

A MANERA DE PREFACIO

El avance tecnológico y la inmediatez en las comunicaciones han generado una verdadera revolución en el mundo, especialmente en el ámbito económico, los grandes grupos empresariales o empresas transnacionales tienen injerencia en prácticamente todos los mercados nacionales y su poder fáctico avasalla incluso al propio Estado, que se ve constreñido a regular fenómenos antes desconocidos y en sentidos convenientes a los grandes agentes económicos.

Instituciones como la fusión de sociedades mercantiles, se convierten en herramientas o mecanismos para lograr fines económicos que exceden sus propósitos originarios y son substituidos por otros diferentes: la cooperación o concentración empresarial y la eliminación de la competencia por ejemplo.

Las empresas transnacionales participan en prácticamente todos los mercados, no solo realizando su actividad principal, sino en todo tipo de negocios corporativos, la fusión incluida, lo que sin duda generaría confusiones tanto en cuanto al carácter con que intervienen en cada Estado, como en la determinación de la Ley aplicable a estas operaciones. Las legislaciones locales no han regulado este fenómeno, suponiendo renun-

cia de soberanía si lo realizaran y es en la normativa Europea en donde encontramos intentos serios para llevarlo a cabo, en un ámbito que concilia la uniformidad y la vocación de cada Estado de regular un fenómeno como el descrito. ¿Es factible realizar una fusión entre sociedades de Estados diferentes? ¿Cómo instrumentar una fusión societaria de esa naturaleza? Son estas las consideraciones que pretendemos abordar en este trabajo.

I. GLOBALIZACIÓN, SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA SOCIETARIO INTERNACIONAL

1. GLOBALIZACIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL

1.1. PLANTEAMIENTO

En prácticamente todas las obras consultadas en materia de globalización se pretende definir, sino es que simplemente describir el fenómeno, tomando ya un sendero de defensa o uno de ataque hacia ella; nuestro propósito en este trabajo no es el de hacer una valoración axiológica de la globalización, sino tratar de seguir el proceso del que deviene, analizar sus consecuencias en las sociedades mercantiles modernas y en la soberanía estatal a fin de ceñir sus límites conceptuales y reconocer sus efectos en el mundo del Derecho.

En efecto, hoy es innegable que la globalización irradia al campo jurídico, modificándolo, procuraremos resaltar sus efectos precisamente en la regulación de las llamadas empresas transnacionales y en las cada vez mas numerosas fusiones transfronterizas.

Al referirse la doctrina jurídica moderna a la

Globalización del Derecho es común ubicar su estudio en el campo de los grandes conceptos de la Filosofía del Derecho o centrar su análisis en los efectos que produce en materia de Derecho Administrativo o Constitucional, nuestro propósito se reduce a entenderla como causa del surgimiento de una nueva generación de sociedades mercantiles ávidas y frenéticas por crecer, que se valen de la fusión societaria como instrumento para lograr sus finalidades sin que las fronteras estatales resulten suficientes para detenerlas.

La tentación de perderse en diatribas de carácter económico o sociológico es considerable, toda vez que en su estadio actual, la globalización es más fácil de estudiar y entender desde esas dos ópticas y no tanto desde la regulación jurídica especializada de la fusión de sociedades mercantiles, éste desde luego es el camino que decidimos seguir.

1.2. PROCESO

La globalización no es fruto de la generación espontánea ni encuentra su origen en un hecho único y determinado, es un proceso, o si se quiere es el resultado de un proceso como comenta Rique,¹ citando a la Comisión de Justicia y Paz

¹ “...La globalización no es ni una fatalidad que hay que aguantar, ni una esperanza que hay que celebrar. Es una evolución que hay que dominar...”. RIQUE, Juan, *Políticas sociales y Globalización: El sentido del trabajo social en*

de Francia, ni fatalidad ni esperanza, mera evolución.

Romántica expresión la anterior, a la luz de la contundencia de los hechos actuales, que sin embargo deja de manifiesto el carácter consecuencial del fenómeno que nos ocupa y que se corrobora si pensamos en las cosas mas comunes, hoy seguimos deportes que ocurren del otro lado del orbe, y no tenemos empacho en hablar familiarmente de lugares y acontecimientos lejanos, que nos hacen pensar que el mundo no es tan grande como nos decían nuestros padres y que nuestra realidad es la misma que la del extremo contrario del mundo.²

El descubrimiento de América en 1492 bien podría considerarse el eslabón inicial en este proceso que hoy llamamos globalización y es desde luego parteaguas en la historia de la humanidad. La firma de la Paz de Westfalia da lugar al surgimiento del Estado Moderno en 1648 y es sin duda acontecimiento de importancia toral en el devenir histórico; como lo son también la Independencia de los Estados Unidos en 1776 y la Revolución Francesa de 1789. En el ámbito histórico-jurídico el siglo XIX es testigo del desarrollo doctrinal del Derecho Internacional Público.

un contexto de crisis mundial, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2003, pp. 11-16.

² “...pareciera como que el mundo se nos ha ido achicando y que por eso lo percibimos como una realidad única... hay un largo proceso que lo viene preparando...”. *Ibidem*.

Mientras que en el siglo XX el surgimiento de la Liga de las Naciones luego de la primera gran guerra y de la Organización de las Naciones Unidas después de la segunda, dejan de manifiesto tendencias que hoy llamaríamos francamente globalizadoras. En efecto la cooperación entre Estados que inicia al final de las conflagraciones mundiales y que subsiste hasta nuestros días representa un primer estadio de globalización que al poco desemboca en el predominio del aspecto económico sobre el político y la preeminencia de las llamadas empresas transnacionales, siendo ambos fenómenos como las dos caras de una misma moneda.³ Es preciso distinguir entre la interacción entre los estados, que se califica como globalización en el estadio histórico al que nos hemos referido (mediados del siglo XX con el surgimiento de la ONU) y la que se da al intervenir las sociedades transnacionales como reales partícipes y agentes de la realidad económica-jurídica contemporánea.

³ Hay quien ve en el primer fenómeno enunciado (cooperación interestatal) una forma controlada de globalización y en la referida a la creciente fuerza de las empresas transnacionales una globalización sin control: "...La distinción que es preciso reconocer entre la globalización que avanza en el dominio de las empresas multinacionales y la globalización que sin excluir a la anterior, fluye en un contexto de cooperación económica y política entre los Estados. A la primera modalidad la denomino globalización salvaje, en tanto califico a la segunda como globalización controlada...". GARCE GARCÍA, Álvaro, *Globalización, Integración y Derecho*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1999, pp. 13-16.

Y es que la evolución histórica no miente, desde la Revolución Industrial al establecimiento del Sistema capitalista, de la caída de los regímenes totalitarios al avance espectacular de la tecnología, todo nos hace pensar que la propia Historia se acelera en el último siglo y a ese devenir hoy lo llamamos globalización.⁴

Desde luego las opiniones son tantas como autores, pero de llamar la atención es la que pretende ver el inicio del proceso globalizador en el Sacro Imperio Romano-Germánico y en la doctrina cristiana como elemento de cohesión de una comunidad histórica que podía convivir con “soberanías territoriales” de diversidad religiosa, situación que permitiría afirmar que el Estado-Nación es el agente de una primera globalización y el objeto de la segunda (la que hoy vivimos); de interés innegable y probablemente objeto de serias críticas histórico dialécticas esta teoría pareciera estar basada en las ideas de Vázquez de Me-

⁴ Pensadores mexicanos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pareciera siguen esta forma de abordar la globalización como podemos apreciar en esta cita: “...lo que se designa como globalización avanza desde hace milenios; se acelera desde el siglo XVI al XIX con el ascenso y triunfo de una economía capitalista mundial y de un sistema político internacional, hace eclosión en el XX... Como concepto y uso la globalización se difunde desde 1980 en grupos y sectores, la opinión pública, los medios de comunicación masivos, los centros de poder ideológico y político...”. KAPLAN, Marcos, *Estado y Globalización. Regulación de Flujos Financieros*, en Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, núm. 34, 2000, pp. 33 y 34.

lla puestas en este contexto por Ayuso;⁵ que desde luego poca aplicación tendría en nuestra realidad actual.

Y volviendo a la exposición del desarrollo del proceso globalizador, ubicándonos precisamente en la mitad del siglo XX, podemos desentrañar los factores que detonan la que se ha llamado “globalización salvaje” y que es la que tiene interés para este trabajo, a saber: la creciente preocupación por reconocer las libertades de profesión y de comercio, y las de libre circulación de personas y capitales, genera una verdadera intensificación del comercio y del libre cambio, que provocan una interdependencia económica entre Estados cada vez mayor, que se acentúa ante el aumento del volumen y la variedad de las transacciones internacionales de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capital.

Si son factores de carácter comercial los que dan lugar a esta interdependencia, el agente natural que los lleva a cabo, desde el punto de vista jurídico, es el comerciante, y ante el volumen y complejidad de las transacciones, no cualquier comerciante, la conclusión es lógica y obvia: las sociedades mercantiles y concretamente las que implican una limitación a la responsabilidad, son las avocadas para intervenir en el tráfico comercial de estas características,⁶ con lo que sur-

⁵ Cfr. AYUSO, Miguel, *¿Ocaso o Eclipse del Estado?*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁶ “...Las empresas ya no considerarían a sus mercados nacionales como los espacios más relevantes e importantes

gen las sociedades transnacionales que controlan recursos y deciden estrategias productivas y comerciales por encima de fronteras políticas.

A esta realidad se agrega como catalizador el desarrollo tecnológico, que permite además de optimizar y acelerar la producción, al través de Internet por ejemplo, la instantaneidad en la transmisión de la información, que supone la creación de un universo simbólico y tan plural que tiene por efecto el relativismo cultural,⁷ pretexto perfecto para la nueva generación de sociedades transnacionales a fin de no tener mas propósito que el económico lejos de preocupaciones morales o filosóficas.

1.3. SOCIEDAD TRANSNACIONAL ESTADO Y SOBERANÍA

La sociedad transnacional es un agente económico con un poder tal, que puede negociar condiciones con Estados para invertir en su te-

para el proceso de acumulación de capital, pues estos habrían sido sustituidos por un espacio superior: el mercado mundial, el globo terráqueo...". COMPODONICO, Humberto, *El proceso de la globalización* en Deuda Externa y alternativas. Convergencia de Organismos Civiles por la Democracia, Mexico.

⁷ "...Si todo es relativo, todo vale" lo que dota de la justificación ideal para la sociedad transnacional en su comportamiento como agente fundamental del nuevo mundo globalizado, evadiendo límites axiológicos o éticos. GONZALEZ RADIO, Vicente, *Justicia y Globalización*, Instituto Nacional de Administración, Madrid, 2000.

Nos hemos referido a estas entidades económicas precisamente como sociedades transnacionales, ello a fin de dejar de manifiesto su género próximo: sociedades, en la inteligencia que estas lo serán de naturaleza mercantil y preferentemente aquellas con límite en su responsabilidad (Sociedades Anónimas o de Responsabilidad Limitada según el Derecho Positivo Mexicano) y teniendo por diferencia específica el carácter transnacional que explicaremos mas adelante, y son corporaciones que operan bajo esquemas de organización que implican una virtual eliminación de fronteras e identidades nacionales, contribuyente a la integración económica del mundo al través de la interdependencia económica; tradicionalmente al carácter transnacional se le identifica con el hecho que la sociedad esté registrada y operando en mas de un país a la vez, y desde la perspectiva económica permite la aplicación de economías de escala tanto verticales como horizontales y una reducción significativa de costos. Las empresas tienden a ser cada vez mas globales, a fin de ser competitivas deben estar presentes en el mayor número de países, existe por tanto una elevada y creciente correlación entre el tamaño del mercado y el de las empresas, solo las empresas que cruzan las fronte-

el poder fáctico por excelencia del siglo XXI. Hay un desplazamiento de poder desde los gobiernos a los mercados: a la globalización le corresponde un desplazamiento de poder...". GONZÁLEZ DE LA VEGA, René, *Justicia e Ideología*, UNAM, México, 2005.

ras e intentan servir en el mercado mundial son las que prosperan.

Ciertamente no podemos desnaturalizar el carácter de las empresas, su objetivo es la obtención de beneficios económicos, sin embargo en el proceso que hemos llamado globalización, el crecimiento desmedido de las sociedades pareciera poner en tela de juicio su bondad.¹¹ Desde luego el ánimo de lucro es parte de la naturaleza misma de la sociedad mercantil, no la podríamos concebir sin él, sin embargo esa legítima búsqueda de beneficios económicos no siempre ha traído consigo beneficios para el mayor número de personas. Encontrar en este aspecto el justo medio que permita a las sociedades transnacionales ser instrumento y agente de progreso, al mismo tiempo que vehículo para obtener riqueza sería tanto como estar capacitado para contestar la pregunta: ¿Qué cantidad de riqueza es suficiente? Imposible desde luego, aunque visto de otra forma aún los detractores del proceso de globalización habrán de ser cautos, como parece advertir el papa Juan Pablo II,¹² el aislamiento no es el

¹¹ “...Aunque resulte un enunciado obvio, debe recordarse que el cumplimiento de los fines empresariales no es en sí un fenómeno reprobable, bien por el contrario, el afán de lucro inherente a la gestión empresarial ha sido causa de frecuentes progresos y consiguientemente de mejora en la condición humana...”. GARCE GARCÍA, Álvaro, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

¹² El papa Juan Pablo II a 100 años de la primera Encíclica que toca el aspecto social (*Rerum Novarum*), el 1 de mayo de 1991, anticipa el proceso globalizador al señalar

camino ni para los países y mucho menos para los individuos, esto aunado a que la vorágine del proceso que nos ocupa haría hoy prácticamente imposible que un Estado se aislase completamente de lo que ocurre fuera de sus fronteras, de nuevo pareciera que el mundo se nos ha achicado... Y una vez más el justo medio, difícil de alcanzar y que permitiría afirmar que en esta época, la naturaleza humana se vincula a la condición de consumidor, y las leyes del mercado se erigen como ley natural. Mientras que las sociedades transnacionales se convierten en los agentes más dinámicos de los procesos productivos, que controlan recursos y deciden estrategias productivas y comerciales por encima de fronteras políticas,¹³ con estrategias mundializadas y actividades integradas a escala planetaria, actores en un sistema económico mundial altamente desregulado y de competencia global.

De las formas como puede operar la sociedad transnacional encontramos siguiendo a Carbone las siguientes: a. “*lean production*” que implica concentración de la producción directa de las

“...En años recientes se ha afirmado que el desarrollo de los países más pobres dependía del aislamiento del mercado mundial, así como de su confianza exclusiva en las propias fuerzas. La historia reciente ha puesto de manifiesto que los países que se han marginado han experimentado un estancamiento y retroceso; en cambio, han experimentado un desarrollo los países que han logrado introducirse en la interrelación general de las actividades económicas a nivel internacional...”. JUAN PABLO II, *Encíclica Centesimus Annus*.

¹³ GARCE GARCÍA, Álvaro, *op. cit.*

ventajas competitivas de la empresa y a la vez la desincorporación de sus sectores menos rentables. *b.* “empresa red” que constituye una alianza estratégica propiamente dicha y se encuentra mas vinculada a la producción y al uso de tecnología de punta. *c.* “integración compleja” dependiendo del nivel de integración internacional (matriz-filiales). Estas formas de operación junto con las alianzas estratégicas, las fusiones y las adquisiciones societarias constituyen hoy por hoy las transacciones comerciales de mas alto crecimiento y mas aún la mayoría de dichas fusiones y adquisiciones se hacen entre empresas de países desarrollados que son las que realmente compiten por el mercado global. Son pues las fusiones y adquisiciones transfronterizas, instrumentos adecuados de inversión extranjera directa para conseguir mayores economías de escala, mayores cuotas de mercado y para desarrollar redes globales.

Siguiendo estas ideas y para darnos una idea del volumen de recursos involucrados en las operaciones a que nos referimos citemos un estudio del año 96 que arrojó: que de las 60 mayores “unidades económicas” del mundo, 40 eran países y 20 eran sociedades transnacionales, con el creciente número de fusiones y adquisiciones de la última década esta cifra hoy podría ser pareja.¹⁴

¹⁴ DEHESA, Guillermo de la, *Comprender la Globalización*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

¿Y la ley? Este aspecto se puede apreciar desde dos ópticas, en primer término ubiquemos el supuesto de la sociedad transnacional interesada por invertir en un país dado; imaginemos al país deseoso de recibir fuertes flujos de inversión extranjera directa a fin de alentar su economía pero con un sistema jurídico anquilosado y re-nuente a recibir la inversión extranjera; es evidente que de no modificarse la ley a fin de permitir y alentar la inversión de la sociedad interesada, esta simplemente buscaría otro lugar para invertir. Es innegable la capacidad de la nueva generación de sociedades transnacionales para influir en los gobiernos modernos a fin de que las normas que le sean aplicables lo sean en función de sus propios intereses. Ahora bien el otro supuesto que es preciso considerar es el siguiente: en el mercado global solo subsisten las empresas mas aptas, las que logren competir con mayor eficacia y eficiencia; existiría la posibilidad lógica que valiéndose de las herramientas a que nos hemos referido (fusiones y adquisiciones) elimine a todos sus rivales, constituyendo un verdadero monopolio global, caso en el cual los Estados nacionales y los organismos internacionales habrían de conservar el poder suficiente a fin de evitarlo, so pena de desvirtuar por completo el mercado global en el que se desarrolla nuestro caso hipotético.

Es pues la intervención del Estado y su Soberanía punto de obligada referencia en el análisis que llevamos al cabo y que es objeto de estudio a continuación; el Derecho no puede, no debe abs-

traerse del proceso de globalización; mas allá de consideraciones axiológicas o éticas, debe regular el fenómeno, por desgracia o por fortuna, el sentido de la regulación dependerá de la fuerza de los agentes que en su creación intervienen, lo que no es materia de este estudio.

El proceso de globalización necesariamente tiende a redefinir el carácter del Estado Nación tanto en su concepción interna como en su apreciación internacional, haciéndose preciso replantear sus capacidades y poderes por una parte, y sus funciones y tareas de otra, lo que trae como consecuencia lógica el rehacer la forma como se entiende el concepto soberanía, que desde luego nunca fue total y absoluta para el estado moderno, entendiéndose mas bien como una autoridad formal que impone limitaciones efectivas y que hoy se atempera ante la convergencia de relaciones de desigualdad: las potencias internacionales y los Grandes Grupos Empresariales actúan como centros de poder externos que contienen la soberanía del Estado contemporáneo. Hay quien ve en este fenómeno la obsolescencia del Estado en el mundo de Internet, cuando en puridad es partícipe junto con las corporaciones, organismos internacionales y Estados nación mas potentes, en una nueva forma de ejercer el poder, que trae consigo la redefinición de su soberanía so pena de abstraerse del mercado mundial.¹⁵

Sin embargo, no podemos sino reconocer que

¹⁵ Cfr. KAPLAN, Marcos, *op. cit.*

el proceso que llamamos globalización se realiza bajo el control de un oligopolio (las naciones más poderosas y las grandes sociedades transnacionales) que impone un mercado de distribución desigual del comercio a su entera conveniencia, o según ellos según las necesidades del propio mercado.

Paradójicamente los fenómenos de regionalización cuyo ejemplo mas eficiente es el de la Unión Europea se presentan al mismo tiempo como freno de la globalización que como escalón hacia su consecución; en efecto lo mismo constituye una entidad que interviene activa y eficazmente en el mercado global por el poder que representa, que protege a sus miembros de los azares del mismo mercado, siendo además mecanismo adecuado que otras regiones pueden adoptar. Es evidente que ante el poder de los participantes es imposible controlar el proceso de globalización y mucho menos imponerle límites políticos o jurídicos desde el interior del Estado. Por otro lado la globalización permite la continuidad y fortalecimiento del Estado al través del perfeccionamiento de su papel en el proceso, siempre que esté dispuesto a interactuar con los demás agentes involucrados y estar a las resultas del juego, debiendo adecuar su estructura jurídica interna para lograrlo.

¿Y los Derechos Humanos? Es evidente que ante esta forma de apreciar nuestra realidad, los únicos valores de importancia son los económicos y será misión del Estado decidir su papel dentro del mercado, cuando éste vulnere los De-

rechos fundamentales no solo de sus nacionales sino de cualquier grupo; en el orden Europeo es de resaltar la primacía ética de los Derechos Humanos como clave de interpretación y de legitimación del orden jurídico, lo que constituye una verdadera aproximación de sistemas jurídicos nacionales al aplicar los mismos principios.

Si es dable hablar de una crisis del concepto soberanía que ocurre en el ámbito normativo; qué hacer ante la hostilidad de los grandes agentes económicos ante un ordenamiento jurídico interno; es evidente que si el Estado desea recibir la inversión de esos grupos, el sistema normativo interno tendrá que ser acorde a sus intereses, situación esta que cada vez es mas rara en virtud de haberse incorporado a los diversos Sistemas Jurídicos, contenidos normativos y estándares externos verdaderamente impuestos a los Estados, tal como ocurre con el llamado Derecho Supranacional de carácter Comercial que no es sino una limitación al poder normativo estatal que afecta la jerarquía normativa creando nuevas técnicas y espacios jurídicos. El nuevo orden global implica pues la heterolimitación de la capacidad normativa de los Estados por factores extraños a él, esta especie de Derecho Mundial supera el ámbito espacial de validez de cada estado en particular para facilitar los intercambios comerciales y financieros globales y las medidas que los hacen posibles.¹⁶

¹⁶ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo*

La regulación de los mercados escapa de la regulación estatal y se desplaza hacia ámbitos privados surgiendo así una especie de “constitucionalismo mercantil global” cuya esencia es principalmente desreguladora lo que significa también la redefinición del constitucionalismo tradicional, integrándose ahora por un conjunto de materiales normativos flexibles, versátiles y dúctiles que permiten la adaptación a circunstancias cambiantes, la Constitución debe ser puerto de destino no de partida, debe ser la expresión del grado de desarrollo cultural del Estado a fin de permitirle participar al través del Derecho Internacional en el nuevo orden global, esta transformación del Estado debe ser la respuesta que el constitucionalismo proporciona ante los apremios de un mundo interdependiente y en continua mutación, siempre que paralelamente constituya vehículo eficaz de la defensa de los derechos humanos de sus nacionales y grupos vulnerables en su territorio o área de influencia.¹⁷

En el estadio actual se ha substituido la rigidez del Derecho por la flexibilidad; y la estabilidad por la adaptabilidad; se aplican técnicas más suaves para dirigir las conductas al través de directrices y recomendaciones, buscando más

y *Globalización*, Thomson-Aranzadi, Universidad de Navarra, pp. 231 y ss.

¹⁷ DE JULIOS, Alonso, *La globalización ilustrada: Ciudadanía, Derechos Humanos y Constitucionalismo*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 127-167.

la adhesión que la imposición, presenciamos el surgimiento del “*soft law*” o derecho no prescrito, de origen consensuado o contractual no deriva del poder o soberanía estatales, se acerca a la tradición jurídica anglosajona, no tiene un sentido único y se vale de una multitud de instrumentos de regulación. Algunos ven en este fenómeno el riesgo de una catástrofe normativa cuando quizá sea el proceso necesario de transformación de las disciplinas normativas frente a un nuevo orden mundial; ciertamente esta visión rompe con el modelo tradicional de pensamiento jurídico pero es la única forma de justificar la unificación que se deriva de la pertenencia al nuevo orden y la armonización normativa consecuente, se configura un orden mundial superpuesto a los órdenes nacionales. Esto sin embargo no significa el trasplantar instituciones o sistemas jurídicos de otros países, la unificación no significa unanismo, habrán de ser atemperadas y adaptadas al entorno particular de cada Estado en respeto a los principios rectores fijados por los entes involucrados. La vorágine del nuevo orden global nos obliga a replantear nuestras estructuras jurídicas, negarlo es tanto como negar el paso del tiempo y la evolución de las instituciones, el jurista del nuevo orden debe manejarse con soltura en mas de un sistema jurídico. El Estado le es necesario a los intereses económicos como éstos lo son para aquél, existiendo una verdadera simbiosis entre ellos, dependerá si se toma una posición realista o una utópica la forma de describir la relación existente, el hecho innega-

ble es la modificación de la entidad estatal no su destrucción.

2. NOCIÓN

2.1. DEFINICIÓN

Desde autores que creen en la indefinición del término hasta otros que proponen una especie de concepto difuso, hoy todos al menos intuimos lo que es la globalización, nuestro propósito en este apartado será ofrecer algunos conceptos del proceso de globalización a fin de poder elaborar la nuestra e identificar sus elementos.

“...Con el término globalización se suele designar el acelerado proceso de integración de los mercados nacionales en un gran mercado mundial. El aspecto mas visible es pues, la imposición de las leyes del mercado mundial por encima del manejo nacional (política económica) de las Economías...”¹⁸

“...Globalización. Se entiende por este concepto el llevar a un plano global (*sic*) (mundial) todos o casi todos los aspectos de la actividad humana; el vertiginoso proceso de desarrollo de la tecnología y sistemas de comunicación avanzados tales como el Internet... han hecho desaparecer las fronteras, si no en el aspecto meramente territorial, cuando menos en el conceptual...”¹⁹

¹⁸ GARCE Y GARCÍA, Álvaro, *op. cit.*

¹⁹ SERRATO, Josete, *Bienvenidos al siglo XXI, Reflexiones sobre la globalización, las leyes de los Estados y los Contratos Internacionales*, en Revista de Investigaciones Jurídicas

“Globalización son los procesos en virtud de los cuales los Estados Nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones identidades y entramados varios...”²⁰

“La Globalización es un proceso dinámico de creciente libertad e integración mundial de los mercados de trabajo, bienes, servicios, tecnología y capital...”²¹

“...El Fondo Monetario Internacional ha definido la globalización como —el proceso de acelerada integración mundial de las economías a través de la producción, el comercio, los flujos financieros, la difusión tecnológica, las redes de información y las corrientes culturales—...”²²

“...Procesos e influencias mutuas de fuerzas sociopolíticas, económicas y culturales que contribuyen a la conformación del mundo como una unidad compartida donde sucesos que en el pasado se desarrollaban supuestamente en forma independiente se tornan interdependientes en forma progresiva...”²³

de la Escuela Libre de Derecho, México, 1999, No. 23, Año 23, V. 23, pp. 693-697.

²⁰ BECK, Ulrich, *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

²¹ DEHESA, Guillermo de la, *op. cit.*

²² ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *op. cit.*

²³ GHERSI, Carlos A., *Derecho Privado Económico*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.

Podemos, de las definiciones ofrecidas extraer los siguientes elementos:

La globalización es un proceso: una dinámica de interacción. El proceso aludido tiene por propósito generar una integración, una verdadera interdependencia, esta se da entre entidades internacionales, encontrando su origen en factores de carácter económico (la producción, el comercio y los flujos financieros) y tecnológico (el surgimiento de Internet y todos los mecanismos que permiten una instantaneidad en la transmisión de información por un lado y todos aquellos que aceleran e incrementan la producción por otro) y tiene por consecuencia la interacción plural en los ámbitos Económico, Tecnológico, Cultural y de Regulación interna, de gobierno y política de los partícipes.

Por lo que podemos decir que la globalización es un proceso de integración entre entidades internacionales, generado por causas de carácter económico y tecnológico que tiene como efecto la interacción plural en la economía, tecnología, cultura y normativa de los partícipes. Se genera un nuevo orden en el que el escenario es el mundo entero y los actores son los Estados, la nueva generación de Empresas Transnacionales y los Organismos Internacionales creados ex profeso por los anteriores para controlar los efectos del propio proceso. Es evidente que nos ceñiremos en este estudio exclusivamente a los efectos normativos de la globalización, siendo necesario sin embargo referirnos al proceso que le da origen y

que hemos tratado de describir acotándolo con la definición ofrecida.

2.2. ¿HACIA UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

El fenómeno que hemos tratado de describir es metajurídico, sin embargo sería ilusorio pensar que no tenga profundas repercusiones en el mundo normativo estatal. ¿Cómo juzgar las normas jurídicas internas a la luz del proceso de globalización si a su vera la persona no es sino un mero consumidor? ¿El Derecho se ha convertido en un mero instrumento de los mercados? Si el Derecho emana del poder, ¿hoy su génesis depende de los Grandes Grupos Empresariales? Procuraremos acercarnos conceptualmente para contestar estas preguntas a lo que se conoce como el Análisis Económico del Derecho. Pero antes reflexionemos en torno a la realidad normativa actual en el ámbito mexicano: todas las leyes que regulan el ámbito corporativo, de inversión extranjera, de monopolios, financieras y bursátiles coincidentalmente son nuevas (no mas de 6 años) o fueron objeto de profundas reformas en un plazo muy breve, y constituyen una nueva forma de aproximarse al fenómeno jurídico que lejos de reconocer y regular conductas parece que tienen por propósito delinear o prever situaciones económicas dadas. ¿Es esto producto de una evolución normal? y siendo objeto de regulación el aspecto jurídico de fenómenos económicos, son necesarios los cambios para estar

acordé a los tiempos de la globalización o es verdaderamente una nueva forma de entender y crear el Derecho, es esta inquietud la que nos hace procurar tratar aunque sea someramente esta nueva manera de conceptualizar la norma jurídica.

Surge esta escuela de pensamiento en las Universidades de Yale y Chicago en los Estados Unidos, apoyando las tesis del predominio del mercado y el rechazo del intervencionismo estatal, tratando de superar la valoración jurídico-formal del Derecho para justificar las instituciones jurídicas por sus efectos o por su utilidad; parten de la base que el Derecho tiene un valor económico que puede ser analizado en cuanto instrumento regulador de conductas individuales; pretenden aplicar las reglas económicas a las normas jurídicas; extendiendo su aplicación no solo a actividades económicas sino al ámbito social y a los poderes públicos. No se fundamentan pues, en el marco normativo sino en la eficiencia económica de las normas a fin de evitar gasto innecesario de recursos escasos. Para efectos de este estudio trataremos de exponer algunas ideas a partir de dos postulados defendidos por ella, los llamados Teoremas Normativos de Coase por un lado y de Hobbes por otro; que parten de la idea de medir la eficiencia del mercado por el bienestar que proporcionan los bienes sin costos de transacción ineficientes.

“El Derecho debe estructurarse de modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados”.

“El Derecho debe estructurarse de modo que se reduzca al mínimo el daño causado por las fallas de los acuerdos privados de modo que se eviten las externalidades reales que son causa de las ineficiencias del equilibrio del mercado”.

El Derecho no se mide, es una disciplina normativa, y a nuestro parecer la economía no; si lo fuera, con el hecho de actualizar la hipótesis normativa produciríamos las consecuencias deseadas y las contingencias económicas se reducirían a nada; a nuestro parecer no es lo mismo Derecho Económico como conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad económica, que Análisis Económico del Derecho entendido como se ha expuesto en párrafos precedentes que de Derecho solo tiene el nombre o el objeto de estudio, sin que sea dable analizar una disciplina normativa a la luz de una argumentación NO normativa.

Pareciera que el Derecho no tiene una entidad propia sino en función de “los acuerdos privados” o de el “equilibrio del mercado”. No contemplan un análisis material de contenido axiológico o ético, vinculado a la conducta humana que dote de entidad al Derecho. No incluyen un análisis formal de las normas; solo se persigue una consecuencia que es el equilibrio del mercado o la reducción de costos. Tan solo se pretende explicar o predecir la conducta inducida por las normas jurídicas en cuanto a sus efectos económicos o quizá analizar las estructuras jurídicas, reconstruyendo su argumentación y substituyéndola por una de carácter económico. Al parecer esta

corriente pretende enunciar los derechos como mercancías y no como auténticos derechos.

En ocasiones la doctrina nace para justificar una situación y al parecer el Análisis Económico del Derecho pretende respaldar la intervención de los Grandes Grupos Empresariales o las potencias económicas en la génesis del Derecho interno de otros países a fin de justificar esta especie de megapoder fáctico que impone sobre los Estados condiciones que éstos se ven obligados a reflejar en sus ordenamientos jurídicos internos a fin de crear el ambiente propicio para la inversión de las sociedades transnacionales; todos los poderes compiten, resultando triunfador el mayor, aun a expensas que se trate de un ente privado, convirtiendo el universo jurídico en parte del nuevo mercado global.²⁴

¿Será que el Derecho en la modernidad tan solo emplea reglas generales que permiten definir las decisiones de las instituciones para la

²⁴ Como comentamos al iniciar este inciso del trabajo las leyes más recientes parecen estar llamadas a sentar las bases de esta "...suerte de constitucionalismo mercantil global no dirigido a controlar los poderes sino a liberarlos, elevando a una serie de intereses corporativos a *grund norm* del ordenamiento internacional degradando el Derecho oficial, que debe coexistir con un Derecho no oficial dictado por múltiples legisladores fácticos. Estos merced a su poder económico acaban transformando lo fáctico en norma... La globalización, en consecuencia se convierte en la cobertura de un nuevo Derecho Económico Internacional. DE CABO, Antonio y otros, *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Universidad de Alicante, 2000.

operación de una economía de mercado, donde los agentes requieren certidumbre en la toma de decisiones futuras; ello ante la incapacidad para responder a las demandas cada vez mayores producto de la racionalización y un desencantamiento consecuencia de las limitaciones propias de la formalización? Los individuos y grupos conciben el Derecho como un instrumento para alcanzar objetivos determinados y lo consideran correcto sin importar que prácticamente cada aspecto de la vida social tenga su regulación jurídica.²⁵

²⁵ LÓPEZ AYLLON, Sergio, *Las transformaciones del Sistema Jurídico y los significados sociales del Derecho en México*, UNAM, México, 1997.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUSIONES TRANSFRONTERIZAS

1. RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

1.1. LA DOCTRINA

Recapitulemos algunas de las ideas hasta aquí expuestas, que sin duda nos serán de extrema utilidad para exponer coherentemente los tópicos que trataremos en este punto de nuestra exposición.

En primer lugar traigamos a colación lo expuesto en el primer capítulo de este trabajo: en el nuevo orden global es el aspecto económico el que constituye la guía de la gran mayoría, sino es que de todas las decisiones con repercusión en el orbe comercial, desde qué producir, dónde hacerlo y para quién hacerlo; hasta la determinación del precio final de venta del producto, o de quienes son competidores y quienes aliados.

Los sujetos que participan en el nuevo mercado global, conservan desde el punto de vista jurídico su carácter de comerciantes, y por la complejidad de la función que pretenden desarrollar y sobre todo quizá por la protección a sus partici-

pes, no cualquier comerciante sino uno que permita la combinación de esfuerzos y recursos para lograr una finalidad común pero que al mismo tiempo permita limitar la responsabilidad de sus miembros. Evidentemente un ente societario de naturaleza mercantil con límite en su responsabilidad, que en términos del Derecho Positivo Mexicano encontramos en las Sociedades de Responsabilidad Limitada y en las Sociedades Anónimas; en el Derecho Norteamericano las llamadas “LLC” y “Limited”.

Ahora bien, las sociedades a que nos referimos dejan de tener una vinculación, mas allá de la simplemente formal con el lugar en el que se constituyen o tienen el asiento de su administración, y las fronteras entre estados les dejan de ser aplicables bajo las tendencias del nuevo mercado global, convirtiéndose así en transnacionales: producirán donde los costos les sean mas favorables, se establecerán donde obtengan mayores ventajas y venderán en todo lugar.

Sin embargo, en aquellos lugares donde les sea aplicable la ley local habrán de valerse de los instrumentos que ésta les facilite a fin de lograr sus finalidades, y si entre estas están las de incorporar o absorber a otros entes societarios que participen en sus áreas de interés, lo llevarán al cabo. Es decir: la totalidad del ordenamiento corporativo y mercantil le será aplicable, tanto en su regulación interior como en cuanto a los vehículos de participación en el entorno jurídico, entre ellos la fusión, misma que se encuentra diseñada

da, por lo menos de origen a fin de regular la que se da entre sociedades a las que le sea aplicable la misma ley.

De no serles aplicable la misma ley, estaremos en presencia de un fenómeno distinto, la fusión transfronteriza o transnacional, que en el estadio actual merece ser regulada como ocurre en el ámbito europeo, al que nos referiremos en el último punto de este capítulo; y al menos en proyecto en el espacio del Mercado Común Sudamericano.

La forma como la ley interna regula a las sociedades extranjeras constituye también el sustrato de este capítulo; en efecto, si bien la añeja discusión en torno a que la nacionalidad es un atributo exclusivo de las personas físicas ha sido superada, es innegable que la propia legislación interna será la avocada a señalar la ley que será aplicable a estos entes societarios, a los que por otro lado siempre les reconoce personalidad jurídica.

Motivo por el cual será necesario describir meridianamente las formas como las sociedades extranjeras intervienen en el universo jurídico interno a fin de estar en posibilidad de determinar el régimen jurídico que les será aplicable, sobre todo en materia de fusión, toda vez que no es lo mismo que la sociedad extranjera participe con inversión directa en una sociedad nacional ya existente o que se cree *ex professo* y se pretenda fusionar con otra sociedad nacional en cuyo caso será aplicable el régimen ordinario de la fusión; que la sociedad extranjera como tal,

pretenda fusionarse con una sociedad nacional y estemos en presencia de una verdadera fusión transfronteriza.

Continuemos pues nuestra exposición con la forma como la doctrina da tratamiento a la personalidad jurídica de las personas morales extranjeras, afirmando que en este ámbito el concepto nacionalidad no tiene una connotación sociológica, y tiene por propósito exclusivamente dejar de manifiesto la ley que será aplicable al ente societario en cuestión.

Diversos criterios doctrinales han sido usados para determinar de esta forma la nacionalidad de una sociedad, desde algunos de carácter eminentemente formal, y en los que en rigor podría no existir vinculación real alguna al estado del que se pretende ser nacional como las que señalan como elementos determinantes: la legislación conforme a la que se constituye la sociedad; el lugar de constitución; la nacionalidad de los socios; el lugar en que se integra el capital social; el lugar de la principal explotación social o incluso el domicilio social.²⁶

A la luz del fenómeno globalización estos criterios resultan francamente insuficientes y quizá generarían muchos mayores cuestionamientos que el determinar otros de carácter objetivo; en efecto, hoy el lugar de constitución o el domicilio social pueden ser meros accidentes en el negocio

²⁶ Ver en este aspecto el desarrollo que hace HELGHERA, Enrique, en *La Nacionalidad de las sociedades Mercantiles*, México, 1956.

jurídico aunque nos permitirían sostener de alguna forma algún tipo de claridad al momento de pretender atribuir nacionalidad en el mundo societario moderno; la nacionalidad de los socios o el lugar en que se integra el capital social, por otro lado no permitirían en nuestros días un criterio de determinación de nacionalidad, simplemente preguntémonos si sabemos la nacionalidad de los socios de los grandes grupos empresariales a los que nos referimos en el primer capítulo de este trabajo; desde luego el lugar de integración del capital social en el mundo del comercio electrónico y el Internet escaparía de toda consideración de atribución de nacionalidad y no se diga el lugar de la principal explotación social en un mundo en que las cadenas de producción se modifican en función de la reducción de costos.

Por su parte el Código Internacional de Derecho Privado o Código Bustamante²⁷ afirma categórico el reconocimiento y personalidad de los entes societarios extranjeros y quizá en un extremo casuismo atribuye factores de nacionalidad dependiendo del tipo social en cuestión. Así a las corporaciones y fundaciones les será aplicable el Derecho del estado que las autorice. A las Asocia-

²⁷ Nunca usado pero que constituye una buena forma de atender a las doctrinas más modernas en estos aspectos, pretendió ser norma de Derecho Uniforme en América, se concretó durante el Sexto Congreso Panamericano en Cuba en 1928 que concluye con el Tratado de la Habana. Los Estados Unidos se retiraron a media negociación y México nunca signó el Acuerdo.

ciones, la ley del país en que se constituyan. A las sociedades mercantiles que no sean Anónimas, las leyes determinadas en el contrato social y a su falta la del lugar donde resida la gerencia. Y a las Anónimas, las leyes que determine el contrato social, a su falta las del lugar de reunión de la junta de Accionistas, y a su falta las del lugar donde radique el consejo de Administración.²⁸

Como podemos apreciar a simple vista, estos criterios hoy en gran medida se encuentran rebasados por la realidad del nuevo orden global, sin embargo consideramos justo exponerlos a fin de que nos sirvan de base o cimiento doctrinal del que partir para tratar las disposiciones vigentes de Derecho Positivo Mexicano y las de *Lex Societatis* o derecho aplicable que serán abordados en los siguientes incisos de este trabajo.

1.2. LA LEY MEXICANA

Tradicionalmente la forma de abordar el tema de las sociedades extranjeras, su personalidad y su nacionalidad, es haciendo referencia a la Ley de Nacionalidad correspondiente, aún antaño quienes reñían por considerar la nacionalidad un concepto privativo de la persona física lo hacían. Hoy insistimos, se han dejado de lado connotaciones sociológicas del concepto nacionalidad y es dable usarlo también para personas jurídicas.

²⁸ www.mintra.gov.ve/legal/codigos/codigobustamante.html

Hagámoslo también nosotros: la Ley de Nacionalidad, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de enero de 1998, dispone que son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal; evidentemente y en sus términos aquellas personas morales o entes societarios que no cumplan con estos requerimientos no serán mexicanas, y al no serlo obviamente serán extranjeras, y leyes de otros estados serán las que tengan vocación para regular su funcionamiento y actividad.

La disposición aludida combina dos criterios de vinculación nacional: que la sociedad se haya constituido conforme a la legislación nacional, criterio que contempla una cuestión de carácter eminentemente formal y claramente apreciable, pero además, que tenga en México su domicilio legal; aquí será preciso hacer obligada referencia al Código Civil Federal, que regula precisamente lo que ha de entenderse por domicilio tratándose de las personas jurídicas y lo hace en estos términos: las personas morales tienen su domicilio donde se halle establecida su administración; el ordenamiento referido sin embargo solo se refiere a domicilio, no lo califica como domicilio legal. ¿Es este el domicilio a que alude la Ley de Nacionalidad? Por su lado la Ley General de Sociedades Mercantiles al regular los requisitos que habrán de constar en la escritura constitutiva de una sociedad mercantil, hace alusión simplemente al domicilio, que fijarán *ad libitum* los

otorgantes. ¿Es este el domicilio a que alude la Ley de Nacionalidad?

Como nos podemos dar cuenta, los principios doctrinales expuestos en el inciso anterior dan lugar a nuevas combinaciones, que conforman hoy la regulación interna en cuanto a nacionalidad de sociedades mercantiles.

El propio Código Civil Federal regula dentro de las personas morales reconocidas por la ley a las personas morales extranjeras de naturaleza privada, a las que por otro lado se les reconoce la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, siendo regido su funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión por el Derecho de su Constitución entendiéndose como tal el del Estado donde se cumplan los requisitos de fondo y de forma requeridos para su creación.

Como podemos apreciar nos encontramos nuevos criterios para la determinación de la ley aplicable tratándose de sociedades extranjeras, pero de igual forma nos encontramos categóricamente reconocida la posibilidad de ser centro de imputación jurídica que era nuestro objetivo en este inciso.

Por su parte el Código de Comercio reconoce el carácter de comerciante a las sociedades extranjeras o a las agencias y sucursales de éstas, que en territorio nacional ejerzan actos de comercio y la Ley General de Sociedades Mercantiles regula también a las que llama Sociedades Extranjeras, reiterando el reconocimiento expreso que la ley Mexicana les hace de su personali-

dad jurídica, siempre y cuando hayan sido legalmente constituidas.

Condicionando sin embargo el ejercicio del Comercio en territorio nacional a su inscripción en el Registro Público de Comercio, mismo que solo se efectuará previa autorización de la Secretaría de Economía que la concederá siempre que dichas sociedades estén constituidas de acuerdo a la ley de su país, que el contrato social no sea contrario a los preceptos de orden público en México y que en el país cuenten con agencia o sucursal en términos de la Ley de Inversión Extranjera; que hace estas disposiciones aplicables también a las personas morales extranjeras de naturaleza privada reguladas por el Código Civil Federal, salvo por lo que hace a la necesidad de contar con agencia o sucursal en la República, disponiendo que bastará que tengan representante domiciliado en el lugar que van a operar, autorizado para responder por las obligaciones que contraigan.

Resumiendo para efectos de este estudio: las sociedades extranjeras son las que no son mexicanas en términos de la Ley de Nacionalidad, se les reconoce la calidad de personas morales en términos del Código Civil Federal, que regula aquellas que no ejerzan el comercio en territorio nacional. Las que lo ejerzan son comerciantes en términos del Código de Comercio y se rigen por la Ley General de Sociedades Mercantiles y en ambos casos para funcionar en territorio nacional se necesitará autorización de la Secretaría de

Economía expedida en la forma y términos previstos por la Ley de Inversión Extranjera.

2. DETERMINACIÓN DEL STATUS JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y *LEX SOCIETATIS*

2.1. FORMAS DE ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN DERECHO POSITIVO MEXICANO

Es innegable, como hemos expuesto, que las sociedades extranjeras en Derecho Positivo Mexicano tienen personalidad jurídica, son centros de imputación jurídica; sin embargo podrán actuar en el universo jurídico de distintas maneras; será nuestro objetivo en este inciso describir las formas en que intervienen en el comercio estos entes societarios señalando la regulación que les es aplicable.

En efecto, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras, sería francamente ocioso si no pudiese intervenir activamente en el ámbito comercial, de no aceptarse, la personalidad jurídica tan solo sería un continente sin contenido.²⁹

²⁹ Así lo reconoce con toda lógica el Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa al afirmar refiriéndose a las sociedades extranjeras: “reconocida su personalidad jurídica en el país, a través de la ley de su constitución, no puede a continuación ser cercenada la operatividad y consecuencias que dimanen de ello... aunque luego se las someta a la ley territorial para el ejercicio de los actos del ob-

¿Cómo se manifiesta esa personalidad jurídica de las sociedades extranjeras en la realidad? De acuerdo a lo expuesto en este capítulo la primera forma que apreciamos es la prevista en la Ley General de Sociedades Mercantiles, la sociedad extranjera podrá llevar a cabo en forma habitual actos de comercio, para lo cual como hemos afirmado tendrá que inscribirse en el Registro Público de Comercio, y para lograrlo deberá obtener la autorización de la Secretaría de Economía en términos de la Ley de Inversión Extranjera, que a su vez exige que la sociedad extranjera cuente con una agencia o sucursal en territorio nacional. De cuestionable redacción parecieren sugerir las disposiciones correspondientes el siguiente razonamiento: La sociedad extranjera no puede ejercer el comercio sin inscripción; para la inscripción necesita autorización y para la autorización necesita agencia o sucursal, o lo que es lo mismo ejercer el comercio; con lo que cerraríamos un círculo vicioso que haría jurídicamente imposible la intervención de la sociedad extranjera en el ámbito comercial nacional.

Evidentemente el sentido de la norma es distinto y lo que pretende es establecer los requisitos para la obtención de la autorización, incluyendo también condicionantes para que la autorización

jeto". BENSEÑOR, Norberto, "La sociedad comercial ante el tercer milenio", VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, Ediciones UADE, 1998, p. 43.

una vez concedida, subsista; solo así se podría entender cabalmente la secuencia descrita.³⁰

Ahora bien, una segunda forma como las sociedades extranjeras pueden manifestar su personalidad jurídica en México, la constituirá la realización de un acto aislado, que puede ser de comercio o no, hipótesis que no cabe en la regulación aludida en párrafos precedentes que categóricamente se refiere al caso del ejercicio habitual del comercio. Esta forma de actuación de las sociedades extranjeras, es viable y se justifica por el reconocimiento expreso que lleva a cabo la legislación mexicana de la personalidad jurídica de estos entes societarios. En efecto, si el artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el mismo tenor del 25 del Código Civil Federal reconoce que las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República, es innegable que podrán llevar a cabo en México actos jurídicos, y solo para el caso de pretender realizar habitualmente actos de comercio requerirán seguir los procedimientos y requisitos enumerados en los párrafos precedentes. Estas consideraciones que hoy nos pa-

³⁰ Así lo sostiene el autor mexicano Roberto Mantilla refiriéndose a disposiciones hoy derogadas pero que conservan el espíritu de lo expuesto: “Los de las fracciones I y II son estrictamente requisitos para el otorgamiento de la autorización; por el contrario el requisito de la fracción III... deben entenderse como requisitos para la subsistencia de la autorización...”. MANTILLA MOLINA, Roberto, *Derecho Mercantil*, Porrúa, México, p. 467.

recerían totalmente obvias, no lo eran tanto al entrar en vigor la Ley General de Sociedades Mercantiles, a grado tal que su exposición de motivos criticando las imperfecciones del Código de Comercio y las diversas opiniones jurisprudenciales categórica distingue ambas hipótesis, dejando salvo desde luego el derecho de la sociedad extranjera de emprender la defensa de sus intereses por actos jurídicos (aislados y que no constituyan ejercicio habitual del comercio), válidamente efectuados dentro o fuera del territorio nacional.³¹

El Código de Comercio por su parte establece como ya hemos expuesto en su título primero “De los Comerciantes” que los extranjeros son libres para ejercer el comercio y se sujetarán para ello a las Leyes Mercantiles de la República y que

³¹ La Ley General de Sociedades Mercantiles entra en vigor el 4 de agosto de 1934 (fecha de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*) y además de derogar el Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889 (sociedades mercantiles), al igual que todas aquellas disposiciones que se le opongan contempla en su exposición de motivos “...El problema de las sociedades extranjeras... es resuelto por la ley de distinta manera según se trate de una sociedad que pretenda establecer en la República alguna agencia o sucursal o de otra que solamente deba emprender la defensa ante las autoridades mexicanas de derechos nacidos por actos jurídicos válidamente efectuados dentro o fuera del territorio nacional, siempre que en este último supuesto no impliquen ejercicio del comercio...”. *Ley General de Sociedades Mercantiles. Exposición de Motivos*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de agosto de 1934.

las sociedades extranjeras que ejerzan actos de comercio al través de alguna agencia o sucursal son comerciantes sujetos a las regulaciones que establecía el propio Código y que hoy son substituidas por las correspondientes de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Reiteramos, las sociedades extranjeras tienen personalidad jurídica y pueden dentro del territorio de la República celebrar actos jurídicos sin que constituyan ejercicio habitual del comercio.

Finalmente y a pesar que en rigor cualquier acto que celebre una sociedad extranjera que no sea el ejercicio habitual del comercio cabría en la última categoría aludida, describiremos una hipótesis especial que tiene relevancia para ubicar el fenómeno de la fusión transfronteriza que como hemos afirmado se presenta cuando alguna de las sociedades que interviene en el negocio jurídico tiene su domicilio en un Estado diferente. Este caso es el de la participación de la sociedad extranjera en una sociedad nacional, es decir el fenómeno de la inversión de la sociedad extranjera en el capital de una sociedad mexicana.

Evidentemente, quien actuará en el mercado mexicano será la sociedad mexicana, la sociedad extranjera participará en su capital social, limitando su actuación a la adquisición de acciones o partes sociales de la sociedad mexicana; quien tendrá vocación para participar en una fusión será justamente la sociedad mexicana, por lo que

en este caso no podría presentarse el concepto fusión transfronteriza.

Este caso se presentará en aquellos Estados que permitan la inversión extranjera en sus sociedades nacionales; en Argentina por ejemplo a partir de la sanción de la Ley de Sociedades se prevé la participación de sociedades extranjeras en sociedades locales como agregado a las hipótesis que contenía su Código de Comercio, y que coinciden con las dos antes expuestas.³²

En México tanto este último caso expuesto como los dos anteriores tienen límites tanto cuantitativos como cualitativos, a pesar que el artículo 4 de la Ley de Inversión Extranjera publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de diciembre de 1993 determina como regla general que la inversión extranjera puede participar en cualquier proporción de capital social en sociedades mexicanas, adquirir activos o ingresar a nuevos campos de la actividad económica, el mismo alude a las limitaciones establecidas en la propia ley; y así el artículo 5 determina desarrollando el artículo 27 Constitucional, las actividades Reservadas al Estado y el artículo 6 las actividades reservadas a mexicanos o sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, lo que

³² Así lo comenta ERIZE, Luis Alberto, *Las Sociedades Extranjeras puestas en Discusión y sometidas a continua revisión: Nuevos Requisitos para el ejercicio de los Derechos de los Inversores* en <http://www.abeledogottheil.com.ar/publicaciones/proteccInvers2.pdf>

a nuestro parecer constituye los límites cualitativos a los que nos hemos referido.³³

Por su parte es el artículo 7 el que desarrolla límites cuantitativos a la inversión extranjera en sociedades mexicanas, es decir para los casos dos y tres a los que nos hemos referido en este inciso de nuestro estudio, en esta disposición se determina que esta inversión no podrá ser mayor al 10% tratándose de inversión en Sociedades Cooperativas de Producción; al 25% en el caso de sociedades dedicadas a Transporte aéreo nacional, de aerotaxi o especializada; y hasta el 49 % en sociedades dedicadas a seguros, fianzas, casas de cambio, almacén general de depósito, pensiones para retiro (AFORE), explosivos, periódicos de circulación nacional, sociedades agrícolas, ganaderas o forestales (acciones Serie "T"), administración portuaria integral, servicios portuarios de pilotaje, sociedades navieras (salvo las

³³ Las actividades reservadas al Estado en términos de la disposición aludida se pueden reducir al Petróleo e Hidrocarburos, Petroquímica Básica, Electricidad, Energía Nuclear, Minerales Radioactivos, Telégrafo y Radiotelegrafía, correo, Emisión de billetes y acuñación de moneda y el Control de Puertos, Aeropuertos y Helipuertos. Es decir: Energía, Comunicaciones y Transportes y Dinero. Y por su parte las actividades reservadas a mexicanos o Sociedades Mexicanas con cláusula de Exclusión de extranjeros son Transporte Terrestre Nacional salvo mensajería y paquetería, Comercio al por menor de gasolina y gas licuado, Radiodifusión, radio y televisión salvo por cable, Uniones de Crédito, Banca de Desarrollo y algunos Servicios Profesionales. *Cfr. Ley de Inversión Extranjera* en www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm

dedicadas al turismo y la construcción), suministro de combustible a embarcaciones, aeronaves o trenes y aquellas concesionarias en materia de Telecomunicaciones.

En este orden de ideas y a fin de ubicar en su justa dimensión el fenómeno de la fusión transfronteriza que trataremos en el último inciso de este trabajo es preciso mantener claras las formas en que intervienen las sociedades extranjeras en el ámbito nacional a fin de distinguir los casos en que verdaderamente se puede hablar de fusión transfronteriza.

2.2. *LEX SOCIETATIS*

Como nos podemos dar cuenta por lo hasta aquí expuesto en este capítulo, la nueva forma de ejercer el comercio a nivel extraestatal, ha involucrado la creciente intervención de sociedades no nacionales en mercados domésticos. Es decir, el nuevo orden global ha generado el desarrollo de sociedades extranjeras, y con esto no queremos decir que antes esto no se diera, sin embargo era un fenómeno aislado y en términos cuantitativos insignificante en términos de inversión extranjera. ¿Qué ley será aplicable tanto a la constitución y relaciones internas de este tipo de sociedades como a las operaciones externas que celebre? Esta es precisamente la connotación del término *lex societatis* que procederemos a explicar: hemos afirmado en incisos anteriores, al referirnos a las sociedades nacionales y extranjeras la existencia de diversos sistemas normativos

que regulan la ley aplicable a éstas y que bien podemos agrupar en dos grandes vertientes, aquella que hace aplicable a este tipo social la ley conforme a la cual se haya constituido la sociedad en cuestión, conocida como de constitución o de incorporación; y la que considera como criterio determinante para fijar la ley aplicable el del lugar donde la sociedad extranjera tiene establecida su administración real o aquella del centro principal de sus actividades, posición esta conocida como de sede real.

El primer sistema enunciado pretende atribuir vocación de regulación a la ley del Estado conforme a cuyo derecho se ha constituido la sociedad, que es preciso distinguir de la ley aplicable del lugar donde se ha celebrado el contrato social. No se trata de un criterio meramente formal sino que gravita sobre la voluntad de las partes involucradas en el negocio social que serán quienes al momento de constituirse determinen la ley que será aplicable a la sociedad por nacer.

Sobre este sistema existen atemperaciones, como el considerar como *lex societatis* la sede estatutaria, designada por los estatutos sociales llamando al sistema de incorporación o teniendo como referente el lugar donde se lleva a cabo la inscripción registral de la sociedad.

Por su parte el sistema de sede real pretende tener por ley aplicable la del Estado donde precisamente se halle la administración central o donde se realice la actividad principal de la sociedad en cuestión, criterio este último que se diluye ante la realidad del nuevo orden global, en el que

las cadenas de producción se descomponen a fin de abatir costos y no se diga el primer criterio expuesto, que ante Internet y la inmediatez en las comunicaciones se hace de tal suerte difuso que no permitiría un criterio adecuado de determinación de ley aplicable.³⁴

Consideraciones estas de carácter eminentemente fácticas que sin embargo nos evitarían contar con criterios reales y efectivos de determinación de ley aplicable.

Ahora bien, la ley Mexicana, dejando de lado las consideraciones que hemos hecho en este capítulo en torno a la distinción entre sociedad mexicana y sociedad extranjera, pretende resolver el problema de la ley aplicable a entes societarios extranjeros de la siguiente manera:

El artículo 13 del Código Civil Federal, al regular la determinación del Derecho aplicable, no señala regla alguna en torno a *lex societatis*, dispone sin embargo que las situaciones jurídicas válidamente creadas en un estado extranjero deberán ser reconocidas; en ese tenor el artículo 25 del mismo ordenamiento dentro de la personas morales reconocidas por el orden jurídico mexicano, incluye a las personas morales extran-

³⁴ Sobre este tenor la exposición de GARCIMARTIN, Francisco, *Derecho de Sociedades: Problemas de Ley Aplicable*, en www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/fga%20-%20DER%20INT%20SOC.pdf que emparenta el sistema de constitución o incorporación al Derecho norteamericano, inglés, suizo y holandés; y el sistema de sede real al Derecho Alemán.

geras de naturaleza privada; sin hacer distingo alguno en torno a su carácter civil o mercantil, siendo aplicable para justificar la celebración de actos jurídicos aislados de sociedades mercantiles extranjeras y la actuación integral de sociedades extranjeras que no tengan el carácter mercantil.

Esta disposición remite al artículo 2736 que como nos hemos percatado a lo largo de este capítulo de nuestra exposición es el que determina la ley aplicable en materia de personal morales extranjeras de carácter civil, insistimos sin distingos mercantiles o civiles, esta disposición determina categórica: que la existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de estos entes societarios se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquel del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades.

¿Será pues necesario analizar todos los puntos de conexión de la sociedad extranjera a fin de determinar el Estado donde se satisfagan requisitos de forma y de fondo para la creación de este ente societario? ¿Y si no se dan ambos extremos (forma y fondo) en un solo Estado, es factible la noción de sociedades apátridas? La ley mexicana es desde luego omisa en este punto.

La importancia de este punto de nuestro estudio radica en determinar la ley aplicable a una fusión en la que al menos una de las sociedades involucradas sea extranjera; ¿será en este punto

aplicable la regla general de aplicación de Derecho extranjero prevista en el multicitado artículo 13 del Código Civil Federal que en su fracción V determina que los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar donde deban ejecutarse o lo dispuesto por el artículo 2736 que remite al Derecho del Estado de constitución de la sociedad que pretenda intervenir en el negocio jurídico de fusión?. Planteado así el problema, tratemos de dar solución a estas interrogantes analizando la fusión transfronteriza o transnacional.

3. REQUISITOS, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA

3.1. PLANTEAMIENTO

Hemos afirmado en el primer capítulo de este estudio, que en el nuevo orden global, la fusión de sociedades mercantiles se ha convertido en un vehículo eficaz de los grandes grupos empresariales para participar en nuevos mercados, crear alianzas estratégicas o deshacerse de competidores; esto mas allá de consideraciones éticas o humanistas atento exclusivamente al interés económico, valiéndose de las herramientas o instrumentos que el Derecho ofrece.

Es la fusión el negocio jurídico adecuado para lograr estos fines, de acuerdo a su propia naturaleza, sin embargo es evidente que su regulación fue concebida para el caso que los entes societa-

rios involucrados tuvieren su domicilio en el mismo Estado, o quizá mejor planteado: que las sociedades que pretendieren fusionarse fueran nacionales del Estado con vocación reguladora.

Hoy los grandes grupos empresariales participan activamente en prácticamente todos los mercados nacionales, razón por la cual nos avocamos en este capítulo a determinar la forma como participan en el Derecho Mexicano y el tratamiento que reciben por el orden jurídico nacional, estableciendo de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado la ley que les sería aplicable para el caso de fusión.

¿Para el caso expuesto, es suficiente, y en su caso adecuada la regulación existente en materia de fusión que prevé la legislación mexicana? Este cuestionamiento nos servirá de guía para el desarrollo de esta parte de nuestro trabajo y a fin de estar en aptitud de responder a él, tendremos que atender a ordenamientos que han ofrecido soluciones concretas para la regulación de este fenómeno, concretamente será la Europea, salva desde luego cualquier comparación entre ella y la Legislación Mexicana.

Iniciaremos esta parte de nuestra exposición con la Normativa Europea, señalando para efectos de este trabajo tan solo algunos de sus antecedentes, los que estimamos mas importantes.

PRIMERO. La Comisión adopta el 14 de noviembre de 1984 una Propuesta de Décima Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las fusiones transfronterizas de Sociedades Anó-

nimas (DO C 23 DE 25.1.1985, COM/84) 727 y Bol. 12 1984, punto 2.1.21); misma que fue transmitida al Consejo el 14 de enero de 1985 y al Parlamento el 17 de enero de 1985 y finalmente retirada por la Comisión el 11 de diciembre de 2001. Dentro del Sector Política Industrial y Mercado Interior, fue objeto de largas negociaciones sin lograr, como podemos apreciar, su finalidad;³⁵ es el primer intento de regular un fenómeno que poco a poco, a medida que la globalización se imponía, fue tomando importancia.

SEGUNDO. Por otro lado, el Reglamento CE No. 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Europea DO L 294 de 10 de noviembre de 2001,³⁶ impone en su artículo 68 a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de adoptar las disposiciones que sean precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen, lo que se logra en el Derecho Español al través de la Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España (publicada en el *BOE* 273

³⁵ Información obtenida del Boletín UE 11-2003 (es); 1.3.39 y de la página electrónica www.europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26041.htm

³⁶ Consultado en la página www.europa.eu.int/eur-lex/pr1/es/oj/dat/2001/l_294/l_29420011110es00010021.pdf expuesto por nosotros, con comentarios también propios a lo largo de los próximos párrafos de nuestra exposición.

de 15 de noviembre de 2005, (Sección 1, págs. 37303 a 37308).³⁷

El Reglamento pretende crear medios para eliminar obstáculos a los intercambios y contribuir a reestructurar a escala Comunitaria las estructuras de producción: ya permitiendo a sociedades existentes de distintos Estados la posibilidad de unir sus fuerzas mediante fusiones o concentraciones, siempre en apego a las normas de competencia del Tratado; ya estableciendo una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad creando junto a las sociedades de Derecho nacional, sociedades cuya formación y funcionamiento estén reguladas por el propio Reglamento evitando así la necesidad de escoger una forma de sociedad regulada por un ordenamiento nacional.

Es decir al través del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea se permitirá, con la creación de la SE, la fusión de sociedades de Estados miembros diferentes, la posibilidad de creación de una *holding* o la creación de filiales comunes.

Para efectos de este trabajo nos referiremos solo a la posibilidad de constituir una Sociedad Europea mediante fusión, que prevé el punto uno del artículo 2 del Reglamento; la hipótesis normativa es compleja y encontramos los siguientes elementos: la constitución de la SE por fusión

³⁷ Consultado en la página www.boe.es/boe/dias/2005/11/15/pdfs/A37303-37308.pdf expuesto a continuación con comentarios propios.

solo la podrán llevar al cabo las Sociedades Anónimas que figuran en el anexo 1 del propio Reglamento (que en rigor señala los tipos sociales que corresponden a la Anónima en cada sistema jurídico de los Estados miembros), mismas que habrán de estar constituidas conforme al orden jurídico de un Estado miembro, así como tener su domicilio social y su administración central en la Comunidad, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas a ordenamientos jurídicos de Estados miembros diferentes, el desarrollo del procedimiento de fusión lo da la Sección 2 del Reglamento que establece la viabilidad de la fusión por absorción y por constitución, siendo la absorbente y la nueva sociedad las que adoptarán el carácter de SE, debiéndose seguir los procedimientos previstos en la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo del 9 de octubre de 1978 que desarrolla el Reglamento de la siguiente forma:

Del Convenio de Fusión: lo elaboran lo órganos de administración de las sociedades involucradas y lo aprobará su junta general debiendo contener sus denominaciones y domicilios sociales al igual que los previstos para la SE; la forma como se canjearan las acciones y la forma de entrega de las acciones de la SE así como la fecha en la que se tendrá derecho a gozar de los beneficios que ellas generen. Deberá también el convenio señalar la fecha en la que se tendrán por celebrados por la SE los actos jurídicos celebrados por las sociedades que se fusionen. Se señalarán los derechos de los que gozan los accionistas de

categorías especiales. Desde luego deberán contener los Estatutos Sociales de la SE y situación especial (en comparación con el Derecho Mexicano) las condiciones de implicación de los trabajadores de conformidad con la Directiva 2001/86/CE. Como podemos apreciar, salvo las referencias expresas a la SE y la injerencia de los trabajadores el proyecto de convenio de fusión responde a las mismas condiciones y justificaciones a las que se hace referencia en la regulación de fusión en nuestro Derecho Interno.

Publicidad: Deberá publicarse en el boletín oficial del Estado miembro donde esté registrada cada sociedad involucrada, sin perjuicio de los requisitos adicionales que la ley que le sea aplicable determine: la forma, denominación y domicilio social de cada sociedad involucrada; el Registro a que se refiere la Directiva 68/151/CEE; la forma como se ejercerán los derechos de los acreedores y de los accionistas minoritarios y finalmente la denominación y domicilio de la SE.

Aquí apreciamos que el Reglamento respeta los criterios formales y de fondo que los Estados miembros que regulen a las sociedades involucradas impongan dejando de manifiesto también la intención protectora de los acreedores, de los accionistas minoritarios o de series especiales, de obligacionistas y como hemos afirmado de los trabajadores reconociendo así el carácter transfronterizo de la fusión.

Procedimiento: Como lógica consecuencia el control de la legalidad de la fusión a lo largo del

proceso de ésta se seguirá como determine la legislación aplicable en el Estado miembro de su domicilio y será necesario que un tribunal, notario o autoridad competente expida un certificado que acredite el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión, o lo que es lo mismo para la procedencia de la fusión, en el Estado de cada sociedad involucrada, será necesario la obtención del certificado aludido a fin de tener la certeza de haberse cumplido todos los requisitos que los ordenamientos de los Estados involucrados imponen.

Ejecución: Desde luego el Reglamento continuando la mecánica señalada en el párrafo anterior establece la necesidad de contar para la realización de la fusión y la constitución de la SE otro certificado emitido también por tribunal, notario o autoridad competente pero ahora del domicilio del Estado miembro del futuro domicilio de la SE a fin, evidentemente de controlar la legalidad en el espacio donde tendrá su domicilio la Sociedad Europea, lo que se logrará teniendo a la vista los certificados correspondientes a la etapa anterior a la ejecución, a la que hemos llamado procedimiento, de cada sociedad involucrada en la fusión.

Efectos: La fusión de esta naturaleza, así como la constitución simultánea de la SE, surtirá efectos el día que quede registrada; y traerá las consecuencias normales de la fusión por absorción y la fusión por constitución.

TERCERO. Finalmente la Comisión mediante comunicación de fecha 11 de marzo de 2003, no publicada en el *Diario Oficial*, llamada “Política de la innovación: actualizar el enfoque de la Unión en el contexto de la estrategia de Lisboa”³⁸ parece justificar la globalización y los efectos que genera en el marco de la Unión Europea, que hemos tratado de dejar de manifiesto en el primer capítulo de este estudio, afirmando el propósito de convertir la Economía de la Unión en la más dinámica y competitiva del mundo para 2010, valiéndose de la innovación³⁹ como herramienta para conquistar nuevos mercados y hacer frente a la competencia, al través, entre otros medios de la utilización de nuevos enfoques organizativos, mejorando el entorno de las empresas, evitando el aislamiento y fortaleciendo la creación de lo que llama “conglomerados de empresas”, que en este contexto podemos identificar con fusiones transfronterizas.

Si temíamos usar en el primer capítulo lenguaje que pareciera suponer que algunas relaciones en el nuevo orden global constituían una ver-

³⁸ COM (2003) 112 final y sus síntesis consultados en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/n26021.htm> los que tratamos en los párrafos siguientes de emparentar con los nuestros vertidos en torno a globalización en el primer capítulo de este trabajo.

³⁹ Entendida en la Síntesis de la Legislación. Actividades de la Unión Europea: como la producción, asimilación y gestión exitosas de la novedad económica y social. Cfr. <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/n26021.htm>

dadera guerra, la Estrategia de Lisboa no ofrece muchas dudas al afirmar que la Unión tendrá que recuperar el retraso que tiene respecto a sus principales rivales Estados Unidos y Japón.

Como podemos apreciar de los antecedentes expuestos, la globalización es el motor que origina lo que la Unión Europea da por llamar innovación, que se traduce en un replanteamiento de estrategias empresariales tendientes a favorecer las concentraciones que para nuestros efectos podemos asimilar a fusiones.

Y al respetarse los ordenamientos internos de cada país miembro, se hizo necesaria la creación de la figura de la Sociedad Europea, que sirve como pretexto perfecto para regular la fusión, precisamente desde la óptica Europea. Solo se aplica para las sociedades de capital (las sociedades anónimas mencionadas en el anexo 1 del Reglamento expuesto) y es de destacarse que los Estados miembros conservarán facultades de legislar en torno a este negocio jurídico y serán las certificaciones que se darán durante el proceso de fusión y en su ejecución las que garantizarán el cumplimiento de las formalidades necesarias para que la propia fusión sea inscrita y surta efectos; en España se dejó esta facultad al Registrador, considerando seguramente su pericia por ser el último eslabón de la cadena que es la fusión societaria, desde luego su propia inscripción.

A pesar de reconocer la importancia que el Reglamento da a la protección de acreedores, socios

minoritarios y trabajadores, estimamos para efectos de nuestro trabajo que la importancia de la creación de la SE por virtud de la fusión estriba en conciliar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en un proceso que necesariamente es multinacional, respetando las formalidades propias de los Derechos Nacionales con vocación reguladora y dotando de efectos realmente comunitarios a las certificaciones que Tribunales, Notarios o Autoridades Competentes emitan para estos efectos.

Puede por otro lado resultar un proceso engorroso y largo, sin embargo consideremos que el diseño de la institución va en función de grandes grupos empresariales⁴⁰ en los que las negociaciones de fusión y sus implicaciones económicas son profundas, razón por la cual encontramos plenamente justificado el cerciorarse del cumplimiento de las formalidades que los Derechos nacionales establezcan. Nos encontramos sin duda ante el nacimiento de un nuevo Derecho Societario Comunitario.⁴¹

⁴⁰ Como podemos apreciar en los requisitos tanto de forma como de fondo previstos en el Reglamento para ser considerada Sociedad Europea. Cfr. www.europa.eu/sca-dplus/leg/es/lvb/I26041.htm

⁴¹ Así lo parece afirmar VARGAS VASSEROT, Carlos, en www.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n13/observa1.pdf al referirse al Caso Centros (marzo 1999) y a la comunicación sobre Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea.

3.2. REQUISITOS, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA

Este estado guardaban las fusiones transfronterizas cuando la Comisión el 18 de noviembre de 2003 propone una Directiva *ex professo* sobre fusiones transfronterizas, en el marco del Plan de Acción de la Comisión sobre el Derecho de sociedades y la gobernanza empresarial en la Unión Europea publicado en mayo de 2003 (IP/03/716 y MEMO/03/112), con los siguientes objetivos: *a.* facilitar y simplificar el proceso de fusiones transfronterizas mediante la eliminación de los obstáculos previstos en los diversos órdenes nacionales y *b.* ser aplicada a las pequeñas y medianas empresas que pretenden explotar el mercado de más de un Estado miembro, pero no de toda Europa y a las que no les alcanza el Reglamento aludido en el inciso anterior para constituirse como SE.

Y para lograrlo señala principios y normas que serán aplicables a las fusiones en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.

Una vez más apreciamos la génesis económica de una norma jurídica, sobre todo al considerarse la competitividad como una de las causas que originan la propuesta de Directiva y si teníamos alguna duda en torno a la nueva forma de apreciar el Derecho, o como señalamos en el primer capítulo de este trabajo su Análisis Económico, baste señalar también como causa de la propuesta de Directiva el alto costo de transac-

ción que generaban las fusiones transfronterizas dentro de la propia Europa pero en Estados con sistemas jurídicos diferentes. Evidentemente la solución propuesta consistirá en aproximar la llamada fusión transfronteriza a las fusiones nacionalmente reguladas tal como lo hizo el Reglamento que prevé el Estatuto de la Sociedad Europea, al que nos referimos en el inciso anterior; la propuesta de igual forma prevé la aplicación de los Derechos Nacionales en torno a la protección de acreedores, accionistas minoritarios, obligacionistas y trabajadores.⁴²

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, vista la propuesta de la Comisión de la que hemos hecho comentarios en el párrafo anterior, emiten la Directiva 2005/56/CE el 26 de octubre de 2005, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 25 de noviembre de 2005 (L310/1) (y sus modificaciones en la Directiva 2009/109/CE)⁴³ en la que se reitera la necesidad de una Directiva que regule a nivel comunitario las fusiones en que Estados miembros distintos tengan vocación de regulación, ello ante los requerimientos de cooperación y reagrupación de

⁴² Información obtenida de *Europa Rapid Press Releases*; los comentarios desde luego son propios y enfocados al análisis que se ha llevado a cabo en los capítulos precedentes.

⁴³ Consultado en la página electrónica: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2005/l_310/l_31020051125es00010009.pdf y cuyo contenido exponemos en el cuerpo del trabajo ofreciendo nuestros puntos de vista.

las sociedades de capital en los Estados de la Unión, que se ven frenados ante las dificultades administrativas y legislativas que la diversidad de sistemas jurídicos de la Unión generan; es claro que al convivir Sistemas Jurídicos diversos, las formas de regulación pueden variar considerablemente lo que constituirá una carga económica extra al negocio jurídico que nos ocupa, por lo que hace a los acuerdos jurídicos que deberían mediar ante esta situación; esto no significa que dejen de aplicarse las normas jurídicas internas, por el contrario, al igual que en el Estatuto de la Sociedad Europea, es justa y precisamente el orden jurídico nacional el que se aplicará, consistentemente con la Directiva, que, por tanto, tendrá como ámbito material de aplicación las fusiones de sociedades de capital que cumplan los siguientes requisitos: *a.* Que estén constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro y *b.* que ya su domicilio social, la sede de su administración o su establecimiento principal se encuentre dentro de la Comunidad; para el caso que al menos dos de las sociedades involucradas estén sujetas a la legislación de Estados miembros distintos, fenómeno que la directiva llama FUSIÓN TRANSFRONTERIZA, que los Estados miembros deben permitir si su ordenamiento jurídico permite la fusión de esos tipos sociales y que comprende tanto: *a.* la fusión por absorción en que una o varias sociedades transmiten a otra ya existente la totalidad de su patrimonio sin liquidarse y permitiendo a los socios de las que se extinguen participar en la sociedad absorbente

con la posibilidad de gozar además de una compensación que no supere el 10% del valor nominal o contable de sus participaciones, compensación esta prevista en al menos uno de los Estados de las sociedades involucradas; como *b.* la fusión por constitución en la que dos o mas sociedades sin liquidarse pero extinguiéndose, transmiten a otra creada por ellas y por efecto del negocio jurídico la totalidad de su patrimonio, atribuyendo a los socios de las sociedades que se extinguen acciones de la que se constituye con la posibilidad también de gozar de una compensación en los mismos términos que la señalada en el inciso anterior; e incluye una nueva connotación al concepto fusión: *c.* el caso que una sociedad transmita sin liquidarse la totalidad de su patrimonio a la sociedad que posea la totalidad de los títulos representativos de su capital social; es decir el caso de la fusión de una sociedad con su tenedora de acciones *holding*.

A diferencia del Estatuto de la Sociedad Europea que en su Anexo 1 como hemos expuesto señala los tipos sociales que pueden participar de la entidad SE, la Directiva remite al artículo 1 de la Directiva 68/151/CEE y su reforma en la Directiva 2003/58/CE en las que también se enlistan por Estado miembro los tipos sociales que participan de la naturaleza sociedad de capital; caso particular es el de las sociedades cooperativas, que pueden considerarse como sociedades de capital pero que los Estados miembros con base en la propia Directiva podrán decidir que no les sea aplicable.

La forma como la Directiva pretende facilitar las fusiones transfronterizas es, tal como ocurre con el Estatuto de la Sociedad Europea, al través del control que la autoridad nacional (tribunal, notario o cualquier autoridad competente) de cada sociedad involucrada lleva a cabo de la terminación y legalidad del proceso de toma de decisiones en la secuencia y ejecución de la fusión cuyos efectos se darán a la luz del Derecho Nacional de la sociedad que resulte de la fusión.

La Directiva no regula el control de las concentraciones que se lleva a cabo en el Reglamento CE 139/2004 y en las Legislaciones Internas, como tampoco lo hace con la legislación comunitaria aplicable a intermediarios de crédito, empresas financieras o sociedades cuyo objeto sea la inversión colectiva de capitales obtenidos del público (sociedad de inversión colectiva) y en lo relativo a los derechos de los trabajadores que tienen también su propia regulación (salvo por lo que hace a los derechos de participación que les asiste en el proceso de fusión que si son objeto de regulación).

Ambito subjetivo de aplicación. A fin de evitar fraudes a las leyes internas, la fusión transfronteriza solo procede cuando el Derecho Nacional permita la fusión de los tipos sociales involucrados y solo será viable cumpliendo las disposiciones y trámites que los propios ordenamientos internos determinen incluyendo la protección de los accionistas minoritarios, acreedores, obligacionistas y trabajadores y aún en lo relativo al

derecho de oposición que puede asistirle a alguna autoridad nacional.

El procedimiento: Las negociaciones entre los partícipes de una fusión transfronteriza concluirán con lo que la Directiva llama Proyecto común de fusión transfronteriza que deberá contener: *A.* Los elementos personales de lo que será el convenio de fusión, es decir la forma, denominación y domicilio social de las sociedades que intervienen y en su caso de la resultante de la fusión. *B.* La forma como se canjearán las acciones de los socios de las sociedades involucradas o la forma como participarán en la sociedad resultante de la fusión incluyendo los beneficios adicionales (que no podrán como hemos afirmado, ser superiores a un 10%, permisible en al menos uno de los Sistemas Jurídicos involucrados,) así como la fecha en la que se empezará a gozar de los beneficios de ellas. *C.* Al tener la posibilidad de ser de una magnitud mayor a la de una fusión simple de Derecho interno, será necesario establecer las posibles consecuencias que la fusión tendrá en el empleo. *D.* La fecha en la que se tendrán por celebrados por la fusionante los actos jurídicos de las fusionadas. *E.* Los Estatutos Sociales de la sociedad resultante de la fusión. *F.* Información con relación a la valoración del activo y pasivo transmitidos en virtud de la fusión. *G.* La regulación de derechos especiales de los que gozarán los socios de la sociedad resultante de la fusión de ser el caso, así como la regulación de las ventajas de las que gozarán los peritos que

revisen el proyecto de fusión y los miembros de los Consejos de Administración de las sociedades involucradas. H. De resultar procedente de conformidad con la directiva la forma como participarán los trabajadores en el procedimiento de fusión.

Este proyecto deberá ser publicado en el *Boletín Oficial de los Estados Miembros* cuyas sociedades estén involucradas en la fusión transfronteriza por lo menos un mes antes de la fecha de reunión de las Asambleas de las sociedades, de la forma y en los términos que los correspondientes Derechos Nacionales precisen, poniendo especialísima atención en la forma como se podrá obtener, por las personas que pudieren resultar afectadas (acreedores, trabajadores, obligacionistas o accionistas minoritarios), información con relación a la fusión. Paralelamente, con la misma antelación y precisamente para tutelar estos derechos, los correspondientes órganos de administración de las sociedades involucradas deberán elaborar un informe destinado a los socios en los que se explicarán y justificarán los aspectos legales y económicos de la fusión y las implicaciones que esta tendrá en los derechos justamente de acreedores, trabajadores, obligacionistas o accionistas minoritarios y no solo eso, con el mismo propósito se deberá preparar un informe pericial independiente, realizado por personas físicas o morales definidos según la legislación interna de los Estados con vocación reguladora, dirigido también a los socios de cada sociedad involucrada con la fusión, con la misma

antelación aludida (un mes antes de las Asambleas), que contendrá por lo menos los datos y requisitos necesarios para la fusión de sociedades a que se refiere la Directiva 78/855/CEE.

De lo antes expuesto podemos afirmar que junto con el PROYECTO COMÚN DE FUSIÓN TRANSFRONTERIZA (llamado a PUBLICARSE en los Estados a los que correspondan las sociedades involucradas en el proceso de fusión) se deberá contar con el INFORME DE LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN de las sociedades involucradas y con el INFORME PERICIAL INDEPENDIENTE dirigido a los accionistas de las sociedades que intervienen en la fusión UN MES ANTES DE LA CELEBRACIÓN DE LAS ASAMBLEAS, que decidirán conforme a sus ordenamientos corporativos la procedencia de la fusión, solo y solo si se cuentan con los informes y proyecto aludido; la Directiva enfatiza la información que deben tener los socios de las sociedades vinculadas a la fusión y la protección de los socios minoritarios, los obligacionistas, los acreedores y los trabajadores.

Control de Legalidad. Al igual que lo hizo el Reglamento que contiene el Estatuto de la Sociedad Europea, la Directiva establece un mecanismo de control de legalidad en el procedimiento de la fusión transfronteriza, consistente en la obtención de un certificado PREVIO A LA FUSIÓN que expedirá el tribunal, notario o autoridad competente que determine el Derecho Interno, en torno al cumplimiento del procedimiento y actos previos a la fusión correspondiente, seguido en el

Estado de que se trate; y mas aún este mismo certificado deberá obtenerse en el Estado donde haya de nacer la sociedad de nueva creación resultante de la fusión transfronteriza, para lo cual la autoridad competente según el Derecho Interno de ese Estado deberá contar con los certificados correspondientes emitidos en los otros Estados involucrados en la fusión a fin de cerciorarse especialmente que el proyecto de fusión haya sido aprobado en los mismos términos por todos los involucrados y en su caso lo relativo a participación de los trabajadores en el procedimiento. Los efectos de la fusión en este caso siempre serán posteriores a la fecha del certificado aludido.

La legislación de cada uno de los Estados miembros a la que estaba sujetas las sociedades objeto de fusión determinará las formas de publicidad a las que se sujetará la fusión transfronteriza.

Efectos de la fusión transfronteriza. Es evidente que la fusión transfronteriza participa del género próxima fusión, luego entonces sus efectos desde luego deben involucrar la transmisión de la totalidad del patrimonio de las sociedades fusionadas a la fusionante, de igual forma los socios de las fusionadas se convertirán en socios de la fusionante, sin importar que la fusión sea por absorción o se constituya una nueva sociedad. Desde luego si la fusión es por absorción, las sociedades fusionadas dejarán de existir, aumentando por regla general el capital de la fusionan-

te. Tratándose de la fusión que da lugar a la constitución de una nueva sociedad, su efecto precisamente será ese.

Por lo que hace a la transmisión del patrimonio efecto de la fusión, es menester tener en mente dos hipótesis especiales: a. Si entre el activo transmitido se encuentran bienes que requieren formalidades especiales para su transmisión, de acuerdo al Derecho interno pertinente, estas formalidades deberán cumplirse por la sociedad fusionante y b. La sociedad fusionante no podrá adquirir sus propias acciones, debiendo estas cancelarse.

Caso particular en torno a los efectos de la fusión transfronteriza es el de la fusión de una sociedad a guisa de fusionada con su *holding* como fusionante, es decir, que la fusionante sea titular de todas las acciones de la fusionada, en cuyo caso evidentemente se reducen las formalidades de la fusión, tales como algunas relativas al proyecto de fusión transfronteriza, en lo relativo al canje de acciones de fusionada en fusionante; en lo relativo al informe pericial independiente, que hemos afirmado es una forma de protección a los accionistas de las sociedades involucradas y que en el caso que nos ocupa, se haría innecesario; y desde luego en torno a que sería inoperante el efecto de la fusión transfronteriza relativo a la participación de los socios de la fusionada en la fusionante, puesto que existiría identidad de sujetos en el supuesto planteado, mismo que en Derecho positivo mexicano, no tendría aplicación en virtud de que no existen sociedades uniperso-

nales que es parte de la hipótesis normativa planteada.

Finalmente por lo que hace a la participación de los trabajadores, la Directiva en su artículo 16 la regula, sin embargo no será objeto de estudio en este trabajo por su mas estrecha vinculación al Derecho Laboral.

De lo en este capítulo expuesto, nos es dable colegir lo siguiente: el fenómeno de la fusión transfronteriza o transnacional se ha convertido en un mecanismo adecuado de cooperación o concentración empresarial, fórmula conveniente también para consolidar alianzas estratégicas en el nuevo orden global, o herramienta eficaz para paliar competencia indeseada. De compleja regulación por la intervención de ordenamientos jurídicos diversos, es la Europea una forma de entenderla, respetando los requisitos y formalidades que los Estados miembros imponen, pero al mismo tiempo dotando de uniformidad al procedimiento, tutelando en todo momento los derechos de los socios minoritarios, acreedores, trabajadores y obligacionistas.

Evidentemente la particular naturaleza de la Unión Europea, permite una regulación como la expuesta, que toda proporción guardada, debiera servir como norma marco para crear una que se adapte a otros entornos de caracteres diversos al Europeo, valiéndose para ello de los instrumentos internacionales correspondientes, pero conservando siempre la dualidad que hemos tratado de dejar de manifiesto, la uniformidad en el procedimiento y el respeto por las for-

mas y formalidades previstas en las legislaciones locales, tomando el control de la legalidad como el vehículo adecuado para lograr respetar la dualidad referida y usar estos certificados a que se refiere la Directiva Europea, como medidas profilácticas en el devenir de la fusión, que aun para beneplácito de los defensores de la visión económica del Derecho reducirían el costo de transacción del negocio expuesto.

III. CONCLUSIONES

- La Globalización es un fenómeno que fuera de toda consideración axiológica irradia e incide en el mundo del Derecho.
- No es un accidente ni un hecho aislado, es producto de una evolución histórica que encuentra su resultado más consumado en el fenómeno económico. Es un proceso.
- El agente más importante en el nuevo orden global es la Sociedad Transnacional. El Estado se convierte en una variable más en este complejo sistema de sistemas.
- Es por ende preciso replantear conceptos jurídicos fundamentales como Estado y Soberanía a la luz del fenómeno globalizador. No hacerlo dejaría vacíos nuestros moldes conceptuales y dejaría inerte a la Ciencia Jurídica ante visiones como la que propone el Análisis Económico del Derecho, haciendo de ella simplemente un continente sin contenido.
- Al ser los Grandes Grupos Empresariales los actores fundamentales de la dinámica económica, se valen de los instrumentos proveídos por el Derecho para lograr sus finalidades entre las que destacan la concen-

tración empresarial y la eliminación de competencia.

- Ha sido objeto de este trabajo el análisis de la fusión societaria como uno de estos instrumentos que brinda el Derecho a las empresas transnacionales.
- Entendemos por fusión el negocio corporativo en virtud del cual, siguiendo el procedimiento que establezca la ley, una o más sociedades llamadas fusionadas, aportando la totalidad de su patrimonio y extinguiéndose sin liquidarse, se incorporan a otra sociedad llamada fusionante ya existente o integran su patrimonio para constituir la, convirtiéndose los socios de las fusionadas en socios de la fusionante. Es pues un instrumento jurídico que permite amalgamar una pluralidad de sociedades; de evidente utilidad económica, hoy se convierte en el medio eficaz de hacerse del control de competencia en el mercado global o lograr la concentración empresarial.
- La fusión es también resultado de un proceso, que debiera involucrar las negociaciones entre los entes interesados, la constitución de lo que hemos llamado voluntad corporativa, su ejecución al través de la celebración del convenio correspondiente, su publicidad y registro; su importancia económica hace que sus efectos se proyecten a diversos sectores del Derecho.
- En todo caso las legislaciones aplicables en materia de fusión, tienden a dotar de protec-

ción a los accionistas minoritarios, acreedores, obligacionistas y trabajadores.

- Las legislaciones locales resultan insuficientes para regular la fusión societaria cuando intervienen sociedades a las que le son aplicables regímenes jurídicos de otros Estados, evento que constituye la fusión transfronteriza.
- Con la Estrategia de Lisboa, la Unión Europea reconoce la importancia de la competencia en el nuevo orden global y la necesidad de proveer de regulación que innove el ámbito empresarial.
- La Unión Europea identifica, reconoce y hace intentos de regular la fusión transnacional, y va mas allá al permitir con el Estatuto de la Sociedad Europea la posibilidad de que la fusión transfronteriza sea causa generadora de una SE.
- La Directiva 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005 regula las Fusiones Transfronterizas de las Sociedades de Capital y concibe un sistema mixto que sienta las bases uniformes del procedimiento de fusión y permite a los derechos internos la regulación de forma y formalidades a las que se sujetará, con lo que el proceso se facilita, manteniéndose el régimen de protección de accionistas minoritarios, trabajadores, obligacionistas y acreedores.
- Hoy que las sociedades transnacionales invierten en prácticamente todos los mercados del orbe, es menester contar con una regu-

lación que siguiendo las vías internacionales procedentes regule de manera eficaz la fusión transfronteriza respetando un procedimiento uniforme sin mengua de la facultad de los Derechos Internos de regularla, por lo que la normativa Europea debe servir de punto de partida de esa regulación.