

FUSIÓN, ESCISIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Alberto MORENO DE LA TORRE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La fusión*. III. *Características de la fusión*. 1. *Disolución de la sociedad*. 2. *Emisión de acciones*. 3. *La unión del patrimonio y las obligaciones*. *Efectos*. IV. *Naturaleza del acuerdo de fusión*. 1. *El convenio de fusión*. 2. *Las asambleas de accionistas*. 3. *Publicidad de la fusión*. 4. *Efectos del registro*. 5. *Sociedades que pueden fusionarse*. 6. *Derecho de retiro de los socios*. V. *La escisión de sociedad anónima*. VI. *La transformación de la sociedad anónima*.

I. INTRODUCCIÓN

La fusión y la escisión de la sociedad anónima son temas vinculados entre sí, obedecen a causas similares, son como las dos caras de una moneda.

Es necesario considerar la escisión no como una operación integrada por las operaciones distintas y sucesivas en que temporalmente puede descomponerse el proceso desde la sociedad escindida a las nuevas sociedades creadas (o reestructuradas), sino como una operación unitaria semejante al proceso de fusión.¹

La transformación tiene tintes diferentes aunque tenga efectos económicos, persigue objetivos de naturaleza corporativa como lo es el reestructurar a una persona moral, adoptando un tipo distinto de sociedad.

El desarrollo de los negocios en el mundo ha provocado que nazcan grupos de empresas, como un desenvolvimiento de la empresa unitaria. Estos conglomerados se forman, entre otras maneras, a través de fusiones, escisiones y transformaciones, para dar forma a una organización corporativa de empresas o sociedades vinculadas o relacionadas entre sí por relaciones de negocios o por los accionistas que les son comunes. La existencia de estos grupos es una realidad que no se puede

¹ Duque Domínguez, Justino F., "La escisión de sociedades", *Estudios jurídicos en honor de Joaquín Garrigues*, p. 132.

negar y el consorcio se integra por sociedades que tienen, cada una, en lo individual, su personalidad jurídica.

Estos grupos de empresas establecen entre ellos o con terceros, para su creación, desarrollo y cumplimiento de los propósitos sociales que las animan, actos jurídicos, contratos y convenios que tienen relación con su estructura y norman las relaciones que el grupo de sociedades conlleva; son, en suma, actos de organización.

La fusión, la escisión y la transformación de las sociedades anónimas, se encuentran dentro de esta categoría de actos jurídicos, que recién aparecen en el mundo de nuestro acontecer jurídico-económico, y por ello la legislación que los regula aparece inspirada más por la teoría, que por la experiencia.

II. LA FUSIÓN

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM o Ley) no define la fusión, pero es claro que se trata de un negocio jurídico, que es una institución del derecho mercantil, desconocido en el campo de la legislación de las sociedades de naturaleza civil.

La fusión es un negocio jurídico de integración y no de destrucción; es la figura más completa y acabada de esa clase de negocios, que se distinguen y caracterizan por la unión de las empresas en la consecución de sus respectivos objetivos sociales.²

Motos Guirao expresa que la "Fusión no significa otra cosa que una compenetración tan íntima entre las individualidades sociales que lleva a una confusión absoluta y total de sus patrimonios, tal como son para integrarse en una única individualidad social que se crea *ad hoc*, o que existiendo absorbe por completo la o las que perecen".³

Nuestra Ley contempla los dos sistemas que generalmente en otras legislaciones se utilizan para llevar a cabo una fusión: a) por absorción y b) por creación.⁴

En la primera, por absorción, una sociedad ya existente (fusionante) absorbe a otra u otras sociedades que se integran como fusionadas, confundándose el activo y el pasivo de estas empresas y canjeándose las acciones propiedad de los accionistas de la fusionada por acciones

² Otros negocios de integración son la asociación en participación, los grupos de empresas y las sociedades mismas.

³ Motos Guirao, Miguel, *Fusión de sociedades mercantiles*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 51.

⁴ Ley General de Sociedades Mercantiles, artículos 222 y 226.

de la fusionante que incrementan su capital social, o pone en circulación acciones con ese propósito si se trata de una sociedad de capital variable que tenga acciones de tesorería.

En la fusión por creación los accionistas de las empresas que se van a fusionar constituyen una tercera sociedad anónima (fusionante), cuya creación ocurrirá al realizarse la fusión y en la que habrá de adquirir el activo y pasivo de las fusionadas y emitirá las acciones necesarias para canjearlas por las acciones de los accionistas de las empresas que se fusionan.

Los principios y conceptos que hemos expresado con anterioridad, les son aplicables a ambos sistemas, si bien en el sistema de creación deben de cumplirse además los requisitos legales correspondientes a la sociedad resultante, incluyendo el hecho de que la sociedad debe tener por lo menos cinco socios.

Walter Frisch, en su obra,⁵ considera que no se aplicará el artículo 89, fracción I, de la LGSM, al caso de fusión. Creo equivocada su opinión porque la Ley exige un mínimo de cinco socios, ya que de acuerdo con el artículo 229, fracción IV, de la Ley, es causa de disolución el que una sociedad anónima no tenga el mínimo de socios exigidos.

Jorge Barrera Graf, en su conferencia en este coloquio sobre "Formación y constitución de la sociedad anónima", sostiene que la fusión es un sistema especial de constitución de la sociedad anónima, y que no le son aplicables las reglas de la constitución simultánea ni las de la sucesiva.

Las razones en que basa su punto de vista son las que resumo a continuación:

1. El negocio del que nace la sociedad, en virtud de la fusión, es un acuerdo especial entre dos o más sociedades distinto del genérico contrato social.

2. Porque en la fusión es posible que no comparezcan todos los socios e incluso que no comparezca ninguno; lo cual no es posible en la constitución de una sociedad.

3. Las aportaciones de los socios son anteriores a la fusión, mientras que en la constitución son contemporáneas a ella.

4. El procedimiento mismo de constitución es radicalmente distinto. En el caso de la constitución intervienen los socios emitiendo su voluntad; en la fusión las sociedades participan como partes de un con-

⁵ Frisch Philipp, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, México, Porrúa, 1982, p. 405.

trato de fusión cuyo objeto es la unión de los patrimonios; su finalidad es la realización del objeto social a través de la sociedad que se constituye y la transmisión del patrimonio a título universal y el consentimiento no es el de los socios de las sociedades que se extinguen, sino de las sociedades mismas y sus acreedores.

5. La forma es también distinta, en el caso de la fusión hay un precontrato de fusión, seguido del acuerdo interno de fusión en cada sociedad, a través de la asamblea extraordinaria de accionistas, si se trata de sociedad anónima, aprobación del balance y otros requisitos respecto de los acreedores.

Podemos decir que, en general, las legislaciones de los países con sistemas similares al nuestro, como España e Italia, contemplan y regulan ambos sistemas, que también son conocidos como fusión impropia y fusión propia, respectivamente.

Vemos que para la realización de una fusión participan de manera indispensable:

- a) El órgano de administración de las sociedades anónimas que habrán de acordar la fusión;
- b) Las sociedades anónimas que se fusionarán, y
- c) Las asambleas de accionistas de esas sociedades anónimas.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA FUSIÓN

Los elementos que la doctrina atribuye en términos generales a la fusión, para distinguirla de otros negocios de integración de empresas, son los siguientes:

1. *Disolución de la sociedad*

Se suele decir que la disolución es requisito para la fusión. Veamos si esta característica está presente en nuestra Ley.

Rodrigo Uría indica:

Es cosa evidente que la fusión exige en todo caso la disolución de alguna de las sociedades participantes en la operación. Si los artículos 142, 146 y 148 de nuestra ley ya son de por sí suficientemente claros sobre este punto, viene además el artículo 150 a disipar cualquier posible duda, incluyendo entre las causas de disolución de la Sociedad Anónima, la fusión o absorción a que se refieren los artículos 142 y 148.⁶

⁶ Uría, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 11a. ed., Madrid, 1976, p. 316.

Tenemos, pues, que la disolución que afecta a una o más de las sociedades anónimas que intervienen en una fusión es consecuencia de una disposición legal que así lo marca, y no una característica que podamos atribuir a la naturaleza de la fusión; resulta constituir una parte del sistema que la ley de algunos países organiza para llevar a cabo una fusión y no la consecuencia lógica e inevitable de un acontecimiento.

En nuestra Ley, ninguna de las disposiciones que regulan la fusión de las sociedades prevé o contempla su disolución, ni regula las consecuencias que esa supuesta disolución tendría; tampoco constituye la fusión una de las causas de disolución que la Ley marca en sus artículos 229 al 233, ni da derechos de retiro al accionista disidente, como en el derecho español.

Ciertamente, el artículo 224 de la LGSM, en su párrafo final, habla de la sociedad que subsiste y de las sociedades extinguidas; pero no encuentro que de ahí pueda derivarse que la disolución sea una consecuencia de la fusión. La Ley usa estos términos porque al integrarse las sociedades como consecuencia de la fusión, indudablemente que una o más de ellas desaparecen como entidades, pero no se disuelven; sus accionistas siguen siéndolo, su activo y su pasivo como unidad continúa, y sobre todo mantiene la capacidad absoluta de buscar la realización de su objeto social, cosa que no puede hacer una sociedad disuelta.

Hemos dicho que la fusión es un negocio de integración, no de destrucción; la disolución deshace el vínculo social, la fusión supone mantenerlo íntegro y actuante. Pensar que es necesaria la disolución de la sociedad es un contrasentido con los fines de la fusión que se sustenta precisamente en la continuación de los negocios sociales. ¿Cómo podría una sociedad disuelta acordar su fusión si nuestra Ley le prohíbe iniciar nuevos negocios? ⁷

Así que, en mi opinión, no hay una característica de disolución en la fusión de la sociedad, ya que lo que ocurre es que la sociedad o sociedades que desaparecen en la fusión lo hacen por efecto de una integración y conservan su personalidad, patrimonio, derechos y obligaciones, y el vínculo entre los socios en la búsqueda del cumplimiento de su fin social. La fusión es un caso que da lugar a la desaparición de sociedades, pero de una forma especial, distinta a la disolución.

⁷ Abascal Zamora, José María, *Fusión de sociedades anónimas en el derecho mexicano* (tesis profesional), México, 1960, y Vásquez del Mercado, Oscar, *Fusión de sociedades mercantiles*, afirman que la disolución que se produce por la fusión no afecta el vínculo entre los socios, ya que éste continúa.

En conclusión, lo que constituye en México una característica típica y distintiva del negocio jurídico de la fusión, es la integración absoluta de dos o más sociedades, con la conservación del vínculo social que une a sus socios, que pasan a constituir los accionistas de la nueva sociedad.

2. *Emisión de acciones*

Como consecuencia de la unión de los capitales sociales de las empresas que participan en la fusión, la sociedad que subsista o la que nazca deberá emitir acciones en número suficiente para entregar a los accionistas de la sociedad fusionada, a fin de que éstos participen en el capital social de la fusionante en los mismos términos y condiciones en que habían venido siendo accionistas.

Esta emisión de acciones y su canje han sido considerados por la doctrina como elementos esenciales de la fusión; sin embargo no es así, lo que realmente constituye una característica esencial del negocio jurídico conocido como fusión es que los accionistas de la sociedad que desaparezca pasen a formar parte de la sociedad fusionante, incorporándose los capitales sociales; si bien usualmente se logrará el propósito a través de la emisión de nuevos títulos de accionistas que se entregarán a los accionistas de la empresa fusionada, no hay nada que impida que habiendo identidad de accionistas en las sociedades participantes en la fusión, la incorporación se logre a través de aumentar el valor nominal de las acciones ya existentes en la fusionante.

Es claro que la fusión no permite que en lugar de entregar acciones, se cubra la obligación con dinero o en otros bienes, porque se desnaturizaría el negocio que se desea celebrar.

Para determinar el monto del capital social de la sociedad fusionante hay que considerar dos opciones: 1) ¿Debe ser la suma de los capitales sociales de las sociedades que se fusionan? 2) ¿Debe ser consecuencia de la suma de los patrimonios netos de esas sociedades?⁸

En favor del "Principio de conservación de capitales", se dice que responde plenamente a la consideración de "vinculación del patrimonio social en favor de sus acreedores por la cifra del capital social"; pero en contra comenta José María Abascal Zamora "que se presentaron objeciones jurídicamente insuperables: cuando una de las sociedades atraviesa por una situación deficitaria, según tal principio, se forma-

⁸ Motos Guirao, Miguel, *op. cit.*, p. 149.

ría un capital social superior al patrimonio aportado y se emitirían acciones con valor nominal superior a su valor real".⁹

Por lo que se refiere al principio de "Conservación de patrimonios", Miguel Motos Guirao considera que: "así se suministra una idea real, respecto a terceros, del verdadero estado patrimonial de la sociedad resultante de la fusión; que les ofrece, por tanto una cifra de garantía capital social que responda en un todo a la realidad económica del momento".¹⁰

Evidentemente este último principio es el que debe aplicarse, si bien con ciertas reservas, con la flexibilidad necesaria para resolver las cuestiones que se presentan en la práctica.¹¹

Considerando que con los grupos de empresas puede ocurrir que se fusionen empresas que sean accionistas entre sí, el incremento de capital en la empresa subsistente no podrá incluir la parte de capital representado por acciones de la empresa que desaparezca, que ya eran propiedad de la que subsiste, por la prohibición de que las sociedades adquieren sus propias acciones. En el negocio de fusión los accionistas de la fusionante no tendrán el derecho del tanto, porque no estamos en presencia de un aumento de capital, sino de un fenómeno distinto, ya que la integración de las empresas produce necesariamente la de sus capitales sociales y, como consecuencia de ello, deben los accionistas de la fusionante de reconocer los derechos de los accionistas de la fusionada, porque de lo contrario sería imposible la fusión. Por lo mismo, las acciones del capital social de la empresa fusionada, serán liberadas o no, y consideradas como pagadas en numerario o en especie, según lo hayan sido originalmente, ya que la realización de la fusión no altera estos aspectos, relativos a la forma en que los accionistas hayan pagado sus aportaciones originales.

A partir de la fecha de la fusión, los accionistas de la empresa que surjan de ella participan en la misma con todos los derechos y obligaciones que resulten de sus estatutos y sus acciones, y en ello se incluye la participación en los resultados de la empresa.

3. *La unión del patrimonio y las obligaciones. Efectos*

Indudablemente que una de las notas que particularizan la fusión la constituye la unión de los bienes, los derechos y las obligaciones de la

⁹ *Op. cit.*, p. 21.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 151.

¹¹ Comparto totalmente el punto de vista de Motos Guirao, expresado en la obra antes citada.

empresa fusionada (patrimonio), en forma tal que se produce una verdadera unión de los correspondientes a las empresas que participan en la fusión, integrando como consecuencia una unidad a partir de la fecha en que la fusión surte sus efectos.

Sobre el tema, Manuel Olivencia Ruiz señala: "Respecto de la confusión de patrimonios por sucesión universal *inter vivos*, puede citarse en nuestro derecho el caso de la fusión de sociedades."¹²

Considerando lo expresado con anterioridad en este documento, no existe una transmisión de bienes u obligaciones, no hay enajenación; lo que existe es una unión de los patrimonios de las empresas que participan en la fusión.

Esta unión produce consecuencias diversas, frente a las propias sociedades, los socios, los administradores, comisarios y los acreedores.

A. Respecto de las sociedades

La sociedad que subsiste se convierte en la titular de los bienes y derechos que forman el patrimonio social y en la deudora de las obligaciones a cargo de las empresas que hayan participado en la fusión, a partir del momento en que la fusión surte sus efectos.

Mientras la fusión ocurre, cada sociedad continúa siendo titular y obligada, según corresponda; lo que produce serios conflictos, porque el plazo de tres meses que se señala para que la fusión surta efectos, en uno de sus supuestos, implica posibilidades serias de que cambien las circunstancias que le dieron origen y en que basaron sus acuerdos los accionistas.

Como nuestra Ley no prevé nada al respecto, es indispensable pactarlo en el convenio de fusión; creo que al caso podría serle aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, de no muy clara vigencia en nuestro derecho positivo, que en su caso produciría el efecto de nulificar los acuerdos de fusión.

Aun cuando, como hemos expresado, la fusión no implica una verdadera enajenación, sí es conveniente anotar en los títulos de propiedad, en los contratos y demás documentos, una nota en la que se indique que, en virtud de una fusión celebrada, el titular de los derechos lo es la empresa fusionante, con el propósito de que se facilite el ejercicio de los derechos y obligaciones que de dichos documentos se derivan.

¹² Olivencia Ruiz, Manuel, "La confusión de patrimonios y el artículo 285 del Código de Comercio", *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uria*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1978.

B. Respecto de los socios

Como ya ha quedado dicho, la fusión de las sociedades no afecta en su calidad de accionistas a quienes lo eran tanto en la empresa fusionada, como en la fusionante, mismos que pasan necesariamente a convertirse en socios de la sociedad subsistente o de la que nazca; el monto de sus aportaciones continuará siendo el que tenían en cada una de sus respectivas sociedades hasta antes de la fusión, si bien como es obvio, al ser capital social mayor, cada uno de los accionistas verá modificada su posición relativa en cada sociedad.

Los socios participarán en el patrimonio de la sociedad resultante de la fusión con derechos plenos, es decir, no disfrutarán únicamente de las utilidades o responderán de las pérdidas que sucedan a partir de la fusión, sino que su derecho alcanza o su responsabilidad comprende todos los beneficios o cargas que resulten de tener la nueva sociedad desde el origen, contado éste a partir del momento en que las sociedades participantes en la fusión empezaron a operar.

C. Respecto de la administración y el órgano de vigilancia

La administración y el órgano de vigilancia correspondientes a la sociedad o sociedades que desaparezcan dejarán de operar, de pleno derecho, en el momento en el que la fusión surta efectos; si bien, hasta en tanto esto ocurra, deberán continuar en el desempeño de sus respectivos cargos, respondiendo únicamente ante su propia asamblea de accionistas, la que sigue en pleno uso de sus facultades, ya que la fusión surte sus efectos hasta que transcurran los plazos que la Ley da o se cumplan con las condiciones que fija para ello y entre tanto debemos entender que se suspenden los efectos de las asambleas que acuerdan la fusión, hasta que legalmente produzcan plenos efectos, según más adelante se analizará.

En el momento en que esto último sucede, los administradores de la sociedad serán aquellos designados por los accionistas para la nueva sociedad que se crea como consecuencia de la fusión, o bien, aquellos que habían sido designados en la sociedad que subsiste. Desde luego, lo lógico es que se designen nuevos administradores como consecuencia de la fusión, los cuales iniciarán sus funciones precisamente cuando la fusión surta sus efectos y no antes.

Los poderes otorgados por la sociedad o sociedades que se fusionan continúan surtiendo todos sus efectos, ya que la sociedad que

permanece como consecuencia de la fusión, adquiere a título universal todos los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas.

D. Respecto de los acreedores

Los acreedores de las sociedades que participan en la fusión y que como consecuencia de la unión de patrimonios puedan ver afectadas la permanencia o cuantía de las garantías específicas o genéricas, en base a las cuales otorgaron su crédito a las sociedades antes mencionadas, tienen derecho de oponerse a la fusión dentro de los plazos establecidos para el particular por el artículo 224, segundo párrafo, de la LGSM.

Este derecho de oposición no es absoluto, sino que debe necesariamente fundamentarse en el hecho de que con la fusión se reducen las garantías específicas o genéricas que un determinado acreedor tenía para su crédito, y, cualitativamente hablando, sus posibilidades de cobro se ven mermadas, por lo que la fusión le produciría de inmediato un perjuicio comprobable.

En este caso la demanda debe de encauzarse en contra de la sociedad deudora, así como de la otra u otras sociedades participantes en la fusión, ya que es el acuerdo entre dichas sociedades el que pudiera afectar los derechos del o los acreedores reclamantes. Cabe destacar que las sociedades participantes en la fusión pueden demandar del acreedor que fracase en su empeño de probar que la fusión le produce una reducción cualitativa en las garantías que tenía para el pago de créditos, el pago de los daños y perjuicios que su acción haya causado a las empresas participantes en la fusión y a sus respectivos accionistas.

Respecto de la fecha en que la fusión surta sus efectos, encontramos que nuestra legislación da diversas soluciones al problema, prácticamente todas ellas encauzadas a proteger los derechos de los terceros frente a las sociedades que se fusionan. Así, el artículo 224 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, dispone que la fusión de las sociedades surte sus efectos hasta que transcurran tres meses, a partir de la fecha de inscripción del acuerdo de fusión en el Registro Público de Comercio, correspondiente al domicilio de las sociedades que participan en la fusión. Sin duda, considerando que este plazo resulta muy largo y que pudiera afectar las posibilidades de las fusiones acordadas, nuestra Ley permite que la fusión surta sus efectos en el momento de la inscripción si las sociedades que participan en la fusión obtienen el consentimiento previo, por escrito e indubitable,

de sus acreedores con dicha fusión, o bien si —dice nuestra Ley— se pacta el pago de todas las deudas sociales, o, por último, si se garantiza debidamente el pago de las deudas que tengan las sociedades participantes en la fusión o se deposita su importe.

La penúltima de las alternativas mencionadas merece la aclaración de que no puede interpretarse que sea suficiente el simple pacto de pagar las deudas, ya que lo que indudablemente el legislador pretendió y en una lamentable redacción dejó oscuro, es que sí se paguen efectivamente todas las deudas sociales, lo que indudablemente tendrá que ocurrir antes de la inscripción en el Registro Público de Comercio del acuerdo de fusión, pues de lo contrario cualquier acreedor que se opusiese a la fusión, por no haber recibido su pago, conseguiría que ésta, congruentemente con la redacción del artículo en cuestión, se viera suspendida, hasta que todos los acreedores, y en especial el que o los que se hayan opuesto, reciban el pago de sus deudas.

IV. NATURALEZA DEL ACUERDO DE FUSIÓN

1. *El convenio de fusión*

Desde un punto de vista práctico, para poder llevar a cabo la fusión, resulta indispensable que sean los respectivos órganos de administración, de las empresas que van a participar en la misma, los que acuerden los términos y condiciones en que la fusión habrá de realizarse, y los acuerdos a que lleguen deberán de hacerse constar en un convenio, usualmente conocido como convenio de fusión.

Ese convenio de fusión tiene una naturaleza jurídica *sui generis*, ya que no es una mera promesa de contrato, ni constituye un contrato de ejecución inmediata, puesto que sus términos y condiciones están siempre, por ministerio de Ley, sujetos a la condición de que sea acordada la fusión por las respectivas asambleas de accionistas, las que, en todo caso y como órganos supremos de la sociedad, pueden acordar las modificaciones que consideren convenientes, o bien aprobar la realización de la fusión en los términos del contrato de fusión; podríamos, en suma, decir que este contrato es de tipo preliminar y que no produce el efecto de someter a quien lo celebra al posible pago de daños y perjuicios en caso de que la fusión no se lleve a cabo; tampoco puede pretenderse el que se ejerza la vía coactiva para exigir el cumplimiento del convenio.

Conviene analizar brevemente cuál puede ser el contenido de este convenio de fusión:

Requiere indispensablemente del acuerdo del órgano de administración de las empresas que participan en la fusión; la naturaleza del acto excede las facultades de los apoderados, por amplias que sean, y por lo mismo, dicho convenio tiene que ser firmado por el presidente o un delegado expreso del consejo de administración o por el administrador único de la sociedad.

Un punto primordial del convenio es la forma y bases que las empresas propongan para su valuación. La Ley de Sociedades Mercantiles no tiene disposición alguna sobre el particular y parece dejarlo a voluntad de las partes. Sin embargo, debe tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 223 de la Ley, en el sentido de que las sociedades que participen en la fusión deberán publicar su último balance.

Con base en lo anterior y tomando en cuenta que, de acuerdo con la técnica contable, el balance y los demás estados financieros de una sociedad deben formarse de manera tal que reflejen razonablemente la situación económica de la empresa, considero que la valuación de las empresas y el traspaso a título universal de sus bienes y obligaciones deben realizarse fundamentalmente con base en el balance de cada una de las empresas que participan en la fusión.

Pero, ahora bien, ¿cuál es el último balance a que se refiere la Ley? Las sociedades tienen un ejercicio social que cierra regularmente cada año, y al fin del mismo tienen la obligación de realizar el balance. Así pues, en principio será el último de estos balances el que debe usarse. Sin embargo, no debemos olvidar lo señalado en el párrafo anterior: la idea es que se tome como base la situación económica razonablemente real, y un balance de varios meses de antigüedad no lo puede representar, por lo que debe atenderse más bien a estas circunstancias, y tomar como base para la fusión balances recientes que sí constituyan información actual y cierta de la situación económica de las empresas, porque dichos documentos financieros trascienden la esfera de afectación de las empresas y, por tanto, importan a terceros, como son los accionistas, los acreedores, los trabajadores y otros.

Ahora bien, como acertadamente señala José María Abascal Zamora en su tesis profesional,¹³ no puede considerarse que una consecuencia de la fusión sea la simple suma y conservación de los capitales, sino que, para valorar el monto del capital social que han de recibir los accionistas de la que se fusiona, es necesario atender al patrimonio neto de la sociedad; ¿pero, incluido en ese patrimonio debe valorarse

¹³ *Op. cit.*, pp. 21 y 22.

el aviamiento de las sociedades o no? En mi opinión, sí es valorable, porque representa un valor apreciable de los negocios sociales; ahora bien, como no están incluidos en un balance, su compensación puede hacerse a través de reconocer una prima en favor de las acciones correspondientes.

Se debe convenir sobre la situación en que quedarán los acreedores de la sociedad, es decir, si se pagarán todas las deudas sociales que se tengan previo a que la fusión surta sus efectos o si se obtendrá el consentimiento de los acreedores o se procederá a constituir un depósito, o cualquier sistema que combine los anteriores. No hay nada que impida que una sociedad adopte un procedimiento y la otra uno distinto.

Otro tema de gran importancia es el de convenir sobre los estatutos que la empresa que sobreviva a la fusión tendrá y que no necesariamente tendrán que ser cambiados el monto del capital social, la forma y términos en que se expedirían los nuevos títulos de acciones y la manera en que la sociedad será administrada.

La inclusión de listas de acreedores y de activos que vayan a ser traspasados con motivo de la fusión, resultan indispensables para el correcto conocimiento de las consecuencias del acto jurídico; el hecho de que la transmisión se haga en masa no implica que los accionistas dejan de tener derecho a que los activos incluidos en los balances se conserven íntegramente; es más, si la empresa está instalada y en operación, la transmisión se efectúa en esas condiciones, por lo que el desmembramiento de sus unidades operativas resultaría en un acto que podría conducir a no efectuar la fusión, a la parte afectada.

El artículo 223 de la Ley de la materia establece que la o las sociedades que dejen de existir deben publicar el sistema establecido para la extinción de su pasivo. Esta disposición debe interpretarse de manera congruente con las de los artículos 224 y 225, y de ninguna manera estimarse que dichas deudas se convierten en de plazo vencido por la sola ocurrencia de la fusión, primero, porque ya vimos que las sociedades subsisten al integrarse y porque, considerarlo así, redundaría en un grave perjuicio para la sociedad; además, si las deudas debieran extinguirse, ¿para qué se harían necesarias las disposiciones de los artículos 224 y 225?

Un acuerdo fundamental es el que se refiere a las fechas en que el convenio de fusión haya de someterse a la autorización del órgano de la sociedad competente para llevar a cabo la fusión, ya que dicho pacto representa lo que considero una cláusula suspensiva implícita en este tipo de convenios, pues por su propia naturaleza solamente van a

producir un efecto si los órganos respectivos de todas las sociedades involucradas en la fusión aceptan llevarla adelante.

2. *Las asambleas de accionistas*

Si la fusión se va a celebrar entre dos sociedades anónimas, la aprobación de las asambleas extraordinarias es imprescindible, ya que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 182, fracción VII, de la LGSM, en relación con lo que se contiene en el artículo 222 de la propia Ley, es el único órgano social autorizado para aprobar la celebración de una fusión.

En caso de que existan diversas series de acciones, deberá celebrarse previamente la asamblea especial a que se refiere nuestra Ley de Sociedades Mercantiles, si como consecuencia de la fusión se pudieran afectar los derechos que singularizan a esas series de acciones.

La convocatoria será hecha de acuerdo a lo que dispongan los estatutos, y en el orden del día deberá incluirse específicamente que la asamblea habrá de resolver sobre la aprobación de la fusión de la empresa, bien sea como absorbente o absorbida, o mediante el sistema de creación, y especificar asimismo sobre otras resoluciones que requieran ser determinadas por la asamblea, como son las que hemos indicado en el convenio de fusión.

Atento al principio de libertad de voto de los accionistas y a la singular naturaleza del convenio de fusión, la asamblea podrá adoptar la resolución que estime prudente, aceptando, modificando o rechazando la propuesta contenida en el convenio de fusión. Desde luego que, si se introducen cambios en el convenio de fusión, tendrá que proveerse lo necesario para que las otras sociedades participantes acepten el cambio.

Las actas de las asambleas deberán protocolizarse ante notario público e inscribirse en el Registro Público de Comercio, correspondiente al domicilio social de las sociedades que participen en la fusión, ya que esto es un requisito para que surta sus efectos legales, cuando se cumplan los requerimientos de los artículos 224 y 225 de la LGSM.¹⁴

Considero aplicable al caso de la fusión, por analogía, lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley, en cuanto al plazo dentro del cual deberá de presentarse a inscripción la escritura de fusión y por lo que se refiere a la posibilidad que tienen los socios de demandar su inscripción.

¹⁴ Walter Frisch Philipp, atento a lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sostiene atinadamente que los efectos del registro de la fusión son constitutivos y no declarativos. *La sociedad anónima mexicana*, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 455.

3. *Publicidad de la fusión*

Una vez aprobada la celebración de una fusión, debe de procederse a publicar los acuerdos de fusión, el balance que haya servido de base para su realización y la forma en que haya de extinguirse el pasivo. Asimismo, deberá procederse a inscribir el acuerdo de fusión en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio social de las personas morales que participen en la fusión.

La publicación de los avisos obedece en parte a la obligación de notificar a los acreedores de las sociedades involucradas en la fusión de la realización de la misma, o bien, para darse por avisados de la decisión que los accionistas hayan tomado respecto de las deudas sociales, así como a los accionistas ausentes o disidentes sobre lo decidido por los accionistas.

Es interesante considerar la naturaleza *sui generis* que tiene esta obligación de publicar los avisos de fusión, ya que no es una mera comunicación a los acreedores o a los accionistas, porque el plazo para oposición, en el primer caso, empieza a correr a partir de la fecha de inscripción en el Registro Público de Comercio de los acuerdos de fusión, si los avisos se publicaron, y, en el caso de los segundos, a partir de la fecha de clausura de la asamblea de accionistas correspondiente, y por otra parte, el artículo 223 de nuestra Ley ordena que los acuerdos se inscriban y se publiquen, por lo que establece dos requisitos independientes, es decir, se puede inscribir el acuerdo de fusión aun sin que previamente se hayan hecho las publicaciones, pero en este caso el plazo de oposición debe interpretarse que corre a partir de la fecha de su publicación porque de otra manera habría un fraude a la Ley.

Todo conduce a concluir que la publicación de los avisos constituye una formalidad necesaria para que la fusión surta sus efectos. Ahora bien, no se trata de una obligación que afecta a la esencia del pacto de fusión y por ello pueda producir su nulidad absoluta, porque el artículo 224 de la Ley indica que la fusión surtirá efectos a los tres meses de la fecha de inscripción de los acuerdos respectivos y, aún más, el artículo 225, que se refiere a los requisitos que deben cumplirse respecto de los acreedores para acelerar la fecha en que la fusión surta sus efectos, y que incluso ordena la publicación del certificado de depósito en su caso, también señala que en esos supuestos la fusión surte efectos en el momento de la inscripción en el Registro Público de Comercio. En conclusión, se trata de una obligación convalidable y su deficiencia está sujeta a la fusión a la nulidad relativa.¹⁵

¹⁵ Ver Abascal Zamora, José María, *op.cit.*, p. 49, quien considera que de

4. *Efectos del registro*

De la propia redacción del artículo 224 de la LGSM, se desprende que el registro de la fusión tiene efectos constitutivos¹⁶ y que puede estar sujeto a plazo y condición. La Ley no prevé la manera en que debe hacerse constar que no existió oposición, por lo que estimo que una declaración ante notario, del órgano de administración de las empresas participantes en la fusión, en el sentido de no haberse recibido oposición, aunada a la certificación expedida por el propio registro de no estar inscrita ninguna de ellas, debía ser suficiente para que la fusión surtiese sus efectos, o bien, en el caso del artículo 225, será necesario que las asambleas de accionistas que acuerden la fusión constante que se ha cumplido con una o más de las condiciones señaladas en el mismo, para que la fusión pueda surtir sus efectos.

5. *Sociedades que pueden fusionarse*

Con base en el artículo 226 de la Ley respectiva, en la fusión pueden participar sociedades mercantiles de cualquier tipo; considero distinto el caso en que una sociedad civil desee fusionarse a una anónima, ya que previamente debería convertirse en una clase de sociedad mercantil, porque de otra forma no podría dar cumplimiento al principio de canje de las acciones a que nos hemos referido.¹⁷

La fusión en que subsistiese una sociedad civil, la considero imposible tanto por no estar reglamentada por el Código Civil como por los fines diferentes que pueden perseguir las sociedades mercantiles de las civiles.

6. *Derecho de retiro de los socios*

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles ha optado por someter la resolución sobre el acuerdo de fusión a la decisión mayoritaria de los accionistas, y como los acuerdos legalmente tomados obligan a los ausentes y disidentes (artículo 200), debemos concluir que la fusión no da lugar a que los accionistas puedan ejercer su derecho de retiro; hecho que además se confirma porque la fusión no es uno de los

acuerdo con parte importante de la doctrina internacional, la falta de publicación de los avisos acarrea la nulidad relativa de la fusión.

¹⁶ Confirma esta opinión Walter Frisch Philipp, *op. cit.*, p. 455.

¹⁷ En sentido similar interpretó lo que señala Walter Frisch en su obra al hablar de la combinación de fusión y transformación.

casos en que el artículo 206 de la Ley otorga a los accionistas del derecho de retirarse.

Sin embargo, si como consecuencia de una fusión una de las sociedades cae dentro de los supuestos del mencionado artículo 206, sus accionistas tendrán —a no dudarlo— el derecho de retiro, que deberán ejercer, en su caso, con apego a lo dispuesto en dicha disposición de la Ley.

V. LA ESCISIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no regula específicamente el fenómeno de la escisión de las sociedades, que es contrario a la fusión.

José María Abascal Zamora considera que:

Consiste en la disgregación de la empresa, en otros organismos que adquieren personalidad jurídica y patrimonio propio, y que, generalmente, viven al lado de la empresa madre, como filiales o subsidiarias, o conviven todas organizadas en cualquiera de las formas de concentración o coordinación a que me he referido.¹⁸

Estas operaciones tienen una motivación económica. Justino F. Duque Domínguez¹⁹ menciona que: a) Es un medio que pueden utilizar las sociedades para “adaptarse a las situaciones cambiantes de la economía”; b) una forma de redistribuir las actividades de las empresas y procura su descentralización; c) separar las operaciones de una empresa que funcionan con pérdida, de otras que tienen utilidades, para hacer más rentable esta última; d) que puede servir también para dar “solución a problemas internos de la sociedad escindida”, como superar diferencias de opinión, entre dos grupos de socios, respecto del manejo de los negocios sociales.

La escisión, para serlo, tiene que ser una operación unitaria, no basta que una porción importante de los negocios y activos de una empresa pasen a otra sociedad, para considerar que por ello se está en presencia de una escisión, sino que debe ocurrir “como una operación unitaria semejante al proceso de fusión”. Por su parte, Jorge Barrera Graf, en el artículo que preparó para este ciclo de conferencias sobre la “Formación y constitución de la sociedad anónima”, estudia que la escisión de sociedades es una forma especial de su constitución.

¹⁸ *Op. cit.*

¹⁹ *Op. cit.*

En la obra de Justino F. Duque se mencionan las características que distinguen a un negocio de escisión cuando ésta es total:

- 1) Disolución de la sociedad escindida.
- 2) Transmisión de la totalidad de su patrimonio a otras sociedades que se constituyen con una fracción de patrimonio de la escindida.
- 3) Eliminación del proceso de liquidación.
- 4) Atribución a los accionistas (o, en general, socios) de la sociedad escindida de las acciones o participaciones procedentes de las sociedades creadas por la escisión.²⁰

¿La escisión constituye una forma de disolver una sociedad sin liquidarla?, ¿cómo puede la sociedad escindida entregar sus bienes a las sociedades resultantes, sin que tenga que acudir a negocios jurídicos como la compraventa, donación, etcétera?

La respuesta a estas preguntas es que en el derecho mexicano no es posible hacerlo debido a que nuestra Ley no considera la figura jurídica de la escisión.

Desde el punto de vista jurídico, en países como el nuestro en que la escisión no está reglamentada, para la satisfacción de dichas necesidades se acude a la constitución de nuevas sociedades a las que la sociedad existente transmite por venta o arrendamiento, o mediante aportaciones en especie, bienes de su patrimonio, con el acuerdo del órgano competente, o bien, a virtud de poderes de los representantes legales.²¹

Pero, como atinadamente sigue diciendo Jorge Barrera Graf, este sistema no resuelve los problemas que se presentan, ya que al usar el método antes indicado, la participación de los socios en cuanto a la enajenación de los bienes queda en manos del órgano de administración y los acreedores carecen de un sistema práctico para oponerse a la enajenación de bienes que de manera genérica les garantizan sus créditos (actualmente sólo podría hacerse uso de la acción pauliana, en los casos que se llenaran los requisitos que el Código Civil determina).

La legislación francesa conoce dos tipos de escisión: "La escisión-fusión que se caracteriza porque la escisión supone necesariamente la aportación de todos o parte de los bienes de una sociedad a dos o más sociedades nuevas constituidas con esta finalidad", y "la fusión-escisión

²⁰ *Op. cit.*, *supra* nota 1.

²¹ Abascal Zamora, José María, *op. cit.*, p. 14.

cuando la aportación de todo o parte del patrimonio de una sociedad se haga a sociedades ya preexistentes".²²

Jorge Barrera Graf, por su parte, citando a Roblot, señala que la primera figura se refiere a la aportación total del patrimonio a sociedades nuevas o existentes, y la segunda a la aportación parcial a diversas sociedades.²³

Como decíamos, la escisión no está regulada en México, y por la frecuencia con que el fenómeno se produce, es necesario que la Ley lo reglamente. Únicamente encontré en la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera una disposición que, aunque no se expidió para legislar sobre escisión, se refiere a un fenómeno con un ligero tinte similar: el artículo 8º de esa ley exige el permiso previo de la autoridad correspondiente, para el contrato o hecho que se traduzca en la enajenación a favor de extranjeros de los activos esenciales de una empresa.

La reglamentación jurídica de la escisión podría hacerse bajo términos similares a los que se dan para la realización de la fusión, cuidando de manera muy especial los derechos de los acreedores, para lo cual tendrían derecho de oposición mientras no se garantizan sus créditos, o se les pagara, o bien mediante un régimen legal que hiciera obligadas solidarias a las empresas participantes en la escisión. Por lo que se refiere a los accionistas, además de requerirse acuerdo de asamblea extraordinaria, se debería dar el derecho de retiro a los accionistas disidentes.²⁴

VI. LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Los artículos 227 y 228 de la LGSM regulan la transformación de la sociedad anónima, e indican que para la misma se aplicarán las disposiciones que la Ley da para la fusión de sociedades.

La transformación "es una modificación de los estatutos que consiste en adoptar un tipo social diverso del que tenía, o establecer la modalidad del capital variable".²⁵

La transformación ha de ser acordada por una asamblea extraordinaria de accionistas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 182,

²² Duque Domínguez, Justino F., "La escisión de sociedades", *Estudios jurídicos en honor de Joaquín Garrigues*, pp. 131 y 132.

²³ *Op. cit.*

²⁴ *Op. cit.*, p. 140.

²⁵ Barrera Graf, Jorge, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, tomo IV, 1983, p. 86.

fracción VI, de la Ley, y su ejecución no implica la creación de una persona moral, sino que la misma subsiste bajo la nueva forma que hayan decidido adoptar los socios.²⁶

Se reafirma esta opinión con la que sostiene Joaquín Garrigues, quien anota:

El dato de la conservación de la misma personalidad jurídica es esencial dentro de nuestro ordenamiento jurídico para distinguir la transformación de una sociedad de aquel otro supuesto que consiste en la disolución de una compañía y simultánea constitución de otra nueva sociedad con el patrimonio de la sociedad disuelta pues en este caso se conserva la misma personalidad jurídica.²⁷

Nuestra Ley ha querido que los socios disidentes y los acreedores de la sociedad que se transforma tengan una protección especial. Así, el artículo 206 de la Ley, concede al accionista que vote en contra del derecho de separarse de la sociedad si lo pide dentro de los 15 días siguientes a la fecha de clausura de la asamblea; el mismo artículo dispone que el reembolso de capital se hará en proporción al valor del activo social, según se muestre en el último balance aprobado, que será necesariamente aquel en base al cual se vaya a realizar la transformación y respecto del cual considero aplicable los comentarios formulados en la sección dedicada a la fusión de sociedades.

Por otra parte, considerando lo dispuesto por los artículos 224 y 228 de la Ley, debe entenderse que los acreedores de la sociedad tienen derecho a oponerse a la fusión, si en virtud de ésta las garantías de sus créditos se ven mermadas. La oposición no procederá si los créditos se pagan o garantizan debidamente.

La transformación surte sus efectos en forma similar a la fusión, es decir, a los tres meses de la inscripción en el Registro Público de Comercio de la asamblea de accionistas respectiva o en el momento de la inscripción si se cumple con los requisitos del artículo 225 de la Ley, que ya he comentado con anterioridad.

La Ley exige que se publique un aviso de transformación, en el que se incluya el último balance, en el periódico oficial correspondiente al domicilio de la sociedad que se transforma; al respecto José María Abascal Zamora atinadamente comenta:

Se ha generalizado la costumbre de publicar el acuerdo de transfor-

²⁶ Duque Domínguez, Justino F., *op. cit.*, p. 14. Cita a Dalsace.

²⁷ *Op. cit.*, p. 87.

mación sin hacer el del Balance. Las transformaciones que se llevan a cabo con esta anomalía, podrán ser impugnadas por cualquier interesado. Lo será en este caso, cualquier acreedor. De modo que dichas transformaciones quedarán convalidadas cuando se liquide al último acreedor que lo era en el momento de la publicación, incompleta, del acuerdo de transformación.

Como ya lo señalé al hablar de la fusión, la referencia al “último balance”, contenida en el artículo 223 de la Ley, resulta vaga; mucho mejor sistema es el del derecho español, que en el artículo 140 de la “Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas” prescribe que el balance debe ser cerrado al día anterior al acuerdo de transformación,²⁸ lo que permite que el acuerdo de la asamblea se tome con el conocimiento más actual de la situación económica de la sociedad y de sus pasivos.

²⁸ Barrera Graf, Jorge, *Diccionario Jurídico Mexicano*, p. 87, sugiere estas recomendaciones y cita como antecedentes a las leyes francesa y brasileña.