

I. DEFINICIÓN

La LGSM no define el término Fusión. De su regulación podría considerarse una causa de extinción, sin transitar por la disolución y liquidación de la sociedad.

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, fusión es el efecto de fundir o fundirse. A su vez, fundir significa reducir a una sola dos o más cosas diferentes.

Tal vez porque el vocablo evoca la idea de reducir a una sola dos o más sociedades, la LGSM ya no requiere describir el término.

El *Diccionario Jurídico Mexicano*, en referencia expresa al término fusión de sociedades, lo explica como la reunión de dos o más sociedades mercantiles en una sola, disolviéndose las demás, las cuales transmiten su patrimonio a título universal, a la sociedad que subsiste o resulta de la fusión, la que se constituye con los socios de todas las sociedades participantes.

La definición encuentra su génesis en los efectos regulados por la ley. El artículo 222 LGSM regula expresamente el acto jurídico por virtud del cual “varias sociedades” pueden fundirse en una sola.

Del artículo 224 tercer párrafo, se coligue la posibilidad de extinguir una o varias de las sociedades a fusionar, fundiéndolas con una de ellas que será la que subsista (fusión por incorporación o absorción) o bien,

II. FINALIDAD

La fusión tiene por objeto, incorporar el patrimonio, y los socios de una sociedad, con efecto extintivo, a otra sociedad existente, o de nueva creación. Los motivos pueden ser por demás variados, pero por lo general tienen una causa económica, ya que puede permitir a la sociedad fusionante realizar las mismas actividades que la fusionada, sin necesidad de duplicar recursos materiales y humanos.

La fusión puede utilizarse como medida para enervar causas de disolución o bien, para sustraer a la empresa de concurso mercantil.

En el año 1985, la Cervecería Moctezuma, S.A. de C.V. se encontraba en una mala situación financiera. Decidió fusionarse con la Cervecería Cuauhtémoc, S.A. de C.V. y de esta manera, la última como sociedad fusionante absorbió el pasivo de la primera, pero también los productos y puntos de venta y los consumidores de los productos de la fusionada, aprovechando sus propios canales de distribución y producción, reduciendo significativamente los costos y rescatando el negocio de la fusionada en provecho de los accionistas de ambas sociedades.

1. CAUSA EFICIENTE DE LA FUSIÓN

La causa eficiente de la fusión de las sociedades, es la determinación de los socios tomada de conformidad con su respectivo tipo social. En consecuencia, se trata de un acto voluntario de carácter convencional mediante el acuerdo entre dos o más sociedades, para integrar sus respectivos patrimonios y socios en un solo ente jurídico.

2. DETERMINACIÓN

La fusión debe ser decidida por los socios, mediante la determinación colectiva adoptada “en la forma y términos que correspondan según su naturaleza” (Art. 222 LGSM).

En escasos 5 artículos reglamentarios de la fusión en la LGSM, parece haber dificultad para entender la mecánica operativa de la figura.

Del extracto de la norma invocada, encontramos cuatro elementos relevantes:

A. DECISIÓN UNILATERAL DE LA SOCIEDAD

La decisión unilateral de la sociedad para fusionarse con otra u otras sociedades.

B. LA FORMA EN QUE DEBERÁ TOMARSE LA DETERMINACIÓN

Al contemplar la “forma” en que deberá tomarse la determinación, la ley hace referencia a la manera me-

dian­te la cual la so­ci­e­dad ha­brá de adop­tar la re­solu­ción a tra­vés del ór­ga­no de de­li­beración y de­ci­sión co­rre­pon­diente, de acue­rdo con su es­truc­tura or­ga­ni­za­cional. En al­gunos ca­sos se tra­tará de la jun­ta de so­cios y en otros de la asam­blea de ac­c­io­nis­tas.

Si se tra­ta de la so­ci­e­dad fu­sionante, la fu­sión im­plica para ella la ad­misión de nue­vos so­cios, el au­men­to del ca­pi­tal so­cial, el in­cre­men­to de ob­li­ga­ciones so­ciales, po­si­ble mo­di­fi­cación del ob­je­to so­cial y otras con­se­cuen­cias a to­mar­se en cuenta para de­ter­mi­nar, de con­for­midad con el ré­gi­men le­gal y es­ta­tu­ta­rio de la so­ci­e­dad, el tipo de asam­blea re­que­rida, y por ello, del quó­rum de in­stalación y de vo­ta­ción co­rre­pon­diente.

Si se tra­ta de la so­ci­e­dad fu­sionada, im­plica su ex­tin­ción an­ti­cipada y por lo tan­to, de­berán ob­ser­var­se los re­qui­si­tos ne­ce­sa­rios en la ce­le­bra­ción de las asam­bleas co­pe­ten­tes para to­mar este tipo de acue­rdos.

En las so­ci­e­dades en nom­bre co­lec­tivo y en la co­man­dita simple, el ar­tí­cu­lo 34 exi­ge UNANIMIDAD de vo­tos de los so­cios para mo­di­fi­car el es­ta­tu­to so­cial. De ma­nera ex­cep­cional y solo si así se hu­bie­re es­tu­pu­lado en el pro­pio es­ta­tu­to, po­drá mo­di­fi­carse por ma­yo­ría de los so­cios, pero en este ca­so la mi­no­ría ten­drá de­re­cho de se­pa­rarse de la so­ci­e­dad.

En la S de RL, el ar­tí­cu­lo 83 tam­bién exi­ge quó­rum ca­li­fi­cado, al es­ta­ble­cer ma­yo­ría de los so­cios pro­pie­ta­rios de por lo me­nos, las tres cuar­tas partes del ca­pi­tal so­cial, con ex­cep­ción del cam­bio de ob­je­to o de las re­glas que de­ter­mi­nen un au­men­to en las ob­li­ga­ciones

de los socios, en los cuales se requiere unanimidad de votos.

Esta mayoría es calificada, porque de conformidad con la regla general (art. 77), las resoluciones se toman por el acuerdo de la mayoría de los socios que representen, por lo menos, la mitad del capital social y admite celebrar asamblea en virtud de segunda convocatoria en la cual las decisiones se toman por mayoría de votos, sin importar la porción del capital representado.

Si la fusión produce aumento en las obligaciones de los socios, tal como una responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria, estaríamos en el caso de la unanimidad de votos para decidirla.

En las sociedades anónima y en comandita por acciones, también se requiere tomar el acuerdo en asamblea extraordinaria, con exigencia de quórum y voto calificados. Esta resolución no confiere a los accionistas inconformes el derecho de separación de la sociedad.

a) *Derecho de separación*

Pero ¿cuál será el destino de los socios que voten en contra de la fusión?

La ley no confiere el derecho de separación a los socios que se opongan a la fusión. Sin embargo, sería factible ejercer este derecho fundado en alguno de los actos preparatorios o inmersos en el proceso de la fusión. En cuanto a la sociedad fusionada, el acuerdo presupone la disolución anticipada de la sociedad y por lo tanto, la modificación del estatuto social cuando en

éste se haya pactado un plazo de duración vigente al momento de tomar el acuerdo respectivo. Si de la fusión se trata, presupone la admisión de nuevos socios y por lo tanto, ninguno de los citados acuerdos podrá tomarse si no es por unanimidad de votos y si el estatuto establece mayoría, el socio disidente podrá ejercer el derecho de separación, esto desde luego tratándose de las sociedades en nombre colectivo, comandita simple y de responsabilidad limitada.

En las sociedades anónimas y en comandita por acciones, el artículo 206 no lo contempla como causa de separación, pero según Rodríguez y Rodríguez,¹ la exclusión no puede interpretarse como negativa legal, porque no puede negarse para el caso de fusión lo que expresamente se concede en el de transformación, que con frecuencia tiene menos trascendencia jurídica y porque si han de aplicarse a la transformación de sociedades las normas sobre fusión, parece normal la posición contraria y porque siendo un caso evidente de laguna legal, la interpretación extensiva es completamente adecuada. Cita a Porrúa Pérez y dice:

y, además, añade por su cuenta el argumento de que el código de comercio mexicano está derogado y no abrogado por la LGSM, por lo que los preceptos de éste que no sean contradictorios con los de aquélla tendrán aplicación. En esta situación se encuentra el artículo 260, en

¹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, 7^a ed. Editorial Porrúa, México, 2001, p 988

el que se dispone que la sociedad se tendrá por disuelta para los socios que disientan de la fusión.

C. LOS TÉRMINOS

Debemos entender por ello las formalidades que deben cumplirse para la celebración de la junta o asamblea, tales como la convocatoria, su notificación, la instalación legal de la junta o asamblea, en la fecha, hora y lugar señalados en la convocatoria y dentro del domicilio social; el quórum de instalación requerido por la ley o el estatuto social, el número de votos requerido para tomar la decisión correspondiente, etcétera.

Pero también deberemos entender la manera en que se llevará a cabo este proceso económico jurídico de la fusión, como por ejemplo, la forma en que la fusionada transferirá su patrimonio a la fusionante; la manera en que procederá a extinguir su pasivo, en su caso; la asunción de la obligación de la fusionante de pagar las obligaciones de la fusionada; la participación que tendrán los socios o accionistas en el capital de la sociedad fusionante etcétera.

D. NATURALEZA DE LA SOCIEDAD FUSIONANTE O FUSIONADA

Resaltamos la expresión utilizada por el legislador, quien se refiere a “la naturaleza” de las sociedades objeto de la fusión y no al tipo social.

Si la sociedad es el género, la naturaleza de la misma se determina de acuerdo con la forma legal adoptada para su constitución (criterio formal) y por lo tanto,

comprendemos en esta clasificación a las sociedades mercantiles, civiles, agrarias etcétera

De aquí podemos anticipar la intención del legislador de permitir la fusión de sociedades de diversa naturaleza jurídica, civiles con mercantiles y viceversa.

III. ACUERDOS

Anunciamos la naturaleza convencional de la fusión y en consecuencia la necesidad del acuerdo de voluntades entre las sociedades involucradas en la misma.

Sin embargo, es precisamente en los acuerdos (art 223) en donde empieza la confusión. El legislador se refiere de pronto a la inscripción de “los acuerdos sobre fusión”. Se abren dos vertientes para entender la expresión del legislador

a. Acuerdo en su acepción “Resolución tomada en la junta de socios o accionistas, mediante el consenso de los asistentes a la misma y la conformidad tácita de los ausentes”.

b. Acuerdo en su acepción jurídica como consenso de voluntades constitutivas de un convenio para crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones.

La primera vertiente, en la cual se asimilan a los acuerdos sobre fusión a las resoluciones de cada una de las sociedades, se sustenta en la pluralidad del término utilizada por el legislador, quien se refiere a “los acuerdos sobre fusión”, expresión contraria al convenio, porque al referirse a éste generalmente se conoce como “el acuerdo” de voluntades de las partes convenientes. Nunca se expresa como acuerdos de voluntades.

Refuerza esta vertiente la disposición del artículo 224 en su párrafo tercero, al hacer referencia al momento en el cual se podrá llevar a cabo la fusión, la cual debe interpretarse, como la fecha en la cual se podrá celebrar el acuerdo en su acepción convenio de fusión entre ambas sociedades, y se marca con posterioridad al plazo de vacancia exigido por la norma, con inicio a partir de la inscripción de los acuerdos sobre fusión en el registro de comercio.

Esta vertiente se confirma con las disposiciones regulatorias de las convenciones en referencia al momento de formación del contrato, es decir, cuando se produce el consentimiento, entendido como el acuerdo de voluntades. El artículo 80 C.Co. establece la perfección de los contratos y convenios mercantiles entre personas no presentes, desde la recepción de la aceptación de la propuesta o de sus respectivas modificaciones.

La norma hace referencia a dos voluntades, la oferente y la aceptante. En el caso en estudio, estamos ante dos voluntades oferentes, pues los órganos de decisión social, determinan fusionarse, pero ambas voluntades aparecen en un plano paralelo, al no haber tomado la iniciativa de proponer el negocio a la o las sociedades con quienes habrán de llevarlo a cabo. Por lo tanto, aún y cuando existe una decisión unilateral de cada sociedad, aún no se ha perfeccionado el acuerdo productor de la fusión.

Así, el legislador prevé dos actos sucesivos. El primero es una decisión unilateral de cada sociedad, para celebrar el convenio de fusión y para ello satisfacen los requisitos legales preparatorios del contrato, incluida la

publicación de su voluntad de celebrarlo, de donde deriva el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores de las sociedades involucradas.

Transcurrido el plazo legal, se podrá llevar a cabo el convenio y éste deberá inscribirse también, produciendo todos sus efectos legales, como serán desde luego la cancelación de la inscripción de la sociedad fusionada en el registro de comercio, el aumento del capital social de la fusionante, la integración de los nuevos socios de la fusionada a la fusionante etcétera.

La otra vertiente, interpreta el término “acuerdo” referido al convenio de fusión y su inscripción, sujetando exclusivamente los efectos a una condición suspensiva. Esta concepción podemos fundarla en un indebido uso del lenguaje por el legislador, al referirse a la inscripción de los acuerdos sobre fusión y sujetar sus efectos al plazo de vacancia referido en el artículo 224.

Si han de inscribirse las determinaciones sociales unilaterales sobre llevar a cabo la fusión, pero no el acuerdo en sí mismo, ¿cómo podrá surtir efectos 3 meses después de esta inscripción?

Si el legislador sujeta los efectos del acto a una condición suspensiva, supone su actual existencia, no su futura celebración.

Durante el plazo de vacancia cabe el ejercicio de la acción de oposición de los acreedores sociales, y aquél se prorrogará por todo el tiempo de duración del proceso judicial y hasta causar ejecutoria la sentencia que declare infundada la oposición.

En esta vertiente, el último párrafo del artículo en comento deberá leerse: “surtirá efectos la fusión” y no

“podrá llevarse a cabo la fusión”. Esto se advierte de la redacción de la disposición, la cual de manera clara hace referencia a los efectos y no a la celebración del acto, al referir: “la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas”.

Refuerza aún más este criterio la disposición 225, la cual hace referencia a los efectos de la fusión al momento de su inscripción en el registro del comercio y no a la legitimidad para celebrarla.

Aconsejable resulta entonces, una vez tomada la decisión social de las morales involucradas en la fusión, celebrar el convenio sujeto a la condición suspensiva legal del plazo de vacancia y oposición, e inscribir ambos en el registro de comercio. Si vencido el plazo no hay oposición o se declara infundada o supera el obstáculo, el acuerdo de fusión surtirá todos sus efectos y deberá notificarse al registro para su debida publicidad.

IV. PUBLICIDAD

Publicidad (Art. 223). La finalidad de la publicidad del acuerdo de fusión, es hacer del conocimiento de todas aquellas personas que tienen algún vínculo jurídico con la sociedad, su inminente extinción si se trata de la sociedad fusionada y el incremento del pasivo si se trata de la sociedad fusionante.

Los terceros que contratan con la sociedad, deben ser protegidos de los efectos irrogados por la fusión, porque ésta implica la extinción de la sociedad fusionada y por lo tanto la transmisión de sus obligaciones y patrimonio a la sociedad fusionante, quien no lo recibe a beneficio de inventario, sino que lo confunde con su patrimonio. Por lo tanto, los efectos pueden resultar beneficiosos o perniciosos para el acreedor social.

Si la sociedad fusionante tiene un patrimonio sano y por lo tanto es solvente respecto de las obligaciones propias y las subrogadas, el acto podría incluso beneficiar a los acreedores de la sociedad fusionada cuando ésta se encuentre en estado de insolvencia o cuando menos de iliquidez. Pero este efecto a su vez, puede resultar en una reducción de la liquidez o solvencia de la sociedad fusionante en perjuicio de sus acreedores.

Por esta razón los acreedores sociales podrán oponerse a la fusión, si como resultado de ésta se dismi-

nuye la solvencia de las sociedades involucradas, sea fusionante o fusionada, de manera que ponga en riesgo el cumplimiento de sus obligaciones.

Para este efecto, la ley establece que las obligaciones a plazo se tienen por vencidas, lo cual no significa anticipar el derecho de los acreedores para ejercer su derecho de cobro, sino tan solo el derecho de oposición en este momento sin necesidad de esperar al vencimiento del plazo al cual esté sujeto su crédito.

También significa que si la sociedad deudora pone en riesgo la solvencia del crédito, al disminuir la garantía general de sus obligaciones en términos de lo dispuesto por el artículo 2964 CC, no obstante que el plazo para el cumplimiento no caduca y, por lo tanto no se vuelve exigible en el momento de la fusión (1959 CC), sí se actualiza el derecho de oposición, el cual podrá allanarse mediante el pago anticipado respectivo.

En la sociedad colectiva los socios responden en lo personal del cumplimiento de las obligaciones, al ser responsables con su patrimonio. Si la sociedad se fusiona con una S.A., los socios se despojan de esta responsabilidad y por lo tanto el acreedor podrá perder oportunidad de cobrar su crédito, al resultar insuficiente el activo de la sociedad.

Por esta razón, la ley exige la inscripción del acuerdo en el registro público del comercio, por ser el medio de publicidad idóneo de las sociedades mercantiles para superar la relatividad de los efectos jurídicos y extenderlos a cualquier persona relacionada con la sociedad.

Además del acuerdo de fusión, la LGSM exige la publicación del último balance. De igual forma, los co-

mentarios vertidos en relación a la transformación resultan aplicables a la fusión,² con la salvedad de que en este caso la sociedad fusionada sí se extingue y su patrimonio se transmite en bloque a otro sujeto de derecho, la sociedad fusionante o resultante de la fusión.

Los argumentos expuestos al tratar el tema de la transformación son los siguientes:

El balance es un documento contable, que permite conocer lo que la sociedad posee y lo que debe. Desde luego, es estático como una fotografía de la situación financiera de la sociedad en el momento en el que se practica. De aquí la trascendencia de la fecha de elaboración.

Pero la finalidad del balance hace variar el número de los elementos componentes y la valorización de los mismos. En consecuencia, habrá balances de comprobación, balances de fin de ejercicio, balances de fusión, balances de transformación, balances de presentación ante los tribunales, ya sea por convocatoria de acreedores, quiebras, etcétera.

Para interpretar el balance, es esencial que se especifique en el encabezado del mismo, el motivo por el cual ha sido emitido. Si carece de este requisito, no es posible determinar el sentido y valor de las cifras consignadas en su texto. De aquí la primera crítica al legislador. La norma (art. 223) hace referencia al “último balance”. De acuerdo con la legislación, las sociedades tendrán obligación de elaborar el balance para rendir cuentas de la administración. En las sociedades en comandita sim-

² VISOSO DEL VALLE, FRANCISCO JOSÉ, *Transformación de Sociedades*, Librería Porrúa, Colegio de Notarios, Colección de Temas Jurídicos en Breviarios, núm. 68, 2012.

ple, responsabilidad limitada y en nombre colectivo, será cuando menos cada seis meses y en la sociedad anónima y comandita por acciones, anual.

En consecuencia, si la transformación se decide y ejecuta en el último trimestre del ejercicio social, en el mejor de los casos el “último balance” tendrá por lo menos tres meses de antigüedad y en el peor, nueve. Además, se tratará seguramente del balance del fin de ejercicio, el cual marca una etapa simbólica, sin solución de continuidad en la empresa. La valuación de los rubros que lo forman debe estar en función de su aprovechamiento en los futuros ejercicios.³

La finalidad del balance en la transformación, diverge del balance anual. Como lo hemos visto, en éste la finalidad es imponerse del estado de la empresa al fin del ejercicio social, para conocer los elementos con los que ésta cuenta para su aprovechamiento en los futuros ejercicios.

En la transformación, el balance debe estar acorde a la finalidad que lo aconseja. Como lo veremos a continuación, ésta consiste en informar a los acreedores de la sociedad el estado financiero y contable de la misma a efecto de estar en posibilidad de valorar los riesgos que esta operación representa en el pago de su crédito. Si como consecuencia de la transformación, el acreedor ve disminuidas las garantías naturales del mismo, tendrá fundamento para oponerse a la transformación, lo que deberá manifestar mediante el ejercicio de la acción ante los tribunales competentes (art. 224).

³ *Enciclopedia OMEBA de Contabilidad, Economía Finanzas y Dirección de Empresas*, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 3º transitorio del decreto de 19 de diciembre de 1980, publicado en *DOF* de 23 de enero de 1981, a partir de la vigencia de dicho decreto, todas las expresiones de las leyes mercantiles en que se hable del Balance General, o cualquier otra expresión equivalente, como documento de información financiera, se entenderán en el sentido de que dichas expresiones incluyen los estados y notas establecidos en los incisos C) al G) del artículo 172 LGSM, que se refieren:

C) Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio.

D) Un estado que muestre, debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad durante el ejercicio.

E) Un estado que muestre los cambios en la situación financiera durante el ejercicio

F) Un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio

G) Las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados anteriores.

Estado, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, significa un resumen, por partidas generales, que resulta de las relaciones hechas por menos, y que ordinariamente se figura en una hoja de papel.

Por esta razón, resulta relevante conocer el activo de la fusionada que será transmitido a la fusionante y el importe de las obligaciones (pasivo) del que deberá responder, así como el activo con el que cuenta la fusionante y el pasivo que reporta. El nivel de apalanca-

miento resultado de la fusión, una vez sumado el pasivo y activo de ambas, deberá reflejar una situación financiera sana, lo que permitirá conocer a los acreedores sociales el riesgo en el cumplimiento de sus créditos y por lo tanto arrojará los elementos fundacionales de la oposición.

Pero los estados financieros de las sociedades, también son relevantes para los socios, porque les permite conocer el resultado económico de la fusión a nivel personal. Como lo indicamos, la fusión no produce la exclusión de los socios sino por el contrario, su absorción en la sociedad fusionante, recibiendo a cambio de sus acciones en la fusionada, títulos representativos del capital social de la fusionante y por lo tanto derechos patrimoniales en la misma.

El valor de los bienes de la fusionada transferidos a la fusionante por efecto de la fusión, deberán ajustarse a su valor actual al momento de la fusión.

V. DERECHO DE OPOSICIÓN

1. EFECTO DE LA OPOSICIÓN

Antes de analizar el derecho de oposición, resulta indispensable establecer si este compete solo a los acreedores sociales de las fusionadas o también de la fusionante.

La redacción de la norma (224), permite concluir su referencia a todas las sociedades involucradas y no solo a las fusionadas, porque de haber sido así, el legislador debió distinguir y no lo hizo.

La oposición no impide la fusión, tan solo la suspende hasta que se actualice cualquiera de los siguientes eventos:

- a. Cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada.
- b. Depósito del importe del crédito del acreedor opositor, en una institución de crédito.
- c. Pago del crédito al acreedor.

La incorporación de una sociedad en otra, produce cambios financieros en la fusionante al absorber tanto el activo como el pasivo de la fusionada, y en ésta al desaparecer y transferir la responsabilidad de sus obligaciones a la fusionante.

De aquí que el acreedor de cualquiera de ellas, pueda ver disminuida su garantía general (2964). El depósi-

to del importe del crédito o su pago, hacen desaparecer la causa de la oposición y por lo tanto allana el camino a sus efectos jurídicos.

2. VACANCIA

La LGSM exige un período de espera en la fusión. Consiste en un plazo de 3 meses contados a partir de la publicidad del acto, mediante la inscripción de la resolución correspondiente en el RPC (223-224).

El requisito de publicidad se cumple por dos vías, la publicación en los periódicos oficiales del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse y la inscripción del acuerdo en el RPC.

Como la LGSM confiere efectos a la fusión tres meses después de la inscripción en el RPC, se excluye cualquier interpretación que aconseje la procedencia de la inscripción sin la previa publicación. De modo contrario, este último requisito quedaría derogado.

Retomamos ahora el tema del acuerdo sobre fusión, referido al tratar la cuestión de la resolución de cada una de las sociedades. Si lo inscribible es ésta, no podemos hablar de fusión y menos aún de sus efectos, porque la determinación unilateral de las sociedades no produce el acuerdo de voluntades, sino hasta la celebración del convenio de fusión. Por lo tanto, si solo se inscribieron las resoluciones de las asambleas de las sociedades a fusionarse, resultará imposible que surta efectos la fusión. Por ello aconsejamos la celebración del acuerdo de fusión y su simultánea inscripción sujeta a la condición suspensiva legal de la oposición. De

esta manera, una vez agotados los requisitos y cumplida la condición, la fusión surtirá plenos efectos

3 FUSIÓN SIN VACANCIA

El fenómeno se produce en los siguientes supuestos:

a. Si las sociedades a fusionarse (no distingue si es fusionada o fusionante) pactan el pago de todas las deudas.

b. Se constituye el depósito de su importe en una institución de crédito, o

c. Constare el consentimiento de todos los acreedores.

En cualquiera de los referidos supuestos, la fusión surtirá efecto al momento de inscribir el acuerdo en el RPC.

En la fusión la fusionada desaparece y por lo tanto resulta entendible, aunque innecesario, el consentimiento, el reconocimiento expreso de la fusionante de la existencia del crédito y por lo tanto, la asunción de la obligación de cubrirlo, en virtud de que ésta opera por ministerio de ley.

Pero desde luego que sí pueden alterarse las garantías naturales de los créditos societarios. Si la sociedad que se fusiona en su forma original fue constituida en nombre colectivo y pasa a ser en comandita simple, no todos los socios continuarán siendo subsidiariamente responsables y por lo tanto, los acreedores habrán perdido la garantía natural del crédito societario, al no poder ejecutar su crédito en el patrimonio de los socios

comanditarios, liberados de la responsabilidad por efecto de la transformación producida por la fusión.

Más si los socios colectivos pactan entre sí y convienen con la sociedad en seguir garantizando de manera subsidiaria (fiadores) las deudas sociales, la fusión dejará incólume las garantías del crédito.

La fusión en sentido inverso, de una sociedad anónima a una colectiva, no nos permite aplicar la misma razón, porque la naturaleza jurídica de la sociedad personal amplía las garantías del acreedor social y por lo tanto, resultará inaplicable la disposición por lo que al acuerdo o pacto de pagar las deudas se refiere. Esto será totalmente intrascendente.

La doctrina ha sostenido la continuidad de la responsabilidad con respecto a las obligaciones sociales, ante la modificación del estatus de los socios. Si la sociedad en nombre colectivo contrajo obligaciones y sus socios son subsidiariamente responsables, la fusión en una S.A. no los libera de responsabilidad.

A. DISIENTO DE ESTA POSICIÓN

La fusión sí produce el efecto extintivo o constitutivo de la responsabilidad subsidiaria de los socios, respecto de las obligaciones existentes en el momento de producirse la transformación por la fusión.

Esta es precisamente, la causa, razón o motivo del sistema seguido para autorizar la fusión. La publicidad del acuerdo, la acción de oposición de los acreedores, el derecho de separación de los socios, todo ello, no se explicaría si el régimen de la responsabilidad subsidiaria de los socios se mantuviera inerte.

Si el supuesto derogatorio de la vacancia de la fusión debiera entenderse como el pago de todas las deudas, y no solo como lo hemos explicado, el convenio de su pago, resultaría seriamente gravoso. Además, ¿cuál sería entonces la razón de contemplar una opción adicional a la sociedad, mediante el depósito del importe de las mismas?

Con referencia al depósito del importe de los créditos y la determinación de los acreedores, al tratar la transformación de las sociedades, dijimos:⁴

Con referencia al depósito del importe de los créditos, ¿cuál es su naturaleza legal? El depósito no puede entenderse como diligencia previa de consignación y pago de las deudas, porque entonces ya no habría acreedores y por lo tanto excluiríamos el caso de la aplicación de los supuestos objeto de análisis. No, el depósito tiene naturaleza accesoria de garantía del pago de los créditos. Así se entiende cuando la LGSM (art. 225) hace referencia al importe del mismo, estableciendo para este único efecto, (determinar el monto del depósito), el vencimiento anticipado de las deudas a plazo. ¿Cómo se realiza el depósito en una institución de crédito? Por Decreto publicado en el *DOF* de fecha 1º de febrero del 2008, se reformó el artículo 71 de la LIC para regular las **cartas de crédito bancarias**. Nos atrevemos a clasificarlas así, toda vez que la misma disposición establece su regulación con exclusión de lo dispuesto en la LGTOC: “Las instituciones de crédito, al emitir las cartas de crédito a que se refieren las fracciones VIII y XIV del artículo 46 de esta Ley, se sujetarán

⁴ VISOSO DEL VALLE, FRANCISCO JOSÉ, *Transformación de sociedades*, *op cit*

a lo señalado en este artículo y, de manera supletoria, a los usos y prácticas que expresamente indiquen las partes en cada una de ellas, sin que resulte aplicable para esta operación lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito”. Debemos reconocer que aún antes de la reforma, las cartas de crédito en los términos actualmente reglamentadas ya venían utilizándose por la influencia extranjera en las operaciones comerciales. Así lo reconoce la exposición de motivos de la citada reforma, al exponer: “La propuesta de reforma tiene como finalidad actualizar la legislación bancaria vigente para estar en concordancia con los usos y prácticas bancarias en materia de cartas de crédito, tanto a nivel nacional como internacional. El texto vigente resulta insuficiente ya que únicamente se refiere a la carta de crédito comercial, y es omiso respecto a las garantías contingentes que en la actualidad son de uso común tanto en operaciones domésticas como internacionales. Por lo anterior, exclusivamente en lo relativo a las operaciones celebradas mediante el uso de cartas de crédito por parte de instituciones de crédito, se propone establecer la supletoriedad de los usos y prácticas que señalen expresamente las partes contratantes de este tipo de servicio, con base en estándares internacionales, así como delimitar claramente la responsabilidad de las instituciones de crédito en dichas operaciones. Asimismo, se hace un reconocimiento de la existencia de la carta de crédito comercial y de las garantías contingentes, denominándoles de forma genérica ‘cartas de crédito’”. Además, y a fin de incrementar la seguridad jurídica del beneficiario de la carta de crédito, se propone establecer la posibilidad de que ésta pueda ser modificada o cancelada exclusivamente con la aceptación expresa de la institución emisora, del beneficiario y, en su caso, de la institución confirmadora, definiendo así su carácter de

irrevocable. Lo anterior es relevante toda vez que ese tipo de instrumentos se utilizan cada vez con mayor frecuencia en el ámbito internacional. Ante esto, es necesario que el marco regulatorio con el que cuenta nuestro país responda a la demanda de los usuarios de ese tipo de instrumentos, con reglas claras, acordes con los usos y prácticas internacionales, y con las responsabilidades de los participantes claramente delimitadas. Las modificaciones propuestas buscan que el uso de este instrumento sea más generalizado, práctico, ágil y seguro.

La Ley define a las cartas de crédito como: “el instrumento por virtud del cual una institución de crédito se obliga a pagar, a la vista o a plazo, a nombre propio o por cuenta de su cliente, directamente o a través de un banco corresponsal, una suma de dinero determinada o determinable a favor del beneficiario, contra la presentación de los documentos respectivos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones previstos en la propia carta de crédito” **Autonomía** La obligación de la institución de crédito emisora de la carta, constituye un derecho autónomo, desligado de la causa que le dio origen, cuyo ejercicio solo dependerá de las condiciones contenidas en la propia carta de crédito. La institución no podrá oponer al tomador los derechos y obligaciones que ésta tenga frente al solicitante de la misma, a quien la Ley denomina cliente. Si la carta es irrevocable, solo puede ser modificada o cancelada con la aceptación expresa de la institución emisora, del beneficiario y, en su caso, de la institución confirmadora. Las cartas de crédito pueden ser de dos especies. *a*. Comerciales y, *b* de garantía o contingentes. Las comerciales permiten al beneficiario hacer exigible el pago de una obligación derivada de una operación de comercio, contra la presentación de los documentos en ellas previstos y de conformidad

con sus términos y condiciones. Las cartas de crédito de garantía o contingentes, garantizan el pago de una suma determinada o determinable de dinero, a la presentación del requerimiento de pago y demás documentos previstos en ellas, siempre y cuando se cumplan los requisitos estipulados.

La LFCE resultará aplicable en el caso de las fusiones que constituyan concentraciones de acuerdo con la citada ley y por lo tanto, aplicables los artículos 3, 16, 17, 20, 21, que si bien no se refieren expresamente al derecho de oposición, sí constituyen limitaciones y en su caso impedimentos para llevar a cabo la fusión.⁵

⁵ “ART 3º —Están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica. Serán responsables solidarios los agentes económicos que hayan adoptado la decisión y el directamente involucrado en la conducta prohibida por esta Ley.

ART 16 —Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

ART 17 —En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa

I Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder,

II Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante, y

III Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley

ART 20 —Las siguientes concentraciones deberán ser notificadas a la Comisión antes de que se lleven a cabo

I Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en la República, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal,

II Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico, cuyos activos anuales en la República o ventas anuales originadas en la República importen más del equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, o

III Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en la República de activos o capital social superior al equivalente a 84 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal y en la concentración participan dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal

Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la notificación de la concentración, la Comisión podrá ordenar a los agentes económicos involucrados en la transacción que no ejecuten la concentración hasta en tanto la Comisión emita la resolución favorable. En caso de que la Comisión no emita la orden correspondien-

te, los agentes económicos, bajo su responsabilidad, podrán ejecutar la concentración. La orden o la falta de ella no prejuzga sobre el fondo del asunto

Los actos relativos a una concentración no podrán ser inscritos en el Registro Público de Comercio hasta que se obtenga resolución favorable de la Comisión o haya transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 21 sin que dicha Comisión haya emitido resolución.

Los agentes involucrados en una concentración que no se ubiquen en los supuestos previstos en este artículo, podrán notificarla voluntariamente a la Comisión

ART. 21 —Para lo efectos del artículo anterior, se estará a lo siguiente.

I. La notificación se hará por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los agentes económicos involucrados, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida;

II. La Comisión podrá solicitar datos o documentos adicionales dentro de los quince días contados a partir de la recepción de la notificación, mismos que los interesados deberán proporcionar dentro de un plazo de quince días, el que podrá ser ampliado en casos debidamente justificados,

III Para emitir su resolución, la Comisión tendrá un plazo de treinta y cinco días contado a partir de la recepción de la notificación o, en su caso, de la documentación adicional solicitada. Concluido el plazo sin emitir resolución, se entenderá que la Comisión no tiene objeción alguna,

IV En casos excepcionalmente complejos, el Presidente de la Comisión, bajo su responsabilidad, podrá ampliar el plazo a que se refieren las fracciones II y III hasta por cuarenta días adicionales.

V. La resolución de la Comisión deberá estar debidamente fundada y motivada; y

VI. La resolución favorable no prejuzgará sobre la realización de otras prácticas monopólicas prohibidas por esta ley, por lo que no releva de otras responsabilidades a los agentes económicos involucrados ”

VI. FUSIÓN ENTRE SOCIEDADES MERCANTILES Y CIVILES

La diversa naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles y civiles, atendiendo en las primeras al fin de lucro que caracteriza las actividades de los comerciantes y a las segundas su carácter preponderantemente económico pero precisamente sin fin de lucro, es decir, de especulación comercial, presenta la interrogante con relación a la posibilidad de fusionarlas entre sí, debido a la obligada consecuencia de alterar la naturaleza de la sociedad fusionada.

Si bien la fusión produce la extinción de la sociedad fusionada y en consecuencia, no podemos establecer la alteración de la naturaleza jurídica de la misma pues al no subsistir, ya no posee naturaleza jurídica alguna, no menos cierto son las consecuencias jurídicas inherentes al patrimonio social y a los socios de la fusionada, los cuales subsisten y se integran a la sociedad fusionante con un régimen legal y finalidad diversa de aquella que dio origen a la aportación inicial del capital y celebración del contrato social.

Por estas razones, resulta interesante analizar el caso

De acuerdo con Mantilla Molina, es procedente. El citado autor, en relación al tema en estudio, al referirse

a la transformación pero consideramos aplicable a la fusión, se funda para afirmar su procedencia entre sociedades de diversa naturaleza jurídica en lo siguiente: “a) El texto legal (art. 227 LGSM), no es expreso, pero permite a cualquiera de las sociedades constituidas conforme al artículo 1º, adoptar cualquier otro ‘tipo legal’[...]”.⁶

El art. 222 incluso se refiere a las sociedades que han de fusionarse como de diversa naturaleza, ni siquiera tipo legal. La naturaleza civil es una especie de sociedad.

[...] b) Los derechos de los socios están protegidos. el acuerdo de transformación no puede aumentar sus obligaciones sin que presten su consentimiento: bien se condiciona al acuerdo unánime; bien se concede al socio inconforme el derecho de retiro c) Los derechos de los acreedores están, también, salvaguardados: por la publicidad y el derecho de oposición. ch) El cambio de la Ley aplicable no implica el de la “naturaleza” de la personalidad social. Ésta es la misma y emana de la misma norma.

Habrà sin embargo que cuidar un aspecto importante con relevancia fiscal. De conformidad con el artículo 14-B del CFF, la sociedad fusionante deberá continuar realizando las actividades que realizaba ésta y las sociedades fusionadas antes de la fusión, durante un período mínimo de un año inmediato posterior a la fecha en la que surta efectos la fusión, para que ésta no se

⁶ MANTILLA MOLINA, Roberto L., *Derecho mercantil*, 29ª ed., Editorial Porrúa, México, 1997, p. 258

considere enajenación. Por lo tanto, si la sociedad civil se convierte en sociedad mercantil, (por el hecho de adoptar el tipo mercantil de acuerdo con el artículo 4 LGSM), no hay inconveniente en que continúe realizando la actividad propia del objeto social aunque no constituya especulación comercial, lo que no podrá suceder en el caso contrario, porque la S.C. no puede realizar actos de especulación comercial como objeto social, aunque sí los podrá realizar para la consecución de su objeto social. En este supuesto, sería necesario modificar el objeto social y por lo tanto se sustraería del supuesto de excepción de enajenación que contempla el CFF.

ART 14-B —Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 14, fracción IX, de este Código, se considerará que no hay enajenación en los siguientes casos

I En el caso de fusión, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos

a) Se presente el aviso de fusión a que se refiere el Reglamento de este Código.

b) Que con posterioridad a la fusión, la sociedad fusionante continúe realizando las actividades que realizaban ésta y las sociedades fusionadas antes de la fusión, durante un período mínimo de un año inmediato posterior a la fecha en la que surta efectos la fusión. Este requisito no será exigible cuando se reúnan los siguientes supuestos.

1. Cuando los ingresos de la actividad preponderante de la fusionada correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la fusión, deriven del arrendamiento de bienes que se utilicen en la misma actividad de la fusionante

2. Cuando en el ejercicio inmediato anterior a la fusión, la fusionada haya percibido más del 50% de sus

ingresos de la fusionante, o esta última haya percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionada.

No será exigible el requisito a que se refiere este inciso, cuando la sociedad que subsista se liquide antes de un año posterior a la fecha en que surte efectos la fusión.

c) Que la sociedad que subsista o la que surja con motivo de la fusión, presente las declaraciones de impuestos del ejercicio y las informativas que en los términos establecidos por las leyes fiscales les correspondan a la sociedad o sociedades fusionadas, correspondientes al ejercicio que terminó por fusión.

VII. TEMAS DIVERSOS RELACIONADOS CON LA FUSIÓN

A continuación presentamos algunos casos de interés en relación con la fusión, por considerarlos atípicos.

1. SOCIEDAD IRREGULAR

De conformidad con el artículo 2 LGSM, la sociedad mercantil es irregular si no está inscrita en el Registro Público de Comercio, con independencia de estar constituida en escritura pública o póliza.

¿Siendo una sociedad irregular podrá fusionarse?

Consideramos indispensable la regularización de la sociedad para su fusión. La sociedad podrá tomar el acuerdo de fusión a través del órgano correspondiente, pero deberá inscribirlo para que surta efectos debiendo por lo tanto, resolver su irregular situación. El acuerdo debe inscribirse en el folio mercantil electrónico del comerciante persona moral.

El C.Co. establece la obligatoria inscripción de los comerciantes personas morales (art. 19), ofreciendo una respuesta a nuestro caso, al indicar la matriculación oficiosa de las mismas al inscribir cualquier acto cuyo registro sea necesario.

Por lo tanto, la o las sociedades irregulares podrán acordar la fusión e incluso, celebrar el convenio corres-

pondiente y, al solicitar su inscripción en el Registro de Comercio, regularizarán su situación legal al quedar simultáneamente matriculadas.

En conclusión, las sociedades irregulares podrán fusionarse procediendo simultáneamente a su matriculación en el registro al momento de inscribir el acuerdo de fusión.

2. SOCIEDAD EN ESTADO DE DISOLUCIÓN

El estado de disolución de la sociedad, obliga la subsecuente liquidación del patrimonio. Sin embargo y a pesar de la disposición legal en virtud de la cual parece limitarse la capacidad de la persona moral en estado de disolución (223), la asamblea de socios continúa gobernando la sociedad y por lo tanto podrá tomar decisiones tendientes a enervar la causa de la disolución.

En base al principio de derecho, por virtud del cual se permite la preservación del acto jurídico ante las causas de invalidación, consideramos lo siguiente:

a. Si la disolución de la sociedad se realiza anticipadamente y por voluntad de los socios (acto unilateral), nada impide antes de concluir su liquidación, la reintegración del patrimonio social y la revocación del acuerdo.

Si la liquidación ha concluido y se ha cancelado la inscripción en el registro, consideramos concluida la vida de la sociedad y por lo tanto ya no será posible revertir el acto jurídico.

Por lo tanto, en el primer supuesto de disolución, será posible revocar la determinación de los socios y fusionar la sociedad.

b. Si la disolución de la sociedad se produce por la expiración del plazo y la sociedad ha continuado operando normalmente, consideramos aplicable al caso el consentimiento tácito de los socios de permanecer asociados y por lo tanto, prorrogar indefinidamente el contrato en base a la reforma al artículo 6 fracción IV LGSM.

Si bien la causa invocada se produce por ministerio de la ley, la personalidad jurídica de la sociedad no se extingue por ese solo hecho y por lo tanto, la asamblea de socios puede válidamente resolver la fusión, la cual como hemos visto, produce la extinción de la sociedad, solo que en este caso no transita por el estado de disolución ni se liquida.

La liquidación tiene por objeto desinteresar a los acreedores sociales. El patrimonio se realiza o en su caso se aplica a los socios en pago de sus aportaciones, previa la culminación de las obligaciones sociales. En la fusión, las relaciones jurídicas de la sociedad, con los socios o con terceros, se conservan pero se produce una novación subjetiva por la subrogación de la sociedad fusionada con la fusionante. Por lo tanto, consideramos viable la fusión de una sociedad en estado de disolución y en proceso de liquidación si de manera previa se revierte el acuerdo y no se afectan los derechos de terceros.

Sin embargo, es relevante analizar la causa de la disolución de la sociedad ya que en algunos casos es consecuencia del incumplimiento de disposiciones legales de orden público. En este supuesto, no sería viable revertir el proceso de disolución.

c. Con relación a las demás causas de disolución, cabe distinguir su acontecimiento de su reconocimiento.

El artículo 229 LGSM las enuncia y consisten en la imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado; porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que la ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona; por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

A su vez, el artículo 232 en su párrafo segundo condiciona la inscripción de la disolución de la sociedad a la previa comprobación por la sociedad de las mencionadas causas. Si la sociedad comprueba alguna, bien puede remediarla antes de acordar la disolución.

Aún y cuando la sociedad hubiera reconocido la causa de disolución y como consecuencia se encontrara en estado de liquidación, considero posible revertir el acuerdo mediante la resolución de fusionar la sociedad. Cabe sin embargo, distinguir si la sociedad será fusionada o fusionante.

En el primer supuesto, la liquidación constituye una fase del proceso de extinción de la sociedad. A diferencia de la fusión, con efecto igualmente extintivo de la sociedad fusionada, la liquidación concluye las operaciones de la sociedad y finiquita los créditos activos y pasivos de la misma. En la fusión, la fusionante absorbe el patrimonio de la fusionada y se subroga en todos los derechos y obligaciones de la misma, quedando obligada a su puntual cumplimiento.

Por lo tanto, si la sociedad en liquidación anticipara su extinción sin concluir el proceso de disolución, en

nada afectaría a los terceros que con ella hubieran contratado, porque el cumplimiento de las obligaciones continúa vigente, asumido por la fusionante

Ahora bien, si la sociedad en liquidación fuera la fusionante, ¿qué problema habría para revertir la situación?

El análisis de la causa de disolución tendría efecto relevante en la procedencia de la fusión. En primer término, debería resolverse la causa rehabilitando la sociedad, la cual aún conserva personalidad jurídica y por lo tanto es apta para resolver lo conducente.

En el primer supuesto, la imposibilidad de la sociedad de realizar su objeto social o por haberse consumado, nos parece incongruente con la finalidad de la fusión.

En efecto, la fusión tiene finalidad económica. Absorber el patrimonio de la sociedad fusionada con el objeto de fortalecer la economía de la fusionante a manera de contar con mayor capacidad para la realización de su objeto social. Por lo tanto, si la finalidad de su constitución, materializada en su objeto social, no es realizable o se ha consumado, no consideramos viable la fusión

Las demás causas de disolución, sea porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que la ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona, o por la pérdida de las dos terceras partes del capital social, nos parecen menos graves y por lo tanto salvables mediante la fusión

Si la fusionante incorpora a los socios de la fusionada, el capital social o las partes de interés no quedarán reunidas en una sola persona en virtud de la integración

de los socios de la fusionada en el capital social de la fusionante y por lo tanto incluso, la fusión puede ser la manera de convalidar este supuesto de disolución, no obstante encontrarse en proceso de liquidación.

Cuando la disolución se produce por la pérdida de más de las dos terceras partes del capital social, la fusión puede aportar a la fusionante el importe de capital necesario para reponerla y por lo tanto resolver de igual manera la causa de disolución.

3. REGULACIÓN ESPECIAL

Existen diversas leyes que establecen requisitos especiales para la fusión y que resultan aplicables a las sociedades que por su objeto o autorización, son motivo de regulación especial en dichos ordenamientos. Entre estas podemos señalar las siguientes:

a. Ley General de Sociedades Mercantiles: regulación general (222 a 228 bis).

b. Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, regula los almacenes generales de depósito; y la realización habitual y profesional de compra venta de divisas, operaciones de crédito, arrendamiento financiero o factoraje financiero, y las sociedades que las realizan, como son las casas de cambio, sociedades financieras de objeto limitado, sociedades financieras de objeto múltiple (art. 8-XII regula fusión, no regula escisión).

c. Ley de Instituciones de Crédito (arts. 27, 27 bis).

d. Ley Para Regular las Agrupaciones Financieras (arts. 17 a 19).

e. Ley del Mercado de Valores. Regula la Fusión y Escisión de las casas de bolsa o de cualquier sociedad con una casa de bolsa (art. 132 a 134).

f. Ley Federal de Instituciones de Fianzas (art. 11, 15-X y XI).

g. Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (arts. 29-IX, X, 66 LGISMS y 228 bis LGSM).

h. Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro que regula a las administradoras de fondos de inversión y a las sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro.

i. Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia. Requiere autorización de la SHCP, previa opinión del Banco de México y la CNBV (art. 16).

j. Ley de Uniones de Crédito (art. 37 fusión, 38 escisión)

k. Ley de Ahorro y Crédito Popular. Regula las Sociedades Financieras Populares y regula la fusión y la escisión en el art 90-I y II y sigs., como medidas correctivas y de protección.

l. Ley Federal de Competencia Económica (3, 16, 20, 21).

m. Ley General de Sociedades Cooperativas (73-12).

n. Ley para regular las actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, como medidas correctivas y de protección (art. 85 a 89).

ñ. Ley de Fondos de Inversión (arts. 14 bis 4, 14 bis 5), regula la fusión de fondos de inversión y los arts. 81 bis 1 y 81 bis 2 la fusión de Sociedades Operadoras de fondos de inversión, Sociedades distribuidoras de

acciones de fondos de inversión y de valoradoras de acciones de fondos de inversión.

o. Ley para regular las Agrupaciones Financieras en referencia a las Sociedades Controladoras o Subcontroladoras y entidades financieras del mismo grupo (art. 17).

4. EMPRESAS TITULARES DE CONCESIÓN

De igual manera deberán observarse los requisitos para el otorgamiento y ejercicio de la concesión otorgada a las empresas que deseen fusionarse, porque en algunos casos puede exigirse determinada forma legal de constitución de la concesionaria y la fusión podría violar las obligaciones contenidas en el título de la concesión.

Tal es el caso de las entidades financieras.

VIII. FORMALIDADES DE LA FUSIÓN

En síntesis, las formalidades de la fusión se reducen a:

- Asambleas.
- Protocolización de las resoluciones de las asambleas
- Protocolización del acuerdo de fusión.
- Publicación del acuerdo de fusión.
- Inscripción del acuerdo de fusión.
- En su caso, formalización de la transmisión de bienes y derechos para los cuales la ley establezca una formalidad especial

1. EFECTOS DE LA FUSIÓN

La fusión importa la extinción de la sociedad incorporada si se trata de fusión por absorción o incorporación y de aquellas que se fusionan para constituir una diversa si es por integración.

Sin embargo, hemos sostenido la posibilidad de la fusionada de hacerlo parcialmente y por lo tanto su subsistencia. En este supuesto, no se produce la extinción de la sociedad sino la transmisión de parte de su activo, pasivo y capital social a la fusionante

La extinción tiene lugar para todas, sin liquidación.

Todo el patrimonio de la sociedad incorporada se funde con el de la incorporante, y los patrimonios ín-

tegros de las sociedades que se fusionan concurren a formar el patrimonio (unitario) de la sociedad nueva.

Respecto a la sociedad incorporante y a la nueva, cuando ambas sean sociedades por acciones, salvo diversa disposición del acto de fusión, del patrimonio de la incorporada deberá separarse el importe del capital social, el cual constituirá una aportación de capital en la incorporante y el resto se acumulará al patrimonio de la sociedad fusionante. Este efecto se repite en el caso de la fusión por integración, constituyendo respectivamente el capital social y el resto el patrimonio social de la nueva sociedad.

Se produce la sustitución subjetiva de la fusionante en las relaciones jurídicas de la fusionada, subrogándose en todos los derechos y obligaciones, sin beneficio de inventario, por lo tanto, la fusionante responderá con la totalidad de sus bienes y no exclusivamente con los transferidos por efecto de la fusión.

La absorción de los socios de la fusionada y su consecuente participación en el capital social de la fusionante, implican la emisión de nuevos títulos o partes sociales representativas de esta participación a su favor.

En el caso de la fusión por integración, implica la creación de una nueva sociedad y en la fusión por absorción o incorporación, el aumento del capital social.

2. EFECTOS FRENTE A LOS SOCIOS

A. DERECHO DE RETIRO

Dependerá de la naturaleza de las sociedades que se fusionen. Si son sociedades personales (colectiva y

comandita simple), la modificación del estatuto social o la admisión de nuevos socios como consecuencia de la fusión, les permitirá ejercer el derecho de separación. Si son sociedades de capitales (anónima, comandita por acciones), solo se podrán separar de la sociedad si el acuerdo de fusión conlleva el cambio de objeto, nacionalidad o transformación de la sociedad.

No obstante que la decisión de fusionarse corresponde a la sociedad, la cual tiene personalidad jurídica propia y distinta de los socios que la componen, ésta desaparece y aquellos conservan su derecho sobre el patrimonio de la fusionada, y por efecto de su integración al de la fusionante, se les reconoce como socios o accionistas de la misma, titulares de una parte alícuota del patrimonio total

Desde luego la participación de los socios o accionistas en el capital social, sufrirá un cambio porcentual de acuerdo con la representación del capital fusionado en el capital social de la sociedad fusionante. Éste, resulta de la suma del capital de la sociedad fusionada y el propio al producir efecto la fusión

En este último caso, si la sociedad fusionante tiene un capital social de cinco millones de pesos y la fusionada de un millón de pesos, el capital social total será de seis millones de pesos, sin embargo, si suponemos dos socios en esta última, por partes iguales, cada uno detentaba el 50% del capital social y siendo una sociedad anónima, en esta proporción participaban en las decisiones de la sociedad.

Como consecuencia de la fusión, cada uno conserva una participación en el capital social de quinientos

mil pesos, pero esto representa una doceava parte del capital social, por lo que su participación se reduce de la mitad a la doceava parte del capital social y en esta misma medida su poder de decisión en las asambleas.

Desde luego, los nuevos accionistas de la sociedad fusionante deberán recibir títulos representativos del capital social de la anónima, mediante una nueva emisión, entendiéndose suscritas y pagadas por efecto mismo de la fusión y sin necesidad de realizar acto posterior.

3. EFECTOS FRENTE A LOS ACREEDORES

A. SUBROGACIÓN SUBJETIVA DE LA OBLIGACIÓN

Se produce por la extinción de la sociedad fusionada y la transmisión de las obligaciones y derechos de la misma a la sociedad fusionante.

La subrogación se produce de manera exclusiva en el sujeto de la relación jurídica, por la transmisión universal del patrimonio de la sociedad fusionada el cual se integra al de la sociedad fusionante por efecto de la fusión. La obligación en sus demás elementos, objetivo, material etcétera, permanece incólume.

La subrogación conserva, a favor del acreedor, todos los derechos de crédito y los accesorios tales como las garantías otorgadas en seguridad de su cumplimiento.

La subrogación subjetiva obliga reflexionar sobre la sustitución laboral regulada por el artículo 41 de la LFT, el cual establece:

ART 41.—La substitución de patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento. El

patrón substituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de la substitución, hasta por el término de seis meses, concluido éste, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón

El término de seis meses a que se refiere el párrafo anterior, se contará a partir de la fecha en que se hubiese dado aviso de la substitución al sindicato o a los trabajadores

El efecto de la fusión no se encuentra definido por la LGSM, sino por el CFF en su artículo 14, al calificarla como un acto traslativo de dominio por considerarla enajenación.

La disposición establece que se entiende por enajenación de bienes, la que se realice mediante fusión. Así, definida la naturaleza fiscal de la institución y aplicada al tema de la substitución patronal, concluimos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 224 en su parte final de la LGSM, la substitución patronal en la fusionante, al tomar ésta a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.

A continuación se transcribe una tesis del Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo del Tercer Circuito, con la finalidad de precisar el concepto de la substitución patronal y el caso en el cual opera.

SUSTITUCIÓN PATRONAL. CUÁNDO OPERA —Existe substitución de patrón en relación con una unidad económica de producción, siempre y cuando haya íntima relación entre dicho fondo de trabajo y el patrono, sin interrupción de las actividades laborales de producción o servicio, esto es, cuando el patrón

no sustituto siga el desarrollo de las actividades del anterior, dentro del centro de trabajo, empleando la misma maquinaria y herramientas, ocupando ese local, manteniendo el mismo giro comercial, sosteniendo la misma productividad y siempre que no exista paralización de labores. En otros términos, debe entenderse que hay sustitución de patrono, no sólo cuando el que lo ha sido traspasa directa o indirectamente, mediata o inmediatamente su negocio a un tercero, sino que se requiere, como elemento esencial, la continuación de la empresa sin paralización de labores, y teniendo como fin la misma productividad y giro; de lo contrario, de existir previamente paralización de labores con motivo de haberse declarado rotas las relaciones de trabajo, como puede suceder después del estallamiento de un movimiento de huelga, en que los bienes de la empresa que se dice sustituida pasan mediante un remate a otra empresa, es claro que no se presenta la sustitución patronal contemplada legalmente.

Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Tercer Circuito

Amparo en revisión 47/96 Luis Miguel Ramos Mena. 30 de abril de 1997 Unanimidad de votos Ponente Hugo Gómez Ávila. Secretario Eugenio Isidro Gerardo Partida Sánchez

Registro 198603. Localización Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente. *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* V, junio de 1997. Página 786 Tesis III.T 19 L Tesis Aisladas Materia(s) Laboral.

4. EFECTOS CON RELACIÓN A LAS SOCIEDADES

Hemos adelantado el efecto extintivo de la o las sociedades fusionadas En la fusión por absorción o integración, la sociedad fusionada se extingue y la fusionante se sustituye en sus relaciones jurídicas de ma-

nera universal. A diferencia de lo ocurrido en el caso de la sucesión por herencia, en la fusión la sustitución subjetiva no admite el beneficio de inventario, por lo cual la sociedad fusionante será responsable de todas las obligaciones de la fusionada con su patrimonio total, es decir, la suma del patrimonio original y el recibido de la o las sociedades fusionadas.

Los efectos se producen como consecuencia de la fusión, el patrimonio se transmite sin necesidad de realizar ningún acto jurídico posterior. Sin embargo, la transmisión de la titularidad o propiedad de determinados bienes requieren formalidades especiales y por lo tanto deben agotarse para producir efectos frente a terceros.

En referencia a los bienes inmuebles, cuyo valor amerite la forma de escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Público de la Propiedad, así como el pago de impuestos federales o locales, comentamos:

La naturaleza jurídica de la fusión, abona el efecto traslativo de los bienes inmuebles propiedad de la o las sociedades fusionadas a favor de la sociedad fusionante. Tanto en su aspecto civil como fiscal, es considerada enajenación.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 2317 al 2320 CC, si el valor de avalúo del inmueble no excede al equivalente a 365 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, podrá otorgarse en documento privado, firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad.

Si el valor del avalúo del inmueble excede el referido importe, su enajenación se hará en escritura pública.

¿Cuál es el acto jurídico que el Notario hace constar en el instrumento relativo?

Desde luego no será la enajenación del inmueble, porque ésta se verificó por efecto de la fusión el cual será anterior al instrumento. Por ello, el notario deberá hacer constar la formalización de la transmisión por efecto de la fusión del inmueble propiedad de la fusionada a favor de la fusionante. La rogación del acto jurídico la realiza el representante de la sociedad fusionante, legitimado en su carácter de adquirente y causahabiente a título universal de la fusionada, o en su caso, quien haya sido designado para este efecto en el contrato de fusión.

La eficacia del acto estará íntimamente ligada con la de la fusión, por lo cual quien comparece ante el Notario, debe acreditar la inscripción en el registro público de comercio del acuerdo de fusión, así como las publicaciones exigidas por la ley y declarar bajo protesta de decir verdad, la inexistencia de oposición de parte de los acreedores de las sociedades involucradas en el mismo.

El ejercicio de la acción de oposición, aconseja la anotación de la demanda correspondiente en el folio mercantil de las sociedades involucradas en la fusión, por lo cual el Notario podría imponerse de los mismos y verificar su inexistencia.

Cumplidos los requisitos mencionados, podrá otorgarse el instrumento en el cual se hará constar el acto

jurídico, atreviéndonos a sugerir el siguiente clausulado: PRIMERA.—(El nombre de la fusionante), representada como ha quedado precisado, formaliza la transmisión por efecto de la fusión celebrada por ésta en su carácter de fusionante, con (denominación o razón social de la fusionada) en su carácter de fusionada, del inmueble (descripción). SEGUNDA.—Para efectos fiscales, el valor de la presente formalización es de (cantidad arrojada por el avalúo), de conformidad con el avalúo practicado por (nombre del valuador, quien deberá estar autorizado por la Tesorería del Distrito Federal para practicar avalúos para efectos fiscales) TERCERA.—El inmueble se utilizará para (uso, el cual deberá ser consistente con el autorizado por el plan parcial de desarrollo urbano del Distrito Federal). CUARTA.—El compareciente me exhibe constancias expedidas por la Tesorería del Distrito Federal y el Sistema de Aguas de la Ciudad de México, de las que se desprende que el inmueble objeto de este instrumento, no reporta adeudos por concepto de impuesto predial y derechos por consumo de agua de los últimos cinco años. Dichas constancias las agrego al apéndice de este instrumento con las letras QUINTA.—La propiedad del inmueble pasa a la fusionada, libre de todo gravamen y al corriente en el pago de sus contribuciones fiscales. (Debe considerarse la posibilidad de que el inmueble reporte algún gravamen en cuyo caso la redacción deberá modificarse) SEXTA.—La otorgante, en todo lo relativo al acto jurídico contenido en el presente instrumento, conviene la aplicación de las disposiciones legales federales y del Distrito Federal y se somete a la jurisdicción de los tribunales del fuero

común del Distrito Federal, con independencia de su domicilio presente o futuro.

En materia fiscal, hemos precisado los requisitos necesarios para no considerar enajenación la transmisión por fusión y en consecuencia, la no causación de los impuestos sobre la renta y al valor agregado.

De consideración también resulta la Resolución Miscelánea Fiscal número II.2.1.5, referente a la autorización para realizar una fusión sucesiva de la sociedad fusionante.⁷

⁷ RMF 2014· II 2.1 5

“Requisitos de la autorización para llevar a cabo una fusión posterior.

Para los efectos del artículo 14-B, segundo párrafo, del CFF, las sociedades que se encuentren en los supuestos previstos en el párrafo citado y vayan a fusionarse deberán solicitar la autorización correspondiente en los términos de la ficha de trámite 50/CFF “Solicitud de autorización o aviso para llevar a cabo una fusión posterior” contenida en el Anexo 1-A

En lugar de solicitar la autorización a que se refiere el párrafo anterior, las sociedades que se encuentren en los supuestos previstos en el artículo 14-B, segundo párrafo, del CFF y vayan a fusionarse, podrán optar por presentar un escrito libre en los términos de la fecha de trámite citada, manifestando bajo protesta de decir verdad, que tal información es cierta y refleja los hechos, actos y operaciones en que participan las sociedades que se fusionan. Dicho escrito deberá presentarse ante la Administración Central de Planeación y Programación de Fiscalización a Grandes Contribuyentes de la AGGC o ante la ALSC que corresponda al domicilio fiscal de la sociedad de que pretenda ser la fusionante. Las autoridades fiscales se reservarán su derecho a ejercer las facultades de comprobación previstas en el CFF, respecto de la información presentada ”

En materia local, el impuesto sobre adquisición de inmuebles se causa por la transmisión de la propiedad y deberá cubrirse dentro de los 15 días hábiles siguientes al otorgamiento de la escritura (artículo 120-VII y 121 CFDF).

El valor base para la determinación del impuesto, será el más elevado entre el valor catastral, avalúo comercial y de adquisición. En el caso de los dos primeros, deberán tomarse en cuenta los valores al momento de la formalización, coincidente con el del pago del impuesto. Con relación al tercero, si bien es cierto en la fusión no existe una contraprestación, sí hay un valor de adquisición para la sociedad fusionante y éste se determina en los estados financieros de la sociedad fusionada preparados para la fusión.

En estos debe precisarse el valor del bien y por lo tanto, al formalizar su transmisión, considerarse para determinar la base para el cálculo del ISAI.

La realización de hechos materiales tendientes a la entrega de los bienes, física y jurídica, también será necesaria

La transmisión de títulos nominativos, requiere el endoso y entrega material de los mismos y posiblemente, la anotación en el libro del emisor

Duplicidad de criterios se presenta en relación con la transmisión de los títulos de crédito. ¿Es posible hablar de endoso para formalizar la transmisión y posterior entrega de los bienes, como consecuencia de la fusión? En este caso, ¿quién realiza el endoso?

Precisemos primero el término “endoso” Endoso es la acción y efecto de endosar, vocablo proveniente

del latín *indorsare*, formado por las raíces latinas *in*, *en* y *dorsum*, espalda, dorso. De aquí su significado de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, “ceder a favor de otro una letra de cambio u otro documento de crédito expedido a la orden, haciéndolo así constar al respaldo o dorso”.

Atentos los principios propios de los títulos de crédito, autonomía y literalidad aunados al de abstracción y principalmente al de incorporación, la causa generadora de su adquisición debe obrar en el propio documento, el cual es necesario para legitimar a su poseedor en el ejercicio del derecho consignado en el mismo. Por lo tanto, cuando el derecho se transmite es necesario hacerlo constar en el propio documento, y el medio regulado por la ley es mediante el asiento al reverso del documento o bien, en hoja adicional adherida al mismo, a fin de conservar la autonomía y la incorporación en el título de crédito.

Por lo tanto, el endoso no es la manera de transmitir un título de crédito, sino de hacer constar, en el dorso del propio documento, el derecho mediante el cual su tenedor ha adquirido la titularidad del crédito incorporado al mismo.

Deviene por lo tanto necesario asentar en el propio título de crédito, o cualquier otro documento al cual le sean aplicables las disposiciones de los valores literales, la causa, razón o motivo de su transmisión, a fin de conservar la autonomía de la acción cambiaria y la legitimación del accionante.

La transmisión producida por la fusión no sería excepción y por lo tanto, cabe analizar quién deberá realizar el endoso y entrega del título.

Caben aquí dos situaciones. La primera, realizar el endoso de los títulos, sujeto a la condición suspensiva de que la fusión surta efecto jurídico. En este caso, el representante de la sociedad fusionada, con facultades para endosarlos, podrá realizar el acto jurídico y los efectos surtirán una vez acreditado el cumplimiento de la condición.

Cumplida la condición, la fusionante a través de su representante podrá hacer constar en el título de crédito el cumplimiento de la condición, siendo innecesaria la intervención de la fusionada, extinguida para este momento.

Otra posición aconsejaría realizar el endoso por quien haya sido designado delegado de la asamblea de la sociedad fusionada, para el cumplimiento y ejecución de los acuerdos relativos a la fusión.

El delegado de la asamblea, es la persona designada por la misma para la ejecución y cumplimiento de los acuerdos adoptados, actúa válidamente porque los efectos de sus actos recaen en la persona moral cuya asamblea lo designó. Sin embargo, el primer efecto de la fusión es la extinción de la personalidad jurídica de la moral fusionada.

Resulta acertado afirmar la inexistencia de disposición legal en este sentido, pues en realidad este efecto extintivo resulta de la naturaleza de la fusión y por esta razón el legislador solo regula sus efectos en los artículos 223 y 224 en su parte final, al establecer respectivamente: “[. .] Cada sociedad deberá publicar su último balance, y aquella o aquellas **que dejen de existir**, deberán publicar, además, el sistema establecido

para la extinción de su pasivo” y “[...] la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones **de las sociedades extinguidas**”.

La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad fusionada por mero efecto de la fusión es concluyente, sin embargo no ocurre por disolución sino por absorción de la fusionante, quien se constituye en causahabiente a título universal de las relaciones jurídicas de la fusionada, de donde deviene la legitimación de quien ha sido designado en el contrato de fusión por las sociedades involucradas, para realizar todos los actos jurídicos producidos por el mismo.

Si por el contrario, se considera la extinción de la fusionada un impedimento para realizar el endoso por parte del designado en el contrato de fusión por carecer de personalidad jurídica, sería aplicable el segundo criterio, el cual deriva de la aplicación del artículo 28 de la LGTOC, que establece:

El que justifique que un título nominativo negociable le ha sido transmitido por medio distinto del endoso, puede exigir que el juez, en la vía de jurisdicción voluntaria, haga constar la transmisión en el documento mismo o en la hoja adherida a él. La firma del juez deberá ser legalizada.

Desde luego y sin pretender ampliarnos sobre el tema de los títulos de crédito, resulta importante tener presente dos disposiciones, el artículo 27 y el 38 de la propia legislación, los cuales establecen:

ART. 27.—La transmisión del título nominativo por cesión ordinaria o por cualquier otro medio legal diverso

del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiere; pero lo sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de ésta. El adquirente tiene derecho a exigir la entrega del título.

ART 38.—Es propietario de un título nominativo la persona en cuyo favor se expida conforme al artículo 23, mientras no haya algún endoso. El tenedor de un título nominativo en que hubiere endosos, se considerará propietario del título, siempre que justifique su derecho mediante una serie no interrumpida de aquéllos. La constancia que ponga el juez en el título, conforme al artículo 28, se tendrá como endoso para los efectos del párrafo anterior.

Otro efecto con relación a las sociedades se presenta en la creación de la sociedad fusionante en el caso de la fusión por integración. En este caso, las sociedades deciden fusionarse para formar una sociedad distinta, con personalidad jurídica diversa y cuyo patrimonio se forma con la suma de los de las fusionadas.

La primera reflexión, nos invita a resolver si se trata de la constitución de la sociedad mediante la comparecencia de sus socios ante el notario a suscribir el contrato social, o bien, se trata de la constitución mediante la suscripción del programa, es decir por suscripción pública.

En este sentido, resulta interesante la opinión de Barrera Graf:⁸

⁸ *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1ª reimp., Editorial Porrúa, 1997, México, p 326

En el caso de fusión por creación de una nueva sociedad por dos o más que desaparecen y que se fusionan a ella, se configura una nueva forma de constitución. A diferencia de las ordinarias, esta nueva forma de constitución se realiza a virtud de un acuerdo de fusión que adoptan las dos o más sociedades fusionadas... A diferencia también de la constitución ordinaria, la que proviene de fusión no viene acompañada de aportaciones individuales de sus socios, sino de transmisión universal de los patrimonios de las sociedades que se fusionan; []

Si la sociedad fusionante se crea por efecto de la fusión y aceptamos la naturaleza convencional del acto constitutivo, es menester encontrar el acto de emisión de la voluntad de los socios.

La fusión se decide entre las sociedades que habrán de fusionarse, personas jurídicas con personalidad propia y distinta de sus socios. Sin embargo, estas deciden extinguirse transmitiendo la totalidad de su patrimonio a una sociedad distinta que en el momento del acuerdo no existe, pero habrá de nacer a la vida jurídica por efecto de la fusión. Sin embargo, estas sociedades no serán socias de la sociedad fusionante, en virtud del efecto extintivo del mencionado acto jurídico.

Por lo tanto, el acuerdo de las sociedades habrá de producir efecto en la persona de los socios, quienes pasarán a ser socios de la sociedad fusionante, de nueva creación.

En este caso, es necesario entender la participación personal de los socios en el acto colectivo de la asamblea decisoria de la fusión. Al resolver la fusión, cada uno acepta en lo personal desde ese mismo mo-

mento, participar con carácter de socio en la sociedad resultante de la fusión y concede en el delegado de la asamblea, la representación necesaria para formalizar el contrato social y obligarlo en los términos correspondientes

La constitución de la sociedad fusionante, no precisa la suscripción y pago de las acciones por parte de los socios, porque estas representan el importe del capital social absorbido de las sociedades fusionadas. La participación de los socios en el capital social resultante de la suma de los capitales, será en la proporción correspondiente.

Como lo comentamos al tratar los efectos traslativos de la fusión, la sociedad fusionante se crea por efecto de la fusión, debiendo entender la emisión de la voluntad de los socios de participar en el contrato social desde el momento de tomar el acuerdo de fusión. Por lo tanto, el delegado de la asamblea al comparecer ante el notario en ejecución del convenio de fusión, formaliza el contrato de sociedad, no lo celebra.

En este sentido, el notario hará constar la formalización de la constitución de la sociedad por efecto de la fusión de las sociedades (nombres) en su carácter de fusionadas, a solicitud de (nombre del representante en el contrato de fusión) Los antecedentes serán desde luego las asambleas de las sociedades fusionadas, el convenio de fusión, su inscripción y publicación y la declaración del compareciente de la inexistencia de oposición, además de la autorización del uso de la denominación social por parte de la Secretaría de Economía.

¿Qué sucede con los poderes de las fusionadas?

La fusión produce la extinción de la sociedad fusionada, por lo tanto, no es factible establecer representación de un ente sin capacidad jurídica. La representación es la aptitud de realizar actos jurídicos con efectos en el patrimonio de la persona representada.

Por virtud de la fusión, la totalidad del patrimonio de la fusionada se transmite a la fusionante, de donde deriva la imposibilidad de realizar actos jurídicos con efectos sobre el patrimonio de la fusionada, al haberse extinguido mediante la confusión con el de la fusionante.

Luego, al haberse extinguido la personalidad jurídica de la fusionada y por lo tanto carecer de patrimonio alguno, las facultades de representación y poderes otorgados también concluyen. La sociedad fusionante, a través de sus representantes y apoderados deberá continuar o concluir los actos jurídicos de la fusionada.

No consideramos aplicable al caso, la disposición contenida en el artículo 2600 del CCF cuyo texto reza: “Aunque el mandato termine por la muerte del mandante, debe el mandatario continuar en la administración, entretanto los herederos proveen por sí mismos a los negocios, siempre que de lo contrario pueda resultar algún perjuicio”, porque en la especie la fusionante, por mero efecto de la fusión, se ha sustituido en la relación jurídica de la fusionada y por lo tanto serán sus representantes o apoderados quienes, previo acreditamiento de la fusión y actualización de sus efectos, estarán legitimados para continuar las acciones y defensa de los derechos de aquella.

¿Qué sucede con los arrendamientos, comodatos, usufructo? ¿Terminan por la extinción de la sociedad?

Es importante distinguir la naturaleza de la relación jurídica. Cuando el negocio es de carácter netamente patrimonial y cuando es de carácter personalísimo.

Si los derechos y obligaciones de la fusionada pueden transferirse sin alterar su naturaleza, como sucede en los contratos de arrendamiento, suministro etcétera, la fusión no produce efecto extintivo sino tan solo el derecho de la contraparte, en su carácter de acreedor, de oponerse a la fusión en los términos estudiados.

Pero si el derecho de la fusionada es de carácter personalísimo, se extingue de manera simultánea con ella. No es concebible la sustitución personal de la relación jurídica. Este supuesto se actualiza en los contratos celebrados en atención a las cualidades o situación especial de la persona en cuyo favor se celebran. Así sucede en el caso de los contratos de comodato y usufructo. En el primero, el artículo 2525 CCF, establece: “El comodato termina por la muerte del comodatario”. En el segundo, el artículo 1038 reglamenta. “El usufructo se extingue. I. Por muerte del usufructuario; [...]”.

¿Qué sucede con las obligaciones a plazo?

Las obligaciones a plazo continúan. La disposición del artículo 226 debe entenderse exclusivamente para el ejercicio del derecho de oposición al convenio de fusión por el acreedor, mas no como causa de caducidad de la modalidad de la obligación.

¿La inscripción tiene efectos constitutivos?

La fusión de dos o más sociedades es de naturaleza contractual. Los derechos y obligaciones de las partes,

encuentran su fuente en el acuerdo de las sociedades contratantes y por lo tanto entre las mismas, la fusión surte plenos efectos al celebrarse el contrato.

Sin embargo, las sociedades contraen derechos y obligaciones con terceras personas, ajenas al acuerdo de fusión, actualizándose en la especie el principio de relatividad de los actos jurídicos, los cuales no pueden oponerse ni surtir efecto sino entre quienes los celebran. Esta relatividad solo se supera mediante la inscripción del acto en el registro de comercio, con lo cual los efectos se producen para toda la comunidad. Por lo tanto, el registro permite producir efectos frente a toda persona que contrate con la sociedad, pero no implica de manera alguna un requisito de existencia.