

LA FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES EN EL AMBITO INTERNACIONAL Y A LA LUZ DE LA INVERSION EXTRANJERA

Por el doctor Walter FRISCH PHILIPP

Profesor de la Universidad Anáhuac

SUMARIO: *I. Concepto de la fusión, su delimitación frente a algunas otras figuras jurídicas y su importancia económica y jurídica. II. La fusión en el ámbito internacional. III. La fusión a la luz de la inversión extranjera.*

I. Concepto de la fusión, su delimitación frente a algunas otras figuras jurídicas y su importancia económica y jurídica

Entendemos bajo el concepto de fusión la transmisión de todo el patrimonio de una o más sociedades mercantiles a otra sociedad mercantil del mismo tipo, a través de la sucesión general y mediante la participación de los socios o de la o las sociedades que hayan transmitido su patrimonio, en la sociedad que recibiere el mismo, ya sea que la última tuviere carácter de sociedad subsistente o de sociedad creada por medio del procedimiento de fusión, entendiéndose que la transmisión del patrimonio de la o las sociedades respectivas conduce a la desaparición de las mismas sin que se efectúe para tal efecto liquidación alguna de tales sociedades.

En esta definición que es aplicable al Derecho Mexicano (artículos 222 y siguientes LSM), establecimos el requisito de que las sociedades participantes en la fusión sean del mismo tipo, elemento necesario para que la fusión se distinga de la transformación. Si quieren fusionarse sociedades que no son del mismo tipo, será preciso llevar a cabo un procedimiento que consideramos mixto por la combinación que presenta de fusión y transformación, combinación ésta que no está instituida en el Derecho mexicano y que, por tal motivo, sólo podrá producir una fusión por medio de dos operaciones subsecuentes, es decir, a través primero de la transformación, por medio de la cual se obtiene identidad entre los tipos de las sociedades, y la fusión subsecuente que conduce a la transmisión del patrimonio.

La citada “sucesión general” relacionada con la definición de fusión significa que los diversos bienes integrantes del patrimonio se transmiten

por medio de sólo un acto (la fusión) sin necesidad de transmisión individual de cada uno de tales bienes, y que la sociedad que recibiere tal patrimonio, se subroga en todos los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente, en forma de sucesor general, a no ser que se trate de relaciones jurídicas personalísimas no susceptibles de transmisión alguna.

De los diversos elementos contenidos en la mencionada definición de fusión, se desprenden dos consecuencias principales que son: la adquisición de partes sociales por los socios de la o las sociedades no subsistentes y la adquisición de patrimonios sociales realizada por la sociedad subsistente o la creada por la fusión. Destacamos estas consecuencias dada su trascendencia en aspectos de inversión extranjera.

El otro efecto importante de la fusión consiste en que los acreedores de las sociedades participantes en la fusión pueden ser perjudicados desde el punto de vista económico, no jurídico, por la mezcla de patrimonios sociales, máxime que pueden perder tales acreedores, en su caso, un buen fondo destinados a la satisfacción de sus créditos que en ciertas ocasiones puede convertirse por la mezcla mencionada en una masa económicamente inferior. Dada la omisión de la liquidación en los casos de fusión se manifiesta un deterioro en la situación de los acreedores. En el Derecho mexicano, el artículo 224 LSM a permitir la oposición de los acreedores contra la fusión, establece una protección clásica a los mismos que pospone los intereses empresariales que la fusión implica.

En virtud de que también los intereses de los socios de las sociedades participantes en la fusión pueden ser afectados por la mezcla antes mencionada, el artículo 182 fracción VII LSM fija el requisito de que la Asamblea extraordinaria de accionistas acuerde tal fusión.

La posible afectación de intereses de acreedores y socios es motivo para restringir a las fusiones en el ámbito internacional.

Sin embargo, desde el punto de vista de los intereses empresariales, la fusión se presenta como una institución jurídica muy ágil que permite instrumentar la reunión de patrimonios, sociales que integran, permitiendo la permanencia societaria de todos los socios que pertenecían a sociedades distintas evitándose las inconveniencias económicas de la liquidación.

Tales efectos son importantes para el crecimiento, la mejor organización y la racionalización del potencial empresarial correspondiendo éstos no sólo a los intereses de los empresarios sino también a los de la economía nacional respectiva. Esto se manifiesta con toda claridad en la labor legislativa efectuada en períodos de auge económico en aras del cual, son evaluados más acentuadamente los resultados económicamente positivos de la fusión haciéndose menos estricta la protección de los acreedores, a efecto de no dificultar innecesariamente a las operaciones de fusión.

En el Derecho mexicano se encuentran tendencias que claramente pretenden una modernización de la fusión, a saber en la creación de la fracción XIII del artículo 8º de la Ley Bancaria (D. O. 2 de enero de

1975) y en las Reglas para el establecimiento y operaciones de Bancos múltiples emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (D. O. 18 de marzo de 1976). Por medio de la reforma citada, los acreedores de instituciones de crédito ya no pueden impedir ni suspender la fusión de tales instituciones, sino que solamente podrán exigir el pago de sus créditos vencidos o el aseguramiento de los aún no vencidos.

En las reglas citadas se favorece la creación de Bancos múltiples por medio de operaciones de fusión "en consideración a la necesidad de seguir avanzando en el desarrollo y robustecimiento del sistema bancario nacional".

Esperemos que las ideas hasta ahora expuestas en el sector bancario pronto se generalicen e institucionalicen en otros ámbitos.

En la historia del Derecho mercantil alemán se plasman claramente las aludidas tendencias legislativas. En el Código de Comercio Alemán, que reglamentó hasta el año de 1937 las sociedades por acciones, se exigió en su artículo 306 la separación del patrimonio de la o las sociedades que hayan transmitido su patrimonio por medio de la fusión, durante cierto plazo contado a partir de la resolución de la misma, para que durante este período los acreedores respectivos pudieran exigir un aseguramiento o pago en la masa separada o contra la sociedad sucesora. Después del transcurso del cual solamente respondió la sucesora. Sin embargo, la Ley de 1937 acabó con esta institución de administración separada en virtud de las dificultades en las prácticas provocadas por la complicada administración separada y favoreció así en mayor medida a las fusiones consideradas importantes para el crecimiento del potencial empresarial tan deseado por el entonces régimen nacional socialista alemán dadas sus metas políticas y militares.

Según nuestro criterio, la mejor reglamentación legal debe consistir en la correcta administración separada de los patrimonios de *todas* las sociedades participantes en la fusión durante cierto plazo, dentro del cual los acreedores de todas las sociedades participantes en la fusión pueden exigir el pago de sus créditos vencidos o el aseguramiento de sus créditos aún no vencidos, en la masa separada o a la sociedad sucesora, sin que, por la otra parte, los acreedores tengan la posibilidad de impedir o suspender la fusión en el entendido de que después de tal plazo solamente debería responder la sucesora. 1

El fenómeno de la *agrupación de empresas* se distingue de la fusión en el hecho de que la primera se da a través de la reunión de empresarios que conservan su personalidad jurídica, y conduce a la constitución de relaciones económicas permanentes o semipermanentes con efectos profundos y generales para la situación de las empresas reunidas, por ejemplo la subordinación de cierta empresa a la dirección de otra, en tanto que en los casos de fusión desaparece la personalidad jurídica de, por lo menos, una de las sociedades participantes.

Se distinguen los *consorcios* de la fusión por medio de que las sociedades participantes en éstos no pierdan su personalidad jurídica, con lo cual los consorcios coinciden en este punto con las agrupaciones de empresas, sin embargo, a diferencia de aquellas no se crean en los consorcios relaciones económicas duraderas con efectos profundos y generales a la situación de las empresas respectivas, en virtud de que los consorcios únicamente son utilizados con el fin de lograr cierta cooperación más específica en operaciones determinadas, es decir, no comprenden colaboraciones tan amplias.

Por último, a diferenciación entre la fusión y los *carteles* consiste en que éstos son en realidad convenios o conductas armonizadas entre empresarios que buscan regular la competencia entre ellos, sin que por ello se produzcan efectos económicos que puedan considerarse como característicos de la agrupación de empresas.

II. *La fusión en el ámbito internacional*

Entendemos bajo la figura de fusión internacional aquella que se efectúa entre sociedades que no tienen su domicilio en el mismo país y que no fueron constituidas con base en el mismo orden jurídico, así, por ejemplo entre una sociedad que se considera según el artículo 5º de la Ley de Nacionalidad y Naturalización como mexicana y otra que de conformidad con la norma citada tiene carácter de extranjera.

Para la determinación más precisa del concepto de domicilio arriba utilizado no hay necesidad de entrar en la distinción entre el domicilio formal o fijado en los estatutos por una parte y el domicilio verdadero o efectivo en cuyo lugar se encuentra la sede de la administración y dirección principal de la sociedad, por la otra, dado que esta distinción que es muy importante para otras situaciones jurídicas,¹ no tiene relevancia para el tema planteado de la fusión, dado que respecto de éste es, según nuestra opinión, suficiente que el domicilio estatutario de las sociedades se encuentre en el propio país cuyas normas han sido aplicadas para la constitución de tales sociedades para que se pueda hablar de una fusión nacional, y, por lo tanto, no incluida en nuestro enfoque.

El concepto de las fusiones internacionales tiene importancia creciente por los fenómenos económicos actuales de la formación de mercados comunes, del estrechamiento de relaciones comerciales internacionales y por

¹ Por ejemplo para la capacidad jurídica de cierta sociedad que por razones fiscales tuvo su domicilio formal en el principado de Liechtenstein y su sede verdadera en Alemania Occidental (resolución de la Suprema Corte alemana BGH 53, 181 muy discutida) y Ley de los Países Bajos del 15 de julio de 1959 sobre la definición del concepto de domicilio y artículo 5o. del Proyecto de la Sociedad Anónima Europea.

los esfuerzos encaminados a obtener resultados satisfactorios en las balanzas de pagos mediante las inversiones internacionales.

Si en un orden jurídico, como el mexicano, así como en que la gran mayoría de los ordenamientos mercantiles, se observa en sus normas relativas a la fusión, la referencia exclusiva a "sociedades" sin disponer en forma expresa la inclusión o exclusión de sociedades extranjeras con respecto a la aplicación de tales normas; se plantea para el jurista la cuestión de decidir sobre la aplicación de tal reglamentación a sociedades extranjeras.

Por lo que se refiere al Derecho mexicano, se puede deducir del artículo 223 LSM que las normas contenidas en esta ley sobre la fusión suponen la participación exclusiva de sociedades mexicanas, dada la referencia contenida en la primera frase de este artículo a "las sociedades que hayan de fusionarse" como obligadas a hacer las publicaciones mencionadas en este artículo y pedir las inscripciones registrales aludidas en el mismo. La fijación de tales obligaciones indudablemente supone implícitamente la existencia de sociedades mexicanas, dado que el legislador mexicano tiene la intención de imponer esta obligación a sociedades ya inscritas en el mismo Registro mexicano y domiciliadas en la entidad federativa mexicana a cuyo periódico oficial se refiere el mismo artículo ("...se inscribirán en el Registro Público de Comercio y se publicarán en el periódico oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse").

En la doctrina mexicana, únicamente encontramos la opinión de Rodríguez y Rodríguez, quien en su obra intitulada *Tratado de Sociedades Mercantiles*, México, D. F., 1971, pág. 512, afirma: "Tampoco existen restricciones en cuanto a las clases de sociedades ya que pueden fusionarse entre sí sociedades homogéneas o heterogéneas teniendo en cuenta su forma de constitución, su objeto, finalidad o *nacionalidad*". (Lo puesto en cursivas es de nosotros).

Según este criterio se admite la fusión entre sociedades de nacionalidad distinta. Sin embargo, el autor citado olvida plantear las cuestiones relativas a la fusión internacional y a la fusión entre sociedades de tipo distinto, problema éste que sí es tratado por Oscar Vázquez del Mercado, *Asambleas y fusión de sociedades mercantiles*, México, D. F., 1976, páginas 287 y 291. Tenemos, por tal motivo, la impresión que Rodríguez y Rodríguez no se dio cuenta de las cuestiones resultantes relacionadas con fusiones internacionales, de tal manera que su opinión carente de fundamentación, no puede ser utilizada en el análisis de este tema.

En el Comentario de Baumbauch Hueck a la Ley Alemana sobre Sociedades por Acciones (13a. edic. Muencher., 1968, pág. 1024) se dice al respecto: "Solamente sociedades alemanas están sometidas a las normas legales sobre la fusión; el legislador alemán no puede obligar por medio de tales normas a sociedades extranjeras". Continúan señalando dichos

autores que al mediar la frontera nacional alemana el efecto económico de las fusiones solamente puede ser obtenido por medio de la transmisión de los bienes de la sociedad respectiva en forma de sucesión *singular* que no conduce a la liquidación de la o las sociedades transmitentes.

No obstante que los autores citados no se refieren al contenido del artículo 346 de la Ley alemana de la materia, opinamos que se desprende de este artículo una regulación análoga al artículo 223 LSM antes comentado en que será la exclusión de fusiones de sociedades extranjeras, debido a que el primer artículo se refiere a la inscripción de la fusión en los Registros mercantiles de todas las sociedades participantes en la operación de fusión.

El autor alemán Günther Betizke escribió un trabajo intitulado *International rechtliches zur Gesellschafts fusion* (Aspecto del Derecho Internacional Privado relativos a la fusión de sociedades) aparecido en el año de 1966 como una contribución al libro homenaje para Hallstein. Se refiere del título citado que el enfoque principal está basado en situaciones conflictuales y en la resolución de las mismas, en tanto que nosotros pensamos en la fusión internacional desde el punto de vista del Derecho sustantivo con respecto a su admisibilidad, y únicamente nos referimos a aspectos conflictuales (*lex societatis*) con el objeto de demostrar que según el principio de tal *lex* las normas nacionales sobre la fusión no son aplicables, en lo general, para las fusiones internacionales.

Sin perjuicio de las amplias proposiciones de Betizke en cuanto a la realización de fusiones internacionales, él opina que "según el criterio sostenido por muchos autores, la fusión a través de las fronteras es inadmisibile" (pág. 18); presentando en las notas 1) y 12) una lista muy amplia de opiniones doctrinales y normas legales de diversos países al respecto, según las cuales predomina en gran medida la inadmisibilidad de la fusión internacional. Asimismo únicamente encontramos ciertas excepciones interesantes caracterizadas por su extrañeza, dentro del mismo texto.

En Austria escribe el autor Franz Helbich en su libro *Umgründungen* (constitución de sociedades por medio de fusión y operaciones similares), Viena, 1975, 3a. edición, página 174: "Que las fusiones a través de las fronteras nacionales no son realizables de acuerdo con el actual espíritu de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que éstos, y también los de los países integrantes de la Comunidad Económica Europea, no admiten tales fusiones, o, en otros casos, fijan al respecto requisitos que solamente pueden ser cumplidos excepcionalmente. En los países de la Comunidad solamente pueden fusionarse en la actualidad sociedades italianas con sociedades belgas y de Luxemburgo según las condiciones contenidas al respecto en los órdenes jurídicos respectivos. En el Derecho austriaco no se admiten fusiones en el sentido jurídico a través de las fronteras. Aparte de los impedimentos resultantes del Derecho societario

se presentan otros de tipo fiscal...". En el Tratado de la Comunidad Económica Europea se prevé en el artículo 220 la creación de convenios sobre el reconocimiento recíproco de sociedades extranjeras, la subsistencia de la personalidad jurídica de sociedades que transfieren su domicilio a otro país y la admisión de fusiones internacionales. Sin embargo, de estos convenios solamente ha sido celebrado hasta ahora el relativo al reconocimiento recíproco de sociedades extranjeras (Helbich, ob. cit. págs. 173, 175).

De la síntesis anterior resulta que la figura de la fusión internacional solamente ha despertado un moderado interés doctrinal, pero en la práctica no ha podido realizarse. Por otra parte, no podemos negar los esfuerzos que al respecto se iniciaron aún cuando no condujeron hasta el momento a resultados definitivos. Nos informa Helbich en el libro citado (pág. 176) al respecto que: "...el convenio sobre la fusión internacional de sociedades anónimas dentro de la Comunidad Económica Europea está preparado en forma de proyecto desde el año 1965 y que fue elaborado por un grupo de expertos de diversos gobiernos nacionales bajo la presidencia de Goldmann. Tal proyecto fue remitido a los Estados miembros de la Comunidad al fin del año 1972 (dificultades especiales resultan con relación a los derechos de los trabajadores existentes en las empresas que se fusionen, es decir en la reglamentación de su participación en la administración de las empresas)".

Las referencias anteriores a los artículos 223 LSM y 346 de la Ley alemana sobre las sociedades por acciones, por medio de las cuales intentamos encontrar para el objeto de interpretación actual y práctica un apoyo para la exclusión de la fusión internacional en los Derechos de México y de Alemania, no nos parecen suficientes para los fines de una comprensión más amplia y profunda que busca los motivos verdaderos por medio de relaciones sustantivas, como las expondremos a continuación:

Conforme normas nacionales se oponen a la admisión de la fusión internacional, los tres motivos siguientes:

1. En el ámbito de las normas conflictuales sobre el funcionamiento de las sociedades mercantiles predomina la aplicación del estatuto personal de las sociedades, es decir el derecho vigente en el lugar de su domicilio, con relación al funcionamiento corporativo de las mismas, dado que se tiende así a obtener una base uniforme para la vida corporativa de la sociedad. El estatuto personal de la sociedad (*lex societatis*) es el ancla que asegura el funcionamiento corporativo uniforme, no perturbable por la aplicación de normas extranjeras, y que resulta tan importante para que la vida de la sociedad sea encauzada en una forma constante, como sostuvieron en las páginas 58, 67 y 68 de la "Revista de Derecho Notarial" No. 60/1975 en nuestro trabajo denominado "¿Es posible constituir sociedades mercantiles mexicanas en el extranjero y celebrar las reuniones de sus órganos fuera del país?".

De la aplicación de este principio de las *lex societatis*, generalmente reconocido, como nos muestran las exposiciones en Palandt, Comentario al Código Civil alemán, 31a. edición, Muenchen 1972, pág. 1934, y en la resolución de la Suprema Corte austriaca de 29 de diciembre de 1930, SZ. XII, 315 comentada por nosotros en la pág. 58 de la revista citada, resulta, que la aplicación de las normas nacionales se limita a las sociedades domiciliadas en el mismo país, con lo cual el aspecto antes comentado de la exclusividad de la aplicación de normas nacionales encuentra así su limitación.

Se refleja además este principio en la resolución de la Suprema Corte Alemana RG 159,33 del año 1938, según la cual la responsabilidad personal de las personas que actúen a nombre de una sociedad anónima no registrada (artículo 34 de la ley alemana sobre sociedades por acciones del año 1937 que corresponde a lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 2 LSM) solamente existe con relación a sociedades alemanas, no a sociedades extranjeras respecto de las cuales se efectuare tal acentuación en el territorio alemán.

Mantilla Molina, en su *Derecho Mercantil*, México, D. F., 1970, undécima edición, pág. 334, destaca el principio de la *lex societatis* por medio de su afirmación: "Cómo una sociedad no puede, subsistiendo como la misma, cambiar la ley, conforme a la cual se organizó, siendo la única posibilidad para que pierda su nacionalidad que traslade su domicilio al extranjero".

2. La identidad de tipo de sociedades participantes en una fusión fue comentada como requisito en el capítulo anterior, con lo cual se garantiza a los socios que encuentren en "su nueva sociedad" un régimen corporativo igual a aquel que hubo en "su sociedad" extinguida por la fusión. Con este requisito no se puede cumplir en los casos de fusiones internacionales en virtud de la distinción de las reglamentaciones societarias contenidas en los diversos órdenes jurídicos. Esto se refiere no solamente a los intereses de los socios, sino también a los de otras personas interesadas en la conservación del régimen corporativo. Muy sintomática para la confirmación práctica de esto es la referencia que hicimos a las dificultades en el acuerdo sobre la fusión internacional dentro de la Comunidad Económica Europea con motivo de las diferencias existentes con relación a la participación de los trabajadores en la administración de las empresas que tuvieran la forma de sociedad anónima, máxime que tal participación no formada de manera idéntica en los diversos países europeos, es uno de los temas más importantes para la reglamentación legal de la sociedad anónima moderna, como mostramos en nuestro trabajo "La representación de los trabajadores en los órganos de administración y de vigilancia de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada", publicado en la "Revista de Derecho Notarial", número especial, agosto de 1975.

3. Por último nos referimos a la protección de los socios y acreedores de sociedades participantes en una fusión, por una parte, y de los intereses empresariales, por la otra. Estas protección que son un tema de interés especial con relación al modo de la fusión según nuestras exposiciones contenidas en el capítulo anterior, pueden ser formadas en diversas formas de modo que la política de cierto legislador se expresa en forma muy individual en la creación de las normas respectivas, circunstancia ésta que se opone decididamente a una fusión con sociedades sometidas en lo general a otro derecho, y que conduce a la aplicación del *a lex societatis* en forma exclusiva, por una parte, y limitada a las sociedades domiciliadas en el mismo país, por al otra.

En las líneas siguientes aplicaremos estos motivos esbozados en forma abstracta y estática a las diversas modalidades en las cuales podrían presentarse en la práctica casos de fusiones internacionales, con lo cual se presentará una imagen más funcional y concreta de tales activos.

1. Casos de fusión por medio de incorporación (subsistencia de una de las sociedades participantes en la fusión).

Variante A: Se incorpora una sociedad mexicana en una sociedad extranjera.

La aplicación de las normas mercantiles mexicanas a tal sociedad que haya perdido su nacionalidad con motivo del cambio de su domicilio de México al extranjero, según el artículo 5º de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, nos parece incompatible con el espíritu de los artículos 12 a 15 del Código Civil del Distrito Federal supletoriamente aplicables en materia mercantil según los artículos 2º Código de Comercio y 1º Código Civil del Distrito Federal. Para los socios opuestos a tal fusión no existe el derecho de separación previsto en el artículo 206 LSM en relación con el artículo 182, fracción V de la misma ley, dado que la última disposición se refiere a transferencias de sociedades al extranjero ajenas a los casos de fusión.

La forma de operar de la fusión estaría sujeta por lo que se refiere a la sociedad mexicana, a la ley vigente en el domicilio de la misma, en caso de que si tal ley permitiera la fusión internacional, supuesto éste que, sin embargo, consideramos como inadmisibile.

Si la fusión internacional como señalábamos nos parece como inadmisibile, el efecto económico de la misma podrá ser obtenido sin embargo, hasta cierto grado a través de la transmisión de los bienes de la sociedad mexicana en la vía de sucesión singular a la sociedad extranjera. Además existe la posibilidad de la constitución de nueva sociedad en el extranjero.

Lo anterior tiene su base en el criterio conflictual arriba indicado bajo el número 1).

Variante B: Se incorpora una sociedad extranjera en una sociedad mexicana.

El régimen corporativo de la sociedad extranjera puede ser incon-

gruente con el de la sociedad mexicana. Además no hay garantía de que los principios de la integración del patrimonio social y de la conservación del mismo hasta la cifra del capital social y aquel sobre la integración de la reserva legal (artículos 18 a 22, 89, 6 fracción VI, 141, 172 a 127 LSM) hayan sido cumplidos según normas legales extranjeras análogas en su contenido a las citadas.

Por tales motivos, según los criterios arriba indicados bajo los números 2 y 3 no podrán aplicarse las normas mexicanas sobre la fusión, que suponen la existencia de sociedades con régimen corporativo idéntico, dado que la fusión está prevista para la reunión de patrimonios sociales, y no para el cambio de su ámbito corporativo que se obtiene a través de la figura de la transformación, y que la Ley mexicana por medio de los artículos mencionados impide que se fusionen sociedades económicamente raquíticas en perjuicio de sus acreedores y socios, objeto éste con el cual no puede ser cumplido en el caso planteado.

La sociedad extranjera podrá en lugar de la fusión transmitir su patrimonio en vía de sucesión singular a la sociedad mexicana, o constituir una nueva sociedad domiciliada en México y aportar para tal efecto las partes de su patrimonio, caso en el cual, sin embargo, la sociedad extranjera substituiría como socio de la nueva sociedad mexicana.

2. Casos de fusión internacional por medio de la constitución de nueva sociedad

Variante A: Constitución de nueva sociedad con domicilio en México.

Los principios de la integración y conservación del patrimonio social hasta las cifras del capital social y de la reserva legal exigen la aplicación del Derecho mexicano. La protección de los intereses de los socios y de los acreedores de las sociedades se opone a la admisión de tal tipo de fusión internacional. Además falta la identidad del régimen corporativo entre las sociedades.

Esto está basado en los criterios números 2 y 3.

En lugar de la fusión existen las posibilidades de transmisión de bienes en la vía de sucesión singular y de constitución de nueva sociedad domiciliada en México, pero no a través de fusión, sino en forma ordinaria, de modo que las sociedades ya existentes actuarían en tal caso no solamente como fundadores sino que conservarían además su calidad de socios, en tanto que en el caso supuesto, no admitido, de fusión internacional las sociedades participantes en la fusión solamente actuarían como fundadores y los socios de las mismas adquirirían la calidad de socios de la sociedad creada por la fusión, como corresponde a la esencia de esta operación.

Variante B: Constitución de nueva sociedad con domicilio en el extranjero.

Resulta del principio de la *lex societatis* mencionado arriba bajo el número 1 que a este tipo de fusión no se pueden aplicar las normas mexicanas. A continuación señalamos las conclusiones relativas a la fusión internacional:

1. Desde el punto de vista económico la fusión internacional nos parece de creciente importancia para el futuro.

2. No nos parece admisible la aplicación de esta figura jurídica con base en las normas mercantiles mexicanas.

3. Tal aplicación solamente puede ser obtenida por medio de la celebración de tratados. Dentro de esta solución se presentan dos posibilidades de las cuales la primera tiene carácter directo por medio de la reglamentación de la fusión internacional como tal, en tanto que la segunda, como indirecta, puede conducir a la creación de una sociedad de tipo internacional como es por ejemplo la Sociedad Anónima Europea proyectada en la Comunidad Económica Europea y que comentamos en nuestro trabajo "La Sociedad Anónima Europea", publicado en la Revista de Derecho Notarial, número especial, agosto 1975. Este tipo de sociedades internacionales posibilita fusiones a través de las fronteras, por medio de constitución de tales sociedades y también por fusiones posteriores entre estas sociedades.

Sin embargo, no nos parecen convenientes para el logro de esta meta, tratados por medio de los cuales se permite qué sociedades tengan una pluralidad de domicilios (domicilios formales) en diversos países, dado que esto solamente resulta importante y adecuado para la administración de sociedades ya existentes, con extensión internacional, como nos muestra el ejemplo de la práctica y ofrecido por Helbich en su obra citada, pág. 175, pero no para la fusión internacional que requiere de la transmisión de patrimonio social.

III. *La fusión a la luz de la inversión extranjera*

Mientras que el capítulo anterior se refirió a sociedades domiciliadas en países distintos y fue formado con criterios derivados de las normas de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el capítulo presente tiene por objeto sociedades que se consideran según las normas contenidas en la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera (artículo 2º) como inversionistas extranjeros, que también pueden ser sociedades domiciliadas en México. Por lo tanto la base legal del análisis siguiente será la segunda de las leyes mencionadas.

Desde este punto de vista conceptual, el contenido de los dos capítulos

no tiene nexo alguno dado que el primero pertenece a cuestiones clásicas relativas a sociedades mercantiles, en tanto que el presente capítulo posee como fundamento las normas muy modernas de la inversión extranjera.

Sin embargo, para el funcionamiento práctico de nuestra vida jurídica actual, especialmente en Latinoamérica donde las leyes sobre la inversión extranjera significan una innovación económica y jurídica fundamental, los dos sectores arriba diferenciados sí tienen relación entre sí, debido a que el abogado en su labor cotidiana se ve frecuentemente ante las dos cuestiones y debe, por lo tanto, formar su criterio con base en las dos leyes y enfoques aludidos.

La Ley mexicana del año 1973 sobre al inversión extranjera no se refiere expresamente a la fusión, sin embargo, sí es aplicable a esta institución por lo que a los dos efectos de la fusión se refiere y que son: la adquisición de todo el patrimonio de la o las sociedades que desaparecieren a través de la fusión, por la sociedad subsistente o constituida en la operación de fusión, por una parte, y la adquisición de acciones o partes sociales de la sociedad subsistente o constituida, por los socios de la o las sociedades que desaparecieren, por la otra.

La relevancia del primer efecto para la inversión extranjera resulta del artículo 8º de la Ley de Inversión Extranjera (LIE) que en su primera frase se refiere a la adquisición de "más del 49% de los activos fijos de una empresa", proporción ésta que de todos modos y siempre resulta aplicable a la fusión, por medio de la cual la sociedad respectiva adquiere por esencia la totalidad de otro patrimonio social.

La importancia del segundo de los dos efectos señalados, por lo que a la inversión extranjera concierne tiene su fundamento en los artículos 5º y 8º LIE según los cuales la participación admitida de inversionistas extranjeros en el artículo 2º LIE, tiene generalmente un límite máximo de 49% del capital social, a no ser que se trata de inversiones sometidas a normas especiales, o la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras determina con base en la fracción I del artículo 12 LIE otro porcentaje; y se requiere de la autorización estatal prevista en el artículo 8º LIE en los casos en que la adquisición extranjera derivada sea en su totalidad de más del 25% del capital social. Este porcentaje no es modificable en forma análoga del 49%.

El límite del 49% o, en su caso, de otro porcentaje mayor o menor que reemplace al primero, es absoluto, dicho porcentaje no puede ser ampliado por una autorización basa en el artículo 8º LIE, y es general dado que se refiere también a la adquisición de partes sociales o acciones de sociedades ya existentes y a la adquisición (subscripción) de partes sociales o acciones en vía de constitución de sociedades, en tanto que el otro límite de 25% solamente es aplicable a la adquisición de partes sociales o acciones de sociedades ya existentes (adquisición derivada).

Es admisible según los artículos 5º LSM y 2695 Código Civil del Dis-

trito Federal que las sociedades mercantiles tengan objeto mercantil o extramercantil. Sin embargo, para los efectos de la inversión extranjera, las normas legales relacionadas con ésta únicamente son aplicables a empresas como organización cuyo funcionamiento sirve para obtener ingresos en favor de su propietario, motivo por el cual nuestras exposiciones sobre la relación entre fusión y normas relativas a la inversión extranjera se limitan a fusiones de sociedades que fueren propietarias de empresas en el sentido definido.

La Ley sobre la inversión extranjera fija restricciones a la misma en cuanto a empresas que tuvieran su ubicación en el territorio nacional o bien que se encuentre en el mismo una agencia o sucursal del empresario. Por tal motivo la liga jurídica entre fusión y las normas sobre la inversión extranjera se presenta solamente en los casos en que por medio de la fusión se efectúe una inversión extranjera relacionada con la demarcación geográfica mencionada, de modo que fusiones de sociedades que por ejemplo poseyeran exclusivamente empresas ubicadas en el extranjero, no tienen contacto jurídico alguno con la Ley sobre la inversión extranjera.

A continuación ofrecemos la sistematización siguiente:

1. Fusión por medio de constitución de nueva sociedad

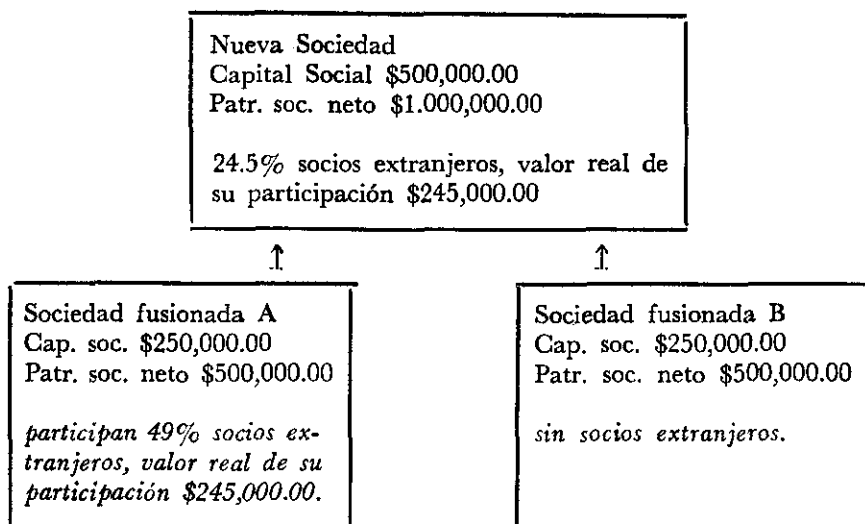
La nueva sociedad adquiere los patrimonios de las sociedades que desaparecieron a través de la fusión. Sin embargo, dado que la nueva sociedad no puede ser formada según el artículo 5º LIE con la calidad de inversionista extranjero definida en el artículo 2º de la Ley, no se requiere de la autorización prevista en el artículo 8º de la Ley.

Por la otra parte, los socios de las sociedades que se fusionen, tampoco están sometidos a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley, debido a que no adquieren partes sociales de una sociedad existente, sino de una sociedad que se constituye, se trata de una adquisición originaria, no derivada.

Sin embargo, el porcentaje de inversionistas extranjeros, existentes en su caso entre los socios de las sociedades en fusión y participantes en la nueva sociedad, no podrá ser mayor de 49% del capital social de la misma (artículo 5º de la Ley).

No se requiere, por lo tanto, autorización alguna para tales operaciones, sin perjuicio de la inscripción registral de las nuevas acciones (artículo 23, fracción IV de la Ley) o partes sociales (artículos 25 y siguientes del Reglamento consignándose aspectos que van más allá de la fracción legal citada que se limita a acciones).

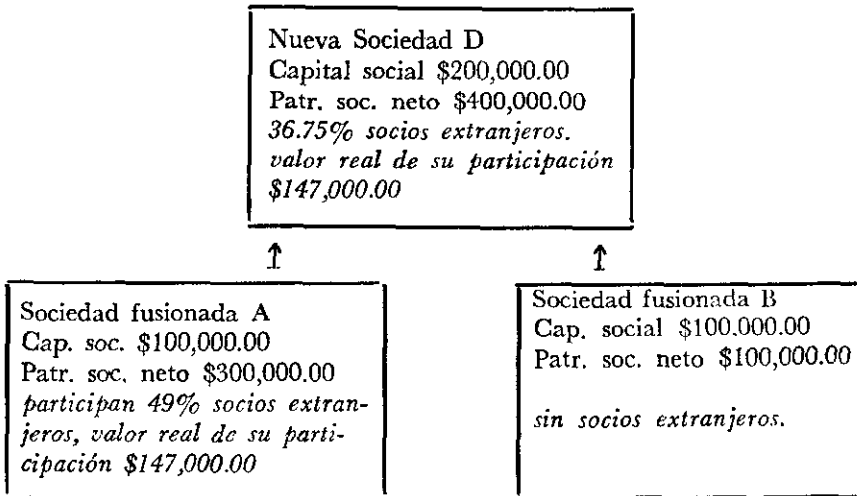
Puede suceder que en una de las sociedades fusionadas hayan participado en el momento de la fusión socios extranjeros, en la forma siguiente:



Los accionistas de las sociedades fusionadas canjean una acción antigua por una acción nueva, dado que los valores reales de todas las acciones son iguales. Los socios extranjeros de la sociedad A reciben por su parte del capital social de \$122,500.00, la parte proporcional del capital social de la nueva sociedad, que corresponde a 24.5% del capital social de la última. El valor real representado por cada uno de los porcentajes es de \$245,000.00, con lo cual se confirma que la inversión extranjera mantiene su proporción económica no obstante que su porcentaje aritmético se cambió.

En el ejemplo siguiente podemos observar cómo se mantiene en su resultado económico la participación de la inversión extranjera en los casos

en que las acciones de las sociedades que se fusionen, tengan a diferencia del ejemplo anterior, valores reales desiguales.



Los accionistas de la sociedad A adquieren por acciones antiguas con valor nominal de \$10.00 nuevas acciones con valor nominal de \$15.00.

Los accionistas de la sociedad B adquieren por acciones antiguas con valor nominal de \$10.00 nuevas acciones con valor nominal de \$5.00, dado que los valores reales de las acciones de las sociedades A, C y B se encuentran en la relación de 3:2:1, respectivamente.

Este mecanismo requiere que el canje de acciones o partes sociales se efectúe de conformidad con su valor material resultante del patrimonio social neto dividido por la participación respectiva en el capital social, como corresponde a la regla fundamental del canje de acciones en los casos de fusión. Si no se observa esta base y se efectúan sobrevaloraciones injustificadas de las partes sociales de la sociedad en la cual participen socios extranjeros, se producirán resultados deformados por medio de los cuales los socios extranjeros participan en la nueva sociedad en un grado mayor que no es admisible, dado que esto no corresponde a los efectos de la fusión que por las razones antes mencionadas no requiere de autorización si se realiza en forma correcta.

Ofrecemos, por último, un ejemplo en el cual se refleja tal sobrevaloración inadmisibles.

² BAUMBACH, Hueck, *ob. cit.*, p. 1030, aplicable al Derecho mexicano.

Nueva sociedad C, cap. social \$500,000.00 patr. soc. neto correcto \$1,000,000.00 sobrevalorizado \$2,000,000.00, valor real de \$1.00 del cap. social :en forma correc- ta \$2.00 y en grado sobrevalorizado \$4.00	
↑	↑
Sociedad fusionada A, Cap. soc. \$250,000.00 patr. soc. neto correcto \$500,000.00 Y en forma sobrevalorizada \$1,500,000.00, valor real de \$1.00 del cap. social: en forma correcta \$2.00 y en grado sobrevalorizado \$6.00. <i>Participación de 49% extranjeros, valor real correcto de su part. \$245,000.00 y en forma sobrevalorizada \$735,000.00.</i>	Sociedad fusionada B, cap. soc. \$250,000.00 patr. soc. neto \$500,000.00 valor real de \$1.00 del cap. soc.: \$2.00. <i>Sin socios extranjeros.</i>

La relación correcta del canje (no basada en sobrevaloración del patrimonio social de la sociedad A) es de \$1.00 de valor nominal de las acciones de las sociedades A y B, respectivamente, por \$1.00 del valor nominal de las acciones de la sociedad C, dado que en realidad las acciones de las sociedades A y B tienen el mismo valor real. Sin embargo, con motivo de la sobrevaloración del patrimonio social neto de la sociedad A y del valor read sus acciones, los socios de esta sociedad adquieren por \$1.00 del valor nominal de sus acciones, acciones de la sociedad C con un valor nominal de \$1.50. Los socios de la sociedad B cuyo patrimonio no fue sobrevalorizado, adquieren \$1.00 del valor nominal de acciones de la sociedad C por medio de la entrega de acciones de la sociedad B con un valor nominal de \$2.00, máxime que el valor real de las acciones de la sociedad C resulta en forma exagerada como consecuencia de la sobrevaloración efectuada en relación con la sociedad A, en tanto que por la otra parte, la sociedad B no fue favorecida por sobrevaloración alguna.

De esta sobrevaloración inadmisible del patrimonio social neto de la sociedad A, y, con esto, del valor real de sus acciones, resultan los efectos siguientes:

Participación en el capital social de la sociedad C

cifras causadas por
la sobrevaloración:

cifras basadas en la
operación correcta:

Socios de la soc. A.
extranjeros: valor nominal
de sus acciones: \$183,750.00
= 36,75% del capital social.

\$122,500.00 = 24,50%

socios mexicanos de la mis-
ma sociedad: valor nominal
de sus acciones: \$191,250.00
= 38,25% del capital social.

\$127,500.00 = 25,50%

socios de la soc. B; valor
nominal de sus acciones:
\$125,000.00 = 25% del
capital social.

\$250,000.00 = 50%

total: capital social
\$500,000.00 = 100% del mismo.

total: cap. social
\$500,000.00 = 100% del mismo

Los inversionistas extranjeros se excedan por esta sobrevaloración de los resultados correctos de la fusión respectiva en una cantidad de \$61,250.00 del capital social de la sociedad C, que corresponde a 12,25% del mismo.

Participación en el patrimonio de la sociedad C

Socios de la sociedad

Sobrevaloración

Cifras correctas:

Socios de la sociedad	\$2,000,000.00	\$1,000,000.00
-----------------------	----------------	----------------

A extranjeros:	\$ 735,000.00	\$ 245,000.00
----------------	---------------	---------------

Socios de la sociedad

A mexicanos:	\$ 765,000.00	\$ 255,000.00
--------------	---------------	---------------

Socios de la

sociedad B:	\$ 500,000.00	\$ 500,000.00
-------------	---------------	---------------

total del patrimonio

social neto:	\$2,000,000.00	\$1,000,000.00
--------------	----------------	----------------

patr. soc.
total del
neto:

\$1,000,000.00

Los inversionistas extranjeros se exceden con motivo de esta sobrevalorización, de los resultados correctos de la fusión en una cantidad de \$490,000.00 del patrimonio de la sociedad C.

Consideramos que fusiones basadas en sobrevaloraciones por medio de las cuales se aumente la participación de inversionistas extranjeros en comparación con los resultados de fusiones correctamente realizadas, son nulas según el artículo 28 de la Ley sobre la inversión extranjera, si se violan por medio de tales operaciones normas imperativas de la Ley, por ejemplo el límite del 49% fijado en su artículo 5º

La sociedad constituida por medio de una fusión nula en los términos anteriores es anulable según el artículo 3º LSM, es decir incluso en los casos de suscripción en el Registro de Comercio. La aplicación del artículo 2238 Código Civil del Distrito Federal sobre la nulidad parcial nos parece admisible, dado que por medio de una redacción de la participación injustificada hasta su medida correcta, se puede reparar la situación.

Si en una o más de las sociedades que se fusionen, existe en forma de subsistencia de situaciones anteriores a la Ley una participación de inversionistas extranjeros mayor al límite previsto en el artículo 5º de la Ley puede basarse la fusión en tal participación, como resulta de la aplicación del criterio fijado por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras en la Regla No. 2, publicada en el D. O. del 5 de noviembre de 1975.

2. Fusión por medio de incorporación:

La transmisión del patrimonio de la o las sociedades que se incorporan por la fusión, a la sociedad subsistente requiere de la autorización prevista en el artículo 8º de la Ley, si la sociedad últimamente mencionada es inversionista extranjera en los términos del artículo 2º de la Ley, por ejemplo según la fracción IV del mismo, dado que se trasmite "más del 49% de los activos fijos" de la sociedad respectiva.

Los socios de la sociedad absorbida adquieren partes sociales de la sociedad subsistente en la proporción que corresponde a la relación del valor material de las acciones o partes sociales de estas sociedades. Pero, no se admite según el artículo 5º de la Ley que los socios extranjeros de la o las sociedades absorbidas participen en el capital social de la sociedad subsistente con una cuota mayor del límite fijado en este artículo, que es en lo general 49% del capital social.

Este límite surte sus efectos respecto de la totalidad de los socios extranjeros, es decir aquellos que ya hayan existido con anterioridad a la fusión en la sociedad subsistente, más los socios que ingresen a ésta en su calidad de ex-socios de la o las sociedades absorbidas.

Si el mismo inversionista extranjero posee acciones o partes sociales de cada una de las sociedades participantes en la fusión, se sumarán éstas para el recuento relativo al límite antes señalado.

Tomando en consideración que los socios de la sociedad absorbida adquieren partes sociales de la sociedad subsistente que tiene carácter de "empresa establecida" (título del Capítulo II de la Ley), se aplicará lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley relativo al requisito de obtener la autorización respectiva en los casos en que los socios de la sociedad que se incorporare, adquieran en calidad de inversionistas extranjeros más del 25% del capital social de la sociedad subsistente.

Opinamos que según el texto del primer párrafo del artículo 8º de la Ley debe efectuarse el recuento relativo al límite mencionado del 25% del capital social en el modo que expusimos antes con relación al límite del 49%. Este jamás podrá ser excedido por medio de autorizaciones que se otorgaren según el artículo 8º de la Ley.

La participación de los socios de la sociedad subsistente se mantiene a través de la fusión y no puede estar sometida por sí misma al artículo 8º de la Ley, dado que tal participación no se adquiere por la fusión, sino se conserva a través de la última.

Por lo que se refiere a sobrevaloraciones de las partes sociales o acciones de inversionistas extranjeros, por medio de las cuales se aumente incorrectamente su participación resultante de la fusión, únicamente pueden entrar en consideración las partes sociales o acciones de la o las sociedades que se absorbieren, debido a que aquellas de la sociedad subsistente no pueden modificarse a través de la operación de fusión, como corresponde a la esencia de la misma. Una sobrevaloración de tales partes sociales o acciones puede solamente surtir el efecto de las partes sociales o acciones de la sociedad que se incorporare por la fusión, sean injustificadamente reducidas como base para su canje en las de la sociedad subsistente, que únicamente puede producir una disminución incorrecta de la participación de la inversión extranjera, si existiere en la sociedad que se incorpore. Una subvaluación incorrecta de las partes sociales o acciones de los socios de la sociedad subsistente conduce a un aumento injustificado de la participación de la inversión extranjera últimamente mencionada.

Por lo demás nos referimos a nuestras exposiciones relativas a sobrevaloraciones relacionadas con fusiones por medio de constitución de nueva sociedad, que se aplicarán a la fusión a través de incorporación, en la medida que no resulte otra cosa de nuestros comentarios al último tipo de fusión y de la esencia de la misma.

Por lo que se refiere a participaciones de inversionistas extranjeros mantenidas desde el tiempo anterior a la Ley, opinamos que se respetarán los resultados de la fusión producidos con base en tales participaciones, como le corresponde al criterio plasmado en la Regla No. 2 (D. O. 5 de noviembre de 1975) que ya mencionamos en relación con la fusión por medio de creación de nueva sociedad.