

T  
346.06  
H557f  
1969  
F.J.YCS  
EJ:4

MFN 16522

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

---

---

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y  
CIENCIAS SOCIALES

**"FUSION DE SOCIEDADES"**

TESIS DOCTORAL  
PRESENTADA POR

**RENE EDUARDO HERNANDEZ VALIENTE**

SAN SALVADOR, EL SALVADOR,

1969





DEDICO ESTA TESIS

- A mi Padre : Dr. MIGUEL HERNANDEZ LOPEZ, figura rectora de mi vida; ejemplo que siempre trataré de seguir.
- A mi Madrecita : ALICIA VALIENTE DE HERNANDEZ LOPEZ, en reconocimiento a su abnegación.
- A mi esposa : ANA CRISTINA GONZALEZ DE HERNANDEZ VALIENTE, con todo amor.
- A mi hijo : EDUARDO ANTONIO, sublime inspiración de mis esfuerzos.
- A mis Hermanos : LUZ ALICIA, JULIA ELISA y MIGUEL ANGEL, con fraternal cariño.
- A mi Abuelo : BENJAMIN E. VALIENTE, forjador de generaciones, con especial cariño.
- A mi Abuela : FABIOLA ARGUETA DE VALIENTE, cariñosamente.
- A mis Suegros : ANTONIO GONZALEZ BONILLA y CRISTINA DE GONZALEZ, en reconocimiento al estímulo y apoyo que siempre me han brindado.
- A mis Profesores, Amigos y Compañeros.

=====

*Handwritten note:* A mi Abuelo / 11-10-1969. 11/15/91

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

Dr. José María Méndez

SECRETARIO GENERAL

Dr. Santiago Ricardo Martínez

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y  
CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. René Fortín Magaña

SECRETARIO

Dr. Fabio Hércules Pineda

=====

ASESOR DE TESIS

Dr. José Ignacio Paniagua

JURADO EXAMINADOR DE TESIS

PRESIDENTE : Dr. Roberto Lara Velado.

PRIMER VOCAL : Dr. Mauricio Roberto Calderón.

SEGUNDO VOCAL : Dr. Vicente de Jesús Palencia.

TRIBUNALES EXAMINADORES

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

PRESIDENTE : Dr. Salvador Samayoa  
PRIMER VOCAL : Dr. Gabriel Gallegos Valdés  
SEGUNDO VOCAL : Dr. José Romeo Flores

MATERIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

PRESIDENTE : Dr. Alejandro Jagoberto Marroquín  
PRIMER VOCAL : Dr. Javier Angel  
SEGUNDO VOCAL : Dr. Ulises Salvador Alas

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

PRESIDENTE : Dr. Napoleón Rodríguez Ruiz  
PRIMER VOCAL : Dr. Juan Adalberto Menjivar  
SEGUNDO VOCAL : Dr. Ulises Ayala Pino.

=====

## INDICE

### CAPITULO I.

#### INTRODUCCION

	Página
1.-Concentración y fusión de Sociedades.....	1
2.-Diferencia entre ambos fenómenos.....	4
3.-Fundamento de la fusión.....	6

### CAPITULO II

#### CONCEPTO JURIDICO

##### DE LA FUSION

1.-Amplitud del tema.....	9
2.-Determinación del concepto.....	11
a)La fusión como forma de disolución de Sociedades.	13
b)La fusión como forma de sucesión universal.....	14
c)La fusión como contrato de creación de Sociedades	15
d)Nuestro criterio.....	16

### CAPITULO III.

#### FORMAS DE FUSION

1.-Fusión por absorción.....	21
2.-Fusión por creación.....	23
3.-Características comunes en ambas formas.....	25
A)Acuerdos sociales de fusión.....	25
B)Condiciones y requisitos de validez.....	26
C)Publicidad de los acuerdos.....	33

3) Disolución y extinción de la personalidad anterior.....	34
1ª La fusión como causa de disolución.....	34
2ª Momento de extinción de las sociedades que - das aparecen.....	35
E) Transmisión del patrimonio o patrimonios a título universal.....	36
1ª Sentido de totalidad de la transmisión.....	37
2ª Carácter de universalidad por razón del título.....	37
F) Ausencia de liquidación.....	38
G) Contraprestaciones.....	39
4.- Características diferenciales en cada una de las formas de fusión.....	41
a) Fusión por creación de nueva Sociedad.....	42
b) Fusión por absorción.....	42
5.- La fusión y otras figuras afines.....	44

#### CAPITULO IV.

##### PROBLEMATICA JURIDICA

##### EN TORNO A LA FUSION.

1.- La forma social de las empresas fusionadas.....	51
2.- Conservación de capitales o de patrimonios en la fusión.....	53
3.- Protección de acreedores.....	57
4.- Fusión y liquidación.....	59
5.- Fusión y transformación.....	61
6.- Proceso de fusión.....	62

=====  
 =+++++=+++++=+++++=+++++=+++++=

## CAPITULO I INTRODUCCION

### 1.- CONCENTRACION Y FUSION DE SOCIEDADES

Dentro de la etapa actual, del marco económico Centroamericano, es fácil observar dentro de su rápida carrera de industrialización, como consecuencia del proceso de desarrollo, la fuerte lucha competitiva por los mercados de consumo.

En este marco transcendental en la historia de Centro América, las empresas en competencia adoptan como instrumento eficaz de subsistencia económica, el incremento de su poderío por medio de la asociación de empresas que operan en similares o complementarios campos de una misma actividad económica, lo que viene a ser una imperiosa necesidad que culmina con el fenómeno de la concentración de empresas.

Como antecedente histórico de este fenómeno, encontramos que es inicialmente en los Estados Unidos, donde con más frecuencia se ha dado, originándose precisamente en las etapas en que los países Europeos y los diversos Estados de la Unión Americana se encontraban en similares circunstancias de desarrollo económico a las actuales del istmo Centroamericano.

Repentinamente se abre a nuestros ojos, dentro del proceso de integración económica, la perspectiva de un mejor destino para nuestros pequeños Estados, por lo que no es prematuro ver la llegada de un gran horizonte de posibilidades para nuestro incipiente mercado centroamericano. -- Desde ya vislumbramos, con unas pequeñas muestras de presente, el fenómeno competitivo de la concentración de empresas.

Con frecuencia se afirma por tratadistas y expositores del Derecho Mercantil que el Instituto - fusión de Sociedades-



obedece a las mismas motivaciones económicas que hacen nacer el fenómeno de la concentración de empresas. Así el Profesor - Joaquín Garrigues alude a la fusión como el "grado máximo de la concentración"(1).-

Reconocemos que en el fenómeno de la fusión de Socieda-- des inciden determinantemente móviles económicos que corren - paralelos a los que inspiran a la concentración de empresas, pero al mismo tiempo, existen en ambos, factores que determinan sus diferencias substanciales como lo expondremos a continua-- ción.

Si nos remontamos a la historia en la búsqueda de la -- idea motriz de ambas instituciones, tanto en la fusión como en la concentración, el móvil de lucro es uno de los fundamentos económicos, causa última del régimen capitalista que, según - autores, es factor dominante en el cuadro de los instintos hu-- manos. Pero esta afirmación, por genérica y extensa no podría ni siquiera servirnos como criterio para diferenciar los fenó-- menos aludidos de la variada gama de actos humanos que finca-- dos en un ilimitado ánimo de lucro sirven de incentivos de -- conducta. Es preciso entonces ahondar más en las raíces econó-- micas de la concentración para determinar, si sus lineamientos en tal campo, son o no coincidentes con el fenómeno de la fu-- sión de Sociedades.

---

(1) Joaquín Garrigues. Tratado de Derecho Mercantil, Pág.1270

Creemos que las diversas motivaciones económicas observables en la concentración de empresas podrían sintetizarse en una sola: El deseo de dominar el mercado implantando medidas de control de producción y supresión de concurrencia.

Comprendemos que a nuestra anterior conclusión se la puede criticar afirmando, con no poca certeza, que el control de la producción y la supresión de la concurrencia es solamente uno de los caminos para llegar a la finalidad de la concentración; pero nos vemos forzados a adoptar el método de la síntesis, aun a riesgo de ser criticados, para encontrarle una distinción específica frente a otros fenómenos que sin ser uniones de empresas, poseen con ellas un común denominador, el móvil del lucro.

Hemos de aceptar, que si bien por regla general, el espíritu de la concentración busca la eliminación o atenuación de la concurrencia y el control de producción, perfectamente podría servir dentro de una regulación adecuada, para satisfacer motivos técnicos que son los que se refieren a la necesidad de complementar las actividades de ciertas empresas; motivos financieros que dependen de la identidad de capitales e intereses; y los legales, que son los resultantes de una imposición de la Ley, como consecuencia de la relación que guardan entre sí ciertas empresas. Es decir, que a la fusión, no puede señalársela como de tendencia monopolista, si la analizamos a conciencia y si es adecuadamente regulada dentro del marco legal.-

## 2º DIFERENCIA ENTRE AMBOS FENOMENOS

Con el objeto de situar la fusión de sociedades en un -- campo propio, independiente de las figuras similares de con-- centración de empresas, empleando la vía del ejemplo nos en-- contramos con las siguientes diferencias:

- a) En la concentración, las empresas se agrupan en plan de --- coordinación o de subordinación, sin perder cada una su individualidad; en cambio en la fusión se realiza un creci-- miento económico basado en una unidad jurídica, con existen-- cia anterior (Sociedad absorbente) ó naciente (Sociedad -- nueva en la fusión por creación).-
- b) La concentración generalmente busca limitar o atenuar la - concurrencia, en cuanto somete a las Empresas concentradas a una sola dirección; por el contrario, la fusión busca supe-- rar la concurrencia mediante la integración por absorción o extinción de las Empresas rivales o concurrentes.-
- c) El vínculo que une a las Empresas en la concentración es - de carácter temporal; no así en la fusión, que claramente presenta un sello de unión de carácter permanente.
- d) En la concentración, jurídicamente no hay integración ó -- confusión de los capitales de las Empresas agrupadas; en - cambio, en la fusión se unen y confunden totalmente los capitales sociales de las Empresas fusionantes.-
- e) Dentro de la concentración, el fenómeno corriente es el -- desdoblamiento de empresas por medio de filiales que giran alrededor de la Empresa madre, sin aparentar ningún lazo - de unión. En la fusión en cambio, el fenómeno se da siem--

pre y con carácter de necesario a la inversa, es decir, -- que en lugar de operar el desdoblamiento, se unifican su-- primiendo alguna o algunas, por lo menos, de las Socieda-- des fusionadas.

- f) En la concentración se puede hablar de distintos grados, - en atención a la intensidad del vínculo, partiendo desde - simples cláusulas de no concurrencia en zonas geográficas o productos y otras parecidas de muy poca relevancia cir- culatoria, hasta llegar a manifestaciones en las que se pier- de inclusive la independencia económica de alguna o algu- nas de las Empresas que se concentran. Por el contrario, - en la fusión la idea de grados es incompatible con su --- esencia por operar en ella una total unificación económica y jurídica de las Sociedades que se fusionan.-

### 3º FUNDAMENTO DE LA FUSION

En resumen, podemos afirmar que la fusión de sociedades, se asemeja en sus motivaciones económicas al fenómeno de la concentración de Empresas, pero no coincide exactamente con el; especialmente se asemeja en su aspecto económico a una de las formas más usuales de la concentración, el trust, pero -- presenta claras diferencias con dicho fenómeno como lo expon-dremos posteriormente.-

La fusión arranca de un punto de partida análogo al de -- un sector de la concentración, luego se separa de él, para -- llegar a una meta posterior: el desaparecimiento de una o más personas jurídicas por su consolidación en una de las Socieda-des pre-existentes ó en una nueva. Es en esto donde radica -- precisamente el gran mérito de la fusión: en presentar un -- frente de unidad económico y jurídico, a diferencia de la con-centración de Empresas, en la que la situación de apariencia externa-varias empresas- debe de ser respetado aunque realmen-te las empresas concentradas dependan económicamente de otra, con la que en apariencia no existe vínculo alguno de responsa-bilidad.-

Esta es la razón por la cual las legislaciones han adop-tado una actitud recelosa, vigilante, cuando no abiertamente contraria a la concentración, y por otra parte, proclives a -- aceptar, cuando no lo hacen claramente, la fusión de Socieda-des.-

Se reconoce que la fusión realiza su función por una vía más sana que la de los trust, Carteles, Konzerns, etc., pues su

estructura permite racionalizar el proceso productivo por medio de una economía en los costos, mantención de niveles en los precios y evitar el desendreno propio de las competencias desmedidas que afectan sensiblemente a todas las Empresas que cubren determinada actividad industrial y llega en no pocas ocasiones a ser insuperable para la pequeña y mediana Empresa, que sucumben.-

Es para nosotros de vital importancia tener presente, ahora que nos encontramos a las puertas de un nuevo Código de Comercio y en los albores de una zona de libre comercio centroamericana, que en la fusión son tantos y tan importantes los intereses en juego por la operación, que nuestros legisladores tendrán que dispensarle a esta Institución una gran atención para poder hacerle frente a los peligros que la fusión puede entrañar.

Porque si bien es cierto que la fusión favorece, no solo a las Sociedades fusionadas, sino también a la economía en general, reuniendo fondos internos y externos en la procura del desarrollo de los países del Itmo, por medio de un incremento patrimonial que lleva a la par una reducción de costos y de una eficaz organización productiva que nos permitirá luchar exitosamente contra las grandes Empresas de más allá del Itmo, no lo es menos que la fusión lleva en sí muchos peligros, tanto en el orden externo, como en el interno.

Internamente la fusión afecta ante todo a los intereses de las personas que en alguna forma participan en las Sociedades fusionadas, la mayoría de ellas inversionistas de las mis-

mas; intereses que es preciso tutelar para evitar posibles le  
siones.-

En el orden externo, porque las Sociedades que se fusio--  
nan presentan una situación de compromiso con terceros, con -  
frecuencia acreedores, cuyos intereses podrán peligrar si no  
se adoptan oportunas medidas tendientes a evitarlo.

Por estas razones, es necesario situar el fenómeno econóg  
mico de la fusión dentro de un marco jurídico que debe de ser  
cuidadosamente elaborado.

## CAPITULO II

### CONCEPTO JURIDICO DE LA FUSION

Hasta aquí, brevemente hemos analizado las leyes económicas de la fusión, pasaremos ahora a analizar esta Institución a la luz del Derecho. Inicialmente delimitaremos el concepto jurídico de la fusión, sus formas, figuras afines, la problemática jurídica en torno a la misma y el procedimiento para su realización.

Hemos adoptado para el desarrollo de nuestro tema un punto de vista predominantemente conceptual proyectándonos al mismo tiempo sobre nuestro derecho positivo, el actual proyecto de Código de Comercio de El Salvador y las legislaciones de Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, como derecho comparado, tratando de buscar siempre, una justa y adecuada solución a las posibles interrogantes, y a las difíciles cuestiones que la fusión de Sociedades nos ofrece.



### 1º AMPLIACION DEL TEMA:

Es considerable la cantidad de fenómenos económicos con características similares que se engloban bajo la común denominación de fusiones, sin ser realmente nada más que semejantes al instituto jurídico de la fusión, por lo que es preciso diferenciar éste de aquellos.-

Comprendemos que nuestro propósito se verá con frecuencia obstaculizado por supuestos de difícil catalogación, que necesitarán para su discriminación de una cuidadosa ponderación de todos los elementos y circunstancias propias de cada uno, así como de su fin económico y del proceso que se emplee para conseguirlo; pero dichas dificultades crecen cuando vemos que la fusión en sí es algo muy complejo, escasamente estudiado a pesar de su importancia y limitadamente regulado -- por nuestras legislaciones.

Tratando de enmarcar en un sólo concepto provisional, las distintas formas de fusión y siguiendo la generalidad de autores aceptemos inicialmente la definición que nos ofrecen de la fusión: "Unión de varias organizaciones sociales que se -- compenetran entre sí de tal forma que una organización jurídicamente unitaria sustituye a una pluralidad de organizacio-- nes"(1).-

Arrancando del concepto anterior, se vé la gran amplitud del tema, puesto que a su amparo nos podemos imaginar toda fusión de Sociedades, cualquiera que sea su objeto y clase. Cabe en el concepto anterior, las fusiones de Sociedades dedicadas

(1) Silandri en "El Nuevo Digesto Italiano" edición de 1910, -- Pág. 514, citado por el Prof. Joaquín Rodríguez Rodríguez en el "Tratado de Sociedades Mercantiles" II, Edición 1965 Pág. 505.

a negocios similares ó no, las de forma social idéntica y las de naturaleza distinta como Sociedades en comandita simple y comandita por acciones.

La problemática conceptual de la fusión se amplía debido a la extensión de su concepto tal como hemos señalado, a su casuística, rica en hipótesis y también a la frecuente confusión creada al considerar como supuestos propios de la fusión ciertas figuras similares a ella, pero que no llegan a configurarla.

La razón de ser de esta problemática estriba en que el concepto económico y el concepto jurídico de la fusión, no coinciden; aquel es más amplio que éste, porque la economía se limita con una unión administrativa y con una centralización del mando, sin contemplar la compenetración íntima de los órganos jurídicos, que llegan a confundirse en uno solo, nuevo o preexistente. Esto explica la razón por la que la institución ha recibido diferente trato en los sistemas legislativos. Siguiendo a Brunetti(1), los sistemas sobre esta materia podemos clasificarlos en dos: un latino y el otro, alemán.

En el sistema latino, la fusión se acepta para toda clase de Sociedades, en el alemán, solo para ciertas Sociedades.

---

(1) A. Brunetti, Tratado del Derecho de Sociedades v. II; Pág. - 767.-

En Centroamérica, siguen al sistema latino, las legislaciones de Guatemala, Honduras y Costa Rica; al segundo, las de Nicaragua y El Salvador. El proyecto de Código de Comercio de El Salvador sigue el primer sistema.

En los países cuyas legislaciones no regulan la fusión - debemos deducir la aplicación de un criterio flexible y amplio que permita la fusión para cualquier Sociedad.

## 2º) DETERMINACION DEL CONCEPTO:

La amplitud del tema, la imprecisión terminológica del vocablo fusión, su propia naturaleza y significación en la vida comercial, industrial y económica en general, nos dan suficiente base para afirmar que es éste uno de tantos fenómenos que se resisten a ser ubicados en un molde jurídico único.

Creemos que a estas razones se debe que entre los más caracterizados autores de Derecho Mercantil se encuentre tal diversidad de opiniones hasta el extremo de ocasionar sobre la materia, encon los debates.-

En un afán de síntesis, en los siguientes puntos pretendemos exponer diversas teorías que hemos encontrado entre varios autores, en cuyo examen no vamos a entrar, advirtiendo desde ya, que aun las que hemos enmarcado en un mismo grupo, ofrecen entre sí, matices distintos, aunque todas presentan como común denominador el otorgar categoría de concepto a circunstancias que solo son aspectos o características de las diversas formas de fusión.

### a) La fusión como forma de disolución de Sociedades

De acuerdo con este concepto, la esencia de la Institución descansa en el hecho innegable de la existencia de una o más Sociedades que se disuelven en la operación. La doctrina Italiana casi unánimemente se manifiesta en este sentido. Vivante(1) afirma que "hay fusión cuando una Sociedad se disuelve desapareciendo en otra"; y llega aún más allá cuando dice

---

(1) Vivante II No. 765, citado por el Prof. Joaquín Rodríguez Rodríguez en Tratado de Sociedades Mercantiles II, pag. 507.

que "La fusión implica disolución".

El profesor Garrigues afirma que la fusión es un supuesto especial de disolución de las Sociedades(1) lo que ratifica en su Tratado(2), en el que afirma que "La fusión se estudia por los juristas como supuesto especial de disolución de Sociedades Anónimas y como excepción a la regla de que la disolución va seguida de la liquidación".

El Código de Comercio de El Salvador, incluido por el sistema latino considera a la fusión como causal de disolución -- Art.281 No.7º.-

b) LA FUSION COMO FORMA DE SUCESION UNIVERSAL

Para la misma doctrina Italiana, la fusión presenta como carácter peculiar la existencia de un proceso de aportación -- que hace la fusión en la fusión por absorción o todas en la fusión por creación. Aportación que se realiza sin liquidación dando origen a una sucesión universal.

Ascarelli(3) claramente afirma que "hay una verdadera sucesión entre vivos en una universalidad de derecho con novación subjetiva de los deudores".

El Profesor Garrigues(4) afirma que "La fusión es la -- transmisión del patrimonio entero de una Sociedad a otra que es sucesora universal a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe ese patrimonio.

(1) Joaquín Garrigues "Curso de Derecho Mercantil", Pág. 322.

(2) Joaquín Garrigues "Curso de Derecho Mercantil I, v. 3, Pág. - 1270 y siguientes.

(3) Ascarelli. "Apunti" Pág. 131. Citado por Joaquín Rodríguez Rodríguez, en "Tratado de Sociedades Mercantiles" v. II., Pág. 503

(4) Garrigues "Tratado" v. I., Tomo 3., Pág. 1272.

Con esta modalidad, se evita definitivamente, el acudir a trasposos y cesiones de créditos para justificar la transmisión patrimonial de las sociedades que desaparecen a la nueva o a la absorbente, según el caso.

c) LA FUSION COMO CONTRATO DE CREACION DE SOCIEDAD

Para algunos autores(1) lo esencial descansa en la creación de un ente nuevo, negando la calificación jurídica de fusión para el caso de absorción, irremediando de bases contractualistas para afirmar que en estos casos, se trata de una compra-venta.

Joaquín Rodríguez Rodríguez afirma que el acuerdo de fusión, en el caso de fusión por creación (él la llama "Por integración"), es un contrato de constitución de Sociedad y, por consiguiente "un contrato de organización de Sociedad". En lo que atañe a la fusión por absorción sostiene que "el contrato de organización es el constitutivo de la Sociedad absorbente, al que las fusionadas se adhieren"(2)

La posición contraria es sostenida por Cooper Royer, -- quien afirma que "es comunmente admitido que la fusión no lleva consigo la creación de una nueva Sociedad, porque la reunión de dos personas jurídicas que se fusionan en una sola es una operación distinta por entero de una operación constitutiva" y por si este pensamiento no estuviera claro añade: "Aun en el caso de fusión por creación, el cambio de nombre de las dos Sociedades en otra denominación no es más que una de esas modificaciones estatutorias que no cambian la vitalidad de la

(1) Jospin y Bosvieux, Thaller. Citados por Joaquín Rodríguez Rodríguez en su Tratado de Sociedades Mercantiles II, pag. 508

(2) Rodríguez Rodríguez "Tratado" II, pag. 510.

Sociedad"(1). En su oportunidad nos ocuparemos de esta tesis.

d) NUMERO CRITERIO

Expuestas las diversas formas de pensar sobre la materia, a cualquiera le nace cierto sentimiento de desconfianza en -- una primera observación, pero si ahondamos en la esencia de -- estas teorías, forzosamente hemos de concluir que todas ellas buscan la solución de un problema fundamental en torno al cual gravita el peso de toda la doctrina, aunque sean diversas las opiniones: el problema es averiguar cual es la naturaleza jurídica de la fusión; si posee o no características propias; si es un contrato, o si por el contrario, es un acto de naturaleza corporativa o social. El problema es pues sumamente complejo y su solución de importancia trascendental.

Los que afirman que su naturaleza es contractual, considerando el aspecto exterior de la fusión, ven en esta operación un contrato por el cual dos o más Sociedades acuerdan fusionarse para dar vida a otra nueva o para ampliar una ya existente mediante una transmisión patrimonial en favor de la nueva o de la absorbente.

Dentro de la clasificación de los contratos, los partidarios de esta teoría se han visto obligados a emitir las más dispares opiniones al pretender catalogar la fusión como compraventa, como permuta o como cesión. Se ha afirmado que cuando se crea una nueva Sociedad nos encontramos en presencia de un contrato de Constitución de Sociedad y cuando se trata de absorción, estamos en presencia de una compraventa, en la -- cual, la Sociedad absorbida es la vendedora.

(1) Cooper Royer. "Tratado de Sociedades Anónimas" III. Pág. 632 - Nota 1 Citado por Garrigues "Tratado" I v.3 Pág. 1273.

Por otra parte la doctrina, muy numerosa por cierto, que afirma que la fusión es un acto corporativo, atiende sobre todo a la mecánica interna de las Sociedades que se fusionan y al aspecto social que conlleva toda fusión.

Plantado así el problema, la cuestión se contrae a buscar algo que nos determine a calificar jurídicamente a la fusión, como un contrato en virtud del cual dos o más Sociedades deciden fusionarse, o por el contrario, si la esencia de la fusión debemos localizarla en el aspecto corporativo, en lo social, en sus acuerdos internos, en la modificación de sus Estatutos, en la extinción social de las Sociedades que se fusionan, en fin, en todos los aspectos jurídicos que rodean el aspecto corporativo del Derecho de las Sociedades.

Nos es difícil adoptar en forma absoluta cualquiera de las anteriores soluciones.

Creemos que la fusión puede aparecer a los ojos del estudioso del Derecho como un acto o negocio corporativo y no como un contrato individual entre las Sociedades que se fusionan. Pero debemos de tener presente que uno de los efectos característicos de la fusión es la transmisión del patrimonio de cada una de las Sociedades que se fusionan en favor de otra, cualquiera que sea la forma de fusión que se emplee; dicha transmisión se origina, indiscutiblemente, en un acuerdo de voluntades entre las Sociedades fusionadas, aspecto de clara naturaleza contractual.



Lo anterior nos plantea la siguiente interrogante: Podemos concluir que la fusión es un acto de naturaleza mixta?

Así lo entiende Garrigues, quien afirma que la fusión es "una relación jurídica compleja que no es ni sólo un contrato ni sólo un acto interno de carácter social" para llegar a una conclusión aún más profunda, en posteriores afirmaciones cuando dice que: "el negocio primordial es siempre un contrato" y "lo que ocurre es que, por tratarse de un contrato que ha de repercutir sobre la estructura de las Sociedades, es preciso que sea sancionado por la Junta General de cada una de ellas y con los requisitos legales exigidos(1).

Hemos entendido que lo decisivo en la fusión es el conjunto de actos mediante los cuales las Sociedades que se van a extinguir deciden internamente cada una de ellas su disolución y la unificación social en una entidad creada a propósito o en una que ya existe y que además decide internamente -- llamar a su seno a los socios de las que se extinguen. Todos estos actos: disolución de las Sociedades que se fusionan, -- creación de una nueva, aumento de capital de una en el caso -- de la absorción, suscripción de nuevos socios, modificación de pactos sociales y otros, son actos de naturaleza corporativa, propios del Derecho interno de las Sociedades.

---

(1) Garrigues "Tratado" I., v. Pág. 1274.

Si bien es cierto que se opera una o más transmisiones patrimoniales mediante correlativas contraprestaciones sociales a los socios de las Sociedades que se fusionan, no es menos cierto que lo jurídicamente relevante es la creación de una nueva Sociedad y la unión de varias en una sola.

Por esta razón nos hemos inclinado a considerar la fusión de Sociedades como un conjunto de actos predominantemente corporativos, en los cuales, se da el acuerdo de voluntades con la transmisión patrimonial y la correspondiente contraprestación, lo cual exige un molde contractual conveniente.

Sin embargo, no creemos que este vínculo contractual afecta substancialmente la singular naturaleza de la fusión, que sigue siendo predominantemente corporativa. Tampoco nos inclinamos a pensar que el único lazo contractual que une a las Sociedades que se fusionan, en orden a las prestaciones debidas, se ha de manifestar con carácter necesario en los acuerdos previos a la fusión, suscritos y acordados por los representantes designados por cada una de las Sociedades, pues la delimitación contractual de estos acuerdos no siempre será la única manifestación contractual que lleva en sí la fusión; y sostenemos que tampoco tiene carácter necesario para la misma.

Consideramos acertada la afirmación que hace Garrigues de que "los elementos contractuales afloran constantemente a la superficie y a lo largo de todo su desenvolvimiento"(1),

(1)Garrigues "Tratado" I v.3 Pág.1274

lo cual es una consecuencia lógica del principio antes enunciado de que en tanto la fusión representa la transmisión y unificación de dos o más patrimonios, necesitan un lazo contractual que unifique las voluntades de dos o más entes jurídicos titulares de esos mismos patrimonios. Entendiéndose presentes los valores propios de la fusión cuyo sentido y alcance es eminentemente social, podemos afirmar que en la operación lo decisivo es que se afecte no a los patrimonios, sino a los socios.

Dentro de nuestro criterio, podríamos describir la fusión como "un acto de naturaleza corporativa o social que tiene como vehículo de ejecución un acuerdo de carácter contractual, en virtud del cual, opera la transmisión del patrimonio de una o varias Sociedades en favor de una tercera, que, como contraprestación otorga derechos patrimoniales y de consecución a los socios de la Sociedad o Sociedades transmitentes - las cuales se disuelven sin liquidación.

La fusión se encuentra definida en los Códigos de Comercio de Honduras(1), Costa Rica(2) y en el Proyecto del Código de Comercio de El Salvador(3). El Código Hondureño, además de definir la institución, categóricamente afirma que las Sociedades se disuelven al fusionarse, resolviendo con ello, uno de los más serios problemas con que se tropieza en la fusión, como lo veremos en su oportunidad.

- (1) Art. 344. "Hay fusión de Sociedades cuando dos o más Sociedades se disuelven para integrar una nueva, o cuando una ya existente absorbe a otra u otras, La nueva Sociedad o la incorporante, adquieren la titularidad de derechos y obligaciones de las Sociedades disueltas".
- (2) Art. 220 (Inciso primero): "Hay fusión de Sociedades cuando dos o más de ellas se integran para formar una sola".
- (3) Art. 315. "Hay fusión cuando dos o más sociedades integran una nueva, o cuando una ya existente absorbe a otra u otras. La nueva Sociedad o la incorporante adquieren los derechos y contraen las obligaciones de las Sociedades fusionadas e incorporadas".

### CAPITULO III

#### FORMAS DE FUSION

##### 1º.- FUSION POR ABSORCION:

En esta forma de fusión, una de las sociedades que se van a fusionar, sociedad absorbente, incorpora en su seno, el patrimonio, los socios y todos los derechos y obligaciones de la o las sociedades que desaparecen.

Se la ha denominado también incorporación y anexión.

Opino que el término más acertado es el de "absorción", porque incorporación también sería aplicable a la otra forma de fusión y anexión denota que lo anexado subsiste en su individualidad, lo cual es contrario a la idea de fusión.-

Existe una corriente de autores que le niegan categoría de fusión a la absorción, para afirmar que la operación consiste en una compraventa o cesión del patrimonio de las absorbidas; y reservan el término de fusión propiamente dicha a la forma de creación de una nueva sociedad. No participamos de dicha forma de pensar. Para nosotros, tanto en la fusión por creación, como en la fusión por absorción, concurren las características esenciales de la institución. Tanto se fusionan dos o más cosas cuando se integran en una nueva como cuando se integran en una de ellas que subsiste.

La esencia es la misma.-

Esta forma de fusión produce los siguientes efectos:

- a) La disolución sin liquidación de las sociedades absorbi--  
das;
- b) La transmisión del patrimonio de cada una de las socieda--  
des absorbidas a la absorbente;
- c) Un aumento del capital social de la sociedad absorbente y  
la emisión de acciones o la atribución de cuotas a los so-  
cios de las sociedades absorbidas como contra-prestación -  
del aporte de las sociedades que se disuelven.

Hacen expresa alusión a esta forma de fusión, los Códigi--  
gos de Comercio de Honduras(1), Guatemala(2) y Costa Rica(3);  
y el Proyecto de Código de Comercio de El Salvador(4). En Ni-  
caragua(5) y en El Salvador(6), no se hace distinción en cuan-  
to a las formas que se adoptan.

---

(1) Art. 344 cit.

(2) Art. 355 (Inciso primero): "Por la fusión de las sociedades  
desaparece una de ellas y subsiste la que asume el activo  
y pasivo de la otra; o se forma por las sociedades que se  
fusionan una nueva sociedad que asume el activo y el pasi-  
vo de aquellas que quedan disueltas".

(3) Art. 220 "....y fusión de sociedades cuando dos o más de ellas  
se integran para formar una sola.  
Las Sociedades constituyentes cesarán en el ejercicio de -  
su personalidad jurídica, individual cuando de la fusión de  
las mismas resulte una nueva.

(4) Art. 315 cit.

(5) Art. 263 disposición similar al Art. 275 del Código de Comer-  
cio de El Salvador.

(6) Art. 278 (parte final) "...y la sociedad que se constituya -  
asumirá todos los derechos u obligaciones de las socieda--  
des extinguidas".

## 2º.- FUSIÓN POR CREACIÓN

En esta fórmula, las sociedades que intervienen en la operación se extinguen para crear otra nueva que les sucede en todos sus derechos y obligaciones.

Se la ha denominado también fusión por integración para distinguirla de la absorción, a la que se denomina fusión por incorporación. Por haber hecho referencia a este problema en el punto anterior, bastamos afirmar aquí, que con carácter de generalidad, se acepta que tanto en el caso de fusión por absorción como en el de fusión por creación, estamos en presencia de verdaderas fusiones; en ambas formas, la conpnetriación de varias sociedades en una sola constituye su común denominador.

Solamente en la legislación y doctrina alemana he encontrado un franco rechazo de esta fórmula de fusión. Dicha corriente solo conoce como fusión a la absorción(1).-

En esta forma de fusión los efectos que se producen son los siguientes:

- a) Cada una de las sociedades, al acordar la fusión acuerda también su propia disolución.-
- b) La ejecución del acuerdo de fusión sirve también como constitución de una nueva sociedad.

(1) Joaquín Rodríguez Rodríguez "Fratido" Fig. 506, cita a Gierke "Fusión significa la transmisión del patrimonio a otra Sociedad anónima a cambio de la entrega de acciones de parte de la sociedad absorbente".

c) La suma de los patrimonios de cada una de las sociedades que intervienen en la operación, constituye el capital social de la nueva.

d) Correlativamente con el capital social formado con la suma de las participaciones patrimoniales de las sociedades, son atribuidas a los antiguos socios, accioneros o cuotistas de participación en proporción a las participaciones poseídas por ellos en las sociedades que desaparecen.-

e) La nueva Sociedad surgirá con un origen procedente de las sociedades fusionadas.-

Siendo ésta la fórmula clásica de fusión, a la cual inclusive se le ha denominado "Fusión propiamente dicha"(1), en Centroamérica es unánimemente aceptada, aunque no en todas las legislaciones se haga expresa referencia a ella(2).-

(1)Francisco J. Siro "Sociedades Anónimas Pág. 213.

(2)Aluden expresamente las siguientes legislaciones:

Honduras: Código de Comercio, Art. 344 cit.

Guatemala: Código de Comercio, Art. 355 cit.

Costa Rica: Código de Comercio, Art. 220 cit. y el Proyecto de Código de Comercio de El Salvador, Art. 315, cit.

N. del A.: Nicaragua y El Salvador no hacen referencia a la forma de fusión que se adopte, por lo que a nuestro juicio ambas fórmulas son permitidas, en cuanto no se prohíbe ninguna.

### 3º.-CARACTERÍSTICAS COMUNES EN AMBAS FORMAS

#### A) Acuerdos Sociales de fusión:

El primer requisito exigido para que se dé la fusión es - la adopción del correspondiente acuerdo de todas y cada una de las sociedades que pretenden fusionarse. Indiscutiblemente la voluntad social se forma a través de la Asamblea o Junta General de socios actuando dentro de los límites señalados por los respectivos preceptos legales o estatutarios. Es lógico entonces afirmar que el acuerdo de fusión debe tomarse por el máximo organismo de cada una de las sociedades que se fusionan.

Opinamos que este acuerdo deberá indicar las condiciones precisas con que se realizará la fusión; y aunque no se exija, deben puntualizarse los elementos sustanciales del acto constitutivo de la sociedad que resulte de la fusión, tales como: tipo, capital social, naturaleza, finalidad, domicilio, objeto social, plazo, el modo o forma de elegir a las personas que habrán de ejercer la administración, forma de distribuir utilidades, régimen de constitución de reservas, bases para practicar la liquidación, etc.

Es digno de mencionarse la dualidad en los sistemas en -- cuanto a la ejecución del acuerdo de fusión. En el primer sistema, el germano, el acuerdo es de ejecución inmediata, pero - los patrimonios de las sociedades fusionadas se mantienen separados hasta la total liquidación de las deudas e tomadas las - convenientes medidas para asegurarlas.- En el segundo sistema, el italiano, la fusión no puede ejecutarse, salvo la excepción



de conformidad de acreedores, sino desde que haya transcurri--  
do un plazo, del que la ley fija la duración mínima de manera  
que durante el mismo, los acreedores tienen derecho a oponerse  
judicialmente a la fusión, pero transcurrido sin que la haya,  
habiéndose sido satisfechos los acreedores o descaudados, la fu--  
sión se realiza plenamente.-

Este segundo sistema es adoptado por todas las legisla--  
ciones de Centro América.(1).-

### 3) Condiciones y requisitos de validez:

En doctrina, la fusión de Sociedades Formadas a base de  
personas no ofrece problema en cuanto a la formación de la vo--  
luntad social, pues son todos los socios, quienes deciden por  
voto personal la fusión. El problema se presenta en las socie--  
dades anónimas, en las cuales, por regla general hay dos cla--  
ses de juntas generales, ordinarias y extraordinarias, lo --  
cual plantea la duda de cuál de las dos es la exigible para  
adoptar un acuerdo de fusión. Para tomar partido y sustentar  
una tesis de principio me pronuncié en favor de la Junta Gene--  
ral Extraordinaria. Me baso para ello en la enorme trascenden--  
cia del objeto sobre que recae el acuerdo, sus repercusio--  
nes económicas internas y externas. A continuación nos referi--  
remos a las sociedades anónimas, por ser las que presentan ma--  
yores dudas en cuanto a la clase de Junta General que deberá  
tomar el acuerdo.

(1) Honduras. Código de Comercio. Arts. 347 y 349.

Costa Rica. Código de Comercio, Arts. 221 y 222

Guatemala. Código de Comercio, Art. 355

Nicaragua. Art. 264 y 265

El Salvador. Art. 278 del Código de Comercio y 317 del Pro--  
yecto.

Cuando se trata de fusión por creación de una sociedad nueva, debería ser un imperativo la exigencia de una Junta General Extraordinaria, por la propia naturaleza del acuerdo, pues en él va invivita la disolución de todas y cada una de las sociedades que se fusionan. En el caso de fusión por absorción podemos hacer la misma observación en cuanto a las Sociedades absorbidas, porque para todas ellas, la fusión supone necesariamente su extinción; en cambio, para la sociedad absorbente la situación se plantea en forma diferente: si admitimos que para ella la fusión significa inexorablemente un aumento de capital, este acuerdo conforme nuestra legislación vigente debe ser tomado en Junta General ordinaria o extraordinaria y por una mayoría calificada de accionistas y de acciones, debiendo expresarse en las convocatorias que se discutirán y votarán sobre el tema(1).- El proyecto(2) acertadamente y siguiendo al Código de Comercio de Honduras(3), establece que dicho acuerdo deberá ser tomado en la forma que corresponda resolver la modificación del pacto social, por lo cual en lo que respecta a las sociedades anónimas(4) exige Junta General Extraordinaria y tres cuartas partes de las acciones.-

En Guatemala se establece que "la fusión deben acordarla los socios por unanimidad, salvo que se trate de sociedades accionadas"(5), pues en tal caso basta la mayoría, la cual se constituye con "las dos terceras partes de las acciones con derecho a votar"(6).-

(1) Art. 243. Código de Comercio.

(2) Art. 317, Proyecto de Código de Comercio de El Salvador

(3) Art. 346

(4) Art. 176

(5) Art. 355 (Inciso 2º) Código de Comercio.

(6) Art. 347 (Inciso 2º) Código de Comercio.

Consideramos de importancia mencionar el criterio de unanimidad que sigue la legislación guatemalteca y nuestro Proyecto, por ser el que adopta también Honduras, pues en nuestra opinión, aun tratándose de sociedades personalistas, dicho criterio se encuentra reñido con la realidad, que muestra la imposibilidad práctica de conseguir unanimidad en una votación, - sobre todo, que las sociedades tienden a reunir en su seno cada día mayor número de socios; y bastaría con que un solo socio se oponga a la fusión, para que la operación no pudiera llevarse a cabo. Desde ya propugnamos, por la desaparición de los criterios de unanimidad para la formación de la voluntad social en las sociedades mercantiles, debiendo en nuestro criterio, dejar la formación de dicha voluntad a lo que al respecto los socios pacten en el momento de la constitución. Participamos de la idea de la protección de los intereses legítimos de los socios minoritarios, pero no de una consideración excesiva de los mismos que pueda conllevar un desprecio de otros intereses superiores a aquellos.

La protección jurídica de los socios minoritarios que se oponen a la fusión no puede nunca consistir en hacer depender de su voluntad la posibilidad del acuerdo, sino en un derecho de separación(1), el cual debe darse con arreglo a normas de equidad. La Sociedad no es solo un contrato sino una Institución con fines propios; si los socios que se adhirieron a esta voluntad social, por medio de suscripción y pago de capital, - rehusan seguir adhiriéndose a la misma en un momento posterior, sus intereses deben respetarse, pero nunca debe permitirse que su voluntad particular prevalezca sobre la voluntad

(1) En Italia y Argentina se la denomina "derecho de receso". - Francisco J. Caro en "Sociedades Anónimas" Pág. 229.

social debidamente manifestada.

Creo conveniente utilizar en este trabajo, someramente el derecho de separación o de retiro del socio no conforme con la fusión.

Este derecho, cuyo antecedente lo encontramos en el Derecho Italiano, "implica un acto defensivo del socio frente a la Sociedad"(1). Siendo antes su campo de aplicación, las sociedades formadas a base de confianza personal, opinamos que su extensión a las sociedades de capital es acertada, pues -- tan merecen protección los derechos de los socios de unas como los de las otras. En este sentido último, se pronuncian el Código de Comercio de Honduras(2) y el Proyecto Salvadoreño(3)

Seguendo a Vivante, Garro(4) afirma que este derecho es "individual, inmodificable e insuprimible" para afirmar con posterioridad que su razón de ser descansa en el cambio de las condiciones originarias de la Sociedad, posición ésta que ha dado lugar a la doctrina del "respeto a las bases esenciales de la Sociedad" y la de "los derechos individuales o irrevocables de los accionistas", las cuales solamente aludimos por no ser objeto de este trabajo.

Consideramos dignas de mencionar las críticas que se hacen al derecho de separación, las cuales son:

(1) Exposición de motivos del Proyecto del Código de Comercio presentado al Congreso Nacional de Honduras por el Dr. Urbano Mesa, Ministro de Hacienda, Crédito Público y de Comercio el 17 de Diciembre de 1943.

(2) Art. 351

(3) Art. 320

(4) F. Garro, ob. cit., Pág. 219

1º) Para el socio puede no ser una solución conveniente - porque no es lo mismo que se le devuelva el importe correspondiente a su aporte según un balance que pueda ser hecho para el caso y favorecer por ende a la Sociedad, a que se le haga tal reintegración en ocasión de la liquidación total de los bienes sociales.

2º) En un momento determinado, si los que se retiraran significan un porcentaje elevado del capital social, la sociedad pasará por un grave aprieto económico.

3º) La devolución del capital a los socios reduce la garantía de los acreedores sociales, creando una preferencia en favor de aquellos, cuando es aceptado generalmente, que sean éstos últimos los que han de pagarse con prioridad.

Fronte a estas críticas podemos señalar como justificaciones las siguientes:

1a.- Para poder reembolsar al socio inconforme, debe tomarse como base un documento contable emanado de la sociedad y que refleje su situación patrimonial. Este documento no puede ser otro que el balance. Ahora bien, a los socios inconformes con la fusión debe quedar expedito el derecho a impugnar dicho balance, cuando creen que hay en él partidas que puedan resultar falsas o inexactas.

2a.- En cuanto a la difícil situación económica que podría significar el retiro de un número de socios que representen un alto porcentaje del capital social, creemos que podría resolverse de varias formas: a) que previa convocatoria con espe-

cificación del asunto a tratarse, otra Asamblea deje sin efecto la resolución de fusionarse; b)reembolsando a dichos socios con un fondo de reserva especialmente creado; o, c)reintegrando el capital social con una nueva emisión de acciones o aceptando nuevos socios que cubran las cuotas en la proporción reembolsada a los socios desidentes o inconformes.

3a.-En lo referente a la reducción de la garantía de los acreedores, por la reducción del capital social, creemos que los ordenamientos legales deben proveer esta situación y ordenar a la sociedad la reintegración del mismo con anterioridad a que se dé el derecho de receso o la reducción del capital.

El Código de Comercio Hondureño y el Proyecto Salvadoreño, con idéntica redacción, establecen en sus Artículos 351 y 320, respectivamente: "el socio que no esté de acuerdo en la fusión puede retirarse; pero su participación social y su responsabilidad personal ilimitada, si se trata de socio colectivo o comanditado, continuarán garantizando el cumplimiento de las obligaciones contraídas antes de tomarse el acuerdo de fusión". Al examinar detenidamente estas disposiciones contenidas en dichos cuerpos de leyes vemos que en ellas si hay una crítica muy de fondo que hacer, por haber una posible situación de injusticia para el socio que se separa y sus acreedores personales. En el caso de que la Sociedad se encuentre pasando por una situación económica de crisis al momento de fusionarse, es lógico que el socio que se retira responda ilimitadamente cuando es colectivo o comanditado; pero si la situa-

ción económica de la sociedad al fusionarse, es completamente bonancible y posee en consecuencia un saldo activo, del cual, el socio que se retira recibe el valor real de su aporte, no creo que sea justo que responda con posterioridad a la fusión, de las obligaciones contraídas antes de la misma, considerando que el acreedor no conoció del balance de la Sociedad que se fusiona, que no se opuso a la operación, ni pidió garantía satisfactoria para el pago de su crédito, sino de buen gusto acepta como deudor a la nueva sociedad, debe aceptar los riesgos de su propia decisión. No es justo que responda de las obligaciones de la nueva sociedad o de la absorbente, quien no ha aprobado su fusión, sobre todo, frente a quien consiente en la aventura. Opinamos que sería conveniente en consecuencia analizar y revisar dichas disposiciones, en aras de la equidad.

En Centro América, las legislaciones de Honduras(1), de Costa Rica(2), de Nicaragua(3) y, el Proyecto Salvadoreño(4) expresamente admiten el derecho de retiro del socio que no esté de acuerdo con la fusión pero no excluyen la validéz del acuerdo, con tal que los socios inconformes sean reembolsados de su parte de interés en función de la cuantía del patrimonio social en el momento del acuerdo de fusión, debiendo dejarse, aunque no aparezca consignado, expedito el derecho de impugnación del criterio adoptado para la formación del balance que servirá de base para el cálculo de su reintegro.

(1) Art. 351 Código de Comercio.

(2) Art. 223 Código de Comercio (solo es aplicable a los socios colectivos o comanditarios).

(3) Art. 262 (final) Código de Comercio.

(4) Art. 320.

A diferencia de las legislaciones anteriores, la guatemalteca y la salvadoreña no contemplan expresamente el derecho de separación o de receso. Aventurámonos en opinar afirmamos que en estos dos países el acuerdo de fusión es impugnable -- por el socio inconforme; por supuesto creemos que tal derecho debe ejercerse en un plazo breve, tal como señalan las legislaciones de Honduras(1) y Nicaragua(2).

C) Publicidad de los acuerdos:

Hasta aquí hemos visto los requisitos esenciales y condiciones de validez de los acuerdos de fusión; pero no basta la convocatoria expresa, cierto tipo de Asamblea y mayorías calificadas, hace falta además, que los acuerdos de fusión se sujeten a un régimen de publicidad, previa y posterior.

Sostenemos la conveniencia de la publicidad material de la convocatoria para la Asamblea en que se tratará y resolverá sobre la fusión; la publicidad material y formal de dicho acuerdo; y transcurrido el término para que los acreedores o interesados ejerzan su derecho sin que lo hagan por haber sido satisfechos o garantizados satisfactoriamente sus créditos, habiéndose ejecutado el acuerdo de fusión se deberá publicar formal y materialmente.

A nuestro juicio, esta exigencia se justifica porque proporciona garantías a los socios ausentes de dicha deliberación, a los disidentes para poder impugnar el acuerdo o para ejercer su derecho de separación; y por último, en garantía de -- terceros, generalmente acreedores, que de un modo especial espe

(1) Art. 316 Código de Comercio (señala noventa días contados a partir de la fecha en que se tenga conocimiento del acuerdo)

(2) Art. 262 Código de Comercio (distingue en las Compañías Anónimas, cuando el socio ha estado presente en la Asamblea y ha sido disidente le concede tres días y a los ausentes, un mes después de la publicación del acuerdo).



ran el resultado de la operación por la importante incidencia del acuerdo en sus intereses.

Las legislaciones de Honduras(1), Costa Rica(2) y El Salvador(3), acertadamente señalan la exigencia de la publicidad, formal y material, del acuerdo de fusión y de su ejecución.

B) Disolución y extinción de la personalidad anterior:

1º-La fusión como causa de disolución

De manera general, en la doctrina se admite como una de las características peculiares de la fusión, la desaparición de una o más sociedades, no importa cual sea la forma de realizar la operación que se adopte.

Cuando es por creación desaparecen todas las sociedades que se fusionan; cuando es por absorción, desaparecen las sociedades absorbidas.

Hemos utilizado el término "desaparición", para no entrar en la problemática terminológica que podría presentar la expresión "disolución". Consideramos de una mayor concreción el término "desaparición" que "disolución", por exigir este último el aditivo de "sin liquidación" si se quiere dar un idea que responda con más precisión a la esencia del fenómeno de la extinción social de una o más Sociedades por la fusión.

En el derecho positivo el término que siempre se ha utilizado es el de "disolución", para hacer referencia a la locución que significa la desaparición de las Sociedades, por lo

(1)Art.347 Código de Comercio,

(2)Art.222 Código de Comercio.

(3)Art.275 Código de Comercio y Art.317 del Proyecto.

que es en este campo en donde podría haber alguna discusión, tomando en cuenta que las legislaciones no son uniformes al respecto. Para el caso, el Código de Comercio de El Salvador, expresamente incluye entre las causas de disolución que enumera en su Art. 281 a la fusión; en cambio, ya no se incluye en el proyecto del Código de Comercio en la enumeración que de dichas causales hace el Art. 187, disposición igual a la del Art. 322 del Código de Comercio de Honduras que tampoco las sitúa como causal de disolución. Creemos muy acertado el criterio de los legisladores hondureños y de los redactores del Proyecto Salvadoreño por considerar, con ellos, que la fusión afecta a las Sociedades que desaparecen cuando se cumplen los requisitos de ejecución de la misma; a diferencia de nuestro Código vigente que si enumeraría como causal de disolución dentro que los acuerdos sociales de fusión entran en una causal de disolución como antecedente necesario de su extinción definitiva, cuando lo que ocurre en realidad es que la ejecución del acuerdo significa ipso facto la extinción de las sociedades absorbidas o de todas según la forma adoptada.

2º-Momento de extinción de las sociedades que desaparecen.

Es tema de mucha discusión el momento de extinción de la personalidad jurídica de la o las sociedades que desaparecen por la fusión, ya que depende del sistema adoptado por cada ordenamiento legal en orden a dicha institución.

En nuestro derecho positivo(1), la extinción de las sociedades que desaparecen se realiza desde el momento que se ins-

cribe la correspondiente escritura de fusión en el Registro de Comercio, tomando en cuenta los siguientes supuestos: a) solamente pueden fusionarse las sociedades anónimas; b) dichas sociedades no tienen existencia legal sino desde la correspondiente inscripción en el Registro de Comercio(2). Otro tanto sucede en Nicaragua, en donde hay disposiciones legales iguales a las salvadoreñas sobre el tema(3). El Código de Comercio de Guatemala no hace referencia alguna a ese momento, pero relaciona como efecto de la fusión el desaparecimiento de una Sociedad en el supuesto de la absorción o la disolución de todas, en el caso de la creación, por lo que esos serán en definitiva los momentos de extinción de las Sociedades que se fusionan.-En Honduras, al igual que en nuestro proyecto del Código de Comercio la fusión no se realiza sino hasta el momento de la inscripción, momento ése en que la personería de las sociedades que se fusionan en una nueva o las absorbidas en el caso de absorción, queda extinguida(4).

E) Transmisión del patrimonio o patrimonios a Fideicomiso

Universal:

1º.-Sentido de totalidad de la transmisión.

Una de las características que mejor definen la fusión es la transmisión del patrimonio de las sociedades que desaparecen a la absorbente o a la de nueva creación.-

Ahora bien, esta transmisión exige ciertos requisitos indispensables para que exista la fusión. Si la transmisión pa-

(1) Art. 273 Código de Comercio.

(2) Art. 236 Código de Comercio.

(3) Arts. 264 y 265 Código de Comercio

(4) Arts. 350 y 319 Código de Comercio y Proyecto, respectivamente.

rimonial es parcial, por reservarse las Sociedades disueltas parte del activo con el objeto de distribuirlo entre los socios o para poder pagar deudas, no podemos hablar de fusión - en sentido jurídico, pues no responde a la esencia de la institución, que tiene referencia a una íntima compenetración de las Sociedades que intervienen en el fenómeno, formando una confusión total de sus patrimonios(1), tal como son, para integrarse en una individualidad social que se crea ex-profeso, o que existiendo absorbe por completo la o las que preceden.

2º.-Carácter de universalidad por razón del título.

Al hablar de confusión total de patrimonios aún no hemos agotado las características propias de la fusión.

El patrimonio puede transmitirse paulatinamente, siguiendo las normas jurídicas que regulan la naturaleza de cada individualidad contenida en él. En este caso opera una transmisión de todo el contenido patrimonial de las sociedades a favor de la absorbente o de la nueva sociedad, pero no estamos en presencia de una fusión verdadera, porque no se ha seguido el procedimiento propio de la misma que exige la transmisión en un solo acto del patrimonio entero, o dicho en otras palabras, la transmisión del activo y del pasivo debe operar ipso jure por la fusión.

En aquel caso estamos en presencia de una transmisión - de todo el contenido del patrimonio, pero no hay una transmisión del "patrimonio como un todo". Allí hay varias transmisiones a título singular; aquí encontramos una transmisión de

(1)Patrimonio: Como conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona apreciables en dinero.

una universalidad de derecho.

Al transmitir en bloque su patrimonio las sociedades -- transmitentes se extinguen y al extinguirse opera una suce---  
sión universal a favor de la absorbente o de la nueva. La per  
sonalidad jurídica, las obligaciones, los derechos reales los  
valores incorporados, etc., se transmiten contenidos en ese --  
bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Esta --  
unidad continúa siendo idéntica, sólo cambia su titular jurídico  
co. El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra.  
No hay, por consiguiente transmisión del contenido patrimonial;  
compraventa de bienes muebles o inmuebles, cesión de créditos,  
a menos que descompongamos la transmisión en bloque en actos  
de transmisión individuales de cada uno de sus elementos pa--  
trimoniales.

#### F) Ausencia de Liquidación:

La transmisión en bloque del patrimonio de la sociedad --  
absorbida a la absorbente o la de los patrimonios de las di--  
sueeltas, que son totales, en el de fusión por creación, lleva --  
consigo necesariamente, como ya hemos analizado, una sucesión  
universal. La consecuencia necesaria de esta sucesión a títu--  
lo universal, es la ausencia del proceso liquidatorio en las  
sociedades que desaparecen. La razón de esta excepción consiste  
te en que el período liquidatorio es una fase intermedia: en--  
tre la disolución y la desaparición o extinción definitiva de  
las sociedades. Durante este período o proceso liquidatorio,

continúa subsistente la personalidad jurídica de la Sociedad disuelta, con una vida agonizante, predecinada a un actuar exclusivamente liquidatorio del patrimonio social.

Siendo éste el fin de la liquidación, fácilmente se comprende que, si en la fusión se da una transmisión en bloque y una sucesión a título universal, la liquidación se hace incompatible con la fusión. La vida de las sociedades fusionadas continúa en el seno de la nueva o de la absorbente, según el caso; y no se extingue como en el caso de la liquidación, por el pago de las deudas y la distribución del haber social que resulta.

#### G) Contraprestaciones:

Es importante recordar, a estas alturas, que la aportación patrimonial la realizan las sociedades, pero la contraprestación no la reciben ellas, sino sus socios en forma de acciones u otros títulos de participación social.

Esta es una razón más, que viene a dificultar la construcción contractualista de la fusión, al menos en sus líneas clásicas: compraventa, permuta y cesión. Configurada la institución de la fusión bajo una de estas tres modalidades contractuales, nos encontramos con la incongruencia de que la contraprestación la recibirán personas extrañas que no figurarán en la contratación: los socios.

La doctrina italiana afirma que lo que hay en el "contrato" de fusión es una "estipulación por otro".

Al hablar del concepto jurídico de la fusión, en el capítulo anterior, expusimos serias objeciones a la presentación de la explicación de la fusión exclusivamente como contrato. - No obstante ello, estamos de acuerdo en que si se construye contractualmente la fusión, es la "estipulación por otro" el único camino posible para tratar de explicar sus efectos desde bases jurídicas, si bien presenta graves inconvenientes, - tal como la inseguridad de la relación jurídica con el tercero hasta su aceptación por parte de éste.

Por otra parte el hecho de que la contraprestación en la fusión consiste en la entrega de títulos de participación social de la nueva sociedad o de la absorbente en su caso, supone también la acentuación del carácter corporativo o social de la fusión, en su doble aspecto: por una parte destruye los vínculos de asociación y por otra los hace renacer. En forma acertada, el profesor Garrigues(1) afirma que "en la fusión se manifiesta el doble carácter disociativo" y "asociativo", lo cual se ve en evidencia en el hecho de que las acciones o aportaciones dadas a los nuevos socios como contraprestación llevan en sí el carácter de socios para los que las reciben y con ello, la titularidad del conjunto de derechos sociales -- que entraña el título que represente su participación social.

La fusión destruye pues, los vínculos sociales mediante la desaparición de sociedades para volver a formarlos en el marco asociativo de una nueva sociedad o de una ya existente.

Operando así la contraprestación, es preciso llegar más allá

(1) Garrigues, Tratado I. v. 3, Pág. 1270

de la concentración puramente patrimonial para enfocarla a la fusión como "una unificación de grupos sociales que tienen un soporte humano de decisiva importancia" según afirmación de Herdocia Lacayo(1).

Esta afirmación es de suma importancia para nosotros porque nos servirá para distinguir con precisión, a la fusión de otras figuras afines.

Por esta razón con anterioridad hemos dicho que lo decisivo para la fusión es que la operación afecte a los socios, pues solo entonces estaremos en presencia de una fusión en -- sentido jurídico, porque si sólo se afecta al patrimonio transferido de una sociedad a otra, no hay fusión.

#### 4º.- CARACTERÍSTICAS DISTINGUIBLES EN CADA UNA DE LAS -- FORMAS DE FUSIÓN.

##### 1)- Fusión por creación de nueva sociedad:

Esta forma de fusión presenta dos rasgos fundamentales -- que le son propios y exclusivos: el primero es que al adoptar esta forma, la disolución alcanza a todas las sociedades que -- intervienen en la operación; y el segundo consiste en la creación de una nueva sociedad, la cual está destinada a ser sucesora a título universal de las fusionadas y disueltas.

Al exponer los rasgos fundamentales de la institución, -- comunes a ambas formas, decíamos que uno de ellos es la disolución o desaparecimiento de las sociedades que se fusionan.

(1) Herdocia Lacayo. Ob. cit. - En este mismo sentido el Código de Comercio de Honduras (Art. 353) y el Proyecto Salvadoreño -- (Art. 321) que con idéntica redacción se leen: "Los socios de las sociedades fusionadas que venguen a ser socios de la Sociudad nueva o de la absorbente, recibirán participaciones sociales o acciones en la cuantía convenida".



En la fórmula de creación se exige imperiosamente la disolución o desaparecimiento de todas las sociedades que participan en la operación. La razón de ser de esta exigencia se desprende de la propia naturaleza de esta forma. Y es tan evidente este supuesto como el segundo, por lo que para no hacer innecesariamente extenso este trabajo o incurrir en repeticiones, nos remitimos a lo dicho en aquella oportunidad sobre ambos supuestos.

b)- Fusión por absorción:

Esta forma de fusión presenta también dos notas específicas cuyo alcance y obligatoriedad conviene examinar, siendo la primera tan evidente, que no requiere amplias consideraciones, como a continuación veremos.

I.- Subsistencia de la sociedad absorbente.

La subsistencia de una sociedad en esta forma de fusión responde a su propia naturaleza; aquí se extinguen todas las sociedades absorbidas cualquiera que sea su número, pero no la absorbente. Esta subsistencia supone una excepción a la regla general de que la fusión entraña siempre disolución, pero no rompe la regla general de que la fusión conlleva siempre disolución, común denominador en ambas formas de fusión, porque en este caso se disuelven todas las fusionadas, excepto la absorbente; y el hecho de que ésta subsista responde a su propia naturaleza y definición.

II.-Aumento de capital de la sociedad absorbente.- Tal como sostuvimos en la primera parte de este capítulo (fig.- 22 ), la sociedad absorbente aumenta su propio capital en la cuantía necesaria, es decir, por un importe --- igual a la suma de las aportaciones patrimoniales de --- las que se disuelven.

Este aumento de capital no puede ser nunca puramente contable, pues la sociedad absorbente debe entregar a los socios de las absorbidas un equivalente patrimonial en concepto de contraprestación por la transmi--- sión que de sus respectivos patrimonios hacen las so--- ciedades absorbidas a la absorbente; contraprestacio--- nes que deben de realizarse en acciones o títulos que confieran derechos de consecución y patrimoniales a --- los socios de las absorbidas.-

5º.- LA FUSIÓN Y OTRAS FIGURAS FINIS:

La fusión de sociedades con frecuencia es identificada con otras varias figuras, que si bien es cierto que conserva con ellas cierta semejanza, ésta no es más que aparente, pues son profundas las características propias que la hacen diferenciarse de dichas figuras, de las cuales trataremos tres grupos: las que contradicen los principios de la disolución forzosa de una o más sociedades; las que contradicen el principio de la transmisión universal de patrimonio; y las que contradicen el principio de la ausencia de liquidación. Veámoslas:

A) Contradicen el principio de la disolución forzosa de una o más sociedades:

I-Las uniones de empresas.

Ya, en el capítulo uno de este trabajo, señalamos las diferencias entre ambos fenómenos, por lo que a esta altura, nos limitaremos a hacer referencia a las formas de concentración de empresas que más significación tienen para nuestro objetivo.

El cartel, que se originó en Alemania y Austria, se define como "un acuerdo contractual entre individuos o sociedades que, sin renunciar respectivamente a su existencia comercial o industrial distinta, se entienden para perseguir, mediante una acción concertada, un resultado económico determinado" -

(1).-

---

(1)De acuerdo con el Comité Económico de la C.N.U.

Sus características esenciales son: a) su fin es influir sobre las condiciones de la oferta y la demanda. Se forma por una serie de contratos entre empresas libres; b) tiene un carácter provisional; c) el vínculo de unión carece de obligatoriedad; d) generalmente engloba productores, comerciantes y consumidores; e) no supone la existencia de un órgano especial distinto de los miembros que lo forman. Pero con frecuencia los miembros crean, al lado de las empresas que se unen, una personalidad jurídica distinta, que en Alemania se llama "Sindicato" y en Francia "comptoir", en forma de sociedad o no.

El trust es "una agrupación de empresas sobre las que -- existe una comunidad de interés más o menos estrecha, que re-- presenta una gama de las más complejas que comprende desde el simple cambio de patentes y de informaciones, hasta la constitución de un órgano director único, respetándose la independencia y autonomía de las empresas y su personalidad jurídica" - (1).-

"El Konzern" o consorcio ha sido definido como "Empresas - que permanecen exterior y jurídicamente independientes y forman sin embargo, una unidad económica y se encuentran sometidas a una dirección única" (1). Lo importante en esta figura es la técnica de producción, aún permitiendo la competencia o libre con curr encia entre sus asociados. Se establecen disposicio nes es pe cia les que buscan mejorar la producción de un bien de terminado.

(1) Joaquín Rodríguez Rodríguez, Tratado de Sociedades Mercantiles II. Pág. 519.

II.-La cesión de todos los negocios de una sociedad a otra, subsistiendo aquella para responder de sus obligaciones.

En este caso tampoco hay fusión, porque falta una de las características esenciales de la misma, la extinción de una o más sociedades. Además, esta figura contradice el principio de la sucesión universal, porque con el activo patrimonial no se transmiten las obligaciones, que se compromete a saldar la sociedad transmitente, con lo cual se daría un proceso de liquidación, el cual es incompatible con la idea de la fusión, como ya lo vimos, puede haber venta, cesión de derechos pero nunca una fusión.

III.-Transmisión global de uno de los establecimientos entre varios pertenecientes a una sociedad.

En este caso tampoco podemos hablar de fusión. Es cierto que el establecimiento es el pedestal económico de las sociedades, pero si éste o éstos no se disuelven sin liquidación no hay fusión.

B)-Contradice el principio de la transmisión universal de patrimonios en la fusión.

I.-Transmisión parcial del patrimonio.

Ya expusimos con anterioridad, que no se aceptan como casos de fusión aquellos en los que la transmisión patrimonial no opere por completo, como son los casos enumerados en los numeriles 2 y 3 del literal A) de este mismo punto.

## II.-Transmisión a título singular del patrimonio.

En este supuesto, tampoco podemos hablar de fusión, por que la Sociedad transmitente subsiste como persona jurídica, faltando en consecuencia el requisito de la disolución; o bien -- hay disolución acompañada de liquidación y por ella reciben -- los socios de la vendedora su correspondiente cuota, faltando entonces la ausencia de liquidación y con ella la fusión.

### C)-Contradice el principio de la ausencia de liquidación:

I.-La Sociedad absorbida se obliga a liquidar su patrimonio para convertirlo en efectivo y entregarlo a la Caja de la absorbente.

Esta figura se tratará con amplitud en el próximo capítulo, pero dejemos sentado desde ya, que tampoco aquí hay fusión.

## II.-Fusión de Sociedades en liquidación.

Como ya lo expresaremos en su oportunidad, los términos fusión y liquidación se estudian; sin embargo, por excepción -- podría darse el caso de una fusión de sociedades en liquidación. En el próximo capítulo haremos especial referencia a este fenómeno.

Con frecuencia se puede encontrar, entre los autores de Derecho Mercantil, la alusión a la figura que se ha llamado por los mismos "Fusión-venta" analizaremos, someramente, la continuación dichas figuras.

La compra de todo el patrimonio de una sociedad, no presenta mayores dificultades para configurarla jurídicamente, pues

en ningún caso se podría confundir con la fusión, porque aque lla supone solo unificación de patrimonio mientras que ésta - significa, además, integración de varias sociedades en una so la personalidad(1). Por eso la simple adquisición de todo el capital social de una sociedad no supone una fusión verdadera.

El problema se plantea cuando la compra del patrimonio - de una sociedad se lleva a cabo contra la entrega de acciones por parte de la adquirente, seguida de la disolución de la so- ciudad titular del patrimonio adquirido, porque en este caso se da la unificación de personas jurídicas, propia de la fu--- sión. Al respecto, la doctrina(2) considera que tampoco en es- te caso hay fusión en sentido estricto. La razón que se aduce en realidad convence: mientras en la fusión los socios de la sociedad absorbida no reciben la contraprestación que les con- fiere la calidad de socios de la absorbente a título derivati- vo, en la "fusión-venta", en cambio, se da esta transmisión - derivativa, puesto que la sociedad vendedora recibe la contra- prestación de la adquirente como precio de venta, entregándola a sus accionistas como cuota de liquidación. Reconocemos que en este último momento se opera una verdadera penetración de patrimonio y de socios, con lo cual se podría pensar que es tamos en presencia de una verdadera fusión; pero debemos obser- var que no se ha utilizado la vía normal de la fusión por ab- sorción, que es la forma a que hacemos alusión.

(1)En este mismo sentido, Garrigues, Tratado I. v. 3 Pág. 1275

(2)Garrigues, Tratado I. v. 3., Pág. 1276.

Similares observaciones se dan para rechazar la figura "Fusión-permuta" como caso de fusión en sentido estricto.



#### CAPITULO IV.

##### PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN TORNO A LA FUSIÓN

La fusión de sociedades presenta una aguda problemática por ser una institución sumamente compleja y por los variados intereses que se deben tutelar. Estos problemas tienen una doble proyección:

- a)-En lo interno: la defensa y garantía de los intereses legítimos de los socios; y,
- b)-En lo externo: la protección jurídica de los acreedores.

Ambos aspectos juegan un papel relevante que no debemos subestimar. A esto debemos agregar que los problemas aumentan al ver que la fusión, así como presenta una gran riqueza en hechos, es sumamente pobre en su regulación legal.

En este capítulo nos proponemos enunciar y tratar solo aquellos problemas de más marcado interés dentro de la fusión admitiendo desde luego que no son los únicos. Para no repetir innecesariamente, solo veremos con atención los que hasta ahora no hayamos aludido en este trabajo, remitiéndonos en otro caso a los lugares del mismo donde se ha hecho mención de ellos.

1º.-LA FORMA SOCIAL DE LAS EMPRESAS FUSIONADAS.

Hay legislaciones en las que faltan preceptos generales sobre la fusión y ésta ha sido creación de la Jurisprudencia. (1).-Hay un segundo grupo en las que la fusión se regula con carácter general, para todas las sociedades mercantiles, tal como acontece en las de Guatemala, Honduras y Costa Rica; y - en el Proyecto de Código de Comercio de El Salvador. Aún más, hay un tercer grupo en el que sólo está reglamentada la fusión de las sociedades anónimas, corriente ésta a la que pertenece El Salvador.

Nos dolemos del alcance de nuestra legislación en materia mercantil, pues muy a pesar de ella, no creemos equivocarnos cuando afirmamos que pueden fusionarse tanto las sociedades de capital como las personalistas, sin distinción alguna. Reconocemos que la fusión es más frecuente entre las sociedades anónimas y es bastante rara entre sociedades de personas.

Para sustentar una tesis de principio, ya afirmamos la posibilidad de la fusión para cualquier clase de sociedad, aunque ello signifique, para algunos autores, una dificultad para "la construcción jurídica unitaria de la fusión", pues los problemas que plantean las fusiones entre sociedades personalistas son sumamente difíciles de solucionar y en consecuencia se desvían de la línea que hemos venido señalando.

(1) cita del Dr. Oscar Herdedia Delgado, en conferencia pública dada en "Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, No. 1-2, pag. 162.

La doctrina moderna ha ayudado mucho, ampliando el campo de aplicación de la fusión, al incluir en él, a todas las sociedades, cualquiera que sea su tipo. Profundizando aún más, en consideración a épocas venideras para el ámbito comercial de Centro América, creemos que hasta podemos atrevernos a decir que es posible fusionar sociedades de diferentes nacionalidades. En Honduras, el artículo 346 del Código de Comercio reza: "El acuerdo de fusión deberá ser tomado por cada sociedad, en la forma que corresponda resolver la modificación de sus estatutos". En Costa Rica, el Artículo 545 del Código de Comercio dice "una sociedad de cualquier tipo, sea constituida conforme el Código Civil o de tipo Mercantil, podrá transformarse en una sociedad de cualquier tipo, sin necesidad de disolverse, mediando solamente la reforma necesaria de sus estatutos para que cumpla todos los requisitos que la Ley señala para el nuevo tipo o clase de sociedad". Esta disposición permite al Dr. Herdocia Lacayo(1) afirmar que "si es factible la transformación de sociedades en límites tan amplios y nada se opone a juntar el fenómeno de transformación al de fusión, la ley costarricense permite también igual amplitud de posibilidades a la fusión de sociedades. En estricta lógica no encuentro razón valedera para que, siendo como efectivamente son las sociedades, instrumentos de la actividad humana en el logro de sus intereses, no puedan ser ampliamente modificados tales instrumentos cuando así lo requiera el interés del hombre".

(1) Herdocia Lacayo, Ob. cit.

## 2º.-CONSERVACION DE CAPITALS O DE PATRIMONIOS EN LA FUSION

El problema podemos enunciarlo así: El capital social de la Sociedad absorbente o el de la nueva Sociedad creada, después de realizarse la fusión tendrá o no que ser igual a la suma aritmética de los capitales de las sociedades que desaparecen, ampliando la interrogante, la cifra del capital resultante será igual a la suma de los capitales o a la de los patrimonios netos de las sociedades fusionadas?

Estamos ahora en presencia de uno de los problemas que más interés ofrecen en el estudio de la fusión: la conservación de capitales o la conservación de patrimonios. Su importancia aumenta, al decidimos en uno u otro sentido, cuando la situación económica real de alguna de las sociedades fusionadas es mala, ya que esto obliga más a considerar las ventajas e inconvenientes que ambos principios presentan con relación a socios y herederos.

### a) El principio de la conservación de capitales:

La mayoría de autores españoles estiman que el capital social de la sociedad resultante de la fusión no puede ser otro que la suma aritmética de las cifras de los capitales sociales de las empresas fusionadas. En el caso de fusión por absorción, la sociedad absorbente debería, según este criterio, aumentar su capital en la cuantía necesaria para asumir el capital social de la absorbida.

La única ventaja de este procedimiento, es la de responder plenamente al principio universalmente aceptado de "vinculación del patrimonio social en favor de sus herederos por la -

cifra de su capital social".

Por otro lado, presenta serios inconvenientes, sobre todo cuando alguna o todas las sociedades que se fusionan tienen un balance deficitario; en estos casos, los reparos son -- más serios y justificados.

Analizando un caso práctico, vemos que dos o más sociedades (una de ellas atraviesa por una mala situación financiera) se fusionan mediante la creación de una nueva sociedad y ésta se constituye con un capital social igual a la suma de las que se fusionan. Nos encontramos aquí con un capital funcional mayor que el activo aportado, lo que equivaldría a tener que conceder a los socios, acciones cuyo valor contable sería inferior al nominal.

Una objeción que se le puede hacer a la explicación del principio de la conservación de capitales, es que si bien protege a los acreedores anteriores a la fusión, engaña los posteriores a la misma, al presentar una idea inexacta de la situación económica de la empresa.

b) El principio de la conservación de patrimonios.

Este sistema parte de la consideración básica de que la cifra capital resultante de la fusión debe reflejar la situación económica real de las sociedades que en ella intervienen. Por lo tanto, no se debe de tomar en cuenta la cifra de los capitales, sino de los patrimonios activos netos.

En defensa de este principio podemos decir que proporciona una idea real, respecto a terceros, del verdadero estado -

económico de la sociedad resultante de la fusión, lo cual constituye una garantía frente a ellos.

Como medio práctico para llevar a cabo la operación en caso de que alguna sociedad tenga una situación pasiva, es necesario que previamente reduzca su capital en la cuantía necesaria para que se restablezca el equilibrio patrimonial, o que se incluya en el acuerdo de fusión dicha reducción.

Este sistema es criticable en el sentido de que en el caso de sociedades deficitarias, la reducción de capital equivale a una disminución de la cifra de garantía que tienen los acreedores respecto a su crédito. Además, si aplicamos con rigor el principio, en la fusión por absorción, estaremos encuadrando la institución en un marco demasiado rígido, pues ni a los socios de la sociedad absorbente ni tampoco a los de la absorbida puede darseles nada que suponga una disminución de los activos netos. En consecuencia, la sociedad absorbente no podría entregar a los socios de la absorbida, nada más que acciones de nueva emisión; toda posibilidad de contraprestaciones que consistan en algo diferente a ellas, tendría que ser descartada.

c) Nuestro criterio.

Nos parece difícil pronunciarse en favor de alguno de estos sistemas, viendo las ventajas e inconvenientes que presentan ambos. Sin embargo, creemos oportuno señalar que muchas de las desventajas de dichos sistemas, carecen de vida real. Así, en cuanto a posibles injusticias para con los socios, por la aplicación de uno u otro principio, éste carece de importancia prác

tica, pues cualquiera que sea el sistema que se adopte, serán -- las sociedades y por tanto, los socios, los que velarán para que la operación no se desfigure en beneficio de los demás y en -- perjuicio propio. En el acuerdo de fusión, una vez conocida y aceptada la posición económica cada una de las sociedades, se estipulará la proporcionalidad de las acciones con arreglo a -- la realidad de los hechos.

Por otra parte, aun reconociendo que el sistema de la con-- servación de capitales protege en mejor forma los intereses de los acreedores; y aun sosteniendo que la reducción contable del capital acarrea perjuicio para ellos, tampoco estos supuestos -- nos permiten negar la posibilidad de usar el sistema de la con-- servación de patrimonios, pues prácticamente los acreedores en la fusión están protegidos con eficacia, por el plazo dentro -- del cual la ley les franquea el derecho de que se les paguen -- sus créditos o se les garanticen satisfactoriamente.

Debido a esta protección de terceros que presenta la fu-- sión, pierde importancia, a nuestro juicio, el hecho de que a -- consecuencia de la misma, se reduzca la cifra del capital re-- sultante en relación con la suma de los capitales de las socie-- dades que se fusionan.

Para concluir el punto, creemos que se adapta más a la -- institución, una unión de patrimonios activos netos; pero sin -- ser esta afirmación de un carácter dogmático absoluto tal, que evite la flexibilidad natural que debe haber en la fusión, fle-- xibilidad que debemos procurar en lo que no contradiga sus ras-- gos esenciales.

### 3º.- PROTECCION DE ACREEDORES

Resulta obvio que si la fusión supone una transmisión -- global del patrimonio y consiguientemente no se realiza una liquidación previa de las deudas de la Sociedad o Sociedades disueltas, los intereses de los acreedores están en juego y puede resultar afectados por el proceso de fusión.

Los acreedores ven desaparecer su deudor que es sustituido por otro: la sociedad absorbente o la de nueva creación. Esta confusión lleva consigo un gran riesgo: la concurrencia de los acreedores de las sociedades desaparecidas con los de la nueva o de la absorbente. El problema surge, lógicamente, cuando la situación patrimonial de estas últimas no es floreciente, ya sea que esta situación provenga de operaciones anteriores a la fusión, o que sea consecuencia de la misma o se produzca con posterioridad a ella. En cualquiera de estos casos, los acreedores de las sociedades que desaparecen afrontan una situación de disminución de garantías para sus créditos.

Aclaramos que aquí nos referimos a créditos no vencidos, pues los titulares de estos pueden exigirlos a la sociedad antes de la fusión.

De lo expuesto, se ve la necesidad imperiosa de proteger jurídicamente los intereses de los acreedores. La ley debe darles oportunidad a los acreedores de defender sus intereses, por medio del derecho de oposición, del que ya hablamos en otra ocasión. Este derecho es contemplado en los Códigos de



Comercio de Honduras(1) y Nicaragua(2); y en el Proyecto Salvadoreño(3)

Es importante hacer notar, como ya lo expusimos, que el derecho de oposición no suspende el acuerdo de fusión, sino su ejecución, mientras no se cubran los créditos de los acreedores que se opongan, no se garanticen satisfactoriamente dichos créditos o no se resuelva desechando la oposición. Rodríguez Rodríguez(4) plantea la problemática de determinar el fundamento de dicha acción de oposición, y, siguiendo a Ferrua afirma que "sería justo motivo toda aquella circunstancia que puede hacer temer a los acreedores que sus derechos se vean en peligro de no poderse hacer efectivos".

Sin embargo de lo expuesto, los intereses de los acreedores sociales, en la práctica no quedan totalmente protegidos, sobre todo cuando se encuentran estos en lugares distintos de donde se realiza la fusión y resulta poco probable que se enteren de la misma. Al respecto, el Dr. Herdicia Luchayo(5) sugiere la intervención del Ministerio Público o cualquier otra oficina administrativa dentro del proceso de fusión para proteger a los acreedores ausentes sin mayores gastos administrativos.

---

(1) Art. 349

(2) Art. 246

(3) Art. 318

(4) Joaquín Rodríguez Rodríguez. Frutado, v. II. Pág. 515.

(5) Herdicia Luchayo, Ob. cit.

#### 4º.- FUSION Y LIQUIDACION

Habiendo hablado ya de la ausencia de liquidación como característica común en ambas formas de fusión no es mucho lo que podemos decir en este apartado de ambos fenómenos y su problemática. Sin embargo, partiendo de lo expresado, ratificamos nuestra posición original: Siendo la liquidación incompatible con la fusión, las sociedades para poder tomar el acuerdo de fusión no deben estar en liquidación. Ahora bien, por excepción, si la liquidación es voluntaria y el acuerdo puede revocarse, entonces sí podremos hablar de fusión. Tengamos presente que este fenómeno no tiene ninguna relación con el de aportación del patrimonio en liquidación a otra sociedad, lo cual también es realizable. El acuerdo revocatorio deberá de tomarse antes de iniciarse la distribución del haber resultante a los socios. Agregamos a esto, que dicho estado liquidatorio debe de ser provocado voluntariamente por los socios; no debe ser de las causas de disolución que operan ipso-jure, pues en este caso ningún acuerdo de los socios puede resucitar una sociedad que ya está muerta. Lo que queda solo el camino de constituir una nueva sociedad.

Ya hablamos también del caso de la sociedad que desaparecerá que queda obligada a liquidar su patrimonio para convertirlo en efectivo, el cual se abonará en la caja de la sociedad subsistente o de la nueva, según la forma que se adopte. Este pacto, aunque no se encuentra prohibido expresamente, no res

ponde a la finalidad normal de la fusión, que es "modificar la ordenación jurídica y económica de la empresa perteneciente a la Sociedad que se extingue sin perder su productividad(1).

---

(1) Joaquín Rodríguez Cordero, *op. cit.*, v. II., Pág. 517.

## 5º.- FUSION Y TRANSFORMACION

Entendida la transformación como el cambio de tipo legal de una sociedad operado por voluntad de la misma sociedad, se distingue esta institución de la fusión de sociedades porque "no postula más que la preexistencia de una sola sociedad regularmente constituida, deliberante por medio de órganos propios, mientras que en la fusión, tanto la creación de una sociedad como la absorción, suponen siempre la manifestación de voluntades de una pluralidad de sociedades"(1).-

Las diferencias sustanciales que podemos señalar entre ambos institutos, son:

- a) La fusión reúne en su seno a dos o más sociedades; la transformación actúa sólo sobre una sociedad que cambia su tipo legal.
- b) La fusión conlleva la disolución de una o más sociedades; la transformación no produce la disolución de la sociedad transformada, sino el paso de su patrimonio a la resultante de la transformación, en una solución de continuidad.
- c) La fusión significa una transmisión patrimonial a título universal; en la transformación hay una continuación del organismo de la precedente sociedad.
- d) En la fusión, el derecho de oposición de los acreedores es una exigencia de la operación, que se otorgue; en la transformación, sólo cuando ésta signifique una disminución de la garantía de los acreedores.

---

(1) A. Brunetti. Tratado de Sociedades Mercantiles II. Pág. 746.

## 6°.- PROCESO DE FUSION

Conforme las legislaciones de Centro América y el Proyecto de Código de Comercio de El Salvador, el procedimiento para efectuar la fusión, es el siguiente:

1°-El acuerdo de fusión deberá ser tomado por la máxima autoridad de cada una de las sociedades que van a fusionarse, con las mismas solemnidades o requisitos exigidos para reformar el contrato social. Expresamente consignan este principio, las legislaciones de Honduras(1), - Costa Rica(2), El Salvador(3) y Guatemala(4).-

2°-El acuerdo de fusión deberá publicarse. En este sentido, Honduras(5), Costa Rica(6) y El Salvador(7).

3°-Después de la publicación del acuerdo, deberá dejarse transcurrir un tiempo prudencial para que se tramiten las oposiciones de las personas interesadas en obtener la satisfacción o garantía suficiente de sus intereses. Con variantes, siguen este criterio las legislaciones de Honduras(8), Nicaragua(9), Costa Rica(10) y El Salvador(11); en Guatemala no se señala plazo para ejercer el derecho de oposición, sino se exige consentimiento unáni

(1) Art. 348 Código de Comercio.

(2) Art. 221 Código de Comercio. Además se exige Asamblea Extraordinaria.

(3) Art. 275, Código de Comercio y 317 del Proyecto.

(4) Art. 355 y 347 del Código de Comercio

(5) Art. 347 del Código de Comercio.

(6) Art. 221 (Inciso último). Código de Comercio.

(7) Art. 275, Código de Comercio y 317 del Proyecto.

(8) Art. 349 Código de Comercio. Exige tres meses.

(9) Art. 264 y 265. Código de Comercio. Exigen tres meses.

(10) Art. 222. Código de Comercio. Exige un mes.

(11) Art. 277. Código de Comercio. Exige tres meses y 318 del Proyecto con igual plazo.

me de los acreedores de las sociedades que pretendan fusionarse o garantía suficiente de sus créditos(1).-

4º-Transcurrido dicho lapso sin oposición, o desechada ésta, se otorgará la escritura pública de fusión, la cual para surtir efectos deberá inscribirse en el registro correspondiente. En este sentido, las legislaciones de Honduras(2), Nicaragua(3), Costa Rica(4) y El Salvador(5).-

5º.-Los socios de las sociedades que se fusionan no conformes con la fusión tienen derecho a retirarse. Este derecho se establece en las legislaciones de Honduras(6) y Costa Rica(7); y en el Proyecto Salvadoreño(8).

---

(1) Art. 355 (parte final) Código de Comercio.

(2) Art. 349 y 350 Código de Comercio

(3) Art. 264 y 265. Código de Comercio

(4) Art. 222 Código de Comercio

(5) Art. 277 y 278 relacionados con el 236 del Código de Comercio y 318 y 319 del Proyecto.

(6) Art. 351 del Código de Comercio

(7) Art. 223 del Código de Comercio, muda solo a los socios colectivos o comanditarios.

(8) Art. 320.

Para finalizar el presente trabajo, creo conveniente exponer mis propias conclusiones y dar las correspondientes recomendaciones generales sobre el trato legislativo de que debe ser objeto el derecho de sociedades en el ámbito centroamericano.

Opino que dicho derecho debe armonizarse. Para tal objeto habría dos formas de hacerlo:

- a) Mediante normas destinadas a resolver los conflictos de leyes; o,
- b) Mediante la uniformidad de las disposiciones legislativas.

De ambos procedimientos, el primero es más fácil y efectivo. El segundo se presenta lento y difícil, porque la sola preparación de un proyecto de ley que satisfaga a los juristas, la opinión pública y los órganos legislativos de cinco países, se ve desde ya, ardua y lenta por el cuidado que requiere. Después, la propia consideración por los Congresos de una ley de muchos artículos, tiene forzosamente que ser dilatoria.

Como final quedaría la incertidumbre de las modificaciones que el texto propuesto se le haga en alguno o algunos de los Estados.

Por el contrario, una convención de pocos artículos básicos, nos ofrece mayores probabilidades de ser aceptada rápidamente.

Sin embargo los dos sistemas son susceptibles de ser -- combinados, por no ser excluyentes. Podemos calificarlos como diferentes etapas de una misma acción, si seguimos este -- procedimiento:

- 1º.-Ampliar, receptivamente, las legislaciones de cada -- uno de los países en materia de fusión de sociedades y de sociedades en general.
- 2º.-Elaborar una convención especial y aparte sobre materia de sociedades; y,
- 3º.-Proceder a elaborar una ley uniforme sobre sociedades mercantiles.

Este último paso ya posee su embrión en las Bases Generales para un proyecto de Ley Uniforme Centroamericana, elaboradas por el Instituto Centroamericano de Comercio Comparado; las cuales están muy bien elaboradas, en conjunto y en detalle, en sus disposiciones de fondo y en las de forma.



### B I B L I O G R A F I A

- Curso de Derecho Mercantil = Profesor Joaquín Rodríguez Ro--  
dríguez.
- Tratado de Derecho Mercan-  
til = Profesor Joaquín Garrigues.
- Tratado de Sociedades Mer-  
cantiles = Profesor Joaquín Rodríguez Ro--  
dríguez.
- Tratado del Derecho de So-  
ciedades = Antonio Brunetti.
- Curso de Derecho Mercantil = Joaquín Garrigues.
- Sociedades Anónimas = Francisco J. Garo.
- Curso de Derecho Mercantil = Agustín Vicente Gella.  
Comparado
- Manual de Derecho Mercantil  
Español = Emilio Langle.
- Boletín del Instituto Cen-  
troamericano del Derecho -  
Comparado Nos. 1-2
- Introducción al Estudio --  
del Derecho Mercantil, en  
Revista de Derecho = Dr. Roberto Lara Velado
- Proyecto de Código de Co--  
mercio de El Salvador ela-  
borado por los Doctores: = Miguel Angel Alcaine,  
Hermogenes Alvarado,  
Roberto Lara Velado,  
Julio Fausto Fernández.
- Consideraciones sobre el -  
Fideicomiso y los Certifi-  
cados Fiduciarios de Parti-  
cipación = Dr. Mauricio Ungo Bustamante.