



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL**

**FUSIÓN DE SOCIEDADES, CAUSAS Y CONSECUENCIAS
JURÍDICAS**

Trabajo Especial de Grado, para optar al
Grado de Especialista, en Derecho
Mercantil.

Autor: Adriana Silva Hernández

Asesor: Prof. Jorge Luciani Gutiérrez
C.I.: V-6.814.787

Caracas, octubre de 2009

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Adriana Silva Hernández**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil, cuyo título es: **Fusión de sociedades, causas y consecuencias jurídicas**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los veintiséis (26) días del mes de octubre de 2009.

Jorge Luciani Gutiérrez
C.I.: V- 6.814.787

A Dios Todopoderoso, por haberme guiado y haberme
dado la fuerza y amor necesario para el
logro de esta meta;
A mis padres, quienes con su amor y apoyo han
sentado las bases y principios que me han
permitido ser quien soy hoy día;
A mi esposo, quien con su comprensión ha sabido apoyarme;
A mis hermanos, para que compartamos juntos
el sabor del éxito y sea para ellos
una motivación para alcanzar sus metas futuras.

Mi agradecimiento al Dr. Jorge Luciani, por haberme orientado
con sus conocimientos, experiencia, tiempo y
desinteresada colaboración.

A la Universidad Católica Andrés Bello, casa de estudios que
me ha permitido ampliar los conocimientos en el
área del derecho y ha sido responsable
del éxito alcanzado.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTOS	iv
INDICE GENERAL	v
RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	8
I. FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES	
A. Antecedentes de las Fusiones Societarias	18
B. Consideraciones generales	20
1. Definición de Fusión de Sociedades	20
2. Naturaleza Jurídica la Fusión de Sociedades	22
3. Tipos de Fusión de Sociedades	23
4. Causas que conducen a la Fusión de Sociedades	25
5. Caracteres esenciales de la Fusión de Sociedades	28
a. Disolución de una ó más Sociedades	28
b. Sucesión a título universal	30
c. Incorporación de Socios	33

II. El Proceso de Fusión de Sociedades	
A. El Acuerdo de Fusión	37
1. Naturaleza Jurídica del Acuerdo de Fusión	41
2. Elementos esenciales del Acuerdo de Fusión	42
3. Los Informes sobre el Acuerdo de Fusión	44
4. Derecho aplicable a la fase previa del acuerdo de Fusión	45
5. Adopción del Acuerdo de Fusión	46
6. Acuerdo definitivo de Fusión	48
7. Requisitos de publicidad del acuerdo de Fusión	49
B. Momento de efectividad de la Fusión	51
1. Período de oposición	51
C. Ejecución de la Fusión	55
D. Derecho aplicable a las distintas etapas del procedimiento de Fusión Internacional	57
III. EFECTOS DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES	68
CONCLUSIONES	72
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO MERCANTIL

FUSIÓN DE SOCIEDADES, CAUSAS Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Autor: Adriana Silva Hernández
Asesor: Jorge Luciani
Fecha: Octubre de 2009

RESUMEN

Hoy en día es cada vez mas frecuente hablar de fusiones societarias, ya que el entorno económico en que se desenvuelven actualmente los negocios mercantiles, es sumamente dinámico y como tal está en continua evolución, por lo que para que subsistan con éxito, surge la necesidad de reorganizarlos y hacer reestructuraciones constantes. En este sentido, a través del presente estudio se pretende analizar cuándo se está en presencia de una fusión de sociedades mercantiles e identificar las causas y consecuencias jurídicas que el proceso de fusión de sociedades conlleva, revisando la escasa normativa vigente en nuestro país, junto con la interpretación jurisprudencial que sobre el tema ha hecho el Tribunal Supremo de Justicia. En este orden de ideas, con este trabajo de investigación procuramos complementar el desarrollo jurisprudencial sobre la fusión de sociedades mercantiles, haciendo un análisis crítico de ésta, así como también del desarrollo doctrinal, con la finalidad de conocer, investigar y determinar las diversas consecuencias que implica la fusión de sociedades mercantiles.

La investigación será un estudio documental, monográfico a un nivel descriptivo, mediante la investigación de los textos legales, jurisprudenciales y doctrinales, analizados con sentido crítico y temático, esto es, a través de los variados aspectos que las decisiones de los Tribunales puedan tratar y a las consideraciones que haga la doctrina y las diferentes leyes involucradas.

Descriptores: Fusión de Sociedades, Adquisición, Absorción, disolución, Liquidación, Consecuencias Jurídicas.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la fusión de sociedades representa una forma novedosa de reestructurar un negocio, surgiendo como una manera de implementar nuevas ideas y buscando perfeccionar los procesos de una empresa al ofrecer nuevos productos y servicios a los clientes. Es por ello que, en virtud de este dinamismo de la economía, surge la necesidad de ir adecuando los negocios a las circunstancias cambiantes derivadas de la evolución y es allí como la fusión de sociedades se presenta como una alternativa para la concentración de operaciones de dos ó más sociedades en una sola.

A medida que pasa el tiempo, la humanidad origina apresuradamente nuevos conocimientos que se transforman en nuevos productos, por eso ninguna empresa puede mantener su posición competitiva actual, si continúa operando con los conocimientos que tiene hoy, ya que el entorno económico en el que se desarrollan actualmente los negocios es intensamente dinámico y como tal está en continuo progreso.

Un instrumento efectivo en la reestructuración de los negocios es la Fusión de Sociedades, cuando resulta favorable concentrar las operaciones de dos ó más sociedades en una sola de ellas u otra nueva con la desaparición de las demás.

Las compañías emprenden las fusiones con el propósito de alcanzar determinados objetivos estratégicos y financieros. Esto implica la unión de dos organizaciones que a menudo, presentan personalidades empresariales, culturales y sistemas de valores dispares. En este orden de ideas, es importante señalar que el hecho que dos ó más sociedades mercantiles se

fusionen, conlleva un conjunto de consecuencias de diversa naturaleza, las cuales acarrearán una serie de ventajas y desventajas que afectan tanto a las sociedades fusionadas como a los terceros relacionados con las mismas.

El fenómeno de las reorganizaciones empresariales ha experimentado durante los últimos tiempos un desarrollo vertiginoso en la economía mundial. Las fusiones de compañías y negocios se han convertido en una herramienta idónea para el fortalecimiento de estrategias de mercado tanto en el campo nacional como internacional. Esta afirmación no parte de meras especulaciones, por el contrario, se fundamenta en cifras que reflejan la realidad, importancia e impacto que las fusiones tienen en el ámbito de la economía global. En efecto, durante el año 2004 el mercado de las fusiones y adquisiciones, se situó alrededor de los 2.146 billones de dólares en cuanto a transacciones anunciadas, ubicándose el número de operaciones en un total de 24.220, lo que representó un incremento del 11% con relación al año 2003 y un crecimiento de estas reorganizaciones empresariales en 55%, 64% y 34% respecto de los mercados de Estados Unidos, Japón y Europa, respectivamente.

Venezuela no escapa del alcance de las reestructuraciones empresariales. Un ejemplo palpable de ello lo representa el auge de las fusiones acaecidas entre distintas compañías integrantes de grupos económicos que constituyen en el sistema bancario nacional, las cuales representaron un fortalecimiento de dicho sistema después de la crisis financiera sufrida durante la década de los noventa.

Por su parte, hay que añadir que en Venezuela la legislación en esta materia es escueta, lo que hace aún más complejo el estudio de este proceso tan habitual en la práctica.

El insuficiente desarrollo de la fusión de sociedades en el ámbito de la legislación mercantil en Venezuela, quizá explica, más no justifica, la ausencia y ambigüedad de la regulación prevista en el marco del ordenamiento jurídico tributario venezolano. La falta de regulación comentada se patentiza a partir de la simple revisión de las principales leyes que sirven de base al marco regulatorio del fenómeno impositivo en Venezuela. En efecto, el Código Orgánico Tributario, entendido como el instrumento legal que recoge y desarrolla los principios fundamentales de la tributación en Venezuela, únicamente prevé una norma con relación a las fusiones, en la que se hace referencia a la subsistencia de derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas en cabeza de las sociedades subsistentes (Artículo 24).

Sin embargo, es preciso destacar que esa falta de regulación a la que hace referencia el párrafo anterior, no es propia de la legislación impositiva venezolana, ya que si bien es cierto que existen legislaciones que sí contemplan dentro de sus leyes tributarias generales una regulación más completa en materia de fusiones (Código de Rentas Internas de los Estados Unidos de América, Estatuto Tributario colombiano, el Código Fiscal de la Federación en México o el Código Tributario en Chile), no es menos cierto que existen otras legislaciones como la española, que en su Ley General Tributaria, por ejemplo, no se consagra ni una sola norma que prevea el tratamiento fiscal aplicable a este tipo de reestructuraciones empresariales.

Por otra parte, en lo atinente a la regulación contemplada en leyes especiales, es necesario resaltar que en la normativa que regula los dos principales tributos del sistema tributario venezolano (impuesto sobre la renta e impuesto al valor agregado), simplemente se prevén tres (3) normas que hacen referencia de forma directa al tratamiento fiscal en materia de

fusiones, lo cual evidencia nuevamente la falta de desarrollo normativo que padece la legislación impositiva venezolana en lo que respecta al tema de fusiones. En este punto, la legislación especial venezolana se aleja de otras legislaciones como la española, argentina y mexicana, cuyos textos normativos especiales para estos impuestos o sus equivalentes, desarrollan de manera más detallada el tratamiento tributario aplicable a la fusión.

Como fundamento de tal afirmación se puede citar la Ley de impuesto sobre sociedades española, que destina todo un capítulo (Capítulo VII) a la regulación del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. Por su parte, la Ley del Impuesto sobre la Renta mexicana, a pesar de no establecer un capítulo especial regulatorio de la fusión, sí consagra un conjunto de normas a partir de las cuales se rigen de manera expresa temas relacionados con valoración de activos transferidos, acciones entregadas, costos de las acciones, pérdidas fiscales, limitaciones a las deducciones del valor de los bienes adquiridos, tratamiento de inventarios, aspectos contables, etc. Asimismo, la legislación argentina, aunque con menos especificidad que la legislación española y mexicana, también prevé, a través de la ley de impuesto a las ganancias una regulación más completa en comparación con la venezolana en cuanto al tratamiento fiscal derivado de la fusión de sociedades, estableciendo una definición legal de fusión, identificando los derechos y obligaciones trasladables, determinando las consecuencias en los supuestos en los que la sociedad absorbente o resultante continúe o no con las actividades de la sociedad absorbida o fusionada, entre otros aspectos regulados.

En lo que respecta a la regulación sublegal, el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta y Reglamento General de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, siguiendo necesariamente la suerte de las leyes que

desarrollan, presentan un importante vacío normativo con relación al tratamiento fiscal de las fusiones de sociedades. Ciertamente, entre ambos instrumentos normativos contemplan sólo tres (3) normas a través de las cuales se intenta regular las consecuencias tributarias derivadas de los procesos de fusión.

Esta escasa e insuficiente regulación a la que se hace referencia en párrafos anteriores, en lugar de simplificar el régimen impositivo aplicable, constituye, en criterio de los autores, un supuesto notorio de vulneración de los principios de seguridad y certeza jurídica para los sujetos o contribuyentes involucrados en las operaciones de reestructuración empresarial, toda vez que éstos no cuentan con reglas de derecho que les permitan conocer con precisión las consecuencias fiscales derivadas de sus operaciones.

Evidenciada entonces como ha quedado la ausencia de regulación en materia de fusiones en el ordenamiento jurídico impositivo venezolano y comentada brevemente la consecuencia que tal insuficiencia conlleva, los autores consideran pertinente proceder a analizar, partiendo de los tipos de fusión desarrollados por el Código de Comercio, las implicaciones fiscales atribuidas a los distintos tipos de fusión identificadas en la escasa legislación tributaria aplicable. En este sentido es preciso señalar que, de acuerdo con la regulación prevista en el COT, el legislador reconoce consecuencias fiscales tanto a la fusión por absorción como a la fusión propiamente dicha. Tal afirmación se desprende de la redacción del único aparte del artículo 24 del referido Código, en cuyo contenido se hace referencia a *“la sociedad que subsista o resulte de la misma fusión”*.

Los autores consideran que al aludir a una sociedad subsistente, el legislador se refiere a la fusión por absorción, en la que la sociedad absorbente o

fusionante continúa con el giro de sus actividades mercantiles a diferencia de la sociedad fusionada o absorbida que necesariamente se extingue. Por otra parte, al hacer referencia la norma en comentarios, a la sociedad que resulte de la fusión, el legislador estaría aludiendo a la fusión propiamente dicha, es decir, en la que dos o más sociedades se fusionan resultando una nueva sociedad como consecuencia de la unión.

No obstante lo anterior, es importante destacar que a diferencia del COT, la LISLR prescribe en su artículo 16, párrafo quinto, el tratamiento fiscal aplicable a los casos de fusión propiamente dicha excluyendo así de forma implícita a las fusiones por absorción. El aserto anterior encuentra su fundamento en la propia redacción de la norma, cuyo contenido señala con relación a los derechos y obligaciones de la sociedad fusionada, que éstos *“subsistirán en cabeza de la sociedad resultante de la fusión”*, con lo cual pudiera interpretarse, erradamente en criterio de los autores, que los efectos fiscales previstos en la norma serían aplicables exclusivamente a la fusión propiamente dicha.

En consideración de los autores, la redacción limitada de la norma responde simplemente a un error de técnica legislativa, toda vez que no existe justificación alguna que permita excluir y en consecuencia discriminar a las fusiones por absorción del ámbito de la aplicación del tratamiento fiscal previsto en la norma. En abono a la posición anterior, es preciso señalar que el COT corrigió posteriormente el error incurrido por el legislador al amparar ambos supuestos de fusión. Así, al tratarse el Código de una Ley de mayor jerarquía normativa y además de una ley posterior a la LISLR de 2001, deberá prevalecer su aplicación y por tanto, considerarse que el tratamiento fiscal previsto en dicha Ley abarca también a los supuestos de fusión por absorción.

Por su parte, la LIVA comprende dentro de la regulación prevista para los supuestos de traslados de créditos fiscales entre sociedades (Artículo 43), a ambos supuestos de fusión. A pesar de la errada redacción de la norma en la que se considera a la fusión y a la absorción como supuestos distintos, desconociendo que la última es una especie de la primera, el dispositivo legal alude a la existencia de créditos fiscales pertenecientes tanto a sociedades fusionadas como absorbidas, con lo cual puede concluirse que el legislador consideró la aplicabilidad del régimen tributario en materia del impuesto al valor agregado tanto, a la fusión propiamente dicha como a la fusión por absorción.

De este modo, con la presente investigación se pretende analizar ¿cuál es el proceso de Fusión de Sociedades Mercantiles y cuáles son sus causas y consecuencias jurídicas?

El Objetivo General del presente trabajo consiste en Analizar el proceso de Fusión de Sociedades Mercantiles, sus causas y consecuencias jurídicas. Para ello, se determinará cuándo se está en presencia de una Fusión de Sociedades Mercantiles, se establecerán las causas que conducen a la Fusión de Sociedades Mercantiles, se identificarán las Características de la Fusión de Sociedades Mercantiles, se delimitarán las fases del proceso de Fusión de Sociedades Mercantiles y se Establecerán las consecuencias jurídicas que se derivan de la Fusión de Sociedades Mercantiles.

En el ámbito del derecho societario, es cada vez mas usual escuchar hablar de la Fusión de Sociedades Mercantiles, en virtud de la importancia estratégica que ella genera, para el fortalecimiento de las compañías fusionadas en cuanto a su presencia y posicionamiento en el mercado,

generándose beneficios tanto para las empresas que participan en ella, como para las personas que dependen de sus productos.

En este sentido, es importante observar como la Fusión de Sociedades Mercantiles, juega un papel muy importante como herramienta para la creación de nuevos negocios, buscando proporcionar un valor agregado para las empresas fusionadas, al permitir el desarrollo de nuevos productos valiéndose de los recursos de los participantes de la fusión y buscando además desarrollar una nueva compañía que obtenga mayores rendimientos para sus inversionistas.

De allí, la importancia de poder establecer los factores determinantes para lograr el éxito de una Fusión de Sociedades Mercantiles, pues no siempre resulta favorable el resultado obtenido en virtud de los acontecimientos que pueden afectar dicha fusión, como consecuencia de la sensibilidad de los mercados, las características de las entidades objeto de fusión, las características de los inversionistas que buscan reducir el riesgo en sus inversiones y la necesidad de adquirir mayores utilidades entre otras.

En este orden de ideas, con el presente trabajo se pretende complementar el tema de la Fusión de Sociedades, el cual se encuentra en boga en la actualidad, logrando establecer las condiciones favorables que envuelven el proceso de fusión de Sociedades Mercantiles, así como las causas que la originan, características, fases del proceso y sus consecuencias.

En definitiva, la presente investigación representa un beneficio para aquellos interesados en profundizar sobre el tema de la Fusión de Sociedades, el cual ocupa un puesto importante en la actualidad jurídica venezolana y mundial, e igualmente servirá de herramienta para quienes deseen emprender procesos

de este tipo, permitiéndole conocer el entorno que envuelve a dichos procesos.

Metodológicamente el trabajo final que plantea este trabajo, se halla en una investigación teórica que ofrece la ventaja de precisar elementos prácticos del tema, a través de una investigación en fuentes bibliográficas y documentales, analizados con sentido crítico y temático, es decir, a través de los diversos aspectos que las decisiones de los Juzgados puedan tratar y a las consideraciones que haga la doctrina y las diferentes leyes involucradas. Lo anterior configura una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica.

En tal sentido y de acuerdo a los objetivos establecidos, el trabajo será un estudio monográfico a un nivel descriptivo. Monográfico de acuerdo a lo señalado en el Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho (UCAB, 1997), lo que consiste en “el estudio de problemas con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, con apoyo principalmente, de fuentes bibliográficas y documentales. La originalidad del estudio se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, conclusiones, recomendaciones y, en general, el pensamiento del autor” (p. 01) y descriptivo tomando como base lo que dice Danhke (1998, citado por Hernández y otros, 2003, p.117), lo cual consiste en “...especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis”. Selecciona una serie de cuestiones y mide cada una de ellas independientemente y así descubrir lo que se investiga. Lo anteriormente señalado será reforzado con el uso de la técnica de análisis de contenido, análisis comparativo y la construcción de sistemas de categorías, clasificación de casos, inducción y síntesis. Lo cual permitirá

hacer un análisis deductivo-inductivo para así cumplir con los objetivos planteados.

En lo que se refiere a la estructura de la Investigación, la misma fue estructurada en tres capítulos:

El Capítulo I, plantea los antecedentes de la Fusión de sociedades y establece los aspectos fundamentales que caracterizan el proceso de fusión, para determinar cuándo se está en presencia de una fusión de sociedades mercantiles.

El Capítulo II, estudia el proceso de fusión de sociedades mercantiles, desarrollando cada una de las fases que se presentan en dicho proceso.

El Capítulo III, desarrolla los efectos de la fusión de sociedades mercantiles.

La investigación finaliza con las respectivas conclusiones y recomendaciones presentadas por la autora, las cuales fueron diseñadas, tomando en consideración, los objetivos planteados en la Investigación.

CAPITULO I

FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES

En este capítulo se pretende estudiar el proceso de Fusión de Sociedades Mercantiles desde una perspectiva histórica para así poder vislumbrar y entender sus orígenes y su evolución.

A. Antecedentes de las fusiones societarias

Las fusiones constituyen un fenómeno mundial y se estima que cada año se llevan a cabo un gran número de operaciones de esa índole, sin embargo, no se trata de un fenómeno nuevo; cuatro períodos de gran actividad en este sentido, a los que alude también como olas de fusiones, tuvieron lugar en Estados Unidos (1887-1904, 1916-1929, 1965-1969, 1984-1989) antes del actual, que comenzó a principios de 1990.

En Europa ha habido una actividad similar en relación con las fusiones, siguiendo una evolución muy cíclica e incrementándose el número de transacciones desde principios de la pasada década.

El comportamiento de la actividad de fusiones en Europa, ha sido prácticamente idéntico al que ha experimentado la economía americana.

Este paralelismo entre las dos grandes zonas económicas, indica que este fenómeno responde más a directrices agregadas a nivel mundial que a cambios estructurales específicos que se estén produciendo en Europa, debido a su proceso de integración económica.

Las fusiones en Europa siguen siendo fenómenos esencialmente domésticos, es decir, entre empresas del mismo país y la distribución geográfica de esta actividad dentro de la Unión Europea no es homogénea pues las fusiones se producen principalmente en los países con alta capitalización bursátil.

Desde hace diez años, las empresas en Latinoamérica y específicamente en Venezuela, se preocupaban por desarrollar nuevas y mejores formas de atender los mercados a los que no tenían acceso anteriormente y el mundo de los negocios ha vivido el proceso de globalización mediante el cual, las empresas han descubierto y aprovechado la oportunidad que ofrecen los mercados internacionales.

Hoy, esta preocupación de las empresas no se basa únicamente en la posibilidad de adentrarse en nuevos mercados, sino también en cuidar que nuevos competidores no incursionen a los mercados que ya han conquistado.

Algunas empresas han recurrido a la creación de alianzas estratégicas con otras empresas; otras compañías han preferido crecer en los mercados internacionales a través de la fusión y adquisición de empresas que operan en sus mismas industrias, o bien adquieren de manera total o parcial, empresas que les permiten alcanzar sus objetivos.

Por su parte, las fusiones y adquisiciones han representado una gran actividad desde 1997, hasta el punto de que el año 2000 fue denominado por muchos, como uno de los mejores años en cuanto a la actividad de fusiones, reportándose en dicho año, la mayor cantidad de estas.

Es así como, cada vez más, las fusiones han adquirido una dimensión internacional debido a la integración económica global y al desmantelamiento de las barreras para el comercio y la inversión. La competencia se ha vuelto mundial y las compañías tienen que competir no sólo en sus mercados internos, sino también en los extranjeros para poder mantener su ventaja competitiva.

B. Consideraciones Generales

Para comenzar el desarrollo del presente Trabajo Especial de Grado debemos definir el término “FUSIÓN DE SOCIEDADES”, para luego introducirnos fácilmente en todo lo referente al proceso de Fusión.

1. Definición de fusión de sociedades

Estamos en presencia de una fusión de sociedades, cuando dos o más sociedades mercantiles se unen para combinar y compartir sus recursos con el fin de alcanzar objetivos comunes, permaneciendo a menudo los accionistas de las empresas que se fusionan, como propietarios conjuntos de la entidad fusionada surgiendo una nueva entidad que abarca a las empresas fusionadas (Sudarsanam, 1996, 1).

Por su parte, Latsha (1072, 125), explicó que una fusión de sociedades es la reunión de dos o más compañías independientes en una sola, es decir, es la reunión de dos o más sociedades preexistentes, bien sea que una u otra sea absorbida por otra o que sean confundidas para constituir una nueva sociedad subsistente y esta última hereda a título universal los derechos y obligaciones de las sociedades intervinientes.

Asimismo, Sánchez (1998, 15), concibe la fusión de sociedades como una operación usada para unificar inversiones y criterios comerciales de dos compañías de una misma rama o de objetivos compatibles. Constituye una fusión la absorción de una sociedad por otra, con desaparición de la primera, y realizada mediante el aporte de los bienes de ésta a la segunda sociedad. Igualmente, puede hacerse ésta mediante la creación de una nueva sociedad, que, por medio de los aportes, absorba a dos o más sociedades preexistentes.

Cabe agregar que para Toro (1982, 2), la fusión es un caso especial de disolución de sociedades mediante la cual una sociedad se extingue por la transmisión total de su patrimonio a otra sociedad preexistente o que se constituye, con las aportaciones de los patrimonios de dos ó mas sociedades que en ella se fusionan.

Por último, considera Baz (1997, 2514), que por fusión se entiende a la unión jurídica de dos ó más sociedades mercantiles, es decir, dos ó más empresas constituidas jurídicamente como entidades diferentes, deciden unirse para crear una nueva empresa o que una de las existentes crezca. En el caso de que una de las empresas en cuestión sobreviva, se le denominará fusionante y a las empresas que desaparezcan, se les denominará fusionadas. También se da el caso de que todas las empresas involucradas desaparezcan como entidades jurídicas independientes creándose una tercera empresa con una nueva razón social.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se puede concluir que la Fusión de Sociedades es una forma especial de unión de sociedades, mediante la cual una de ellas se extingue por la transmisión total de su patrimonio a otra sociedad preexistente, es decir, se contempla como la

creación de una nueva empresa con las aportaciones de los patrimonios de dos o más sociedades que en ella se fusionan.

2. Naturaleza Jurídica de la Fusión de Sociedades

Las teorías desarrolladas por la doctrina en torno a la naturaleza de la fusión, se sitúan entre dos polos: por un lado, la tesis contractualista y, en el otro extremo, la que considera que se trata de un acto corporativo o social.

Quienes defienden la primera teoría, equiparan la fusión al contrato social que da origen a la sociedad. Afirman que la fusión reúne todos los elementos esenciales al contrato, a saber: i) consentimiento, expresado inicialmente a través del proyecto de fusión y luego refrendado por las respectivas asambleas; ii) objeto, el de reagrupar personas y patrimonios en una estructura renovada; iii) causa, la obtención de beneficios económicos a través de la reorganización; y iv) forma, toda vez que se requiere que el mismo sea documentado en un soporte escrito y se cumplan una serie de requisitos de publicidad como son la convocatoria a los accionistas, el registro y publicación del acuerdo. Por su parte, los seguidores de la teoría que la considera un acto social o corporativo, reconocen las vinculaciones contractuales entre las partes pero señala que dichos acuerdos constituyen el vehículo de ejecución de una acto de naturaleza corporativa.

Como teorías intermedias se presentan aquellas que lo consideran un negocio complejo y de ejecución sucesiva, reconociendo la existencia de ambos, acuerdos contractuales y actos jurídicos. Otros se concentran en las modificaciones estatutarias que comporta la fusión de sociedades, mecanismo que implica necesariamente que unos se extingan y se creen o modifiquen otros. Adicionalmente, surgen las teorías de la transformación

con disolución social que consideran se trata de un procedimiento especial de disolución entre otras.

3. Tipos de Fusión de Sociedades

Hoy pareciera existir un relativo consenso en torno a la definición de este mecanismo, sus modalidades, así como los principales rasgos y efectos de cada una. En tal sentido, la doctrina jugó un rol primordial impulsando una cierta estandarización de la concepción de la figura en las legislaciones de los distintos países, en los casos en que éstas se desarrollaron. En los que no fue así, también correspondió a la doctrina unificar criterios sobre la materia. Esta concepción prevaleciente en la actualidad puede esquematizarse como sigue:

a. Fusión propiamente dicha o por constitución de una nueva sociedad: operación a través de la cual dos ó más sociedades transfieren a una sociedad que constituyen, la totalidad de sus activos y pasivos, produciéndose su disolución sin liquidación. Requiere la atribución a los accionistas de la sociedad disuelta, de acciones de la nueva sociedad y eventualmente, puede permitirse una compensación en especie.

b. Fusión por absorción: operación a través de la cual una o varias sociedades transfieren a otra existente, la totalidad de sus activos y pasivos, produciéndose su disolución sin liquidación. Requiere la atribución a los accionistas de la sociedad absorbida, de acciones de la sociedad absorbente y, eventualmente, puede permitirse una compensación en especie.

Debe advertirse, sin embargo, que esta noción en cierta forma universal, en torno al mecanismo de fusión no es absoluta y, por tanto, pueden

presentarse singularidades en los distintos ordenamientos jurídicos. Por ejemplo en Brasil, se acogen ambas modalidades de fusión pero sólo se denomina así aquella que supone la constitución de una nueva sociedad, en tanto que al segundo tipo se le denomina incorporación.

En los Estados Unidos de América, por su parte, también se distingue entre merger y consolidation, para identificar cada una de las modalidades de fusión, entendida esta en sentido amplio.

En Venezuela, el Código de Comercio se refiere a la fusión, sin distinciones en torno a su concepto ni sus modalidades. Sin embargo, las expresiones “la nueva compañía resultante de la fusión”, y “la compañía que quede subsistente o que resulte de la fusión” incluidas en este texto legal, llevaron a la doctrina patria a reconocer ambas manifestaciones, coincidiendo con la interpretación de la doctrina italiana, respecto al Código de Comercio de 1882, el cual contenía similares provisiones.

Aparte de las dos modalidades de fusión incluidas en la noción amplia o integradora de la figura, vale decir, fusión por constitución de una nueva sociedad y fusión por absorción, existen autores que distinguen entre fusiones homogéneas y heterogéneas, esta última, ocurre en los casos en que el ordenamiento jurídico correspondiente admite que el mecanismo de fusión se lleve a cabo entre tipos societarios distintos. Otro modo de reorganización, cuya inclusión o no como modalidad adicional de fusión se discute ampliamente, es la llamada fusión impropia o aquella que tiene lugar cuando la sociedad supérstite detenta previamente la totalidad del capital de la sociedad absorbida.

Por otra parte, encontramos los llamados cash-out mergers, en los que, en lugar del tradicional canje de acciones, se les impone a ciertos accionistas de las sociedades absorbidas el pago en efectivo de sus acciones, permitiendo así la exclusión de ciertos accionistas, generalmente los minoritarios, de la sociedad resultante de la fusión. Por sus características, este tipo de operación no podría encuadrarse en la figura de fusión, tal como se concibe en el ordenamiento jurídico vigente en Venezuela.

Otra clasificación referida más al carácter estratégico de negocios de la operación que a su sustrato jurídico, divide las fusiones en programadas y no programadas, incluyendo en el primer tipo a aquellas que responden a razones de tipo financiero, comercial o de gerencia, entre otras. Las no programadas constituyen reacciones a circunstancias externas a la empresa, como puede ser la competencia, el deseo de aprovecharse de las bondades de una oferta en un momento determinado, motivos de orden estrictamente psicológico del personal directivo e incluso pueden ser generadas por simple inercia frente a un ambiente de estímulo al crecimiento externo de las empresas.

4. Causas que conducen a la Fusión de Sociedades

De acuerdo con las reflexiones realizadas hasta ahora, vale la pena destacar las causas que conducen a los altos directivos de las sociedades mercantiles, hacia las fusiones con otras sociedades, en este sentido, para Sudarsanam (1996, xii), las compañías emprenden las fusiones y adquisiciones con el propósito de alcanzar determinados objetivos estratégicos y financieros. El éxito de las fusiones depende, por tanto, de cómo lleguen a integrarse estas empresas existiendo una variedad de partes interesadas en las organizaciones que se unen, deseosas de lograr el éxito

de la fusión. Los accionistas y los administradores son dos de las más importantes, aunque también hay que incluir a los empleados, consumidores, comunidades locales y a la economía en general. En este orden de ideas, las fusiones a veces tienen implicaciones anticompetitivas y, como resultado, en muchos países despiertan un riguroso escrutinio antimonopolista.

Por su parte, Sghein (1989, 10), destaca que las fusiones tienen causas tecnológicas, institucionales, económicas y legales. Dichas fuerzas a menudo son identificadas públicamente y sirven para justificar tales procesos. No obstante, está claro que, junto con estas fuerzas, también intervienen fuerzas psicológicas que implican necesidades de poder personales, necesidades de crecimiento y de expansión de la identidad, necesidad de destruir a otras organizaciones o sojuzgarlas, y la necesidad de mirar a los sindicatos u otros grupos. Señala el autor que en los años posteriores a la fusión, estas fuerzas psicológicas pueden llegar a jugar un papel importante en el resultado del proceso de fusión y, por tanto, han de ser comprendidas en la mayor medida posible por los planificadores.

Factores de índole económico-financiero y fiscal se encuentran tras cualquier proceso de fusión de sociedades mercantiles, por el indiscutible tinte estratégico de negocios de este tipo de operaciones. No obstante, los móviles de la concentración empresarial, pueden ser muy variados y de distinta naturaleza, aunque las partes invariablemente aleguen la búsqueda de un anhelado beneficio económico.

Entre los motivos más comunes, que conducen a un proceso de fusión de sociedades, se pueden mencionar: i) la racionalización del proceso productivo mediante el aprovechamiento de las fuerzas que, asiladamente, las empresas involucradas tienen sólo en potencia y que al unirse hacen

aumentar su rendimiento, vale decir, la sinergia de la fusión, ii) la reducción de gastos como consecuencia de tal racionalización, iii) el incremento progresivo de ingresos, de los negocios e incluso del poder de gestión y fama de sus directivos, iv) alcanzar precios más competitivos, v) la unificación de los centros de gestión y decisión de las sociedades involucradas para con ello evitar los potenciales conflictos de interés típicos de otros métodos de concentración, vi) valerse de beneficios fiscales, vii) obtener sinergia financiera por medio de menores costos de financiamiento y de un mayor acceso al crédito, viii) beneficiarse de las garantías jurídicas que ofrece el procedimiento de fusión, ix) en el mismo sentido, su regulación por el Derecho de la competencia pues, superados los procesos de control previo, la fusión se convierte en una operación jurídica irreversible toda vez que las empresas se han convertido en una unidad jurídica y económica, x) incrementar el beneficio por acción, xi) favorecer la recuperación de una empresa en crisis, xii) lograr acceso a nuevos mercados, xiii) ampliar la capacidad de desarrollo tecnológico.

En la clasificación que aporta Largo Gil (2000, 88), esta autora distingue como motivaciones propias de la fusión por absorción, en primer término, el deseo de crecer por parte de la sociedad absorbente, mejorar su posición en el mercado e incluso la supresión de algunos de sus competidores. Indica que, generalmente, en este tipo de fusión, la iniciativa parte de la sociedad absorbente, la cual desarrolla el plan para luego someterlo, en condiciones de ventaja, a la consideración de la potencial absorbida. En el caso de esta última, agrega, la decisión favorable a la fusión puede motivarse en una necesidad de supervivencia o en el deseo de favorecer su crecimiento, o porque con ello se sinceraría jurídicamente una relación de hecho existente, en casos de dependencia económica respecto a la sociedad absorbente. En cuanto a las fusiones por constitución de una nueva sociedad, afirma que

este tipo de fusión ocurre principalmente cuando existe equivalencia de dimensiones entre las empresas involucradas y el móvil común es generalmente lograr un mejor posicionamiento en el mercado y la defensa frente a competidores.

Para Vivante (1932, 511), desde el punto de vista económico la fusión es un instrumento de fortalecimiento del capital de la sociedad, pues afirma este autor que *“Estas fusiones son frecuentes en los períodos de recogimiento que suceden a las crisis económicas de un país, y las empresas que sobreviven a ellas intentan con este procedimiento rehacer sus fortunas. Ayudan a la continuidad de los negocios, ahorran a las sociedades que se unen las pérdidas de una liquidación y facilitan la constitución de empresas mas pujantes...”*

5. Caracteres esenciales de la Fusión de Sociedades

a. Disolución de una o más sociedades:

La doctrina reconoce que la fusión es una forma de disolución de una o más sociedades, sin que se lleve a cabo la liquidación de su patrimonio.

Así, en la fusión pura y simple o propiamente dicha, en la que se constituye una nueva sociedad como resultado de la fusión, se produce la disolución de todas las sociedades fusionadas, mientras que en la fusión por absorción o incorporación, se produce la disolución de al menos una sociedad que es absorbida o incorporada a otra preexistente. Se afirma en esta última modalidad de fusión que la disolución se verifica en al menos una sociedad, teniendo en cuenta que nada obsta para que sean varias las sociedades absorbidas o incorporadas en una fusión de este tipo.

En este sentido, algunos autores cuestionan el empleo del término disolución en la fusión, ya que en su opinión este vocablo implica necesariamente la posterior liquidación del patrimonio social, lo cual está definitivamente negado en el caso de fusión. Consideran que para evitar distorsiones terminológicas, en los casos de fusión debería hablarse de una extinción, ya que a su entender en la fusión se produce una extinción de la persona jurídica, pero no una disolución del vínculo social. En apoyo a esta interpretación, Ferri (1974, citado por Motos 1953, p. 48), afirma que *“la fusión es una transformación extintiva de la sociedad, lo que requiere una modificación del vínculo social, pero no su disolución”*. Esta afirmación tiene sentido si se acoge plenamente el criterio de que la fusión implica la incorporación de los socios de las sociedades que se extinguen, en la sociedad resultante o absorbente, según sea el tipo de fusión realizada.

Para Costa (1996, 86) la fusión comporta *“un proceso de continuación del sustrato económico-empresa, con una modificación o extinción de los vínculos jurídicos societarios, existentes hasta entonces.”* Este autor argentino parece reconocer la posibilidad de que no todos los socios de las sociedades que se extinguen por efecto de la fusión, pasarían a integrar el sustrato personal de la sociedad nueva resultante o de la sociedad absorbente, cuando plantea que puede producirse una extinción del vínculo social.

Por su parte, otros autores como Vivante (1936, 513) parecen restar importancia a este debate y se limitan a señalar que sin disolución no puede haber fusión, afirmación ésta que también ha sido formulada por Uría (1996, 394).

Ahora bien, este debate doctrinario puede tener gran importancia desde el punto de vista del derecho de sociedades a los fines de precisar si existe o no una variación del vínculo societario. Sin embargo, a los efectos fiscales la

conclusión realmente importante es que, sea bajo el término “disolución”, o sea bajo el término “extinción”, la doctrina es coincidente al concluir que en la fusión se produce la extinción de la personalidad jurídica de una o más sociedades que intervienen en ella.

Finalmente, resulta oportuno señalar que la legislación venezolana, al igual que lo hacía la legislación italiana en su Código de Comercio de 1882, parece considerar la fusión como un supuesto de disolución, cuando en el artículo 340 del Código de Comercio, dispone que *“las compañías de comercio se disuelven: (...) 7º Por la incorporación a otra sociedad”*.

b. Sucesión a título universal:

En los casos de fusión se produce una sucesión a título universal en el patrimonio de la sociedad fusionada, en virtud de la cual la sociedad fusionante se hace titular de la totalidad del patrimonio de las primeras, adquiriendo todos los derechos y obligaciones que integraban ese patrimonio.

Para Cabanellas (1989, 329), una sucesión a título universal comprende la totalidad de un patrimonio o parte proporcional de éste. Continúa el jurista haciendo referencia a la definición aportada por el Código Civil argentino (artículo 3.281) señalando: *“La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos.”*

Es posible afirmar que la configuración de una sucesión a título universal es una característica aceptada unánimemente por la doctrina que trata el tema

de las fusiones. En efecto, no parece existir autor que se atreva a cuestionar la presencia de la sucesión a título universal en la fusión de sociedades.

Por el contrario, muchos autores como Uría (1996, 395), identifican en esta característica la razón del éxito de esta institución jurídica en el mundo de las concentraciones empresariales, ya que permite las agrupaciones patrimoniales *uno actu*, es decir, evitando las tediosas transmisiones singulares de los elementos patrimoniales pertenecientes a las sociedades que se extinguirán por la fusión. Al respecto señalaba Vivante. (1936, 519):

“Hecha firme la fusión, la Sociedad que se fusiona deja de existir, pierde su personalidad jurídica, su nombre, su patrimonio y sus Administradores, ocupando su puesto la nueva Sociedad, como un sucesor a título universal. La propiedad y la posesión de todos los bienes que antes pertenecían a la sociedad extinguida, pasan a la otra: ***mortuus facit vivum possessorem***. No hay necesidad de que los Administradores de ambas Sociedades hagan tantos contratos de cesión cuantos sean los créditos, ni que el cambio de acreedor sea notificado a los deudores cedidos; no se requiere tampoco que los Administradores de la Sociedad extinguida estampen su endoso sobre los títulos a la orden, pues que la transferencia del patrimonio (***universitas juris***) produce la transferencia de todos los créditos que lo componen y de sus garantías mobiliarias e inmobiliarias. La Sociedad que continuare viviendo podrá exigir de terceros el cumplimiento de todos los contratos en curso de arrendamiento, de seguro, de apertura de crédito, etc., a menos que la ejecución de tales contratos esté por su naturaleza personal subordinada a la existencia de la Sociedad desaparecida.

Junto con el activo pasan a la sociedad supérstite las deudas, tanto las que sean anteriores a la fusión, como las contraídas por razón de la misma, verbigracia, los impuestos; por consiguiente, quien fuera acreedor de la Sociedad extinta y deudor de la Sociedad supérstite puede liberarse de esta deuda mediante la compensación.”

Por otra parte, se justifica que no haya liquidación de la sociedad fusionada, debido a que su patrimonio es traspasado inalterado a la sociedad fusionante, manteniéndose así todos los elementos patrimoniales que antes de la fusión constituían prenda común de los acreedores de la sociedad extinguida.

En este sentido señala Uría (1996, 396) que *“si en la fusión pasa en bloque el patrimonio (activo y pasivo) de una sociedad a otra que incorpora además a los socios de la primera, huelga hablar de liquidación, porque no existirían deudas a extinguir, ni créditos a cobrar, ni activo neto que repartir entre los socios.”*

Para De la Cámara (1978, 387), la sucesión a título universal lleva consigo, como consecuencia necesaria, la inexistencia de liquidación respecto de las sociedades que se disuelven.

Al producirse una sucesión a título universal como consecuencia de la fusión, el profesor Morles (2002, 1537) destaca la problemática planteada en torno a la necesidad o no de cumplir con formalidades de publicidad particulares para documentar la transferencia de determinadas clases de bienes tales como: inmuebles, patentes y marcas, vehículos, naves y aeronaves, que pueden integrar el patrimonio de una sociedad que se extingue por causa de una fusión.

En este sentido señala este autor, que la doctrina se debate entre dos posiciones: (a) quienes consideran que aun cuando la fusión comporta una sucesión a título universal de los patrimonios de las sociedades que se extinguen, es necesario que la sociedad fusionante cumpla con las formalidades de publicidad requeridas para la transmisión de tales bienes y; (b) otros que consi-

deran que la publicidad otorgada a la fusión sustituye los regímenes particulares.

Continúa el profesor Morles señalando que este debate ha causado una gran controversia en Francia, donde la doctrina se ha inclinado mayoritariamente por la primera de las posiciones señaladas, fundamentándose en la ausencia de una norma que excluya el cumplimiento de las formalidades particulares de publicidad para cada bien. No obstante la discusión doctrinal, en la práctica en Venezuela, la transferencia de la propiedad no ha requerido de la publicidad registral de cada uno de los bienes involucrados en la fusión, la cual se materializa con la inscripción de los instrumentos necesarios para acreditar los cambios de titularidad ante las oficinas o autoridades respectivas.

c. Incorporación de socios:

Quizás la más discutida de las llamadas características esenciales de la fusión sea la incorporación de los socios de las sociedades fusionadas en la sociedad fusionante.

De Gregorio (1950, 260) dudaba de la necesidad de incluir la incorporación de socios como carácter esencial de la fusión, destacando la ausencia de una norma legal que obligara a ello. Contrario a la teoría de que la fusión hallaba su carácter esencial en la compenetración de grupos sociales, el autor italiano afirmaba:

“Desde el punto de vista más amplio y evolutivo de finalidades legislativas, la fusión, con la particular disciplina que se le da por las leyes vigentes, se explica más como un fenómeno de concentración de patrimonios sociales que de transferencia de

los socios; al ordenamiento jurídico debe ser indiferente que, una vez evitada la desmembración de una empresa, pase con ella a la sociedad incorporante también una serie de ciertos determinados socios, o que, por el contrario, estos mismos socios u otros vayan a aumentar el grupo social de otra sociedad por diversa vía que el examen del aspecto práctico de la fusión demuestra que ésta ha terminado por asumir la manifestación de una operación compleja, la cual aun permaneciendo dentro del campo trazado por los artículos 193-196 (nos referimos para evitar la acusación de una petición de principio el campo trazado explícitamente), no es raro que excluya la transferencia de los socios, ya sea porque esto sea contrario a los intereses de la sociedad incorporante y de los mismos socios a transferir, ya porque no sea posible. Así, cuando el activo y el pasivo de la sociedad incorporada fuesen iguales, ¿deberíamos excluir la fusión por falta del pretendido elemento esencial de la transferencia de los socios? ¿Y deberíamos excluirla cuando sea incorporada una sociedad de la cual la sociedad incorporante posea todas las acciones?”

De la Cámara (1978, 387), por su parte, no duda en afirmar que la fusión implica la incorporación de los socios de las sociedades fusionadas, de modo que los socios de las sociedades disueltas pasan a serlo de la sociedad absorbente o de la sociedad nueva que se constituye.

Al respecto, Uría (1996, 396) agrega que no basta la confusión total de dos o más patrimonios sociales para que pueda hablarse de fusión en sentido rigurosamente técnico. Fundir sociedades no es solamente unificar patrimonios, negocios o empresas; es algo más: es unificar grupos sociales que tienen un soporte humano de importancia decisiva. De ahí que fusión, además de afectar a los elementos patrimoniales, lleve a establecer una situación de relación social directa entre los miembros de cada grupo. Los socios de cada una de las sociedades fusionadas se reagrupan en la sociedad única que centraliza la fusión.

En Argentina, Solari (1996, 90) defiende la incorporación de los socios como una de las características que distingue la fusión de otras figuras similares. En este sentido afirma que es ésta una de las características distintivas de la fusión, que la aparta de otras formas de traslaciones patrimoniales: la continuidad de los socios de las sociedades existentes en las sociedades aglutinadoras de los bienes. La fusión no solo es un agrupamiento de patrimonios, sino a su vez el de los componentes humanos titulares de las participaciones en que se divide el capital de las sociedades que intervienen en el proceso. Se da una unión o reagrupamiento no solo de elementos materiales, sino también del sustrato subjetivo, ya sea material humano, personas físicas, o de entes sujetos de derecho, personas jurídicas, en cabeza de la sociedad continuadora.

Es importante mencionar que la teoría expuesta por De Gregorio (1950, 260) fue formulada bajo la vigencia del Código de Comercio italiano de 1882, que no aludía en ningún momento a la necesidad de incorporar a los socios de las sociedades fusionadas como socios de la sociedad fusionante, mientras que las legislaciones española y argentina, que pudieron servir de base para las teorías de De la Cámara, Uría (ambos españoles) y Solary (argentino) sí regulan el tema de la incorporación de los socios.

En Venezuela la situación a nivel legislativo está muy lejos de ser clara, ya que el Código de Comercio, al igual que el Código italiano, no regula la inclusión de los socios de las sociedades fusionadas en la sociedad fusionante.

En la doctrina patria, Hung (2002, 171) no expresa una opinión definitiva sobre el tema, pero sí reconoce que en la práctica lo más común es que se produzca la incorporación de los socios.

Por su parte, Morles (2002, 1536), parece apoyar el reconocimiento de la incorporación de los socios como un carácter esencial de la fusión, y al respecto señala que en el estado actual de nuestro desarrollo legislativo, parece que debiera admitirse que la transferencia de la posición de socio es conatural el acto de fusión, especialmente en las sociedades en las cuales la suscripción de acciones es producto del recurso público al ahorro. De otro modo, se verían gravemente afectados (desconocidos) los derechos de los socios.

CAPITULO II

EL PROCESO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES

De la escasa regulación establecida en el Código de Comercio, se puede interpretar que el proceso de fusión en Venezuela está compuesto por momentos distintos: el acuerdo de fusión, el período de oposición y la ejecución de la fusión.

Esta regulación está consagrada en los artículos 343 al 346, ambos inclusive, del mencionado código.

A. El Acuerdo de Fusión

Este primer momento se inicia desde las negociaciones previas realizadas por las sociedades participantes en la fusión, hasta el registro y publicación del acuerdo de fusión, donde deberá haberse plasmado el resultado de aquellas negociaciones. Su existencia se desprende del texto de los artículos 343 y 344 del Código de Comercio.

A excepción de la aprobación de cada una de las sociedades, la legislación mercantil venezolana no exige la inclusión de ninguna información en particular en el acuerdo de fusión. No obstante, en la práctica, según expone Morales (2002, 1528), se elabora un documento idéntico que es aprobado por cada una de las sociedades participantes en la fusión, en el cual se indican, entre otros aspectos, las condiciones de la fusión, referencia al régimen de conversión de acciones, documento constitutivo y estatutos de la nueva sociedad que surge de la fusión o las modificaciones estatutarias que sufriría la sociedad que subsiste, según sea el caso.

Sin embargo, otras legislaciones prestan mayor atención al acuerdo de fusión, en especial atendiendo a la protección de los derechos de terceros que puedan verse afectados por la reorganización. Así, por ejemplo, la Ley de Sociedades Anónimas española, requiere cierta información que debe ser incluida en el denominado proyecto de fusión que finalmente se convertirá en el acuerdo de fusión una vez aprobado por la junta general de accionistas.

Por su parte, la legislación francesa también hace alusión a algunos aspectos que deben estar presentes en el acuerdo de fusión (Morles, 2002, 1528), tales como los motivos, fines y condiciones de la fusión; las fechas de cierre de las cuentas de las sociedades interesadas utilizadas para fijar las condiciones de la operación; identificación y evaluación del activo y del pasivo cuya transmisión a las sociedades nuevas o absorbentes ha sido prevista, con indicación de los métodos de evaluación utilizados; la relación de intercambio de los derechos sociales; y el montante de la prima de fusión.

A partir del momento en que se produce la primera manifestación de interés en llevar a cabo una operación de fusión, los administradores de las respectivas sociedades inician un proceso de intensas negociaciones que, en la mayoría de los casos, en especial si no se trata de sociedades vinculadas, va a acompañado de una serie de estudios económicos-financieros, generalmente encargados a firmas especializadas. Tales estudios son los que, en definitiva, permitirán evaluar la conveniencia de la operación y ofrecerán los lineamientos generales respecto a las condiciones bajo las cuales ésta habrá de producirse.

En esta fase, que suele asimilarse a la noción de la formación de contratos del Derecho civil, se producen pactos fundamentales respecto a los términos

de la operación, los cuales pueden manifestarse verbalmente o ser plasmados también en documentos escritos, bajo las formas de preacuerdos, protocolos de intención, borradores y otros de similar naturaleza, todo ello orientado a la preparación del proyecto de fusión. En esencia, este conjunto de actividades es lo que se conoce como protocolos de fusión y generalmente va signado por un alto grado de confidencialidad, incluso con respecto a los propios accionistas, a fines de resguardar el éxito de las negociaciones.

Con frecuencia se indica que al producirse la suscripción del proyecto de fusión, la operación está prácticamente concentrada pues se han cubierto todos los aspectos que pudieran indicar su efectiva materialización, incluso la certeza por parte de la gerencia de su aprobación por las asambleas de accionistas de las respectivas sociedades. Esta fase que antecede al proyecto de fusión, por su propia naturaleza, generalmente no se encuentra prevista en la normativa sobre la materia, en tanto que el proyecto de fusión sí es objeto de regulación en buena parte, de las legislaciones internas de los Estados. Es el caso también de la Tercera.

La fusión exige el acuerdo de las sociedades que vayan a intervenir en el acto. La decisión es competencia del órgano de expresión de la voluntad social, no del órgano de gestión. El ordinal 3 del artículo 280 exige, para el caso de las sociedades anónimas, la presencia en la asamblea de un número de socios que represente las tres cuartas partes del capital social y el voto favorable de los que representen la mitad de ese capital, a menos que el documento constitutivo estipule quórum y mayoría diferentes. En el caso de las sociedades de personas se requiere la unanimidad, puesto que la fusión equivale a una modificación del contrato social, y en las sociedades de responsabilidad limitada, una mayoría que represente las tres cuartas partes del capital, por lo menos, o la unanimidad, si la fusión comporta aumento de res-

ponsabilidad para los socios. En el caso de las sociedades anónimas, se ha sostenido que cuando el Código prescribe una cierta mayoría en el artículo 280 para la deliberación de fusión de una anónima, se refiere a la hipótesis considerablemente más frecuente de persistencia en los socios de la anónima, no obstante la fusión, de la responsabilidad limitada, que si los mismos debieran convertirse en socios de responsabilidad ilimitada en la sociedad resultante de la fusión, sería necesario su consentimiento unánime. En este caso debería reconocerse al accionista disidente el derecho a separarse de la sociedad, pues existen razones de igual o mayor entidad que las tenidas en cuenta para acordar ese derecho en el artículo 282 (reintegro o aumento del capital social y cambio de objeto social).

En el derecho norteamericano, los tribunales aplican limitaciones de equidad para proteger a los accionistas minoritarios.

El acuerdo de fusión aprobado por cada una de las sociedades, está sometido a inscripción y publicación junto con el balance de fusión que debe haber sido elaborado. Cada empresa debe hacer el registro y publicación por su cuenta, por lo cual el lapso de oposición deberá comenzar a contarse a partir de la última publicación. En la práctica, se elabora un documento idéntico que es aprobado por cada una de las sociedades que intervienen en la fusión (el cual se procura publicar en la misma fecha), y en el cual se incorporan las condiciones de la fusión, con referencias al régimen de conversión de las acciones de las sociedades que desaparecen en acciones de la sociedad que subsiste, y el documento constitutivo y estatutos de la misma.

En el decreto del 23 de marzo de 1967, reglamentario de la Ley francesa de sociedades de 1966, se obliga a elaborar un proyecto de fusión en beneficio de los socios y de los terceros.

Nuestra doctrina reconoce carácter consensual al acto que acuerda la fusión, carácter que le ha sido reconocido por la doctrina francesa. La doctrina alemana y española, prefieren ver en la fusión un acto de carácter corporativo y no un mero pacto entre sociedades.

Una vez publicado el acuerdo de fusión, deberá esperarse un lapso de tres meses, para dar oportunidad a los acreedores a oponerse a la fusión, a no ser que conste el pago de todas las deudas sociales o el consentimiento de todos los acreedores.

1. Naturaleza Jurídica del Acuerdo de Fusión

El proyecto de fusión es el documento que servirá de soporte a las sociedades, para la aprobación de los términos de la operación por parte de sus respectivas asambleas de accionistas. Ahora bien, se discute sobre la capacidad de este documento de obligar contractualmente a las partes, es decir, a las sociedades a realizar la fusión e incluso efectuarla en los mismos términos allí previstos. Quienes optan por esta tesis, sostienen que el proyecto de fusión constituye un contrato entre los administradores de las sociedades que participan de la fusión.

Otros, sin embargo, consideran incorrecta la clasificación contractual del proyecto, alegando que en éste no ocurren los elementos necesarios para su configuración como tal, esencialmente por el hecho de que los administradores, en la elaboración y suscripción del proyecto, actúan dentro de su ámbito competencial que se limita a la expresión de un acuerdo inicial en torno a las bases de la fusión. En este orden de ideas, afirman que al suscribir el proyecto, éstos no actúan bajo el régimen general de la representación, pues la decisión sobre la fusión, está reservada exclusivamente a las respectivas

asambleas y, por tanto, excede del ámbito de la competencia de los referidos administradores. En tal virtud, los administradores no se configuran como partes y así hay ausencia del elemento de consentimiento esencial para la configuración de un contrato. En este sentido Largo Gil (2000, 212) propugna una calificación del proyecto de fusión, como un esquema prenegocial, un acuerdo o convención compleja de formación sucesiva y que, como tal, constituye un negocio inacabado.

Entre ambos polos, se ubican una serie de teorías, entre las cuales figuran aquellas que clasifican el proyecto de fusión entre los actos de formación de un contrato o como un contrato preliminar, realizados ad referendum, o también como un contrato de formación sucesiva. Otros opinan se trata de una actuación de los administradores como gestores de negocios ajenos. Para algunos, sin embargo, se trata de un simple proyecto sin trascendencia jurídica, como cualquier papel de trabajo que se redacta, para luego celebrarse un contrato que no necesariamente queda sujeto a los términos de aquel, como el mismo contrato de sociedad. Quienes sostienen pura y simplemente la tesis favorable a ubicarlo en la categoría contractual, afirman que se trata de un contrato válidamente celebrado entre dos ó más partes, que refleja un acuerdo de voluntades, del cual se derivan derechos y obligaciones y cuyos efectos quedan condicionados a la aprobación por parte de las asambleas. Agregan que esta condición no obsta para que del mismo se generen obligaciones exigibles, incluida la de convocar a la correspondiente asamblea de accionistas para la deliberación sobre el proyecto.

2. Elementos esenciales del acuerdo de fusión

El contenido mínimo del proyecto de fusión varía de una legislación a otra. Incluso existen legislaciones estatales, como es el caso de Alemania, que

contemplan la potestad de desistir voluntariamente de la suscripción del proyecto o compromiso previo de fusión. Se puede afirmar, sin embargo, que existe una relativa coincidencia en torno algunos de los extremos del referido proyecto, entre los cuales cabría mencionar: i) la denominación o domicilio o sede de las sociedades participantes y, en su caso, de la nueva sociedad, ii) el tipo de canje de las acciones y cualquier compensación complementaria que se tenga prevista, iii) el procedimiento de canje de las acciones, iv) la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan el patrimonio; v) el tratamiento en la nueva sociedad o en la sociedad absorbente, según el caso, a las categorías especiales de accionistas de las sociedades que deban extinguirse, y vi) ventajas de cualquier clase que hayan de otorgarse en la sociedad nueva o absorbente, a los administradores de las fusionadas y/o a los expertos independientes que intervengan en el proyecto de fusión. En algunos casos se requiere adicionalmente de una justificación detallada acerca de los móviles de la operación y sobre los aspectos económicos y jurídicos inherentes a la misma.

Otro requisito incorporado al proyecto de fusión en algunas legislaciones, es la obligación de presentación del acta constitutiva y estatutos sociales de la nueva sociedad o la modificación del estatuto de la absorbente y en algunos casos, de los balances especiales de fusión de cada una de las sociedades. Por su parte algunas legislaciones exigen la publicidad del proyecto de fusión, y en algunos casos su inscripción en el Registro Mercantil.

3. Los informes sobre el Acuerdo de Fusión

La información como medio de tutela a priori, es la nota que refleja la tendencia de los sistemas jurídicos más desarrollados en materia de fusión de sociedades.

Para Largo (2000, 263), a las exigencias respecto a contenidos mínimos y publicidad del proyecto a cargo de las sociedades a través de sus órganos de administración, se suma el requisito impuesto en algunas legislaciones estatales sobre la materia con relación a la elaboración de sendos informes por parte de los administradores de la sociedad y por expertos independientes respecto al proyecto de fusión. En el primero, los administradores deberán ofrecer una relación detallada de los aspectos jurídicos y económicos vinculados al proyecto. El informe de los expertos independientes, por su parte, debe valorar la justificación del proyecto, así como el método seguido para el cálculo del tipo de canje de las acciones y sobre la precisión de las cifras aportadas, en especial la equivalencia entre capital y patrimonio. Tales informes deberán ponerse a disposición de los accionistas con anterioridad a la celebración de la asamblea a la cual corresponderá la deliberación sobre el proyecto de fusión. En algunas legislaciones el nombramiento de los expertos independientes escapa de la potestad de las sociedades y queda a cargo de una autoridad judicial o administrativa.

Es importante destacar que el ordenamiento jurídico venezolano prevé la obligación de acompañar un avalúo realizado por un perito independiente y colegiado para permitirle al Registrador Mercantil, cumplir con la obligación de asegurar que los aportes en especie, tengan el valor declarado en las fusiones.

4. Derecho aplicable a la fase previa a la adopción del Acuerdo de Fusión

En cuanto concierne al caso venezolano en particular, no existiendo disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico respecto a los aspectos incluidos en esta fase del proceso de fusión, en el supuesto de una fusión internacional en la que participe una sociedad constituida en Venezuela, no sería exigible respecto a ésta por los ordenamientos jurídicos rectores de las demás sociedades participantes, el cumplimiento de las formalidades asociadas a esta fase. De tratarse de una fusión en la cual la sociedad absorbente o la que se constituya con motivo de la fusión sea regida por el Derecho venezolano, bastaría la presentación al Registrador Mercantil de los respectivos acuerdos de fusión, para su correspondiente registro y publicación, además de los balances de cada una de las sociedades. Si por el contrario, la sociedad resultante estuviera regida por un Derecho extranjero, consideramos que la calificación del Registrador con respecto a las sociedades absorbidas o fusionadas deberá limitarse al cumplimiento por parte de estas sociedades de las formalidades exigidas en el ordenamiento jurídico que las rige.

Por su parte Sánchez (2001, 192), mantiene una postura territorialista, defendiendo la obligatoriedad del cumplimiento de las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico del foro, al tiempo de favorecer una aplicación cumulativa de los ordenamientos jurídicos involucrados.

Al respecto Arenas (2003, 82) se manifiesta a favor de que el proceso, en principio, se someta al Derecho rector de cada una de las sociedades, por lo tanto, es partidario de que los requisitos formales y la publicidad del proyecto y, en general, las garantías que se otorguen a acreedores, accionistas y terceros frente a la fusión, sean sometidos al Derecho rector de cada sociedad.

Debemos mencionar que los documentos suscritos durante esta fase del procedimiento, pudieran calificarse como pre-contratos con el objeto de crear una persona jurídica, en lugar de ser apreciados como actos asociados al funcionamiento de las sociedades existentes. De aceptarse esta tesis, los acuerdos suscritos en esta fase preliminar, pasarían a ser regidos por la ley del contrato, en cuyo caso aplicarían las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado sobre la materia y, bien sea directamente o como principios generales, las incluidas en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, hasta la fecha sólo ratificada por México y Venezuela.

5. Adopción del Acuerdo de Fusión

No aparenta generar discusión en la doctrina extranjera, la afirmación según la cual, en supuestos de fusión internacional, tocará a cada una de las sociedades participantes, adoptar el acuerdo correspondiente, de conformidad con lo previsto sobre la materia en sus respectivas leyes rectoras.

Para Muci (2003, 59), el criterio pareciera ser inverso, pues señala que si el proceso de fusión internacional implicara la incorporación de una sociedad mercantil extranjera a una sociedad mercantil venezolana, la sociedad extranjera deberá, además de cumplir con los requerimientos de forma y de fondo estipulados en su ley personal, observar y cumplir con los requerimientos contenidos en la legislación venezolana para el perfeccionamiento del acuerdo de fusión, entre los cuales incluye los requisitos de quórum y de votación e indica que el acuerdo de fusión debe estar escrito en castellano y domiciliado en la ciudad de Caracas.

En Venezuela, esta facultad le está expresamente reservada a la asamblea de accionistas de la sociedad con un quórum especial de un número de accionistas que represente, al menos, tres cuartas partes del capital social y requerirá de la votación favorable de, por lo menos, los que representen la mitad de dicho capital. No obstante, la norma permite que en los estatutos sociales se estipulen distintos requisitos, lo cual ha sido interpretado en el sentido de entenderla como una norma supletoria al contrato social y estatutos que, por tanto, admite su ampliación o restricción por parte de la sociedad.

Según Morles (2002,1.527), respecto a la fusión de sociedades distintas a la anónima ha sido interpretado que, de tratarse de sociedades de personas se requerirá unanimidad en el acuerdo pues ésta equivale a una modificación del contrato social; en las de responsabilidad limitada, mayoría de tres cuartas partes y, de aumentarse la responsabilidad del socio, la unanimidad en el acuerdo; si la fusión implicará la transformación de una sociedad anónima a una de responsabilidad limitada, también se exigiría unanimidad y reconocimiento del derecho de separación a los socios disidentes.

La legislación comparada acoge generalmente el criterio de reservar la aprobación del acuerdo de fusión al máximo órgano decisorio de la sociedad, es decir, la asamblea o junta general, según sea la terminología empleada. Los requisitos de quórum o votación calificada, varían de una a otra, pero es también usual la supletoriedad de estas exigencias a lo establecido en el contrato social o los estatutos sociales. Una variante de este sistema lo representa la disposición contenida en la Tercera Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, al permitir que se prescinda de la aprobación por parte de la asamblea de la sociedad absorbente, siempre que se cumplan ciertos requisitos de publicidad y de protección de accionistas minoritarios.

Otra nota particular la hallamos en aquellos ordenamientos jurídicos, como el español, que imponen un límite temporal para la adopción del acuerdo, en este caso de seis meses, luego de aprobado el proyecto. Ello ha generado la discusión acerca de si este plazo afecta exclusivamente la adopción del acuerdo por parte de las sociedades españolas involucradas o de si también quedan sujetas a él las sociedades regidas por ordenamientos jurídicos extranjeros. Pudiera existir el riesgo de que el Registrador Mercantil español lo considere como un requisito vinculante para las sociedades extranjeras y niegue la inscripción de actos posteriores.

6. Acuerdo definitivo de Fusión

En la doctrina patria, Hung (2002, 154), considera que el Derecho positivo venezolano no requiere un acto conjunto de las distintas sociedades que intervienen en la fusión, aunque en la práctica es común que un documento de este tipo sea inscrito en el Registro Mercantil.

Por su parte Morles (2002, 1.527), agrega que en la práctica se elabora un documento idéntico que es aprobado por cada una de las sociedades que intervienen en la fusión, el cual se procura publicar en la misma fecha y al que se incorporan las condiciones de la fusión, incluidas referencias al régimen de conversión de las acciones de las sociedades que desaparecen, en acciones de la subsistente y el documento constitutivo y estatutos de esta última.

En otros ordenamientos jurídicos sí se requiere de la aprobación conjunta de un documento al que se le denomina acuerdo definitivo de fusión, contrato de fusión o escritura de fusión, entre otros. De preverse este acto como formalidad exigida para la conclusión de la operación, es precisamente al mismo

que se le asignan mayores repercusiones jurídicas toda vez que permite exteriorizar la voluntad expresada por las respectivas asambleas de proceder a fusionarse, hasta ahora confinada al ámbito interno de las sociedades. Es en definitiva, este documento con su posterior inscripción y publicación el que determina el nacimiento de las consecuencias jurídicas inherentes al proceso de fusión. La formalización de este acuerdo definitivo, conforme al Derecho positivo de algunos Estados, sólo podrá llevarse a cabo una vez transcurrido el plazo de oposición concedido a favor de los acreedores de la sociedad.

Por tratarse éste de un documento único para todas las empresas involucradas, la doctrina se ha inclinado a favorecer el cumplimiento de los requisitos establecidos en cada uno de los Derechos involucrados en el proceso de fusión. En este orden de ideas, el documento en cuestión deberá contener los elementos exigidos por cada uno de los Derechos. Se advierte, sin embargo, que será preciso matizar algunas de las exigencias, en los supuestos en que éstas sean obviamente destinadas a las sociedades del Estado de cuyo Derecho se trate.

7. Requisitos de publicidad del Acuerdo de Fusión

El hecho de que el Derecho venezolano, no prevea la figura del acuerdo definitivo de fusión, no ha obstado para que la práctica societaria la acogiera. Ello quizá motivado por razones pragmáticas, toda vez que con la formalización de este acuerdo definitivo, puede localizarse con mayor certeza para las partes participantes del proceso de fusión, sus accionistas, e incluso terceros, ese momento culminante que marca, al mismo tiempo, el fin del proceso y el inicio o renovación de la vida societaria del ente resultante del mismo. En efecto, la experiencia nos confirma que, en algunos casos, es a partir de la fecha de publicación de este acuerdo definitivo y no del acuerdo de la asamblea de accionistas que comienza a correr el plazo de tres meses fijado por el

Código de Comercio, destinado a permitir el ejercicio de la oposición a la fusión por parte de los acreedores de la sociedad.

No obstante lo anterior, una atenta lectura del artículo 346 del Código de Comercio, puede llevarnos a la conclusión que el empleo de la expresión “podrá realizarse la fusión”, por parte del legislador, revela su intención de someter el proceso de fusión a un acto jurídico adicional, a partir del cual el proceso en cuestión desplegaría todos sus efectos. No es descabellado pensar que no sea hasta después de haberse verificado el término legal sin oposición por parte de los acreedores que la sociedad pueda efectivamente comprometerse con las demás sociedades participantes del acuerdo. De hecho, la legislación comparada nos da luces acerca de la inteligencia de esta lectura. Ahora bien, no faltarán detractores a esta interpretación alegando que se trata más bien de actos de carácter contable y de reorganización interna a los que se refiere la norma con el, por lo demás, poco feliz empleo del término fusión para calificar este momento particular de un proceso con ese mismo nombre.

En cualquier caso, la relevancia de estas reflexiones, en términos del presente análisis, se centra en dar respuesta a la interrogante sobre cuál es el documento sometido a régimen de registro y publicidad por nuestro Código de Comercio. El criterio más razonable sería plegarse a lo que constituye la práctica habitual, recogida por la doctrina, vale decir, la inscripción y publicación de ambos, acuerdo de fusión adoptado por la asamblea de accionistas y acuerdo definitivo de fusión suscrito por las sociedades partícipes del proceso de fusión. Respecto a este último, podría tratarse de un acuerdo firmado por los representantes legales de las respectivas sociedades.

La publicidad de los acuerdos que corresponda, deberá someterse a lo que sobre la materia dispongan los respectivos ordenamientos jurídicos de las sociedades involucradas en el proceso.

B. Momento de efectividad de la fusión

De todos los aspectos relativos al proceso de fusión internacional, la determinación del momento en que se hace efectivo el acuerdo es probablemente uno de los que suscita mayores dificultades.

En este sentido, Parra e Italiani (2001, 1.006), han propuesto, para el caso de fusiones internas, que las respectivas asambleas de accionistas acuerden que la operación se haga efectiva en una fecha determinada, siempre que dicha fecha sea posterior al vencimiento del plazo de oposición de tres meses fijado a favor de los acreedores sociales.

Adecuando esta propuesta, al supuesto de fusión transfronteriza, la fecha de eficacia a establecerse en el acuerdo debería ser, en todo caso, posterior al vencimiento del más extenso de los plazos de oposición fijados por los ordenamientos jurídicos involucrados.

1. Período de oposición

Una vez realizado el registro y publicación del acuerdo en que se haya decidido la fusión conforme lo dispone el artículo 344 del Código de Comercio, comienza a correr un lapso de tres (3) meses para que los acreedores de las sociedades que se fusionan presenten su oposición a la realización de la fusión, según lo prescribe el artículo 345 *ejusdem*.

Este lapso de tiempo puede ser suprimido si se deja constancia del consentimiento de todos los acreedores de las sociedades que participan en la fusión, o si se demuestra el pago de todas las deudas sociales. La oposición suspende los efectos de la fusión, la cual podrá llevarse a cabo una vez que se haya resuelto la oposición mediante sentencia firme, tal como lo señala el último aparte del artículo 345 del mencionado código.

Según sostiene Morles (2002, 1528), el derecho de oposición halla su fundamento en la defensa de los acreedores de las sociedades que intervienen en la fusión, tratando de evitar que se realicen actos perjudiciales sobre el patrimonio de éstas, los cuales constituyen en definitiva garantía de sus acreedores.

Según Goldschmidt (1979, 238), las disposiciones se justifican plenamente en cuanto protegen a los acreedores de las sociedades que desaparecen y que se ha criticado la protección otorgada a los acreedores de la sociedad incorporante, porque éstos no pueden evitar el endeudamiento de la sociedad en otros supuestos o por otros medios.

La institución de la oposición tiende a evitar que se cumplan actos perjudiciales sobre el patrimonio del deudor que constituye garantía de los acreedores. Ahora bien, la doctrina española anterior a la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 estimaba que los acreedores con garantía debían ser excluidos del derecho a oponerse a la fusión, puesto que ésta no altera el régimen de las garantías. Esta es la solución ahora consagrada expresamente en la Ley de 1989, por los artículos 243 y 166. Si bien el artículo 345 del Código de Comercio venezolano habla de cualquier acreedor, pensamos que debe concluirse con una interpretación similar, pues la finalidad de la norma es la de

asegurar razonablemente los derechos de los acreedores, y ese propósito se cumple cuando existen garantías reales o personales.

Los acreedores están amparados por ciertos derechos, como el de no estar obligados a recibir el pago con anticipación, que las normas de fusión derogan tácitamente. Reconociendo ese derecho de los acreedores, la ley española de sociedades anónimas de 1951 proclamaba en su artículo 145, que éstos no podían oponerse al pago, en caso de fusión, aunque se tratara de créditos no vencidos. Otros derechos en cambio, no pueden entenderse modificados por la disciplina de la fusión, como es el derecho que tiene cada acreedor a que su deudor no sea sustituido sin su consentimiento. Sobre la base de ese derecho, la oposición del acreedor es inobjetable y no requiere ninguna otra fundamentación, de modo que no quedará otro recurso al deudor que ofrecer el pago al acreedor para eliminar su oposición a la fusión.

De Gregorio (1950, 260), piensa que el magistrado puede considerar suficiente en lugar del pago, una garantía ofrecida al acreedor, pero que si las garantías son de tal naturaleza que transforman sustancialmente las condiciones de la fusión, deberían repetirse las publicaciones del artículo 344, para que los acreedores que han omitido hacer la oposición porque no han considerado dañosas las primitivas condiciones, puedan promoverla frente a las modificaciones introducidas. Considera este autor, que partiendo de las premisas de que las consecuencias de la oposición no son claras en el sistema de la ley, se puede concluir en considerar no discutido: a) que la deliberación de fusión es válida desde el momento que se hayan cumplido las publicaciones, b) que la oposición no tiene por objeto tal validez, sino sólo la ejecución de la fusión, c) que la deliberación, aún cuando válida, no es eficaz respecto de aquellos que tendrían derecho a hacer oposición mientras no

haya transcurrido el término de 3 meses o hasta que la oposición no haya sido eliminada.

No podrá oponerse a la fusión, el acreedor cuando el acuerdo registrado y publicado acompañe la demostración de que el deudor ha hecho oferta real a los acreedores, ha depositado en un banco el monto del crédito a la orden del acreedor, o tiene la disposición de éste en la sede social el monto de su crédito. La oposición del acreedor no podrá ser admitida, por ser contraria a una disposición expresa de la ley, pues para poder oponerse se requiere ser acreedor insatisfecho. La oferta real y otras situaciones equivalentes deben asimilarse al pago. El interés particular de un acreedor malicioso no puede perjudicar la vida de la sociedad y los intereses colectivos presentes en el acto de fusión. Si la oposición hubiere llegado a ser admitida, el auto debería ser revocado. Deben tenerse en cuenta las graves perturbaciones que crearía en el mercado, una fusión que se retarda excesivamente.

Antes de que las fusiones registrales fueran sustraídas a los jueces de comercio, la oposición a la fusión se presentaba ante el mismo juez ante el cual se presentaba el documento de la fusión a los efectos de su inscripción. Con la separación de las fusiones registrales, el escrito de fusión debe primero presentarse en el Registro Mercantil y luego de la inscripción y publicación debe llevarse al Juez de Comercio, para que éste anuncie la fusión a los acreedores. De este modo, un solo Juez conocerá todas las oposiciones, si fueren varias.

La fusión bancaria merece ser regulada de un modo particular, acorde con la naturaleza de los créditos. En efecto, los créditos bancarios son exigibles siempre a la vista, ello es de su propia naturaleza. Cuando el artículo 345 del Código de Comercio acuerda al acreedor el derecho a oponerse a la fusión, lo hace para garantizarle el pago, porque si consta que todos los acreedores

han sido satisfechos, la fusión surte efectos inmediatos. De modo que si el acuerdo de fusión bancaria contiene provisiones dirigidas a ratificar a los acreedores la disponibilidad de sus créditos, se debe considerar que se cumple la exigencia legal de que los acreedores hayan sido pagados para que la fusión surta efectos inmediatos. En estas condiciones, la oposición del acreedor no sólo es legalmente improcedente, sino absurda porque acude a un litigio en lugar de acudir a la taquilla del banco a hacer efectivo su crédito.

Los acreedores obligacionistas no podrán oponerse a la fusión individualmente si la asamblea de accionistas hubiera aprobado la fusión. A la asamblea de obligacionistas le compete decidir sobre cualquier modificación de las condiciones de la emisión, entre las cuales se encuentra, evidentemente, una sustitución convencional del deudor o la aceptación de los efectos de la modificación del pacto societario que gobierna a la sociedad deudora.

C. Ejecución de la Fusión

Señala el artículo 346 del mismo código, que una vez transcurrido el lapso de tres (3) meses a que alude el artículo 345, sin que se haya producido oposición, podrá realizarse la fusión, asumiendo la compañía que subsista (en caso de fusión por absorción) o la que resulte (en caso de fusión propiamente dicha), todos los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguieron por causa de la fusión.

Transcurrido el lapso antes señalado, o antes de ello si se ha probado la extinción de todas las deudas sociales o se ha obtenido el consentimiento de todos los acreedores, o cuando se obtenga sentencia firme que deseche las oposiciones que se hayan presentado, debe procederse a la inscripción en el registro mercantil del acta constitutiva de la nueva sociedad resultante de la

fusión, o las modificaciones estatutarias que se produzcan por causa de la fusión en la sociedad absorbente, conforme a las estipulaciones establecidas en el acuerdo de fusión.

Una vez hecha la inscripción en el registro mercantil, la sociedad fusionante (sea absorbente o resultante), podría, si así lo desea, iniciar todas las gestiones pertinentes para conferir publicidad registral al traspaso de los bienes que integran el activo de la sociedad sometidos al cumplimiento de formalidades particulares de publicidad, como sería el caso de bienes inmuebles, automóviles, aeronaves, embarcaciones, marcas y patentes, e incluso acciones de otras sociedades cuyo traspaso debe ser inscrito en el respectivo libro de accionistas.

Cuando la fusión comporta la creación de una nueva sociedad, la decisión de fusión y su publicación no concluyen el proceso. Debe constituirse la nueva sociedad, conforme a las estipulaciones establecidas en los acuerdos de fusión, cumpliendo el régimen de constitución propio del tipo social absorbente o de la nueva sociedad, inscribirse el acto de constitución en el registro mercantil y publicarse. Sólo entonces la fusión surtirá efectos plenos. Si no hay creación de una nueva sociedad, sino absorción, sólo se produce una reforma del acto constitutivo, de la cual formará parte el aumento de capital necesario para emitir las acciones que deberán entregarse a los socios de la sociedad absorbida, reforma sujeta igualmente a registro y publicación.

En ambos casos, el registro y publicación deben llevarse a cabo una vez que se han extinguido el paso de tres meses, que se haya producido la oposición prevista en el artículo 345, o una vez que la oposición haya sido retirada o desechada por sentencia definitivamente firme. Esta interpretación concuer-

da con el artículo 346, según el cual, transcurrido sin oposición el término indicado, podrá realizarse la fusión.

De Gregorio (1950, 260), consideraba que las deliberaciones concordantes de las asambleas pudieran constituir, en cuanto posean todos los elementos necesarios, las manifestaciones de voluntad de los entes, suficientes para dar vida al negocio de fusión, aunque en la práctica no falta casi nunca un acto de fusión posterior. Estimaba el mismo autor que tampoco se justificaba el cumplimiento de todo el procedimiento de constitución, en el supuesto de establecimiento de una nueva sociedad.

La fusión, como manifestación específica del género de concentraciones económicas previsto en el artículo 11 de la Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, está sometida a la eventual ponderación del órgano de control respectivo, la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia, la cual puede llegar a establecer o declarar que la fusión comporta una práctica colusoria o crea una situación de dominio en todo o parte del mercado.

D. Derecho Aplicable a las Distintas Etapas del procedimiento de Fusión Internacional

Las advertencias respecto a las dificultades asociadas al proceso de fusión internacional son tantas como autores han escrito sobre el tema, incluso llama la atención los aspectos de índole fiscal inherentes a la operación, destacando el riesgo de la doble imposición; los de protección de la libre competencia; las múltiples exigencias impuestas por los distintos ordenamientos jurídicos de las sociedades que se fusionan, entre las cuales sobresalen las relativas a protección de trabajadores y acreedores; la

potestad de los Estados de ejercer controles a través de los cuales pueden dificultar la entrada y ejercicio en su territorio de la actividad económica de empresas extranjeras; además de los relativos a la transmisión de bienes y obligaciones de una sociedad a otra como consecuencia del proceso. A estos inconvenientes en el ámbito material deben sumárseles los no menos complejos que se suscitan desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

Una exigua regulación de los mecanismos de fusión transfronteriza en las legislaciones internas de los Estados, deviene en la falta de tratamiento de los mismos en la codificación internacional, tanto universal como regional. Ya revisamos, a grandes rasgos, los tropiezos que han afrontado los intentos de regulación de las fusiones internacionales en el marco de la integración comunitaria europea que, es donde se cuenta con un mayor desarrollo en torno a este tema, en circunstancias en que la fecha aún no ha sido posible concretar la demorada Directiva sobre la materia. En el ámbito universal, las dificultades se multiplican exponencialmente por la necesidad de conciliar o armonizar legislaciones internas con un mayor grado de diversidad prescindiéndose, a la vez, del elemento de impulso que incorpora el anhelo compartido de consolidación de un mercado común. En este contexto, cabe mencionar que la Convención de La Haya relativa al reconocimiento jurídico de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras de 1956, no ha logrado el número de ratificaciones necesaria para su entrada en vigencia. Este instrumento, en su artículo 4, se refiere concretamente el reconocimiento de la personalidad jurídica adquirida a través de la fusión de sociedades, asociaciones y fundaciones.

Cuando la legislación interna contemple la posibilidad de fusiones internacionales será preciso atender a las normas sobre la materia por

mínimas que éstas sean, como fundamento para la solución de los múltiples y diversos asuntos que pudieren plantearse sin perjuicio de que también se hagan preciso adaptar la normativa sobre fusiones locales a las que trascienden ese ámbito. Este es el caso de Italia, por citar un ejemplo, cuya Ley de reforma del sistema de Derecho internacional privado del año 1995 se ocupa de la fusión internacional de sociedades al sujetar la eficacia de las mismas al hecho de que se efectúen de conformidad con las leyes de los Estados interesados.

Por su parte Santa María (1997, 482), interpreta esta disposición, como una norma de admisión de la operación de la fusión internacional, quedando a cargo del intérprete resolver, caso por caso, cuándo deben ser aplicadas todas las leyes involucradas cumulativamente y cuando, en cambio, debe ser tomada en consideración exclusivamente la ley de una de las sociedades participantes en la fusión.

En caso contrario, vale decir, el de las legislaciones que no se pronuncien sobre este supuesto, habrá que recurrir necesariamente a la adaptación de las referidas normas por ser éste el único marco de referencia disponible, sin embargo, Berthold Goldman (1968, 1005), miembro de la delegación francesa y Presidente del Comité de expertos al que le fue encomendada en el año 1963 la redacción de un Proyecto de Convenio sobre fusiones transfronterizas en el ámbito de la Comunidad Económica Europea, convertido años más tarde en la actual Propuesta de Directiva sobre la materia, tras un análisis comparativo de los derechos societarios de la Comunidad Europea, afirma categóricamente que las normas sobre fusión interna son inadaptables a las fusiones internacionales. Ante este escenario, no es difícil concluir que el auxilio de las normas de conflicto en cuanto

resulten aplicables y de los principios generales del Derecho Internacional Privado, son claves en la solución de cada uno de los aspectos planteados.

La fusión de sociedades es un proceso de mecánica compleja que envuelve una multiplicidad de aspectos diferenciados y, por tanto, no es posible brindar una única solución en bloque válida para la figura como tal. Por el contrario, se precisa de soluciones concretas a cada uno de los pasos y aspectos relativos al proceso, soluciones que deberán al mismo tiempo contener un mínimo de coordinación y sincronización entre los ordenamientos jurídicos que intervienen para asegurar la debida implementación del procedimiento como un todo, con el deseable grado de seguridad jurídica.

Básicamente en cualquier proceso de fusión se requiere la adopción, por las sociedades participantes de un proyecto de fusión, más adelante la formalización del acuerdo por parte de cada una de las sociedades que intervienen en el proceso, aprobación de balances, entre otros documentos y, en el supuesto de fusión propiamente dicha, la creación de una nueva sociedad. Además, por la naturaleza del mecanismo, cada uno de estos pasos está asociado indefectiblemente a regulaciones destinadas a ofrecer garantías respecto a la transparencia económica de la operación, así como orientadas a la protección de los derechos de accionistas, acreedores y empleados, por sólo mencionar algunas. Estas garantías, por su parte, suponen el cumplimiento de una serie de requisitos formales, de contenidos mínimos y de publicidad respecto a los documentos que deben ser suscritos por cada una de las sociedades participantes. Es por ello que, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, también hay consenso entre los autores, entre ellos Arenas (2003, 82), en afirmar que la mayor dificultad que enfrentan las fusiones internacionales es la relativa a la delimitación del ámbito de aplicación de la normativa de cada uno de los ordenamientos

jurídicos a los cuales están sometidas las sociedades participantes del proceso.

Desde el punto de vista del derecho venezolano, por su parte, cualquier aproximación al problema requerirá de una previa revisión del sistema de fuentes. Así, siguiendo el orden de prelación fijado en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, no existen tratados internacionales vigentes en el país en los que se regule la fusión internacional. De hecho, la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, aún no ratificada por Venezuela, tan sólo contiene una disposición en la cual se hace mención a la fusión, al indicar que a este supuesto se aplica la ley del lugar de constitución de la persona jurídica. Por otra parte, cabe indicar que otra alusión a esta figura aparece en la Decisión No 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos regula el mecanismo como tal. En consecuencia, su importancia se limita al hecho de que la mención de esta figura, en el caso concreto del último instrumento supone la expresa admisión de la fusión internacional en el ordenamiento jurídico venezolano.

Siendo el caso que la Ley de Derecho Internacional Privado excluyó la materia societaria de su ámbito objetivo de regulación por considerar que las respectivas normas, debían desarrollarse en el seno de la propia ley mercantil, dentro de los principios generales que la Ley de Derecho Internacional Privado señala, valga la referencia al artículo 20 de la Ley. Este artículo se convierte en el marco general de referencia para nuestro objeto de estudio por el hecho de que por medio del mismo, se vincula la *Lex societatis*, al lugar de constitución.

A fin de evitar resultados incongruentes que de la aplicación de varios ordenamientos jurídicos pudieran derivarse, como sería la imposibilidad de llevar a cabo la operación no obstante haberse cumplido con todos los requisitos exigidos a cada sociedad por su respectivo ordenamiento jurídico, la adaptación se configura como un mecanismo idóneo para corregirse esos eventuales efectos nocivos. La negación de la validez de la operación por parte de un ordenamiento jurídico ante el cual fueron cumplidos cabalmente los requisitos exigidos cuando los demás ordenamientos jurídicos también la consideren válida sería a todas luces contraria a la justicia y vulneraría la voluntad societaria debidamente expresada para cada uno de los ordenamientos jurídicos considerados en forma aislada.

La legislación mercantil venezolana no contiene disposición alguna respecto a la fusión internacional. El Código de Comercio destina una serie de artículos a regular, de manera bastante escueta, el mecanismo de fusión, omitiendo cualquier distinción acerca de su alcance territorial.

Según Facchin (2003, 1.023), teniendo en cuenta el principio de libertad contractual, a falta de jurisprudencia sobre la materia y considerando que no está prohibida, la doctrina ha afirmado que en Venezuela está legalmente permitida la fusión internacional.

Otras leyes, resoluciones y provisiones administrativas internas contemplan el mecanismo de fusión restringido al ámbito nacional. Destacan particularmente los instrumentos destinados a regular sectores particulares de la economía con un alto grado de control por parte del Estado, como son el bursátil, el bancario, el de seguros y el de protección de la libre competencia, condicionándose la efectiva materialización de la fusión a la

previa autorización de los respectivos entes supervisores. Asimismo, cabe hacer mención a la Ley Especial de Administraciones Cooperativas.

Romero (2004, 224), considera una laguna subsanable de la norma contenida en el artículo 20 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el no incluir la fusión entre sus supuestos de hecho, argumentando que el lugar donde se cumplan los requisitos de forma y de fondo para la fusión determinará el régimen jurídico de la nueva persona que surge como consecuencia de la fusión. Ahora bien, teniendo en cuenta que en una fusión internacional, necesariamente deberá cumplirse con requisitos de forma y fondo en todas las jurisdicciones involucradas, debe interpretarse que tal aseveración se refiere exclusivamente al cumplimiento de los requisitos para la constitución o para la continuación de la sociedad, según se trate de una fusión por constitución de nueva sociedad o por absorción, respectivamente. En nuestro criterio, nada agrega el término fusión a la citada disposición, toda vez que ambas modalidades encuadran perfectamente en los respectivos supuestos de funcionamiento y existencia de la sociedad, contemplados en la norma en comento.

En cuanto a la mecánica propiamente del proceso de fusión internacional conforme al Derecho venezolano, la única postura doctrinal que ha sido fijada sobre la materia, se limita exclusivamente al supuesto de fusión por absorción por parte de una sociedad venezolana de una extranjera y propugna una aplicación cumulativa de todos los requisitos exigidos en las distintas jurisdicciones. En este orden de ideas, se manifiesta a favor del respeto a los requisitos de plazos impuestos por el ordenamiento jurídico extranjero, de ser éstos más estrictos que los exigidos en nuestra legislación. Adicionalmente, propone sea incorporada al expediente mercantil correspondiente, una opinión emitida por un abogado autorizado para ejercer

en la jurisdicción de la sociedad extranjera por medio del cual certifique que la sociedad absorbida cumplió con todas las disposiciones legales aplicables, anexando prueba de aquellas que lo permitan, todo ello a objeto de solventar cualquier inquietud que pudiera surgirle al Registrador Mercantil. Asimismo, sugiere que opinión equivalente sea emitida por abogado venezolano y anexada al acuerdo de fusión, adelantándose a establecer a priori una exigencia que bien pudiera no estar prevista en el ordenamiento jurídico en cuestión, como de hecho no lo está en el venezolano.

Interesa advertir sobre el riesgo de ofrecer salidas simplistas respecto a tan complejo mecanismo que tiendan a tornarlo impracticable en un contexto transfronterizo, por una excesiva rigidez. Cargar innecesariamente el procedimiento con exigencias superfluas podría jugar en contra de su empleo en un mundo empresarial que exige cada vez mayor dinamismo, optándose por otros mecanismos que resulten más ágiles, aún cuando no ofrezcan las mismas ventajas en términos de estrategia de negocios. Ello, a su vez, podría resultar en perjuicios mayores de los que se pretenden evitar con relación a la protección de derechos de accionistas, acreedores y trabajadores. En el necesario equilibrio entre la voluntad de las partes expresada a través de los acuerdos sociales y la seguridad jurídica que el mecanismo brinde a todas las partes involucradas se cifra la bondad de cualquier intento regulador.

Por su estrecha relación con este último asunto y teniendo en cuenta su irradiación a los distintos actos que componen los procedimientos de fusión internacional, resulta ineludible en este punto mencionar el artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado. La concepción facultativa de esta disposición, referida a la validez formal de los actos jurídicos, a través del establecimiento de factores de conexión alternativos, aplicables sin orden de

prelación alguno, vino a quebrantar el dominio absoluto de la tradicional regla *locus regit actum*, con el objetivo manifiesto de producir un resultado concreto, que no es otro que favorecer la eficacia de los actos.

Al respecto afirma Maekelt (2002, 107), que con ello se prevé una solución novedosa, en relación con la rígida norma del artículo 11 del Código Civil, que ha tenido considerable relevancia en el Derecho Comparado. Regulaciones como estas, al flexibilizarse el criterio para determinar el derecho aplicable a la forma de los actos y ampliar las posibilidades con factores de conexión facultativos, favorecen la validez del mismo.

Así, aquella regla es sustituida por el principio general que prevalece para cualquier tipo de actos jurídicos, de la *lex in favore negotii*. Se ha afirmado que el fin práctico de tal concepción de la norma es el de brindar la opción entre distintas leyes conectadas con el caso, teniendo presente la circunstancia de que alguna de ellas sea mejor conocida por las partes o sirva eficazmente a los fines de veracidad y seguridad al que apuntan los requisitos formales.

En función de lo anterior, mal podría pensarse que serían aplicables también, cumulativamente, los requisitos formales establecidos en el Código de Comercio venezolano para la validez formal, por citar un ejemplo, de la asamblea de accionistas de la sociedad extranjera que delibera sobre la fusión de esta última con una sociedad venezolana, cuando los factores de conexión alternativos fijados por la citada norma de la Ley de Derecho Internacional Privado nos conduciría, por lo general, a aplicar el ordenamiento jurídico del lugar de constitución o del domicilio de la sociedad extranjera, según sea el criterio atribuido para determinar su *lex societatis*, que normalmente coincidirá con el que rige el contenido del acto, con el del lugar de celebración de sus asambleas de accionistas y, de manera más

relativa con el del domicilio común de sus otorgantes. Optar por una aplicación cumulativa de los requisitos formales exigidos por cada uno de los ordenamientos jurídicos involucrados es a todas luces contrario al principio de la *lex in favore negotii* consagrado en la Ley de Derecho Internacional Privado y, en general, a la flexibilidad del método que constituye uno de sus signos distintivos. De admitirse tal solución se estaría configurando una fórmula aún más rígida que la que supondría el ya superado dominio exclusivo del principio *locus regit actum*, al tiempo de incrementarse las posibilidades de nulidad del acto por razones de índole meramente formal, en virtud de las eventuales diferencias en la regulación material del supuesto existentes en los ordenamientos jurídicos en juego.

En esta misma línea de pensamiento, es ampliamente acogido por la doctrina española que, en ausencia de regulación de origen internacional sobre la materia, el mandato contenido en el numeral 2 del artículo 9,11 del Código Civil de ese país, que dispone que para la fusión internacional de sociedades, se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales, sea interpretado con cierta flexibilidad de manera de permitir la adaptación de los diferentes ordenamientos jurídicos implicados en el procedimiento de fusión.

De tal interpretación también derivan, quienes defienden esta tesis, la posibilidad de aplicación distributiva de las respectivas leyes en determinados casos, con fundamento en la apreciación de que la aplicación cumulativa y rígida de las diferentes legislaciones estatales podría tornar irrealizables las fusiones internacionales en la práctica, debido a las diferencias existentes en las regulaciones sobre la materia.

No debe perderse de vista el hecho, por elemental que pudiere parecer la aclaratoria, de que en Venezuela el control e inscripción de los procesos de

fusión está a cargo de los Registradores Mercantiles, tal como es el caso en la mayoría de los Estados que, en general, los someten a éstos o a entidades análogas. En consecuencia, los problemas referidos fundamentalmente a la calificación registral, implicarán la interpretación y aplicación por parte de estos funcionarios del Derecho extranjero. Es en esta instancia y no en el ámbito jurisdiccional donde, en principio, se precisa brindar la suficiente seguridad jurídica para convertir las fusiones internacionales en mecanismos aptos para ofrecer a los empresarios las ventajas estratégicas aspiradas.

CAPITULO III

EFFECTOS DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES

Los efectos de la fusión entre los socios se concretan, generalmente, en un intercambio de participaciones sociales: los socios reciben una participación en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad, a cambio de los derechos de socio que tenían en la sociedad que desaparece.

Se ha dudado si existen derechos de los socios de las sociedades que se extinguen a adquirir la cualidad de socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente.

Observa De Gregorio (1950, 260), que en el derecho italiano del Código de Comercio de 1882, faltaba una norma que estableciera ese principio, que la fusión se explicaba más como un fenómeno de concentración de patrimonios sociales que de transferencia de socios; que al ordenamiento jurídico le era indiferente que unos u otros socios integraran el nuevo ente, que la práctica señalaba que la fusión es una operación compleja y que no era raro que excluyera una transferencia de socios.

Por su parte Goldschmidt (1979, 256), se inclina por admitir un derecho de separación a favor del socio que no convenga en la fusión, cuando ésta implique un cambio de objeto social. Vista así, la fusión derogaría el derecho del socio a permanecer en la sociedad, pero tampoco el socio estaría obligado a continuar en ella.

En el derecho francés sería insostenible una posición de esa naturaleza. En efecto, el proyecto de fusión debe incluir la relación de intercambio de los derechos sociales y la doctrina considera que la fusión comporta anuencia

anticipada de ingreso, en aquellos casos en que los estatutos requieren que la admisión de nuevos socios sea aprobada por los órganos sociales, dándose por descontado que existe transferencia de socios. En el derecho alemán y en el derecho español la situación está resuelta, de modo explícito, a favor de la transferencia del socio.

Uría (1996, 394), considera que de los preceptos legales contenidos en los artículos 142 y 148 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, se derivan una serie de consecuencias en el caso de las sociedades anónimas:

- a) que son los socios de la entidad cedente, los que deben recibir directamente de la sociedad nueva o absorbente la contraprestación correlativa al patrimonio global que recibe;
- b) que esa contraprestación ha de consistir precisamente en acciones. Sólo así pueden entrar en la sociedad nueva o en la absorbente los socios de las disueltas;
- c) que el número de acciones recibidas por cada socio sea proporcional a su respectiva participación en las sociedades extinguidas.

La misma solución ha sido recogida en el artículo 247 de la Ley de Sociedades Anónimas española de 1989.

La posición de Ferri (1974, citado por Motos 1953, p. 48), resume la posición de la doctrina italiana contemporánea así:

- a) la fusión se realiza sobre la base del llamado *rapporto di cambio*, cuyas condiciones no pueden ser predeterminadas, sino que son el resultado del acuerdo entre las sociedades, sobre la base de valuaciones recíprocamente convenientes,

- b) excepcionalmente puede admitirse que un socio singular quede reducido a ser copropietario de un derecho fraccionario,
- c) la compenetración en una organización única de varias organizaciones autónomas comporta siempre una modificación esencial en la posición del socio singular, no sólo por las mayores dimensiones, sino porque la nueva sociedad tendrá un diverso objeto y una diversa estructura,
- d) participar en una sociedad de objeto diverso y de tipo distinto es una consecuencia indirecta de la fusión y no de la modificación autónoma del acto constitutivo que acompaña a la deliberación de fusión, por lo cual no puede reconocerse un derecho de receso al socio disidente, derecho que la ley no consagra. Los intereses de integración económica que tutela el legislador con la fusión, degradan la tutela de la posición del socio y hacen venir a menos la posibilidad de receso que se otorga en el caso en que la modificación del objeto y del tipo es el fin en sí mismo.

Según De la Cámara (1978, 387), en el estado actual de nuestro desarrollo legislativo parece que debiera admitirse que la transferencia de la posición de socio es connatural del acto de fusión, especialmente en las sociedades en las cuales la suscripción de acciones es producto del recurso público al ahorro. De otro modo, se verían gravemente afectados los derechos de los socios. Ello ocurre porque en la fusión de sociedades hay elementos personales que se reúnen en la nueva sociedad o la incorporante.

Uno de los efectos inherentes a la fusión, cualquiera que sea la forma adoptada, es que la sociedad que se extingue, transfiere su patrimonio, en bloque, a la nueva sociedad absorbente. La doctrina le ha asignado a esta transmisión, carácter de sucesión universal en el activo y en el pasivo de la sociedad disuelta, situación que ha sido reconocida explícitamente en las legislaciones más recientes sobre sociedades. El principio de la sucesión

universal permite considerar que el traspaso de los bienes se realiza uno actu, sin que se descomponga en los negocios singulares que normalmente serían necesarios para la transmisión de cada elemento individual.

La admisión de la tesis de la transmisión en bloque, aceptada como principio, encuentra dificultades cuando en el patrimonio transmitido se encuentran bienes o derechos cuya transmisión está sujeta a un régimen de publicidad particular. Tal es el caso de los inmuebles, patentes y marcas, vehículos, naves y aeronaves, fondos de comercio, etc. Este problema ha dado origen a una viva controversia en Francia, inclinándose la doctrina a exigir el cumplimiento de las formalidades de publicidad específicas de cada bien, en ausencia de una norma expresa que excluya su aplicación, contra la opinión según la cual el régimen de publicidad de la fusión sustituye a los regímenes particulares.

La cesión del patrimonio en la forma en que ha sido indicada (en bloque), excluye la liquidación de la sociedad. Hay que recordar que la incorporación a otra sociedad (fusión) es causa de disolución, pero existe consenso en reconocer que la fusión y la liquidación son incompatibles, ya que no existirían créditos por cobrar ni deudas que pagar después del traspaso en bloque del patrimonio.

La transmisión en bloque del patrimonio debe considerarse realizada una vez que se inscribe y registra la nueva sociedad, porque ésta nace como persona jurídica con la publicidad, o una vez que se inscribe y registra la modificación del documento constitutivo que incorpora el aumento del capital destinado a representar el aporte del patrimonio en bloque de la sociedad extinguida.

CONCLUSIONES

En el curso de la historia, las formas adoptadas para la concentración empresarial, han variado notablemente, y en los diferentes escenarios que se presentan a través del paso del tiempo y de la historia, la fusión es un proceso que realizan las empresas en sus diferentes categorías para la mejora, ampliación, crecimiento y en algunos casos específicos según necesidades.

La Fusión de Sociedades, es una operación muy común en nuestra época, ya que sirve para fortalecer un negocio, incrementar sus ventas, obtener una mayor penetración en el mercado, obtener financiamiento por medio de capital, crear un nuevo producto o buscar alianzas para la creación de nuevos negocios.

En este proceso, son de vital importancia las decisiones tomadas y ejecutadas para la obtención de los resultados esperados, estudios previos en algunos casos arrojan los diferentes estándares de tiempo en la ejecución de sus fases. De tal forma también quedan registrados los diferentes fracasos. Dos de cada tres fusiones o adquisiciones fracasan en el cumplimiento de las expectativas iniciales, es por ello que con el presente trabajo se pretende aportar un instrumento más de información para cualquier interesado en el tema, se abordaron los puntos más importantes los cuales son de un incalculable beneficio para los futuros escenarios y para el enriquecimiento de los conocimientos en los Aspectos Fundamentales de la Fusión de Sociedades Mercantiles.

Fusionar dos empresas, es un esfuerzo importante, puesto que hay dos administraciones y dos maneras de funcionar y si este proceso se efectúa correctamente, la nueva compañía capturará rápidamente las ventajas ganadas por la fusión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acedo, M. y Acedo, L. (1996). **La Sociedad Anónima**. Valencia: Vadell Hermanos Editores.
- Alfonso, I. (1999). **Técnicas de investigación bibliográfica** (8^{va} ed.). Caracas: Contexto.
- Arenas, R. (2003). **Actividad Internacional de las Sociedades**. Toledo: Universidad de Castilla- La Mancha, 2003.
- De Gregorio, A. (1950). **De las Sociedades y de las Acciones Comerciales**. Buenos Aires: Ediar.
- De la Cámara, M. (1978). **Estudios de Derecho Mercantil. Primera Parte**. (Volumen II). Editorial de Derecho Financiero.
- Fraile, G. y Clemente, V. (2000). **Fusiones y Escisiones en las Sociedades Anónimas**. Valencia: Editorial Cisspraxis, S.A.
- Gómez, J. (2000). **Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles**. México: Editorial Themis.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2003). **Metodología de la Investigación** (3^{da} ed.). México: McGraw-Hill.
- Hung, F. (2002). **Sociedades**. Caracas: Vadell Editores.
- Italiani, F. y Parra, I. (2004). **La Fusión en Venezuela y sus Consecuencias**. En *Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904*. (Tomo I). Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Largo, R. (2000). **La Fusión de Sociedades Mercantiles – Fase Preliminar, Proyecto de Fusión e Informes**. Segunda edición. Madrid: Editorial Aranzadi.

Morles, A. (2002). **Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles** (5^{ta} ed.). (Tomo II). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Motos, M. (1953). **Fusión de Sociedades Mercantiles**. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

Muci, F. (2003). **Las Fusiones Internacionales de Sociedades a la Luz del Derecho Venezolano**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Rodner, J. (2001). (Comp.). Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren: **El Grupo de Sociedades en el Derecho Venezolano**. (Tomo II). Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Sánchez, H. (2001). **La Fusión Transfronteriza de Sociedades Anónimas desde la Perspectiva del Derecho Español**. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vivante, C. (1932). **Tratado de Derecho Mercantil**. (Volumen II). Madrid: Editorial Reus.