positivas, la Ley no hace ninguna mención y por supuesto, el acreedor podrá oponerse, no con la intención de recuperar su crédito por falta de garantía, sino únicamente porque es muy buena oportunidad de cobrar un crédito a corto plazo, cuando se había pactado y garantizado un crédito a largo plazo.

Aunque sabemos que la oposición no anula el acuerdo de fusión, si puede suspender su ejecución hasta no encontrarse con sentencia firme; sin embargo, la suspensión puede transformar en forma grave el acuerdo de fusión, por situaciones de diversa índole.

Con relación a la problemática que ofrece, la sobreprotección de los acreedores contra los intereses empresariales, Abascal Zamora opina que la forma más idónea de desvirtuar la oposición, es conceder una garantía previa a los acreedores a juicio del Juez para así obtener satisfactoriamente la voluntad de la Ley y por tanto otorgar a los acreedores el derecho de defender sus créditos, sin entorpecer la ejecución de la fusión.⁵⁸

⁵⁸ Cfr. JOSE MARIA ABASCAL ZAMORA : op. cit.p. 72

Esto sucede ya que como lo dice el artículo 225 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la fusión tendrá efecto en el momento de la inscripción, si se pactare el pago de todas las deudas de las sociedades que hayan de fusionarse, o si se constituyere un depósito de su importe en una institución de crédito, o constare el consentimiento de todos los acreedores y que a este efecto, las deudas a plazo se darán por vencidas.

Primeramente, no veo como pueda pactarse el pago de todas las deudas, ya que si son deudas, deberán pagarse en forma incondicional, a menos que la Ley se refiera a que, como las deudas serán pagadas en forma inmediata, ya que todas las deudas a plazo se darán por vencidas se pacten menores intereses con relación a la deuda.

Por lo anterior, considero que la Ley al proteger al acreedor, en las formas expuestas anteriormente, le quita agilidad y utilidad a la institución de la fusión, siendo que con el reconocimiento de que la sociedad subsistente o de nueva creación será responsable de los derechos y obligaciones de la sociedad fusionada y con una inspección de los balances y del estado económico de las sociedades, para evitar cualquier fusión realizada de mala fe, para perjudicar a los acreedores, éstos estarían suficientemente protegidos y no se desprotegerán los intereses empresariales tan bruscamente.

Con relación a lo anterior, Vázquez del Mercado considera conveniente que en una reforma a nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, se debería de tomar en cuenta el artículo 2503 del Código Civil Italiano de 1942, que otorga al tribunal la facultad de que no obstante la oposición, la fusión se lleve a cabo si la sociedad, constituye suficiente garantía. Por tanto, la mencionada Ley pretende que la oposición no se convierta en arma de venganza y represalia en manos de los acreedores poco escrupulosos.⁵⁹

Aunque sabemos que la oposición no anula el acuerdo de fusión, si puede suspender su ejecución hasta no encontrarse con sentencia firme; sin embargo, la suspensión puede trastornar en forma grave el acuerdo de fusión, por situaciones de diversa índole.

Con relación a la problemática que ofrece la sobreprotección de los acreedores contra los intereses empresariales, autores como Abascal Zamora considera que la forma más idónea de desvirtuar la oposición, es conceder una garantía previa a los acreedores a juicio del Juez, para así, obtener satisfactoriamente la voluntad de la Ley y por tanto, otorgar a los acreedores el derecho de defender sus créditos, sin entorpecer la ejecución de la fusión.

⁵⁹Cfr. OSCAR VAZQUEZ DEL MERCADO : op. cit. p. 356.

Esto evitaría que acreedores de mala fe o demasiado ansiosos de obtener el pago, utilicen un derecho como arma, para perjudicar y oponerse a los intereses de la sociedad o sociedades que pretendieran fusionarse. Como es claro apreciar, la Ley Mexicana es más susceptible de proteger los intereses de los acreedores que los intereses empresariales o los intereses de cada uno de los socios, pudiendo; sin embargo, ser un poco más equilibrado, sin tener necesariamente que proteger más a una o a otra parte, dado que puede desprenderse que el hecho de participar en una fusión implica el querer evadir a los acreedores y esto es totalmente absurdo.

Frisch Philipp menciona que los acreedores de una sociedad que pretende fusionarse, pueden tener un perjuicio económico, más nunca jurídico, debido a la necesaria mezcla de patrimonios sociales que implica la fusión y que en un momento dado, pueda ocasionar la pérdida de un buen fondo para la satisfacción de sus crédito, creando una masa económicamente inferior.⁶⁰

Ahora bien, la Ley al agregar que las sociedades que pretenden fusionarse y satisfagan en cualquier forma los créditos de los acreedores que por su supuesto no tendrán ninguna oposición, y no encontrarán problema para ejecutar la fusión. En este caso, creo que la Ley facilita la fusión a todas aquellas sociedades que se encuentran en una situación económica muy positiva. Sin embargo, si la sociedad que pretende fusionarse debido a los problemas económicos que tiene, considera

⁶⁰ Cfr. WALTER FRISCH PHILIPP :op. cit. p. 3.

que una fusión es la única salida positiva, la Ley obstaculiza el camino, dando a los acreedores demasiada protección.

Considera Frisch Philipp que las medidas protectoras de los acreedores en materia de fusión en México, son suficientes e inclusive, mayores que en otros países. Sin embargo, agrega que el aumentar el término de tres meses a seis meses y la obligación de efectuar la publicación del acuerdo de fusión, posteriormente a la inscripción, sería una medida mucho más eficaz, debido a los casos de acreedores desconocidos por las sociedades.

En resumen, podríamos aseverar que la doctrina mexicana y su legislación, consideran que la institución de la fusión puede en un momento, debido a la mezcla de capitales sociales, perjudicar económicamente a los acreedores en forma rotunda.

Debido a esto, se han tomado las medidas necesarias para que esto no suceda, a tal grado que un acreedor puede oponerse judicialmente para que la fusión no se ejecute, hasta no ver totalmente satisfecho sus créditos.

Sin embargo, como nos lo hace ver Frisch Philipp, no estaría por demás el extender las medidas en el sentido de aumentar el plazo y cambiar la fecha de la publicación de los acuerdos y el considerar la posibilidad de no necesariamente detener el proceso de fusión, que como también ya vimos, puede ser utilizada como

un arma para otros motivos, no necesariamente económicos que van radicalmente contra los intereses empresariales, inclusive se puede pensar que sería mejor el obligar a que durante cierto lapso de tiempo, las sociedades tuviesen una administración por separado, hasta tener las garantías suficientes para hacer frente a los acreedores comunes, situación que podría ser dictaminada por la autoridad judicial, pero que quedase bien claro que sería una facultad exclusiva del Juez, basándose en dictámenes periciales, perfectamente definidos.

Posteriormente a la ejecución de la fusión, la sociedad subsistente o de nueva creación, quedaría como responsable de los derechos y obligaciones de todas las sociedades fusionadas y así se evitaría hasta cierto punto, la sobreprotección de acreedores en contra de los intereses empresariales, que en un momento dado, pueden ser sumamente importantes, y que inclusive, pueden ir hacia el incremento de la productividad y la inversión que son intereses nacionales evidentes y por supuesto, los acreedores estarían sumamente protegidos.

Habiendo hecho un análisis de los intereses de los acreedores relacionados con la fusión, considero imprescindible el también agregar en este estudio los intereses de los socios de las sociedades relacionadas con la fusión.

La importancia de éstos radica principalmente en que son los socios las personas físicas o morales que componen a la persona moral de una u otra forma, sin ellos no puede existir la sociedad y como es claro, llevar a cabo una fusión puede

en cierta forma, perjudicar a los socios por varias razones, una podría ser que, aún teniendo proporcionalmente el mismo número de acciones que en la sociedad fusionada, al pasar a la fusionante con un incremento de capital y de socios, el resultado sea negativo en el sentido de ser más minoritario que antes, por supuesto que si los dividendos son mayores hay un aliciente, pero que puede ir en contra de sus intereses personales, además, puede desmejorarse la situación económica de la sociedad con motivo de la mezcla con el patrimonio de la sociedad fusionada.

Es por lo tanto, muy importante el hacer un análisis con respecto a los sujetos físicos que componen una sociedad mercantil, para ello contamos con la valiosa información de varios juristas y doctrinarios que, como anteriormente, expondré para así sacar una conclusión más clara y equilibrada.

Rodríguez y Rodríguez dice con relación a los intereses de los socios de las sociedades relacionadas con la fusión, que el efecto principal y básico conforme a los socios tanto de la sociedad fusionada como de la fusionante, es la forma que adopta el derecho de defensa de cada socio contra una medida tan extraordinaria como es la fusión.⁶¹

Al disponer la Ley General de Sociedades Mercantiles la obligación, por parte de las sociedades de la publicación del último balance y no de formar una especial

⁶¹Cfr. JOAQUIN RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ :op. cit. p. 525.

que diese más profundidad y claridad del estado real de las sociedades en cuestión y la obligación por parte de las sociedades que se van a extinguir de publicar el sistema adoptado para la extinción de los créditos.

Nos dice Rodríguez y Rodríguez, que la disposición anterior no trata de que los créditos sean realmente satisfechos sino únicamente se indique la forma que se establece para que éstos sean atendidos, a tal punto concierne a los acreedores, que de la conformidad o no de estos depende el poder llevar a cabo la proyectada fusión.

Asimismo considera Rodríguez y Rodríguez que el incumplimiento de las formalidades mencionadas, produce un caso de ineficacia frente a los socios perjudicados, de modo que éstos podrán desconocer la fusión en lo que les perjudique. Sin embargo, esto no puede generalizarse debido a que las reglas cambian según de la sociedad de que se trate.

Por ejemplo, tratándose de sociedades colectivas y en comandita simple, la modificación del contrato social o el ingreso de nuevos socios no puede realizarse, si no es por el consentimiento unánime de los socios, a menos que en el mismo se pacte que pueda acordarse la modificación por mayoría. En este caso, la minoría tendrá el derecho de separarse de la sociedad, conforme lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

O sea que de no haberse pactado en el contrato social la posibilidad del cambio de estatutos por mayoría de socios, tendrá ésta que ser forzosamente por el voto unánime de los mismos, y por consiguiente no se podrá llegar a ejecutar la fusión, debido a que para ejecutar la fusión se requiere de la modificación de estatutos. Sin embargo, en el supuesto de que si se haya pactado en el contrato social la modificación de estatutos, los socios que no estén de acuerdo podrán retirarse.

Sin embargo, considero que en el primer caso los socios que desean fusionarse y no pueden hacerlo, debido a la ausencia del pacto para modificar estatutos, quedan obviamente perjudicados en cuanto a su interés por la fusión y en el otro caso, los socios que opten por no fusionarse y se separen, también salen perjudicados, debido a que tal vez su interés no era el separarse de la sociedad, aún en el supuesto de que no utilizaren su derecho de separación y prosiguieran con la sociedad, ésta se vería perjudicada al tener dentro de su seno socios que en un momento dado, no van de acuerdo con lo que la sociedad realiza.

En las sociedades anónimas, Rodríguez y Rodríguez, basándose en el artículo 206 de la Ley General de Sociedades mercantiles, y aunque esto no se refiere a la fracción VII, que es la relativa a la fusión, sino solo a las IV, V, VI, considera que la exclusión no es una negativa legal, más aún, cuando el artículo 228 de la misma Ley dice que los preceptos aplicables a la transformación (artículo 182, fracción VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles) jurídicamente menos

trascendente que la fusión, por ellos considera que nos encontramos frente a una laguna legal al no considerar a la fusión dentro del artículo 206 de la misma Ley. Por lo tanto considera que en la fusión de sociedades anónimas el socio que vote en contra del acuerdo de fusión tendrá el derecho de separación.

Coincido con Vázquez del Mercado que al contrario de Rodríguez y Rodríguez, dice que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no concede el derecho de retiro, por lo que se refiere a la sociedad anónima, más que en tres casos enumerados en el artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que son cuando la sociedad cambie de objeto, cambien de nacionalidad o exista una transformación en la sociedad, solo entonces los socios podrán utilizar su derecho de separación.

Por lo tanto, el derecho de separación es otorgado con relación al cambio de objeto por considerar que sería absurdo obligar a un socio a concurrir con su patrimonio en una empresa dedicada a un objeto distinto de aquel que perseguía cuando se suscribió la acción o se adquirió el título; con relación al cambio de nacionalidad, se considera que el cambio de régimen legal, cuestiones ambas de consecuencias imprevisibles para el socio y finalmente con relación a la transformación, se considera que el derecho de retiro se justifica por la trascendencia que esta medida puede tener en cuanto a la responsabilidad de los socios.

Considero que, el dejar fuera a la fusión dentro del artículo 206, es una medida tendiente a proteger los intereses empresariales, ya que si en un momento dado el 49% de los socios decide retirarse, ello implicaría una grave descapitalización para la sociedad. Sin embargo, dándose el supuesto de que la fusión no implicare el cambio de objeto de nacionalidad o transformación, los socios también podrían salir perjudicados, al considerar que la sociedad con la que se celebra el acuerdo de fusión, no llena, ni la sociedad ni los nuevos socios, la competencia deseada para el buen funcionamiento de los negocios y esto obviamente podrá ir contra los intereses de los socios.

Ahora bien, la fusión no cambia ni la responsabilidad de los accionistas, ni necesariamente implica un cambio de nacionalidad o de objeto. Por lo tanto, el socio no tendrá que sufrir situaciones imprevisibles y si resultase que la fusión si implica algún cambio de los arriba mencionados, el derecho de separación se tendría que conceder inmediatamente.

Con respecto a este tema, Frisch Philipp nos dice que debido a la posible afectación de intereses de los socios, el Derecho Mexicano en su artículo 182 fracción VII de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que para llevar a cabo un acuerdo de fusión con otra sociedad, será necesario que esto se resuelva en asamblea extraordinaria o sea que, será necesario que se encuentren presentes por lo menos las tres cuartas partes del capital social y que las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que represente la mitad del capital social, por lo

tanto, se considera que la fusión es una medida de gran importancia que requiere de la participación de una mayoría de los socios.

Precisamente, la posible afectación de intereses de acreedores y socios es motivo para restringir las fusiones en el ámbito internacional.

Estos efectos son de suma importancia para el crecimiento y la mejor organización del potencial empresarial, correspondiente a los intereses de la economía nacional, como pueden ser el incremento de fuentes de trabajo y elevación de la productividad.

México al ser un país en vías de desarrollo, necesita todavía más del pequeño inversionista y por tanto, debe crear normas más adecuadas para este nuevo ámbito.

Por lo expuesto en este capítulo, puedo resumir que, salvo la interpretación hecha por Rodríguez y Rodríguez, de que los socios sí pueden utilizar su derecho de separación al votar en contra del acuerdo de fusión, interpretación lógica, pero que desvirtúa la fusión en su esencia, la mayoría de los autores consultados coinciden en que los derechos de los socios son suficientes para evitar situaciones negativas para ellos o sea tiene la protección necesaria para vender sus acciones si no les conviene seguir con la sociedad, además de que se requiere la votación de la mayoría que persigue, generalmente, una mejor posición.

CAPITULO V

OBSERVACIONES, CRITICAS Y PROPOSICIONES RESPECTIVAS, CON RELACION AL DERECHO MEXICANO

Al haber analizado, comparado y expuesto en el capítulo anterior del presente estudio, las diversas situaciones que presenta la fusión de sociedades mercantiles, considero de suma importancia el referirnos expresamente a la fuente principal, siendo ésta la ley que rige y tal vez siga rigiendo por algunos años a la fusión como institución jurídica, como ya hemos dicho, requiere de una actualización conforme a las exigencias mercantiles que prevalecen en la actualidad.

Muy poco se puede decir con respecto a la evolución histórica de la fusión en los diversos ordenamientos mercantiles que han regido en nuestro país. Ninguno de estos, excepto el actual Código de Comercio, se ocupó de reglamentar la materia referente a la fusión de sociedades; quizá esto es debido a que aún no se presentaban en forma intensa los problemas relativamente nuevos de la competencia entre las empresas y la lucha por los mercados.

El Código de 1889 es el primero que contiene normas que regulan la fusión de las empresas. Entre las disposiciones de este Código y la Ley General de Sociedades Mercantiles se encuentran diferencias fundamentales que algunos tratadistas y autores hacen notar, por ejemplo: la parte final del artículo 260 del Código establecía que para los socios no conformes con la fusión, la sociedad se

considera disuelta, es decir, previa liquidación de su cuota, podrán separarse de la misma. No sucede lo mismo en la Ley de Sociedades, en la cual no sólo no hay disposición alguna que permita la separación, sino que por el contrario, en el artículo 206 se enumeran en forma limitativa las situaciones en que a los socios disidentes con el acuerdo de modificación a la escritura social puede concedérseles el derecho de separación; dentro de estas causas no se encuentra comprendida la fusión. A mayor abundamiento en la exposición de motivos de la misma Ley, queda expresamente establecido que los socios no tienen el derecho de retiro en caso de que la sociedad acuerde fusionarse.

Sin embargo autores como Rodríguez y Rodríguez consideran que el derecho de separación puede asistir a los socios cuando a consecuencia de la fusión, la sociedad cambie de nacionalidad, o de objeto, o bien se transforme. En dichos casos no parece que pueda negarse que los socios ejerzan ese derecho.

Así también para el nuevo Código de Comercio de 1929 reglamentaba la fusión en igual forma que como lo hacía el Código de 1889 y como lo hace en la actualidad la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin embargo contenía una diferencia en que las deudas a plazo quedaban inmediatamente vencidas en el momento en que la fusión se acordara, en tanto que en los ordenamientos vigentes las deudas se consideran vencidas sólo en el caso en que la fusión tiene efecto inmediato.

Vemos que el Derecho Mexicano se contenta con una reglamentación muy sucinta con relación a la fusión de sociedades mercantiles, siendo que en la misma exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se menciona que con relación a la fusión, la Ley se limita a formular un pequeño número de disposiciones que trae como consecuencia, la carencia de disposiciones importantes para un funcionamiento más garantizado y afinado con respecto a la fusión de sociedades. Por ejemplo, vemos que la Ley no exige en forma expresa la celebración del contrato de fusión entre las sociedades respectivas, sino que únicamente se refiere al acuerdo o resolución interna que deberá llevar a cabo cada una de las sociedades que participen en la fusión. Tal falta nos parece que conduce a una carencia de precisión y de visión de conjunto, dado que el contrato sobre la fusión, es esencial para los efectos de la misma en casos concretos, como por ejemplo, respecto de la relación o cotización del canje de acciones de las sociedades participantes en la fusión. Además la Ley debería prever cierta forma de tal contrato en interés de la seguridad jurídica y la posible inscripción del contrato en el Registro Público de Comercio. Considero que este contrato debería tener la forma de escritura notarial.

Claro está que la validez del mismo contrato depende especialmente de la existencia previa de resoluciones válidas de cada una de las sociedades participantes en una fusión.

La figura del balance, con relación a la fusión, tampoco se encuentra suficientemente reglamentada, considero que dentro de la misma ley debemos diferenciar los diversos aspectos de los balances a continuación enumerados:

1. El balance destinado a la información de los acreedores de las sociedades sobre la situación económica de las mismas, para que tales acreedores puedan informarse sobre la posible afectación de sus intereses económicos a la luz de la fusión.

Este balance pertenece aquel tipo de balances que tienen por objeto la determinación del estado real del activo y pasivo de una sociedad, sin que se tomen en consideración depreciaciones y amortizaciones realmente no justificadas, que sí son tomadas en cuenta en otro tipo de balances, por ejemplo, aquellos que tienen por objeto la determinación de las utilidades anuales.

La Ley, sin embargo, en su artículo 223 se refiere lamentablemente al último balance con lo cual se alude incorrectamente al balance anual que pertenece a otro tipo de balance.

2. El segundo tipo de balance, relacionado con la fusión, es el balance final de la o las sociedades que dejasen de existir con motivo de la fusión. Este tipo de balance persigue el fin de fijar el resultado o las utilidades, en su caso, de las sociedades absorbidas, obteniendo en su último ejercicio social sea completo o

irregular para así resolver, con base en tal balance, la posible repartición de utilidades. Este balance si debe ser formado según las normas generales sobre balances anuales.

3. Por último considero necesario que en la práctica se forme un balance de fusión, destinado a la determinación de la relación de canje de las acciones y debe contener los activos y pasivos con sus valores reales.

Sin embargo, la Ley no conceptuó todas estas figuras, de lo cual resulta la falta de práctica y visión por parte de los creadores de la Ley o su insuficiencia de los mismos en cuanto a la teoría moderna de la fusión, ya que debemos tomar en cuenta que la Ley a que hacemos referencia fue elaborada en 1934.

La Ley no reglamenta la figura de la combinación entre fusión y transformación y eso es una gran falta, dado que se desprende de Ley que solamente sociedades del mismo tipo pueden fusionarse, por tanto, esto supone que previa la realización de la fusión, se debe llevar a cabo una transformación en caso de que las sociedades involucradas en una fusión no sean del mismo tipo, entonces, tenemos que llevar a cabo un procedimiento para crear la homogeneidad de tipo y posteriormente, la fusión, situación que involucra mucho tiempo y poca agilidad.

Además la Ley no limita la fusión a ciertos tipos de sociedades. Esta libertad nos parece, hasta cierto punto, peligrosa, ya que las sociedades mercantiles de

personas no disponen de un patrimonio estrictamente administrativo y vigilado según la Ley a diferencia de las sociedades por acciones. Por tal motivo, pueden mezclarse masas patrimoniales bien organizadas con otras de carácter raquítico, esto lógicamente puede conducir a un perjuicio económico de los acreedores de sociedades económicamente solventes, que hayan sido absorbidas por medio de la fusión, por otras sociedades económicamente no tan solventes, o sea que una prohibición de la fusión entre sociedades de personas me parece adecuada.

Ahora la Ley permite la operación de los acreedores contra la fusión en vía judicial sumaria, primeramente sabemos que no existe tal vía sumaria y segundo, esta oposición produce un grave obstáculo contra la fusión. Considero que sería suficiente un derecho legal que otorgue a los acreedores la facultad de pedir el pago o el aseguramiento de sus créditos pero no conceder a los acreedores el derecho de impedir la fusión.

Vemos que el artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles instituye la competencia del Juez para admitir o negar la fusión, sin que fije el mismo artículo los supuestos sustantivos, bajo los cuales el Juez resolverá. Claro está que los intereses de los acreedores deberán tomarse en consideración en la resolución judicial correspondiente; sin embargo, hay casos que para su justa resolución requieren de un fundamento legal más definido y expreso. Por tal razón, este artículo se considerará como inconstitucional, dado que el Juez por falta de base legal sustantiva, no puede cumplir con el principio de la legalidad fijado en el artículo

14 Constitucional. Otro ejemplo de la falta del legislador, caso análogo al anterior, es el artículo 9 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, relativo a la reducción de capital social donde también los acreedores pueden oponerse y donde también es facultad del Juez el determinar si procede la reducción.

En general, me parece que la fusión no encontró una reglamentación suficiente deliberada y detallada. La Ley General de Sociedades Mercantiles no solamente es anticuada, no correspondiente a las necesidades actuales por falta de reglamentación de muchas instituciones jurídicas nuevas por ejemplo, la agrupación de empresas, sino que también carece de una elaboración precisa y cuidadosa, por ejemplo en el artículo 165, donde se regula sobre la incompatibilidad entre comisario y administrador, aquí se comete una grave falta en la cual se olvidó la incompatibilidad respecto de la misma persona que no puede tener los dos cargos.

La superficialidad en la elaboración del texto legal salta a la vista, por ejemplo, mencionamos el caso del artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aquí la Ley permite que los estatutos de sociedades por acciones reduzcan en forma ilimitada el plazo previo que debe transcurrir entre las fechas de convocatoria de la asamblea y celebración de ésta. Vemos que hay un gran peligro en que ciertos accionistas salgan perjudicados, ya que éstos pueden cambiar en cualquier momento y los nuevos accionistas se encuentran así sometidos a disposiciones estatutarias.

También indiqué que el artículo 186 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dice algo que a nuestro juicio no está correcto, dispone que la convocatoria para la celebración de asambleas generales, se publique en el periódico oficial o en uno de los periódicos de mayor circulación, sin que obligue el mismo artículo ni el artículo 6 de la misma Ley, a que en los estatutos se determine concretamente tal periódico, de modo que para los accionistas es necesario el revisar diariamente todos los periódicos de mayor circulación, además del oficial, para estar al tanto de una posible convocatoria.

Tomando en consideración todo lo anterior, no nos sorprende que tampoco la fusión encontrase en la Ley una reglamentación satisfactoria, creo personalmente que por los motivos expuestos, es momento de reformar nuestra Ley.

Ahora, habiendo hechos en este último capítulo una serie de críticas y observaciones personales en relación a la fusión considero que éstas no tendrán objeto de no ser culminadas con una serie de proposiciones que a continuación enumero:

- 1) Considero que la Ley debería prever la existencia de un contrato de fusión entre las sociedades que vayan a fusionarse, por supuesto, dicho contrato estaría basado en los acuerdos individuales de cada sociedad y la obligación de registrar el contrato en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. En este

contrato se determinarían las cotizaciones de canje de las acciones de las sociedades involucradas en la fusión.

2) Sería conveniente el clasificar a las fusiones según su proporción económica para evitar que pequeñas sociedades con pocas obligaciones tengan que pasar por trámites tan largos que perjudiquen sus negociaciones.

3) Con objeto de realizar una fusión más precisa y de efectuar un canje de acciones más objetivo, creo sería prudente obligar a las sociedades involucradas en una fusión a publicar un balance objetivo que presente los activos y pasivos reales y no solo conformarnos con la publicación del último balance como actualmente lo marca la Ley.

4) Con relación al artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, donde se faculta a los acreedores para oponerse judicialmente a la fusión y por tanto, la facultad que tiene el Juez para determinar si la oposición es infundada o no, considero que aquí el Juez debería tener supuestos sustantivos para poder resolver conforme al principio de legalidad plasmado en el artículo 14 de nuestra Constitución, como podría ser el hecho de basar sus conclusiones en peritajes económicos hechos a conciencia.

5) Al existir dentro de nuestra legislación la posibilidad de cambio de forma a través de la transformación y la posibilidad de unificar varios patrimonios de

sociedades del mismo tipo a través de la figura de la fusión, considero que debería proveerse la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento mixto, para los casos de fusiones donde las sociedades involucradas no sean del mismo tipo, así se podría llevar a cabo en un solo procedimiento el cambio de forma y la transmisión de patrimonio con resultados positivos, ahorrando trámites y tiempo.

CONCLUSIONES

1. La fusión es una figura jurídica cuya aplicación es importante para el crecimiento del potencial empresarial y para la racionalización de la actividad empresarial. Sin embargo, nuestra legislación actual debería estar acorde a las necesidades económicas actuales.

2. La situación legal actual, según la cual los acreedores de las empresas participantes en una fusión pueden impedir la misma, no me parece conveniente. Sería suficiente el establecimiento del derecho legal de los acreedores de pedir, durante cierto plazo el pago o el aseguramiento de sus créditos y la disposición legal según la cual el patrimonio de las sociedades en fusión se administre en forma separada durante cierto plazo, a partir de la fusión para que los acreedores puedan exigir el pago o aseguramiento mencionados durante el mismo plazo en masas patrimoniales conservadas, es decir, no afectadas por efectos de la mezcla que implica la fusión. Por supuesto, esto debe de ser determinado a través de un peritaje que muestre el estado económico de las sociedades involucradas para determinar la situación real y prever imprevistos que perjudiquen los intereses de los acreedores.

3. Asegurar los intereses empresariales, es un paso necesario para que la figura de la fusión, que puede dar resultados muy positivos por la concentración de

patrimonios, sea más recurrida y así evitar liquidaciones, ya sea por causas de deficiencia económica o por casos de mayoría de capital extranjero.

4. La fusión implica necesariamente la desaparición de una de las sociedades involucradas en la misma. Sin embargo, hay que precisar que la desaparición o extinción de una sociedad no tiene nada que ver con la disolución de una sociedad, ya que como hemos visto, para efectuar la fusión no implica llegar a la liquidación y como ya sabemos, la disolución es la fase de transición entre la fase activa y la pasiva de una liquidación, afirmo esto con base en el artículo 244 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que nos indica que las sociedades, aún después de disueltas, conservan su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación. En el caso de la fusión, ésta nos conduce a la terminación, a la pérdida de la personalidad jurídica, más nunca a la disolución.

5. La fusión tiene como principal virtud el mejoramiento de las condiciones del mercado, el que puede obtenerse bien sea aumentando la producción y disminuyendo los costos y gastos, mejorando el precio tope del producto o ampliando los ámbitos de mercado potencial, entre otras muchas formas.

6. En la fusión la diversificación permite reducir los riesgos de negocio y financieros, entendiéndose por riesgo de negocio la incapacidad para asegurar la estabilidad en ventas, costos y utilidades; y por riesgo financiero la incertidumbre inherente al uso de la palanca financiera (deuda).

7. La fusión también admite la obtención de activos intangibles no disponibles como personal clave, patentes y marcas, equipo, prestigio e ingreso rápido a mercados corrientes y deseables, sin embargo es importante también citar las razones financieras tales como beneficios operacionales, de liquidez o de aumento de valor de mercado de las acciones de las sociedades participantes, por lo que la razón fundamental que motiva una fusión de sociedades, es la maximización del valor de mercado de la empresa, lo que provocará un aumento en los márgenes de utilidad.

8. Es importante destacar las limitaciones bibliográficas existentes hoy en día, por que son muy pocos los tratadistas y autores que desarrollan ampliamente el tema de la fusión, ya que en la actualidad y de acuerdo a la situación económica del país y de las empresas, esta figura jurídica esta desarrollándose con mucho auge, por lo que es necesario adecuar nuestra legislación mercantil aunado a una mayor reglamentación.

9. Considero que la Ley debería prever la existencia de un contrato de fusión entre las sociedades que vayan a fusionarse, por supuesto, dicho contrato estaría basado en los acuerdos individuales de cada sociedad y la obligación de registrar el contrato en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. En este contrato se determinarían las cotizaciones de canje de las acciones de las sociedades involucradas en la fusión.

10. Sería conveniente el clasificar a las fusiones según su proporción económica para evitar que pequeñas sociedades con pocas obligaciones tengan que pasar por trámites tan largos que perjudiquen sus negociaciones.

11. Con objeto de realizar una fusión mas precisa y de efectuar un canje de acciones mas objetivo, considero sería prudente obligar a las sociedades involucradas con una fusión, a publicar un balance objetivo que presente los activos y pasivos reales y no solo conformarnos con la publicación del último balance como actualmente lo marca la Ley.

12. Con relación al artículo 224 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, donde se faculta a los acreedores para oponerse judicialmente a la fusión y por tanto, la facultad que tiene el Juez para determinar si la oposición es infundada o no, considero que aquí el Juez debería tener supuestos sustantivos para poder resolver conforme al principio de legalidad plasmado en el artículo 14 de nuestra Constitución, como podría ser el hecho de basar sus conclusiones en peritajes económicos hechos a conciencia.

13. Al existir dentro de nuestra legislación la posibilidad de cambio de forma a través de la transformación y la posibilidad de unificar varios patrimonios de sociedades del mismo tipo a través de la figura de la fusión, considero que debería proveerse la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento mixto, para los casos de fusiones donde las sociedades involucradas no sean del mismo tipo, así se podría

llevar a cabo en un solo procedimiento el cambio de forma y la transmisión de patrimonio con resultados positivos ahorrando trámites y tiempo

14. Considero que la reglamentación actual correspondiente a la fusión ya no satisface las necesidades que demandan los avances sociales y económicos alcanzados, una revisión a conciencia con sus debidas modificaciones creo es necesaria.

BIBLIOGRAFIA

I. Legislación Consultada

Código De Comercio Y Leyes Complementarias: 57ª Edición, Porrúa, México 1992.

Código Civil Para El Distrito Federal: Editorial Porrúa, México 1992.

Ley De Inversion Extranjera: Editorial Porrúa, México 1995.

Ley General De Sociedades Mercantiles: Editorial Sista, México 1992.

Ley del Notariado para el Distrito Federal: Editorial Porrúa, México 1995.

Reglamento De La Ley Para Promover La Inversion Mexicana Y Regular La Inversion Extranjera: Editorial Porrúa, México 1995.

II. Obras Consultadas

Abascal Zamora Jose Maria: Fusión De Sociedades Anónimas En El Derecho Mexicano; (Tesis), México 1960.

Barrera Graf Jorge: Temas De Derecho Mercantil; 1ª Ed. Unam, México 1983.

Cervantes Ahumada Raul: Derecho Mercantil; 4ª Ed. Editorial Herrero, México 1980.

De Pina Vara Rafael: Derecho Mercantil Mexicano; Décimo Sexta Edición; Porrúa, México 1983.

De Pina Vara Rafael Y De Pina, Rafael: Diccionario De derecho; Décima Segunda Edición, Porrúa, México 1984.

Garcia Rendon Manuel: Sociedades: Sociedades Mercantiles; Editorial Haría, México 1993.

Gomez Cotero Jose De Jesus: Fusión Y Escisión De Sociedades Mercantiles; Editorial Themis, México 1995.

Iglesias Juan: Derecho Romano; 6ª Edición, Ariel España 1979.

Mantilla Molina, Roberto L.: Derecho Mercantil 21ª Edición, Porrúa, México 1983.

Moreno Cora S: Derecho Mercantil Mexicano 1ª Edición, Editorial Herrero, México 1905.

Perez Fernandez Del Castillo, Bernardo: Derecho Notarial; 2ª Edición, Porrúa, México 1983.

Petit, Eugene: Tratado Elemental De Derecho Romano; 9ª Edición, Editorial Epoca, México 1980.

Rodriguez Y Rodriguez, Joaquín: Curso De Derecho Mercantil; Décima Séptima Edición; Porrúa, México 1983.

Rodriguez Y Rodriguez, Joaquín: Tratado De Sociedades Mercantiles; 6ª Edición, Porrúa, México 1981.

Vasquez Del Mercado, Oscar: Asambleas, Fusión Y Liquidación De Sociedades Mercantiles; 3ª Edición, Porrúa, México 1992.

Walter Frisch Phillip: La Fusión De Sociedades Mercantiles En El Ambito Internacional Y A La Luz De La Inversión Extranjera; México 1976.

III. Publicación Consultada

Sanchez Mejorada Carlos: Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, número 10, 1986.