

COLEGIO DE ABOGADOS DEL DISTRITO FEDERAL

***200 AÑOS
DEL COLEGIO
DE ABOGADOS***

Libro-Homenaje

TOMO I

**AVILA ARTE/Impresores
Caracas/Venezuela/1989**



Dr. HEBERT SULBARAN
1º Vocal

Dr. GUILLERMO HEREDIA
2º Vocal

Dr. BENIGNO MARTINEZ
Fiscal

Dra. ELBA MEJIAS DE GONZALEZ
Gerente General

LA FUSION

Manuel Acedo Mendoza
Luisa Teresa Acedo de Lepervanche

Conceptos Generales. Fusiones impropias y otras instituciones afines. Conceptos jurídicos de la fusión. Formas: fusión por integración; fusión por absorción; escisión. Características: disolución de las sociedades que se fusionan; transmisión universal de patrimonio; transmisión de los derechos del socio. Fusiones homogéneas y heterogéneas. Formalidades. Contenido de la decisión de fusión. Oposición. Efectos. Reformas legislativas propuestas: Anteproyecto de Reforma Mercantil de 1963; Proyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles. Los problemas fiscales de la fusión.

1- Conceptos generales. La fusión es una figura jurídica de claros contorno y contenido, regulada con más o menos extensión en casi toda la legislación mercantil societaria. En lo económico se relaciona con los fenómenos de concentración de empresas.

La fusión jurídicamente hablando es la unión de una o más sociedades que se disuelven y que son sustituidas por una nueva sociedad o por una de aquéllas que sobrevive y absorbe a las demás. El mismo o semejantes resultados pueden obtenerse por otros medios de concentración de empresas como son la unión o asociaciones de empresas; la adquisición de todas o una mayoría de las acciones de una sociedad por otra, con o sin disolución de la primera; los aportes de fondos de comercio a una tercera sociedad; la constitución de filiales o subsidiarias dependientes de una empresa matriz, todas las cuales conducen a la absorción de una o varias empresas por otras o a la constitución de nuevas sociedades por la reunión de otras empresas o fondos de comercio.

El autor español Buireu en su obra *Uniones y asociaciones de Empresas*, en el capítulo apropiadamente denominado "La fusión como meta", asienta que el proceso anteriormente descrito (asociaciones y uniones de empresas), "no es otra cosa que una manifestación más de la estructuración del capitalismo moderno; éste, que requiere la concentración de fuerzas productivas, adopta a lo largo del tiempo formas diversas que las circunstancias de momento exigen o que la realidad en que actúan permite, pero a su vez todas estas formas se encaminan a un proceso superior, a la fusión" (Jorge Buireu Guarro, *Asociaciones y Uniones de Empresas*, Madrid 1981, pág. 39). En el mismo sentido, destaca Messineo que "la fusión constituye, desde el punto de vista técnico-jurídico, la forma extrema de aquel fenómeno de los vínculos y coaliciones entre empresas" (Francesco Messineo, *Derecho Civil y Comercial*, traducción F. Sentís Melendo, Buenos Aires 1955, tomo V, pág. 561). El autor venezolano Francisco Hung Vaillant dice que la motivación económica de esta unificación de esfuerzos puede radicar en la unión de fuerzas productivas y la eliminación de actividades u organizaciones superfluas (*Sociedades*, Caracas 1983, pág. 159); y Morles afirma que "desde el punto de vista económico, la fusión es instrumento de fortalecimiento del capital de la sociedad"; "es un instrumento del fenómeno -más amplio- de concentración del poder económico" (Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas 1986, tomo II pág. 910). Es por ello que algunos autores como Rodríguez Rodríguez tratan la fusión no como una forma de disolución de las compañías como lo hace en la forma tradicional nuestro Código de Comercio, sino como parte del capítulo general sobre concentración de empresas (*Tratado de Sociedades Mercantiles*, México 1981, tomo II págs. 509 y siguientes); Morles también incluye la fusión en el capítulo XXII del tomo II denominado "La fusión, la asociación y la concentración de empresas".

Otros autores tratan la fusión no como forma de disolución de la sociedad anónima, sino que le dan tratamiento similar a la transformación de sociedades o tratan en forma conjunta una y otra institución, como lo hace la Ley de Sociedades Anónimas de España, en su capítulo VIII sobre "Transformación y Fusión" (Juan Carrera Giral, *La Ley de Sociedades Anónimas y su interpretación por el Tribunal Supremo*,

Barcelona, España, 1984 pág. 875). Señala el autor Angel Velasco Alonso que para el legislador español, "la fusión es una modalidad o especie de transformación dirigida a la concentración, en uno, de dos o más patrimonios" (*La Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid 1984, pág. 679); por su parte, Sasot en Argentina se pronuncia por la afinidad de la fusión con la transformación al decir: "más que de una fusión cabrá hablar de una transformación, pues la empresa como unidad económica, pasa a integrarse con la suma del patrimonio de la sociedad absorbida y de la sociedad absorbente (Miguel Sasot Betes, Miguel P. Sasot, *Sociedades Anónimas, constitución, modificación y extinción*, Buenos Aires 1982, pág. 526).

En nuestro derecho no sería aceptable la identificación de la fusión con la transformación de la sociedad mercantil, toda vez que, en primer lugar, la transformación sólo se ha admitido en forma limitada en las disposiciones incorporadas al Código de Comercio en la reforma de 1955, sobre la sociedad de responsabilidad limitada; y luego, de manera concluyente, porque la fusión ha sido incluida expresamente por nuestro Código de Comercio como una de las formas de disolución de la sociedad mercantil. (Véase Roberto Goldschmidt, *La Reforma al Código de Comercio* de 1955, Caracas 1957, pág. 236 y siguientes; Maurice Valery, *La Transformación de las Sociedades Mercantiles*, Caracas 1950, págs. 420 y siguientes; Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, *La Sociedad Anónima*, Caracas 1985, págs. 162 y siguientes). Por otra parte, a nuestro entender, la fusión y la transformación se diferencian conceptualmente en que la primera supone la disolución, aunque sin liquidación, de las sociedades fusionadas, excepto una en el caso de fusión por absorción, es decir la terminación de su personalidad jurídica; y que la segunda, la transformación, supone necesariamente la continuidad de la sociedad que se transforma, cuya personalidad jurídica se mantiene en el tiempo.

Concluimos estos conceptos generales con cita de Rodríguez Rodríguez que compara la fusión en sentido económico con el concepto jurídico: "Económicamente la fusión supone la reunión de varias empresas bajo una sola voluntad de tal modo que comprende fenómenos mucho más amplios que los que supone el mismo concepto entendido desde el punto

de vista jurídico". En el derecho, se trata de "la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetrán recíprocamente para que una organización jurídicamente unitaria, sustituya a la pluralidad de organizaciones" (ob. y tomo citados Págs. 517 y 518). Según Messineo, la fusión en sentido jurídico propio, suprimir todo vínculo, puesto que conduce a la unificación jurídica, además de económica de dos o más empresas, dando lugar a un sujeto jurídico único allí donde antes de la fusión existían uno o más (obra y tomo citados, Pág. 561).

2- Fusiones impropias y otras instituciones afines. Garrigues y Uría, citados por Morles denominan "fusiones impropias", o "fusiones de hecho", a figuras afines a la fusión, entre las cuales señalan:

- a) las relaciones jurídicas por medio de las cuales se constituyen "holdings", carteles, sindicatos y otras formas de manejo de intereses comunes de las sociedades coaligadas;
- b) la adquisición en forma progresiva en bloque, de todas las acciones de una sociedad, a la cual se pasa a controlar de una manera absoluta;
- c) la disolución de una sociedad totalmente controlada, después de que se haya realizado la toma de control...;
- d) la transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra...;
- e) la venta del patrimonio de una sociedad a otra (Morles, ob. y tomo citados, Pág. 921).

Debe notarse que estas formas de fusiones impropias no constituyen la figura de fusión jurídica ni se le aplican las normas de los artículos 343 y siguientes del Código de Comercio, sino que dichas operaciones se rigen por las normas propias de los negocios jurídicos que se utilizaron para lograr el proceso de unión, absorción o incorporación de empresas o sociedades. Así lo tiene claramente establecido el Tribunal Supremo de España al decidir que no constituye fusión ni por tanto se le aplican las normas propias de esta institución, entre otras, a la constitución de una nueva sociedad anónima por dos sociedades preexistentes; a la permuta

voluntaria de accionistas una sociedad anónima por obligaciones convertibles en acciones de otra sociedad, ni a la integración de patrimonios en una nueva sociedad en la que las antiguas quedan como accionistas de las segundas (Juan Carrera Giral, ob. citada, tomo II, Pág. 875). En consecuencia, en los casos de las llamadas fusiones impropias u otras semejantes no procedería la aplicación del artículo 346 de nuestro Código de Comercio conforme al cual la compañía que quede subsistente o que resulte de la fusión asumirá los derechos y obligaciones de las que se hayan extinguido, salvo que tal solidaridad resulte de la aplicación de otros preceptos legales, como sería el caso de la solidaridad prevista en el artículo 151 del Código de Comercio para la enajenación de fondos de comercio.

Tampoco procedería en estos casos, el derecho a la oposición a la fusión consagrado en el artículo 345 del Código de Comercio, salvo que tal derecho le sea reconocido por las normas aplicables a los actos jurídicos que conduzcan a la fusión de hecho, como serían los de reducción del capital social y la disolución anticipada de la sociedad (artículos 223 y 224 del Código de Comercio); y el artículo 151 del Código de Comercio antes citado, en caso de enajenación del fondo de comercio.

3- Conceptos jurídicos de la fusión: Nuestro Código de Comercio no define la fusión, sino que entra directamente a regularla, después de incluirla entre las causales de disolución de las compañías de comercio (numeral 7º. del artículo 340 del Código de Comercio. "Por la incorporación de una sociedad a otra").

Garrigues define a la fusión como "la transmisión del patrimonio entero de una sociedad a otra, a cambio de acciones que entrega la sociedad que recibe ese patrimonio" (Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid 1962, tomo I, Pág. 454). Uría, citado por Verón, ofrece la siguiente definición: "Es un acto de naturaleza corporativa o social, por virtud del cual dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden su patrimonio y agrupan sus respectivos socios en una sola sociedad". (Alberto Víctor Verón, *Sociedades Comerciales*, tomo II, Buenos Aires 1983, Pág. 51).

Sasot, considera la fusión como un proceso, el cual está regido "por el hecho esencial de la existencia de dos o más patrimonios independientes que se confunden en un solo patrimonio y de una o más personas jurídicas que, sin liquidarse se extinguen para hacer posible que sus patrimonios se incorporen a la sociedad que queda subsistente o a la nueva que a tales fines se crea" (ob. cit. pág. 523).

En el sistema del Código de Comercio venezolano cualquiera de las definiciones citadas es válida; por ello podemos afirmar que la fusión es el acto de incorporación de una o varias sociedades que se disuelven sin liquidarse, a una nueva sociedad o a una existente la cual absorbe a las demás, con la transmisión total del patrimonio de aquéllas a la nueva sociedad o a la resultante de la fusión, recibiendo a cambio los accionistas de las antiguas sociedades fusionadas, acciones de la nueva sociedad resultante de la fusión o de la sociedad absorbente, según el caso.

4- **Formas de la fusión.** La fusión puede ocurrir de dos maneras:

a) **Fusión por integración**, mediante la cual las sociedades fusionadas constituyen una nueva sociedad a la cual aportan sus respectivos patrimonios; se la denomina también "fusión" propiamente dicha por oposición a la "absorción" (Rodríguez Rodríguez, obra y tomo citados Pág. 518, Sasot. Ob. cit. Pág. 520).

b) **Fusión por absorción**, en la cual las sociedades fusionadas se disuelven con excepción de una de ellas, "absorbente", que subsiste y a la cual las demás aportan sus respectivos patrimonios.

Aun cuando algunos autores ven diferencias entre una y otra forma, la mayoría de las doctrinas las consideran una misma figura jurídica de semejantes efectos. Según Ferri citado por Rodríguez Rodríguez, "en las dos hipótesis permanece intacto el concepto de fusión y es constante el elemento de la compenetración de varias sociedades en una sola, así que es posible darles un tratamiento unitario". (Rodríguez Rodríguez, obra y tomo citados, Págs. 518 y 519; Sasot. ob. cit. Pág. 520: "fusión y absorción son las dos caras de la misma moneda"). La mayor parte de los

sistemas jurídicos (España, Italia, México, Argentina, Venezuela, Comunidad Económica Europea), si bien distinguen entre las formas de fusión por incorporación o por absorción, les dan un mismo tratamiento. Los sistemas anglosajones distinguen "consolidation" cuando la fusión se realiza por constitución de una nueva sociedad, y "merger", cuando una sociedad absorbente incorpora el patrimonio de otras que se extinguen (Sasot, ob. cit. Págs. 520 y 521, ver notas de pie de página; de nacimiento a la nueva sociedad integrada. En cambio, en la fusión por absorción bastarán los acuerdos de fusión de las respectivas asambleas debidamente registradas y publicadas; y en Venezuela, el transcurrir del plazo de 3 meses previsto en el artículo 345 del Código de Comercio como veremos más adelante.

c) **Escisión.** Es una figura jurídica afín a la fusión y generalmente de sentido opuesto a ella, la cual no está consagrada en el derecho positivo venezolano pero que puede realizarse y reglamentarse mediante el uso de otros medios jurídicos contemplados en nuestro sistema legal. Según Morles, se conoció primero en el derecho anglosajón (en el derecho fiscal, "Internal Revenue Code", precisa Verón); luego, entre otras, pasó a la legislación francesa en la reforma de 1966; a la ley argentina de sociedades mercantiles de 1973 y a la brasileña de 1976; en España, si bien la figura de la escisión no está contemplada en la ley española de sociedades anónimas, sí lo está en la legislación fiscal y en la que regula las sociedades cooperativas. (Véanse Morles ob. cit. tomo II, Pág. 923; Michel de Juglart y Benjamín Ippolito, *Cours de Droit Commercial*, París 1968, tomo I Pág. 604; J. Hamel, G. Lagarde y A. Janffret, *Droit Commercial* París 1980, tomo I, 2º. volumen, Pág. 568; Verón ob. cit. tomo II Págs. 94 y siguientes; *Ley de Sociedades por Acoes*, Sao Paulo 1981 Pág. 131 y Duque Domínguez, *La escisión de sociedades*, citado por Verón Pág. 98, nota 20).

Escindir del latín "scindere", significa cortar, dividir, separar; aplicado el concepto de las sociedades mercantiles significaría dividir el patrimonio social en una o varias partes que se aportan a nuevas sociedades que al efecto se constituyen o a otras sociedades preexistentes. La escisión, es como se dijo, el fenómeno contrario a la fusión; es "la

fusión al revés" como dijo un autor español, lo cual explica la analogía entre ambas instituciones (Duque Domínguez, cita Verón ob. cit., tomo II, Pág. 97).

En el campo económico la escisión ha sido vista alternativamente como una de las formas de concentración o de desconcentración de empresas según los casos: concentración porque en algunos, a la escisión o segregación siguen procesos de fusión de las sociedades escindidas; o de desconcentración que opera, sea por razones geográficas o regionales, sea como medio de racionalizar la administración de empresas que han alcanzado una magnitud que torna difícil su gerencia (Jean de Guyenot, *Cours de Droit Commercial*, París 1968, tomo I Pág. 619). Por otra parte, la escisión puede combinarse con la fusión en el proceso denominado escisión-fusión que analizaremos más adelante.

La escisión puede revestir dos formas:

i) la escisión pura y simple, en la cual una sociedad divide su patrimonio en dos o más porciones que transfiere a una nueva sociedad constituida al efecto. Este tipo de escisión puede realizarse en nuestro derecho como ventas o aportes de partes del activo social a la nueva sociedad mediante ventas del activo social previstas en el ordinal 4º. del artículo 280 del Código de Comercio, las cuales deben ser aprobadas por la asamblea de accionistas con quórum y mayoría calificadas si los estatutos no disponen otra cosa (Morles ob. y tomo citados Págs. 922 y 923). Si la venta de los activos constituye enajenación, total o parcial, de uno o más fondos de comercio, se aplicarán las disposiciones del artículo 151 del Código de Comercio que establece la solidaridad entre el cedente y el cesionario.

ii) la escisión- fusión en la cual las transferencias de partes del patrimonio se hacen a una sociedad preexistente, caso en el cual, según Morles, procede aplicar las normas de la fusión.

5- Características de la fusión. La doctrina señala variadas y, en ocasiones, controvertidas características de la fusión, entre las cuales señalaremos las siguientes:

a) Existencia previa de por lo menos dos sociedades mercantiles. De acuerdo con nuestro Código de Comercio la institución se denomina

"Fusión de Sociedades", conforme al titular de la subsección 3ª. de la sección 8ª. del Título VII, sobre, "Las compañías de comercio y de las cuentas en participación", de lo cual se concluye que la fusión es una figura jurídica propia de las sociedades mercantiles.

Obviamente la fusión requiere la existencia previa de por lo menos dos sociedades mercantiles. Como lo veremos mas adelante, en Venezuela la fusión solo puede hacerse entre sociedades mercantiles.

b) Disolución de todas o alguna de las sociedades que se fusionan. Como lo señalamos antes, la disolución se opera sin liquidación; sin embargo, en la fusión por absorción la sociedad absorbente no se disuelve; por el contrario, absorbe a las demás.

c) Transmisión universal de patrimonio. Muchos autores consideran la transmisión universal del patrimonio en el caso de la fusión, como un fenómeno semejante a la transmisión universal "mortis causa", en el caso de las personas naturales. Según Messineo, "se realiza así un fenómeno análogo a la sucesión a título universal (en los débitos y en los créditos) que veremos es característico de la sucesión por causa de muerte de la persona física; sin embargo aquí la sucesión a título universal no parece concepto fuera de lugar, puesto que la sociedad incorporada se extingue, o sea, muere jurídicamente y este hecho recuerda de cerca la muerte de la persona física" (obra y tomo citados Pág. 561). En el mismo sentido, Alfredo de Gregorio, aun cuando advierte que la discusión es infecunda (Bolaffio, Rocco, Vivante; Derecho Comercio, traducción castellana D.V. de Frieder y F. Sentis Melendo, Buenos Aires 1950, tomo 6-11, Pág. 262).

Parte de la doctrina francesa considera que hay la posibilidad de que ciertas deudas y algunos activos de las sociedades fusionadas no estén comprendidas en el aporte; señalan también que los contratos "intuitu-personae" no pueden ser transmitidos a la nueva sociedad o a la resultante de la fusión, (G. Vuillermet, *Droit des sociétés commerciales*, París 1969, tomo I Pág. 641). Morles señala que en la doctrina italiana del Código Civil de 1942 en la cual la fusión no es considerada como una forma de disolución sino como una modificación de estatutos, no existe

transferencia de la cualidad de socio, sino que cada uno conserva la cualidad de parte del contrato y de la organización unificada; no hay transferencia de bienes de la sociedad participante a la resultante de la fusión sino conservación de la propiedad de los mismos en cabeza del sujeto unificado (Di Sabato; Morles, obra y tomo citados Pág. 912).

En nuestro derecho no hay lugar a dudas respecto a la transmisión, a título universal, del patrimonio de las sociedades fusionadas a la nueva sociedad o a la absorbente ya que el artículo 346 del Código de Comercio dispone: "Transcurrido sin oposición el término indicado, podrá realizarse la fusión y la compañía que quede subsistente o que resulte de la fusión asumirá los derechos y obligaciones de las que se hayan extinguido". Esta asunción de derechos y obligaciones de otra persona, opera "ipso-jure" como en el caso de la sucesión de la persona natural. (Ver respecto a los traspasos de bienes individuales, mas adelante "Efectos de la fusión, No. 10,a).

d) **Transmisión de los derechos del socio.** Los socios de las sociedades fusionadas se convierten en socios de la sociedad absorbente o de la nueva sociedad que resulte de la fusión. Como dice Garrigues, "en definitiva la fusión se opera por un cambio de acciones entre sociedad fusionante y sociedad fusionada" (ob. y tomo citados Pág. 455).

Sin embargo observa el autor venezolano Hung Vaillant que "no es un elemento determinante para conceptuar la fusión el hecho de que los socios de las sociedades que se extinguen lleguen a ser socios de la sociedad que subsiste. Este elemento falla en algunos casos como aquel supuesto en el cual la sociedad incorporante es el único socio de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada incorporada, o cuando el activo y el pasivo de la sociedad incorporada son iguales" (ob. cit. Pág. 160); tenemos reservas respecto a la última mención pues en el supuesto de que el pasivo de la sociedad sea igual a la suma de sus activos, la sociedad habrá perdido su capital y no podría ser por tanto sujeto de una fusión.

Hung señala también que "la participación de los socios de las sociedades que se extinguen en la sociedad incorporante es un fenómeno

normal pero no esencial de la fusión (ob. cit. Pág. 160); y según Morles, la transferencia de la condición de socio es connatural al acto de fusión (ob. y tomo citados Pág. 918); en nuestro concepto, la transferencia de la condición de socio es inherente a la fusión.

Derecho de separación del socio. La fusión como tal no produce derecho de receso o separación del socio ya que conforme a las previsiones del artículo 270 del Código de Comercio es una decisión que corresponde a la asamblea con quórum y mayoría calificadas. El derecho de separación del socio sólo procede cuando en el proceso de fusión hay cambio del objeto social o aumento del capital social por aumento del valor de las acciones conforme a lo dispuesto en el artículo 282 del Código de Comercio. Algunas legislaciones consagran el derecho de separación del socio en el caso de fusión de sociedades en forma similar y por parecidas razones a como lo contempla la ley venezolana en los casos de cambio de objeto y aumento de capital por aumento del valor nominal de la acción, entre aquéllas, la ley española de sociedades anónimas (artículos 144; Angel Velasco Alfonso, ob. cit. Pág. 719); la ley argentina de sociedades comerciales (artículo 85, Verón ob. cit. tomo II, Pág. 91) y también el anteproyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles de 1988, que mencionaremos mas adelante.

6- **Fusiones homogéneas y heterogéneas.** Como señalamos, la institución de la fusión es propia de las sociedades mercantiles y se disciplina en el Código de Comercio dentro del régimen propio de estos entes jurídicos. Ello descarta la posibilidad de que puedan realizarse fusiones, llamadas heterogéneas, entre sociedades de distinta especie de las sociedades mercantiles, como serían entre sociedades civiles, asociaciones y otras personas jurídicas no mercantiles. Aun cuando algunos autores hayan contemplado la posibilidad de fusiones heterogéneas, éstas se han desechado por las incompatibilidades insuperables que presentan los distintos tipos de sociedades; como dice Morles, afortunadamente la rareza de estas hipótesis reduce los problemas a un ámbito meramente teórico. Por lo demás en nuestro derecho, como dijimos, la fusión es una figura de derecho mercantil concebida

exclusivamente para las sociedades de comercio; no es por tanto susceptible de interpretación extensiva ni de aplicación analógica a otro tipo de sociedades no mercantiles.

Entre las homogéneas, teóricamente la fusión podría darse entre cualquiera especie de sociedades mercantiles, como veremos más adelante; sin embargo, la forma corriente y la que tiene en mientes la doctrina es la fusión entre sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas, entre sí o las unas con las otras.

La fusión de sociedades en nombre colectivo o en comandita con sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ofrece graves dificultades dada la diferencia fundamental entre la responsabilidad ilimitada de los socios solidarios con la responsabilidad limitada al valor de la acción o de la cuota, propias de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. A nuestro juicio, la distinta responsabilidad de los socios dificulta en grado sumo la fusión de unas y otras, salvo que, como paso previo, se opere un proceso de transformación de sociedades o se logre la unanimidad de los socios y accionistas y el consentimiento de los acreedores. A todo evento, los acreedores de la sociedad de personas podrían válidamente oponerse a la pretendida fusión o sostener que, respecto de ellos, no es oponible ninguna limitación de responsabilidad. A lo sumo podría pensarse en la fusión de una sociedad en nombre colectivo con una sociedad anónima en la cual la resultante sea una sociedad en comandita por acciones; los socios de la extinguida sociedad en nombre colectivo serían los socios solidarios y los comanditarios serían los accionistas de la antigua sociedad anónima; pero como dijera antes Morles, ésta sería también una rareza.

En el derecho español, señala Garrigues que el artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas prevé la fusión de cualesquiera sociedades con una sociedad anónima, de lo cual infiere que las sociedades fusionadas pueden ser de diversa especie pero que necesariamente la sociedad resultante debe ser una sociedad anónima (ob. y tomo citados, Pág. 457). En nuestra opinión en Venezuela no será aplicable ni una ni otra conclusión ya que respecto de la primera, la figura jurídica de la fusión la establece la ley solo para sociedades mercantiles; y en cuanto a la

segunda, la ley no exige que la sociedad resultante sea anónima; por el contrario, la sociedad resultante de la fusión o la nueva que se constituya, puede ser una sociedad de responsabilidad limitada como lo contempla el artículo 335 del Código de Comercio para el caso semejante de transformación de una sociedad mercantil de otro tipo en una sociedad de responsabilidad limitada.

Bajo el mismo rubro de heterogeneidad se ha contemplado el caso de sociedades que tengan distinto objeto. La doctrina en general reconoce la capacidad de fusionarse sociedades de distinto objeto pues no existen objeciones de principio ni normas de derecho positivo que lo impidan. Sin embargo, en este caso procede el derecho de recesión o separación del socio consagrado en el artículo 282 del Código de Comercio, no por el hecho de la fusión sino por el cambio del objeto social de las sociedades fusionadas.

7- Formalidades para la fusión. Los acuerdos de fusión deben ser tomados separadamente por cada una de las sociedades intervinientes. El órgano competente es la asamblea de cada una de las sociedades como expresamente lo contempla el artículo 280 del Código de Comercio al incluir en el numeral 3º. la fusión con otra sociedad, entre las decisiones que requieren quórum o mayoría calificada: 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 por lo menos de ese capital; la norma deja a salvo el que los estatutos dispongan otra cosa, o sea quórum o mayoría distintos que, según Hung Vaillant, podrían ser mayores o menores (ob. cit. Pág. 160).

La exigencia de decisión de asamblea es imperativa, de estricto orden público; esta facultad no es delegable en los administradores como lo señala Roberto Goldschmidt (ob. cit. Curso, Pág. 239). Sin embargo pensamos que sería admisible que la asamblea que acuerde la fusión, delegue en la administración la celebración de acuerdos complementarios de la misma o la determinación de algunas estipulaciones o condiciones de aquéllas; la delegación en todo caso debe ser expresa.

8- Contenido de la decisión de fusión. El artículo 344 del Código de Comercio sólo exige que el acuerdo de fusión que se presente al registro o tribunal de comercio esté acompañado de los balances de las compañías fusionantes, así como el respectivo registro en el nuevo domicilio de la sociedad resultante, si fuere el caso. Goldschmidt, Hung y Morles precisan, además, que debe determinarse el régimen de conversión de las acciones de las sociedades que desaparecen, en acciones de la sociedad que subsiste o que se crea, según sea el caso. Además de los elementos fundamentales citados, creemos que la asamblea debe decidir o delegar en los administradores, otras cuestiones pertinentes a la fusión que deben establecerse entre las sociedades fusionantes. A manera de ejemplo y en forma meramente indicativa, señalaremos los requisitos del acuerdo de fusión exigido en la reforma al Código de Comercio francés de 1967, a saber:

- i) los motivos, fines y condiciones de la fusión;
- ii) las fechas de cierre de cuentas de las sociedades interesadas;
- iii) la relación de intercambio de los derechos sociales;
- iv) el montante de las primas de fusión (si las hubiere).
- v) en declaración anexa al contrato deben explicarse los métodos de evaluación utilizados y los motivos para escoger la relación de intercambio de los derechos sociales (Juglart-Ippolito, ob. y tomo cit. Pág. 606; Vuillermet ob. cit. Pág. 647).

Habría que agregar que si los acuerdos de fusión suponen otras modificaciones estatutarias, como aumento de capital, cambios de objeto, cambios de domicilio, etc., deben cumplirse además los requisitos propios de esas operaciones; y, si hay aumento de capital por aumento de valor nominal de las acciones o cambio de objeto social debe preverse el régimen de separación del accionista disidente.

9- Oposición a la fusión. Conforme a lo previsto en el artículo 345 del Código de Comercio, la fusión no tendrá efecto sino después de

transcurrir el plazo de tres meses contados a partir de la publicación de los acuerdos de fusión previamente registrados, a no ser que conste el pago de todas las deudas sociales o el consentimiento de todos los acreedores. El derecho de oposición corresponde a todos los acreedores sin excepción, sean acreedores de sumas líquidas o de otros derechos, contractuales o no; trátase de obligaciones condicionales o a término, garantizadas o quirografarias. El derecho de oposición corresponde también a los acreedores de la sociedad absorbente puesto que por la fusión pueden afectarse también sus propios derechos ya que por el hecho de la fusión vienen a concurrir con los acreedores de las sociedades fusionadas. (Messineo ob. y tomo citados pág. 561; Hung V. ob. cit. pág. 162; en sentido contrario Goldschmidt, ob. cit. Curso pág. 239).

Dice también el mismo artículo que durante el término expresado cualquier acreedor social puede hacer oposición a la fusión y que la oposición suspenderá la fusión hasta que sea desechada por sentencia firme; o antes si se comprueba el pago de los acreedores oponentes (La Sociedad Anónima, ob. cit. Pág. 166).

10- Efectos de la fusión:

a) En cuanto a las sociedades.

i) Como se dijo al analizar los conceptos jurídicos de la fusión, en ésta opera una transmisión universal "ipso jure" de los patrimonios de las fusionadas a la nueva sociedad resultante de la fusión o a la sociedad absorbente. De allí que, de seguir la doctrina dominante, no sean necesarios los actos de traspaso de bienes individuales. El solo cumplimiento de los actos constitutivos de la fusión, su registro y publicación producen el efecto traslativo en bloque, "ope - lege".

Sin embargo, aun dentro del régimen de sucesión universal que caracteriza a la fusión, se suscitan problemas con aquellos bienes sujetos a registro o a un régimen de publicidad particular. En estricto derecho no se requeriría ningún registro ni aplicar ningún régimen de publicidad particular, toda vez que el registro y publicidad de la fusión sustituye al

registro y publicidad de traspasos de bienes particulares (Juglart y ippolito ob. y tomo citados, Pág. 609; Hung Valliant ob. cit. Pág. 163; Morles, ob. y tomo citados Pág. 919). No obstante, dificultades prácticas obligan, en ciertos casos, a traspasos de bienes particulares como son los vehículos o aeronaves; más por razones de orden administrativo que por exigencias jurídicas; de la misma manera que en el caso de sucesión universal mortis causa, celosas autoridades exigen también traspasos individuales.

ii) Las sociedades fusionadas, salvo la resultante de la fusión, se disuelven sin liquidarse y por ende se extinguen.

iii) En la fusión por absorción necesariamente procede un aumento de capital de la sociedad absorbente, salvo el caso señalado por Goldschmidt de que la sociedad absorbente sea propietaria de parte de sus propias acciones que entrega a los accionistas de las sociedades absorbidas (ob. cit. Curso Pág. 239).

iv) Como dijimos al tratar de las dos especies de fusión por incorporación y por absorción, en la primera se requieren además de los acuerdos de fusión por las asambleas de las respectivas sociedades, el otorgamiento de un nuevo contrato social.

a- **En cuanto a los socios.** Como se dijo, los socios de las antiguas sociedades fusionantes pasan a tener de derecho la condición de socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente. En este último caso, los socios de las sociedades absorbidas deben tener derechos idénticos a los socios de la sociedad absorbente con igual vocación a las reservas y utilidades no repartidas, salvo que se hubiere acordado cosa diferente y muy precisa en los acuerdos de fusión.

b- **Respecto a los acreedores.** Los derechos de los acreedores se limitan al derecho de oposición consagrado en el artículo 345 del Código de Comercio que éstos podrán ejercer en el plazo de tres meses a partir del registro y publicidad del acuerdo de fusión. Como dispone la norma, el pago de los créditos deja sin efecto la oposición; y la oposición suspende la ejecución hasta que sea desechada por sentencia firme o

cuando se compruebe el pago de los créditos. Como dice Rodríguez Rodríguez, "la ejecución de la fusión plantea a los acreedores el problema de la sustitución de su deudor, fenómeno jurídico al que pudieron oponerse, pero que no habiéndolo hecho tiene su consentimiento tácito" (ob. y tomo cit. Pág. 580). Más categórico es Vivante: "Si por resultado de la fusión disminuyeran las garantías de los acreedores, si la sociedad supérstite se hace insolvente, deberán soportar el daño y culparse a sí mismos, porque la ley les ha concedido un derecho de oposición aun cuanto su crédito esté subordinado a condición o plazo por muy remoto que sea" (ob. y tomo cit. Pág. 420).

11- Reformas legislativas propuestas:

a) **Anteproyecto de Reforma Mercantil de 1963.** Fue propuesta por el Ministerio de Justicia en 1963 conforme a Anteproyecto redactado por la Comisión de Reforma del Derecho Mercantil, del cual fue relator el ilustre profesor Roberto Goldschmidt, cuyo Libro II se refiere a las "Sociedades Mercantiles".

El artículo 321 del proyecto, contenido dentro del Título IV, "La Sociedad Anónima o por Acciones", enumera las causas de disolución de la sociedad anónima, entre las cuales no incluye la fusión como sí lo hace el numeral 7º. del artículo 340 del Código de Comercio vigente; por el contrario, el Anteproyecto incluye la fusión dentro del Título VIII denominado "De la Transformación y Fusión de Sociedades", siguiendo, entre otros, el modelo de la Ley de Sociedades Anónimas de España (Angel Velasco Alfonso, Madrid 1984 Pág. 679); las legislaciones argentina y francesa también consideran a la fusión como institución propia y distinta de la disolución (Ricardo A. Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires 1982, tomo II, Pág. 255; Dalloz, *Code de Societes*, París, Pág. 389).

La decisión de fusión corresponde al órgano competente de las sociedades que se fusionan (la asamblea en la sociedad anónima, numeral 6º. del Art. 274 del Anteproyecto); la fusión culmina con la llamada "acta de fusión" que debe registrarse previa valuación de los patrimonios de las sociedades participantes.

b) Proyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles. El proyecto, elaborado por la Comisión de Reforma del Código de Comercio de 1988, conserva la fusión como causal de disolución de las sociedades, como lo hace el Código de Comercio vigente. El Anteproyecto crea además la nueva figura de la escisión que analizamos con anterioridad.

El Proyecto reconoce el derecho de separación al socio disidente: "El acuerdo de fusión sólo obliga a los socios que hayan votado a su favor" (Art. 217); y ordena que la participación del socio disidente sea liquidada en forma similar al caso de aumento de capital por aumento de valor nominal de las acciones o cambio de objeto social.

La protección a los acreedores ha sido establecida para los acreedores quirografarios de plazo vencido, quienes pueden exigir el pago, y para los de plazo no vencido, quienes pueden exigir garantías suficientes.

Se declara explícitamente que la inscripción y publicación del acta de fusión implica "la transferencia en bloque de los derechos y obligaciones a la sociedad incorporante o a la nueva sociedad y sustituye en sus efectos a los regímenes particulares de publicidad propios de cada bien".

Se regula la escisión de la sociedad en sus tres formas:

i) aporte de su patrimonio a nuevas sociedades; ii) aporte de patrimonio a sociedades existentes, y, iii) participación con éstas en la creación de una nueva sociedad (escisión-fusión).

12- Problemática fiscal

La cuestión fiscal tiene una importancia fundamental sobre la concertación y desarrollo de los procesos de fusión, al punto que la causación de impuestos será determinante en la decisión de ocurrir al procedimiento jurídico de fusión consagrado en nuestro Código de Comercio, frente a otras alternativas que serían mas atractivas o convenientes desde el punto de vista de costo impositivo, como las llamadas fusiones

impropias, constitución de compañías tenedores de acciones, adquisición de acciones de otras sociedades o constitución de subsidiarias o filiales, que si bien pueden producir los mismos o similares resultados en el orden económico, comercial o administrativo, no constituyen la figura de la fusión jurídica propiamente dicha. Ello comporta que se distorsione la figura jurídica de la fusión por efecto de un interés fiscal. Parecería mas apropiado lo contrario: ajustar la normativa fiscal a las genuinas figuras jurídicas y a las realidades económicas; y no, propiciar la distorsión de aquéllas como medio para evitar injustas y evitables cargas fiscales.

Como es público y notorio los procesos de integración económica se basan en la promoción de empresas fuertes, capaces de competir en los exigentes mercados internacionales; como afirma el autor español Buireu, la fusión es la meta del proceso de concentración e integración de las fuerzas productivas (ob. cit. Pág. 39). En la Comunidad Económica Europea se favorece fiscalmente la integración y la fusión de empresas, así como el acceso de las pequeñas y medianas al ámbito mas amplio del comercio internacional mediante el uso de incentivos fiscales u otras protecciones oficiales. Por ello muchos países han legislado restringiendo o exonerando las eventuales cargas fiscales que supondría la aplicación de las normas tributarias generales al derecho especial de fusión. La legislación española es concluyente al conceder la exención fiscal a las operaciones conducentes a la fusión, cuando den lugar a la "concentración de actividades beneficiosas para la economía nacional" (Velasco Alfonso, ob. cit. Pág. 708). En Francia señalan los autores Hamel, Lagarde y Jauffret, que "en ausencia de medidas de favor, derogatorias del derecho común, el costo fiscal de la fusión sería a menudo insoportable", por lo cual el estado francés creó un régimen fiscal especial conforme a la ley de 1965 (ob. cit. tomo II, Págs. 567 y 568); y en Argentina, la ley fiscal no sólo aplica un amplio régimen de excepción en beneficio de la fusión, sino que establece expresamente que "son trasladables los derechos y obligaciones fiscales" (Verón ob., cit. tomo II Pág. 65).

En el estudio de la cuestión fiscal venezolana en el caso de fusión, limitaremos nuestro análisis al impuesto sobre la renta. La legislación

venezolana ni siquiera menciona la figura de la fusión, salvo, en forma marginal, el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta al cual nos referiremos luego. Por ello, el análisis de las cuestiones impositivas requiere un interesante ejercicio exegético de la completa institución jurídica que es la fusión.

Enunciados del problema:

i) La fusión comporta la disolución de las sociedades fusionadas, salvo el caso de la sociedad absorbente que tratamos más adelante; la fusión como tal no es un hecho imponible; el hecho imponible lo constituiría el traspaso de los activos que constituyen el patrimonio de las sociedades fusionadas con la correspondiente entrega a los antiguos accionistas de los títulos de las acciones de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente.

ii) La fusión se realiza sin liquidación; el proceso de liquidación de la sociedad disuelta se sustituye por el traspaso en bloque de su patrimonio a la sociedad resultante de la fusión o a la sociedad absorbente, según los casos.

iii) Al disolverse las sociedades fusionadas, sus accionistas reciben a cambio acciones de la nueva sociedad que se constituye o de la sociedad existente que absorbe a las demás. Nótese que las acciones de la nueva o subsistente sociedad, nacen directamente en cabeza de los accionistas de las sociedades fusionadas.

iv) El traspaso del patrimonio de las sociedades que se fusionan a la nueva o a la absorbente, opera "ope-lege" (Art. 346 del Código de Comercio); en materia fiscal hay varios problemas que ameriten consideración, especialmente lo relativo al traspaso de los créditos fiscales y al cómputo de pérdidas acumuladas y desgravámenes o rebajas de impuestos.

Conclusiones:

i) La disolución de la sociedad anónima consecuencia de la fusión, comporta la extinción del ente jurídico y por tanto la terminación del

ejercicio fiscal donde ocurre la fusión, como lo establece el artículo 15 del Reglamento de Ley de Impuesto sobre la Renta en los casos de personas jurídicas que "**cesen en sus negocios**, ...por disolución, transformación, incorporación, **fusión** o cualquier otra causa". Hemos señalado antes que pese al texto legal explícito, éste no es aplicable al caso de la transformación de la sociedad mercantil pues en éste no hay ni cese de negocios como exige la norma, ni terminación o extinción de la persona jurídica sino simple cambio de su estructura con continuidad de la personalidad jurídica (*La Sociedad Anónima*, ob. cit. Pág. 172; Leopoldo Borjas, *Ensayos y otros estudios jurídicos*, Caracas 1981, Pág. 31). Sin embargo, es evidente que la disolución por fusión necesariamente comporta la extinción o terminación del ente jurídico y por ende, conclusión de su actividad fiscal y terminación del ejercicio económico como lo establece el citado artículo 15 del Reglamento, en forma similar a como ocurre en el caso de muerte de la persona natural. Sin embargo, en materia de impuesto sobre la renta, hay que tener en cuenta que la transmisión mortis causa de la persona natural está exenta de impuesto sobre la renta (Art. 13, No. 7o.), en razón de que la herencia es objeto de un gravamen especial establecido por la ley de impuesto sobre sucesiones; caso muy distinto al de extinción o "muerte" de la persona jurídica en el caso de disolución por fusión, en el cual no hay exención impositiva.

ii) La transmisión de patrimonio de las sociedades fusionadas a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente, no tiene por qué causar impuesto en razón de que la sociedad absorbida no realiza utilidad ni pérdida alguna porque nada recibe a cambio de la transmisión de su patrimonio por efecto del artículo 346 del Código de Comercio. En cambio, sí tienen ingreso los socios de las sociedades fusionadas, al recibir las acciones de la sociedad absorbente o de la nueva resultante de la fusión, como contrapartida anulación de las acciones de las sociedades absorbidas.

iii) **Impuesto a los accionistas de las sociedades fusionadas.** En nuestro concepto los accionistas de las sociedades fusionadas realizan una utilidad cuando reciben acciones por mayor valor como consecuencia del canje de las acciones de las antiguas sociedades fusionadas, por acciones de la nueva sociedad o de la subsistente en caso de fusión por

absorción. Algunas legislaciones exigen un convenio o acta de fusión, donde se determina la relación de cambio entre unas y otras acciones, lo cual permite apreciar claramente si hubo utilidad o pérdida en el canje. Si no hay convenio explícito, la existencia y cuantía de la ganancia o pérdida dependerá de la determinación de los valores relativos de las acciones canjeadas. Queda por determinar si la utilidad que se produce por el canje de las antiguas acciones por las nuevas, producto de la fusión, es o no gravable; y si lo es, en qué forma y momento lo será. En principio pondría pensarse que cuando las acciones recibidas tienen un valor superior a las antiguas, procedería el impuesto por aplicación del principio contenido en el artículo 25 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta, conforme al cual en los casos de liquidación o reducción de capital de compañías anónimas se considerará como dividendo percibido, la diferencia favorable entre el monto recibido por el accionista y el costo original de las acciones.

Sin embargo, el profesor Leopoldo Borjas en un notable ensayo publicado originalmente en 1974, titulado "Un aspecto impositivo de la transformación y la fusión de las sociedades mercantiles", sostiene que si bien para el accionista hay una utilidad representada por la diferencia entre el mayor valor de las acciones recibidas y el costo de las acciones anuladas, esta utilidad no es gravable en el momento de la fusión, pues como dice el profesor A.D. Giannini, citado por Borjas, la ganancia gravable "es el efecto, si bien no exclusivo, de una actividad dirigida a conseguir un lucro", el cual Borjas llama el carácter o la actividad especulativa del sujeto (ob. cit., Ensayos, Págs. 181 y siguiente). Para nosotros es evidente que en el caso de la fusión no hay en absoluto actividad especulativa del sujeto tributario; es más no hay actividad alguna de su parte; se le impone la fusión con el consiguiente canje de acciones, aun contra su voluntad (Art. 280 del Código de Comercio-decisión mayoritaria calificada). Por ello, Borjas considera que en el caso de fusión es aplicable el parágrafo único del artículo 23 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta que excluye del enriquecimiento bruto, "los dividendos en acciones emitidas por las propias empresas pagadoras...", aplicable por analogía en caso de fusión. La aplicación del artículo 24 citado excluye necesariamente la aplicación, también analógica del artículo 25 de la Ley, ya que, su texto, se refiere únicamente al caso de

liquidación de sociedades, cuando en la fusión, si bien hay disolución, no se produce la liquidación de la sociedad. Finalmente, señala Borjas que la respectiva utilidad se hace gravable al realizarse la enajenación de las nuevas acciones, tomándose como costo de las acciones enajenadas, el costo original de adquisición de las antiguas acciones de las sociedades fusionadas. Compartimos totalmente esta interpretación.

iv) Trasmisibilidad de los créditos fiscales. Los créditos fiscales que tengan las compañías fusionadas son de derecho transmisibles a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente como cualquier otro crédito; tal sería el caso del derecho a exigir reintegros por exceso de impuestos pagados; retenciones de impuestos en exceso de los impuestos causados, etc.

Sin embargo, creemos que para que el crédito sea transferible debe ser un crédito determinado y exigible. Dudamos que simples expectativas como la deducibilidad de pérdidas contra futuras utilidades o la aplicación de desgravámenes a utilidades futuras de la sociedad, sean transmisibles a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente, puesto que, tanto el ejercicio fiscal como la actividad fiscal del contribuyente, cesaron por la terminación del ente jurídico y la expectativa de beneficio fiscal, no se ha llegado a concretar en un crédito exigible. El punto es discutible y aun cuando consideramos que en estricta justicia tributaria deberían darse los mecanismos para la transmisibilidad de los créditos eventuales por pérdidas o desgravámenes, como lo hace la ley argentina antes citada, creemos que en el estado actual de nuestro sistema tributario, es difícil sostener la transmisibilidad, razón por la cual los contribuyentes avezados ocurren a actos de efecto similar, desestimando la figura jurídica de la fusión.

v) Caso de la sociedad absorbente. En la fusión por absorción la situación fiscal de la sociedad absorbente permanece inalterada toda vez que su personalidad jurídica continúa sin interrupción sin otras alteraciones que no sean los efectos que puedan derivarse de la incorporación de los patrimonios de las sociedades absorbidas a la nueva sociedad o a la sociedad resultante de la fusión.

Por ello, la sociedad absorbente podrá invocar tanto los créditos fiscales que existan a su favor, como esperar la realización de las expectativas de

derecho que pueda tener en razón de pérdidas acumuladas o de desgravámenes, los cuales podrá utilizar contra futuras utilidades.

De allí que generalmente se recomienda que, en el caso de fusión, se deje subsistente a la sociedad que tenga las mejores expectativas fiscales; lo cual, en caso de pérdidas, produce una nueva distorsión de la figura jurídica de la fusión puesto que lo más probable, desde el punto de vista fiscal, es que subsista la sociedad con mayores pérdidas acumuladas, en sentido contrario a como debería ser la realidad económica, esto es, que la empresa más fuerte absorba a las débiles.

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Carlos Eduardo Acedo Sucre