

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Y COLEGIO DE CRIMINOLOGIA
DIVISION DE POSTGRADO



MAESTRIA EN DERECHO MERCANTIL

FACTORES DE RIESGO EN LA ADQUISICION DE UNA
SOCIEDAD ANONIMA.- SU REGULACION LEGAL

ASESOR: MDM LIC. BERTIN ZAVALA CARRANZA

LIC. ALBERTO PALOMINO GARZA

CD. UNIVERSITARIA

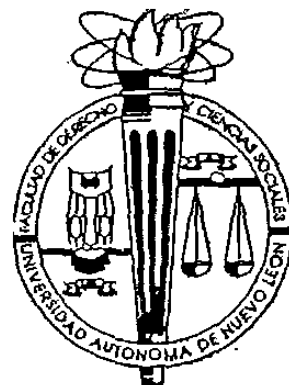
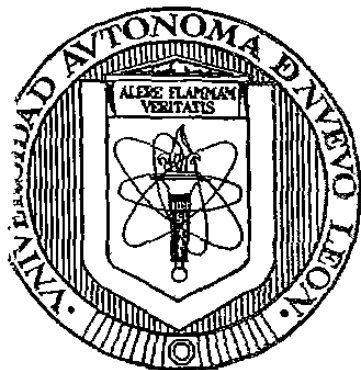
MAYO DE 2002

TM
K1
FDYCS
2002
.P3



1020148007

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología

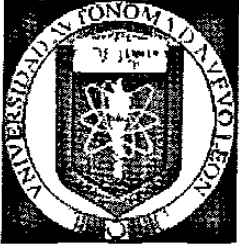
División Postgrado

Lic. Alberto Palomino Garza

31 042

TH
K1
FDYES
2002
P3





UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEÓN

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología

División Postgrado

Lic. Alberto Palomino Garza

Maestría en Derecho Mercantil

Factores de Riesgo en la Adquisición de una Sociedad Anónima. Su Regulación Legal

Asesor: MDM Lic. Bertín Zavala Carranza

INDICE

	Página
PREAMBULO	1
INTRODUCCION	3

CAPITULO PRIMERO: LA SOCIEDAD ANONIMA
--

i.	Antecedentes históricos de la Sociedad Anónima	6
i.i.	La Sociedad Anónima en los Códigos de Comercio, Español de 1829 y Mexicano de 1854.	7
i.ii.	La Ley Francesa de 1867 y algunas leyes posteriores, hasta el Código Civil Italiano de 1942.	8
i.iii.	La Sociedad Anónima en el Derecho Mexicano hasta el Código de Comercio de 1890.	10
i.iv.	La Sociedad Anónima actualmente.	11
ii.	Definición de Sociedad Anónima.	13
iii.	La Sociedad Anónima. Su formación legal	14

CAPITULO SEGUNDO: COMPRAVENTA MERCANTIL. AUDITORIA LEGAL

i.	Noción de Compraventa Mercantil.	15
ii.	Antecedentes Históricos de la Auditoría de Compraventa Mercantil.	18
iii.	La Auditoría Legal.	
iii.i.	Etapas en el Proceso de Evaluación de Adquisición de una Sociedad Anónima.	21
iii.i.i.	Exteriorización de Voluntad de Venta o Compra.	23
iii.i.ii.	Propuesta de Venta o Compra.	23
iii.i.iii.	Factibilidad de la Oferta Recibida.	24
iii.i.iv.	Causas que Influyen en la Decisión de Compra.	24
iii.i.v.	Oferta de Compra.	24
iii.i.vi.	Formalización del Contrato de Compraventa de Acciones o de Activos.	25
iii.ii.	Regulación en la Adquisición de Corporaciones Públicas.	26

CAPITULO TERCERO:
PROCESO DE INTEGRACIÓN DE AUDITORÍA LEGAL EN LA
ADQUISICIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.

i.	Contexto/Antecedentes.	32
ii.	Proceso de Integración.	33
iii.	Fases del Proceso de integración	
	iii.i. Fase I: Due Diligence.	34
	iii.ii. Fase II:Post Merger Integration.	34
	iii.iii. Fase III:Diseño Nueva Organización.	35
iv.-	Descripción y características del Proceso de Due Diligence	
	iv.i. Objetivo	36
	iv.ii. Participantes del proceso	37
	iv.iii. Arranque del proceso	37
	iv.iv. Elementos que integran el Due Diligence	38
	iv.v. Funciones de los elementos que integran el Due Diligence.	38
	iv.vi. Información requerida por área	39
	iv.vii. Check list por área	40
	iv.viii. Presentación Due Diligence	41
v.	Auditoría legal inmobiliaria.	41
vi.	Cuestionario de Optimización.	42
vii.	Intervención y Asesoría del Departamento Jurídico.	46

CAPITULO CUARTO:
FORMALIZACIÓN DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA DE
ACCIONES SUJETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA.

i.	DECLARACIONES DE LOS VENDEDORES	
	i.i. Nacionalidad	51
	i.ii. Representación de MCO Y CPJG	51
	i.iii. Propiedad de Acciones	51
	i.iv. Ausencia de Gravámenes y Restricciones sobre las Acciones.	51
	i.v. Autorización para Vender las Acciones	51
	i.vi. Intención de Vender	52
ii.	DECLARACIONES DE LOS COMPRADORES	

ii.i.	Nacionalidad	52
ii.ii.	Representación	52
ii.iii.	Proceso de Verificación	52
ii.iv.	Intención de Comprar	52
iii.	DECLARACIONES DE LAS PARTES	
iii.i.	Personalidad	52
iii.ii.	Legalidad	52
iii.iii.	Plena Información	53
iii.iv.	Salvedades	53
iv.	DECLARACIONES DE LA COMPAÑÍA	
iv.i.	Constitución, Organización y Poderes Corporativos	53
iv.ii.	Capital Social	54
iv.iii.	Autorización conforme a los Estatutos Sociales	54
iv.iv.	Comisiones u Honorarios	54
iv.v.	Titularidad de los Activos	54
iv.vi.	Estados Financieros	55
iv.vii.	Eventos Subsecuentes al Año Fiscal más Reciente	55
iv.viii.	Responsabilidades	57
iv.ix.	Legalidad	57
iv.x.	Cuestiones Fiscales	58
iv.xi.	Bienes Inmuebles	59
iv.xii.	Bienes Tangibles	61
iv.xiii.	Propiedad Intelectual	61
iv.xiv.	Inventario	62
iv.xv.	Contratos	62
iv.xvi.	Cuentas por Cobrar y Cuentas por Pagar	63
iv.xvii.	Seguros	63
iv.xviii.	Litigios	64
iv.xix.	Empleados	64
iv.xx.	Presentaciones a Empleados	65
iv.xxi.	Requerimientos Ambientales, de Higiene y de Seguridad Industrial	66
iv.xxii.	Ciertas Relaciones Comerciales con la Compañía	68
iv.xxiii.	Veracidad de las Declaraciones	68
v.	Definiciones	68
vi.	Compraventa de las Acciones de los Vendedores	68
vi.i.	Objeto de la Operación	68
vi.ii.	Precio de la Compra	69
vi.iii.	Forma de Pago del Precio de Compra al Cierre	69
vi.iv.	El Cierre	69
vi.v.	Entrega de Documentación al Cierre	70
vi.vi.	Ajuste al Precio de Compra	70
vi.vii.	Pago de impuestos derivados de la Operación	73
vi.viii.	Saneamiento	73

vii	Convenios previos al Cierre	
	vii.i. General	74
	vii.ii. Operación del Negocio	74
	vii.iii. Negocio Libre de Deudas	74
	vii.iv. Conservación del Negocio	74
	vii.v. Acceso Completo a la Información	74
	vii.vi. Notificación de Eventos	75
	vii.vii. Exclusividad	75
	vii.viii. Regularización de Permisos	75
viii.	Convenios posteriores al Cierre	
	viii.i. General	76
	viii.ii. Confidencialidad	76
	viii.iii. Continuación General	76
	vii.iv. Convenio de No Competencia por los Vendedores	77
	vii.v. Regularización de Permisos	77
ix.	Condiciones de la Obligación del Cierre	
	ix.i. Condiciones de Obligación de los Compradores	79
	ix.ii. Condiciones de la Obligación de los Vendedores	83
x	Responsabilidades a ciertos aspectos después del Cierre.	
	x.i. Sobrevivencia de las Responsabilidades	83
	x.ii. Indemnizaciones en beneficio de los Compradores después del Cierre	84
	x.iii. Fideicomiso de Garantía	84
	x.iv. Procedimiento Arbitral para el Caso de Reclamaciones por Conceptos Operativos	86
	x.v. Concepto de Vicios Ocultos para Efectos del Procedimiento Arbitral	88
	x.vi. Asuntos relacionados con Terceros después del Cierre	88
xi.	Cooperación en asuntos de impuestos.	90
xii.	Acciones para el Caso de Incumplimiento.	91
xiii.	Naturaleza de ciertas obligaciones	
	xiii.i. Mancomunada e Individual	91
	xiii.ii. Comunicados de prensa y anuncios públicos	91
	xiii.iii. No hay Terceros Beneficiarios	92
	xiii.iv. Entendimiento Total del Contrato	92
	xiii.v. Cesión del Contrato	92
	xiii.vi. Ejecución de este Contrato	92
	xiii.vi. Encabezados	92
	xiii.viii. Notificaciones	92
	xiii.ix. Ley Aplicable	93
	xiii.x. Modificaciones y Renuncias	93
	xiii.xi. Divisibilidad	93

xiii.xii. Gastos	94
xiii.xiii. Construcción	94
xiii.xi. Incorporación de Apartados y Anexos	94
xiii.xv. Jurisdicción y Competencia	94
xiv. APÉNDICE	
xiv.i. Definiciones	96
ANEXO 1. ANEXO DE DECLARACIONES	
Excepciones a las Declaraciones de los Vendedores.	105
ANEXO 2.	
Copia del acta de matrimonio de CPJG	105
Copia del documento migratorio de MCO	105
ANEXO 3.	
Especificaciones de funcionamiento de segundo horno de calcinación en proceso de construcción.	105
ANEXO 4.	
ANEXO CAPITAL DE TRABAJO NETO.	105
ANEXO 5.	
ESTADOS FINANCIEROS DE LA COMPAÑÍA	105
ANEXO 6.	
BASES DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	105

<p>CAPITULO QUINTO:</p> <p>RIESGOS EN EL PROCESO DE EVALUACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.</p>

i.	Garantía depositada por el Prospecto Comprador.	108
ii.	Confidencialidad de la Información.	109
iii.	Veracidad de la Información.	116
iv.	Competencia desleal.	117
v.	Efectos en el ámbito laboral.	119
vi.	Consecuencias ecológicas.	122
vii.	Constitución de Monopolios.	124
viii.	Análisis del Artículo 383 del Código de Comercio en vigor.	127
ix.	Acciones Judiciales para el saneamiento por los defectos ocultos de la sociedad adquirida.	137
x.	Propuesta legal al artículo 383 del Código de Comercio en vigor	141

CAPITULO SEXTO:
EFFECTOS LEGALES EN LAS ADQUISICIONES GUBERNAMENTALES.

i.	Regulación legal en Estados Unidos e Inglaterra.	142
ii.	Ubicación del Proceso de Auditoría Legal en la Esfera Gubernamental.	144
iii.	Entorno en el Derecho Comparado.	144
iv.	Propuesta de Reforma Legal respecto a adquisiciones significativas en empresas públicas y a cambios de control en la administración.	151
iv.	Creación de una comisión encargada de supervisar adquisiciones Corporativas.	153
v.	Riesgos en la adquisición de Títulos Representativos. Caso Práctico.	160
	Conclusiones	176
	Bibliografía	179

PREAMBULO

Se ha dicho que la abogacía no es una consagración académica sino una concreción profesional.

Dicha postulación suele depositarse en los abogados quienes dirigen actividades procesales y de asesoramiento jurídico, son sus conductores o manejadores legales. El conocimiento de *jus postulandi* nos sitúa, como se ha dicho, en el terreno de la abogacía, profesión de indiscutible abolengo. El abogado es, pues, que en posesión del título de Licenciado en Derecho y cumplidos los requisitos legales correspondientes, presta sus servicios técnicos, en los órdenes judicial, extrajudicial, corporativo, con carácter profesional.

El presente trabajo representa como aspecto teleológico el proceso evolutivo de la sociedad mercantil en México, así como al corresponderle su análisis mediante una institución de postgrado otorga oportunidad para que el sustentante en su calidad de Licenciado en Derecho realce el conocimiento jurídico de la materia, así como revista la credibilidad de su profesión. Por esta razón se trae a colación una breve exposición y defensa de la profesión en comento, así como su función axiológica en la función pública y privada. Carnelutti afirma que los abogados cumplen en el proceso una función pública y que los buenos jueces ven en los buenos abogados sus más útiles colaboradores. Sin embargo, agrega que las ventajas de la abogacía pueden transformarse en peligros, si quienes la ejercitan no son moral e intelectualmente dignos de esta función. Por esto, asegura que la reglamentación de la abogacía no es menos grave que el de la magistratura.

Por otra parte, Chiovenda dice sobre el abogado que más bien que una profesión es un oficio, una función, no solo desde el punto de vista jurídico sino político-social, porque hallándose entre las partes y los jueces, son elemento a través del cual las relaciones entre la administración de justicia y los ciudadanos pueden mejorar, acreciéndose de un lado y de otro la confianza, de lo cual depende la mejoría de las instituciones procesales.

Para Gómez de la Serna, "la intervención de los letrados produce la ventaja de igualar, en gran parte, la condición de los litigantes, de nivelar al pobre con el rico, al ignorante con el sabio, al tímido con el osado, al pequeño con el grande, al desválido con el poderoso; ilustra la conciencia del juez y aumenta las prendas de acierto para la justicia de los fallos; da a las discusiones un carácter desapasionado, grave y científico, que en vano podría esperarse en el acaloramiento y el oído encarnizado que domina, a veces, a los contendientes; circunscribe la cuestión a sus límites justos, a los que la ley señala, y no la deja perder en la multitud de divagaciones a que los interesados, imperitos en la jurisprudencia, la sumirían; es, por último, el

apoyo, la esperanza y el consuelo de los que se ven en la necesidad de hacer valer sus derechos en los tribunales.”

Para otros, la característica del abogado es no tener que ver nada con el Estado y pelear con él frecuentemente, ya que combate los fallos del Poder Judicial y los decretos ministeriales, y las leyes inconstitucionales y exige la responsabilidad civil y criminal de los funcionarios de todas las jerarquías y niveles impugnando la modificación y la inaplicación de las leyes que reputa malas.

La idea de que el proceso puede desenvolverse normalmente sin la intervención de los abogados, es notoriamente contraria a las realidades de la vida forense actual y a las experiencias de la historia, que aseveran que no se puede prescindir de estos profesionales sin daño, no sólo para el interés privado, sino también para el público, implicado en toda contienda judicial.

No falta alguien que afirme y actúe sin razón, que la misión de los abogados es ganar los pleitos y que para ello deben usar primeramente todos los argumentos de buena fe, velando por el propio decoro y la tranquilidad del espíritu, y después los de mala fe, porque éstos en ocasiones, tienen un peso decisivo en la balanza de la justicia.

Otros que litigando solamente en materia penal, en contacto con sórdidos intermediarios, especulan con la libertad humana para poder recibir su recompensa, pues saben que lograda la libertad se despiden para siempre de dicha recompensa.

Afortunadamente son unos pocos que piensan de ese modo. Urge reivindicar el concepto de abogado para acabar con esos incrédulos que afectan el perfil del abogado, porque no están a la altura de la moral, ni de la ética profesional.

Al abogado le debe interesar el derecho como medio de alcanzar la justicia y en cuanto fuese expresión de la razón. Por eso se ha dicho que el derecho no es un fin, sino un medio, en la escala de los valores no aparece el derecho. Aparece, en cambio, la justicia, que es un fin en sí y respecto de la cual el derecho es tan solo un medio de acceso. La lucha debe ser, pues, la lucha por la justicia.

“El derecho se transforma constantemente”

INTRODUCCION

Al estudiante de Derecho se le enseña el carácter esencial, así como la naturaleza intrínseca de cada Institución Jurídica, tocándole en consecuencia, durante su proceso evolutivo como abogado postulante su comprensión y análisis.

Antes de proceder al inicio del estudio de los factores de riesgos en el proceso de adquisición de una Sociedad Anónima, debemos avocarnos al conocimiento respecto de la naturaleza de la Sociedad Mercantil, en el caso concreto, la Sociedad Anónima, refiriéndonos a la Doctrina, Costumbre, resoluciones judiciales en el derecho comparado, en el marco Jurídico Mexicano, Jurisprudencias y en la Ley General de Sociedades Mercantiles que actualmente nos rige.

El objetivo del estudio es proteger la legalidad en la transacción de una operación de compraventa de una Sociedad Anónima, la controversia que se presenta al momento de iniciar la fase de adquisición mediante la auditoría legal, financiera, ambiental e inmobiliaria que conlleva a la estructuración y desarrollo de un Due Diligence o Auditoría Legal de Compraventa término no regulado legalmente en nuestro País, en el cual la persona adquiriente sea física o moral, conoce en su totalidad la vida de la Sociedad y decide bajo voluntad propia negociar su adquisición o abstenerse de la misma dado las desavenencias suscitadas durante el proceso de auditoría mediante el cual le allegan conocimientos tendientes a no adquirirla y en consecuencia, formalizando en un Contrato de Compraventa Mercantil, el desarrollo de un proceso de auditoría. Para esto, el concepto Due Diligence significa diversos términos consistentes en debida diligencia enfocado al concepto de una auditoría de naturaleza legal.

Como parte de la globalización es cada vez más frecuente escuchar estos términos. ¿De qué se trata, quién lo hace y qué implica? Cómo muchas expresiones similares, no existe una traducción que resulte precisa, se puede hablar de REVISIONES DE NEGOCIOS o, literalmente, podemos hablar de INVESTIGACION CON DEBIDA DILIGENCIA, lo que también resulta ambiguo.

Manejaremos diversas hipótesis referentes al proceso de compra de una Sociedad Anónima, una de las cuales consistirá en la circunstancia de que la Sociedad Anónima se encuentra ante el aspecto de que otorgó y puso a disposición del prominente adquiriente los secretos y conocimientos íntimos que la han llevado al éxito, desarrollo y supervivencia en el negocio, mismos que van desde aspectos fungibles como sistemas, procesos, fórmulas, invenciones hasta las formación de las habilidades humanas.

En éste proceso de adquisición de una Empresa, es factible proceder a la realización de un "due diligence" que ayude a los adquirientes no sólo a determinar el precio adecuado a pagar sino también a detectar oportunidades

de asesoramiento estratégico que, una vez puestas en práctica, tendrán como resultado una mejora en el resultado de explotación, así como una mayor rentabilidad para los accionistas.

En definitiva, se trata del proceso que debe efectuar todo inversionista para conocer el negocio que pretende adquirir, aquilatar su potencial, identificar los riesgos y las situaciones contingentes, como una parte esencial de la determinación /ajuste del precio. Sus objetivos y alcances dependen de la filosofía del inversionista, de las circunstancias particulares y de su aversión al riesgo; partiendo de la definición de lo que pretende adquirir: capacidad de generar flujos, mercado, socio estratégico, activos, etc.

Algo fundamental, es entender que constituye una responsabilidad indelegable del inversionista, sin perjuicio que, para lograr sus objetivos, normalmente éste pueda requerir de apoyo multidisciplinario. En efecto, un due diligence complejo puede requerir la participación de abogados, auditores, tasadores, ingenieros, analistas de mercado, especialistas en marcas, etc.

En la perspectiva de nuestra profesión, estos trabajos representan un gran desafío en el que la experiencia resulta primordial, por lo que la tendencia es entrenar equipos especializados.

Por otra parte, también estudiaremos las consecuencias para el caso de que la Sociedad vendedora por temor y prevención a su posible adquirente no le otorga sus conocimientos íntimos y secretos que pudieran ser materia de apropiación de ésta última en el caso de su negativa a la formalización del pacto contractual. Y por último, se analizará la conducta violatoria de la Sociedad vendedora que ha sabiendas de que cuenta con deficiencias en su organización es omisa en hacerlos del conocimiento del posible adquirente para ocasionar el engaño en su adquisición.

Consiguientemente, entramos al mundo jurídico de la nulidad, aunque cabe reconocer que su contenido no sólo tiene un aspecto legal, sino también un aspecto práctico derivado de las realidades de la vida de los negocios, con la diferenciación de que mientras en la elaboración de la ley, la nulidad aparece como un dato inherente a su estructura íntima, con relación a las realidades prácticas toma el aspecto de un mal necesario ante la cual hay que inclinarse. Si se quiere pues, determinar la nulidad en el proceso de adquisición de una Sociedad Anónima, no bastará tener en cuenta las disposiciones de la ley, tampoco será suficiente considerar el acto asilado de las circunstancias que han rodeado su realización, sino que será preciso estudiarlo en su conjunto. Será indispensable también, investigar sus elementos a través de las realidades y casos prácticos suscitados en las negociaciones mercantiles; en una palabra, en el estudio de la sanción aún reconociendo la importancia decisiva de la ley y el interés jurídico que ha querido proteger, hay que hacer notar que el juego de las reglas jurídicas está sometido, quiérase o no, a las influencias del medio ambiente, es decir,

del negocio. Estas dos ideas servirán de base al desarrollo de las investigaciones que realizaré en éste estudio.

Para la elaboración del informe final se incluirá doctrina Nacional y Extranjera, procediéndose al estudio de la Legislación Civil y Mercantil, sin olvidar, claro está, los criterios que la Suprema Corte de Justicia ha otorgado a cada uno de los temas en comento.