



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Con estudios incorporados a la  
Universidad Nacional Autónoma de México

## LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

TESIS

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta el alumno:

Xavier/Ginebra Serrabou

Director de Tesis: Licenciado Guillermo Díaz de Rivera



1996

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres, sin cuyo esfuerzo y dedicación escondidos,  
no hubiese sido posible la culminación de este trabajo.

Al licenciado Guillermo Díaz de Rivera, que hizo posible  
la realización de esta tesis profesional.

Xavier.

## INTRODUCCION

Todos los ámbitos de nuestra realidad social, política y económica se están abriendo a nuevos aires, a nuevos planteamientos y a nuevas competencias

Pero este fenómeno no es exclusivo de México. En realidad, se inscribe dentro de un marco muy general de apertura competitiva y de globalización de los problemas. Lo que en las últimas décadas se presentaban como hechos aislados de algunos sectores o de algunas empresas multinacionales, que entrecruzaban sus actividades, se ha ido generalizando hoy a muchos sectores y a empresas muy distintas en lo que se ha dado en llamar "global marketing o global manufacturing".<sup>1</sup>

Qué entendemos por éste fenómeno? Entendemos por **global marketing** la tendencia que se está dando en nuestros días hacia la fragmentación de las grandes en pequeñas empresas, en la coordinación y agrupación de las empresas entre sí, y a la formación de grupos de empresas que ofrecen servicios conjuntamente en los mercados.

Qué manifestaciones tiene este fenómeno? Un primer planteamiento fue el de muchas grandes compañías multinacionales que buscaron la colaboración recíproca, repartiéndose la fabricación de unos y otros productos con miras a reunir mayores series. Otro elemento que se conjuga con el anterior en esa renovada pelea competitiva se refiere a las propias estructuras organizativas de las empresas. Las empresas que van a la vanguardia están descentralizando y aplanando en forma decisiva los programas (...)

Finalmente hay un último elemento. Se trata de fragmentar los procesos y su realización en unidades distintas, es decir, no ya de repartirse productos enteros sino de operaciones y fases de un mismo producto.<sup>2</sup>

Lo anterior conduce hasta el fondo mismo de los negocios y produce una auténtica revolución: La gran empresa integrada se fragmenta (...)

<sup>1</sup>GINEBRA TORRA, JOAN. *Redes de negocios, redes de poder. Nota técnica*. IPADE, EDAC, México, 1988, p 2

<sup>2</sup>Ibidem, p 3

La gran empresa integrada se deshace en una red de negocios.

Una red la forman dos o más empresas involucradas en una relación duradera. Se trata de un sistema de empresas entre las cuales fluyen servicios, dinero y poder en forma significativamente estable (...)

Estos planteamientos acaban conduciendo a estructuras empresariales muy distintas.<sup>3</sup>

Los elementos que fluyen en el seno de estas son diversos: servicios, productos, dinero, información. Todos ellos tienen un denominador común: dependencias. Entre los nudos (empresas) de la red se establecen dependencias.<sup>4</sup>

La eficiencia operativa que consigue una red, por menos costo en cada tramo y por disminución del costo burocrático o costo de la complejidad, no es la única de las fuerzas que han empujado la formación de redes a costa de la gran empresa integrada verticalmente. Hay otros factores que han producido en muchos países la organización de sectores externos en forma de red.

Uno de estos factores ha sido el gran desarrollo de la moda. Una sociedad cada vez más opulenta en Europa o en Estados Unidos se ha lanzado a seguir la moda en forma tal, que vestir a la moda llegó a ser casi un sinónimo de masificarse. Todos andaban vestidos de la misma manera. Y esto generó una reacción que trataba de conseguir la mayor variedad posible dentro de los lineamientos generales de la moda del momento. Y esta gran variedad se ha manejado mucho mejor a través de pequeñas empresas distintas, que no introduciendo esa diversificación en las cadenas productivas de una empresa grande.

Un segundo elemento lo ha constituido la proliferación de nuevos pequeños empresarios. Después de muchos años en que las personas habían preferido optar por la aparente seguridad del puesto de trabajo en una empresa, han vuelto a renacer en no pocos entornos, las ganas de independencia.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Ibidem, p. 6

<sup>4</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 10.

Otra fuerza que ha empujado la reestructuración por red, ha sido la presión fiscal cada vez mayor en muchos países. Esta tendencia ha presionado el conocimiento de la economía sumergida y las redes constituyen un buen sistema de inmersión.

En otras ocasiones la causa se encuentra en los problemas habidos con las legislaciones laborales.

Pensemos que en no pocos casos el manejo de la política del "Just in time" en el aprovisionamiento, con miras a la supresión de inventarios, exige unidades proveedoras que tengan flexibilidad de producción y, por tanto, flexibilidad en sus plantillas laborales. Y esto es siempre más fácil en empresas de reducidas dimensiones que en las grandes estructuras.<sup>6</sup>

Forman de hecho una red las empresas de hotelería o de construcción cuando se conectan con empresas de contratación obrera.

En el Comercio Internacional es común el uso de diversos "brokers" extensísimamente conectados entre sí.<sup>7</sup>

Y otro caso al alcance de cualquier observación es el funcionamiento de las empresas de servicios. En realidad, el funcionamiento como red es muy típico de empresas cuya naturaleza suele exigir un importante nivel de especialización. Cada una se especializa en lo suyo y se pasan clientes de una a otra en un acuerdo que, no obstante ser generalmente tácito, es común que pueda generar flujos de comisiones.<sup>8</sup>

La industria mexicana presenta a nuestros ojos una sorprendente tendencia a la integración vertical (...) La salida está precisamente en fragmentar el proceso productivo total para que opere la especialización en cada caso.<sup>9</sup>

Por todo lo expuesto anteriormente, consideramos que ha quedado en evidencia la tendencia mundial a configurarse en grupos de empresas, y que México no es la excepción. Esto plantea además de repercusiones en el campo económico y administrativo, consecuencias en el orden jurídico.

---

<sup>6</sup>ibidem

<sup>7</sup>ibidem, p.11.

<sup>8</sup>ibidem, p.12.

<sup>9</sup>ibidem, p.16.

Cómo se pueden configurar jurídicamente los grupos de empresas? La escisión de una gran empresa en varias empresas, puede hacer perder el control sobre las mismas? Deben responder ciertas empresas por las obligaciones de otras?

La finalidad del presente trabajo es tratar de responder a estas y a otras preguntas que conllevan los grupos de sociedades, y hacer ver la necesidad de una regulación legal de dicho fenómeno en nuestro país.

## CAPITULO I

### DEFINICION Y CLASIFICACION DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

#### I. DEFINICION

La expresión **grupos de sociedades** puede tener dos sentidos, uno amplio y otro estricto. El primero se refiere a una concentración de sociedades que se encuentran unidas en función de un objetivo común a todas ellas, y entre las cuales existen relaciones de capital (inversiones cruzadas o bien verticales), que permiten obtener el control de las mismas y orientarlas hacia la consecución del fin del grupo. En sentido estricto, el grupo de sociedades es un conjunto de empresas en el cual una sociedad ejerce sobre otra u otras el control de ellas, e impone las directrices a las que se va a someter la gestión social de las sociedades dominadas.

Cabe aclarar que la expresión **grupo de sociedades** en sentido lato o amplio, comprende al concepto sociedad de sociedades, que también es un conjunto de ellas, que a través de relaciones de inversiones cruzadas de capital forman una unidad y logran una coordinación en el desarrollo de sus actividades, determinando conjuntamente los lineamientos conforme a los cuales se dirige la gestión social.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>LEDESMA URIBE, BERNARDO. Los grupos de sociedades. Diccionario Jurídico Mexicano, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1987, p.1550.

En el presente trabajo nos referiremos al concepto de **grupo de sociedades** en sentido amplio, esto es, a toda agrupación de sociedades mercantiles con un fin común a todas ellas, de modo que se puede imponer al conjunto de las mismas, una dirección unitaria.

Los grupos de sociedades han sido el resultado del fenómeno económico de la producción en serie de bienes, lo cual provoca la especialización de las sociedades, las que se unen para asegurarse el abastecimiento de los bienes y servicios necesarios para su operación.<sup>2</sup>

Debe señalarse que en el grupo de sociedades, cada una de ellas, jurídicamente mantiene su autonomía e independencia frente a las otras; es decir, conserva individualmente su propia personalidad jurídica y sus órganos son autónomos y deben integrarse de acuerdo a sus propios estatutos.<sup>3</sup>

Así pues, dentro de los grupos de sociedades en sentido amplio, encontramos como elementos los siguientes:

1/ Una pluralidad de personas morales (sociedades), las cuales se encuentran sujetas a un mismo centro de decisiones, bien sea que este centro decisorio se dé en una sociedad denominada madre o controladora, y entonces se estará en presencia de sociedades controladas o filiales, o bien, que resida en un grupo de inversionistas, y que las sociedades se mantengan en un mismo plano.

---

<sup>2</sup> ibidem.

<sup>3</sup> ibidem.

2/ Poder único de dirección, que se da en el centro que adopta las decisiones para todas las sociedades que forman el grupo. Las características que debe tener este elemento, o sea, el poder de dirección, son los siguientes:

- a) Que sea auténtico, esto es, que el poder que se tenga derive del carácter de socio o accionista de las sociedades y no únicamente de relaciones contractuales o a través de las cuales se vincule la actividad de ellas.
- b) Que este poder sea estable, es decir, permanente y no meramente transitorio, lo cual se determinará en función del fin de grupo.

3/ Fin del grupo, que es el elemento para el cual se constituye el grupo de sociedades, de donde se puede sostener que es la causa final de las mismas, ya que, como se dijo, la gestión social se orienta a cumplir con los fines del grupo.<sup>1</sup>

Con estos tres elementos (varias personas morales, poder único de dirección y fin común) podemos caracterizar a grupos de sociedades.

#### VENTAJAS DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.

Como ventajas principales que, desde un punto de vista económico, aporta un grupo de sociedades, podemos señalar:

1. Las de naturaleza técnica que se derivan de la importancia de una mayor especialización de la maquinaria y mano de obra, y de una mejor coordinación del proceso productivo.

---

<sup>1</sup>ibidem.

2. Comerciales, debidas a las economías en la organización de la propaganda, distribución y venta de los productos, como consecuencia de la posesión de un mercado más amplio y de su mejor conocimiento.

3. Financieras, pues las grandes empresas suelen gozar de mayor crédito, en el mercado de capitales.

4. Las denominadas estratégicas, que consisten en el control del mercado, con la consiguiente posibilidad de estabilizar los precios, restringir la producción y aumentar los beneficios.<sup>5</sup>

## 2. CLASIFICACION DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Los grupos de sociedades se pueden clasificar de muy diversos puntos de vista, al grado que algunos autores consideran ocioso intentar una clasificación general de los mismos. Sin embargo, con el objeto de encuadrar mejor el análisis de los diversos grupos de sociedades, vamos a mencionar las principales clasificaciones que de éstos se han elaborado.

Se pueden clasificar los grupos de sociedades desde un punto de vista económico. Desde este punto de vista, se pueden clasificar en concentraciones verticales u horizontales: En virtud de la primera, una sociedad ejerce el control de otras subordinadas, de una o varias filiales o sucursales, en que se pueden presentar las siguientes variantes:

---

<sup>5</sup>ALVAREZ QUELQUEJEU, LUIS CAMILO. La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas, Valladolid, 1958, p. 13.

a) Una sociedad matriz que organice y constituya una o varias sucursales o filiales; que están ligadas a ellas por vínculos contractuales, o bien corporativos y, en este caso, ya sea mediante la titularidad de acciones o partes de las sociedades-sucursales, o porque los representantes (administradores, gerentes o directores generales) de éstas, están subordinados, esto es, están designados por la matriz;

b) Sociedades en cadena, unidas todas en serie, en que cada sociedad domine el capital social o el órgano de administración del eslabón posterior; la primera en constituirse organiza a la segunda y la controla, y a través de ella, la segunda organiza a la tercera, y así hasta el fin de la cadena;

c) Sociedades en círculo, similar al fenómeno anterior, salvo que la cadena se cierra en el último eslabón que se liga al primero.

Ahora bien, en cualquiera de estos supuestos, las distintas sociedades del grupo pueden tener cada una la misma finalidad genérica (vgr. textil, que consista en la fabricación de ropa) y distintas actividades específicas (e.g. pantalones, camisas, ropa interior, suéteres, trajes); o bien, actividades complementarias (por ejemplo, compra de materia prima: lana, algodón, nylon).

En virtud de la organización horizontal, las sociedades miembros del grupo realizan, cada una, distinta actividad industrial o comercial, pero todas ellas coordinadas entre sí y son complementarias unas de otras respecto del producto final, que conjuntamente elaboran, o que ensambla la última de ellas. Ésta a su vez, puede quedar vinculada a otras más del grupo (sociedades en círculo), o que constituya la controladora del grupo, con la cual convenga la venta y entrega del producto final manufacturado por todos los anteriores.

Esto ocurre en el caso de las ensambladoras de autos, de radios, de computadoras, de aparatos de televisión, etc., que han proliferado en la esfera norte del país. Su funcionamiento consiste fundamentalmente en que reciben de la matriz o controladora, así como de otras sociedades miembros del grupo, materia prima para ser adaptada al producto final que se arme, así como las partes de éste, y ciertos aditamentos que ellas elaboran, y unirlos y armarlos todas en la unidad final, la cual venden a la matriz para que ésta, a su vez, agregue partes sustanciales faltantes (motores, máquinas, conexiones), o solamente le pongan marcas y etiquetas a los productos finales, que ella ofrece al mercado.<sup>6</sup>

Desde un punto de vista jurídico, los grupos de sociedades se pueden clasificar de muy diversas maneras, dependiendo el punto de vista que se adopte.

Se puede utilizar como punto de vista el de la coordinación y el de la naturaleza real u obligacional de la obligación: Desde el primer punto de vista se utiliza como criterio diferencial el elemento de la dominación:

a) Si la dominación que la unión de empresas se propone es hacia fuera (dominación del mercado), tenemos el cártel o sindicato, cuya finalidad es la dominación monopolística del mercado (si existe al mismo tiempo dominación hacia dentro en el cártel, es como medio para la dominación hacia fuera o como fin patrimonial accesorio).

b) Si la dominación es hacia dentro (dominación por medio de la unión de patrimonios) tenemos el concerno. En la relación interna existen dos formas de dominación: la dominación por subordinación (participación de algunas empresas en otras: sociedades filiales, sociedades holding, etc.; arrendamiento de empresas; pactos de dirección de empresas) y la dominación por coordinación (consorcios, cárteles).<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>BARRERA GRAF, JORCIE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1989, pp. 742 y 743.

<sup>7</sup>Ibidem.

El segundo punto de vista se funda en la clásica contraposición de la vinculación real a la vinculación personal, según que exista transferencia de la propiedad o pactos de tipo crediticio (arrendamiento, contrato consorcial):

a) A las uniones de carácter real pertenecen no sólo las adquisiciones de propiedad de una empresa (compra, fusión, etc.), sino las adquisiciones de participación en una empresa (consorcio de accionistas que posee la mayoría en distintas sociedades anónimas).

b) La unión de diversas empresas por vía contractual son ilimitadas: tantas como posibilidades hay de alianza económica entre varias empresas que deseen actuar en la misma dirección. En la literatura jurídica se designan genéricamente estas formas con el nombre, vago y difuso, de "comunidad de intereses". La manifestación principal de estas comunidades de intereses, cuando no adoptan otros tipos más definidos que más adelante recogeremos, consiste en la comunidad de ganancias. Esta comunidad puede conseguirse por medio del canje de acciones o por la comunidad de las explotaciones o por la cesión de la explotación. De la simple puesta en común de las ganancias (contratos pool), es preciso distinguir aquellas otras formas jurídicas que tienen fisonomía propia, como son el contrato de arrendamiento de empresa, el contrato de dirección y el contrato de gestión total.<sup>8</sup>

Por su parte, Houssmann considera que deben distinguirse los tres grupos siguientes de forma de concentración:

1. Conexiones reales, divididas en:

- a) Adquisiciones de objeto y empresa (fusión);
- b) Adquisición de participaciones con subordinación o coordinación;

---

<sup>8</sup>GARRIGUES, JOAQUIN, Formas sociales de uniones de empresas, Revista de Derecho Mercantil, vol.III, número 7, Madrid, 1947, p.55.

c) Creación de nuevas entidades con la finalidad de unir empresas que se encuentran en una relación de coordinación o subordinación.

2. Conexiones obligatorias, que se subdividen en:

- a) Conexiones con subordinación o coordinación (Cártel), y
- b) Conexiones especiales.

3. Conexiones mixtas.<sup>9</sup>

Kaskel distingue:

- 1. Uniones contractuales temporales para fines determinados, sin limitación de la independencia jurídica de las empresas (consorcio);
- 2. Uniones contractuales duraderas con pérdida de la independencia jurídica (fusión);
- 3. Uniones contractuales duraderas con mantenimiento de la independencia jurídica de las empresas: a) Para la regulación de la producción, del precio y de las relaciones con la clientela (cartel); b) Para todos los demás fines no especiales, como son la comunidad de ganancias o la obtención de materias primas (Konzern).<sup>10</sup>

Rodríguez y Rodríguez, acepta la siguiente clasificación:

- I. Concentración interior de empresas, con dos modalidades: ampliación de la empresa y crecimiento de la misma, la que nos ofrece el problema relativo a las sucursales o agencias.
- II. Concentración exterior de las empresas, con tres modalidades:
  - a) Con desaparición de alguno a algunos titulares jurídicos;

<sup>9</sup>GARRIGUES, JOAQUIN, *op.cit.*, p.56.

<sup>10</sup>RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1975, p.516.

b) Con creación de un nuevo titular jurídico. En el supuesto a) nos referimos al caso de la fusión de empresas; en el supuesto b) a las agrupaciones de empresas (Cártel, Trust y Konzern).

c) En relación a la sociedad de sociedades y al problema de las sociedades madres y filiales.<sup>11</sup>

Alvarez Quelquejeu adopta una clasificación basada en la estructura interna de la relación constituida entre las empresas agrupadas. De acuerdo con este criterio distingue:

a) Agrupaciones de empresas basadas en el principio de subordinación, en virtud del cual todas las empresas se hallan sometidas a una dirección única. Así funciona el Trust, la Holding Company, el Konzern, etc. Este principio puede desarrollarse adoptando alguna de las estructuras siguientes: 1/ Organización en cadena, consistente en el sometimiento sucesivo de unas empresas a otras de manera que cada una dependa de la anterior y controle a su vez, a la siguiente cadena; 2/ Organización en pirámide, que consiste en el sometimiento sucesivo de un gran número de empresas a un número de ellas siempre decreciente, que culmina en la empresa única, situada en la cúspide que controla a todas las demás.

b) Agrupaciones de empresas basadas en el principio de coordinación, en virtud de la cual las empresas se agrupan en un régimen de igualdad proporcional, sin que su respectiva autonomía se halle sometida a otras limitaciones que las derivadas del acuerdo libremente estipulado entre ellas. Aquí se incluye a la comunidad de intereses (pool, interessengemeinschaft, cointeressenza), al Kartell, al consorcio, etc.

Cuando la concentración de empresas se desarrolla bajo el principio de coordinación, pueden darse los siguientes supuestos: 1. Que cada una de las empresas actúe aisladamente si bien ajustándose a los acuerdos mediante los cuales se regula la coordinación de sus actividades

---

<sup>11</sup> *Ibidem.*

respectivas; 2. Que se establezca un órgano central encargado de dirigir y vigilar los acuerdos establecidos para coordinar la actuación de las empresas que integran la coordinación. Al constituirse este órgano central, se estipulan los fines, facultades y funciones que le corresponden, así como las actividades de las empresas agrupadas que se hallan sometidas a su intervención.

El carácter de órgano central puede atribuirse tanto a una persona física como a un conjunto de personas que actúen en forma de colegio o consejo directivo, o bien a una persona jurídica.<sup>12</sup>

Por su parte, Jorge Barrera Graf, hace la siguiente clasificación:

1. **GRUPOS DE SOCIEDADES INDEPENDIENTES:** Se trata de una agrupación libre, que constituye una unidad económica, la que no constituye una persona jurídica nueva, ni una sociedad que administre o controle a todas las del grupo; en esta hipótesis, cada sociedad conserva su independencia y su autonomía patrimonial, salvo, naturalmente, las obligaciones que asumen en el convenio de agrupación (de consorcio, *latu sensu*). Este primer supuesto puede admitir dos variantes:

a) Que no se designe un órgano central de administración y de gestión, sino que cada sociedad parte del grupo que se encargue de cumplir sus obligaciones y vigilar el cumplimiento de los otros miembros. Manifestación de esta forma de agrupación fueron entre nosotros, hasta antes de la promulgación de la reciente ley para regular las agrupaciones financieras, los grupos financieros que estaban regulados por la ley de instituciones de crédito, derogada por la ley reglamentaria del servicio público de banca y crédito, en el art. 99 bis; entre los requisitos de ella estaba la constitución de un patrimonio de afectación que formaba un fondo común

---

<sup>12</sup>ALVAREZ QUELQUEJEU, LUIS CAMILO, *op.cit.*, p.85.

deducido de las utilidades anuales de cada institución financiera (fr.I), y que era puesto en fideicomiso en el Banco de México.

b) Más frecuente que el anterior, es el caso en el que, además de la unidad económica, se designa un órgano central con unidad de dirección, al que las partes conceden una representación limitada al cumplimiento y ejecución de las obligaciones comunes que asuman, e inclusive, si así se pacta en el convenio, que en caso de incumplimiento pueda exigirles judicialmente la rescisión o el cumplimiento forzoso y el pago de daños y perjuicios.<sup>13</sup>

2. GRUPOS DE SOCIEDADES QUE CONSTITUYAN OTRA: En esta variante pueden, a su vez, darse varios supuestos:

a) Que a la sociedad agrupante (nueva o ya constituida) sólo se le confieran facultades para cumplir y para hacer cumplir el pacto del grupo: su finalidad sería meramente la prestación de servicios, a favor de cada una de las sociedades que la constituyan, lo que es una actividad económica empresarial, normalmente lucrativa, aunque es posible que no tenga este carácter. Aquí, la sociedad, cuyos socios serían las sociedades agrupadas, no podrían ser por ello sociedad cooperativa ni mutualista. En cuanto a sociedades civiles, podrían serlo, siempre que el consorcio no tuviera una finalidad lucrativa (art. 2688 in fine del Código Civil del D.F.).

b) Que una de las sociedades del grupo funcione como cabeza (sociedad cabeza de grupo), y las otras agrupadas sigan la política y los programas económicos que ella trace. En realidad, en este caso, estaríamos ante una situación de control más o menos laxo de aquellas sociedades sobre éstas.

c) Que la sociedad que se constituya sea, a su vez, socia o accionista de algunas o de todas las que la forman, con lo que se plantearía el problema de las inversiones recíprocas entre aquellas y éstas. Esta posibilidad legal, de cambio de acciones de su capital social entre sociedades

---

<sup>13</sup> BARRERA GRAF, JORGE, op. cit., p. 737.

anónimas, debe considerarse como una operación vedada, cuando implique disposición del capital social de las sociedades y que las aportaciones de los socios de alguna o de todas ellas se evaporen y se vuelvan ficticias; por ejemplo, que lo que recibe la sociedad A por las aportaciones hechas por las sociedades B y C (que así se convierten en socios de A), lo devuelva ésta a B y C, cuando a su vez, A aporte y suscriba acciones de B y C. Sin embargo, en porciones minoritarias, la práctica que permite las inversiones recíprocas, ya sea para provocar la inversión de sociedades, o para establecer vínculos legales entre dos o más sociedades que así se relacionan recíprocamente, y sobre todo, para que las sociedades públicas compren sus acciones en bolsa cuando éstas están a la baja, e impedir así que tal situación se acentúe y ponga en peligro la posición económica y financiera de la compañía.<sup>14</sup>

3. LA SOCIEDAD CONTROLADORA (HOLDING): Se trata de sociedades que a través de la suscripción de acciones o de partes sociales de otras sociedades obtienen el predominio, el control o el gobierno de la empresa.

Ahora bien, el control, no sólo se consigue con la suscripción y tenencia de la mayoría de las acciones o partes sociales de cada una de las sociedades controladas (aunque ésta sea la forma más sencilla y clara), sino también, suscribiendo paquetes minoritarios de acciones o de cuotas a las que, no obstante, corresponda de hecho el señorío de la eminente, ya sea porque los demás accionistas o socios se abstengan sistemáticamente de concurrir a la asamblea (fenómeno del ausentismo de socios), o bien, por pactos expresos entre éstos y el socio controlador; e inclusive, que dicho control derive de contratos celebrados por la sociedad con terceros o socios.<sup>15</sup>

También hace referencia a la organización vertical y horizontal de una empresa, a lo que ya hicimos alusión anteriormente.

---

<sup>14</sup>BARRERA GRAF, JORGE, op. cit., p.738 y 739.

<sup>15</sup>BARRERA GRAF, JORGE, op. cit., p.739.

Resumiendo las clasificaciones anteriores, a nuestro juicio, se deben seguir los siguientes puntos de vista:

1. Según el control que se ejerce:

- a) Agrupaciones de sociedades mediante coordinación de sus actividades.
- b) Agrupaciones de empresas mediante la subordinación de unas a otras.

Consideramos acertado este punto de vista debido a que, en última instancia, toda agrupación de empresas o sociedades, o actúan en un plano de igualdad, en cuyo caso se coordinan entre ellas, o bien, una de ellas ejerce el dominio sobre las demás, en cuyo caso las otras se subordinan a ésta. Sobre el modo de ejercer el control sobre un grupo de sociedades, hablaremos más adelante.

2. Por el vínculo de la unión:

- a) Por vínculos de naturaleza corporativa, esto es, por medio de la participación en el capital social de unas empresas en otras.
- b) Por vínculos de naturaleza contractual, a través de las muy diversas formas contractuales que se pueden adoptar a las agrupaciones de empresas.

3. Por el órgano a quien se encarga la dirección de la agrupación:

- a) Sin constituir ninguna persona jurídica. En este caso, se pueden distinguir a su vez dos situaciones: a.1/ La dirección se encarga a una persona física; a.2/ La dirección se puede también encargar a un conjunto de personas físicas en forma de consejo.
- b) Constituyendo una persona jurídica. En este caso, la persona moral encargada de dirigir la agrupación, puede ser cualquiera de las personas morales reconocidas por la Ley Civil

y Mercantil, aunque consideramos inaplicable la forma jurídica de la asociación civil, debido a que el artículo 2670 del Código Civil prohíbe que ésta tenga un fin preponderantemente económico, y por lo general, las agrupaciones de sociedades tienen fines económicos.

## CAPITULO II

### MEDIOS PARA LAS AGRUPACIONES DE EMPRESAS

En el presente capítulo, vamos a analizar los principales medios que existen para las agrupaciones de empresas. Para efecto de lo anterior, dividiremos dichos medios en dos grandes rubros: a/ Contractuales y b/ Societarios.

Los principales medios contractuales de agrupación de empresas son los siguientes:

1. El cártel.
2. La asociación en participación.
3. Las comunidades de gananciales.
4. El trust y el fideicomiso.
5. El arrendamiento y la compraventa de empresa.
6. El usufructo de la empresa.
7. La prenda de empresa.
8. La cesión y dirección de explotación.
9. El consorcio.
10. Los contratos de dominación e incorporación.
11. El pacto de exclusiva.

## I. EL CARTEL

Para Rodrigo Uria<sup>1</sup>, el cartel agrupa empresas particulares en la misma fase o ciclo de la producción y tiende por lo común a conseguir el dominio del mercado limitando la concurrencia recíproca. Para muchos autores, el cartel no se distingue claramente del consorcio (otra forma de agrupación de empresas), e inclusive, tienden a asimilarlos. Sin embargo, como atinadamente señala Garrigues<sup>2</sup>, aunque ambos casos son casos de dominación, en el cartel la unión de empresas se propone la unión hacia fuera (el dominio del mercado), mientras que en los demás casos, la dominación es hacia dentro.

Se ha discutido la naturaleza jurídica del cartel. Algunos autores no lo consideran un contrato sino un acto complejo. Pero siguiendo la opinión de Robles Álvarez de Sotomayor<sup>3</sup>, consideramos que el negocio jurídico que da origen a un cartel es un contrato y no un acuerdo o acto complejo, porque mientras en el primer caso las partes miran a un fin común y se encuentran las unas al lado de las otras, en las otras formas asociativas, las partes tienden a un fin común sólo en cuanto les sirva para obtener sus fines particulares y aún contrapuestos.

El cartel ha sido prohibido o sumamente controlado en numerosos países, debido a que tiende a eliminar la competencia y a producir abusos en el mercado. Sin embargo<sup>4</sup>, en Alemania y en Italia, el Estado utilizó los cárteles para regular tanto la producción como el mercado.

<sup>1</sup>URIA, RODRIGO, Teoría de la concentración de empresas, Revista de Derecho Mercantil, Vol. VIII, número 24, Madrid, 1949, p.333.

<sup>2</sup>GARRIGUES, JOAQUIN, Curso de Derecho Mercantil, tomo I, Editorial Porrúa, México, 1987, p.622.

<sup>3</sup>ROBLES ALVÁREZ DE SOTOMAYOR, ALFREDO, Concentración y dominio de las empresas, Revista general de legislación y jurisprudencia, año XCVII, número 4, abril 1949, Madrid, España, p.426.

<sup>4</sup>ROBLES ALVÁREZ DE SOTOMAYOR, ALFREDO, op. cit., p.421.

Como diversas modalidades del cártel podemos encontrar las siguientes <sup>5</sup>

a) La subcontratación prohibida

Ésta, que está permitida en términos generales, puede dar lugar a situaciones no permitidas por la ley, cuando da lugar a una canalización exclusiva en el abastecimiento o en la oferta de los productos, en favor de una empresa determinada, abocando, a la larga, en un monopolio de mercado.

El monopolio se produce en primer término, no en el mercado propio de los productos de la empresa, sino en el mercado de su abastecimiento. Al acaparar el mercado, se impide el aprovisionamiento de las competidoras que de esta forma se verán obligadas a importar las materias primas a precios normalmente mayores.

Unos contratos frecuentes en la práctica son llamados "tied contracts" y los contratos de exclusión. Los primeros son aquellos por los cuales un fabricante o un distribuidor conviene en vender su producto con la condición de que el comprador no trafique en mercancías de la misma clase de otros fabricantes o distribuidores competidores.

Una modalidad de estos contratos lo constituye la llamada "venta atada", por la que un vendedor rehusa vender un artículo o mercancía a menos que el comprador adquiera además otro artículo distinto, ofrecido por la misma empresa.

Los contratos de exclusión son definidos por la Sec. 3 de la Ley Clayton como cualquier arrendamiento, venta o contrato de maquinarias, mercancías, patentadas o sin patentar, por las que se fije un precio o se haga un descuento especial, con la condición,

---

<sup>5</sup>DE LA TORRE, ENRIQUE Y VILLAR, JOSE LUIS, Apuntes críticos al Derecho Español de la Concentración de empresas, Anuario de Derecho Civil, tomo XXV, fascículo 2, Madrid, España, p. 423-424.

acuerdo o inteligencia, de que el arrendatario o comprador no use la maquinaria o trafique en las mercancías de un competidor o competidores del arrendador o vendedor.

b) Acuerdos de regulación unitaria de precios

Incluye como tales los dirigidos a fijar directa o indirectamente, los precios de compra, venta u otras condiciones de transacción.

La dificultad empero, de detectar coaligaciones de este tipo es inmensa ya que, cara al exterior, no tiene otra manifestación que la subida periódica de precios.

c) Acuerdos de uniformidad en las variaciones de precios

Los precios globales que las unidades económicas diversificadas ofrecen al mercado, sufren fluctuaciones a lo largo de un período determinado. Estas variaciones obedecen a múltiples motivos entre los que suelen presentarse con mayor frecuencia los llamados precios de liquidación.

En el supuesto de que coexistan dentro del mismo mercado es lógico suponer que la no coincidencia de la época de rebaja de precios llevaría a un desequilibrio pernicioso para todas las ventas efectuadas. En efecto, la demanda se orientaría cada vez hacia la unidad que hiciera uso de los "precios rebajados". De esta forma, el nivel general de precios tendería a bajar desmesuradamente, hasta llegar a equilibrar la oferta y la demanda. Para evitar esta tendencia general a la baja de precios, nada es más lógico que llegar a un acuerdo entre todas las unidades operantes en el mercado, de modo que los periodos de precios rebajados sean coincidentes en el tiempo.

Existe, sin embargo, un riesgo evidente al permitir la legalidad de este tipo de acuerdos. Supongamos un mercado cerrado, con un convenio de esta clase, que coaliga a todas las unidades operantes en el mismo. Estas unidades disfrutarán del mercado en términos de verdadero oligopolio, gozando a la vez, de un margen considerable de beneficios.

#### d) La competencia aparente

Que no precisa, como es obvio, de una concentración subyacente, sino que puede existir dentro de una misma forma o persona jurídica. La diversificación se produce únicamente en el mercado y no en las unidades de producción que pueden estar indistintamente concentradas o desconcentradas.

Nada es más propicio que la existencia de un mercado competitivo ficticio para la creación de situaciones encubiertas de monopolio y dominio de mercado.

## 2. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

El artículo 252 de la actual Ley de Sociedades Mercantiles, lo define como un contrato por medio del cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

Las partes en el contrato son el asociante (que es quien lleva a cabo la negociación en nombre propio y a cuya propiedad pasan los bienes dados por el asociante), y el asociado (que es quien aporta bienes o servicios a cambio de una participación en las utilidades del negocio).

La asociación en participación es similar a una sociedad mercantil, pero se distingue fundamentalmente de ésta en que no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación social (art. 253 de la LGSM), por lo cual el asociante actúa en nombre propio y la asociación en participación puede no ser conocida por los terceros con quien contrata el asociante.

Qué ventajas proporciona la asociación en participación para los fines de agrupaciones de empresas? Obviamente, la forma jurídica más adecuada dependerá de los fines que se pretendan conseguir con dicha agrupación. Sin embargo, la asociación en participación presenta algunas ventajas en determinados casos que mencionaremos a continuación:

1. Como acertadamente señala Reyes Mora <sup>6</sup>, la asociación en participación no requiere de las formalidades de las sociedades de derecho, esto le da una flexibilidad para desarrollar un sinnúmero de negocios, de operaciones de comercio, y la adaptabilidad que tiene para llevar a cabo diversas clases de empresas y negociaciones.

Un comerciante puede requerir el auxilio de nuevos recursos y en tal situación, otras personas le pueden aportar bienes económicos y aún prestarle cooperación personal. De esta manera, compartirá el riesgo y hará partícipes a sus aportantes de las utilidades obtenidas en las operaciones realizadas o también a través de las pérdidas. Con esto se conseguiría reforzar un negocio mediante la concurrencia de una concentración de recursos económicos, lográndose así la estabilidad de la empresa.<sup>7</sup>

Muchos poseen bienes y son incapaces de manejarlos, mientras que otros que poseen el arte de manejarlos, no los tienen. Es preciso permitir este contrato a fin de que los intereses de ricos y pobres, de torpes y hábiles puedan conciliarse.

Es muy fácil establecer la relación de negocios a través de la figura (contrato) asociación en participación, el cual también se conoce como un contrato de colaboración

---

<sup>6</sup>REYES MORA, OSWALDO G., Contrato Mercantil de Asociación en Participación, Editorial Pac, México, 1991, p.8.

<sup>7</sup>Ibidem.

económica con la responsabilidad sola y personal del asociante, ya que este contrato permite tomar parte en una actividad mercantil sin tener que arriesgar todo el patrimonio (asociado).<sup>8</sup>

Pongamos por caso un comerciante que necesita importar artículos extranjeros y carece de momento, de los recursos necesarios para su propósito. Puede invitar a una o más personas que le aportaran el dinero necesario y se asociaran con él para compartir el riesgo y compartir los resultados (positivos o negativos)

Otro caso sería el de una empresa dedicada a la construcción, que obtiene un contrato de una obra grande y carece del total de equipo para la realización de la obra requerida en el plazo convenido; forma una asociación en participación con otras empresas dedicadas a la construcción, y cada cual toma la participación de la obra correspondiente, obteniendo así una totalidad que individualmente no hubieran podido conseguir.

Podemos referirnos también a una persona experimentada en la comercialización del calzado que, conectándose con un fabricante del ramo, formará una asociación en participación para la distribución del producto. Ambos obtendrían beneficios.

Pueden ocurrir oportunidades esporádicas de realizar negocios y estaríamos en presencia de una sociedad momentánea:

- a) Alguien tiene conocimiento de la venta o remate de joyas y aprovecha invitando a otra para que aporte el capital.
- b) Una persona que se dedica a la confección de cortinas contrata la venta de una importante cantidad de éstos útiles sin contar aún con el dinero necesario para adquirir materiales, pagar mano de obra, etc. Entonces consigue al socio capitalista, que puede ser el mismo distribuidor de telas. Se conviene una asociación en participación y ambos ganan en la operación.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

El contrato de asociación en participación es tan versátil que puede realizarse para dar origen a una empresa o también para finiquitarla o para ampliar la que estaba en funcionamiento. Es un contrato que se puede adaptar a las necesidades de los interesados.<sup>9</sup>

2. El segundo caso por el que consideramos conveniente la asociación en participación como medio de las uniones de empresas requiere una explicación más detenida.

Un gran problema con el que se encuentran las empresas cuando realizan operaciones entre sí, consiste en la necesidad de garantizar que la empresa con la que se contrata desempeñará su actividad en bien de ambas. La manera más eficaz de lograrlo consiste en asegurar que la persona que dirige la otra sociedad sea afín a la nuestra y, de ser probable, que aquella sea nombrada directamente por nuestra empresa.

Lo anterior es sumamente difícil, dado que choca con la esfera interna de aquella sociedad, en donde ésta es plenamente autónoma. Por lo anterior, la facultad de nombrar al consejo de administración de la sociedad que se quiere controlar, es una facultad indelegable de ésta, con lo cual es sumamente difícil lograr que los miembros de dicho consejo de administración se sometan a las decisiones de nuestra empresa.

Aquí es en donde entra la ventaja del contrato de asociación en participación. De acuerdo al art. 259 de la LGSM, se aplican a éstas las disposiciones de la sociedad en nombre colectivo supletoriamente. Como señala Barrera Graf<sup>10</sup>, es posible que el asociante otorgue al asociado cierta representación para que obre a su nombre, no a nombre del asociado, ni de la asociación en participación, que insistimos, ni es persona ni se hace patente; inclusive está permitido que aquél designe al asociado como director o gerente general de su empresa, o le otorgue poderes generales o para ciertos actos. De esta manera, el asociado se asegura que el

---

<sup>9</sup>Ibidem, p.9 y 10.

<sup>10</sup>BARRERA GRAF, JORGE, op. cit., p 241.

asociante obrará en los términos convenidos en el contrato, al ser él mismo el que dirige la negociación, aunque en nombre del asociante.

3. En tercer lugar, consideramos conveniente la celebración de un contrato de asociación en participación cuando se quieren producir los efectos del contrato de cesión de beneficios. El contrato de cesión de beneficios, total o parcial, no se halla todavía regulado en México como en otros países, como es el caso del derecho alemán. A reserva de abundar más al respecto en el siguiente contrato, el citado contrato de cesión de beneficios plantea diversos problemas. El primero de ellos es el de su licitud y validez en derecho mexicano, dado que supone el destino de algo que pertenece a la asamblea de accionistas.

El modo de lograr producir los mismos efectos que el contrato mencionado, de tal manera que no produzca duda acerca de su validez, es precisamente celebrar un contrato de asociación en participación. Dado que la regulación legal de ésta está prevista en términos muy genéricos, se puede pactar, de acuerdo a los arts. 258, 16 y 17 de la LGSM, que el asociado únicamente participe de las ganancias y no de las pérdidas, con tal de que no se excluya absolutamente de las ganancias al asociante.

4. Por último, el contrato de asociación en participación tiene una naturaleza muy similar a la de ciertos muy utilizados. Nos referimos al consorcio (contrato sumamente utilizado en derecho italiano) y al joint venture (contrato de amplia raigambre en derecho anglosajón).

En relación al primero de ellos dedicamos una parte especial a analizarlo. Por lo que hace al joint venture, es necesario señalar que es muy debatida su naturaleza jurídica, dado que puede asumir diferentes modalidades, como señala atinentemente Arce Gargollo:<sup>11</sup>

a) Corporate joint venture, que es una nueva entidad de negocio creada por dos o más socios; es decir, se trata de una nueva persona moral distinta a la de los socios que la constituyen.

---

<sup>11</sup>ARCE GARGOLLO, JAVIER, *Contratos Mercantiles* Alpícos, Editorial Trillas, 2a. edición, México, 1991, p.198.

b) Informal joint venture es el negocio entre dos o más sociedades (o personas) para la realización de un trabajo o proyecto conjunto, que no entraña la creación de una persona moral distinta a la de las partes que intervienen.

c) Joint venture agreement es el acuerdo o contrato entre dos o más partes, que tiene por objeto, entre otros, crear una nueva sociedad (joint venture) o determinar las reglas de un trabajo conjunto: joint activity agreement o joint work agreement.

De lo anterior, podemos colegir que el joint venture, o es una nueva sociedad (con lo cual deja de ser un medio contractual para los efectos de este inciso), o es un contrato de promesa de sociedad (con lo cual todavía no produce efectos jurídicos, sino que los producirá en el futuro, por lo que no se puede constituir una unión de empresas sino una expectativa de la misma), o reúne características muy similares a la asociación en participación, y si éste no tiene regulación legal en México, es conveniente utilizar en su lugar la asociación en participación.

### 3. LAS COMUNIDADES DE GANANCIALES

Aunque dicho contrato no tiene regulación legal en nuestro país, la ley de sociedades alemana lo define, de acuerdo a la exposición de Duque <sup>12</sup> como un contrato por el cual una sociedad por acciones se obliga a reunir total o parcialmente el beneficio de su empresa o de alguna de sus explotaciones con los de otra empresa, a fin de dividir, en la proporción establecida, el beneficio común así obtenido.

Como contraprestación al deber de la sociedad de aportar su beneficio en la comunidad surge un deber de contenido semejante a cargo de los otros empresarios participantes en el

---

<sup>12</sup>DUQUE, JUSTINO, *Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones*, Anuario de Derecho Civil, tomo XVII, fascículos 2 y 4, 1964, Madrid, España, p.417.

contrato y la pretensión de cada uno de exigir la parte, que según lo acordado, le corresponda en el beneficio común (...)

Para el cumplimiento de los fines contractuales se establece casi siempre la obligación de armonizar la gestión de los negocios sociales mediante el acatamiento de las instrucciones que transmita un órgano común dentro de la esfera delimitada por el contrato. En este sentido, el contrato de comunidad de beneficios constituye uno de los medios apropiados para estructurar y fundar un grupo de empresas sin subordinación.<sup>13</sup>

Dicho contrato no tiene una regulación específica en nuestro país, pero dado el principio de la autonomía de la voluntad lo consideramos viable en México. Se distingue de la asociación en participación en que en ésta, además de no producirse ningún órgano con personalidad jurídica para verificar el cumplimiento del contrato (aunque nada obsta para que se haga), en que en la asociación en participación la comunidad de ganancias o pérdidas es el resultado, pero no la actividad del contrato, mientras que en aquella, la participación en ganancias y pérdidas es el fin directo del contrato, no resultado de ninguna actividad. Sin embargo, y dada la flexibilidad de la asociación en participación, se puede emplear para producir efectos similares.

#### 4. EL TRUST Y EL FIDEICOMISO

El trust ha alcanzado tal importancia en la doctrina de las uniones de empresas, que ha llegado a ser sinónimo de cierto tipo de éstas, en especial las reuniones de empresas mediante acuerdos financieros a base de los cuales tales empresas perdían su independencia económica y

---

<sup>13</sup>DUQUE, JUSTINO, *op. cit.*, p.418.

en algunos casos, también la jurídica para formar una poderosa empresa o varias empresas reunidas tendiendo a monopolizar, o por lo menos a limitar la libre competencia relativamente a una rama de la industria o del comercio (...) El nombre hizo fortuna y hoy se habla de trusts en todos los países.<sup>14</sup>

El trust es definido por Lepaulle<sup>15</sup>, como la institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y cuya unidad está constituida por una afectación libre, en los límites de las leyes en vigor y del orden público.

El trust fue sumamente utilizado en Estados Unidos como uno de los medios más eficaces de concentración empresarial. Mediante éste, los accionistas de varias sociedades que desarrollasen industrias similares o complementarias, confían en determinados individuos o sociedades el derecho del voto de sus acciones, de tal manera que ellos pudieran dominar las distintas empresas, imponiéndoles así una unidad de dirección y confiándoles la explotación de las mismas. A cambio de sus acciones, los accionistas recibían certificados (trust certificates) por lo que se les reconocía el derecho a las utilidades, pero no derecho de gestión o de administración.<sup>16</sup>

El trust fue visto con malos ojos, debido a que produjo tendencias monopólicas, por lo que fue prohibido por la Clayton Act de 1914, cuando se realizara con fines de dominio del mercado.

Sin embargo, sigue empleándose en los países anglosajones. Como nada limita el número de los fundadores o de los beneficiarios del trust, no es de extrañar verlo llenar las funciones de nuestras sociedades mercantiles y civiles, de nuestras asociaciones en participación y de nuestras asociaciones.<sup>17</sup>

<sup>14</sup>SOLA CANIZARES, FELIPE. Tratado de derecho comercial comparado, tomo II, Editorial Montaner y Simón Robles. Barcelona, 1983, p.103.

<sup>15</sup>LEPAULLE, PIERRE. Tratado teórico y práctico de los trusts, Editorial Porrúa, México, 1975, p.22.

<sup>16</sup>ASTRAY, FERRO. En torno al concepto jurídico de holding, Lecturas Jurídicas, número 40, julio-septiembre, 1969, Chihuahua, Chih., p. 7.

<sup>17</sup>LEPAULLE, PIERRE, op. cit., p. 57.

El trust en relación a la agrupación de empresas ofrece tres ventajas:

- a) En primer lugar, proporciona a las sociedades las ventajas que pueden resultar de una democracia, de la existencia de una mayoría parlamentaria estable, coherente y disciplinada. Basta, efectivamente, que el trustee tenga en su poder la mayoría de las acciones o por lo menos los derechos de voto, para hacer posibles todas las combinaciones.
- b) Permite, en segundo lugar, constituir los denominados cárteles.
- c) El voting trust, en tercer lugar, permite la transformación de títulos nominativos en títulos al portador.<sup>18</sup>

En México, desconocemos la institución del trust anglosajón, pero poseemos una institución similar: el fideicomiso. Sin entrar en discusiones sobre cuales son sus diferencias con el trust, dado que no es el tema del presente trabajo, únicamente señalaremos que el fideicomiso no es tan flexible como el trust y que el papel de fiduciario debe ser desempeñado necesariamente por ciertas instituciones, lo cual lo hace no tan utilizable como aquél en los países anglosajones.

El fideicomiso es definido por Villagordoa <sup>19</sup>, como el negocio fiduciario formado por dos relaciones: la real, en virtud de la cual el fideicomitente transmite determinados bienes o derechos al fiduciario, y la obligatoria por la que el fiduciario se encuentra constreñido frente al fideicomisario, a destinar el patrimonio transmitido a la realización de los fines del fideicomiso, en provecho no del titular del patrimonio, sino del fideicomisario.

---

<sup>18</sup>Ibidem, p.67 y 68.

<sup>19</sup>VILLAGORDOA, JOSE MANUEL, *Doctrina general del fideicomiso*, Editorial Porrúa, 2a edición, México, 1982, p.83.

Por su parte, la LGTOC, lo define como aquel en virtud del cual, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Aplicado el fideicomiso al caso de agrupación de empresas, los accionistas ceden los derechos corporativos de sus acciones a un fideicomiso, actuando la institución fiduciaria como titular de los mismos, siguiendo las instrucciones que al efecto le den los fideicomitentes o comité técnico (en el presente caso convendría más constituir un comité técnico, toda vez que si se conceden dichas facultades al conjunto de fideicomitentes no se logra la unidad de dirección necesaria para el desarrollo de la agrupación de empresas). Aunque Sánchez Meda<sup>20</sup> opina que en el presente caso estaríamos ante un fideicomiso de puro nombre, porque su contenido en el fondo no es más que un verdadero contrato de mandato constituido ordinariamente para el manejo de valores, el hecho es que en la práctica se maneja como fideicomiso, independientemente de su verdadera naturaleza.

El fideicomiso de acciones, junto con el depósito de títulos para su custodia y administración, son los dos únicos instrumentos jurídicos aceptados por la ley para comprometer los derechos de voto derivados de las acciones, dado que el art. 198 de la LGSM dice que es nulo todo convenio que restrinja la libertad de voto de los accionistas, con lo cual no tienen efectos los denominados sindicatos de accionistas, a no ser que deriven de un fideicomiso, o se constituyan a través de una persona jurídica.

Sin embargo, no consideramos muy conveniente la utilización del fideicomiso como medio para crear agrupaciones estables entre empresas, salvo el caso mencionado anteriormente, dado que, por una parte, el hecho de que el fiduciario sea un banco, que generalmente cobran honorarios caros, hace costosa su utilización y por otra parte, el hecho de

---

<sup>20</sup>SANCHEZ MEDAL, RAMON. *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, 10a edición, México, 1989, p.590.

que el comité técnico deba estar dando instrucciones constantemente al fiduciario provoca que el fideicomiso no tenga la flexibilidad que se requiere para dotar de una organización ágil a las uniones entre sociedades.

La titularidad de las acciones puede ser sustituida por certificados de participación. De las tres clases de certificados de participación que la ley establece, el que se debe emplear en este caso es el que Cervantes <sup>21</sup> denomina certificado de productos, que confiere a sus tenedores derecho sólo a una participación en los productos de un fruto fiduciario común (en este caso representarían el derecho de los titulares de las acciones a percibir utilidades).

## 5. EL ARRENDAMIENTO Y LA COMPRAVENTA DE EMPRESA

### A) EL ARRENDAMIENTO

El contrato de arrendamiento de empresa es un contrato ampliamente utilizado en otros países, aunque sea desconocido en México. Lo anterior no obsta para su eventual utilización, dado el principio de la autonomía de la voluntad de nuestro país. Además, dicho contrato presenta ciertas ventajas, que en su oportunidad enumeraremos.

El contrato de arrendamiento se define como el contrato en el que se dan los requisitos que señala el Código Civil, y consiste en la cesión que el arrendador hace al arrendatario del goce o uso del objeto del contrato por tiempo determinado y por precio cierto.

De acuerdo a la ley arrendaticia urbana española, dicho contrato de arrendamiento en relación a la empresa existe cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o

---

<sup>21</sup>CERVANTES AHUMADA, RAUL. Títulos y operaciones de crédito, Editorial Herrera. 14a. edición. México. 1992, p.165.

industria en el establecido, de modo que el objeto del contrato no sea solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo por meras formalidades administrativas.<sup>22</sup>

El contrato de arrendamiento de empresa es un contrato sumamente complejo ya que, de una parte, sólo encuentra regulación legal en su aspecto estático, pero el arrendamiento de empresa es un arrendamiento de cosa productiva, lo cual hace que muchas de las disposiciones del Código Civil no le sean del todo aplicables.<sup>23</sup> Por otro lado, engendra sin número de problemas: mercantiles (porque la asamblea de accionistas deja de ser el órgano supremo de la sociedad), fiscales (debido a la disociación entre la gestión y la propiedad de la empresa), etc.

#### I. PECULIARIDADES DEL CONTRATO

A) El arrendatario de empresa tiene que gozar de un poder de gestión sobre un organismo dinámico, poder que al propio tiempo se convierte en deber, y de esto último surge:

a) Obligación de explotar la empresa: No se trata sólo de una obligación de abstención de todo aquello que puede perjudicar la cosa en sí, sino que el derecho exige una conducta activa por parte del arrendatario: la de usar bien y según el destino la cosa arrendada. (...) Esta obligación se traduce en la obligación de explotación de la empresa (...)

B. Poder de disposición: El arrendatario tiene que gozar de un poder de disposición sobre las mercancías y enseres de la industria mercantil.

a) No puede discutirse que el arrendatario de la empresa tiene este poder de disposición sobre el capital circulante. Lo que sí es altamente discutible son las explicaciones jurídicas respecto al título que lo justifique (...)

<sup>22</sup>MOTOS GUIRAO, MIGUEL, El arrendamiento de empresa, Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, Editorial Tecnos, Madrid, 1967, p. 489.

<sup>23</sup>ibidem, p. 482.

b) Consecuencias del poder de disposición del arrendatario: Por lo expuesto, del poder de disposición del arrendatario se deducen otras dos consecuencias:

b 1 Fungibilidad de los elementos separados de la empresa.

b 2 Prestación por equivalente: Debe tener mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se halla determinado, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio.

C. El principio de conservación de la empresa: La defensa de la empresa y de su aviamiento han de ser la tónica inspiradora de las soluciones necesarias en los litigios que pueda plantear su arrendamiento (...)

D. El deber de cooperación del arrendador: Éste, como cualquier transmitente de la empresa, siquiera aquí lo sea a título temporal, suele quedar obligado a una conducta activa, de colaboración con el adquirente o el que ejercita la empresa, para ponerlo en una verdadera posesión de la empresa, como organismo vivo. De aquí los deberes de facilitar listas de usuarios, con su clasificación comercial, solvencia e informes comerciales, etc.<sup>24</sup>

## 2. ELEMENTOS DEL CONTRATO

A. Goce o uso? De una parte se trata de un poder de disposición sobre las mercancías (...) De otra, porque no solamente el arrendatario debe estar investido de este poder, sino al propio tiempo de un deber de gestión.

B. Una cosa:

---

<sup>24</sup>ibidem. p. 485-487.

a) La empresa: la cosa es una empresa, la cual provoca ingentes problemas. Aún reconocida ésta como unidad económica organizada, como señala Garrigues, la idea de la organización en si es extraña al campo jurídico (...). Sin embargo, el propio Garrigues reconoce que los particulares la consideran como un todo (...).

(...) Si bien el problema es dilucidar qué elementos integran esta cosa arrendada. Al respecto podemos sostener que se reduce a una cuestión de hecho, pero se entienden transferidas todas las cosas y derechos accesorios que sean inherentes a la explotación (...).

Ciertos elementos, como la clientela, sólo pueden transmitirse por medios indirectos.<sup>25</sup>

### 3. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR

A. Obligación de entrega: Deducido que la entrega implica un poder de disposición sobre las materias primas, mercaderías y demás elementos necesarios para su explotación (...). No sólo habrá entrega, sino una especial colaboración del arrendador, poniendo en su conocimiento las listas de clientes y su razón y solvencia, y prestándole los asesoramientos usuales que sean imprescindibles para el ejercicio empresarial.

B. Obligación de conservación: El arrendador está obligado a hacer las reparaciones necesarias en la cosa (empresa) para su conservación.

C. Obligación de garantía:

a) Del hecho propio: Es doctrina civil que el arrendador debe abstenerse de realizar todos aquellos actos que puedan perturbar o impedir el uso de la cosa por el arrendatario. Al

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 497.

respecto, se discute si lo anterior entraña la prohibición de competencia al arrendador. Podemos afirmar que existe una presunción de no concurrencia del arrendador

b) Del hecho de terceros: La obligación del saneamiento se refiere a toda la empresa concebida como una unidad, debido a que en ocasiones la privación de un sólo elemento pueda suponer un desequilibrio de explotación injusto para el arrendatario.

c) Responsabilidad por vicios: Esta responsabilidad es parecida al caso de la compraventa, con la importante diferencia de que el arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo.

#### 4. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO

- A. Pagar la renta en los términos pactados.
- B. Usar la cosa según un diligente padre de familia.
- C. Responsable del deterioro.
- D. Poner en conocimiento del arrendador las usurpaciones y novedades dañosas.
- E. Tolerar reparaciones, pagar gastos del contrato y devolver la empresa a la terminación del arrendamiento.

Las anteriores obligaciones deben encajarse en el contexto del arrendamiento de empresa, para lo cual podemos resumirlo fundamentalmente en los siguientes extremos: Conservar y devolver la cosa sin alterar su forma. Esto implica a su vez:

- 1. Obligación de explotar la empresa según su naturaleza, de buena fe y de acuerdo a los usos del comercio.
- 2. Devolución de la misma a la terminación del contrato por equivalente, dada la fungibilidad de los elementos separados de la empresa, respetando lo pactado.
- 3. Devolución del aviamiento.

#### 4. Devolución de las deudas <sup>26</sup>

#### 5. APLICACIONES PRACTICAS DEL ARRENDAMIENTO DE EMPRESA

Dicho contrato es casi desconocido en la práctica mexicana, aunque lo anterior no quiera decir que esté prohibida su celebración. Sin embargo, consideramos conveniente acudir a él en ciertas circunstancias, mencionando a continuación algunas de ellas:

a) El contrato de arrendamiento de empresa puede servir como preparación para una posterior mayor integración entre la empresa arrendada y el arrendatario, tales como una fusión o una compraventa de empresa.

b) Con el objeto de eludir la obligación solidaria que incumbe a los adquirentes de negociaciones respecto al pago de contribuciones a cargo de éstas, de acuerdo al art. 26 del Código Fiscal, se puede celebrar un contrato de arrendamiento de empresa por todo el tiempo en que los créditos fiscales no prescriban o caduquen, con lo que no se podrá obligar al arrendatario al pago de los mismos y al término del plazo de prescripción o caducidad, celebrar el contrato definitivo.

c) Por último, consideraremos que es el medio con que se pueden eludir ciertas prohibiciones a determinadas empresas, ya que, en este caso, aunque de hecho el que opera la empresa es el arrendatario, jurídicamente es propiedad del arrendador.

#### B. LA COMPRAVENTA DE EMPRESA

Dicho contrato tampoco es muy utilizado en la práctica mexicana, probablemente debido a que generalmente éstas se lleva a cabo mediante la compraventa de las acciones representativas del capital social de la empresa a adquirirse. Sin embargo, a pesar de lo anterior,

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p.501.

no por ello deja de utilizarse en México (un ejemplo al respecto lo hemos podido comprobar en la reciente reprivatización de la banca), especialmente para eludir la solidaridad social que el Código Fiscal impone a los adquirentes de negociaciones.

Debido a que es un contrato sumamente extenso en su regulación, y a que presenta menos problemas que el arrendamiento de empresa, nos centraremos a continuación a analizar los problemas más importantes que conlleva:

a) *Subrogación de créditos y deudas*: Es incuestionable que la explotación de una empresa en nombre y por cuenta del empresario origina un haz de créditos y de obligaciones que le convierten en acreedor o en deudor frente a terceros. Créditos o deudas que pueden no haberse cumplido o satisfecho en el momento en que la empresa es transmitida.

Precisamente por ello parece absolutamente imprescindible dilucidar si con la empresa han de entenderse automáticamente cedidos a su adquirente aquellos créditos, y automáticamente asumidas por éste las deudas que contrajo el empresario transmitente

Respecto de los créditos contraídos por el empresario antes de verificarse la transmisión, nuestro ordenamiento positivo guarda el más estricto silencio. Silencio que contrasta con el mandato contenido en el artículo 25 del Código de Comercio Alemán, en el que se establece la cesión automática de los créditos del empresario cedente al adquirente de la empresa. Por su lado, el artículo 2559 del Código Civil Italiano de 1942 establece que la cesión de tales créditos se produce en forma automática al adquirente de la empresa, aún cuando no se notifique al deudor, desde el momento en que la transmisión de la empresa se inscriba en el correspondiente Registro Público.<sup>27</sup>

El Código de Comercio no contiene ninguna disposición al respecto, por lo que es necesario aplicar supletoriamente lo que al efecto estatuye el Código Civil, en relación a la

<sup>27</sup>M. BROSETA PONT, La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento, *Revista de Derecho Mercantil*, número 107, enero-marzo, 1968, Madrid, p.70.

cesión de créditos. Dicho Código establece, de acuerdo al art. 2036, que para que el cesionario pueda ejercitar sus derechos contra el deudor, deberá hacer a éste la notificación de la cesión

En relación a las deudas contraídas con terceros por el empresario que enajena una empresa, el artículo 25 del Código de Comercio Alemán establece que el empresario adquirente de una empresa asume automáticamente las deudas contraídas por el empresario transmitente. Problema este también resuelto y previsto por el artículo 2560 de su homólogo italiano en el que si no se establece la liberación automática de las deudas en favor del transmitente de la empresa, se dispone, sin embargo, que el adquirente de la misma responda conjuntamente con aquel del cumplimiento de tales obligaciones, siempre que éstas resulten de la contabilidad de la empresa transmitida (...)

Cuando se transmite una empresa, las deudas contraídas en su explotación no serán automáticamente asumidas por el adquirente, sino que para ello será necesario el consentimiento de los terceros acreedores del empresario cedente. Y ello, como es sabido, porque a ningún acreedor le es indiferente la personalidad ni la situación patrimonial de su deudor, sea éste o no empresario.<sup>28</sup>

Como tampoco nuestra legislación mercantil regula el caso, es preciso acudir nuevamente a la legislación común. Al efecto, el art. 2051 del Código Civil menciona que, para que haya sustitución de deudor, es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente.

b) *El problema de la competencia*: En cualquier forma de transmisión intervivos de una empresa, su transmitente, además de los elementos esenciales, materiales e inmateriales que la componen, está obligado a entregar al adquirente de la empresa la clientela y las expectativas que forman parte esencial de la empresa (...)

---

<sup>28</sup>Ibidem, p.71.

La doctrina y jurisprudencia universales, partiendo de la francesa, han impuesto tradicionalmente al empresario que transmite una empresa, obligaciones fundamentales.

1. Una obligación de hacer o de dar, en virtud de la cual debe entregar todos los documentos y listas que pongan al adquirente en una situación que le permita conocer la situación normal de la empresa. Por ello mismo, a veces se le impone el deber de comunicar a su clientela la transmisión efectuada.

2. Una obligación negativa de no hacer, que impone al empresario transmitente una abstención de la misma actividad que ha venido desarrollando con la empresa hasta el momento de su transmisión(...)

(...) Es precisamente esta obligación negativa de no hacer lo que constituye el contenido de la denominada prohibición de competencia, que normalmente se impone en forma expresa en los contratos o negocios de cesión de toda la empresa. Su justificación es clara y persigue una doble finalidad. En primer lugar, impedir que el transmitente detraiga la clientela ya adquirida, la cual debe transmitirse con la empresa. En segundo lugar, impedir que el transmitente obstaculice la obtención de la nueva clientela que puede captar la empresa transmitida mediante el grado de organización que ésta tenía en el momento de la cesión.<sup>29</sup>

Cuál es el fundamento de la prohibición de competencia cuando no se ha estipulado contractualmente? Para Ascarelli, la prohibición de competencia se basaba en un principio general que impone que los contratos deben ser interpretados y ejecutados de buena fe.<sup>30</sup>

Ahora bien, conviene señalar que dicha prohibición debe soportar una doble limitación, que es temporal y espacial a la vez, porque sería desmesurado que el derecho impusiera al sujeto transmitente, por el simple hecho de la cesión de su empresa, una absoluta prohibición de realizar una análoga actividad económica en cualquier lugar geográfico y para toda su vida. Precisamente por ello, las legislaciones más avanzadas, como es el caso del Código Civil

---

<sup>29</sup>ibidem, p. 73 y 74.

<sup>30</sup>ibidem.

La doctrina y jurisprudencia universales, partiendo de la francesa, han impuesto tradicionalmente al empresario que transmite una empresa, obligaciones fundamentales.

1. Una obligación de hacer o de dar, en virtud de la cual debe entregar todos los documentos y listas que pongan al adquirente en una situación que le permita conocer la situación normal de la empresa. Por ello mismo, a veces se le impone el deber de comunicar a su clientela la transmisión efectuada

2. Una obligación negativa de no hacer, que impone al empresario transmitente una abstención de la misma actividad que ha venido desarrollando con la empresa hasta el momento de su transmisión(...)

(...) Es precisamente esta obligación negativa de no hacer lo que constituye el contenido de la denominada prohibición de competencia, que normalmente se impone en forma expresa en los contratos o negocios de cesión de toda la empresa. Su justificación es clara y persigue una doble finalidad. En primer lugar, impedir que el transmitente detraiga la clientela ya adquirida, la cual debe transmitirse con la empresa. En segundo lugar, impedir que el transmitente obstaculice la obtención de la nueva clientela que puede captar la empresa transmitida mediante el grado de organización que ésta tenía en el momento de la cesión.<sup>29</sup>

Cuál es el fundamento de la prohibición de competencia cuando no se ha estipulado contractualmente? Para Ascarelli, la prohibición de competencia se basaba en un principio general que impone que los contratos deben ser interpretados y ejecutados de buena fe.<sup>30</sup>

Ahora bien, conviene señalar que dicha prohibición debe soportar una doble limitación, que es temporal y espacial a la vez, porque sería desmesurado que el derecho impusiera al sujeto transmitente, por el simple hecho de la cesión de su empresa, una absoluta prohibición de realizar una análoga actividad económica en cualquier lugar geográfico y para toda su vida. Precisamente por ello, las legislaciones más avanzadas, como es el caso del Código Civil

---

<sup>29</sup>Ibidem, p.73 y 74.

<sup>30</sup>Ibidem.

Italiano, establecen una limitación temporal para la vigencia de esta prohibición. Con carácter general puede decirse que la prohibición de la competencia debe ser válida para cualquier sector geográfico donde el desarrollo de la actividad del transmitente pueda impedir que el adquirente, obtenga con la empresa la clientela que debe acompañarla.

Por lo mismo, la prohibición de competencia debe cesar cuando el adquirente haya definitivamente consolidado la clientela que debe acompañar a la empresa (...)

Con carácter general, por todas estas razones, parece óptimo el sistema seguido por el Código Civil Italiano, en el que se dispone que quien enajena una empresa debe abstenerse, durante un periodo de cinco años desde su transmisión, de iniciar nueva empresa que, por su objeto, su situación u otras circunstancias, sea idónea para desviar la clientela de la empresa cedida.<sup>31</sup>

c) *La obligación del saneamiento*: Nos queda por dilucidar si el empresario que vende su empresa debe o no responder ante su comprador de la evicción y de los vicios y defectos que pueda adolecer la totalidad o parte de los elementos que la integran. Con carácter general, podemos asentar dos afirmaciones. La primera es que la evicción del vicio o defecto de la empresa o de sus elementos esenciales deben permitir la rescisión del contrato, aún cuando algunos de sus elementos accidentales estén sanos o no hayan sufrido la evicción. En segundo lugar, que la rescisión también debe operar en favor del comprador, cuando algún vicio o defecto afecte a la organización de la empresa e impida que, mediante ella, se alcance la finalidad económica propuesta por el comprador.

El que venda alzadamente o en globo la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos, cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general, pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en el caso de

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 76.

evicción del todo o de la mayor parte (artículo 1532 del Código Civil Español) (...) En este precepto se establece un criterio cuantitativo para conceder la correspondiente acción de garantía al comprador, el cual tan sólo podrá exigir la rescisión de la compraventa cuando el vicio o defecto alcance a todo o a la mayor parte de lo vendido. Mientras que, tratándose de una empresa, es necesario reconocer que si falta al adquirente un simple elemento esencial, que no es ni el todo ni la mayor parte desde un punto de vista cuantitativo, puede esta simple falta imposibilitar la explotación normal de la empresa adquirida.<sup>12</sup>

Los anteriores comentarios pueden aplicarse al art. 2046 de nuestro Código Civil, el cual establece la cesión en globo de ciertos derechos, a falta de un precepto expreso que regule tal situación.

## 6. EL USUFRUCTO DE LA EMPRESA

La constitución de derechos reales de integración sobre las unidades económicas empresariales se ve difuminada a la hora de integrar la proyección sobre las sociedades anónimas(...) En ellas hay que distinguir la sociedad sujeto, la empresa o patrimonio universal objeto y, por fin, los accionistas titulares de la primera. Con ello, al confundirse de facto la propiedad de los títulos con la de sus elementos materiales (patrimonio), se produce una doble situación que aconseja alejarse de toda consideración unitaria (...)

En las sociedades anónimas no será pensable así, un derecho de usufructo sobre la totalidad de la unidad económica sin precisar, previamente, sobre cual de sus dos dimensiones recae: la patrimonial o la accionarial (...)

---

<sup>12</sup>ibidem, p.90 y 91.

El usufructo accionario está concebido, con ciertas distorsiones, sobre el derecho común (...). Puede tratarse distintamente de usufructuar acciones, en la cantidad que se quiera, con la única finalidad de percepción de una renta o dividendo, o puede también, pretenderse la mayoría accionaria con derecho a voto y, por fin, si se usufructúan la totalidad de las acciones, con todos los derechos que conllevan, en realidad, lo que se usufructúa es el patrimonio universal y organizado, esto es, la empresa misma. Con ello, como se ve, cuando el derecho de usufructo se hace recaer sobre la totalidad de cualquiera de las dimensiones societarias, se abre la compuerta a las demás, y a la vez, cualquier limitación sobre una de ellas lo es, reflejamente sobre las restantes. Así, en el caso de que se usufructúe todo el patrimonio, los accionistas habrán dejado de tener el goce sobre éste. Los beneficios, como frutos de capital, pasarán a ser percibidos por los usufructuarios del patrimonio, con arreglo al contenido general de este derecho (...).

La suma de los elementos supone algo más que un conjunto heterogéneo de las cosas aisladas, puesto que se identifica con la unidad económica total.

Concentrándonos ya en el usufructo patrimonial societario, su realización parcial no permite acudir al usufructo de acciones. El derecho de dominio que se contiene en la acción se proyecta sobre la totalidad del patrimonio de la sociedad y no sobre partes o elementos específicos de ésta (...). Para constituir un derecho real de éste tipo sobre cualquier elemento perteneciente a la unidad económica será preciso el acuerdo de la Junta general, siempre que ello suponga la modificación de estatutos. En caso contrario, bastaría con el acuerdo del Consejo de Administración para realizar la constitución de tal usufructo. El derecho de usufructo, así, puede ser proyectado sobre los elementos más diversos de una unidad económica. Al llevarse a cabo existiría un verdadero puente de unión entre dos unidades económicas, polarizado en el elemento sobre el cual se constituye el derecho de usufructo (...).

Por ejemplo, utilizando el usufructo de patente en lugar de la cesión de patente, ésta última fórmula gozará de indudables ventajas sobre la primera. Con ella se lograría una mayor exclusividad del empleo y utilización de la patente, y probablemente no sería necesario el cambio de inscripción en el Registro Industrial (...)

Las verdaderas relaciones de concentración que se obtienen cuando la unidad económica se integra por dos o más sociedades o personas jurídicas, se producen, en el supuesto de usufructo, cuando éste es total (...). Con la constitución de esta relación entre dos unidades económicas, la sociedad en cuestión será gestionada por el usufructuario, mientras que su titularidad seguirá en manos de la unidad económica a la que pertenece.

Las relaciones de este tipo podrían complicarse mucho más en el supuesto de intervenir más de dos unidades económicas (cada una en varias sociedades) y de constituirse una relación de usufructo entre las sociedades pertenecientes a los distintos grupos.<sup>13</sup>

El usufructo de acciones o de empresas puede convenir por razones de carácter fiscal o, en ciertos casos, para transmitir los derechos de ciertas empresas, pero limitando la duración de la transmisión, así como para conseguir que en ciertos casos, determinadas empresas que no pueden realizar ciertas actividades por sí mismas, las realicen por medio de otras, aunque no tengan la nuda propiedad de la empresa.

## 7. PRENDA DE EMPRESA

Las posibilidades de concentración que ofrecen este derecho real son muy semejantes a las ya expuestas con referencia al derecho de usufructo (...). Habrá que diferenciar, por tanto, la

---

<sup>13</sup>DE LA TORRE, ENRIQUE, op. cit., p.456-461.

prenda de acciones de la constituida sobre los elementos integrantes del patrimonio de la sociedad.

(...) En el caso de que se ofrezcan en prenda la totalidad de los elementos del patrimonio, éstos deberán responder del cumplimiento de la deuda que garantizan. Si ésta se incumpliese, tendría lugar la realización de la prenda, con la consecuencia de llevar consigo la liquidación de la sociedad. Los accionistas, al carecer de patrimonio sobre el cual ejercer sus derechos, se verían obligados a disolver la sociedad. En cambio, en el supuesto contrario, esto es, en la prenda de la totalidad de las acciones, la sociedad no se disolvería en el caso de que aquella debiera realizarse. Lo único que tendría lugar sería un cambio en la titularidad de las acciones, que pasarían a las manos del acreedor pignoraticio.

La dificultad que ofrece la constitución de un derecho de prenda, sobre la totalidad de los elementos del patrimonio, no puede ser salvada dentro de la misma categoría anterior. No puede imaginarse el caso de un patrimonio integrado exclusivamente por bienes inmuebles. Ni siquiera, y en el caso de ser esto posible, podría compaginarse el funcionamiento de la empresa, con el desplazamiento que supone generalmente la prenda (...)

En este caso podría utilizarse la prenda anticrética, en donde lo que se ofrecería en prenda serían precisamente los frutos que el patrimonio o las acciones produjesen. El acreedor pignoraticio anticrético quedaría prácticamente subrogado en la gestión de la empresa.<sup>14</sup>

## 8. LA GESTIÓN Y LA CESIÓN DE EXPLOTACIÓN

Bajo la denominación genérica de contratos de cesión de explotación se comprenden el contrato de arrendamiento de fábricas, talleres u otras instalaciones industriales y comerciales y

---

<sup>14</sup>Ibidem, p.461-462.

en general, cualquier contrato mediante el cual el titular de unas determinadas instalaciones cede temporalmente a otro empresario todo o parte de sus instalaciones.

Una posición intermedia entre los contratos de cesión de explotación y dirección de explotación, ocupan los negocios por los cuales un empresario entrega a otro la totalidad o parte de sus instalaciones para que la gestione por cuenta propia aunque continúe utilizando el nombre del titular cedente.

Los contratos de dirección de explotación comprenden los negocios celebrados entre dos empresarios por los cuales uno de ellos se compromete a gestionar su empresa o parte de la misma en beneficio de otro contratante, a cambio de una remuneración que éste último entrega al primero. El contrato constituye un arrendamiento de servicios.

Por contraste con los contratos de cesión de empresas o de establecimientos, en los contratos de dirección de empresas, el empresario titular se obliga a seguir las instrucciones de aquel empresario que adquiere el derecho a los resultados prósperos o adversos de la empresa. El círculo de poder adquirido por el empresario sobre la empresa ajena, está en principio delimitado por la causa del contrato celebrado con el titular de la empresa que continúa gestionándolo. La empresa cuyo beneficio se gestiona la empresa, no puede dar instrucciones en un contenido diverso al de las medidas que hubiera podido adoptar sin ella misma como arrendatario gestionara la empresa. Más de la eficacia real ex causa, no será muy grande. El titular que continúa gestionando su empresa queda sometido a las instrucciones del empresario que adquiere el poder de dar instrucciones.<sup>35</sup>

La licitud de estos contratos no implica la determinación del órgano social que puede celebrarlos. Al efecto, el propio Duque señala que si implican una modificación del objeto social (el cual se da en la mayor parte de los casos), el órgano competente será la asamblea de accionistas.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup>DUQUE, JUSTINO, *Los métodos de grupos de sociedades*, Revista del Instituto de Derecho Comparado, enero-diciembre, 1966, números 26 y 27, p. 409 y 410.

<sup>36</sup>Idem.

Al tratar la validez de este tipo de contratos en nuestro país, al conducir a una restricción del radio de acción de los órganos de la sociedad dominada a pesar de pertenecer conceptualmente a la esfera externa de estas partes contractuales, se podría sostener respecto a países cuyos ordenes jurídicos no contienen reglamentaciones respecto de agrupaciones de empresas, que dicha relación de dominación es incompatible con el principio de la supremacía de la asamblea general de accionistas (en México, art. 178 LGSM) perteneciente a la esfera corporativa de la sociedad anónima. Sin embargo, deberá predominar en este aspecto, una separación entre las dos esferas mencionadas en tal manera que la relación de agrupación de empresas obliga a la sociedad en forma igual a otros vínculos jurídicos contractuales y que esta vinculación surte el efecto de restricción de actuación del órgano antes mencionado, cuya restricción de actuación se limita en verdad a la esfera corporativa cuyo radio de acción encuentra sus límites en aquellos puntos que con fundamento en relaciones contractuales externas estuvieren sometidos a vínculos en favor de partes contractuales de la misma sociedad. La supremacía fijada en el art. 178 LGSM tiene, por tal motivo, carácter puramente corporativo relacionado con el funcionamiento interno de la sociedad.

En las líneas anteriores, a los contratos de agrupación de empresas se le pueden atribuir carácter de relaciones crediticias, que puede hacerse respecto a derecho mexicano que no contiene reglamentación propia de tales contratos, en tanto que en la doctrina alemana se consideran como pertenecientes a la organización corporativa con fundamento en su reglamentación contenida en los artículos 291 a 338 de la ley alemana sobre sociedades por acciones<sup>37</sup>

La validez de tales contratos chocan también con el art. 198 de la LGSM, que considera nulos los pactos sobre votos en las asambleas de accionistas, pactos que se presuponen en la celebración de tales contratos.

---

<sup>37</sup>FRISCH PHILIPP, WALTER. *Relación entre las esferas de la sociedad anónima*. Estudios jurídicos en honor de Alberto Vázquez del Mercado. Editorial Porrúa, pp. 659 y 660.

9 El consorcio. El consorcio es una técnica de mediación que permite a sus miembros organizarse y efectuar mancomunadamente actividades que redundan en beneficio de cada uno de ellos y que pueden ser mejor afrontadas interponiendo entre los intereses particulares y la actividad a su servicio, un órgano común que va a asumir por cuenta y favor de los consorciados tareas más eficazmente cumplidas desde un centro de imputación colectivas. El consorcio pone a disposición de sus componentes un aparato instrumental que actuará en pro de sus intereses, pero que solo acometerá aquellas actividades que se decida encomendarle, precisamente por ser susceptibles de mejor desempeño por vía asociativa (...)

De esta forma, la creación del consorcio no afectaría las titularidades de los agrupados: cada uno de ellos mantiene íntegramente las competencias y disponibilidades que no se hayan decidido aportar a la gestión común, sus patrimonios no se funden con los del consorcio, sus iniciativas pueden dirigirse a otras finalidades. Únicamente el consorcio asumirá patrimonios y titularidades en la medida y con el alcance necesarios para garantizar el éxito de las funciones adjudicadas.

(...) El consorcio vendría diferenciado de la sociedad teniendo en cuenta que en él se identifican fin y objeto, mientras que en la sociedad puede distinguirse por un lado su objeto propio y de otro el fin perseguido, que sería el lucro. En el consorcio no aparece ánimo de beneficio, el deseo de ganancia como fin propiamente consorcial puede favorecer desde luego a los consorciados, pero el consorcio en sí no pretende ni la obtención de un rendimiento ni la consecución de lucros mercantiles (...)

En cuanto a la comunidad de bienes, la separación vendría basada en que en ésta se aportan efectivamente patrimonios para la creación de un acervo común susceptible también de gestión colectiva. El consorcio, por el contrario, no persigue la comunidad de titulares, lo que pretende es realizar colectivamente sólo la gestión, no una comunidad de patrimonio en sí. Ello

no obsta que determinados elementos sean puestos a disposición del consorcio, pero no en cuanto a la creación de una comunidad patrimonial, sino exclusivamente como medios al servicio de su gestión <sup>38</sup>

La originaria noción de consorcio aparentemente se reducía a aquella de un acuerdo entre empresarios competidores con el fin de obtener una recíproca restricción de la competencia y parecía resolverse en una organización (la organización del consorcio) que funcionaba con esta única finalidad. La nueva formulación que configura del consorcio la legislación italiana, lo concibe, por el contrario, como el contrato mediante el cual varios empresarios constituyen una organización común para la regulación o para el desarrollo de determinadas fases de las respectivas empresas. El énfasis no se limita entonces a la limitación de la competencia, que es un aspecto, por decirlo así, extrínseco, sino que abarca directamente determinadas fases de la empresa, que pueden ser fases no solo de aprovisionamiento de materias primas o de distribución de los productos, sino también fases de la producción. Se trata, por consiguiente, de una forma de concentración (parcial) dirigida a una finalidad que se resuelve en la creación de una organización común (aunque solamente sectorial), que sustancialmente da vida, en los sectores considerados, a una organización de empresa a latere y autónoma respecto a las organizaciones singulares (que permanecen) de las empresas consorciadas (...)

El artículo 2615 del Código Civil dispone que por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio, las personas que tienen la representación del mismo no responden frente a las pretensiones de terceros, pudiendo éstos hacerlas valer solamente frente al fondo común del consorcio, y no como anteriormente, en que podían accionar también contra las personas que actuaban en nombre de éste.<sup>39</sup>

La ley exige que el contrato sea por escrito bajo pena de nulidad y debe indicar:

<sup>38</sup>MARTÍN MATEO, RAMÓN. El consorcio como institución jurídica, número 61, enero-abril, 1970, Madrid, España, pp. 12-14.  
<sup>39</sup>PIRRAS, ANTONIO. Nuevas formas de organización de la actividad de la empresa. Revista de Derecho Mercantil, números 153 y 154, julio-diciembre 1979, Madrid, p. 602.

1. El objeto y duración del consorcio
2. El domicilio del mismo que eventualmente se haya fijado.
3. Las obligaciones y contribuciones de los consorciados
4. Las atribuciones y los poderes de los órganos del consorcio, incluyendo los que se refieren a la representación en justicia.
5. Las condiciones de admisión de nuevos miembros.
6. Los casos de retiro y exclusión.
7. Las sanciones al miembro que no cumpla con sus obligaciones.

El contrato debe establecer los órganos de control y la forma de adoptar los acuerdos, los cuales se adoptarán con la mayoría favorable de los miembros del consorcio si se refieren a las actividades objeto del consorcio y por unanimidad si se trata de la modificación del contrato.

El consorcio se disuelve:

1. Por la expiración del plazo de duración.
2. Por consecución del objeto o por imposibilidad de conseguirlo.
3. Por voluntad unánime de los miembros.
4. Por deliberación con el voto favorable de la mayoría de los miembros a menos que exista estipulación en contrario en el contrato constitucional.
5. Por disposición de la autoridad gubernativa en los casos previstos por la ley.

Además de estas disposiciones generales para todos los consorcios la ley italiana distinguiendo entre los consorcios de actividad interna y los de actividad externa reglamenta éstos últimos especialmente definiéndolos como aquellos en los que el contrato ha previsto una oficina destinada a desenvolver una actividad con terceros. Estos consorcios deben inscribirse dentro de los treinta días de su constitución en el Registro de empresas. Las contribuciones de los miembros y los bienes adquiridos forman el fondo del consorcio. Durante la duración del

mismo los miembros no pueden ceder su parte del fondo y los acuerdos particulares de los miembros no pueden hacer valer sus derechos respecto de tal fondo.

(...) De las obligaciones asumidas en nombre de los miembros del consorcio, considerados individualmente, responden éstos solidariamente con el fondo del consorcio. En caso de insolvencia en las relaciones entre miembros la deuda del insolvente se reparte entre todos proporcionalmente a la cuota respectiva.

La ley ha previsto así los dos casos que se presentan en los consorcios. El primero que se refiere a la actuación para la finalidad del consorcio y que es común a todos los miembros, como el alquiler del local, el personal, etc. El segundo se refiere a la actividad del miembro del consorcio en la colocación o adquisición de sus productos.

La ley ha previsto también los consorcios obligatorios estableciendo que por la autoridad gubernativa puede disponerse por una zona determinada la constitución de consorcios obligatorios entre quienes se dediquen al mismo ramo o ramos similares de la actividad económica y cuando tal contribución responda a las exigencias de la organización de la producción, en cuyo caso también puede disponerse la transformación en obligación de los consorcios constituidos voluntariamente.

Los contratos de consorcios que puedan influir en el mercado general de los bienes que constituyan la actividad del consorcio están sometidos a la aprobación de la autoridad gubernativa, la cual controla la actividad del consorcio y cuando ésta no se conforme a la finalidad para la cual el consorcio fue constituido, la autoridad gubernativa puede confiar la gestión a un comisario y en casos graves incluso disponer la disolución del consorcio.<sup>40</sup>

Debido a que el consorcio no se encuentra regulado en nuestro país, y a reserva de que las normas del Código Civil italiano sirvieran como orientación, consideramos más conveniente

---

<sup>40</sup>SOLA CAÑIZARES, FELIPE. *op. cit.*, pp. 106 y 107.

utilizar en México formas jurídicas análogas, tales como la asociación en participación, o la constitución de una nueva sociedad

10 Los contratos de dominación e incorporación: A reserva de volver posteriormente sobre los mismos cuando analicemos las uniones de empresas en el derecho comparado, mencionaremos brevemente las características más importantes de los mismos.

a/ Contrato de dominación: La caracterización de este contrato se realiza, por la enunciación de su finalidad -subordinar la dirección de la sociedad a otra empresa- abandonando la enunciación del medio -comunicación de instrucciones- con el cual la empresa ejerce el señorío adquirido por la sociedad.

El contrato de dominación es un contrato mediante el cual una sociedad por acciones somete la dirección de su empresa a otra empresa que adquiere la facultad de imponer las decisiones referentes a la gestión de aquella a los órganos de la sociedad subordinada.<sup>41</sup>

El derecho alemán regula ampliamente dicho contrato, estableciendo que deben ser celebrados por las juntas de socios, exigiendo una compensación a cambio y una serie de medidas protectoras de los socios no interesados o desprotegidos en el contrato de dominación y otras en beneficio de los acreedores sociales, pero ya se detallarán más en el capítulo correspondiente.

b/ Contrato de incorporación: El negocio de incorporación tiene carácter jurídico social, puesto que, por las características de la situación creada, sobrepasa la unión existente entre la empresa dominante y la sociedad por acciones dependiente cuando se ha celebrado un contrato de dominación, para aproximarse al negocio de fusión entre sociedades, de la cual, sin embargo se

---

<sup>41</sup> DUQUE, JUSTINO, Las uniones de empresas... op cit., fascículo 2 pp. 414-415.

diferencia porque la incorporación no destruye la personalidad jurídica de ninguna de las sociedades que han celebrado el negocio (...)

Al mismo tiempo que se protegen adecuadamente los intereses dignos de protección en la situación descrita, la unión así creada no posee la rigidez de una fusión, por lo cual la seguridad jurídica se obtiene sin el fortalecimiento excesivo de las concentraciones capitalistas.<sup>42</sup>

Para dicho contrato también se establecen medidas protectoras de acreedores y de los socios minoritarios, así como un procedimiento para su celebración, el cual será estudiado en el momento oportuno. Como última característica podemos señalar que la sociedad que va a convertirse en principal requiere poseer el 100% de las acciones de la sociedad a incorporarse (aunque en ciertos casos se permite el 95%, la incorporación no se produce hasta que se obtiene el 100%).

II. El pacto de exclusiva: En términos amplios, y no solo como limitación a la libertad contractual, ha sido concebido como una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación, bien de no realizarla en favor de terceros o bien ambas obligaciones recíprocamente.

La esencia de este acuerdo se encuentra en no recibir, en no realizar ciertas prestaciones, en no concluir determinados contratos, sino solamente con aquellas personas a quienes se les reconoce la exclusiva (...)

(...) El pacto de exclusiva no puede acordarse en forma abstracta y general. No puede ser un acuerdo autónomo e independiente de una relación fundamental. Se habla así de un contrato de agencia o de distribución exclusiva, de un suministrador o proveedor exclusivo, etc. Siempre el pacto de exclusiva estará ligado a una relación principal y por ello resulta un acuerdo accesorio, adicional, que acompaña a algún contrato.

---

<sup>42</sup>DUQUE, JUSTINO, Las uniones de empresas... op. cit., fascículo 4, p. 909

El contrato al que va unido el pacto de exclusiva es generalmente un contrato de ejecución continuada o diferida, es decir, produce entre las partes una relación duradera, más o menos permanente. La exclusividad no se presenta en contratos de ejecución inmediata (...)

De este modo, el pacto de exclusiva puede ser simple o de doble signo, o unilateral o bilateral, en atención a los obligados por la exclusiva (...)

El pacto de exclusiva tiene dos requisitos básicos. Está referido siempre a determinada zona geográfica o comercial. Puede también comprender determinada clase de productos, pero esto también implica una zona geográfica. El otro requisito es su limitación en el tiempo; siempre la exclusiva debe tener un plazo (...)

El efecto general que el pacto de exclusiva produce entre las partes es una obligación de no hacer, y más específicamente de no contratar. Pero este deber sólo se produce entre las partes que intervienen en el pacto de exclusiva. De este modo, si una parte viola el pacto de exclusiva y contrata o recibe prestaciones de un tercero, esta nueva relación con el tercero es válida y el beneficiario de la exclusiva no puede exigir la nulidad o invalidar el nuevo acto, pues el tercero con quien contrató no estaba obligado por el pacto de exclusiva. En resumen, el contrato celebrado entre el deudor del pacto de exclusiva y un tercero es válido.

Con respecto al acreedor o beneficiario del pacto de exclusiva, el deudor que lo viola debe resarcir los daños y perjuicios causados, por aplicación del principio general del incumplimiento de las obligaciones negativas (...)

Ante el incumplimiento del pacto de exclusiva por una parte (unilateral) o las dos partes (bilateral) obligadas, las consecuencias o efectos del incumplimiento se producen exclusivamente entre las partes. Este incumplimiento, como el incumplimiento de cualquier contrato bilateral, de prestaciones recíprocas, da derecho a la parte perjudicada a pedir, de acuerdo al art. 1949 del C.C., el pago de daños y perjuicios y el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato.

Es frecuente por tanto que, dada la importancia que el pacto de exclusiva tiene para algunos contratos mercantiles como el de agencia o el de distribución, el incumplimiento del pacto sea causa de terminación de todo el contrato. Para el resarcimiento de los daños pueden las partes plantear contractualmente varias soluciones. El fabricante, por ejemplo, viola el pacto de exclusiva y vende directamente o a través de un tercero en el territorio asignado, puede verse obligado a pagar la comisión al agente exclusivo o el margen del distribuidor exclusivo al considerarse que la venta se hizo como por su conducto. Puede también establecerse contractualmente una remuneración equivalente como una fracción o porcentaje de la comisión o margen que restituyan al beneficiario de la exclusiva el daño causado.<sup>41</sup>

B/ Vinculos societarios: Dentro de este apartado, consideraremos aquellas relaciones entre empresas, que se llevan a cabo a través de vinculos societarios, entendiendo por estos, la participación a través del capital social de sociedades. Para efectos de lo anterior, analizaremos dichos vinculos desde dos puntos de vista, uno enfocando dichos vinculos en la sociedad que se forma a raíz de la unión, y otro atrayendo la atención en ciertos mecanismos de participación dentro del capital social de la sociedad o sociedades objeto de la agrupación:

b. 1/ Desde el punto de vista de la sociedad que se forma a raíz de la unión:

1. Sociedad holding o controladora.
2. La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas.
3. Las sociedades de personas.

b. 2/ Desde el punto de vista de los mecanismos de participación:

1. Participación directa en el capital social.
2. Participaciones reciprocas de sociedades.

---

<sup>41</sup>ARCE GARGOLLO, Javier, op cit., pp 190-195.

3. Participaciones indirectas

4. Participación en los créditos en forma de obligaciones emitidas por una sociedad.

b. I/

1. La sociedad holding o controladora:

Analizando las uniones de empresas a raíz de la sociedad que se forma a raíz de la unión, nos hace tratar a la sociedad holding o controladora en primer lugar, sobretodo debido a que ha sido la más utilizada en la práctica. Podemos decir que probablemente ha sido el medio más común al que se ha recurrido en las agrupaciones entre empresas, especialmente cuando se han querido crear dichas uniones en forma más o menos permanente. No deja de llamar la atención el hecho de que la primera regulación parcial que se ha hecho en México sobre los grupos de sociedades (la ley de agrupaciones financieras), contempla dicha sociedad holding como el mecanismo para llevar a cabo dicha agrupación.

El origen de la sociedad holding se puede encontrar en los excesos cometidos por los trusts en Estados Unidos, que motivaron al Estado a intervenir, dictándose en 1890 la Sherman Act por la que se declara ilegal todo contrato o combinación, en forma de trust, asociación u otra que restrinja el tráfico o el comercio entre los diversos estados y declarándose culpable de una acción ilegal a toda persona que monopolice o intente monopolizar, o que se combine o asocie con cualquier persona o personas para monopolizar cualquier parte del tráfico o comercio entre los diversos estados o con las naciones extranjeras.

Esta legislación represiva, que alcanzaba por igual (y así resultó de su aplicación por los tribunales) a ambas formas de concentración industrial (la fusión y el trust) utilizadas hasta el momento, pareció en cambio, poderse eludir recurriéndose a la holding company que permitía obtener fácilmente el control de otras empresas en forma igualmente efectiva pero mucho

menos aparente, mediante la posesión de la mayoría, o aún mismo, de un simple porcentaje de su capital accionario.<sup>44</sup>

El éxito de la holding se debe vincular a las indiscutibles ventajas de orden jurídico y práctico que comparativamente ofrece, como medio de lograr las uniones entre empresas y su reciproco contralor (...)

(...) La posesión de la mayoría (o de porcentajes notablemente menores) de acciones de una sociedad, permite ejercer sobre ella el control deseado sin que se deba necesariamente disolverse como en el caso de la fusión, sino simplemente designando los miembros de su directorio e imponiendo la voluntad mayoritaria en las asambleas sociales. Si a esto se le agrega la posibilidad de perfeccionar la fórmula original mediante ingeniosos sistemas complementarios, tales como el de "d'emboitements successifs" o sistema piramidal, las sociedades en cadena, las acciones de voto plural o privilegiado, etc. llegamos a la conclusión de que con proporcionalmente pequeños capitales se logran dominar grandes empresas sin ningún requisito de publicidad ni previas autorizaciones ni complejidades sustanciales o formales derivadas de acuerdos o convenios de carácter contractual. Por otra parte, la sociedad holding no solo se adapta a los fines de la concentración industrial (lo que opera generalmente de abajo hacia arriba) sino que sirve para la obtención de las ventajas derivadas de la descentralización de empresas exageradamente desarrolladas que pueden, de esta manera, usufructuar simultáneamente de las ventajas de la grande y pequeña empresa.<sup>45</sup>

La idea de contralor, como elemento caracterizante del instituto, inspira la mayor parte de las definiciones. La sociedad holding es corrientemente concebida como el instrumento jurídico que permite alcanzar el sojuzgamiento de empresas que pasan a ser controladas, subsidiarias o filiales (...)

---

<sup>44</sup> FERRO ASTRAY, JOSE, op. cit., p. 8.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 8 y 9.

El criterio del contralor, ha parecido, sin embargo, a un sector de la última doctrina, irrelevante desde el punto de vista jurídico, como para justificar la existencia de un instituto distinto al que conforman las demás empresas cuyo principal objeto consiste en la participación en el capital de otras compañías o sociedades.

A través de este razonamiento, complementado con la afirmación de que el contralor de una empresa puede lograrse aún sin la participación en su capital, se ha concluido finalmente por colocar en tela de juicio la propia realidad jurídica de la sociedad holding, cuyo concepto vendría a quedar diluido dentro del más amplio de empresas o sociedades de participaciones.<sup>46</sup>

Sin entrar a disquisiciones de si dicho término de sociedades de control es correcto o no, ya que como señala Santamaría, es natural que en un principio el concepto de control o dominio de una empresa haya sido resistido al chocar, en primer lugar y al decir de Messineo, contra el criterio corriente por el que cada esfera de intereses está gobernada exclusivamente por el sujeto a quien, según el derecho, pertenece; y está, en consecuencia, sustraída a cualquier influencia ajena.<sup>47</sup> Sin embargo, y a pesar de lo mencionado anteriormente, consideramos que dicho término es correcto para significar un nuevo tipo de sociedad, dadas las situaciones que mencionaremos posteriormente a que puede dar lugar.

Existen dos opiniones de la doctrina, acerca de que se debe entender por la sociedad holding: para unos la noción de contralor es el elemento jurídicamente caracterizante de la sociedad holding, y para otros, dicha noción es irrelevante a los fines de caracterización de la holding, por lo que centran su atención en el objeto de una sociedad de participar en otras sociedades.

Dentro de la primera tendencia, Garrigues señala que la sociedad de cartera (holding company) procura la compra de acciones de sociedades ya existentes o promueve la constitución de sociedades filiales, reservándose una participación en el capital de éstas que le

---

<sup>46</sup>Ibidem, p. 10.

<sup>47</sup>SANTAMARÍA, FRANCISCO J., *Notas en torno al control de sociedades*, Estudios jurídicos en honor de Roberto Manilla Molina, Editorial Porrúa, p. 748

permite tener en sus manos la dirección administrativa de éstas. Lo que caracteriza a éstas sociedades es su voluntad de dominio, su propósito de señorío sobre otras sociedades (...)

Dicho concepto ha sido calificado por la doctrina como de restringido, en cuanto limita la noción de aquel instituto al único caso en que una sociedad persiga el contralor de otras empresas.<sup>48</sup>

Recientemente, sin embargo, y especialmente en Italia, se ha venido manifestando una tendencia contraria a la precedentemente expuesta. Su principal fundamentación se realiza negando que la noción de contralor, como finalidad específicamente perseguida por los holdings, posea relevancia jurídica a los fines de una posible distinción entre ellos y las distintas empresas que dedican su principal actividad a la adquisición de valores-participaciones en otras sociedades. Al efecto, Ascarelli señala que la medida e intención con las que se cumple dicha participación y que determinarán o no el contralor de una sociedad sobre otra o varias otras, serán ciertamente relevantes jurídicamente frente a las normas de contralor o en la valorización del fraude a la ley, pero no podrán, en vía de principio, determinar la admisibilidad de una u otra disciplina en el terreno del derecho privado.

De acuerdo con esta opinión la expresión holding sería utilizable por toda sociedad que sin ejercer directamente ninguna actividad industrial o comercial, se dedica a la administración de los paquetes accionarios en los que ha invertido su patrimonio y, por lo tanto, hasta donde sea posible, dada la medida de la inversión, al contralor de la sociedad (...)

(...) Ascarelli niega que el contralor caracterice jurídicamente a la holding, ya que ésta presentará las mismas características jurídicas aún cuando no posea el contralor de la sociedad cuyas acciones tiene en cartera (como sucede en el caso en que busca alcanzar las finalidades de un sindicato accionario) mientras, por otra parte, la unificación de varias sociedades en un grupo puede obtenerse también por caminos diversos (...)

---

<sup>48</sup>FERRO ASTRAY, JOSE, *op. cit.*, p. 10 y 11.

Por su parte, Guerra señala que el contralor es el supuesto en casi todos los fines mas usuales de la sociedad holding, pero no es un elemento que pueda servir para caracterizarla jurídicamente.

El contralor sería, para este autor, una situación de hecho que puede determinar una reglamentación particular de algunas consecuencias que alcanza a provocar, pero no es un elemento de caracterización jurídica. Una sociedad normal puede transformarse en holding sin que se transforme su estructura jurídica.

Considerando únicamente el contralor por vía accionaria afirma que no es otra cosa sino el poder que deriva de una constante mayoría en la asamblea y no tiene otra característica diversa. El poder de contralor que posee un socio no le confiere derechos particulares, deberes o responsabilidades diversas a las del socio de la minoría. El ser participante de la mayoría o minoría se limita a crear particulares situaciones de hecho que puedan determinar particulares problemas y particulares situaciones legislativas, pero no modifica la posición jurídica (status) del socio.

Dentro de esta tendencia se concluye, entonces, afirmando que la sociedad holding debería entenderse en sentido "amplio" como aquella que tiene como objeto único o preponderante, el adquirir y administrar participaciones en otras sociedades. Queda eliminada así, como elemento caracterizante de la holding, la noción tradicional del contralor de otras empresas.<sup>49</sup>

La sociedad holding en la legislación no ha sido sumamente regulada. Podemos decir que en términos generales se han adoptado hacia ella dos posturas.

En general, puede decirse que las legislaciones que adoptan una actitud de prevención y aún represiva, respecto de los holdings como elemento eventualmente perturbador de su

---

<sup>49</sup>FERRO ASTRAY, JOSÉ *op. cit.*, p. 12 y 13.

economía, las definen de acuerdo con el criterio restringido antes expuesto, en función del elemento contralor (...)

Por el contrario, aquellos países, por lo común pequeñas naciones, que procuran atraer a su seno capitales foraneos con fines de radicación y a efectos puramente fiscales, dan de la sociedad holding el concepto más amplio posible (...)

En relación a la primera postura, podemos citar a la Companies Act inglesa de 1948, cuyo artículo 154 establece, a través de una extensa y minuciosa disposición, la existencia de la holding company en base al contralor ejercido sobre empresas denominadas subsidiarias, considerando que éstas revisten tal carácter cuando otra compañía controla la composición de su consejo de administración o posee más de la mitad del valor nominal de su capital accionario (...)

En relación al segundo criterio, como un ejemplo del mismo la legislación del Principado de Liechtenstein, para la que una sociedad puede adquirir los beneficios de la sociedad holding cuando su objeto consiste principalmente en la gestión y administración de participaciones en otras empresas.<sup>50</sup>

La ley de Sociedades Comerciales de Argentina de 1972, en su art. 33 define a las sociedades controladas aquellas en que otra sociedad en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada, posee participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social.<sup>51</sup> Dicha legislación tiene la ventaja de no determinar porcentajes ni establecer el medio por el cual se debe obtener el control.

Ventajas o usos que se le pueden dar a la sociedad holding:

I. Se observa en nuestro país que cada vez más se recurre a la formación de Sociedades Controladoras, por las múltiples ventajas que representan entre las que pueden citarse las

<sup>50</sup>ibidem, pp. 13 a 15.

<sup>51</sup>ALEGRIA HÉCTOR. Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control, Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones, Año 11, Núms 61 a 68, Buenos Aires, p. 309.

siguientes. La constitución de este tipo de sociedades constituye una oportunidad para actualizar el valor del patrimonio de los inversionistas, de las Sociedades Controladas, ya que en el momento de la enajenación de acciones en favor de la controladora, se adiciona a su valor nominal el superávit, bien sea ganado por revaluación de activos y el crédito mercantil que reconozcan los accionistas de la Holding, a cada una de las empresas que se integran;

2. Simplifica el control de la inversión personal al encontrarse su patrimonio representado por acciones de una sola compañía, y facilita la transmisión de las acciones, por encontrarse consolidada la inversión personal de la empresa controladora;

3. Permite la diversificación del riesgo, al representar las acciones de la controladora participación en un grupo diversificado de empresas.

4. Para la Sociedad Controladora se derivan ventajas de tipo financiero, pues al consolidarse la inversión en una sola empresa, se amplían las posibilidades para concurrir al mercado de valores, se permite la transferencia de recursos entre las empresas del grupo; se posibilita a las Sociedades de Control el acceso a financiamientos en condiciones atractivas y en general, se amplía su capacidad para obtener financiaciones.<sup>52</sup>

5. La sociedad holding también se ha utilizado con objeto de evitar problemas de carácter laboral, tanto en caso de conflictos, como de reparto de utilidades a trabajadores, de manera que una sociedad holding no cuenta generalmente con empleados en forma directa, sino que "contrata" la prestación de servicios de otras sociedades (filiales) para desarrollar sus funciones.<sup>53</sup>

6. En el ámbito interno, los grupos de sociedades tienen la ventaja de permitir un mayor grado de perfeccionamiento en su organización, tanto industrial como del proceso productivo, como comercial o del proceso distributivo, con lo cual se logra una mayor racionalización de la

---

<sup>52</sup>LEÓN LEÓN RODOLFO, *Las sociedades de control, nueva forma social objeto de conceptualización y regulación en la ley mercantil*, Estudios de derecho bursátil, México, septiembre 1983, pp. 27 y 28.

<sup>53</sup>COUFAL DÍAZ GARZA, ERIC, *Los grupos de sociedades*, Estudios jurídicos en honor de Alberto Vázquez del Mercado, op. cit., p. 608.

actividad de cada sociedad agrupada, como medio para lograr un mayor rendimiento del grupo.<sup>54</sup>

7. Creación de una entente financiera obteniendo beneficios mediante operaciones con las filiales o entre las filiales.

8. Disminución de cargas fiscales del conjunto del grupo.

9. Racionalización de la producción y de la venta y formación de una entente industrial.

10. Creación de sucursales en el extranjero, pero bajo la forma de sociedades nacionales en cada país y las cuales son jurídicamente independientes.

11. Instrumento de derecho público, como organismos del Estado o corporaciones públicas.

12. Las sociedades de control se establecen en los países que les ofrecen condiciones fiscales más favorables, evitando siempre la doble imposición.<sup>55</sup>

13. El holding como instrumento de control y coordinación de las empresas públicas:

1. La empresa pública como realidad económica que asume distintas formas jurídicas opera en las economías de mercado como un centro de decisión autónoma en medio de otros entes generalmente privados nacionales y extranjeros, estableciendo relaciones económico-mercantiles.

2. El carácter público de estas empresas jurídicamente se manifiesta en la titularidad del capital, pero en la gestión tiende a diluirse su natural función de actuar en interés general o social.

3. Por su parte el gobierno central depositario del monopolio del poder de coacción en la sociedad debe plantearse objetivos macroeconómicos globales.

4. Ambas hipótesis, poder decisorio de la empresa (microfinalidad) y gobierno central supremo concentrador de la voluntad global de la sociedad, deben relacionarse o imbrincarse en un plan nacional de desarrollo, que apunte a materializarse vía instructivos a través de los distintos sistemas de control administrativo (...)

---

<sup>54</sup>Ibidem, p. 615.

<sup>55</sup>SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE op. cit., p. 501

5. Para vincular ambos niveles con criterios de eficiencia en la gestión empresarial, ha surgido la figura jurídica denominada holdings públicos, que cumple una función de intermediación entre los objetivos macroeconómicos y microeconómicos.
6. El derecho comparado administrativo nos ofrece una rica experiencia a través especialmente del IRI italiano y el INI español susceptible de ser utilizado en los países latinoamericanos.
7. La actual reforma administrativa mexicana y especialmente el Acuerdo de agrupamiento sectorial, del sector paraestatal nacional, constituyen premisas que abren perspectivas a la creación de holding o sub-holding sectoriales.<sup>56</sup>

Consecuencias a que puede dar lugar la sociedad holding y que requieren de una regulación especial:

1. Debe establecerse la obligación de indicar dentro del objeto social de una controladora, no la declaración general de participar en el capital o administración de otra u otras empresas, sino el particular de la rama industrial o comercial a que está orientada o a la línea de que forme parte, ya que el interés del accionista debe ser grande cuando la sociedad se dedica a determinada actividad, y mínimo o nulo si la Sociedad Controladora cambia aquella línea para la que inicialmente fue creada.
2. Deben establecerse también por la Ley Mercantil, normas de carácter obligatorio sobre la consolidación de estados financieros, que se complementen con cifras individuales de las subsidiarias consolidadas, para que los inversionistas cuenten con una información correcta y suficiente de la Sociedad de Control donde va a invertir.

---

<sup>56</sup>WITKER, JORGE. El holding como instrumento de control y coordinación de las empresas públicas: su eventual aplicabilidad a la realidad jurídico-económica de México, Boletín mexicano de derecho comparado, Núm. 34, enero-abril 1979.

Por otra parte, la información financiera, al proporcionar solo datos del pasado, resulta insuficiente para que el inversionista tome sus decisiones de compra o venta de acciones de la sociedad de control, siendo de la máxima importancia que se hagan explícitas las políticas del grupo, para que el público pueda fundar sus expectativas que den base a sus órdenes de adquisición o enajenación de acciones. No se propone que se de a conocer la estrategia para el logro de los planes, sino los fines que perseguirá el grupo (...)

3. Deberán dictarse las medidas que impidan la concurrencia simultánea al mercado de valores de acciones de sociedades controladas y subsidiarias, evitando así los fenómenos de piramidación accionaria y crediticia y prohibirse el acceso al mercado, de empresas controladas cuyo fin preponderante pueda en un momento dado ser más el apoyo a otra u otras sociedades del grupo, que los resultados de la misma sociedad.

4. Por la magnitud e importancia que pueden llegar a tener estas sociedades, deben establecerse requisitos calificados para su constitución y no restringirse su corroboración a lo que en México se denomina homologación judicial, o sea la comprobación de tales requisitos por un juez de distrito o de primera instancia, lo que se ha demostrado ser totalmente ineficaz, sino conferirse tal vigilancia a una autoridad administrativa especializada y concedora a fondo de los objetivos perseguidos por la ley. Cuando la Sociedad Controladora inscriba sus títulos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, sería la Comisión Nacional de Valores la autoridad encargada de la comprobación respectiva, sin que exista autoridad especial para tal efecto, en caso contrario.

5 Se habrá de exigir también la necesaria dictaminación de los estados financieros de estas sociedades por contadores públicos independientes, como una garantía más de su fidelidad.<sup>57</sup>

Por otra parte, en lo que se refiere al conjunto de acciones del cual se deriva la detentación del control de una sociedad, la transferencia del control de ésta no resulta indiferente al resto de los accionistas. De ahí la obligación de información dispuesta en las legislaciones modernas cuando tal circunstancia se produce, y aún cuando sin llegar a ese extremo se da la existencia de una fuerte participación.

Pero avanzando en estas consideraciones advertimos que pueden llegarse a darse situaciones de verdadero perjuicio para los accionistas por la posibilidad de competencia desleal o por el propósito de saqueo o "vaciamiento" de la sociedad.

Adviértase también que al tomar el control de la sociedad el adquirente se hace cargo de la conducción de una organización y del plus valor que ella representa por su aptitud para generar ganancias, lo que no es mérito exclusivo en la generalidad de los casos del accionista que enajena el control. Ello ha provocado un cuestionamiento en la doctrina norteamericana respecto de la licitud de la apropiación del valor adicional por parte de quien vende el paquete de control en perjuicio de los demás accionistas.

Estas reflexiones deben servirnos para prever en determinados estatutos cláusulas que constituyan una defensa de los accionistas frente a un cambio de manos en el control de la sociedad, ya sea en determinados supuestos de disolución, de ejercicio del derecho de receso o de reconocimiento de un derecho de compra preferente (...)

Al respecto en Francia hubo una reforma en su ley, uno de cuyos fines fue el de permitir a los minoritarios salir de la sociedad vendiendo sus acciones al mismo precio de las acciones de control, procurando una igualdad de tratamiento en virtud de una información pública útil.<sup>58</sup>

Las sociedades de control presentan los siguientes peligros:

<sup>57</sup>LEÓN LEÓN, RODOLFO, op. cit., pp. 39 a 41.

<sup>58</sup>ODRIOZOLA, CARLOS., Acerca de las acciones de control, Revista del derecho comercial y de las obligaciones, Año II, Núm. 65, octubre 1978, Buenos Aires, Arg. pp. 1241 y 1242.

1. Para los accionistas de las sociedades controladas, que no gozan de hecho de todos los derechos que les confieren las leyes. La holding puede provocar beneficios en una filial en detrimento de la otra.
2. Para el interés público: provocando fraudes fiscales porque es fácil hacer desaparecer en una contabilidad beneficios reales, mediante operaciones artificiosas y además pueden crear de hecho un monopolio.<sup>39</sup>

Las sociedades holdings generan algunos problemas en relación al voto en las sociedades y la protección de los derechos de los socios minoritarios, así como en relación a la personalidad jurídica de las sociedades filiales, pero éstos serán tratados en los capítulos correspondientes.

## 2. La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas:

Para efectos de lo anterior, consideraremos exclusivamente la unión de empresas cuando ésta da lugar a una sociedad órgano, encargada de llevar a cabo la agrupación.

Para ello, dicha unión puede lograrse por dos procedimientos, que corresponden a dos distintas formas de organización.

a/ Agrupación de todas las empresas como socios de la misma sociedad órgano.- El pacto fundamental, por el que se constituye la agrupación y se regulan los derechos y las obligaciones de las empresas, se incorpora entonces a los estatutos de la sociedad y vincula a los socios por su condición de socios de ésta. Así mediante un organismo único se establece la necesaria conexión entre todas las empresas, elemento fundamental de la concentración, y la de éstas con la sociedad órgano, como elemento auxiliar.

---

<sup>39</sup>SOLA CAÑIZARES, FELIPE, op. cit., pp. 501 y 502.

b/ Organización separada de la agrupación de empresas y la sociedad órgano.- En el pacto mediante el cual se constituye ésta se establecen entonces los derechos y obligaciones recíprocos que ligan a las empresas con la sociedad órgano (...)

Cuando se presentan separadamente por una parte la agrupación de empresas y por otra la sociedad órgano se produce el fenómeno jurídico denominado doble sociedad, que se caracteriza por la existencia simultánea de dos entes de carácter asociativo que funcionan separada pero coordinadamente. Uno de ellos, llamado agrupación principal, carece generalmente de personalidad jurídica, y se sirve del otro, la sociedad órgano, dotada en cambio de dicha personalidad, para manifestarse externamente frente a terceros.

A primera vista parece lo más natural que, si dicha agrupación principal ha de manifestarse frente a terceros como persona jurídica independiente, lo haga por sí misma, esto es, constituyéndose bajo formas jurídicas que traen aparejada dicha personalidad. Las razones para no hacerlo así pueden ser muy distintas. Con frecuencia se ha intentado con ello evitar la aplicación de determinados impuestos que gravan a las personas jurídicas, especialmente a las sociedades mercantiles (...) Otras veces las razones no son de índole fiscal sino puramente jurídica, tratándose, por ejemplo, de evitar las dificultades que implicaría la sumisión a normas legales de carácter necesario como invariabilidad del capital social, número o nacionalidad de los socios, publicación de cuentas, etc. O bien puede darse a la agrupación principal, una estructura que no encaja bien en ninguno de los tipos legales dotados de personalidad jurídica recurriéndose por ello a este procedimiento de la doble sociedad, que parece en principio más complicado pero que ofrece en determinados casos indudables ventajas que no se podrían lograr por medios más sencillos.<sup>60</sup>

Los elementos que aparecen en esta forma de manifestarse la concentración de empresas son: a/ Una agrupación de empresas cuyos miembros se someten al cumplimiento de

---

<sup>60</sup>ALVAREZ QUELQUEJEU, LUIS CAMILO, op. cit., pp. 94-96.

determinadas reglas a fin de coordinar el desarrollo de sus respectivas actividades económicas;

b/ Una persona jurídica constituida para servir a los fines de la agrupación de empresas ejerciendo las funciones de dirección y vigilancia que se le encomienden a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que incumben a cada una de las empresas agrupadas.<sup>61</sup>

Razones para preferir la sociedad de responsabilidad frente a la sociedad anónima como órgano de la concentración de empresas

En términos amplios la regulación de la S. de R.L. se caracteriza por una mayor flexibilidad frente a la S.A. Aquella ha sido concebida para empresas más reducidas, por lo que se refiere tanto al capital como al número de socios, y su organización se halla estructurada en este sentido, al revés de lo que sucede con la S.A. para la cual se prevee una masa anónima de socios, cuya vinculación con la sociedad anónima es mínima y con frecuencia pasajera (...)

La menor rigidez del régimen legal de la S.R.L. resulta muy conveniente para el caso que nos ocupa por las siguientes razones<sup>62</sup>:

1. Por lo que se refiere a las obligaciones de los socios la diferencia entre la S.A. y la S.R.L. consiste en que solo para ésta última ha previsto la ley la posibilidad de establecer prestaciones accesorias distintas de la aportación del capital (arts. 70 y 87 LGSM). Estas obligaciones pueden establecerse a cargo de todos los socios, pueden consistir en cualquier prestación de dar, hacer o no hacer a que lícitamente puede obligarse a una persona; pero en todo caso estas prestaciones no forman parte integrante del capital social (...)

La posibilidad de establecer prestaciones accesorias de los socios adquiere particular relieve en la sociedad constituida para servir a los fines de la concentración de empresas. Las obligaciones en que consiste esencialmente el pacto que agrupa a las empresas puede

---

<sup>61</sup>Ibidem, p. 97

<sup>62</sup>Ibidem, p. 122 y 123.

configurarse como prestaciones accesorias, vinculando a las empresas por su condición de socios de la sociedad órgano, en virtud de su inclusión en el estatuto de la sociedad.<sup>61</sup>

b/ Órganos: Por lo que se refiere a los órganos de las sociedades y su forma de actuar, se observa igualmente la diferencia que existe entre la minuciosa reglamentación legal de que es objeto la Junta general de socios de la S.A. en cuanto a su competencia, quórum, procedimiento de convocatoria y demás requisitos para su válida constitución, forma de tomar acuerdos, frente a la más amplia y menos detallada de la S.R.L. (...) Quizás la diferencia más importante a este respecto se encuentre en la limitación de la competencia de la Junta de accionistas de la S.A. (...)

Para la S.R.L. en cambio, la regulación legal es de una gran amplitud. La forma y procedimientos a seguir, sobre todo en cuanto a requisitos de publicidad de la convocatoria de la junta así como de los asuntos a tratarse en ésta han sido dejados a la regulación societaria en la S.R.L.

Pero más que en lo referente a la Junta general, la diferencia de regulación legal entre la S.A. y la S.R.L. se manifiesta en lo que respecta a administradores (...)

El margen de libertad que concede la ley para configurar las facultades y el funcionamiento del órgano administrativo es mucho mayor en la S.R.L. que en la S.A., permitiendo la mejor adaptación de aquella a las particulares funciones que ha de desarrollar el órgano de concentración de empresas. La mayor libertad de la organización de la administración de la S.R.L. contribuye también a la más fácil adaptación de sus órganos administrativos a las circunstancias económicas en que se desarrolla la concentración de empresas.

c/ Cuentas anuales: Por lo que se refiere a las cuentas anuales se observa en la reglamentación legal la influencia de la consideración de la S.R.L. como sociedad compuesta por socios

---

<sup>61</sup>Ibidem, pp. 124 y 125.

estables y en contacto frecuente con la marcha de la gestión social frente a la S.A. en la que concurre un gran número de socios cuya participación en la vida social es mínima. Por eso, para esta última se determina minuciosamente el contenido del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias. La S.R.L. en cambio, concede amplio margen de libertad al regular la obligación de los administradores de formar el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias. Esto supone ya en cierto modo una mayor flexibilidad de la S.R.L. contribuyendo a hacer más fácil su adaptación a las necesidades de la concentración de empresas.

No se exige para la S.R.L. la constitución de una reserva a fin de cubrir posibles pérdidas futuras. Ello permite una mayor libertad en la distribución de los beneficios de la S.R.L... Es claro que en el caso concreto de la sociedad que aquí estudiamos resulta interesante no verse sometido a la obligación de constituir reservas, ya que el desarrollo de las funciones que generalmente se le encomiendan no requiere un fondo patrimonial muy amplio; y por otra parte no interesa a las empresas asociadas inmovilizar en las reservas un patrimonio que no ha de servir como medio para ampliar la explotación ni el crédito de una empresa.<sup>64</sup>

Los inconvenientes que podemos encontrar en su utilización es la limitación en cuanto al número de socios (25 como máximo)<sup>65</sup> y en la imposibilidad de introducir las partes sociales en las bolsas de valores, aunque en algunos casos puede suceder que ese sea el fin perseguido.<sup>66</sup>

Forma de organizar la relación entre la S.R.L. que sirve de instrumento de la concentración de empresas y las empresas que la integran:

I. Si se adopta la estructura unitaria la S.R.L. cumple con los siguientes fines:

a/ Constitución de un vínculo entre las empresas: Por una parte sirve la S.R.L. de medio para la constitución de un vínculo estable entre las empresas interesadas en agruparse. No existe en

<sup>64</sup>ibidem, pp. 126-131

<sup>65</sup>ibidem, p. 132.

<sup>66</sup>BARRERA GRAF, JORGE, op. cit., p.370.

este caso una agrupación de empresas separada de la sociedad, sino que las empresas que integran la concentración se agrupan directa y exclusivamente por la S.R.L. Los derechos y obligaciones de las empresas como miembros de la concentración aparecen configurados entonces como derechos y obligaciones sociales, que incumben a las empresas por su condición de socios de la S.R.L.

En este caso es imprescindible que sean socios de la S.R.L. todas las empresas que pretenden coordinar sus respectivas actividades puesto que sólo a través de la S.R.L. se establece entre ellas el necesario vínculo jurídico (...) Conviene tener esto en cuenta al fundar la sociedad, con objeto de regular debidamente en los estatutos sociales la transmisión de las participaciones sociales estableciendo las garantías necesarias para impedir que mediante dicha transmisión resulten burlados los fines perseguidos con la concentración de empresas

b/ Dirección y vigilancia del funcionamiento de la agrupación de empresas: Por otra parte la S.R.L. constituye el órgano encargado de dirigir el desenvolvimiento de la concentración de empresas y de vigilar el cumplimiento que incumben a sus miembros, interviniendo en sus relaciones con clientes o proveedores.<sup>67</sup>

El mecanismo de la transmisión de las participaciones sociales permite la modificación subjetiva de la agrupación de empresas, ya que al transmitir la participación social se transmite también la condición de miembro de la agrupación de empresas, cambiando así los sujetos que de ella forman parte (...)

Frente a las características favorables, la configuración de empresas como estructura unitaria exige una deformación más profunda del tipo social para permitir la incorporación del pacto entre las empresas al pacto social, recargando la importancia de las obligaciones que la concentración de empresas impone a los socios frente a las que únicamente son esenciales para

---

<sup>67</sup>ibidem, p. 136

la constitución de la S.R.L. A ello se debe la importancia destacada que adquieren en este caso las prestaciones accesorias <sup>68</sup>

2. Doble sociedad: En este caso la S.R.L. cumple con las siguientes finalidades:

a/ Funciones de dirección como órgano encargado de determinar el contenido de las obligaciones de las empresas y de adoptar las demás decisiones que, dentro de la esfera de sus atribuciones, permitan la adaptación del funcionamiento de la concentración de empresas a las sucesivas variaciones de la situación económica, impulsando así el desarrollo de los fines que persigue.

Aquí se incluyen, por ejemplo, las facultades otorgadas a la sociedad órgano para determinar la cuantía de los contingentes de producción que se atribuyen a cada una de las empresas pertenecientes a la agrupación, para establecer los precios mínimos de venta a que han de ajustarse estas empresas en la venta de sus productos, y, en fin, para concretar otros aspectos de la coordinación de las actividades de las empresas agrupadas que exijan una modificación sucesiva (...)

b/ Funciones de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones que incumben a las empresas agrupadas: La sociedad actúa como órgano de inspección y control de las actividades de todos los miembros de la agrupación principal, ya que resultaría demasiado complicado, oneroso y quizás no suficientemente efectivo que cada una de las empresas que la integran tuviere que preocuparse individualmente de vigilar si todas las demás ajustan su actuación a las reglas establecidas.

Atribuyendo estas funciones a la sociedad órgano se distribuye adecuadamente su costo entre todas las empresas que en ella participan y se logra una mayor eficacia, puesto que la sociedad, como órgano colectivo que actúa en beneficio de los intereses de la agrupación puede

---

<sup>68</sup>ibidem, p. 137

aparecer investida de mayor autoridad y gozar de facultades más amplias que las correspondientes a cada una de las empresas aisladamente consideradas

c/ Funciones de mediación en las relaciones entre las empresas pertenecientes a la agrupación y sus clientes o proveedores. En realidad esta función representa un medio para desempeñar con mayor eficacia la vigilancia del cumplimiento de las reglas a que han de ajustarse los miembros de la agrupación principal en sus relaciones con terceros y se caracteriza porque mediante ella se manifiesta externamente de manera directa la existencia de esta agrupación.<sup>69</sup>

d/ La cuestión de la participación de las mismas empresas como miembros de la agrupación principal y como socios de la sociedad órgano, en caso de doble sociedad:

En principio no es necesario que todas las empresas que integran la concentración, sean socios de la S.R.L., ni tampoco todos los socios de ésta han de pertenecer necesariamente a la agrupación de empresas.

Sin embargo no será frecuente que sean socios de la sociedad órgano personas ajenas a la agrupación de empresas porque:

1. No siendo el fin de esta sociedad el obtener el lucro repartible entre sus socios sólo a las empresas que en su condición de miembros de la agrupación principal obtienen un beneficio indirecto puede interesar la participación de la sociedad órgano.
2. Para el desarrollo de los fines de la concentración de empresas puede no ser conveniente permitir la participación en la S. de R.L. en calidad de socios a personas que no pertenezcan a la agrupación de empresas, especialmente cuando la sociedad órgano ejerce funciones directivas, pues una persona no interesada en la concentración de empresas podría constituir un elemento perturbador en el seno de la sociedad órgano; deberán entonces tomarse las medidas necesarias para evitar esta situación, estableciendo, por ejemplo, en los estatutos de la S.R.L. la necesidad de ser miembro de la agrupación principal como requisito previo para poder

---

<sup>69</sup>Ibidem, pp. 139 y 140.

adquirir o conservar la condición de socio de esta sociedad. Las limitaciones a la libre transmisión de las participaciones sociales y la posibilidad de establecer la exclusión de un socio representan medios especialmente indicados para garantizar el mantenimiento de la identidad de intereses participantes en la agrupación de empresas y en la sociedad órgano.

Por lo tanto, cuando la sociedad desempeña funciones directivas, que implican cierta intervención en la actividad de las empresas, interesa a todas ellas ser socios de la S.R.L. a fin de participar en la formación de la voluntad social, puesto que de la sociedad pueden emanar decisiones que afecten a los intereses de todas y cada una de las empresas pertenecientes a la agrupación principal.

Por el contrario, cuando la sociedad órgano desempeñe funciones meramente representativas, para la centralización de la venta de los productos de las empresas pertenecientes a la agrupación, puede concebirse fácilmente que la constitución de la S.R.L. se encomiende, no a la totalidad de las empresas, sino sólo alguna entre ellas, pues la adquisición de la condición jurídica de socio de la S.R.L. carece entonces de gran trascendencia económica.<sup>70</sup>

3. Las sociedades de personas: Entendemos por éstas aquellas sociedades en las cuales los socios responden subsidiaria e ilimitadamente con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas por la sociedad. En México, de acuerdo a la LGSM, dichas sociedades son la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones.

Este tipo de sociedades han ido desapareciendo en su uso cada vez más, al grado que en el último proyecto del Código de Comercio desaparecen. La razón más probable de su no uso se deba probablemente a la responsabilidad solidaria de los socios por las obligaciones asumidas

---

<sup>70</sup>*Ibidem*, pp. 140 y 141.

por la sociedad, que hacen más conveniente la asunción de las formas jurídicas de las sociedades de capitales. Amén de considerar si dicho fenómeno es conveniente o no, como atinadamente señala Barrera Graf<sup>71</sup>, quisiéramos llamar la atención sobre dos situaciones que nos pueden hacer pensar en su posible utilización cuando nos encontremos frente a las mismas.

La primera de ellas consiste en el surgimiento de la figura de los grupos de interés económico, ampliamente utilizada en diversos países europeos, especialmente en Francia y en España, como medio de agrupación de empresas. Los grupos de interés económico presentan una naturaleza muy similar a la de las sociedades de personas, lo cual nos hace pensar en el porqué de dicha similitud. Consideramos que ella se debe a que el tipo de unión que se busca en las agrupaciones de empresas puede presentar características muy similares a las de las sociedades de personas, dada que éstas están pensadas para sociedades de pocos socios (como es el caso de las agrupaciones de empresas) y su regulación es sumamente flexible, lo cual la puede hacer especialmente atractiva en ciertos casos de uniones de empresas.

La otra situación que nos debe hacer pensar en su posible utilización consiste en el hecho de que la administración de las sociedades de personas, así como la de la sociedad de responsabilidad limitada, puede recaer en personas morales, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad anónima (art. 147 de la LGSM), donde los miembros del consejo de administración o el administrador único deben ser personas físicas. Lo anterior reviste una importancia especial, si consideramos que a pesar de que el órgano supremo de una sociedad es la asamblea de accionistas, el que verdaderamente gobierna, o mejor dicho, realiza la gestión social de la sociedad, es el consejo de administración. Por otra parte, el hecho de tener que delegar la gestión en una persona física, no deja de ser riesgoso, toda vez que ésta puede no obrar conforme a los intereses de la sociedad agrupada. En cambio, si es la propia sociedad agrupada la que administra la otra sociedad (aquella con la que está unida), de esa manera se asegura que

---

<sup>71</sup>BARRERA GRAF, JORGE, op. cit., p. 348

la administración de aquella no será en perjuicio de la sociedad que forma parte del consejo de administración de la otra

El inconveniente mencionado de la responsabilidad subsidiaria e ilimitada de la sociedad de personas se podría evitar constituyendo una sociedad filial que sea la socia de la sociedad de personas, con un bajo capital social. En caso de irse en contra del patrimonio de ésta, el patrimonio de la sociedad interesada en la unión de empresas quedaría intocable.

Desde el punto de vista de los mecanismos utilizados, a continuación analizaremos cada uno de ellos.

1. Participación directa en el capital de otra sociedad: Llamamos participación simple o directa a la compra de acciones de una sociedad por otra.<sup>72</sup>

Muchos países, y el nuestro no es la excepción, han diferenciado claramente aquellos supuestos en que mediante este procedimiento se logra un control efectivo, de aquellos otros en que la motivación predominante no radica en la dominación. De esta forma se han establecido porcentajes mínimos de participación que suponen una presunción acerca de la existencia o inexistencia de sociedades dominadas.<sup>73</sup>

El panorama que ofrecen las legislaciones europeas a este respecto, y podemos señalar, que las legislaciones de casi todos los países del mundo, puede clasificarse en dos vertientes: aquellos conceptos que polarizan el concepto de sociedad filial en el concepto exclusivo de la participación en el capital, y aquellos otros que añaden a éste el "control efectivo" por cualquier otro medio.<sup>74</sup>

De lo anterior se distinguen distintas consecuencias legales. Por ejemplo, la ley de sociedades alemana de 1937 prohíbe a la sociedad dominada la suscripción o compra de acciones de la dominante, se prohíbe el derecho de voto en no pocos supuestos, así como

<sup>72</sup>DE LA TORRE, ENRIQUE, op. cit., p. 438

<sup>73</sup>ibidem, p. 439

<sup>74</sup>ibidem, p. 440

específicas obligaciones de información para con los accionistas de ambas sociedades ( )<sup>75</sup> Una Orden del 14 de julio de 1932 de la legislación española establece una diferenciación en el régimen aplicable a las participaciones en el capital de las sociedades, según que esta participación encerrase, o no, fines de dominación o de control en las sociedades intervenidas. En el primero de los supuestos aludidos, se establece la presunción de que la sociedad matriz "opera" en el territorio donde actúe la sociedad filial. Con ello serían aplicables las disposiciones, menos ventajosas quizá, del territorio donde operase ( o tuviese su domicilio social) la empresa filial, a pesar de que, por su constitución o domicilio, no le correspondiese esa aplicación.<sup>76</sup>

Lo anterior son ejemplos de disposiciones legales que tienen en cuenta si la participación directa de acciones tiene o no objetos de control de la otra sociedad, en cuyo caso se deben aplicar las disposiciones citadas. Mencionamos las mismas debido a que son un aspecto que se debe tener en cuenta al analizar las participaciones simples de una empresa en el capital social de otra. Debido, sin embargo, a que ya estudiamos las sociedades de control en el apartado anterior, no haremos aquí un análisis detallado de las mismas.

2. Participaciones recíprocas de sociedades: En este supuesto, también denominado permuta de acciones, una o más sociedades participan recíprocamente en el capital de todas ellas. El supuesto más sencillo -participación recíproca lineal- estaría representado por dos sociedades en las que ambas tienen respectivamente participación en el capital de la otra. Si esta participación se realiza por medio de una sociedad filial, mediante la adquisición de acciones de una sociedad matriz, lo que se está realizando, sin embargo, es una auténtica compra de las propias acciones de la matriz. Las repercusiones bursátiles de este tipo de acciones son fácilmente colegibles, puesto que se estará operando en "open market" cada vez que se realice

---

<sup>75</sup>Ibidem, p. 441.

<sup>76</sup>Ibidem, p. 442.

la compra de acciones. La subida en el precio de las acciones provocada por una "oferta aparente" de las mismas, estaría producida casi siempre por la propia sociedad matriz.<sup>77</sup>

Uno de los métodos más efectivos y eficaces, para evitar los capitales ficticios, surgidos de la realización de estas prácticas, consiste en la imposición de los balances consolidados.<sup>78</sup>

Al efecto, Barrera Graf considera que deberían estar prohibidas o deben considerarse como tales cuando la persona que las adquiere -generalmente una sociedad- recibe parte o la totalidad de las aportaciones que hizo a la sociedad emitente (caso este de aportaciones ficticias), así como cuando la adquirente afecta su capital social o su reserva legal para dicha adquisición.<sup>79</sup> Estando de acuerdo en que se pueden prestar a fraudes en las aportaciones del capital social, sin embargo, debido que no hay una prohibición expresa en la ley, como sucede en el derecho alemán y en el italiano, consideramos que tales participaciones recíprocas no están prohibidas en nuestro derecho, aunque sería conveniente que así se hiciera.

3. Participaciones indirectas: Este tipo de participaciones ha sido utilizado, fundamentalmente, con objeto de vencer las limitaciones impuestas a la participación en el capital de otras sociedades. En la mayoría de los países europeos se fijan unos límites a este tipo de actividades, por encima de las cuales la Administración impone unas medidas de control de muy variada índole. Para no quedar sometidas a estas medidas, las sociedades no se limitan a participar de forma directa en el capital de otras, sino que realizan esta intervención mediante sociedades filiales. Con ello se logra que la participación de la sociedad matriz en el capital de la dominada no supere los límites por encima de los cuales comienzan a imponerse medidas restrictivas. La participación por medio de otras sociedades filiales de la sociedad matriz, asegurará a ésta el control en la sociedad dominada.

---

<sup>77</sup>Ibidem, p. 445.

<sup>78</sup>Ibidem.

<sup>79</sup>BARRERA GRAF, JORGE, op. cit., p. 492.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

En consecuencia, una sociedad matriz cualquiera no tendrá necesidad de intervenir directamente más que en la primera sociedad filial que intente dominar, puesto que en las posteriores podrá repartir la intervención entre ella misma y sus filiales a las que controla.<sup>80</sup>

A las ventajas previamente aludidas debe añadirse la necesidad de un menor capital para llevarlas a cabo. En efecto, si a través de una sociedad matriz de 500 millones de pesetas de capital se puede llegar a controlar una sociedad de 600 millones (con una inversión de solo 300), ésta, a su vez, podrá controlar a otra de 900 millones, y así sucesivamente, de modo que la cifra va elevándose a medida que aumenta el grado. Si esta participación puramente lineal es combinada con una participación pluridimensional (esto es, en la segunda sociedad filial, invertirá, no solo la primera filial, sino también la matriz; en la tercera invertirán las dos primeras filiales y la matriz, etc.), el control del capital llegará a ser mucho mayor, con participaciones de cada sociedad cada vez más reducidas.<sup>81</sup>

Pereznieto pone como ejemplo el de Carter Inc., la cual es una sociedad holding que posee participación minoritaria en Fisher Co. y Simons Co., y mayoritaria en Nelson Inc., la cual a su vez tiene 49% (límite permitido) en dos sociedades mexicanas: Azteca, SA y García SA. Todas las sociedades mencionadas, excepto Carter Inc., constituyen (con Tecmex, sociedad 100% mexicana) otra sociedad: Técnica, SA, en determinados porcentajes (Fisher, 10%; Simons, 15%; Nelson, 20%; García, 9%; Azteca, 6% y Tecmex, 40%). A primera vista, el capital mexicano es mayoritario (55%), pero en la realidad, por la participación de Nelson Inc. en García, SA, y Azteca, SA, resulta que el capital extranjero es mayoritario.<sup>82</sup>

Debido a que dicho control indirecto ha servido para evadir ciertas disposiciones de interés público, en especial en lo relativo a inversión extranjera, las legislaciones más modernas prevén este tipo de controles, a fin de que no escapen a sus prohibiciones.

<sup>80</sup>DE LA TORRE, ENRIQUE *op. cit.*, p. 443.

<sup>81</sup>*Ibidem*, p. 444.

<sup>82</sup>PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, *Derecho internacional privado*. Editorial Harla, 5ª edición, México, 1991, p. 126.

4 Participaciones en los créditos en forma de obligaciones emitidas por una sociedad. Este tipo de participación es, con frecuencia, olvidado a la hora de intentar ofrecer un esquema de las relaciones entre sociedades. Mediante ella, una sociedad suscribe o adquiere las obligaciones emitidas por otra.

El control que puede ejercer de esta forma la sociedad titular de las obligaciones, se manifiesta en diversos planos. En primer término, los obligacionistas de una determinada entidad, pueden ejercer un derecho de veto muy importante ante determinados acuerdos de la asamblea general.<sup>83</sup>

El sindicato de obligacionistas se muestra, sin embargo, como un órgano débil y raquítico, frente a la omnipotencia teórica otorgada a la asamblea general. No obstante la presión que puede ejercer la titularidad "en una mano" de la totalidad de la emisión de obligaciones, ante la sociedad emisora, puede llegar a producir verdaderas situaciones de "dominación de hecho".

Piénsese, por otra parte, que, normalmente, rara es la emisión de obligaciones "puras", ya que éstas suelen emitirse en forma más atractiva para los suscriptores. Por ejemplo, en el supuesto de obligaciones convertibles, la sociedad adquirente de tales títulos habrá podido fácilmente burlar el "derecho de suscripción" de los restantes socios, pudiendo llegar rápidamente a una situación de predominio en el seno de la sociedad emisora, que de otra manera le habría costado vencer no pocas dificultades al tener que adquirir las acciones en el mercado, sujetándose a la cuantía dejada libre por la venta de los derechos de suscripción. La ocultación, a los ojos de la Administración Pública, de este tipo de participaciones se verá favorecida, entonces, por este doble proceso: suscripción de obligaciones y posterior conversión en títulos de participación.<sup>84</sup>

<sup>83</sup>DE LA TORRE, ENRIQUE, op. cit., p. 437.

<sup>84</sup>Ibidem, pp. 437 y 438.

Debido a la importancia de asegurar el control de dirección en un grupo de sociedades, en el capítulo siguiente analizaremos distintos mecanismos de control de la dirección en un grupo de empresas, enfocado especialmente en el ámbito de las asambleas de accionistas, y a la luz de la legislación mexicana.

## CAPITULO III

### EL CONTROL EN UN GRUPO DE SOCIEDADES

Debido a la importancia de la noción de control en un grupo de sociedades, hemos decidido dedicarle un capítulo especial, enfocando en esta ocasión el mismo no tanto en un análisis del concepto de control y de sus implicaciones, concepto que ya fue analizado en el capítulo pasado, sino estudiando los posibles mecanismos que hay para asegurar el mismo en el seno de un grupo de sociedades, especialmente en el ámbito de la asamblea de accionistas y del consejo de administración, que son los órganos rectores de la vida de las sociedades.

Con el fin de facilitar su consideración de manera estructurada, analizaremos dichos mecanismos en el ámbito de la regularización de la LGSM, referida a los dos tipos societarios más usuales en la práctica: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

Los mecanismos de control en el seno de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada:

Siendo el mecanismo más seguro e infalible, el poseer la mayoría del capital accionario de una compañía, que a su vez permita tener la mayoría dentro de la junta de accionistas, en este apartado analizaremos qué otros medios hay para obtener el control, por lo menos fáctico, de una sociedad, aunque no se disponga de más del 50% del capital social.

a/ El primer mecanismo consiste en la emisión de acciones de voto limitado, de acuerdo a lo previsto por el art. 113 de la LGSM. Dicho artículo establece que puede pactarse en el

contrato social que una parte de las acciones tengan derecho a voto solamente en las asambleas extraordinarias que se reúnan para tratar los asuntos comprendidos en las fracciones I, II, IV, V, VI, y VII (esto es, en los casos de prórroga, disolución anticipada, cambio de objeto, cambio de nacionalidad, transformación o fusión con otra sociedad)

Los titulares de estas acciones tienen como compensación el derecho a la asignación de dividendos anticipadamente a las acciones ordinarias de cinco por ciento, y a su reembolso con anterioridad a las ordinarias, al hacerse la liquidación de la sociedad

A través de la emisión de este tipo de acciones, se puede asegurar el control en una sociedad, aun sin tener la mayoría del capital social, dentro del curso ordinario de operaciones, aunque sujeto a la restricción en las decisiones a que se refiere el propio artículo 113.

b/ Acciones de trabajo: Estas no implican aportaciones de industria que se hicieran por sus trabajadores a la SA, porque dichas aportaciones no están permitidas en las sociedades de capitales.

Son documentos constitutivos, no títulos de crédito, que cuando el contrato los prevea, la sociedad emite en favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad, en la que figurarán las normas respecto a su valor, inalienabilidad y demás condiciones particulares que les corresponda.<sup>1</sup>

Dicho tipo de acciones, muy olvidados en la práctica, ofrece mucha utilidad en el tema que nos ocupa, debido a que la ley no distingue a qué tipo de personas deben otorgarse las mismas (aunque están pensadas para otorgarse a los trabajadores en pago de sus servicios), y a la vez, exige que dichas acciones sean intransferibles, lo cual puede ser muy conveniente en un grupo de sociedades para asegurarse la estabilidad de los socios y para evitar que personas extrañas a la sociedad puedan entrar a la misma. Por otro lado, las condiciones particulares de

<sup>1</sup>BARRERA GRAF, JORGE, *op.cit.*, pp. 511 y 512.

este tipo de acciones se deben determinar en el contrato social, y la ley no determina nada al respecto, motivo por el cual se pueden adaptar estas a las particulares necesidades de las uniones de empresas.

c/ El derecho de veto: Se requiere que las resoluciones sean adoptadas legalmente por las asambleas, lo cual, a su vez, exige que en ellas esté presente y vote una mayoría. Se habla, en estos casos, de quórum de asistencia y quorum de votación. Aquél, es la mayoría de acciones necesaria para que una asamblea pueda constituirse y pase a deliberar; éste, se refiere al número mínimo de ellas que deben votar para que la resolución sea válida. En ambos casos, pues, la mayoría se refiere a acciones representativas del capital social de la SA, no a la presencia o al voto personal del socio (como sucede en las sociedades personales).

La LGSM fija distintas "mayorías" , en relación, en primer lugar, con las asambleas ordinarias y extraordinarias, y en segundo lugar, que se trate de primera o ulterior convocatoria: para asambleas ordinarias que se reúnan a virtud de primera convocatoria, deben concurrir acciones que representen, por lo menos, la mitad del capital social (con derecho a voto), y las resoluciones solo serán válidas cuando se tomen por la mayoría de las acciones presentes (art. 189). Si no concurre el 50% de las acciones, se hará una segunda convocatoria y la asamblea ordinaria, entonces, se constituirá y resolverá "cualquiera que sea el número de las acciones representadas" (art. 191 párrafo primero).

Respecto a asambleas extraordinarias, en primera convocatoria el quorum de asistencias es el 75% de acciones de capital social (con derecho a voto) y el quorum de votación, el 50% de acciones de capital social.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Ibidem, pp. 541 y 542

Por el derecho de veto se llama así, en derecho norteamericano (veto power), a la facultad que se concede a una minoría de acciones de integrar necesariamente el quórum de votación en las asambleas (y en ocasiones también el quórum de presencia), a efecto de adoptar acuerdos válidos. Si la minoría no otorga su voto al proyecto de acuerdo propuesto por la mayoría (o si por no concurrir a la asamblea que se convoque, ésta no puede integrarse), ello equivale a vetar el acuerdo.

La forma de conceder el derecho de veto consiste en pactar en el contrato social que las resoluciones de las asambleas (o del Consejo de Administración) solo pueden ser aprobadas por una mayoría de votos que se campongan de un porcentaje de capital social en que esté siempre representado el grupo minoritario de accionistas (o de consejeros), vgr. en una SA hay un grupo del 30% de acciones que pertenecen a uno o varios accionistas minoritarios (versus un 70% en poder de la mayoría), la cláusula estatutaria dispondría que la mayoría de votos necesaria para aprobar un acuerdo, debería ser, cuando menos del 71% (en primera o ulterior convocatoria o reunión). El accionista o el grupo minoritario estaría representado por el 1% y su voto en contra, o su abstención de votar (o de participar en la asamblea) impediría la adopción del acuerdo.

c.1) Validez del derecho de veto: Se controvierte en nuestra doctrina la validez de tal derecho y de semejante pacto, respecto a asambleas ordinarias y al Consejo de Administración. Tratándose en cambio, de asambleas extraordinarias no cabe discusión, puesto que el art. 190 expresamente lo admite: "salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada". A nuestro juicio, aunque sin tal claridad y precisión, la LGSM también admite ampliar los límites mayoritarios fijados para ciertas asambleas ordinarias, en los artículos 189 y 191 primer párrafo, cuando en la frac. XII del art. 182 habla de "asuntos para los que la ley o el contrato social exija un quórum especial". Estos asuntos tienen que ser los de asamblea ordinaria, porque los de la extraordinaria están enumerados exhaustivamente (numerus clausus) en las

once fracciones anteriores del propio art.182. Además, el otorgamiento de tal derecho se desprende de la frac. VI in fine del art. 91, y de la frac. VII del art. 125.

No obstante, la concesión de tal derecho y su otorgamiento en una cláusula estatutaria, no deben impedir el funcionamiento de la SA, provocando que no pueda celebrarse asamblea ordinaria alguna (al no presentarse él o los accionistas minoritarios), o que ella no adopte acuerdos que sean necesarios para la consecución de las finalidades. Y esto ocurre, como sostiene Rodríguez Rodríguez, si se trata de los asuntos que son propios de la asamblea ordinaria anual: a saber, la aprobación de los estados financieros, y el nombramiento, ratificación o renovación de los miembros del consejo de administración y de vigilancia.

Con esta limitación, que podemos considerar como de interés público, sostenemos la validez del derecho de veto y de semejante cláusula, pero admitimos que cuando opera dicha facultad concedida a la minoría, ésta no debe abusar impidiendo la adopción de acuerdos que sean convenientes o necesarios (vgr. modificaciones del capital social, celebración de ciertos contratos, etc.). El juez, en el caso concreto, resolvería la improcedencia del derecho de veto, en cuanto que dificulte o haga imposible la consecución de la finalidad social.<sup>3</sup>

La votación en las sesiones del Consejo de Administración usualmente también es fijada por simple mayoría de miembros presentes, aunque también pueden fijarse requisitos de votación especiales para protección de co-inversionistas minoritarios.<sup>4</sup>

A continuación mencionaremos la importancia del derecho de veto dentro de un contrato de joint-venture o de coinversión, ya que la regulación del derecho de veto suele ser muy usual y exhaustiva en este tipo de contratos.

Respecto al personal, por lo que hace referencia a una co-inversión, los co-inversionistas comúnmente aprueban de una manera conjunta el plan de recursos humanos de la empresa vehículo de la coinversión, así como los planes de recursos humanos de cualquier

<sup>3</sup>Ibidem, pp. 542 a 544.

<sup>4</sup>CREEL, CARLOS y GALLARDO, JAVIER, Casos y aspectos relevantes de coinversiones o "joint ventures". Nota Técnica del despacho Creel, García Cuéllar y Muggenburg, S.C., mayo de 1993, p. 4.

subsidiaria o afiliada. En relación con los funcionarios de primer nivel de la empresa vehículo de la co-inversión, éstos también serán aprobados en forma unánime por los co-inversionistas, fijándose al efecto, políticas de selección, contratación y evaluación que resulten consistentes con los estándares internacionales.<sup>5</sup> Para ello, es necesario establecer dicho derecho de veto por lo que respecta a estas materias en los estatutos.

Se puede establecer que los co-inversionistas aprobarán los contratos de cierta importancia en los que la empresa vehículo sea parte. Asimismo, tendrán el derecho de aprobar nuevas líneas de productos o servicios, que no sean los originalmente contemplados por la empresa vehículo de la co-inversión o aquellos productos que pudieran competir con los productos elaborados por los inversionistas.<sup>6</sup>

En ocasiones, es conveniente señalar que en ciertas materias específicas, vale pena establecer<sup>7</sup> el consentimiento unánime de todos los socios, con respecto a las siguientes materias relacionadas con la empresa vehículo de la co-inversión, sus subsidiarias o afiliadas:

- a) Cualquier fusión o escisión;
- b) Cualquier petición de quiebra o suspensión de pagos;
- c) Venta, arrendamientos o cualquier otra disposición de todos o una parte sustancial de los activos;
- d) Cualquier transferencia de los intereses de los inversionistas;
- e) Cualquier modificación a los estatutos sociales;
- f) Inversiones que excedan una cantidad pre-determinada;
- g) Aprobación de contratos que excedan de una cantidad predeterminada.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

*Ibidem*, pp. 16 y 17

d/ Designación de consejeros y comisarios: Como sabemos, el consejo de administración es el encargado de la gestión de la sociedad, y el comisario, de la vigilancia de la misma. Debido a lo anterior, su designación es un medio muy eficaz para asegurar el control en una sociedad. El mecanismo establecido para su designación queda a libre determinación de los estatutos o de la asamblea de accionistas. Lo único que exige la ley en relación al derecho de designación de consejeros de acuerdo a la participación en el capital social, es que, cuando los administradores sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en su designación, pero en todo caso la minoría que represente u veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero. Este porcentaje será del 10%, cuando se trate de aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la Bolsa de Valores (art. 144 de la LGSM).

Del artículo citado se desprende a todas luces que su regulación peca de insuficiente, ya que por un lado, no relaciona el derecho de nombramiento de consejeros a la proporción en el capital social, y por otro lado, no protege convenientemente los derechos de las minorías, ya que el derecho que tienen éstas a designar un consejero, se pueden ver frustrado en su propósito, si el número de consejeros es elevado (piénsese, por ejemplo, que puede hacer un consejero de administración compuesto de veinte miembros), o si no se reúne el porcentaje mínimo del 25% para poder ejercitar dicho derecho, el cual consideramos elevado.

Sin dejar de criticar la ausencia de regulación completa en este asunto, el grupo de empresas se puede prevaler de la misma, ajustando el derecho de designación de los consejeros a su conveniencia, pudiendo proteger más o menos a la minoría, y reservando, en ciertos casos, un derecho de veto a cierta clase o porcentaje de acciones en las resoluciones del consejo de administración.

En relación al nombramiento de comisarios, la propia ley remite al art. 144, estableciendo el mismo sistema que para la designación de consejeros, pudiendo, por tanto,

hacerle las mismas críticas que hicimos para la regulación del nombramiento de los miembros del consejo de administración.

Aunque se ha criticado que la renovación de los comisarios dependa exclusivamente de la asamblea, debido a que entorpece la independencia de criterio que éste requiere para ejercer la vigilancia de la sociedad,<sup>8</sup> se puede asegurar su independencia, si la vigilancia de la sociedad es encomendada a un despacho de auditores externos de reconocido prestigio, elegido previamente por las partes. El nombramiento de un despacho de auditores externo es conveniente para garantizar una revisión independiente de la información contable y financiera de la empresa vehículo de la co-inversión cuando estamos frente a una joint venture.<sup>9</sup>

e/ Restricciones a la libre transmisión de las acciones o partes sociales de la sociedad:

También conocidas como sindicatos de bloqueo, que son los contratos por los que el accionista se obliga frente a una o varias personas -los demás accionistas sindicados- a no transmitir sus acciones sin el consentimiento de aquellos o sin su renuncia al derecho de adquisición preferente. El pacto abarca tanto las acciones presentes como las futuras que posea el accionista sindicado en la misma Sociedad.

Las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones se clasifican en legales, estatutarias y convencionales, según la fuente de que derivan, que condiciona también su eficacia, muy diferenciada. También responden cada una de ellas a distinta finalidad: Protección de intereses generales, introducción del *intuitu personae* en la Sociedad anónima y reforzamiento del cumplimiento del sindicato de voto, respectivamente.

No obstante, existe un cierto paralelismo entre el régimen de las restricciones estatutaria y las convencionales. Con analogías y diferencias. Coinciden en las modalidades o técnicas jurídicas, que pueden ser, en ambas, de cuatro clases:

---

<sup>8</sup>BARRERA GRAF, JORGE, *op. cit.*, p. 610.

<sup>9</sup>CREEL, CARLOS, y GALLARDO, JAVIER *op. cit.*, p. 4

- a) Cláusulas de adquisición preferente, en el precio y otras condiciones fijadas, en los estatutos (estatutarias) o en el pacto de bloqueo.
- b) Cláusulas de retracto, o de facultad de subrogación en el contrato estipulado con el tercero, en las condiciones con el pactadas <sup>10</sup>
- c) Cláusulas de autorización de la transmisión por los órganos de la sociedad (en el caso de sindicato de bloqueo, por éste, por acuerdo mayoritario, o por el director o síndico).
- d) Cláusulas de determinación objetiva de los requisitos que deben reunir los adquirentes, requisitos positivos y/o negativos <sup>11</sup>

Así, parece de indudable aplicación el principio de que serán nulas las que hagan prácticamente intransmisible la acción y, como corolario, que sólo pueden condicionarse a autorización ( del sindicato o del síndico ) si (el contrato de sindicación) indica las causas que permiten denegarla.<sup>12</sup>

Los efectos de la violación de las restricciones son distintos: En el caso de las estatutarias, la Sociedad ignora la condición de accionistas al adquirente, por la sencilla razón de que al adquirir la acción debe asumir los estatutos, que precisamente lo excluyen como posible accionista; lo que se le da a conocer suficientemente, dado que el título acción es un título valor incompleto, que remite a los estatutos.<sup>13</sup>

Por lo que respecta al derecho mexicano, para el caso de la sociedad anónima, el art. 130 de la multicitada ley establece que en el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración, pudiendo éste negarla designando un comprador de las acciones al precio corriente del mercado.

Dicha restricción consideramos que puede no ser suficiente en ciertos casos, según la especial configuración jurídica de una sociedad, por lo que puede ser conveniente para limitar

<sup>10</sup> VICENT CHULIA, FRANCISCO, Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto, en Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Editorial Civitas, Madrid, p. 1247.

<sup>11</sup> *Ibidem*

<sup>12</sup> *Ibidem*

<sup>13</sup> *Ibidem*

dicha transmisión todavía más establecer una S de RL, debido a que el art. 65 de la LGSM exige, para la cesión de partes sociales, el acuerdo de la mayoría de los demás socios, pero permite que el contrato social aumente el porcentaje.

7/ Los sindicatos de voto: Es el contrato en virtud del cual los socios o miembros de una agrupación voluntaria de personas, se obligan frente a sí o frente a terceros, a votar en los órganos de ésta, por sí o a través de un representante, en el sentido decidido (generalmente) por la mayoría de quienes forman el sindicato, garantizando así que éste exprese siempre un voto unitario, con el fin de mantener cohesionada en el seno de aquellos órganos bien una mayoría o bien una minoría de capital o de personas.<sup>14</sup>

En esquema, tal como se configura en la práctica, el sindicato de accionistas gira en torno a los siguientes puntos:

1. Miembros del sindicato pueden serlo sólo los accionista de una determinada sociedad.
2. Los miembros del sindicato se someten al mismo con todas sus acciones presentes y futuras en la sociedad afectada.
3. Los miembros del sindicato se obligan a constituir un depósito colectivo de sus acciones, es decir, bajo la condición de que su disponibilidad o restitución queda a la voluntad de uno o varios de los depositantes (o del síndico).
4. Los miembros del sindicato otorgan o se comprometen a otorgar poderes irrevocables al director o síndico, antes de cada Junta general, durante toda la duración del contrato de sindicación, para que aquél ejercite el derecho de voto de la totalidad de las acciones sindicadas siguiendo los acuerdos del sindicato.
5. Los acuerdos del sindicato se adoptan por la mayoría del capital poseído por cada miembro en la Sociedad anónima.

---

<sup>14</sup>Ibidem, p. 1205.

6. Cuando un miembro desea transmitir sus acciones tiene la obligación de ofrecerlas a los demás miembros del sindicato
7. Si fallece un miembro el contrato es continuado con sus herederos. Si hay varios herederos, deberán designar un representante común en el sindicato. (En relación con miembros personas jurídicas, será conveniente pactar que las modificaciones en su composición personal y sobre todo, de control sobre las mismas, podrán determinar su exclusión automática del sindicato)
8. Generalmente, el esquema contractual se cierra con un convenio de arbitraje.<sup>15</sup>

f.1) La constitución de la prenda de las acciones en garantía del cumplimiento de las obligaciones del sindicato

El estudio de la prenda de las acciones sindicadas como único contrato típico que garantiza los efectos reales del sindicato se hace necesario, dado que el simple depósito conjunto de las mismas no supone suficiente garantía. Es difícil sostener que mediante el pacto de ejercicio de la facultad de restitución condicionado al acuerdo del sindicato o a la petición del síndico pudiera enervarse el ejercicio de los derechos de accionistas, para el cual éste necesita acreditar su legitimación, mediante la presentación de los títulos acciones al portador o el certificado de las representadas mediante anotaciones en cuenta.<sup>16</sup>

De la misma forma que el mandato irrevocable, tampoco creemos que el depósito de las simples acciones bajo condición de ejercicio conjunto de la facultad de restitución pueda impedir que el accionista ejercite sus derechos en la junta general.<sup>17</sup>

La pignoración de las acciones, es perfectamente posible en el supuesto del sindicato de voto, por las siguientes razones:

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 1240

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 1244

<sup>17</sup> *Ibidem*

1. Puede constituirse para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, cual es el sometimiento al contrato de sindicación y de bloqueo, perfectamente asegurable mediante la prenda de acciones (...). Se ha defendido que en la prenda, a diferencia de la hipoteca, no es necesario que se garantice una obligación pecuniaria.<sup>18</sup>
2. La obligación o haz de obligaciones garantizadas, quedarían suficientemente determinadas en el contrato y delimitadas temporalmente, de modo que se respete el carácter temporal de la obligación principal y de la prenda.<sup>19</sup>
3. En relación al ejercicio de los derechos de accionistas, dicha facultad corresponde a su propietario, salvo pacto en contrario. En la primera situación, el acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de tales derechos. En relación con el derecho de voto entraría en funciones en tal caso la posibilidad de que el accionista recabase la disponibilidad de los títulos al portador o el certificado del Registro de anotaciones de cuenta, en su día. Si el accionista incumple la obligación de desembolsar los dividendos pasivos podría hacerlo el acreedor pignoraticio o ejecutar la prenda. Si los Estatutos conceden el derecho de voto al acreedor pignoraticio, sería el sindicato, y, en concreto, los socios sindicados colectivamente o su órgano de representación los legitimados para votar.
4. La posibilidad de ejecución de la prenda planteará siempre un grave problema, puesto que mediante ella las acciones objeto de la ejecución pasarían a poder de los terceros adjudicatarios de la licitación, en contra de la finalidad esencial del sindicato de bloqueo de que las acciones permanezcan dentro del círculo de los accionistas sindicados y, además, sin modificar la respectiva participación en el capital de la Sociedad que éstos poseen; y por otro lado, los mismos accionistas sindicados, en tanto que acreedores de la obligación principal, no podrían apropiarse las cosas dadas en prenda, por la prohibición del denominado "pacto comisorio".<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 1245

<sup>19</sup> *Ibidem*

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 1245 y 1246

Cabe decir, sin embargo, que el contrato de constitución de prenda aquí se utiliza como un negocio indirecto, que agotara su función al crear sobre las acciones un derecho real limitado de la colectividad de los accionistas del sindicato, sin que por ello pueda ser anulado, por incurrir en simulación, ya que el acreedor pignoraticio puede o no ejercitar su acción real de garantía, a su discreción. Lo que se comprende todavía más si, como en el supuesto que contemplamos, está en condiciones de conseguir que se cumpla la obligación principal, es decir el sometimiento del accionista individual a la disciplina mayoritaria del sindicato bajo responsabilidad por los perjuicios.

5. Precisamente aquí es donde puede completarse el edificio del sindicato de voto, y gracias a una pieza que le pueden ofrecer los Estatutos de la Sociedad.

Esta pieza es una cláusula estatutaria que establezca que en caso de pignoración de las acciones de la Sociedad corresponde al acreedor el ejercicio de los derechos de accionistas. La doctrina que se ha ocupado de los sindicatos de voto y bloqueo ha destacado que en ocasiones los pactos parasociales pueden ser reforzados por pactos sociales o estatutarios. Como se comprende, el sindicato de bloqueo puede reforzarse, en teoría, mediante cláusulas estatutarias restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones.<sup>21</sup>

#### f 2) La forma jurídica del síndico o director:

1. En los sindicatos de voto (y de bloqueo) es conveniente regular el funcionamiento de una Junta general en la que se adoptarán los acuerdos que rigen al sindicato y su actuación en la Junta general de la sociedad. Pero al lado de este órgano intermitente -que generalmente se reunirá previamente a la celebración de la Junta general- conviene instituir un órgano permanente, que suele denominarse director o síndico, y que puede ser una persona física, uno de los accionistas o un tercero, o bien una persona jurídica. Esta última es la que mejor resuelve los problemas del sindicato, en especial la falta de personalidad jurídica de éste, que le impide

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 1246 y 1247.

ejercitar con agilidad los derechos que derivan del contrato de sindicación que corresponden conjuntamente a todos los accionistas sindicados, frente a cada uno de ellos, como son: el derecho a la exigencias del cumplimiento forzoso del mismo, al pago, en su caso, de la cláusula penal, y el derecho de prenda sobre las acciones.

2. En la elección de la forma jurídica del sindico pueden influir varios factores. Por ejemplo, el fiscal, aunque su coste será el mínimo, dada que en todo caso se constituirá con un capital simbólico y no obtendrá utilidades. Pero creemos que debe ser decisiva la consideración de su funcionalidad para el sindicato de voto. Fundamentalmente, parece que debe partirse de que todos los accionistas del sindicato deben formar parte de la entidad que asume las funciones del sindico y participar, a ser posible, en la misma proporción que en el sindicato. Por tanto, ha de ser una forma típica de agrupación de personas con personalidad jurídica<sup>22</sup> Se discute en la doctrina cual es el tipo social adecuado a tal efecto, inclinándose algunos por la sociedad civil y otros por la asociación. Sin embargo, dada la limitación en su objeto social, de la primera de ellas, debido a que puede dedicarse a un fin económico, pero que no constituya especulación comercial, aunado al hecho de que los socios administradores responden con su patrimonio por las deudas sociales, y en el caso de la asociación a la imposibilidad de la realización de fines lucrativos, nos inclinamos por considerar conveniente el uso de las sociedades mercantiles, especialmente el de la SA o el de la S de RL, para lograr los fines propuestos.

Por lo que respecta a la validez de los sindicatos de voto en el consejo de administración, se discute en la doctrina su validez, toda vez que el derecho de voto en la asamblea de accionistas es, sobre todo, un medio para defender los derechos patrimoniales de los que es socio el titular, y el voto del administrador se nos presenta como una función social,

---

<sup>22</sup> *ibidem*, pp. 1248 y 1249.

que, como tal, no puede someterse a ningún compromiso. El administrador no tiene que considerar sus intereses personales, él debe únicamente actuar en función del interés social<sup>23</sup>

g/ La constitución de una sociedad de reponsabilidad limitada con partes sociales de voto multiple:

En el capítulo pasado, hicimos hincapie en las ventajas de la S de RL como instrumento de la concentración de empresas, señalando la ausencia de una regulación tan rígida como la de la SA en materia de quórums de asistencia y de votación, de convocatoria, de designación de consejeros, etc. En el presente inciso pretendemos llamar la atención sobre el hecho de que en la S de RL, se pueden establecer partes sociales privilegiadas, de acuerdo al art. 79 de la LGSM que autoriza el pacto en contrario para que establezcan las mismas en forma distinta a la de un voto por cada \$ 100 00 de aportación. En el presente punto estamos en desacuerdo con Barrera Graf, quien dice que se aplicaría por analogía la regla aplicable a la SA del art. 113: voto limitado, sólo a cuestiones distintas a las que lista el primer párrafo de dicho precepto, ante la vaguedad y las omisiones del art. 113. También sostiene que toda limitación de votos se compensa con un dividendo preferente, acumulativo y generalmente participante. Las partes sociales que concedieran tal derecho preferente serian aquellas a que se refiere el art. 68 cuando prevee la existencia de "partes sociales que tengan derechos diversos", que sólo a ellas puede referirse.<sup>24</sup> En ningún momento la LGSM remite supletoriamente a la regulación de la SA para la S de RL; tampoco en el presente caso. Si, por otro lado, el art. 68 permite partes sociales con derechos diversos permite que los mismos se estipulen con plena autonomía en el contrato social, siempre y cuando no afecten normas de orden público, que no es el caso. Por todo lo anterior, podemos concluir que si es posible estipular partes sociales con derechos inferiores o

<sup>23</sup>MENEDEZ MENEDEZ, AURELIO. Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la sociedad anónima, en Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Madrid, 1978, pp. 370 y 371

<sup>24</sup>BARRERA GRAF, JORGE, op. cit., p. 377 y 378

superiores a lo que correspondería proporcionalmente a su aportación, sin necesidad de que deha compensarse con un dividendo preferente. De ello se desprende la conveniencia de su utilización en aquellos casos en que, por razones específicas de la agrupación de empresas, ésta puede requerir de una regulación más flexible de la votación en el seno de la asamblea de accionistas, para que el derecho al mismo no esté necesariamente ligado a una proporcional participación en el capital social.

h/ La protección de los derechos de las minorías: Al respecto, la actual LGSM no los protege adecuadamente, ya que, en primer lugar, su regulación de los derechos de las minorías es escasa, hallándose dispersa en algunos artículos específicos de la propia ley, y por otro lado, la protección de las mismas resulta insuficiente, si nos atenemos a lo que estatuye la referida ley. Basta observar la facilidad con que puede ser burlada la misma, cuando se trata de un consejo de administración numeroso, de más de diez miembros, en que la minoría sólo pueda designar a uno de ellos (art. 144 de la ley). Rige el mismo problema en tratándose de la designación de comisarios (art. 171).

El art. 184 de la ley permite que los accionistas que representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social, pidan por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o consejo de administración o a los comisarios, la convocatoria de una asamblea general de accionistas, para tratar los asuntos que se indiquen en su petición, pudiendo ser hecha dicha convocatoria por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, si los administradores o comisarios se rehúsan a hacerla o no la hacen.

Dicha petición puede ser hecha por el titular de una sola acción cuando no se haya celebrado asamblea durante dos ejercicios consecutivos o no se hayan ocupado de los asuntos propios de la asamblea ordinaria anual (art. 185).

Para poder aplazar el voto de algún asunto en el seno de alguna asamblea, también se requiere un porcentaje del 33% del capital social de la sociedad.

Por último, uno de los derechos más importantes de las minorías, que es el derecho de oposición judicial a las resoluciones de las asambleas que violen alguna disposición legal o cláusula de los estatutos, solamente se concede a los accionistas que representen el 33% del capital social.

De todo lo mencionado se deduce la elevada proporción del 33% que se exige para tener derecho a la protección de los artículos citados, salvo en el caso del art. 185, protección que consideramos absolutamente necesaria.

Por todo ello, recomendamos que se adopte un nuevo régimen, para proteger los derechos de las minorías, para lo cual recomendamos se tome como base el régimen que, al efecto prevee la nueva ley española de 1989, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la CEE en materia de sociedades. Dicha ley resalta varios e importantes derechos que se conceden al o a los accionistas que sean titulares, al menos, de un 5% del capital de la sociedad:

1. Derecho a exigir a los administradores la convocatoria de la Junta Extraordinaria de la Sociedad, mencionando los asuntos que deben tratarse en dicha Junta. En este caso, la Junta deberá ser convocada para celebrarse dentro de los treinta días siguientes al requerimiento notarial para su convocatoria y, además, su Orden del día incluirá necesariamente los asuntos y los temas que los socios minoritarios hubiesen exigido (art. 100.2).
2. Derecho a impugnar los acuerdos nulos o anulables adoptados por el Consejo de Administración que, constituyendo una de las mayores novedades de la Ley, podrán realizar los accionistas en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a aquel en el que tuvieron

conocimiento de los acuerdos, siempre que no haya transcurrido un año desde su adopción. Podrán, asimismo, solicitar al Juez la suspensión del acuerdo (art. 143.1).

3. Derecho a solicitar la suspensión del acuerdo de la Junta general que haya sido impugnado, suspensión que podrá solicitar el demandante o demandantes que representen, al menos, el porcentaje del capital social indicado. El juez podrá solicitarles que presten aval o caución de los perjuicios que eventualmente la suspensión podrá causar a la sociedad (art. 120.1).

4. Derecho en relación con la acción de responsabilidad de la sociedad contra los administradores de la sociedad, de vario contenido. Se inician estos derechos con la posibilidad que la Ley reconoce al socio o socios que representen, al menos, el porcentaje de capital mencionado, para exigir la convocatoria de la Junta General que ha de acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores (art. 100.2). Asimismo, la misma minoría de accionistas podrá ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores en defensa del interés social. a/ si éstos no convocan la Junta General solicitada; b/ si la sociedad no la ejercita una vez decidido su ejercicio dentro del plazo de un mes, desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo; c/ si el acuerdo mayoritariamente adoptado por la Junta General hubiera sido contrario a la exigencia de tal responsabilidad.

Finalmente, el accionista o accionistas que representen, al menos, el 5% de capital social, podrá impedir y oponerse a que la Junta General de la sociedad, después de adoptar el acuerdo de entablar la acción de responsabilidad contra los administradores, pueda transigir o renunciar al ejercicio de la acción (art. 134.2).

5. Importantes son los derechos que en relación con el nombramiento de los Auditores de cuentas reconoce la ley a estos accionistas minoritarios que ostenten, al menos, el 5% del capital. En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a la verificación de un Auditor, aquellos accionistas podrán solicitar del Registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que se efectúe la

revisión de las de un determinado ejercicio (art 205.2). Asimismo, el accionista o accionistas que ostenten el capital anteriormente indicado podrán, cuando concorra justa causa, pedir al juez de la instancia del domicilio social la revocación del Auditor designado por la Junta General o por el Registrador mercantil o, en su defecto, el nombramiento de otro auditor (art.206)

6. Los accionistas minoritarios también poseen el derecho a solicitar la presencia de un Notario para que levante el acta de la Junta General, siempre que lo soliciten de los administradores con cinco días de antelación a la celebración de la Junta, accionistas que representen, al menos, el 1% del capital social. El Acta notarial así levantada tendrá la consideración de Acta de la Junta General en sustitución de la del Secretario (art 114 I)<sup>25</sup>

iv/ Mecanismos de adquisición de hecho del control externo de una sociedad: Dentro de la problemática del mundo empresarial existen muchas hipótesis que, permiten, de hecho, a una sociedad ejercer el control sobre otro, sin que medien vínculos corporativos entre ambas. A título ilustrativo, pasamos a analizar:

1. En el supuesto de la sociedad en participación, puede darse una situación de control externo por parte del socio oculto sobre el socio gestor (sea éste una persona física o jurídica), en el caso de que el socio oculto aporte a la sociedad determinada tecnología que crea una total dependencia al socio gestor en cuanto a su actividad comercial o industrial.
2. En el caso de una sociedad que es concesionaria de otra, se puede presentar una situación de control externo por parte de la concedente. Existe generalmente la imposición de obligaciones de compra de productos del concedente que configuran la llamada cláusula de exclusividad de aprovechamiento. Cuando se trata de productos muy sofisticados, no le queda al comerciante otra salida que convertirse en concesionario si quiere ejercer su comercio. Existe un poder de

---

<sup>25</sup> BROSETA PONT, MANUEL, Manual de Derecho Mercantil, 7a. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p.259 y 260

dominación, fundado en el monopolio técnico del concedente que se cristaliza en la obligación de llevar la contabilidad de determinada forma, de utilizar el mismo tipo de publicidad, de prestar el mismo servicio de post-venta, etc. Además, existen generalmente exigencias de capital mínimo y de la propiedad de determinada clase de inmuebles, cuyo incumplimiento, al igual que de las anteriores obligaciones, lleva acarreada la pérdida de la concesión, por lo que el concesionario queda prácticamente sometido al arbitrio de la voluntad del concedente.

3. También se configuran un control externo cuando existe una situación de endeudamiento de la sociedad. El acreedor podría obtener la quiebra o ejecutar los bienes de la sociedad deudora y consecuentemente podría ejercer influencia dominante en la conducción de la sociedad. También se produciría igual control interno por parte del acreedor si éste tiene caucionadas en su favor las acciones de la deudora, en tal cantidad que configuren un paquete de control. Por otra parte, en los préstamos en muchas oportunidades se pacta la adjudicación de determinados puestos en el directorio de acreedores, la prohibición de dar dividendos en efectivo y la obligación de reorganizar la empresa, entre otras, todo lo cual puede implicar un efectivo poder de control. Ni qué hablar de cuando el acreedor es el Estado, que en razón de su naturaleza tiene poderes muy superiores a los de un acreedor privado.

También dentro de la situación acreedor-deudor, podemos citar la circunstancia, muy conocida en la actualidad, de que los grandes deudores pueden tener a la postre una posición de control sobre los bancos que les facilitaron los fondos, ya que su suerte depende de la conducta que asuman los deudores. Sería un caso inverso a los ya mencionados (...)

4. Cuando el Estado interviene en una sociedad en razón de los poderes que le confiere la ley, tiene un control externo sobre ella y, en algunos casos, maneja directamente sus operaciones comerciales hasta que haya cesado la causa que dió lugar a la intervención. No cabe duda de que acá existe también un control externo.

5. Existiría asimismo la influencia dominante y control externo sobre una sociedad, si esta se halla vinculada, con un contrato de suministro de materia prima o de productos imprescindibles para el ejercicio de su actividad, contra otra que los entrega en exclusividad y es la única proveedora y fabricante de ellos. Esta última sociedad si, por cualquier motivo, intenta ejercer su control sobre la primera, puede hacerlo, pues ésta no puede procurarse los productos que requiere para su desenvolvimiento en otros proveedores o fabricantes. En este supuesto se trataría de un monopolio de hecho que permite la existencia de una influencia dominante de otra sociedad

6. Distinta situación de la anterior se plantearía si el monopolio no es de hecho sino de derecho (por autorización estatal), ya que en este caso el titular de un servicio público está obligado a su prestación a todos los interesados que lo requieran. Cabe recordar que los administrados únicamente pueden exigir que se les presten los denominados "servicios públicos impropios". En éste caso, no existiría control de hecho ni influencia dominante, habida cuenta del deber que pesa sobre quien debe prestar el servicio público. Está obligado a su prestación a todas las personas, conforme a las normas vigentes, consecuentemente, no tendría poder de control, pues no podría per se cesar en la realización de un servicio público (por ejemplo, suministro de energía eléctrica), y de ese modo presionar a una sociedad determinada.

7. En cambio, si existiría control externo en el caso en que la actividad principal de una sociedad dependa de un contrato de agencia realizado con otra sociedad, de tal modo que los elementos de la primera valen menos si el mandato o autorización es revocado.

8. Con mayor razón deberá considerarse controlada una sociedad cuando entre esa y la otra sociedad existe un pacto que limita el libre desenvolvimiento de la vida y actividad de la primera, por ejemplo, en orden a la composición del órgano administrativo, al aumento de capital, al término de duración. En estas hipótesis se determina, de hecho, al menos parcialmente, una situación análoga a la que se verifica cuando una sociedad dispone de la

mayoría de votos en la asamblea de la otra. Es un control de hecho, no de derecho, que independientemente de la validez de los pactos existentes puede producir en realidad los mismos efectos.

9 Por último, también se configuraría control externo cuando se realiza por medio de licencias para el empleo de marcas o de patentes de invención, o "know-how", que condicionan e influyen en la administración societaria.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> SANTILLAN, JORGE MARIO, *Las sociedades controladas y la reforma de la ley*, Revista del Derecho Comercial y le las Obligaciones, año 17, número 101, octubre 1984, Buenos Aires, Argentina, p.736 a 738.

## CAPITULO IV

### LA PERSONALIDAD JURIDICA EN UN GRUPO DE SOCIEDADES

#### 1. El problema de la personalidad jurídica de las personas morales

La personalidad jurídica consiste en una cierta situación que el derecho positivo atribuye a las instituciones jurídicas formadas por dos o más personas (caso de las sociedades, de los sindicatos, de los ejidos), o a bienes de ellas que se destinen a ciertos fines, reconocidos también legalmente (el caso de las fundaciones), o en fin, a entidades de carácter colectivo, ya sea de derecho constitucional (como las Naciones, el Estado, los Municipios), o corporaciones y organismos del Estado; a efecto de perseguir finalidades de índole diversa (económica, política, social, cultural, etc.) que sean de difícil, inconveniente o imposible realización por el individuo aislado.

Se habla de personalidad moral o jurídica (que de ambas maneras se denomina), por comodidad de lenguaje, en un sentido meramente metafórico (lo que resulta evidente al llamarla persona moral), para aludir a una figura y elaborar un concepto similar al de la personalidad del hombre, en cuanto a atribuciones de derechos y obligaciones, o sea, en cuanto a la regulación normativa, a la legitimación de ciertas situaciones legales. Por dicha similitud y homonimia, se tiende a dar un concepto genérico, antropomórfico, de la personalidad jurídica, que la doctrina

moderna rechaza tanto porque es el hombre de carne y hueso, y sus múltiples intereses lo que la ley protege, cuanto por las obvias diferencias entre el ser humano y el grupo, o esas otras manifestaciones jurídicas, en que éste interviene directa o indirectamente.

Por otra parte, la personalidad moral de las sociedades es un mero instrumento para velar y proteger el interés jurídico -res quod interest- de los socios, sin que sea admisible hablar de un interés propio -institucional- del ente.

Se trata, pues, meramente, de un esquema jurídico, de un instrumento legal al alcance del hombre, tendiente a obtener fines que son propios de éste, y que sólo puede alcanzar, o alcanzar mejor, agrupando, o bien, reuniendo medios patrimoniales propios y ajenos.<sup>1</sup>

Como acertadamente han señalado algunos autores, con la declaración legal de que las sociedades tienen personalidad jurídica, los problemas no terminan sino que empiezan. Por eso, como ya hemos visto, debe preguntarse qué significa tener personalidad jurídica, cuando la atribución se refiere a un substrato distinto de la persona humana

La persona natural y la jurídica sólo de una manera muy artificiosa pueden ser equiparadas. Tratándose de la primera, la respuesta a la pregunta "¿Qué es una persona?" se contesta con referencia directa a una realidad extrajurídica (moral, sociológica, antropológica, social), mientras que la misma pregunta en el segundo caso sólo permite llegar a la realidad extrajurídica a través de normas que regulan efectos muy diversos, contenidos en esta elipsis mental a que se refiere la expresión "persona jurídica"

Ascarelli ha recordado varias veces la comparación de Jhering entre el concepto de persona jurídica y el parentesis del lenguaje algebraico. Especialmente en el caso de las

<sup>1</sup>BARRERA GRAF. JORGE, op. cit., p. 283 y 284

sociedades mercantiles, la atribución de la personalidad jurídica no puede tener más que un sentido de expresión abreviada para hacer referencia a una serie de fenómenos que, en caso de duda, han de ser juzgados separadamente para comprender su sentido jurídico y darles el tratamiento adecuado: delimitar un patrimonio, conferir sobre el mismo cierta preferencia a determinados acreedores, disponer de una organización al servicio de una finalidad, regular su efectiva actuación como empresa, señalar qué personas tendrán poderes de dirección y de representación, regular los derechos de los partícipes, etc. Todo esto y bastante más está encerrado en el parentesis de que hablan Jhering y Ascarelli y la tarea que consiste en despejarlo no puede quedar reducida a una simple deducción maquinal a base del concepto de persona jurídica y de la ilusoria comparación de ésta a la persona natural.

(...) Afirmar que el concepto de persona jurídica es una simple referencia indirecta a diversos problemas que requieren una más precisa formulación, podría parecer una vaguedad. Pero estamos convencidos que ello ha de permitir alcanzar más precisión. El carácter instrumental y relativo de dicho concepto se advierte más fácilmente en contraste con el de persona natural. La existencia del ser humano, por su indiscutible valor intrínseco hasta tal punto exige determinado tratamiento que resulta superfluo su carácter mediador, instrumental, entre unos hechos y unas normas. Poca especulación requiere el carácter mediador de la norma que reconozcan al ser humano lo que le corresponde a su dignidad, por el carácter indiscutible del supuesto de hecho delimitado como base de los efectos jurídicos. Muy diferente es lo que sucede con la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. El valor puramente instrumental del concepto estará en razón directa del carácter artificioso del supuesto de hecho que tenga atribuida la personalidad.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>SERIK, RALF. *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, trad. y comentarios de José Puig Brutau. Editorial Ariel, Barcelona, 1958, p. 298 y 299.

Como dice Lois Estévez, citado por Puig Brutau en la obra anterior, entre el fenómeno asociativo y la personalidad humana, si prescindimos del alcance metafórico de la designación, no existe paridad legal (...). Es cierto que nuestras leyes dicen expresamente que las sociedades regulares tienen personalidad jurídica; pero no olvidemos que, si partimos de la hipótesis de que la persona jurídica es un nomen iuris, lo único que puede significar la frase es que esas sociedades se regirán por las normas colocadas bajo tal rubrica... pero este hecho carece de valor decisivo a efectos de asunción de personalidad, puesto que otros entes sociales a los que se niega la persona jurídica, como las sociedades irregulares y comunidades de todas clases, pueden, asimismo, dentro de sus modos peculiares adquirir, poseer, contraer obligaciones y ejercitar acciones.<sup>1</sup>

Para referirnos a la cuestión de si la responsabilidad de la sociedad queda limitada a los bienes que forman su patrimonio, es corriente estimar que se trata de una consecuencia de su personalidad independiente de la que tienen los socios. Pero, aparte de que ello está en gran parte desmentido por el Derecho positivo, sólo puede tratarse de una fórmula verbal que traduce en un concepto lo que en realidad es un postulado de política jurídica: la conveniencia de conseguir empresas con medios más poderosos que los que están al alcance de un sólo individuo. No se trata, por tanto, de consecuencias forzosas las que imponen las cosas de la naturaleza por su inevitable manera de ser. La personalidad jurídica atribuida a las sociedades es la expresión abreviada, la elipsis mental, en que ha cristalizado aquella política jurídica. Por tanto, es efecto y no causa. Es un efecto que se halla a mitad de camino entre la consideración de aquella conveniencia y la ordenación consciente y detallada de los medios precisos para lograr el resultado que se busca. La dificultad de recorrer la segunda mitad de tal camino induce al fatigado razonamiento a atribuir virtudes al concepto, como si pudiera resolver problemas por pura aplicación maquinal. Pero se olvida que la diversidad entre la sociedad y los

---

<sup>1</sup>ibidem, p. 301 y 302.

socios no es como la que separa las distintas cosas de la naturaleza. En este sentido, sociedad y socios no están separados, no son cosas distintas, la diversidad es de tratamiento en atención a criterios de política jurídica. Por lo mismo, no puede excusarse el juzgador de tener en consideración dichos criterios de política jurídica al pretender sacar consecuencias del concepto.<sup>4</sup>

De todo lo mencionado anteriormente, podemos concluir que la equiparación de la personalidad jurídica de las corporaciones a la de la persona natural, debe manejarse con cuidado, y no llevarla hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, debido a que un análisis más a fondo de la problemática que plantea rebasa las pretensiones del presente trabajo, a continuación nos concentraremos más en el tema que nos atañe más directamente en este capítulo, que es el de la personalidad jurídica en un grupo de sociedades.

2. La problemática que plantea la personalidad jurídica en el seno de un grupo de sociedades:

En los grupos de sociedades, empresas, formalmente independientes, están sometidas a una dirección económica única. Y más generalmente, puede decirse, como es comúnmente aceptado, que el conjunto de las empresas constituye una sola unidad económica.<sup>5</sup>

La base misma está siempre en que la independencia, en que jurídicamente permanecen las empresas del grupo, y, al mismo tiempo la pérdida de su autonomía económica, originan el que lleven una administración que obedece a motivaciones y a impulsos externos a cada

---

<sup>4</sup>Ibidem, p. 302 y 303.

<sup>5</sup>GIRON TENA, JOSE, Las grandes empresas (problemas jurídicos actuales de tipología empresarial, la gran S.A., los grupos de sociedades), editado por la UNAM y la Universidad de Valladolid, México, 1975, p.118.

cambiado de criterio. El mismo Friedlaender, renunciando a la teoría unitaria, se limitaba ya a sostener la unidad jurídica del grupo sólo desde puntos de vista particulares. Otra versión ve en el grupo un caso de sociedad. La sociedad de las empresas agrupadas sería una sociedad de sociedades, que daría, en esta forma, unidad a un nuevo supersujeto. Esta tendencia aparece y reaparece bajo distintas versiones. En Francia, la renovación de los estudios institucionales de la empresa, busca, no ya llevar el Derecho de Sociedades al nuevo sujeto-grupo, sino institucionalizar la organización empresarial, de manera tal que los hechos y estructuras económicas, por sí mismos, vendrían a tener un sentido unitario jurídico. Habría una personalidad jurídica, si se quiere, no societaria. Pero es el hecho que estas corrientes no han tenido acogida lo suficientemente extendida en la práctica (...)

Además de las construcciones unitarias completas, los riesgos del poder colectivo del grupo, han movido a los autores a buscar los fundamentos para una responsabilidad del grupo, es decir, del conjunto, o una responsabilidad, por lo menos, de las sociedades controlantes por los actos de las controladas. Alrededor de esta materia, se han aducido sucesivamente los más diversos fundamentos. Se ha hablado de existencia de grupos de simulación, fraude a la ley, apariencia jurídica, poder de disposición que basaría la responsabilidad del que actúa con el patrimonio, de otro por las obligaciones ligadas a ese patrimonio, lo que es una versión germánica del problema polémico, muy actual en Italia, del tratamiento como empresario llamado empresario oculto, del control, etc. etc. Una versión actual de la ruptura casuística y ocasional de la independencia jurídico-formal de cada sociedad, es la que adopta la forma de superación de la personalidad jurídica, que, con distinta terminología, se elabora en las jurisprudencias inglesa y norteamericana y las doctrinas continentales. (...) Dentro de estas tendencias, conviene destacar que el análisis de la significación del control ha llevado a una especie de principio: que no se puede hacer por medio de una sociedad controlada lo que no se

podría hacer directamente. Y, de otra parte, en la realidad de la vida del Derecho, esta aportación es la que ha impulsado el verdadero resultado positivo, contante, de la doctrina, un tratamiento desglosado. Es decir, que todos y cada uno de los problemas que, en órganos, actos y acuerdos de las sociedades de grupo, surgen, en sus relaciones entre sí, son examinados desde el punto de vista de las deformaciones que sufren o pueden sufrir cuando sirven a la finalidad del grupo. Cuando la deformación existe, se producen también determinados efectos que, en un esfuerzo constante, la doctrina ha ido poniendo de manifiesto.<sup>7</sup>

Los problemas acerca de unidad económica y pluralidad jurídica del grupo son, probablemente, en el momento actual, insuperables por vía doctrinal. No se ve que quepa tipificación por subsunción en una figura existente. Conviene tener a la vista las limitaciones o las razones de los obstáculos, que la aportación doctrinal unitaria trata de superar. Las implicaciones de lógica jurídica existentes en esta cuestión. En los grupos hay una superposición de figuras, pero no una refundición. Si así fuera, no habría grupos de Sociedades independientes. Hay una pluralidad jurídica coordinada por una dirección económica única. El poder es único. No se trata de una Sociedad hecha por las sociedades; esto sería al revés de lo que es. Sería todos estableciendo la voluntad única de acción. Y no es así. Se trata de Sociedades sin voluntad sometidas a un único centro, que es un miembro del grupo o externo a él, que es el que dicta la voluntad que mueve el conjunto de cada una de las sociedades formalmente independientes. La única forma de obtener la unidad sería el que, como tales sujetos, dejaran de existir las Sociedades del grupo haciéndoles simplemente cosas. Pero entonces, muerto el perro, se acabó la rabia, es decir, el grupo como tal. Porque lo que se quiere es precisamente la independencia jurídica y la coordinación económica. Desde el punto de vista jurídico, el tema de los grupos es tema de coordinación de una variedad de relaciones

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 121 a 124.

jurídicas, orgánicas o contractuales. Su unidad jurídica plena no es una solución, sería una negación del grupo.<sup>8</sup>

Pero es el Derecho Alemán proyectado de sociedades anónimas de 1962, el que se ha planteado, por primera vez, deliberadamente, el propósito de llegar al final de establecer un Derecho de grupos de Sociedades.<sup>9</sup>

Sin embargo, debido a que el mismo será objeto de un análisis más detallado en un capítulo más adelante, por el momento no estudiaremos el mismo.

La unidad supraordenadora del grupo presenta una clara imagen con el balance consolidado. (...) Aparece el grupo como empresa única (...) y, aun más: los principios fundamentales que orientan el balance consolidado son deducción de la regla que le orienta: suponer artificiosa la independencia de Sociedades y refundir los balances, homogeneizándolos, eliminando las relaciones jurídicas de participación, de crédito y deuda y de suministro entre las empresas del grupo, disponiendo la contabilidad como si fuera de una empresa única, con secciones o sucursales.<sup>10</sup>

El balance consolidado expresa la realidad de la coexistencia de las empresas, individualizadas con independencia jurídica, con el grupo que cobra también el carácter de una individualidad resuntiva y de síntesis, sin borrar a aquellas. La gran importancia de este reconocimiento es que da el instrumento, con el que arrojar sistemáticamente luz a todas las relaciones intersocietarias en el seno del grupo. El grupo sin individualidad jurídica quedaba, para el Derecho, en la sombra. El Balance consolidado trae al campo de luz al esquineta de

---

<sup>8</sup>Ibidem. p. 124 y 125.

<sup>9</sup>Ibidem. p. 127.

<sup>10</sup>Ibidem. p. 140 y 141.

conjunto y lo somete a la descomposición analítica del Derecho de Balances para ver el grupo como tal <sup>11</sup>

Con relación al hecho de la consolidación de balances de un grupo de sociedades en nuestro país, nuestra legislación, pese a no regular en un cuerpo legal el fenómeno de los grupos de sociedades, sí prevee expresamente en el art. 57 A de la ley del impuesto sobre la renta (en lo sucesivo LISR), la presentación de balances consolidados por parte de la sociedad controladora.

### 3. La personalidad jurídica entre sociedad madre y sociedad filial.

a) El problema de la unidad jurídica: Al respecto, trátase de saber hasta qué punto la unidad económica entre la sociedad madre y la sociedad filial (o sociedad dominante y sociedad dominada) se transforma en unidad jurídica. La llamada "Teoría de la Identidad", auspiciada por el ya citado Isay, pretende resolver el antagonismo entre el aspecto jurídico y el aspecto económico, afirmando que la sociedad filial es más bien una apariencia jurídica y que las empresas de ambas sociedades constituyen jurídicamente una sola empresa compleja y una sola personalidad, aunque desde un punto de vista formal se quiera dividir esta unidad en dos figuras jurídicas distintas. Pero esta teoría contradice la realidad, en la que comprobamos a diario la existencia de relaciones jurídicas entre las sociedades dominantes y las sociedades dominadas, y en la que sería absurdo sostener que una sociedad anónima filial de otra es pura ficción, con la consecuencia forzosa de que no hay en ella verdadero consejo de administración ni verdadera junta general. El hecho de que una sociedad posea la totalidad o la mayoría de las acciones de otra en nada perjudica la autonomía jurídica de ambas sociedades. Aún sometidas a

---

<sup>11</sup>Ibidem, p. 142.

un mando unitario, los patrimonios de una y otra sociedad funcionan como patrimonios jurídicamente separados, que conservan o adquieren sus propios derechos y obligaciones. No obsta a esta conclusión el hecho de que en materia fiscal prevalezca el concepto de unidad económica a efectos meramente impositivos. A pesar de esto, es preciso reconocer que esa íntima unión económica entre la sociedad madre y la sociedad filial (o entre la sociedad dominante y la sociedad dominada), tiene que tener sus repercusiones en el campo jurídico, tanto en el aspecto externo (relación contractual entre ambas sociedades y comunicación de responsabilidad), como en el aspecto interno (administración de la sociedad filial, intervención de la sociedad dominante en las juntas generales de la sociedad dominada y trascendencia a la contabilidad de la relación entre ambas sociedades).<sup>12</sup>

Al efecto, Serick considera que la sociedad filial debe ser considerada como un ente con personalidad jurídica cuando:

1. Ambas sociedades son independientes en el aspecto financiero, para lo cual la sociedad filial debe disponer de capital suficiente para hacer frente a sus obligaciones;
2. Los negocios de las dos personas jurídicas deben quedar separados y contabilizados en libros independientes;
3. Las asambleas sociales deben celebrarse separadamente (y si así se hace es indiferente que las dos sociedades estén regidas por los mismos directores);
4. No debe haberse producido la apariencia jurídica de que ambas sociedades son la misma.<sup>13</sup>

b) Relaciones contractuales entre ambas sociedades: Surge aquí la duda de si la sociedad filial o dominada tendrá sustantividad jurídica suficiente para ser considerada como persona contratante o si, por el contrario, el contrato celebrado entre ambas sociedades será un contrato consigo mismo o, al menos, un contrato simulado. La experiencia de la vida de las

<sup>12</sup>GARRIGUES, JOAQUIN. *Formas sociales de uniones de empresas*, op. cit., p. 1311.

<sup>13</sup>SERICK, RALF, op. cit., p.117.

sociedades muestra a diario la realidad de tales contratos y la ausencia completa de acciones de nulidad por los motivos apuntados. Y esto no sólo en el caso de que una sociedad tenga la mayoría de las acciones de otra y, por tanto, influya decisivamente en sus determinaciones de voluntad, sino también en el caso de que la totalidad de las acciones de una sociedad esté en manos de otra. La dependencia económica no se traduce en falta de independencia jurídica. Entre una y otra sociedad pueden ser concluidos contratos; puede reclamarse el pago de dividendos pasivos; no procede la compensación entre los créditos y las deudas recíprocas de ambas sociedades, etc. Los contratos entre una y otra podrán ser impugnados y anulados, no por causa de simulación, sino cuando el predominio de la voluntad de uno de los contratantes sobre el otro haya dado lugar a un contrato con causa ilícita o que tenga por objeto servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.<sup>14</sup>

c.1) La comunicación de responsabilidad en general entre sociedad madre y sociedad filial. Surge aquí de nuevo el antagonismo entre el aspecto económico y el aspecto jurídico. Desde el punto de vista jurídico, aunque las decisiones de la sociedad sometida a otra se adopten en realidad por ésta, no cabe negar la personalidad de aquella para todos sus actos y contratos, si se cumplen los requisitos correspondientes, con la consiguiente autonomía patrimonial. Esta autonomía implica la responsabilidad directa y separada de la sociedad filial por las deudas contraídas. Teóricamente, ni la sociedad madre responde de las deudas de la sociedad filial, ni ésta de las de aquella. Por la misma razón, la quiebra de la sociedad dominante no arrastra la quiebra de la sociedad dominada. Pero en la práctica, las cosas ocurren de distinta manera. En primer lugar, si la sociedad dominada tiene tal entidad económica que sus acciones constituyen una parte importante de la sociedad dominante, la quiebra de aquella puede dar lugar a la quiebra de ésta. Por otra parte, cuando la sociedad dominante quiebra, los sindicados pueden pedir en su caso que el patrimonio de las filiales sea atraído por la masa de la

<sup>14</sup>GARRIGUES, JOAQUIN, *Formas sociales de uniones de empresas*, op. cit., p. 1312.

quiebra, demostrando que la constitución de estas filiales tuvo exclusivamente por objeto reducir la garantía de los acreedores de aquella sociedad.<sup>15</sup>

En el caso anterior, para resolver a favor de la situación de dependencia, deberá concurrir alguna circunstancia que pueda calificarse de abuso y que permitirá al juez quebrantar la posición formal de una y otra persona jurídica para identificar a la dependencia de la dominante. En todo caso, cabe afirmar con toda cautela lo siguiente de las personas jurídicas cuya situación jurídica llegue a tal extremo: pueden admitirse medidas que afecten a la persona jurídica dominante cuando, a pesar de no poderse demostrar que la misma opere con intenciones fraudulentas, aparezca sin embargo configurada la relación entre las sociedades matriz y filial de una manera completamente desacostumbrada. (...) Cabe estimar que la insistencia en la independencia de la sociedad filial es un abuso de derecho cuando la dominante tiene a la dependiente en una situación de hecho que la convierte en "esclava de la primera", sin que ello pueda evitarse señalando que una y otra son jurídicamente independientes. Pero está claro que semejantes situación de dependencia sólo puede ser admitida en algunos casos marcadamente excepcionales.

Un buen ejemplo de cuanto acabamos de exponer lo tenemos en el caso *In Re Mulcie Pulp Company*. En este caso la Pulp Co. había creado a la Great Western Natural Gas Company y le había transmitido, entre otros bienes, algunas fincas con yacimientos de gas y petróleo. La Pulp Co. poseía todas las acciones de la Great Western Co., con excepción de una sola que pertenecía a un hombre de paja. La Great Western Co. no llevaba contabilidad independiente, sus negocios eran llevados a cabo por la Pulp Co. y en todos los sentidos aquella era considerada como mandataria de esta última. Cuando la Pulp Co. cayó en concurso, el administrador pretendió que los bienes de la Great Western Co. también debía integrar la masa sometida a su administración. La Great Western se opuso a ello y se fundó en la diversidad jurídica de ambas sociedades. El tribunal desestimó la posición jurídica que, desde un punto de

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 1313.

vista formal correspondía a dicha sociedad y resolvió que su propiedad, de la Great Western Co., en realidad correspondía a la Pulp Co. y que aquella no era más que un simple hombre de paja de esta sociedad insolvente.<sup>16</sup>

Otro ejemplo sería el caso de una sociedad ligada por un pacto de no concurrencia con otra y que desease burlar este pacto por el procedimiento de inducir a una sociedad filial a comerciar en el ámbito de la concurrencia que le estuviese vedada a la sociedad madre. Y lo mismo cabe decir respecto del cumplimiento de otros contratos, como el de suministro, servicios, etc. En todos estos casos será cuestión de interpretación determinar en que medida los contratos de la sociedad madre o de la sociedad filial pueden resultar intuidos por la comunidad de intereses existentes entre ambas. Si por ejemplo, la sociedad principal habla en un contrato de la "explotación propia", parece que habrá que comprender bajo esta expresión también las explotaciones de las sociedades filiales.<sup>17</sup>

Todo este tipo de cuestiones llevan al problema de fondo, de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades, tema importante, pero que escapa a las pretensiones de este trabajo. Al respecto nos limitaremos a mencionar que podríamos sostener dicha doctrina en nuestro país a través de invocar diferentes artículos que en forma genérica sancionan los actos ilícitos cometidos en perjuicio de terceros, como son los números 6, 8, 16, 1796, 1797, 1830, 1910 y 1917 del Código Civil, los cuales, interpretados unos con otros, podrán llevarnos a la conclusión de que quien conduce una sociedad mercantil que goza de personalidad jurídica tendría que responder por los ilícitos de ésta cuando haya actuado en contra del principio de la buena fe y de las buenas costumbres, y utilizando a la sociedad como instrumento para obtener inmunidad en contra de tales actos. Sin embargo, como apuntaba Polo en el prólogo de la obra de Serick, no podemos apoyarnos en fórmulas genéricas como la buena fe, el poder de los hechos, la conciencia popular y la realidad de la vida para regular los abusos que se cometen a

<sup>16</sup>SERICK, RALF, *op. cit.*, p. 117 a 119

<sup>17</sup>GARRIGUES, JOAQUIN, "Formas sociales", *op. cit.*, p. 1314

través de las personas morales, ya que esto nos podría llevar a resultados injustos y desprestigiar a estas instituciones <sup>18</sup>

c.2) El problema de la comunicación de responsabilidad entre sociedad dominante y sociedad dominada en el derecho mexicano: En nuestro derecho, no existe, como en general sucede lo mismo en relación a los grupos de empresas, una regulación general del fenómeno. Sin embargo, y a reserva de estudiar la misma en el capítulo correspondiente, analizaremos los artículos y disposiciones legales aplicables más importantes.

Al respecto, Nestor de Buen estudia los efectos de la responsabilidad laboral en un grupo de empresas, independientemente de que no estemos de acuerdo con su teoría de que haya patrimonios titulares de derechos y obligaciones <sup>19</sup>, señalando que en ocasiones se crea un conjunto de sociedades mercantiles intentando configurar diferentes empresas a pesar de que, en realidad, existe una sola. Así, dentro de una estructura económica unificada, aparecen como sujetos de aparentes relaciones jurídico-laborales diferentes, personas jurídico-colectivas diferentes.

Hay, al respecto, un claro antecedente jurisprudencial, resuelto, inclusive, durante la vigencia de la ley anterior: Una cadena de estaciones radiodifusoras, integrada por una serie de personas jurídicas independientes, contrató los servicios de un auditor para controlar las contabilidades de las estaciones afiliadas. El salario lo cubría, en su momento, cada una de las sociedades. Encontrándose prestando sus servicios a una de ellas, el trabajador fue despedido sin causa justificada. El trabajador demandó a la sociedad principal, la que negó la existencia de la relación laboral. Llegado el asunto a la Corte, por amparo promovido por dicha sociedad principal, la Corte resolvió que si existía la relación con la misma a pesar de que, en la fecha del despido, el auditor aparecía en la nómina de otra. (...) (Amparo directo número 2580/63/2a

<sup>18</sup> LEDESMA URIBE, BERNARDO, *Abuso de la persona jurídica*, Estudios Jurídicos en honor a Roberto Mantilla Molina, op. cit., p. 494.

<sup>19</sup> DE BUEN LOZANO, NESTOR, *Derecho del trabajo*, tomo I, Editorial Porrúa, 8a. Edición, México, 1991, p. 493.

promovido por "Radio Cadena Nacional, S.A.", con ponencia del ministro, Lic. Agapito Pozo, siendo secretario el Lic. Roberto Torres H.) "De todo lo anterior, se advierte que entre Radio Cadena Nacional, S.A. y las demás empresas mencionadas en esta ejecutoria y a las cuales se refirió el actor en su demanda laboral, existe una íntima vinculación, derivada no sólo de contratos de comisión mercantil, sino que reconoce su fuente en la estructura básica de tales empresas, e implica una amplia relación económica y administrativa, en la que Radio Cadena Nacional, S.A., ejerce un papel directivo, pues no de otra suerte se explica que todo el control contable de estas empresas se lleve a cabo en la ciudad de México, precisamente en las oficinas de Radio Cadena Nacional, S.A.; que esta última negociación pueda disponer de los libros de contabilidad de dichas empresas, como se demostró durante el desahogo de la prueba de inspección, ya que con el simple ofrecimiento de esa prueba de Radio Cadena Nacional, S.A., y sin necesidad de un requerimiento específico o cuando menos una notificación a las otras empresas, se obtuvo la presentación de los libros de contabilidad; todo ello en una misma oficina y dentro de un despacho en cuya puerta sólo había una placa con las iniciales R.C.N. y la leyenda "Radio Cadena Nacional, S.A.", según lo asentó el actuario que practicó la inspección, sin que conste que en parte alguna estuvieran los nombres de otras sociedades..."

La tesis fundamental de la ejecutoria, puede verse en la transcripción que hacemos enseguida de su parte medular:

"Todo lo anterior demuestra plenamente, para los efectos de este juicio de amparo, y el conflicto laboral de que deriva el acto reclamado, que independientemente de la estructura jurídica que haya adoptado la empresa de radiodifusión que se ha citado, sus divisiones internas, y desde luego, sin emitir juicio alguno sobre los motivos peculiares que hayan informado esa peculiar estructura, se trata en realidad de una entidad económica a la que, no obstante sus diversificaciones, prestaba sus servicios en conjunto con el señor Marcos Than Clemente, entidad económica cuya dirección corresponde a Radio Cadena Nacional, S.A., por

lo que es perfectamente lícito y justificado considerar a esa empresa como patrón de Marcos Tian Clemente. Es de advertirse que el concepto de patrón de acuerdo con el art. 4o de la Ley Federal del Trabajo, lleva en sí una profunda implicación económica, implicación a la que debe atenderse esencialmente en todos los casos en que se quiera determinar concretamente, si una persona tiene el carácter de patrón, y esto es tanto más importante en la actualidad, cuanto que la diversificación de las actividades económicas origina la creación incesante de nuevas formas de empresas, dentro de una variada gama de sociedades; y en manera alguna sería aceptable el criterio de que la peculiar estructura jurídica que libremente se haya dado a una empresa a base de múltiples sociedades mercantiles, redundara en perjuicio de sus trabajadores; sino que en todo caso debe atenderse, como se hizo en la especie, a la fijación de la entidad económica única, que se manifiesta al través de diversas sociedades, para establecer mediante la determinación de la sociedad que se pueda considerar como directriz, los dos términos de la relación laboral (...)<sup>20</sup>

Las repercusiones laborales de los grupos de empresas se dan generalmente en el ámbito de la figura del intermediario, la cual, al decir de Nestor de Buen, se puede producir en dos distintas hipótesis. En la primera un tercero, ajeno a la relación laboral, sirve de conducto para que ésta se establezca en forma directa entre dos personas. Es el caso de las agencias de colocación a las que se refiere la fracción XXV del inciso "A" del art. 123 constitucional, en la que se dispone que "El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo, o por cualquier otra institución oficial o particular". Jurídicamente el intermediario no participa en la relación de trabajo: simplemente relaciona a dos sujetos para que entre ellos nazca una relación laboral.

En la segunda hipótesis, muy socorrida en la industria de la construcción, el intermediario actúa a nombre propio y crea entre él y los trabajadores una relación directa, generalmente con el ánimo de evitar a la empresa principal las responsabilidades derivadas de la

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 493 a 495.

ley. A su vez, entre la empresa principal y el intermediario, sedicente patron, se constituye una relación civil o mercantil que puede tomar el aspecto de contrato de obra a precio alzado, a precios unitarios o por administración. Por regla general el intermediario satisface los requisitos formales de una empresa y especialmente los fiscales y los que exige la Ley del Seguro Social, además de otros requisitos complementarios (v.gr.: la inscripción como contratista autónomo en las cámaras industriales, de comercio o de la construcción), aún cuando esos requisitos no se apoyen en una estructura económica adecuada ya que los intermediarios suelen ser insolventes.

La ley contempla una tercera figura, aunque la admite con visibles reservas. Se trata de los llamados "contratistas", los cuales se entiende que no se limitan a poner a disposición del patrón la mano de obra, sino que, además, aportan los materiales y el equipo necesarios para la realización de la obra. De todas maneras, su condición de contratistas queda sujeta al hecho de que sean laboralmente solventes, ya que de otra manera, las obligaciones quedarán a cargo, en forma directa e inmediata, de la empresa principal, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del contratista devenido "intermediario".

La cuarta hipótesis de la ley se refiere a una situación que escapa definitivamente a la idea de intermediación, pero que es la que más nos interesa, ya que necesariamente presupone a dos empresas. Es evidente que el concepto de "empresa" excluye que pueda pensarse en un simple intermediario. Sin embargo, el tratamiento es semejante, ya que se plantea la posibilidad de que una de las empresas no sea solvente. El supuesto normativo se integra, además, con el hecho de que una empresa ejecute obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, según se determina en el art. 15. Esta última hipótesis presenta hipótesis importantes. En primer término, parece excluir las simples operaciones mercantiles de compra-venta, v.gr.: el caso de los proveedores, limitándose a la ejecución de obras o servicios.

Dos soluciones pueden admitirse, en el concepto de Nestor de Buen, para una inteligencia adecuada del concepto de "principalidad": en la primera se considerará "principal" a

la empresa que preste sus servicios a otra, mas alla del cincuenta por ciento de su capacidad. En la segunda, sera "principal", el cliente mas importante, independientemente de la proporción de servicios que reciba en relación a la totalidad de los que preste la otra empresa. En realidad, considerando la ratio iuris que sin duda radica en el deseo de impedir el nacimiento de empresas "satélites", la interpretación adecuada, es la primera, aunque no se deba atender exclusivamente al hecho de que la "empresa satélite" trabaje en más de un 50% de su capacidad para la empresa principal, sino al hecho de que su objeto social de forma primordial sea proporcionar servicios a esa sociedad.

En el caso que ahora examinamos, previsto en el art. 15 LFT, no se produce una subrogación personal como la que nace en las hipótesis de los arts. 13 y 14, sino que nace a cargo de la empresa beneficiaria de las obras o servicios, una responsabilidad solidaria.

En todas estas situaciones, o sea, en tanto cuando se trata de intermediarios, como cuando se trata de una relación entre dos personas, se produce otro efecto secundario, a saber: los trabajadores contratados por el intermediario (arts. 13 y 14), o por la empresa que deviene insolvente (art. 15), prestarán sus servicios en las mismas condiciones de los trabajadores de la empresa principal o beneficiaria que ejecuten labores similares. Se trata, en suma, de la extensión del principio de igualdad de salario que antes de la ley de 1970 sólo operaba entre trabajadores de un mismo patrón.

Una preocupación semejante se ha puesto de manifiesto, aunque con menor rigor, en la seguridad social, específicamente en la industria de la construcción. El Instituto Mexicano del Seguro Social exige la inscripción de cada obra a nombre del dueño y de cada una de las empresas contratistas o subcontratistas para excluir la responsabilidad del pago de cuotas, pero la insolvencia de cualquiera de ellos hace recaer la responsabilidad sobre los demás y, en última instancia, sobre el dueño de la obra.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup>Ibidem, p. 483 a 485.

Los preceptos de la legislación laboral regulan -como debe hacerse- el problema enfocándolo exclusivamente en sus aspectos laborales, por lo que no deja de ser una regulación fragmentaria. El 18 de julio de 1990, se publicó en el Diario Oficial la ley para regular las agrupaciones financieras, ley que, por primera vez en México, regula unitariamente el fenómeno de los grupos de sociedades, aunque limitado al aspecto financiero, y en donde, también por vez primera, se establecen disposiciones legales sobre la responsabilidad de la sociedad controladora en una agrupación financiera. A continuación, nos limitaremos a mencionar algunos aspectos importantes de dicha responsabilidad en la ley citada.

El art. 28 de la mencionada ley, expresamente señala lo siguiente:

"La controladora y cada una de las entidades financieras integrantes del grupo suscribirán un convenio conforme al cual:

I. La controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras, entidades del grupo correspondientes a las actividades que, conforme a las disposiciones aplicables, le sean propias a cada una de ellas, aún respecto de aquellas contraídas por dichas entidades con anterioridad a su integración al grupo, y,

II. La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades, en el evento de que el patrimonio de la controladora no fuere suficiente para hacer efectivas las responsabilidades que, respecto de dos o más entidades financieras del grupo se presenten, de manera simultánea, dichas responsabilidades se cubrirán a prorrata hasta agotar el patrimonio de la controladora, participación de la misma en el capital de las entidades de que se trate..."

Como es de notarse, como señala Guillermo Díaz de Rivera, por lo que se refiere a la responsabilidad que la controladora tiene con respecto a la controlada, se elimina el término solidaridad, término impropio en este caso, por las razones que el mismo apunta,<sup>22</sup> (que no

<sup>22</sup>DÍAZ DE RIVERA, GUILLERMO. La responsabilidad de la controladora en las agrupaciones financieras, Revista *Ars Iuris*, número 6, México, 1991, p. 80 y 81.

anotamos, pese a lo acertado de las mismas, para no extendernos más de lo previsto en el presente trabajo) y, asimismo, se varía el objeto de tal responsabilidad, toda vez que no solamente se refiere a las pérdidas, como lo hacía la anterior legislación, sino que se incluye el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada una de las entidades financieras integrantes del grupo.

Con fecha de 23 de enero de 1991, en el Diario Oficial de la Federación, se publicaron las Reglas Generales para la constitución y funcionamiento de Grupos Financieros y es, precisamente la regla decimanovena, dentro del capítulo cuarto, referente a "Del Convenio de Responsabilidades", en donde se refieren dichas disposiciones a la forma en que responderá la sociedad controladora, tanto por las obligaciones, así como por las pérdidas de las sociedades controladas.

En lo relativo a la responsabilidad subsidiaria e ilimitada del cumplimiento de las obligaciones de las controladas, las reglas disponen que la controladora deberá de responder por las obligaciones de una entidad financiera, cuando ésta última no haya dado cumplimiento a una obligación que, a juicio del organismo al que le compete su inspección y vigilancia, sea exigible, haciendo mención a este respecto, que dicho organismo deberá comunicarlo a la Comisión y ésta, a su vez, lo hará del conocimiento de la controladora, quien deberá responder por tales obligaciones en un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la fecha en que la Comisión le haya notificado su exigibilidad. Lo anterior, en el entendido de que por Comisión tenemos a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores o de Seguros y Fianzas que inspeccione, supervise y vigile a la entidad financiera controlada, que en este caso haya incumplido con una obligación.

Por lo que hace a la responsabilidad que tiene la controladora por las pérdidas de todas y cada una de las sociedades que controla, las reglas que comentamos definen que existen pérdidas cuando se presente cualquiera de los supuestos siguientes:

- a) Cuando su capital contable sea inferior al capital mínimo pagado con que deba contar el tipo de entidad financiera de que se trate, de conformidad con las disposiciones que lo regulan,
- b) Cuando su capital o reserva sean inferiores a los exigidos por las disposiciones que le sean aplicables, o
- c) Cuando a juicio del organismo encargado de supervisar a la entidad financiera, se prevea que ésta sea insolvente para cubrir sus obligaciones

En los casos de las fracciones antes mencionadas, la controladora estará obligada a efectuar, en un plazo de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que se presenten tales pérdidas, las aportaciones necesarias, tratándose de los casos referidos en los puntos a) y b)

Y en el caso del supuesto marcado con la letra c), el organismo que inspeccione y vigile la entidad financiera de que se trate, determinará el monto de las aportaciones y el plazo en que deban efectuarse y lo notificará a la controladora".

En relación a los accionistas minoritarios que pudiere tener tal entidad financiera, se precisa que en el evento de que tales accionistas, distintos a la controladora, no suscriban las acciones que les correspondan en ejercicio de su derecho del tanto (debiendo decir derecho de preferencia), la controladora estará obligada a suscribir las acciones necesarias para cubrir el total de pérdidas de que se trate <sup>21</sup>

Díaz de Rivera considera asimismo que el legislador, al expedir la ley, y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al emitir las reglas correspondientes, de ninguna manera midieron los alcances que en la práctica pudieran tener tales normas, supuestamente protectoras de los intereses del público inversionista, toda vez que podría darse el caso de que tales normas fueran inaplicables y, otras veces, trajeran consecuencias jurídicas inmensurables o desequilibradas, por las razones que a continuación expone el citado autor:

---

<sup>21</sup>ibidem, p. 83 a 85.

Como ya hemos mencionado, de conformidad con el artículo 15 de la ley aplicable, la controladora será propietaria, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representen, por lo menos, el 51% del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo

Por otra parte, el artículo 23 de la propia ley señala aquellos rubros en que puede estar invertido, en forma limitativa, el capital pagado y reservas de capital de la controladora:

1. Acciones emitidas por los demás integrantes del grupo.
2. Inmuebles, mobiliario y equipo estrictamente indispensable para la realización de su objeto
3. Valores a cargo del gobierno federal, instrumentos de captación bancaria y otras inversiones que autorice la referida Secretaría
4. Títulos representativos de cuando menos el cincuenta y uno por ciento del capital ordinario de entidades financieras del exterior, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los términos y proporciones que dicha Secretaría señale.

El propio artículo señala que la controladora no podrá contraer pasivos directos o contingentes, ni dar en garantía sus propiedades, salvo en el caso del contrato de responsabilidades a que se refiere el artículo 28 de esta ley, así como de operaciones con el fondo bancario de protección al ahorro o con el fondo de protección y garantía previsto en la Ley del Mercado de Valores, y a obligaciones convertibles con autorización del Banco de México.

De conformidad con las disposiciones transcritas, es factible, puede darse el caso, que una sociedad controladora únicamente se limite a ser tenedora de las acciones emitidas cuando menos por tres entidades financieras, susceptibles de ser controladas, de conformidad con la ley, no así que en su patrimonio obre ningún tipo de valor líquido, ni tampoco inmuebles, mobiliario y equipo indispensable para la realización de su objeto. En este caso, ante el incumplimiento o pérdida por parte de una o varias empresas que controla, la propia

controladora únicamente tiene en su patrimonio las mencionadas acciones de las controladas. Así, en el caso de que tenga que responder conforme a la ley y a las reglas, sería mediante el incremento de capital en la o las empresas controladas que han sufrido pérdidas, de conformidad con lo anterior. Ahora bien, la sociedad controladora estará obligada a pagar el importe del aumento del capital social de la o las controladoras; sin embargo, el importe de dichas aportaciones, desde nuestro punto de vista, podrá obtenerse de las siguientes fuentes:

- a) Mediante aportaciones que efectúen, a su vez, los accionistas de la sociedad controladora, quienes, como en toda sociedad anónima, están sujetos al principio de responsabilidad limitada y, de ninguna manera, tienen obligación de aportar más allá de lo que en su tiempo se obligaron a aportar.
- b) Mediante la obtención de un préstamo y, por lo tanto, la adquisición de un pasivo directo o contingente por parte de la controladora; sin embargo, tampoco existe ninguna obligación por parte de los terceros de financiar a tal controladora, a efecto de que lleve a cabo las aportaciones y pago del aumento de capital que forzosamente deberán decretar su o sus controladas.
- c) Mediante la venta, de parte de sus activos, lo cual en la especie, esto es, cuando una sociedad controladora tiene únicamente tres entidades financieras controladas, lleva consigo la desaparición y disolución del grupo financiero, toda vez que la sociedad controladora tendrá que enajenar las acciones de una de sus controladas, a efecto de cumplir con el aumento de capital en la o en las otras. Lo anterior, sin perjuicio de que pudiera existir la posibilidad de nadie se encuentre interesado en la posibilidad de adquirir tales acciones patrimonio de la controladora. Además, de conformidad con la Ley de Agrupaciones Financieras, para la separación de una de las entidades controladas y, por lo tanto, para la venta de las acciones que signifiquen la pérdida del control se requiere permiso previo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sin tomar en cuenta que será necesaria una serie de gestiones y trámites, que

hara practicamente imposible que en el periodo fijado por las reglas generales, para la constitución y funcionamiento de los grupos financieros, la controladora pueda hacer efectivo el aumento de capital.

Como se desprende del breve analisis anterior, pueden existir diversos casos en que sea impráctico o imposible que la sociedad controladora pueda responder por las obligaciones o pérdidas de alguna de sus controladas, toda vez que su patrimonio es limitado, con una cantidad tal de regulaciones sobre el mismo, que es probable que tal responsabilidad se haga inoperante. Asimismo, puede suceder que las obligaciones incumplidas o las pérdidas de algunas de las empresas controladas sean superiores al patrimonio de la propia empresa controladora, que puede tener otras entidades financieras subsidiarias de menor valor y que, incluso, con la totalidad de dicho patrimonio no se alcance a cubrir el importe de la obligación incumplida o la pérdida sufrida, haciendo de esta forma nugatoria la intención del legislador de proteger los intereses del público.<sup>24</sup>

Aunque consideramos difícil que se den al mismo tiempo las circunstancias señaladas, o algunas de ellas, sin embargo, las observaciones anteriores muestran lo que señalábamos al principio de este capítulo de que con la formulación de ciertos conceptos jurídicos, como la personalidad o la responsabilidad jurídicas, los problemas no se concluyen, sino que apenas empiezan, y el legislador debe regular las situaciones particulares y problemas prácticos que plantean en cada caso concreto los conceptos mencionados.

También señala el referido autor, que la nueva Ley de Agrupaciones Financieras, si bien eliminó el término solidaridad, mantiene en su artículo 28, fracción I, que la controladora responderá subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las entidades financieras integrantes del grupo, dando un sentido diverso a lo que tradicionalmente se ha conocido como subsidiariedad en las obligaciones. Esto es, desde nuestro punto de vista, una persona está

---

<sup>24</sup> *ibidem*, p. 86 y 87.

obligada subsidiariamente al cumplimiento de una obligación cuando el obligado principal no puede cumplir, lo que significa que no basta que no se haya cumplido para que la subsidiariedad tenga efectos, sino que en todo caso deberá haberse agotado el patrimonio del obligado principal para que proceda la subsidiariedad. No obstante, las reglas que hemos comentado, aplicables a las agrupaciones financieras, establecen que la controladora responderá por las obligaciones de una entidad financiera cuando ésta última no haya cumplido una obligación que, a juicio del organismo al que le compete su inspección y vigilancia, sea exigible.

La anterior disposición otorga al organismo, al cual ya definimos, poderes plenos para asumir, incluso, actividades correspondientes al poder judicial, a fin de determinar cuando es exigible o no una obligación a cargo de la entidad financiera que vigila, dejando en total indefensión a dicha entidad, ante una controversia o duda que exista sobre la validez, existencia o exigibilidad de la propia obligación, puesto que la controladora deberá proceder al pago, por el simple hecho de que el organismo mencionado así lo haya considerado. Además, en ningún caso se establece el hecho de que, en primer lugar, deberá agotarse el patrimonio de la empresa controlada, para que la controladora tenga la obligación de pagar en forma subsidiaria, sino que basta la comunicación del organismo para que, en un período de quince días, la controladora esté obligada al pago, sin tener el derecho de oponer excepción alguna.<sup>25</sup>

Al respecto, queremos señalar que el único medio que le quedaría a la empresa afectada, sería el de promover un juicio de amparo contra la resolución mencionada alegando la inconstitucionalidad de la disposición.

Las reglas son claras en cuanto a que en el caso de pérdida por parte de alguna de las controladas, la controladora deberá aportar, por vía de aumento de capital, las cantidades que fueren necesarias; sin embargo, en el caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones de las entidades financieras subsidiarias, simplemente se le establece la obligación a la controladora, previos los requisitos antes enunciados, de pagar, no estableciéndose la forma en

<sup>25</sup>*Ibidem*, p. 87 y 88.

que tal pago quedara a favor de la sociedad controladora y si el mismo sera capitalizado o no, si la sociedad subsidiaria deberá reintegrarlo posteriormente a la controladora, ni mucho menos las reglas que abarcan cuales son los derechos de las minorias y las obligaciones de los accionistas minoritarios, en caso de que la controladora asuma alguna o algunas obligaciones a cargo de la controlada

Por último, nos resulta interesante que el artículo 3o de la Ley para regular las agrupaciones financieras, que hemos venido comentando, establezca que "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las entidades financieras podrán utilizar denominaciones iguales o semejantes, actuar de manera conjunta y ofrecer servicios complementarios, de acuerdo a las disposiciones correspondientes", esto es, en otras palabras, la Ley está autorizando a dichas instituciones a que puedan actuar como agrupaciones financieras, teniendo tales organismos, además de su naturaleza propia, en forma adicional el carácter de controladoras de un grupo financiero. Sin embargo, en ningún momento se establece que la Ley para regular las agrupaciones financieras les será aplicable y, por ende, que tengan la obligación de responder en ninguna forma por las obligaciones de sus subsidiarias, ya que el artículo 28 de la mencionada ley no se aplicará a tales agrupaciones, lo cual desde nuestro punto de vista, podría resultar ilógico, hasta cierto punto injusto, y una falta de sistematización legislativa evidente.<sup>26</sup>

Sin dejar de pasar por alto las claras faltas de técnica legislativa de nuestro legislador sobre el particular, coincidimos con el multicitado Díaz de Rivera en que es loable que el legislador se preocupe por salvaguardar los intereses del público inversionista y el que las relaciones del público en general, con las entidades financieras tengan cada vez más cohesión, consistencia y claridad, de tal forma que los inversionistas resulten cada vez menos defraudados, y se tienda al crecimiento y maduración de los mercados financieros en México y

---

<sup>26</sup>ibidem, p 88 y 89

asi, vemos con buenos ojos el surgimiento de estas instituciones, como las que hemos analizado, que indudablemente con la práctica y con el tiempo deberá consolidar el carácter de institución que, como muchas otras que tenemos en nuestro derecho, sea funcional, útil a la sociedad y con una jurisdicción irreprochable.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup>ibidem, p. 89.

## CAPITULO V

### LA ESCISION COMO MEDIO DE CREACION DE UN GRUPO DE SOCIEDADES

#### I. IMPORTANCIA DE LA ESCISION EN LA ACTUAL CONFIGURACION ECONOMICA:

En la introducción de esta tesis, mencionábamos que hay una tendencia mundial hacia la formación de uniones entre empresas, con el objeto de hacerlas más competitivas. En ocasiones, se ha pensado que todas estas alianzas entre empresas, llevarían a la utilización de la fusión, como máxima muestra de la inclinación a la formación de grandes consorcios económicos. Sin embargo, los hechos justo parecen mostrar la tendencia contraria: la fusión está cediendo el paso a la escisión.

Enunciado lo anterior, inmediatamente surge la pregunta: Cuál es la razón por la que la gran S.A. está siendo suplantada por los grupos de sociedades? A nuestro juicio, las causas que explican esta situación son varias, las cuales mencionaremos a continuación:

I.- En primer lugar, el gigantismo de la empresa. Es muy claro que no existe una identidad entre sociedad anónima y empresa. Sin embargo, la sociedad anónima es una técnica de

organización especialmente eficaz<sup>1</sup>, lo cual se manifiesta en que es, por mucho, el tipo societario más utilizado.

Es importante destacar que la sociedad anónima está concebida más como unidad de financiamiento que como unidad de producción, sin embargo, esto no es inflexible y por eso algunas veces es conveniente una divisionalización, otras una escisión. Todo ello dentro de la creciente diversificación en la actualidad, de tal manera que nos encontramos dentro de una auténtica "marea de conglomerados".

Según algunas concepciones del siglo pasado, la empresa y la sociedad anónima podían crecer indefinidamente y a ese aumento de tamaño correspondería un aumento de eficacia y fortaleza. La finalidad era el crecimiento y éste se daba en el plano de la sociedad aislada. Nuestra ley, aunque no participe de una ideología determinada a este respecto, si parte del mismo preconcepto de alguna manera esta posición se veía confirmada con la evolución del proceso de fusiones y por esa actitud vital procedente del mito del progreso y de la cultura de lo "grandioso".

Las ventajas del proceso de fusiones aparecían como evidentes en virtud de la aceptación incondicionada de las ventajas, de las "economías de escala". Sin embargo, la situación ha cambiado, y por lo menos debemos distinguir.

Así desde hace ya tiempo existe una tendencia que indica que existe un tamaño óptimo de la empresa. La discusión, de alguna manera continúa. Sin embargo, la tendencia económica actual apunta hacia una solución del tamaño óptimo de la empresa y separada a través del progreso de las técnicas de organización.<sup>2</sup> Las previsiones a futuro de la evolución de las estructuras de organización apuntan hacia una descentralización. Ello es sorprendente, si se

---

<sup>1</sup>VILLALON EZQUERRO, FRANCISCO JAVIER. La escisión: la realidad ante la ley. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 6, México, 1986, p. 1157.

<sup>2</sup>Ibidem, p. 1160.

prensa que dichos pronósticos se realizan en virtud de avances tecnológicos de gran virtualidad centralizadora como son los de la informática.<sup>3</sup>

2.- En la decisión influyen muchos factores, no sólo económicos sino también humanos. Es por ello que la racionalización en economía es relativa. Así Harris opina que en el futuro "muchas organizaciones amantes de la importancia del elemento humano, descentralizarán la toma de decisiones y otras actividades". De todas formas, detrás de esa descentralización existe en el fondo la tendencia hacia la gran organización.

La magnitud de la empresa no tiene solamente consecuencias respecto a la economía en cuanto se refleje en la optimización de las ganancias. La empresa desempeña un gran papel en la sociedad, por ello "el ajuste y la potencia de la empresa nos afectan y es preciso caracterizar y delimitar su problemática dimensional y obtener el enunciado correcto para la solución deseable"

La dimensión de la empresa y sus exigencias estructurales "cortan muchas veces esa satisfacción de las necesidades del individuo, provocando frustración, agresión y otros efectos negativos en el lugar del trabajo. Las repercusiones en la psicología de las personas miembros de la empresa pueden ser muy importante. A su vez el sentimiento psicológico de pertenencia es importantísimo para un correcto informe de la empresa."<sup>4</sup>

Las anteriores consideraciones nos muestran que en ocasiones, no es conveniente, por las razones apuntadas (toma decisiones, sentido de pertenencia), organizar una empresa a través de un gigante empresarial, por lo que, en esos casos, la escisión puede ser el instrumento adecuado para fragmentar aquella.

La escisión se puede utilizar como el medio de concreción del principio de subsidiariedad en la empresa actual.<sup>5</sup>

<sup>3</sup>ibidem, p. 1160.

<sup>4</sup>ibidem, p. 1162 a 1164.

<sup>5</sup>ibidem, p. 1166

Por último, la escisión ayuda, mediante la diversificación, a limitar la responsabilidad, pero no es exclusivo de ella<sup>6</sup>

## II. CONCEPTO DE ESCISION

Una definición descriptiva y completa del fenómeno nos dice que: "La escisión es el proceso a través del cual una sociedad aporta la totalidad de su patrimonio, extinguiéndose, sin pasar por un procedimiento de liquidación, a dos o más sociedades, ya sea que éstas nazcan en virtud de la operación, o que existan con anterioridad o aporta sólo una porción de su patrimonio a una o más sociedades previamente existentes o que se crean en virtud de la citada operación".<sup>7</sup>

El artículo 15-A del Código Fiscal define a la escisión para efectos fiscales, como sigue: "Se entiende por escisión de sociedades la transmisión de la totalidad o parte de los activos, pasivos y capital de una sociedad residente en el país, a la cual se le denominara escidente, a otra u otras sociedades residentes en el país que se crean expresamente para ello, denominadas escindidas. La escisión a que se refiere este artículo podrá realizarse en los siguientes términos: a) Cuando la escidente transmite una parte de su activo, pasivo y capital a una o varias escindidas, sin que se extinga; o b) Cuando la escidente transmite la totalidad de su activo, pasivo y capital a dos o más escindidas, extinguiéndose la primera".<sup>8</sup>

La LGSM en su art. 228 bis, nos dice que: "Se da la escisión de una sociedad denominada escidente cuando ésta decide disolverse y divide la totalidad de su patrimonio en

<sup>6</sup>Ibidem, p. 1168.

<sup>7</sup>VILLAVICENCIO CASTAÑEDA, JOSE LUIS, Citado por ARCE GARGOLLO, JAVIER, Aspectos prácticos de la escisión de la sociedad anónima mexicana, Revista Ars Iuris, número 9, México, 1993, p.2.

<sup>8</sup>ARCE GARGOLLO, JAVIER, op. cit. p.3

dos o más partes, que son transferidas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas, o cuando la escidente transfiera en bloque a otra u otras sociedades de nueva creación parte de su patrimonio".

En este orden de ideas, José de Jesús Gomez Cotero, después de reconocer que la definición del Código Fiscal plantea un problema práctico, al reconocer únicamente que existirá escisión de sociedades cuando la sociedad escidente sea una sociedad residente en México al igual que las escindidas, al poder darse una escisión de sociedades en las que la escidente o las escindidas no sean residentes en el país, y sin embargo si tenga los efectos dentro del mismo <sup>9</sup>, define a la escisión como la división de una sociedad que puede desaparecer o no en dos o más sociedades nuevas que adquieren personalidad jurídica y patrimonio propios.<sup>10</sup> A este respecto, consideramos que su definición peca de simplista, porque no considera el hecho de que las sociedades que adquieren el patrimonio de la sociedad escidente no sean de nueva creación, y de otra parte, todas las sociedades, como parte de su esencia, tiene personalidad y patrimonio propios, por lo que su definición es redundante, y por último, lo que se divide propiamente no es la sociedad sino su patrimonio.

A las definiciones del Código Fiscal y de la LGSM, se les pueden hacer algunas críticas:

a) La terminología de escidente y escindida, por analogía con la de fusionante y fusionada, es inapropiada. Se debió utilizar la terminología con que se conoce en la doctrina a las sociedades: sociedad que se escinde, antes de la escisión; sociedad escindida: la que se escinde después de acordada la escisión y sociedad(es) beneficiaria(s): las que reciben la totalidad o parte del patrimonio.

b) Ambas legislaciones, sólo contemplan la escisión que se produce con sociedad(es) beneficiaria(s) o escindida(s) de nueva creación. En otras legislaciones, como en la francesa y

<sup>9</sup>GOMEZ COTERO, JOSE DE JESUS, *Fusión y escisión de sociedades mercantiles: efectos fiscales y aspectos corporativos*, Editorial Themis, México, 1993, p.40.

<sup>10</sup>Ibidem, p. 41

en la española, y en la doctrina, se establece la posibilidad de que el patrimonio o parte de éste se transmita a sociedades ya existentes

c) La sociedad escidente no se disuelve, como dice la LGSM, pues se tendrá que poner en liquidación (art. 234), sino que se extingue, como dicen apropiadamente el artículo 15-A del Código Fiscal y los artículos 223 y 224 relativos a la fisión de sociedades.<sup>11</sup>

Por todo lo anterior, consideramos que la primera definición mencionada es la adecuada.

### III. TERMINOLOGIA

No hay todavía unanimidad en la doctrina respecto a la terminología propia del fenómeno. Se habla de sociedad escindida y beneficiaria; sociedad que se escinde, sociedad escindida y beneficiaria, de sociedad escidente y escindida (que es el que utiliza nuestra legislación); y de sociedad escisionaria como beneficiaria. Con respecto a los activos y pasivos a transmitir, se les llama parte del patrimonio, parcela patrimonial, porción del patrimonio; patrimonio escindido; sector patrimonial. Las disposiciones fiscales mexicanas utilizan los de parte del activo, pasivo y capital a transmitir. (...) La LGSM utiliza los conceptos de "partes de activo y pasivo que serán transferidos", quizá más apropiados.<sup>12</sup>

### IV. VENTAJAS DE LA ESCISION

---

<sup>11</sup>ARCE GARGOLLO, JAVIER, op. cit. p. 3.

<sup>12</sup>ibidem, p. 4

a) La escisión es, ante todo, un excelente medio de redistribuir las actividades de una empresa o de varias. La división de sociedades es así, por tanto, un medio de descentralización empresarial, y, al mismo tiempo un medio de especialización, y, ulterior y eventualmente, de especialización en sociedades distintas de las actividades que, antes de la división, estaban gestionadas por un conglomerado perteneciente a una sociedad única o a un grupo de sociedades.

Los motivos de este tipo de descentralización no son siempre los mismos. Con frecuencia se encuadrarán en procesos de racionalización económica, pero pueden también imputarse a la ejecución de una política (en términos generales) antimonopolística.

En la primera estela de motivaciones mencionadas pueden encuadrarse los deseos de hacer rentable una empresa que funciona con dificultades económicas, bien mediante la separación de la explotación de una actividad especialmente arriesgada.

b) Por otro lado, la promoción de la industria regional puede beneficiarse de este procedimiento, pues la división de sociedades hará posible la distribución más equilibrada de la primitiva empresa por todo el territorio nacional. La necesidad de diluir el poder dominante del mercado que ostenta una empresa puede llegar a imponer la escisión o desmembramiento de la misma.

c) Al margen de reestructuraciones de la empresa con finalidades que trasciendan el interés de las partes, la escisión puede igualmente ser una solución a problemas internos de la sociedad escindida. La existencia de dos o más grupos de socios con intereses contrapuestos, o con valoraciones contradictorias de lo que puede ser el interés social en un momento determinado, pueden superarse mediante una escisión a través de la cual se atribuya el activo

social a dos nuevas sociedades, en cada una de las cuales estarán agrupados los socios con intereses homogéneos o con una postura semejante con relación al desarrollo de los negocios sociales. Las sociedades nuevas, beneficiarias de la escisión, tendrían por socios un grupo de intereses homogéneos. La situación conflictiva existente en la sociedad escindida habría desaparecido, distribuyéndose los socios, después de la escisión, en cada una de las nuevas sociedades creadas por la sociedad escindida.<sup>13</sup>

d) La forma para que una sociedad establezca varias filiales.<sup>14</sup>

e) Una de las formas para evitar que los administradores de la sociedad pasen a ser sus controladores, sin control por parte de los socios, ante dicha pulverización accionaria.<sup>15</sup>

f) Sánchez Mejorada señala el caso de una escisión de una institución de crédito que, con visión profética, separó sus activos bancarios de los no bancarios y así pudo salvar a éstos de caer en manos del gobierno con motivo de la indebida, ilegal y antieconómica expropiación de los bancos privados mexicanos.<sup>16</sup> A mayor diversificación de los activos de una empresa, menos posibilidades hay de que la pérdida de los mismos con motivo de una expropiación sea completa o muy elevada.

g) La escisión se puede utilizar como método de reparto de la empresa familiar o para dividir una herencia.<sup>17</sup>

<sup>13</sup>DUQUE DOMINGUEZ, JUSTINO, La escisión de sociedades, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uria, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 131 y 132.

<sup>14</sup>ARCE GARGOLLO, JAVIER, op. cit., p.4.

<sup>15</sup>ZUBIRIA MAQUEO, Citado por ARCE GARGOLLO, op. cit., p.5.

<sup>16</sup>SANCHEZ MEJORADA, CARLOS, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, número 10, año 1986, p. 355.

<sup>17</sup>VILLALON EZQUERRO, FRANCISCO JAVIER, op. cit., p.1169.

## 5. CLASES DE ESCISION

Las modalidades a través de las cuales puede realizarse el esquema básico de la escisión son varias. Para su exposición, parece conveniente atenerse a las elaboraciones doctrinales francesas, puesto que el Derecho francés es el que ha regulado con mayor detalle esta forma de división del patrimonio de una sociedad.<sup>18</sup>

Aún cuando para la agrupación de los supuestos de escisión se siga predominantemente el criterio de carácter total o parcial de la escisión, este criterio es insuficiente para dar cuenta de todas las modalidades de escisión y habrá que atender, para combinarlos con el anterior, al criterio de creación de nuevas sociedades o del aprovechamiento de otras ya existentes, así como al criterio de la distribución de las participaciones de las sociedades resultantes de la escisión entre los socios de la sociedad escindida.<sup>19</sup>

Señala Duque que no hay escisión cuando una sociedad transmite la totalidad de su patrimonio a una sociedad distinta. La operación en este caso -dice Duque- es semejante a una transformación de sociedades cuando la sociedad atribuye la totalidad de su patrimonio a otra sociedad de distinto tipo que se crea para este fin y los socios de la primera pasan a serlo de la sociedad que adquiere el patrimonio de la transmitente que se disuelve.<sup>20</sup> Sin embargo, al menos en nuestro derecho, la transformación de una sociedad no implica creación de un nuevo ente social, sino únicamente un cambio de estructura, pero no de persona jurídica.

Tampoco considera Duque que haya escisión cuando la sociedad transmite su patrimonio a otras sociedades, preexistentes o que se crean *ex novo* con ese fin, si las acciones (o participaciones) que recibe como contraprestación por esa transmisión no se entregan directamente a los socios de la sociedad transmitente, sino que la contrapartida representada

<sup>18</sup>DUQUE, JUSTINO, *op. cit.*, p. 138

<sup>19</sup>*Ibidem.*

<sup>20</sup>*Ibidem.*

por las acciones o participaciones sociales en las sociedades adquirentes permanecen en el patrimonio de la sociedad que se desprende de su patrimonio. La sociedad transmitente no se disuelve, continúa su objeto. Pero su objeto se ha modificado, porque la sociedad originaria (impropiamente) escindida no se dedica a la gestión y dirección de la empresa que constituya su objeto estatutario, sino a la administración de un patrimonio constituido por las participaciones adquiridas como consecuencia de la operación que acaba de describirse. En todo caso, si las participaciones adquiridas poseen una entidad suficiente para atribuir a la sociedad transmitente el control o dominio de las sociedades que han adquirido su patrimonio, podrá discutirse si la sociedad transmitente continúa teniendo por objeto (indirecto) gestionar una empresa mediante la decisiva intervención en la vida de las sociedades independientes.<sup>21</sup>

En esta misma línea sitúa los procedimientos en que una sociedad transmite parte de su empresa a otra sociedad, ya que la primera no se ve afectada totalmente por la modificación como sucede en la transformación, en la fusión, o en la constitución de grupos. (...) La sociedad transmitente no se disuelve, sino que continúa existiendo, si bien la composición de su patrimonio ha variado, ya que, en vez de estar constituido por una empresa, ha quedado integrado -total o parcialmente- por los derechos que, a cambio de su aportación ha recibido de la sociedad beneficiaria de la misma.<sup>22</sup>

A pesar de lo expuesto en contrario, consideramos que no es esencial a la escisión la entrega a los socios de nuevas acciones en sustitución de las que poseían en la sociedad escidente, porque lo que caracteriza a aquella es la transmisión de parte del patrimonio de una sociedad a dos o más sociedades, independientemente de que ésta continúe funcionando con un cambio de objeto social. El propio Duque, al admitir que ha habido una variación en el patrimonio de la sociedad, debe admitir que ha habido una transmisión de éste, aunque en

---

<sup>21</sup>ibidem, p.139.

<sup>22</sup>ibidem.

contraprestación posea acciones de las nuevas sociedades, ya que éstas poseen un patrimonio autónomo en principio al de la sociedad que se escindió

a) Podemos hablar de escisión total o absoluta (total scission) o, como la llama la doctrina americana, Split-up, cuando se dan los siguientes supuestos:

1. Disolución de una sociedad escindida
2. Transmisión de la totalidad de su patrimonio a otras sociedades, que se constituyen con una fracción del patrimonio de la escindida.
3. Eliminación del proceso de liquidación.
4. Atribución a los accionistas (o en general, socios) de la sociedad escindida de las acciones o participaciones procedentes de las sociedades creadas con la escisión

En este supuesto la doctrina alemana, contemplando el aspecto económico de la operación, habla de una escisión horizontal (horizontale Spaltung). La doctrina señala que la sociedad escindida es titular de una única empresa, aún cuando ésta puede integrarse por varias explotaciones. Lo que, dentro del amplio concepto de escisión propia, caracteriza la escisión horizontal es la necesidad de construir ad hoc dos o más sociedades nuevas, a las cuales se transmite en bloque el patrimonio de la antigua sociedad, que se disuelve sin liquidación, entregándose directa e inmediatamente a los accionistas antiguos las acciones de la nueva sociedad a cambio de acciones poseídas en la disuelta.

Supuesto específico que cabría encuadrar en este apartado es el de que sean varias las sociedades escindidas simultáneamente, agrupando sus explotaciones de objeto diverso en las nuevas sociedades beneficiarias de la escisión. Las sociedades escindidas se disuelven y en su lugar aparecen otras nuevas, cada una de objeto especializado, cuyo patrimonio se ha formado con la reunión de partes homogéneas procedentes de las sociedades escindidas.

La doctrina alemana habla de una escisión vertical (vertikale Saltung o Aufspaltung) cuando la primera fase del anterior supuesto ya se ha realizado: las sociedades a las que la sociedad escindida transmite su patrimonio no se crean para recibir esa transmisión, sino que ya estaban fundadas. Estas sociedades son generalmente sociedades subordinadas en alguna manera a la sociedad escindida. Como al supuesto anterior es la transmisión de las acciones de las sociedades a los socios de la sociedad escindida -que pasan a serlo de las sociedades beneficiarias-, la transmisión de todos los elementos patrimoniales y la disolución sin liquidación de la sociedad escindida.<sup>21</sup>

Por otro lado, se habla de fusión-escisión cuando la aportación de toda o parte del patrimonio de una sociedad se haga a sociedades ya preexistentes.

La doctrina francesa habla de fusión-escisión en dos supuestos: en el primero, una sociedad aporta su patrimonio a sociedades preexistentes que se dedican a la misma actividad, disolviéndose la primera sin liquidación y atribuyendo a sus socios las participaciones que en las sociedades beneficiarias le hayan correspondido. En el segundo, la sociedad escindida participa con una sociedad existente a la fundación de nuevas sociedades, beneficiarias de la aportación de su patrimonio.

La diferencia con el supuesto anterior consiste en que las sociedades beneficiarias de la transmisión no son sociedades que estaban ya creadas y en funcionamiento con anterioridad al momento en que la sociedad transmitente decidió la división.

Parece indudable que, bajo este apartado, puedan también incluirse los supuestos anteriores: esto es, varias sociedades transmiten su patrimonio a varias sociedades preexistentes, acordando, al mismo tiempo, disolverse sin liquidación y entregando a los accionistas de las sociedades disueltas las acciones que les correspondan en las sociedades beneficiarias de la cesión del patrimonio de la escindida.

---

<sup>21</sup>Ibidem, p. 140 y 141

Igualmente habría que considerar incluido en este apartado el supuesto de una sociedad que se escinde, atribuyendo una parte de su patrimonio a una sociedad de nueva creación y el resto a una sociedad ya existente

b) Como último supuesto de este fenómeno, la *Abspaltung* es un concepto genérico en el que se encuadran todos los supuestos de división que no caigan estrictamente en uno de los dos apartados anteriores. Nota común a todos ellos y diferenciadora es que la sociedad escindida no se disuelve, sino que continúa existiendo, ya que la sociedad escindida continúa reteniendo parte de su patrimonio.

A diferencia de los supuestos anteriores en que la sociedad escindida se disuelve sin liquidación, el caso de la desmembración o escisión por aportación (*Abspaltung*), la sociedad escindida no se disuelve, sino que mantiene su existencia jurídica. Este es el dato común de todos los casos que pueden encuadrarse en esta modalidad.

El derecho francés conoce la operación que se llama "aportación parcial de activo o escisión-aportación". Mediante esta operación una sociedad transmite parte de su activo a otra sociedad, conservando la primera su personalidad jurídica independiente, sin que se produzca la disolución de la sociedad escindida.<sup>24</sup>

Esta aportación parcial de activo se realiza de acuerdo con las normas generales sobre las aportaciones. Pero -afirma el multicitado Duque-, las partes interesadas pueden acordar que la misma se regule por el régimen propio de las escisiones,<sup>25</sup> porque en este sentido, puede considerarse que es un supuesto de una escisión voluntaria o potestativa, ya que la aplicación al supuesto del régimen de la escisión depende de la voluntad de los interesados en la celebración del negocio, y siempre, una escisión parcial. Sin embargo, consideramos que en nuestro

---

<sup>24</sup>*Ibidem*, p. 141 y 142.

<sup>25</sup>*Ibidem*, p. 142.

derecho tal posibilidad no tendría aplicación, porque el régimen legal sobre aportaciones es imperativo, y no depende de la voluntad de las partes

Como la sociedad escindida no se disuelve, se produce un desdoblamiento social, que hace aparecer dos sociedades donde antes había una sola. El socio de la sociedad escindida ha recibido acciones (o participaciones) de la nueva sociedad, y se ha convertido en socio de dos sociedades.

Para la doctrina alemana representada por Schilling, la escisión se refiere a la empresa, como unidad económica organizada, o a alguna de sus partes individualizadas por su organización técnica (explotaciones o talleres). La razón que existe para establecer esta limitación consiste, al parecer, en que mediante la referencia a la unidad organizada que se transmite puede determinarse el ámbito de los objetos individuales que son objeto de transmisión en el proceso de desdoblamiento. Por otro lado, la sucesión a título universal que se pretende actúe en la escisión presupone técnicamente una unidad patrimonial sustraída a cualquier determinación discrecional de los intervinientes en el proceso de escisión. Para una división que tuviera por objeto separar otras partes patrimoniales de las empresas escindidas - aunque fueran lo que los autores norteamericanos llaman "a significant portion but less than substantially all of a corporation assets"-, no cabría aplicar el concepto de escisión.<sup>26</sup>

## VI. PROCEDIMIENTO DE ESCISION

Aunque el fenómeno de la escisión puede darse en cualquier tipo de sociedad mercantil, por razones prácticas realizaremos el análisis hacia la sociedad anónima:

---

<sup>26</sup>*Ibidem*.

### 1. Acuerdo de escisión

- a) El acuerdo de escisión debe tomarse en una asamblea extraordinaria de accionistas (art. 228 bis-I LGSM)
- b) La asamblea debe convocarse en términos de ley (arts. 186 y 187) e incluir en el orden del día la escisión de la sociedad. Es conveniente incluir en la convocatoria la clase de escisión que pretende acordar la asamblea, por ejemplo, escisión con constitución de otra u otras sociedades, escisión con extinción de la escidente.
- c) El quórum de la asistencia de la asamblea, en primera convocatoria debe ser del 75% del capital social, en la segunda convocatoria del 50% (arts. 190 y 191). Estos mínimos pueden aumentarse en estatutos, como expresamente lo previene el artículo 191 de la LGSM.
- d) La resolución debe tomarse por votación del 50% del capital, a menos que los estatutos establezcan otro porcentaje (art. 191). Sería recomendable, en la práctica, que el acuerdo se tomara en una asamblea totalitaria o universal a la que asistiera la totalidad de los accionistas (art. 188), sobre todo si los estatutos de la sociedad escidente no contemplan el fenómeno de la escisión.
- e) Como acuerdo de asamblea extraordinaria, el acta debe protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio (arts. 194 y 228 bis-VI). Se suprime la autorización judicial para que el Registrador del Comercio inscriba la constitución de sociedades y sus reformas, requisito ya no necesario en la escisión.
- f) La sociedad o sociedades que se crean como efecto de la escisión pueden tener un tipo social distinto al de la sociedad que se escinde. Por ejemplo, una sociedad anónima puede escindirse en una sociedad anónima y una sociedad de responsabilidad limitada.<sup>27</sup>

### 2. Requisitos para el acuerdo

<sup>27</sup>ARCE GARGOLLO, JAVIER, *op. cit.*, p. 7 y 8.

Para la resolución de la escisión es importante tomar en cuenta algunas circunstancias que deben acompañar al acuerdo

a) Dispone la LGSM que en la(s) sociedad(es) que se escinde(n) deben estar pagadas totalmente las acciones o partes sociales

b) Como en la fusión, la resolución de escindir la sociedad suele tomarse sobre la base de un balance de la sociedad escidente. Este balance es, generalmente, el que se publica e inscribe en los términos del art. 223. Es conveniente que el "último balance" haya sido aprobado previamente en una asamblea o se apruebe en la misma asamblea que acordara la escisión. La LGSM previene, al efecto, que se elabore, un "proyecto de escisión" que incluya, entre otros contenidos, un balance de escisión de la sociedad escidente, dictaminado por auditor externo (art. 228 bis-III-c).

c) Puede resultar práctico el presentar a la asamblea balances "pro-forma" de las sociedades escidente y escindida(s) o beneficiaria(s) para que los accionistas conozcan la situación financiera de las sociedades después de la escisión y también aprueben esos balances "pro-forma".

d) Es importante que la propia asamblea apruebe los activos y pasivos que se transmitirán a la sociedad beneficiaria. La ley incluye, dentro de los proyectos de escisión, la "descripción de la forma, plazos y mecanismos que los diversos conceptos de activo y pasivo serán transferidos". (art. 228 bis-III-b).

e) Con relación a los activos que se transmiten hay que tener en cuenta qué clase de bienes son para tomar en cuenta algunas providencias sobre dicha cesión. Por ejemplo, si son créditos, hay que notificar a los deudores para que paguen al nuevo acreedor (art. 2036 del Código Civil); si son bienes inmuebles (bienes raíces) se causa, seguramente, el impuesto de adquisición de bienes inmuebles (o traslado de dominio) y debe formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad correspondiente al inmueble transmitido; si son derechos

de propiedad industrial (patentes, marcas, nombre comerciales) debe inscribirse la transmisión en la Secretaría de Comercio; si son concesiones o derechos de autor, hay que analizar las disposiciones propias para su transmisión

f) Con respecto a los pasivos, éstos en principio, no se transmiten sin consentimiento de los acreedores (art. 2051 del Código Civil), por lo que la sociedad escidente, por regla general, debe quedar como obligada solidaria de la beneficiaria adquirente. Las leyes francesa (art. 385) y brasileña (art. 233) así lo previenen. Esto debe mencionarse en el acuerdo de escisión y en su publicación. La LGSM previene que "si una sociedad escindida incumpliere alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de la escisión, responderán ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso la o las demás sociedades escindidas hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si la escidente no ha dejado de existir, ésta responderá por la totalidad de la obligación". (art. 228 bis III-d).

g) Si la escisión supone la creación de una nueva sociedad, ésta debe constituirse con la misma resolución de la asamblea, en el mismo acto. Sólo a una sociedad existente (aunque se crea en el mismo momento) se le puede transmitir una parte o la totalidad de un patrimonio. No es válido, por tanto, sujetar el acuerdo de escisión a la condición suspensiva de que se constituya la beneficiaria

### 3. Actos posteriores a la asamblea

a) Con relación a los socios, y dependiendo del acuerdo de escisión, éstos deben recibir acciones, o partes sociales, de la sociedad escindida en el mismo monto en que participaban en el capital de la escidente. Es posible, también, que no reciban acciones de la escindida o beneficiaria, pero que aumente su porcentaje de participación en la escindida, si ésta subsiste. En este sentido, la ley limita esta última posibilidad, pues establece que la composición del

capital social de las escindidas debe conservar "inicialmente" la misma proporción de tenencia accionaria o partes sociales de la proporción de tenencia accionaria o partes sociales de la escidente (art. 228 bis-II). Esto obliga a posteriores permutas y arreglos entre accionistas para establecer proporciones distintas en la participación del capital en la escidente y escindida al que originalmente tenía la sociedad que se escinde.<sup>28</sup>

b) El art. 228 bis-VIII concede a los accionistas o socios que voten en contra de la resolución de escisión el derecho a separarse de la sociedad, aplicándose en lo conducente lo previsto en el art. 206 de la propia ley.

c) Por otra parte, la ley concede a los accionistas, junto a los acreedores, el derecho a oponerse a la escisión. En relación al derecho de los accionistas, consideramos que es suficiente con otorgarles el derecho de retiro.

d) La transmisión de los activos y pasivos de la escidente suele producir los efectos de una reducción de capital social en una cantidad igual al capital de la beneficiaria, si ésta es una sociedad creada por la escisión. Si parte del patrimonio, o la totalidad, se transmiten a sociedades beneficiarias ya existentes, éstas, generalmente, tendrán un aumento de capital. Este último supuesto, como antes se indicó, no está contemplado en nuestras leyes fiscales ni en la LGSM.

e) El acuerdo de escisión no supone, necesariamente, modificación de estatutos de las sociedades (escidente y escindidas o beneficiarias), salvo reducción de capital en la parte fija de la escidente y aumento de capital, también en la parte fija, de la(s) beneficiaria(s) o escindida(s) ya existentes.<sup>29</sup> También se daría la citada modificación para el caso de que hubiera un cambio en el objeto social de alguna de las sociedades intervinientes en la escisión.

f) Como en la fusión, el acuerdo de escisión debe publicarse con el último balance aprobado en el periódico oficial del domicilio de la escindida (art. 223). En este caso, no es aplicable al art. 9

---

<sup>28</sup>Ibidem, p. 8 a 10.

<sup>29</sup>Ibidem, p. 11.

de la LGSM porque la reducción no se hace por reembolso a los socios o liberación de exhibiciones no realizadas (dividendos pasivos), así como si la reducción de capital es en la parte variable, por el derecho irrestricto de retiro de los accionistas (art. 220) La LGSM establece la obligación de publicar en la gaceta o periódico oficial un extracto del proyecto de escisión, indicando que el proyecto completo se encuentra a disposición de accionistas y acreedores durante tres meses a partir de la publicación (art. 228 bis-IV)

g) Con respecto a los acreedores de la escindida, éstos tienen derecho a oponerse al acuerdo. Para este efecto se hace la publicación y se inscribe. La LGSM prevee que cualquier accionista o acreedor con interés jurídico puede oponerse judicialmente, estableciendo para ello una vía sumaria, que debe entenderse que es por la vía ordinaria, ya que la sumaria no existe en materia mercantil. (art. 228 bis-VI).<sup>30</sup>

## VII. EFECTOS DE LA ESCISION DE SOCIEDADES

Para analizar los efectos de la escisión, seguiremos en líneas generales, la exposición que hace José de Jesús Gómez Cotero, en la obra mencionada, para lo cual es necesario distinguir entre tres tipos de efectos:

1. Efectos en las sociedades escindidas.
2. Efectos frente a los socios de la sociedad escindida.
3. Efectos frente a los acreedores

### 1. Efectos en las sociedades escindidas

---

<sup>30</sup>Ibidem, p. 12.

### 1.1 Efectos sociales

a) El primer efecto que encontramos en algunos tipos de escisión de sociedad es la desaparición de la sociedad escidente, lo que trae aparejada en sí misma la pérdida de personalidad jurídica de aquella sociedad que deja de existir, y como consecuencia de ello, la muerte de la misma.<sup>31</sup>

b) Otro efecto, derivado del anterior, es la extinción de la sociedad escidente que desaparece, e implica una disolución anticipada que lleva implícita la modificación de los estatutos sociales en su parte relativa a duración de la sociedad, puesto que la existencia de la sociedad dejará de tener efecto con anterioridad a la fecha originalmente señalada, ello subordinado a la época en que la escisión debe surtir sus efectos plenamente

Siguiendo con esta situación, se habla de la pérdida de la personalidad jurídica, ya que obviamente aquella sociedad que desaparezca deja de ser apta como sujeto de derechos y obligaciones y pierde los atributos propios de la personalidad, como son el nombre, el domicilio, la nacionalidad y su patrimonio, el que pasa a la sociedad nueva que surja como consecuencia de la escisión

Este efecto es reconocido en el actual texto de la LGSM, en el art. 228 bis, que señala: "Se da la escisión de una sociedad denominada escidente cuando ésta decide extinguirse..."

c) Un tercer elemento es la liquidación patrimonial, que consiste en la extinción del patrimonio, y que en el caso de la escisión puede darse a través de una sucesión a título universal en donde existe la transmisión total de ese patrimonio a uno o varios sucesores, como consecuencia a esta transmisión se da la liquidación. Es importante destacar en este caso, la distinción entre

---

<sup>31</sup>GOMEZ COTERO, JOSE DE JESUS, op. cit , p. 60.

aquella y la muerte de la sociedad, puesto que la muerte exclusivamente se refiere a la cesación de la vida, mientras que la liquidación solamente va encaminada a la extinción del patrimonio

d) Un elemento derivado de la liquidación patrimonial, es la transmisión de relaciones, ya que al darse la escisión del sociedades, los derechos y obligaciones de la sociedad escidente pasan a las escindidas, de manera que el vínculo social que ligaba a la sociedad escidente con sus miembros y terceros, se constituye ahora entre las sociedades escindidas y éstos.

Esta situación se recoge en el inciso d) de la fracción III del art. 228 bis de la LGSM, como sigue: "La determinación del cumplimiento de las obligaciones que por virtud de la escisión asume cada sociedad escindida. Si una sociedad escindida incumpliera alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de la escisión, responderán ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, la o las demás sociedades escindidas, durante un plazo de tres años contados a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si la escidente no ha dejado de existir, ésta responderá por la totalidad de la obligación, y ..."

Punto importante habría que destacar, es que aquellas relaciones subordinadas a la existencia de las sociedades escidentes como sujetos autónomos de derecho, no se transmiten, ni desaparecen con la muerte de éstas; así las cosas, las relaciones orgánicas que dichas sociedades tienen con sus órganos de administración, terminan por su propia naturaleza ya que un comisario o administrador no podrán seguir actuando.

## 1.2 Reducción de capital

En el caso de la escisión por excorporación, se supone la reducción de capital, aunque en opinión de Rodríguez Lobato es factible que pudiera no darse, si la transmisión patrimonial se hace con cargo a las reservas libres que no están capitalizadas, en donde no tendría caso aprovecharlas aumentando el capital para después excorporar una fracción de dicho patrimonio con la reducción consecuyente del mismo.

### 1.3 Constitución de una o más sociedades

Como consecuencia de la escisión, se requiere de la constitución de alguna otra sociedad que absorba el patrimonio de la escidente, lo cual está regulado en las disposiciones conducentes del Código Fiscal y la LGSM.

### 1.4 Reforma estatutaria

Finalmente, es importante hablar de una reforma de estatutos o reforma al contrato social, que ello deberá darse necesariamente en el caso de sociedades que desaparezcan o en el caso de sociedades que reduzcan su capital, excepto que se tratase del régimen de capital variable.

### 1.5 Títulos a los accionistas

Es obvio que las sociedades escindidas que nazcan como consecuencia de la escisión y absorban el patrimonio de la escidente, deberán reconocer a los accionistas de ésta su carácter dentro de la integración social. Al efecto, deberán expedir los títulos de las acciones correspondientes, que los reconozcan como nuevos socios frente a estas sociedades. La

característica que incluye la nueva legislación mercantil radica en que las acciones de las escindidas deberán estar totalmente pagadas y el capital de los socios inicialmente debe ser proporcional al que se tenía en la escidente.<sup>32</sup>

## 2. Efectos frente a los socios

Estos dependerán del tipo de escisión de que se trate, según los socios que participen en las sociedades beneficiarias participen o no en las mismas proporciones que en la sociedad escidente, siendo en el primer caso, una escisión perfecta y en el segundo imperfecta.<sup>33</sup> En ambos casos, se debe tener en cuenta un principio básico, rector en materia de sociedades, que es el que se refiere a igualdad de socios. Este principio encuentra expresión en el art. 112 de la LGSM, que dispone que "las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos". Esta disposición se encuentra reforzada por lo previsto en el art. 17 de la propia ley, que dice que "no producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación de las ganancias".

Conforme a este principio de igualdad, consideramos, junto con Sánchez Mejorada, que una escisión pura perfecta sería válida, ya que todos los socios participan por igual en todas las sociedades resultantes. Pero la solución puede variar, en el caso de una escisión pura imperfecta, en función de cómo se distribuya el patrimonio de la sociedad que se escinde. Para esto hay que tomar en cuenta dos criterios:

Uno, el monetario, referido únicamente al valor en dinero de las participaciones resultantes de los socios. Se podría argumentar, conforme a este criterio, que si la participación de un socio en una o más de las sociedades resultantes es de igual valor monetario al de su

<sup>32</sup>Ibidem, p. 50 a 53

<sup>33</sup>SÁNCHEZ MEJORADA, CARLOS, op. cit., p. 358.

participación en la sociedad escindida, no habra perjuicio alguno y que, por tanto, la escisión debe tenerse por válida.

El segundo criterio estará referido a la calidad de los activos que integrarán el patrimonio de las sociedades resultantes. No es lo mismo, aunque tengan en libros el mismo valor monetario, el ser dueño de una cartera de clientes de dudosa recuperabilidad, por muy alto que sea su monto, a ser dueño de un inmueble de igual valor, o de títulos con valor de rescate garantizado, o de efectivo. Conforme a este criterio, para que la escisión sea válida, deberá procurarse obtener que la calidad de los activos asignados o aportados a cada una de las sociedades resultantes sea de igual o de muy semejante calidad. De lo contrario, se afectarían adversamente los intereses de los socios que participen en la sociedad que reciba los activos de menor calidad relativa y esto hará improcedente la escisión.<sup>14</sup>

Por otro lado, los accionistas disidentes del acuerdo de escisión gozan del derecho de separación, y los que representen, por lo menos el 20% del capital social, podrán oponerse judicialmente a la escisión, como ya se ha mencionado en el presente capítulo.

### 3. Efectos frente a terceros

Finalmente, encontramos efectos frente a terceros, principalmente frente a acreedores, para quienes el acuerdo de escisión puede significar un gravísimo quebranto por la desaparición de las garantías en el patrimonio de la sociedad con las que contrataron. Con objeto de evitar perjuicio de los intereses de los acreedores, la ley recoge ciertas garantías en favor de éstos.

#### 3.1 Publicidad

---

<sup>14</sup>Ibidem, p. 365.

El primero de ellos es la garantía de publicidad que regula el art. 228 bis fracción V. La resolución de escisión deberá protocolizarse ante notario e inscribirse en el Registro Público de Comercio. Asimismo, deberá publicarse en gaceta oficial y en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio de la escidente, un extracto de dicha resolución que contenga, por lo menos, la síntesis de la información a que se refieren los incisos a) y d) de la fracción IV de este artículo, indicando claramente que el texto completo se encuentra a disposición de socios y acreedores de la sociedad durante un término de cuarenta y cinco días naturales, contados a partir de que se hubiera efectuado la inscripción y ambas publicaciones.

La obligación de dar publicidad a algunos requisitos como son la obligación de publicación e inscripción de los acuerdos de escisión, tiene por objeto que se permita conocer a los acreedores y terceros afectados, los negocios de escisión en que sus intereses se vean involucrados, a fin de detectar si sus créditos serán debidamente cubiertos o en su caso, soportar adecuadamente el ejercicio del derecho de oposición.

Una característica que llama la atención radica en que el plazo de publicación es de 45 días para la escisión mientras que la norma que conocemos en materia de fusión es de tres meses, sin que exista una situación lógica para explicar esa diferencia.

### 3.2 Derecho de oposición

La LGSM concede a los acreedores y a los accionistas disidentes que consideren que sus intereses serán afectados, un derecho de oposición, que queda sujeto a la libre apreciación judicial que determinará si este derecho es fundado o no.

Al efecto, se ordena un plazo suspensivo durante el cual la escisión no podrá surtir sus efectos, una vez transcurrido si no ha habido oposición, los efectos de la escisión se realizarán plenamente

Durante dicho plazo, cualquier acreedor de la sociedad que se escinda, podrá oponerse judicialmente en la vía sumaria, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare la oposición infundada.

"VI.- Durante el término señalado, cualquier socio o grupo de socios que representen por lo menos el veinte por ciento del capital social o acreedor, que tenga interés jurídico, podrá oponerse judicialmente a la escisión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada, se dicte resolución que tenga por terminado el procedimiento sin que hubiere procedido la oposición o se llegue a convenio, siempre y cuando quien se oponga diere fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieran causarse a la sociedad con la suspensión".

Una innovación de este ordenamiento radica en que contempla una garantía para ejercer la oposición, de manera que se respondan por los daños y perjuicios que se cause a la sociedad escidente durante la suspensión.<sup>35</sup>

Por último, cabe mencionar que podemos considerar a los trabajadores como acreedores de la sociedad, y que conforme a nuestra legislación laboral las sociedades resultantes de la escisión serán patrones sustitutos, con todas las obligaciones que para la especie concede la ley.<sup>36</sup>

<sup>35</sup>GOMEZ COTERO, JOSE DE JESUS, op. cit. p 56 y 57.

<sup>36</sup>SANCHEZ MEJORADA, CARLOS, op. cit., p. 368.

## CAPITULO VI

### LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO COMPARADO

El fenómeno de las agrupaciones de empresas cobra cada vez más importancia en el mundo actual:

A través del presente trabajo, constantemente hemos aludido a la nueva situación que guarda el tráfico mercantil internacional. La realidad económica siempre desborda los esquemas de la legislación, por lo que el jurista debe adaptar ésta a los nuevos hechos. Una muestra de lo anterior, es la constante preocupación en las legislaciones de muchos países, por regular, al menos en sus aspectos más importantes, los fenómenos de la agrupación de empresas.

Debido a la pluralidad de legislaciones que prevén las agrupaciones de sociedades, centraremos nuestra atención en tres de ellas, que consideramos nos pueden proporcionar nuevas luces, para poder enmarcar el tema cuando estudiemos los grupos de empresas en el derecho mexicano. Estos son:

- A) Derecho brasileño,
- B) Derecho alemán;
- C) Derecho español.

#### A) LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO BRASILEÑO

La ley brasileña de sociedades anónimas promulgada en 1976 no se limita a establecer una regulación de los grupos de sociedades, sino que ha considerado, también, aspectos propios del tema de las uniones de empresas o sociedades, como es el concepto de control societario y las técnicas jurídicas que permiten su obtención, si bien está limitada su aplicación al hecho de que uno de los sujetos al menos de la relación jurídica adopte la forma jurídica de la sociedad anónima.<sup>1</sup>

#### I. El concepto de control en la ley brasileña

El legislador brasileño no define directamente al control. Para su caracterización recurre a definir lo que entiende por sociedad controlada. De acuerdo con el art. 243, 2, sociedad controlada "es aquella en la cual la sociedad controladora, directamente o a través de otras controladoras, es titular de derechos de socio que le aseguren, de modo permanente, preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir a la mayoría de los administradores".<sup>2</sup>

La legitimidad del ejercicio del poder derivado del control viene compensada, en la legislación brasileña, por el establecimiento de responsabilidades a cargo de la sociedad controladora y los administradores de la misma. La sociedad controladora viene obligada a reparar los daños que puede ocasionar a la controladora derivados de la infracción de los deberes especiales que le corresponden en cuanto detentadora del control (art. 246). Con relación a los administradores, se establece (art. 245) un standard de conducta que les impide actuar en perjuicio de la sociedad controlada, y les obliga a velar por un desarrollo equitativo

<sup>1</sup>EMBID IRUJO, JOSE MIGUEL. Los grupos de sociedades en la nueva ley brasileña de sociedades anónimas. *Revista de Derecho Mercantil*, número 107, enero-marzo, Madrid, 1968, p. 463 y 464.

<sup>2</sup>Ibidem, p. 464 y 465.

de las operaciones jurídicas que se celebren entre sociedad controladora y sociedades controladas.

Pero las relaciones pueden establecerse también al margen de la dependencia. En este plano, la ley brasileña ha configurado el tipo de las "sociedades vinculadas", que ha definido al establecer que "las sociedades se encuentran vinculadas cuando una participa con 10% o más en el capital de la otra, sin controlarla". (...) La indeterminación del legislador al hablar de "un 10% o más" contraría cualquier presupuesto mínimamente exigente de seguridad jurídica, y plantea el tema de hasta donde puede llegar ese más para que las sociedades se mantengan vinculadas y no devenguen sociedad controladora y sociedad controlada respectivamente.<sup>3</sup>

De modo común para las sociedades vinculadas y las relacionadas por un vínculo de control, el legislador brasileño ha prohibido las participaciones recíprocas.<sup>4</sup>

## 2. Las técnicas de obtención del control

El legislador brasileño se ha limitado a recoger las técnicas societarias más caracterizadas en la práctica comercial. Se trata de la cesión de control y la oferta pública de adquisición de acciones (OPA).

Si bien el objetivo perseguido en ambas es común, difieren por los destinatarios de las operaciones y el procedimiento de realización de las mismas. En tanto que la OPA es una oferta destinada preferentemente a los pequeños accionistas, en la cesión de control, el adquirente del mismo se dirige únicamente al accionista dominante, que controla hasta ese momento la sociedad.

Las normas de la ley brasileña han sido dictadas con referencia a la llamada sociedad abierta, caracterizada por cotizar sus títulos en Bolsa. La enajenación del control de una

---

<sup>3</sup>Ibidem, p. 466.

<sup>4</sup>Ibidem, p. 467.

sociedad abierta requiere la autorización previa de la Comisión de Valores Mobiliarios (art 254.1), la cual velará para que "se asegure un tratamiento igualitario a los accionistas minoritarios mediante una oferta pública simultánea de adquisición de acciones" (art 254.2). En la protección de los socios minoritarios -principales afectados, como es sabido, en toda operación de adquisición del control societario- puede coadyuvar la tipificación que, con carácter general, ha efectuado el legislador brasileño de la posición de accionista controlador (art. 116), al cual, y por la influencia de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, se vinculan especiales deberes fiduciarios, que les obligan a comportarse observando una diligencia razonable en la preservación del interés social. Dado que en las operaciones de cesión de control, el adquirente se dirige al accionista que detenta el control de la sociedad con el fin de comprar la participación de éste, la atribución de estos deberes fiduciarios al accionista controlador dificultará las posibles maniobras de éste en perjuicio del interés social.

Al estar limitada la regulación de la cesión de control a las sociedades abiertas, las garantías que la ley establece en favor de los socios minoritarios no son susceptibles de aplicación en las cesiones de control que afecten a las sociedades cerradas, lo que plantea difíciles problemas de protección a la minoría.

La OPA aparece configurada en la ley brasileña como una técnica destinada exclusivamente a proporcionar el control societario.<sup>5</sup>

El legislador brasileño considera la OPA bajo las dos formas tradicionales de ejercicio de la misma: como oferta de compra y como oferta de cambio (art. 257).

Los criterios que suelen orientar la regulación jurídica de la OPA, que se centran en el principio de completa información y en el principio de igualdad de trato de los accionistas, son perceptibles en las normas que la ley brasileña dedica a la OPA. En particular, se establece que la sociedad oferente debe indicar (arts. 258 y 259) en el instrumento de oferta de compra una

---

<sup>5</sup>ibidem, pp. 467 a 470.

serie de datos esenciales para el desarrollo de la operación, la cual debe venir avalada por una institución financiera que garantice el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la oferente (art. 257). A la Comisión de Valores Mobiliarios se le atribuye no sólo una posición de control del procedimiento, sino también una facultad normativa en torno a diversos aspectos del mismo (art. 257, 4), en consonancia con la actividad que los órganos de naturaleza similar desarrollan en otros países.<sup>6</sup>

### 3. El grupo de sociedades en derecho brasileño

En el artículo 265 de la ley se dice que "una sociedad controladora y sus controladas, pueden constituir, en los términos de este capítulo grupos de sociedades, mediante convención por la cual se obligan a combinar recursos o esfuerzos para la realización de los respectivos objetivos, o a participar de las actividades o empresas comunes". Esta definición caracteriza un tipo de grupo en el que la subordinación, es el principio ordenación estructural. Por otro lado, el grupo aparece mediante la celebración de un negocio jurídico, al que el legislador designa como convención. (...) La celebración de esta convención debe hacerse, por su parte, con unos objetivos -comunes-. (...) Según ello, el grupo aparece como una especie de sociedades de segundo grado, que carece, sin embargo, de personalidad jurídica (art. 266).

No hay referencia de ningún tipo a la dirección unitaria. Esta constituye una característica estructural del grupo, y es precisamente, el elemento que la especifica frente a otras uniones de empresas. Parece, sin embargo, que el legislador brasileño ha confundido el control con la dirección unitaria, por cuanto en el párrafo I del art. 265 se dice que "la sociedad controladora, o directora del grupo, debe ejercer directa o indirectamente, y de modo

---

<sup>6</sup>Ibidem, p. 470.

permanente, el control de las sociedades afiliadas, como titular de derechos de socio o accionistas, o mediante acuerdos con otros socios o accionistas".

En este artículo falta precisión terminológica. Al haberse referido el legislador con anterioridad al mero control, carece de sentido que se vuelva a recordar este concepto en sede del grupo. (...) Parece que lo que ha querido describir el legislador en él es el elemento de la dirección unitaria, siendo consciente además de que la dirección unitaria puede ser ejercida por la sociedad dominante o por alguna otra sociedad del grupo.<sup>7</sup>

La convención que da lugar al grupo debe ser aprobada por las sociedades que lo componen, debiéndose reflejar en su contenido los datos más relevantes del grupo (art. 269). La aprobación debe verificarse con arreglo a las normas que rigen la modificación del contrato social o del estatuto, correspondiendo a los accionistas que se opongan al acuerdo la posibilidad de separarse de la sociedad con el reembolso de su participación (art. 270). El grupo se considera efectivamente constituido desde que se inscribe en el Registro Mercantil la convención aprobada por las sociedades. (art. 271).

En relación a la organización interna, el legislador brasileño ha dictado algunas normas encaminadas a establecer ciertos principios mínimos en torno a la administración y dirección del grupo. En el art. 272 prescribe que "la convención de constitución del grupo deberá definir la estructura administrativa del grupo de sociedades, pudiendo crear órganos de deliberación colegiada y cargos de dirección general. (...) Sin embargo, la representación ante terceros de las sociedades integradas en el grupo corresponde, exclusivamente, salvo disposición en contrario de la convención del grupo, a los administradores de cada sociedad (art. 272, párrafo único).

Por otro lado, el poder de dirección que corresponde al grupo, derivado de la legitimidad del interés del mismo, y la obligación correlativa de acatamiento de tal poder por parte de las sociedades integrantes del grupo, siempre que se observen determinados límites,

---

<sup>7</sup>Ibidem, pp. 471 y 472.

aparecen reconocidos en el art. 273, en donde se afirman que "a los administradores de las sociedades afiliadas ... compete observar la orientación general establecida y las instrucciones impartidas por los administradores del grupo".<sup>8</sup>

Para reparar los perjuicios causados por actos que infrijan los límites, se concede a los socios minoritarios una acción contra los administradores de su sociedad dominante (art. 276, 3). Al no especificar el artículo, parece que la acción corresponde individualmente a cada socio minoritario, sin necesidad de cumplir ninguna condición particular.<sup>9</sup>

En la ley brasileña sorprende la ausencia de normas protectoras de acreedores y trabajadores, así como la escasa atención prestada a la protección de los socios externos. Con relación a estos, la ley brasileña los define -a los solos efectos de exigir la responsabilidad por los perjuicios resultantes de los actos contrarios a la convención- como "los socios de las sociedades filiales con excepción de la sociedad dominante y las demás filiales del grupo" (art. 276). A esta caracterización se debería haber añadido la mención de su no pertenencia al círculo de control del grupo, con lo que se hubiera conseguido un concepto unitario, útil para el conjunto de normas sobre grupos.

No hay, normas que reconozcan pretensiones patrimoniales a favor de los socios externos. (...) Al recoger el legislador brasileño algunas técnicas de obtención del control, limitadas, por otra parte, a las sociedades abiertas, se olvida el hecho de que el control se puede obtener por otras vías, en cuyo caso se carece de normas de protección, y que, en segundo lugar, la situación del grupo puede afectar negativamente a la posición patrimonial y social de los socios que han optado por permanecer en la sociedad dominada, posición a cuya tutela no debe permanecer indiferentemente el Derecho.<sup>10</sup>

#### 4. El reflejo contable del grupo: las cuentas consolidadas

---

<sup>8</sup>ibidem, pp. 472 a 474.

<sup>9</sup>ibidem, pp. 474 y 475.

<sup>10</sup>ibidem, pp. 475 y 476.

La correspondencia entre grupo de sociedades y consolidación contable ha sido asumida por la ley brasileña, en cuyo art. 275 se establece la obligación de publicar las cuentas consolidadas del grupo, sin perjuicio de la publicación de los estados financieros individuales de cada una de las sociedades del mismo

Las normas en torno a consolidación se encuentran en los arts. 249- 250, a propósito de la obligación de consolidación que se impone a la sociedad abierta que tiene más del 30% del valor de su patrimonio líquido representado por inversiones en sociedades controladas.<sup>11</sup>

##### 5. La existencia de los grupos fácticos

La existencia del grupo fáctico plantea problemas similares a los del grupo contractual regulado por la ley, sin contar con normas que preserven los intereses afectados por él. En el derecho brasileño, las únicas normas que podrían ser eficaces en la limitación del poder de dirección al margen de la convención son las que configuran con carácter general, la figura del llamado "accionista controlador" (arts. 116 y 117). Para la ley brasileña, accionista controlador "es la persona, natural o jurídica, o el grupo de personas vinculados por acuerdo de voto o bajo control común que, a) es titular de derechos de socio que le aseguren de un modo permanente la mayoría de los votos en las deliberaciones de la asamblea general y el poder de elegir la mayoría de los administradores de la sociedad, y b) use efectivamente su poder para dirigir las actividades sociales y orientar el funcionamiento de los órganos de la sociedad". Si el ejercicio derivado del control es, entonces, legítimo, el accionista controlador no puede abusar de él. El mismo art. 116, párrafo único, establece la obligación del accionista controlador de "usar su poder con el fin de hacer realizar a la sociedad su objetivo y cumplir su función social", al

---

<sup>11</sup>Ibidem, p. 477.

tiempo que fija la existencia de "deberes y responsabilidades para con los demás accionistas de la empresa, los que en ella trabajan y para con la comunidad en la que actúa, cuyos derechos e intereses debe lealmente respetar y atender". La transgresión de este standard de diligencia por parte del accionista controlador genera para él la responsabilidad por los daños causados (art. 117, en el que se enumera una serie de supuestos de abuso del poder de control) <sup>12</sup>

En los grupos de sociedades hay una tensión permanente entre interés del grupo e interés social de las sociedades que se resuelve, por necesidades funcionales, en favor del interés del grupo, siempre que se establezca una contrapartida efectiva en favor de los afectados por el ejercicio del poder de dirección, y se fijen límites para que éste no entre en el campo de lo puramente arbitrario o discrecional. Parece que la intención del legislador brasileño ha sido atraer la concentración empresarial a la forma de los grupos de sociedades tipificado, configurando la simple posición de control con deberes fiduciarios especialmente intensos que dificultarían profundamente la realización de los intereses del grupo <sup>13</sup>

#### 6. El consorcio

Según el art. 278, "las sociedades anónimas y cualquiera otras sociedades, bajo el mismo control o no, pueden constituir un consorcio para ejecutar una determinada empresa..." Esta agrupación de sociedades carece de personalidad jurídica, y se constituye mediante contrato, aprobado por el órgano de la sociedad competente para autorizar la enajenación de bienes del activo permanente. De acuerdo con el art. 279, en el consorcio "las sociedades sólo se obligan en las condiciones previstas en los términos del contrato, respondiendo cada una de sus obligaciones sin presunción de solidaridad". El contrato de constitución del consorcio, así como sus modificaciones deberá inscribirse en el Registro Mercantil (art. 279 párrafo único).

---

<sup>12</sup> *ibidem*, p. 478

<sup>13</sup> *ibidem*, p. 478 y 479

Se trata de una vinculación de sociedades (no exclusivamente anónimas) fundada en el principio de la coordinación, y dotada de un carácter de temporalidad, con lo cual se pretende ofrecer a las empresas un marco jurídico adecuado en el que poder desenvolver sus relaciones, sin alcanzar el grado de integración y permanencia del grupo de sociedades.<sup>14</sup>

#### 7. Consideraciones globales sobre la regulación brasileña de los grupos de sociedades

Desde una perspectiva global se puede afirmar que el legislador brasileño ha adoptado por la consideración contractualista de los grupos de sociedades, sin considerar a éste como un mero estado creado por la realización de un determinado negocio jurídico. Tal vez el punto más acertado de la legislación brasileña sea la institución de que el grupo es, básicamente, el resultado de un proceso, iniciado por la obtención del control societario a través de técnicas jurídicas diferenciadas. (...) El grupo hubiera quedado perfectamente delimitado si el legislador hubiese hecho mención expresa de la dirección unitaria, cuyo ejercicio, como es sabido, es la nota que especifica la estructura del grupo.

Al mismo tiempo, hubiere sido también deseable un mayor detenimiento en la regulación de los intereses afectados por el ejercicio del poder de dirección, no sólo en relación con los socios externos, sino en atención a los trabajadores de las sociedades afiliadas.<sup>15</sup>

#### B) DERECHO ALEMÁN

La legislación alemana sobre grupos de sociedades es, a mi juicio, la más avanzada y que mejor regula las distintas situaciones que se dan en el seno de las uniones de empresas.

---

<sup>14</sup>ibidem, p. 479 y 480

<sup>15</sup>ibidem, p. 481

La finalidad de la ley de sociedades alemana de 1965, consiste en resolver el conflicto de intereses, planteado entre el interés del grupo y el interés de sus miembros, mediante una "ordenación diáfana de la competencia orgánica y responsabilidad de los órganos sociales y un equilibrado sistema de acuerdos mayoritarios y derechos de la minoría".<sup>16</sup>

#### 1. El concepto de uniones de empresas en derecho alemán

Son uniones de empresas la empresa dominante y la dependiente, las empresas agrupadas, las empresas recíprocamente dependientes o que constituyen los elementos personales de un contrato de empresa

El proyecto no contempla expresamente las uniones personales. Bajo esta denominación pueden comprenderse las relaciones entre empresas que surgen cuando una de ellas ha delegado personas dependientes de la misma para que actúen, promoviendo la realización de ciertos intereses, en otra distinta.<sup>17</sup>

#### 2. Los grupos de empresas fundados contractualmente

Las uniones de empresas pueden descansar sobre la existencia de un contrato adecuado para fundar la dirección unitaria que caracteriza a los grupos. La ley regula los contratos de empresa, que, por su causa y por su estructura, son idóneos para constituir un grupo de empresas.<sup>18</sup>

La nueva denominación de los contratos de empresa indica que lo típico de estos contratos es que afectan la estructura de la empresa y que, por regla general, son celebrados

---

<sup>16</sup>DUQUE, JUSTINO F., Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones, op. cit., p. 395.

<sup>17</sup>Ibidem.

<sup>18</sup>Ibidem, p. 402

por sujetos que, conforme al ordenamiento jurídico alemán, son calificados como empresarios.<sup>19</sup>

### 2.1 La comunidad de beneficios

Este contrato tiene relevancia jurídico-social cuando, por sí solo, o en conexión con otros contratos del mismo tipo, impone a la sociedad, el deber de ceder a un tercero más de las tres cuartas partes de sus ganancias.<sup>20</sup>

Las prestaciones de las partes son de carácter económico, procedentes de su actividad económica. En principio no afecta la posición jurídica de sus órganos, los cuales continúan desarrollando bajo su responsabilidad el objeto social. Pero, de hecho, en casi todas las ocasiones, existe una cierta organización común, en la cual participan las empresas obligadas, encargada de establecer las bases de una común política económica.

### 2.2 Cesión de beneficios

En este contrato no existe la reunión del beneficio producido por las partes contratantes, sino que la sociedad por acciones cede sus ganancias a la parte contraria.<sup>21</sup>

### 2.3 Arrendamiento de explotación de empresa social

La sociedad deja de gestionar directamente la explotación y se obtiene su beneficio en forma de contraprestación que la empresa arrendataria le paga por el uso de aquella.<sup>22</sup>

2.4 Contrato mediante el cual la sociedad por acciones entrega a otra persona la explotación de su empresa de modo distinto al previsto por el arrendamiento.

---

<sup>19</sup>ibidem, p. 403.

<sup>20</sup>ibidem, p. 404.

<sup>21</sup>ibidem, p. 404.

<sup>22</sup>ibidem, p. 405.

Dentro del mismo modo se comprenden, contratos en los cuales una empresa asume, a cambio de una contraprestación, la gestión del establecimiento mercantil por cuenta de la sociedad propietaria, actuando frente a terceros bien en nombre propio, bien en nombre de la sociedad.<sup>23</sup>

2.5 Contrato por medio del cual la sociedad se compromete a gestionar su empresa por cuenta de otra persona, a cambio de una contraprestación que ésta paga a la sociedad.

La sociedad titular de la explotación afectada por el contrato puede actuar en nombre de la empresa por cuya cuenta actúa, en virtud del poder que ésta última le confiere, pero también en nombre propio.

#### 2.6 Formación de los contratos de empresa

El requisito de aprobación de la Junta General constituye una limitación al ilimitado poder de representación con que la ley dota al órgano administrativo. Este acuerdo requiere que se adopte con una mayoría que, al menos, represente las tres cuartas partes del capital asistente a la Junta. Fuera de este requisito no existe ningún otro requisito.<sup>24</sup>

En lo que respecta a la cuestión de si tales contratos implican una modificación de estatutos, si éstos no habían previsto que tales contratos pudieran celebrarse por mayoría, se requerirá la unanimidad para la reforma de los estatutos y, ulteriormente, el acuerdo autorizado de la Junta con la mayoría prevista legalmente.<sup>25</sup>

#### 2.7 Los contratos de organización

---

<sup>23</sup>ibidem.

<sup>24</sup>ibidem, p.406.

<sup>25</sup>ibidem, p.407.

La mayor parte de la doctrina considera estos contratos como negocios que afectan las meras relaciones obligatorias y se insertan en la estructura jurídico-social, afectando a las relaciones jurídicas existentes entre la sociedad y sus socios. (...) De una concepción puramente obligacionista o gestión de negocios ajenos, ha pasado a considerarse como un contrato de naturaleza jurídico-social, en cuanto que la sociedad órgano no gestiona por cuenta negocios extraños, sino que desarrolla su propia actividad empresarial en el interés de la sociedad superior según las instrucciones que recibe de ésta. En el contrato considerado, la sociedad órgano actúa por propia voluntad, pero ésta no se determina en su contenido, autónomamente, sino que -a consecuencia de las modificaciones que, por el nuevo elemento contractual, experimentan las normas rectoras en su voluntad- se orienta a la satisfacción del interés de la sociedad superior.<sup>26</sup>

Estructuralmente considerados estos contratos no atribuyen a las partes contractuales derechos y obligaciones, sino que crean en una de ellas el poder de hacer surgir poderes y deberes mediante el ejercicio de la competencia que el negocio le atribuye. (...) No son contratos de cambio, que atribuyen a las partes el derecho de exigir ninguna auténtica contraprestación.<sup>27</sup>

La empresa dominante adquiere una competencia funcional en el seno de la sociedad dominada que no adquiriría en el caso de que poseyera todas las acciones, ya que los órganos de gestión de la sociedad filial tendrían que continuar dirigiendo la sociedad de la cual son órganos bajo su propia responsabilidad, lo cual podría exigirse por cualquier persona que, con anterioridad al transcurso del plazo de prescripción de la correspondiente pretensión, hubiese devenido acciones de esa sociedad.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup>ibidem, p. 409.

<sup>27</sup>ibidem, p. 409 y 410.

<sup>28</sup>ibidem, p. 410.

### 2.8 Contrato de instrucción

Por virtud de este contrato, expresa o tácitamente, se confiere a una de las partes la facultad de impartir instrucciones a la sociedad por acciones sometida

Este contrato puede caracterizarse como el que una sociedad por acciones celebra con otra empresa para someterse en las cuestiones esenciales de la gestión del negocio o las instrucciones de la contraparte. El ámbito dentro del cual la sociedad queda sometida a las instrucciones de la empresa dominante ha de ser lo suficientemente amplia para que la indeterminación de las materias configure un poder abstracto, desconectado de otra causa contractual que lo delimite en función de las prestaciones recíprocamente pactadas.<sup>29</sup>

### 2.9 Contrato de dominación

La caracterización de este contrato se realiza, por la enunciación de su finalidad, abandonando la utilización del medio -comunicación de instrucciones- con el cual la empresa ejercita el señorío adquirido contra la sociedad.

Es un contrato mediante el cual una sociedad por acciones somete la dirección de su empresa a otra empresa que adquiere la facultad de imponer las decisiones referentes a la gestión de aquella a los órganos de la sociedad subordinada.

Los efectos del contrato de instrucción pueden ser contraproducentes, ya que puede contribuir a un fortalecimiento del empresario dominante, a quien se le atribuyen unos amplios poderes directivos con la amenaza de una responsabilidad difícil siempre de exigir.<sup>30</sup>

### 2.10 Contrato de comunidad de beneficios

Para evitar que los interesados eludan la aplicación de las garantías previstas en interés de los socios y los acreedores, la ley concibe de manera muy amplia este negocio como el

---

<sup>29</sup>Ibidem, p. 413.

<sup>30</sup>Ibidem, pp. 414 y 415.

contrato por el cual una sociedad por acciones se obliga a reunir total o parcialmente el beneficio de su empresa o de alguna de sus explotaciones con los de otra empresa, a fin de dividir, en la proporción establecida, el beneficio común así obtenido.

Como contraprestación al deber de una sociedad de aportar su beneficio en la comunidad, surge un deber de contenido semejante a cargo de los otros empresarios participantes en el contrato y la pretensión de cada uno para exigir la parte que, según lo acordado, le corresponda en el beneficio común (...). Para el cumplimiento de los fines contractuales, se establece casi siempre la obligación de armonizar la gestión de los negocios sociales mediante el acatamiento de las instrucciones que transmita un órgano común dentro de la esfera delimitada por el contrato. En este sentido el contrato de comunidad de beneficios constituye uno de los medios apropiados para estructurar y fundar un grupo de empresas sin subordinación.<sup>31</sup>

## 2.11 Contratos genéricos de arrendamiento de establecimientos

Dicho contrato desplaza el riesgo económico de la actividad mercantil constitutiva de la empresa social fuera de la esfera económica de la persona titular del establecimiento objeto del contrato, cuyos ingresos quedan reducidos a la contraprestación que la otra parte contractual se obliga a pagar y eliminándose, correlativamente, el riesgo de pérdida típico de la actividad del empresario.<sup>32</sup>

### 2.11.1 Contrato de arrendamiento de establecimiento

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 417 y 418.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 419.

Es aquél mediante el cual una persona cede temporalmente el uso y disfrute de establecimiento a otra persona que se obliga a pagar un precio cierto, y que la empresa explota en propio nombre y por propia cuenta.<sup>33</sup>

El contrato, como tal, obliga a la sociedad titular de la empresa arrendada, pero no a sus órganos, los cuales continuarán administrando, independientemente y bajo su responsabilidad, la sociedad arrendadora. Pero, (...) la sociedad deja de explotar su propia empresa, gestionada, a partir de aquel momento, por la entidad arrendataria. Por el cambio que experimenta la actividad social, los deberes de sus órganos se modifican de manera correspondiente a la nueva situación de la sociedad, en cuanto que ya no tienen que cumplir los deberes inherentes a la actividad empresarial que constituye el objeto estatutario de la sociedad, sino que, bajo su propia responsabilidad, tiene que cumplir los deberes implicados en la gestión de la empresa arrendataria instaurada mediante la celebración de aquel contrato. Por lo tanto, han de ejecutar todas las medidas exigidas por la cualidad de arrendadora de la sociedad, y ejercer los derechos que de esa misma situación se derivan (...)

Por lo tanto, este contrato no fundamenta en la entidad arrendataria la facultad de impartir instrucciones a la sociedad arrendadora. En todo caso sería la sociedad arrendadora quien podría impartir instrucciones a la empresa arrendataria en la utilización de su empresa.<sup>34</sup>

Ahora bien, la facultad que tienen los órganos sociales de impartir instrucciones a la empresa arrendataria no es una facultad abstracta, sino que está causalmente limitada por el cuadro de derechos y obligaciones que ha creado el contrato de arrendamiento entre ambas personalidades, siendo en su caso, aplicables las normas sobre responsabilidad por, sin la celebración de un contrato de dominación, ejercer un poder de hecho sobre otra empresa.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup>ibidem.

<sup>34</sup>ibidem.

<sup>35</sup>ibidem, pp. 420 y 421.

2.11.2 Similar al contrato anterior, es el contrato mediante el cual una sociedad anónima o comanditaria por acciones confía a otra su establecimiento de manera distinta a la prevista para el contrato de arrendamiento de empresa. Con este contrato se obtienen los mismos resultados económicos que se hubieran obtenido de haberse celebrado un contrato de arrendamiento, en cuanto que el adquirente temporal asume toda la organización, objetiva y personal del establecimiento de la sociedad arrendadora, insertándolo en su propia organización y gestionando el establecimiento por su propia cuenta, aunque externamente actúe, por virtud de poderes generales, en nombre de la sociedad arrendadora.

### 2.11.3 Contrato de gestión de establecimiento

Es un contrato por el cual la sociedad por acciones acepta gestionar su empresa en nombre propio, pero por cuenta de otra persona, como si hubiera arrendado el establecimiento a esta última.<sup>36</sup>

(...) Se trata de un contrato de servicios dirigido a la gestión de negocios ajenos. La sociedad gestora continúa gestionando su empresa, pero de la misma manera que si el arrendatario de ésta le confiara la gestión de la cosa arrendada. La prestación de la contraparte consiste en una cantidad de dinero que representa para el empresario por cuya cuenta se gestiona la empresa social, no solo la remuneración por la utilidad económica que obtiene de esta gestión, sino, además, por los servicios que la sociedad titular de la empresa le hace como mandataria.

Este contrato, por su propia naturaleza, comporta para la sociedad titular de la empresa el deber de acatar las instrucciones del empresario por cuya cuenta continúa gestionando su empresa. Pero también en este acto se trata de una facultad de impartir instrucciones que está limitada causalmente, en cuanto que no puede imponerse a la sociedad más medidas que

---

<sup>36</sup>ibidem, p. 421.

aquellas que hubiere podido adoptar como arrendatario el empresario por cuya cuenta se gestiona ahora el establecimiento.<sup>37</sup>

#### 2.12 Régimen de celebración, modificación y extinción de los contratos de empresa:

a) Celebración: una de las partes debe ser forzosamente sociedad por acciones. No es necesario que la otra parte sea también una sociedad por acciones. En este caso, se impone la obligación de un balance consolidado. La sociedad como tal y no los miembros de sus órganos son las partes de estos contratos.

El consentimiento de la sociedad se manifiesta, frente a la otra parte contratante, mediante su órgano administrativo, al que, según la estructura orgánica de la sociedad, pertenece la representación de la persona jurídica. Pero no es suficiente la sola determinación de voluntad del órgano administrativo, sino que, como requisito para la eficacia del contrato celebrado, ha de concurrir la aprobación de la sociedad, expresada mediante un acuerdo adoptado por la Junta General.<sup>38</sup>

Para la eficacia de todo contrato de empresa se requiere el consentimiento de la sociedad que se somete a las instrucciones de otro, o se compromete a ceder en todo o en parte su beneficio, el de alguna de sus explotaciones o a transmitir temporalmente el uso de su empresa.

No se aplican las disposiciones legales relativas a la modificación de estatutos, y se permite que éstos prevean para ello una mayoría más elevada que la prevista legalmente así como otros requisitos.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup>ibidem, p.422.

<sup>38</sup>ibidem, pp. 424 y 425.

<sup>39</sup>ibidem, p.425.

La ley exige que se exponga una copia del contrato en las oficinas de la sociedad, a fin de que los socios puedan examinarla. A petición de cualquier socio, la sociedad tiene que proporcionarle sin demora una copia.

Durante la deliberación de la junta tiene que leerse e interpretarse el contrato. Además, cuando se trate de celebrar un contrato de dominación o de cesión de beneficios, el derecho de información del socio se amplía, en el sentido de que todo accionista puede exigir durante la celebración de la junta que delibera sobre el contrato, que el órgano administrativo de la sociedad a la cual pertenece, le informe acerca de las circunstancias esenciales para la celebración del contrato referente a la empresa con la cual se va a contratar.<sup>40</sup>

La adopción del acuerdo favorable requiere una mayoría que comprenda al menos las tres cuartas partes del capital representado en la junta. Los estatutos pueden elevar esta mayoría

Todos los socios están legitimados para participar en la adopción del acuerdo. A pesar de que se había pretendido por algunos con la finalidad de proteger más firmemente a los accionistas externos, que sólo participaran en la votación, los accionistas que, después de la celebración del contrato, se vuelven en accionistas externos, la ley no excluye de la votación a ningún accionista, ni siquiera a quienes están directamente interesados en que la junta emita el acuerdo aprobatorio.

El interés del socio es tutelado mediante el conjunto de garantías materiales que, ineludiblemente, se conectan a la celebración del contrato, de manera que, si los socios interesados en la celebración del contrato están dispuestos a ofrecer dichas garantías, no existe fundamento para obtener una medida preventiva que prive a aquellos del ejercicio de sus derechos.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup>ibidem, pp. 426 y 427

<sup>41</sup>ibidem, pp. 427 y 428

El asentimiento de la sociedad es un acuerdo mayoritario, en el que no es necesario un acuerdo complejo o compuesto en el cual participen los accionistas externos mediante un acuerdo tomado entre ellos.

El contrato tiene que añadirse al acta de la junta como anexo de la misma.<sup>42</sup> Si la otra parte contratante es también una sociedad por acciones, la eficacia del contrato de dominación o de cesión de beneficios, concurre el consentimiento de la junta general de accionistas, expresado mediante un acuerdo tomado con las condiciones previstas para la otra sociedad.

Para el resto de los contratos, el órgano administrativo de la sociedad a cuya empresa no afecta directamente el negocio, sigue siendo absolutamente competente, y la eficacia del negocio concluido entre los dos órganos administrativos, depende solo del acuerdo emitido en sentido positivo por la junta de la sociedad, cuya situación como gestor de la empresa social, es afectada por él.

Se impone la forma escrita a todos los contratos calificados como contratos de empresa.<sup>43</sup>

La inscripción del contrato tiene efectos constitutivos, aunque ello no excluye la atribución al contrato, una vez inscrito, de efectos retroactivos en tanto en cuanto tal atribución esté permitida por los principios generales.

Por otro lado, la publicidad registral no se limita al acuerdo aprobatorio del contrato, sino que, el contrato mismo es publicado, a fin de que los socios puedan continuar teniendo conocimiento, después de concluida la junta, de los términos en que se celebró el contrato.

b) Modificación: los requisitos están contemplados en el art. 284 de la ley.

---

<sup>42</sup>ibidem, p. 429.

<sup>43</sup>ibidem, pp. 429 y 430.

Para mantener la seguridad jurídica, tan buscada en esta materia, la ley no distingue entre alteraciones esenciales del contrato y alteraciones sin ese carácter. El mismo régimen jurídico se aplica, por lo tanto, a todas las alteraciones.

Los requisitos establecidos por este precepto son semejantes a los exigidos para la conclusión de los contratos:

En primer lugar, es necesario en todo caso, el acuerdo de la junta general de la sociedad, adoptado con idénticos requisitos que establece el art. 282 para la conclusión del mismo.

Por aplicación del art. 282 resulta que cuando el contrato modificado es un contrato de dominación o de cesión de beneficios, es necesario el acuerdo de la junta general que adquiere el dominio o a cuyo patrimonio se desvían las ganancias de la sociedad.

Además, es necesario un acuerdo especial tomado por los accionistas extraños al grupo, cuando se trate de modificar contratos que otorguen a estos accionistas el derecho a obtener una compensación o que obligan a la sociedad a adquirir sus acciones.<sup>44</sup>

#### e) Terminación:

I. La disolución contractual de un contrato de empresa exige requisitos menos rigurosos que los establecidos para su conclusión o modificación, pues, según el art. 285, no se requiere el consentimiento de la junta general, por lo cual el órgano administrativo posee competencia para terminar el contrato. La razón de esta divergencia es que la terminación devuelve a la sociedad su independencia económica.

El contrato de empresa no puede terminar más que al final del ejercicio o del lapso de tiempo determinado contractualmente.

---

<sup>44</sup>ibidem, pp. 431 y 432.

Cuando el contrato que termina impusiera a la otra parte contractual el deber de realizar una prestación compensatoria a favor de los socios externos al grupo o de adquirir sus acciones, es necesario que concorra el consentimiento de estos accionistas expresado mediante un acuerdo mayoritario con los requisitos establecidos en el art. 282.

2. La terminación de un contrato por denuncia sólo se regula por la ley en algunos de sus aspectos, quedando abandonados los restantes a la libertad contractual.

El art. 286 establece que un contrato de empresa puede denunciarse sin la observancia de un plazo de denuncia, siempre que concurren motivos importantes. Un motivo importante existe cuando es presumible que la otra parte contratante no estará en condiciones de cumplir los deberes, inherentes al contrato de empresa celebrado con la sociedad denunciante.

No se impone la concurrencia de un acuerdo especial de los accionistas externos, porque la facultad de denuncia se establece en su favor, y la producción de sus efectos no puede ser demorada.

El consentimiento de los accionistas externos al grupo expresado en un acuerdo especial con la mayoría impuesta en el art. 282 es necesario cuando, sin que concurren importantes motivos, se trata de denunciar un contrato de empresa que imponga a la empresa dominante el deber de realizar una compensación a favor de sus accionistas o de adquirir sus acciones.

El art. 287 establece que el órgano administrativo de la sociedad tiene que solicitar inmediatamente que se registre en el registro mercantil la terminación del contrato, así como el fundamento de la extinción y el momento en que ocurre.<sup>45</sup>

El art. 288 establece que la sociedad sometida no puede ser obligada a mantener, modificar o concluir el contrato de empresa que le une al legitimado.

Las relaciones entre los diversos órganos de la estructura social se determinan en este punto según las normas que, con carácter común, se han establecido al tratar de los órganos

---

<sup>45</sup>*ibidem*, pp. 432 y 433.

sociales. La junta general puede vincular al órgano administrativo a una modificación o terminación del contrato en la medida en que lo permiten los arts. 80 y 115, 2. es decir, el primero puede exigir que la junta general decida sobre cuestiones referentes a la gestión social. por otro lado, el órgano administrativo es, en principio, independiente del consejo de vigilancia en esta materia, pero los estatutos o el consejo de vigilancia pueden establecer, según el art. 108, 4, que estos contratos y sus alteraciones solamente pueden practicarse con su consentimiento. En este caso, si el órgano de vigilancia deniega su consentimiento, la administración puede exigir que la junta general decida sobre el asunto, mediante un acuerdo que, para ser aprobatorio, requiere al menos las tres cuartas partes de los votos emitidos, siendo ésta una disposición irreformable por los estatutos.<sup>46</sup>

#### 2.13 Garantías previstas para la sociedad, para los accionistas y para los acreedores:

Una parte esencial de la regulación prevista es la constituida por la referente a las garantías ofrecidas a la sociedad, a los socios y a los acreedores cuando se celebra alguno de los contratos de empresa antes examinados.

Estos derechos se enfocan sobre todo a la protección de las minorías y de los accionistas extraños al control.

Además de ello, la ley prevee la protección de otros intereses nuevos que tengan en cuenta de la especial situación de los socios cuando la sociedad está incluida en una agrupación.

La garantía no se limita a recoger la garantía de un dividendo. Todas estas garantías constituyen ciertamente entorpecimientos que se oponen al deseo de las grandes empresas de celebrar contratos de este tipo.<sup>47</sup>

Se prevén un conjunto de garantías para el caso de que una sociedad por acciones celebre un contrato de dominación o de cesión de beneficios.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup>ibidem, pp. 433 y 434.

<sup>47</sup>ibidem, pp. 883 y 884.

a) Como la sociedad por acciones que celebra con otros empresarios un contrato de dominación no estará en condiciones de constituir reservas voluntarias con una cantidad apreciable, es de suma importancia asegurar la constitución de una reserva suficiente para asegurar la subsistencia de la sociedad cuando terminen estos contratos. Esta dependerá según el contrato de que se trate.<sup>49</sup>

b) La determinación del beneficio que la sociedad por acciones está obligada a ceder a la empresa dominante se abandona a las condiciones que libremente hayan establecido las partes en el contrato correspondiente, a fin de que este pueda ser adaptado a las circunstancias de hecho que concurran en cada caso.<sup>50</sup>

c) El art. 291 impone, con carácter necesario, la responsabilidad mediata de la empresa dominante frente a los acreedores de la sociedad dominada. El objeto de esta disposición es aclarar el ámbito de los contratos que originan este efecto, así como las circunstancias bajo las cuales pueden renunciarse al mismo por los socios.<sup>51</sup>

Durante la vigencia de un contrato de dominación o cesión de beneficios, la otra parte contratante tiene que nivelar o compensar el déficit anual arrojado en las cuentas sociales, en cuanto no puede ser nivelado o compensado por la aplicación de las reservas voluntarias constituidas durante el contrato (art. 291).<sup>52</sup>

d) La ley prevé una serie de medidas para la conservación del capital social.

---

<sup>48</sup>ibidem, p. 885.

<sup>49</sup>ibidem, pp. 886 y 887.

<sup>50</sup>ibidem, p. 887.

<sup>51</sup>ibidem, p. 888.

<sup>52</sup>ibidem, p. 889.

Durante la vigencia del contrato, el crédito de la sociedad por acciones reposa sobre el deber de la empresa dominante de asumir pérdidas. Esta garantía cumple durante la vigencia de la situación contractual, las mismas funciones que el mantenimiento del capital social.

Los acreedores sociales cuyos derechos hayan nacido antes de que la inscripción registral de la terminación se realice tienen el derecho de exigir a la empresa dominante la prestación de seguridades, si lo exigieran dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la inscripción en el registro.<sup>53</sup>

e) La ley prevé unas medidas expresamente dirigidas a la tutela de los socios extraños al grupo:

e.1) La justificación de estas garantías se encuentra en la nueva posición de los socios extraños en el seno de la unión de empresas constituido mediante contrato.

e.2) Estas garantías se conceden a un grupo de socios, cuya característica general es la de no participar, ni directa ni indirectamente, en el grupo de control.

e.3) Para compensar a los socios de la pérdida -o, al menos, de la considerable disminución- de su expectativa al reparto de beneficios cuando éstos, después de la celebración de un contrato de empresa, tienen que cederse a otra persona, establece el art. 293 el derecho de los accionistas extraños al grupo el derecho a obtener de la empresa dominante una compensación equitativa. Los socios pertenecientes al grupo obtienen mediante su beneficio a través de su participación en las otras sociedades del grupo, mientras que los socios externos tienen que conformarse con lo dispuesto por el contrato en cuanto al destino de los beneficios.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup>ibidem, pp. 889 y 890.

<sup>54</sup>ibidem, p. 892.

f) Como complemento a la adecuada compensación prevista por el art. 293, el 294 establece un ulterior remedio para equilibrar el patrimonio de los socios externos. Se trata de una indemnización a que tienen derecho cuando algunos de los socios en dicha situación decide separarse de la sociedad que por el contrato se ha convertido en sociedad dependiente.<sup>55</sup>

g) Las garantías examinadas no se prevén más que para el caso de que el contrato celebrado sea uno de dominación o de cesión total de beneficio. Esta limitación es insatisfactoria, porque es insuficiente para proteger total y adecuadamente los intereses tutelables en el fenómeno de las uniones de empresas.<sup>56</sup>

2.14 Poder de dirección y reponsabilidad en los grupos de empresas fundados contractualmente

La celebración de un contrato de empresas con virtualidad para constituir un grupo origina una serie de consecuencias en cuanto al poder directivo y su ejercicio, regulados por normas de derecho necesario, que atribuyen un estrechísimo ámbito para su conformación negocial para los interesados en el negocio.<sup>57</sup>

El contrato de dominación modifica sustancialmente la estructura orgánica de la sociedad dependiente.

El Consejo de Administración de la sociedad dependiente no decide ya, bajo su responsabilidad, el destino económico de su empresa, sino que su función queda limitada a una especie de control de la legitimidad de las instrucciones que le comunique la empresa dominante, ya que, por virtud del art. 297, está obligado a acatarlas, sin que pueda negarse a ejecutarlas más que cuando se opongan de manera ostensible a la consecución de los intereses del grupo o de las empresas en él incluidas. De manera análoga, la misión del Consejo de

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 896.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 899.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 900.

Vigilancia se reduce a vigilar aquí en la esfera de competencia delimitada después del contrato, e igualmente se altera la posición de la junta de socios.<sup>58</sup>

El poder de decisión se ha desplazado, pues, a la empresa dominante. Es ésta la que, mediante el ejercicio del poder de dirección, asume la posición de órgano de la sociedad dominada.

El órgano administrativo de la sociedad dominada no adopta independientemente las medidas que exijan la consecución del interés social. El poder directivo radica ahora en la empresa dominante, la cual, en su ejercicio, puede exigir a los órganos de las sociedades dependientes la ejecución de las medidas que perjudique el interés de estas. Este poder no es limitado, sino que, aunque sea un poder en blanco, está delimitado, mediante normas de derecho necesario, en su escalón superior. La empresa dominante no puede, sin incurrir en responsabilidad, imponer a la sociedad dependientes medidas que, perjudicando el interés de esta última, no estén inspiradas en el propio interés de la empresa dominante o el interés de una empresa perteneciente al mismo grupo al que pertenece la sociedad perjudicada directamente.<sup>59</sup>

El poder directivo de la empresa dominante se ejerce mediante instrucciones. El concepto de instrucción no se determina legalmente. Sólo se aclara por la fundamentación que el poder directivo de la empresa dominante no abarca tan sólo las cuestiones referentes a las gestiones de los negocios sociales, sino que comprende los asuntos que, según la estructura orgánica de la sociedad en sí misma considera, caen en la competencia del órgano administrativo.<sup>60</sup>

El poder de gestión del órgano administrativo permanece inalterado en el ámbito no comprendido por el poder de dirección que adquiere la empresa dominante. No puede negarse a cumplir las instrucciones recibidas porque, según su opinión, no sirvan ni al interés de la

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 901.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 902.

empresa dominante ni al interés de alguna de las empresas del grupo. Sólo cuando, de manera abierta y clara, las medidas no sirvan estos intereses, el órgano administrativo está facultado para negarse a cumplir las instrucciones recibidas de la empresa dominante.<sup>61</sup>

La armonización con la amplitud del poder de dirección se regula por los arts. 298 y 299 con la correspondiente responsabilidad en que incurre la empresa dominante y la sociedad dominada.

Los representantes legales de la empresa dominante responden solidariamente si en la inpartición de sus instrucciones infringen su deber de observar la diligencia de un ordenado y escrupuloso director de negocios. El sujeto frente a quien responde los representantes legales de la empresa dominante es la sociedad dominada.

Están legitimados para el ejercicio el derecho al resarcimiento que corresponde a la sociedad, no sólo sus órganos representativos, sino, además los socios y los acreedores sociales.<sup>62</sup>

La sociedad dominada es resarcida no sólo por los representantes legales de la empresa dominante, sino además, por los miembros de los órganos de gestión de la sociedad dominada que, con aquellos otros, responde solidariamente, de acuerdo al art. 299.<sup>63</sup>

#### 2.15 Sociedades incorporadas:

La incorporación es un negocio con carácter jurídico social que sobrepasa la unión existente entre la sociedad dominante y la sociedad por acciones dependiente cuando se ha celebrado un contrato de dominación, para aproximarse al negocio de fusión de sociedades, del cual, sin embargo, se diferencia porque la incorporación no destruye la personalidad jurídica de ninguna de las sociedades que han celebrado el negocio.

---

<sup>61</sup>Ibidem, p. 903.

<sup>62</sup>Ibidem, pp. 904 y 905.

<sup>63</sup>Ibidem, p. 907.

El supuesto regulado orgánicamente por la ley es el de la incorporación de una sociedad cuyas acciones son poseídas en su totalidad por otra que se convierte en sociedad principal. La insuficiencia de la regulación del caso especial en que la sociedad posee solo el 95% de las acciones se manifiesta, más que en la celebración del negocio de incorporación, en el momento en que termina esta.<sup>64</sup>

Los presupuestos son que la sociedad que va ser incorporada tiene que ser una sociedad por acciones, y de que sólo las sociedades por acciones pueden convertirse en sociedad principal, así como que la sociedad principal tiene que ser titular directo de la totalidad -o al menos del 95% - de las acciones de la sociedad que va a incorporarse.<sup>65</sup>

El aspecto negocial del procedimiento se concreta en los acuerdos que ha de tomar las juntas generales de ambas sociedades. La iniciativa corresponde formalmente a la sociedad que va a ser incorporada, cuya junta general toma un acuerdo en este sentido. La eficacia de este acuerdo depende del asentimiento manifestado mediante un acuerdo semejante tomado por la junta general de la sociedad que va a convertirse en principal.<sup>66</sup>

El proceso de la incorporación termina con la inscripción de la incorporación en el registro mercantil del domicilio de la sociedad incorporada. La inscripción tiene carácter constitutivo. Con ello se se ofrece a todos los interesados la posibilidad de saber que la dirección de la sociedad incorporada no pertenece en realidad a sus órganos, sino a una instancia superior, la cual responde del cumplimiento de sus obligaciones, por virtud de la responsabilidad conjunta que se instaura a partir del momento en que se celebra el negocio de incorporación.<sup>67</sup>

Los efectos constantes que caracterizan este negocio consisten, por un lado, en la atribución a la sociedad principal de un poder cuyo objeto es la gestión de la unidad económica

---

<sup>64</sup>ibidem, p. 909.

<sup>65</sup>ibidem, p. 910.

<sup>66</sup>ibidem, p. 911.

<sup>67</sup>ibidem, p. 913.

constituida por el negocio de incorporación y en la correlativa responsabilidad que se impone a los titulares de dicho poder.<sup>68</sup> Este poder es más amplio que en el caso de dominación puesto que la sociedad dominante está legitimada para impartir instrucciones al órgano administrativo de la sociedad incorporada que no corresponda ni al interés de la sociedad dominante ni al interés del grupo considerado como conjunto.<sup>69</sup>

Mediante remisión a lo establecido por el contrato de dominación se regula la responsabilidad de los representantes legales de la sociedad dominante y la de los miembros del órgano administrativo de la sociedad incorporada.<sup>70</sup>

Inexistentes los intereses de los accionistas externos, el núcleo del régimen de la incorporación radica en la garantía a los acreedores mediante el especial sistema de responsabilidad de la sociedad principal que se estructura para este caso.

Según el art. 310, a partir de la incorporación, la sociedad principal responde, frente a los acreedores de la sociedad incorporada, tanto de las deudas contraídas con anterioridad, como de las contraídas durante la vigencia de la misma. La responsabilidad establecida es de carácter solidario siendo ineficaz la convención contraria frente a terceros.<sup>71</sup>

El establecimiento de esta responsabilidad solidaria permite simplificar considerablemente el régimen de las garantías que se prevén para el caso de que se hubiera celebrado un contrato de dominación.<sup>72</sup>

En el caso de que la sociedad principal no posea el total de las acciones de la sociedad incorporada origina efectos especiales. Para resarcir a los socios cuyos títulos han pasado a la sociedad principal por virtud de la incorporación, se les concede una indemnización adecuada, que consiste en acciones de la sociedad principal.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup>Ibidem.

<sup>69</sup>Ibidem, pp. 913 y 914.

<sup>70</sup>Ibidem, p. 914.

<sup>71</sup>Ibidem, pp. 914 y 915.

<sup>72</sup>Ibidem, p. 916.

<sup>73</sup>Ibidem, p. 918.

Las causas de terminación de la incorporación, además de la disolución de la sociedad incorporante, suponen una actuación voluntaria, no de la sociedad incorporada, sino de la sociedad dominante.<sup>74</sup>

El proceso de conclusión se publica en el registro mercantil de la sociedad hasta entonces incorporada. Esto produce que de las deudas originadas a partir de este momento no responde la sociedad principal.<sup>75</sup>

#### 2.16 Los grupos fácticos de empresas:

Junto a los grupos constituidos negocialmente, la realidad económica alemana conoce grupos que, para adaptarse a las necesidades de organización exigidos por una cierta actividad económica, descansan en un fundamento jurídico distinto a la celebración de un negocio jurídico.

La hipótesis que atrae la atención de la ley es la del grupo fáctico de empresas, en el cual una de ellas ejerce el poder directivo sobre las restantes.

Los intereses que hay que proteger en esta situación son, por un lado, los intereses de los socios extraños al grupo, y por otro, los intereses de los acreedores sociales.

La asunción de las obligaciones de la sociedad dependiente por la dominante protege, exclusivamente los intereses de los acreedores, siendo necesario establecer una especial protección para los intereses de los socios.

Todos los preceptos de la segunda parte están encaminados a proteger a la sociedad dependiente del posible daño que, en beneficio de la empresa dominante o del grupo pudiera derivarse de su inclusión en el llamado grupo fáctico de empresas.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup>ibidem, p. 919.

<sup>75</sup>ibidem, p. 920.

<sup>76</sup>ibidem, pp. 921 y 922.

En la anterior legislación esta protección se efectuaba mediante la imposición de una responsabilidad objetiva a las personas que ejercieran de hecho un poder de dominación sobre una sociedad por acciones <sup>77</sup>

Esta protección se efectúa ahora mediante el establecimiento de una responsabilidad que, sin abandonar los principios de responsabilidad culposa, permiten a la empresa titular del poder una mayor flexibilidad en el ejercicio del mismo.

En definitiva, para compensar la inexistencia de garantías que necesariamente acompañan a la celebración del contrato de dominación se impone a la empresa dominante una responsabilidad -que todavía ha de considerarse fuerte- y queda sometida a unos especiales deberes de publicidad que afectan al ejercicio de su poder. <sup>78</sup>

La legalización del poder de dominio se realiza mediante la celebración de un contrato entre la empresa dominante y la sociedad dependiente. (...) De acuerdo con la ley, la celebración de los contratos de carácter obligatorio enumerados en el art. 281 no legitima a la empresa dominante para impartir instrucciones a la sociedad a la cual ha concertado un contrato, p. ej., de arrendamiento. Si, no obstante, estos contratos se utilizan para esta finalidad, entran en juego las normas sobre responsabilidad previstas para los grupos fácticos de empresas.

#### 2.16.1 Responsabilidad y poder en los grupos fácticos de empresa:

El art. 300 regula dicho aspecto de los grupos de empresas.

El pensamiento fundamental que inspira la norma citada es que el interés de los socios y acreedores sociales de la sociedad dominada tiene que protegerse dentro del cuadro institucional creado para el desenvolvimiento de la sociedad anónima cuando la celebración de otro contrato especial no ha erigido otras medidas protectoras que permitan prescindir de

---

<sup>77</sup>Ibidem, p. 922

<sup>78</sup>Ibidem, p. 925

aquellas. La sociedad dependiente no puede ser impulsada a tomar medidas que perjudiquen su interés, aunque resulta beneficiado el interés de la empresa dominante, el de alguna de las empresas incluidas en el grupo, o el del grupo en su conjunto.<sup>79</sup>

En el caso de los grupos fácticos de empresas, los beneficios compensadores de los perjuicios, son reconocidos por la propia ley para atenuar la responsabilidad de éstos, pero tienen que ser comprobados, caso por caso, para atribuirles la virtud de compensar los perjuicios aducidos por los socios de la sociedad dependiente.<sup>80</sup>

Para efectos de determinar dicha ventaja o compensación, se debe presentar un informe de dependencia anual.<sup>81</sup>

La delimitación del ámbito del poder directivo que corresponde a la empresa dominante y la previsión, del infirme que contra su utilización son los presupuestos legislativos para el ulterior establecimiento de la responsabilidad en que incurre la empresa dominante, en su caso, los órganos de la sociedad dominada.

El pensamiento rector de las normas de los arts. 306 y 307 es el de impedir que la empresa dominante ejercite un poder directivo sobre las sociedades dependiente tan amplio como hubiera celebrado el contrato de denominación que la legitima para ello.<sup>82</sup>

La empresa dominante es la persona responsable, frente a la sociedad y, en su caso, frente a los socios, cuando se produce el daño en ciertas circunstancias.

Junto a la empresa dominante responden solidariamente sus representantes legales, pues la realización de los fines pretendidos por este grupo de normas hace imprescindible la declaración de responsabilidad de estas personas.

(...) La empresa dominante responde, no solo frente a la sociedad dependiente, sino también frente a los socios de la misma, los cuales poseen una acción propia para obtener el

---

<sup>79</sup>ibidem, p. 927

<sup>80</sup>ibidem.

<sup>81</sup>ibidem, p. 928.

<sup>82</sup>ibidem, p. 929.

resarcimiento de los perjuicios que, directamente, les haya irrogado la medida inspirada por la empresa dominante al margen de los perjuicios que se les halla mediatamente originados como consecuencia del daño recaído directamente en las sociedades. (...) Esta acción de los socios es, ciertamente, una acción distinta de la acción social.<sup>83</sup>

Los presupuestos para el nacimiento de la acción social son:

Exige en primer lugar que la empresa dominante haya ejercido, por cualquier medio su influjo sobre la sociedad dominada, a fin de hacerla tomar una resolución perjudicial para sus intereses. La responsabilidad de la empresa dominante nace aunque su influencia se realice mediante el ejercicio del derecho de voto que, por su participación en la sociedad dependiente, le corresponda en la junta general, o mediante el influjo ejercido sobre personas al servicio de la sociedad que no pertenece al Consejo de Administración.

(...) Además en segundo lugar, que la sociedad influida haya experimentado un daño no compensado con una ventaja.<sup>84</sup>

Se requiere además la concurrencia de un elemento subjetivo, de acuerdo al art. 306 de la ley, al exigir que el deber no nazca si un administrador ordenado y escrupuloso de una sociedad independiente hubiere contraído el negocio jurídico o tomado u omitido de la medida causante.<sup>85</sup>

La renuncia de la acción social de responsabilidad no puede hacerse más que después de transcurrir tres años desde su nacimiento si los accionistas externos asisten a ello mediante un acuerdo especial y una minoría que represente la décima parte del capital participante en el acuerdo no hace constar en el acta su oposición.

Las acciones a las que se ha hecho referencia prescriben a los cinco años.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup>ibidem, pp 929 y 930.

<sup>84</sup>ibidem, p. 930.

<sup>85</sup>ibidem, p. 931.

<sup>86</sup>ibidem.

La legitimación para el ejercicio de la acción social corresponde, en primer lugar, a los órganos sociales de la sociedad perjudicada, pero también están legitimados los socios y los acreedores sociales.

Cualquier accionista puede, en consecuencia hacer valer la acción social de responsabilidad pero el resarcimiento del daño sufrido por aquel solo puede obtenerse mediante una prestación a la sociedad.

Por otro lado, los acreedores sociales pueden ejercitar también la acción social cuando no pueden obtener la reparación de sus perjuicios dirigiéndose a la sociedad.<sup>87</sup>

Si cuando desaparece contractualmente la independencia de la sociedad por acciones, se mantiene, sin embargo, la responsabilidad en ciertos supuestos, de sus propios órganos, con mayor motivo la responsabilidad debe perdurar cuando la sociedad está dominada de hecho por otra empresa.

El hecho decisivo para establecer esta responsabilidad es que no existe un negocio mediante el cual se produzca una mutación en la titularidad del poder directivo de la sociedad, el cual dejará de residir en los órganos sociales para radicar en la empresa dominante.<sup>88</sup>

El art. 307 establece la responsabilidad solidaria de los miembros del órgano administrador y del consejo de vigilancia cuando han incumplido es su actuación como órganos los deberes que su cargo les impone.<sup>89</sup>

La responsabilidad solidaria de los órganos sociales se extiende al resarcimiento de los daños causados inmediatamente a los accionistas con independencia del daño experimentado indirectamente por su condición de socio al perjudicar a la sociedad.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 931 y 932.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 932.

Por otro lado la responsabilidad de que venimos hablando no surge cuando la actuación de los órganos sociales -presuntamente responsables- descansa en un acuerdo legalmente adoptado por la junta general.<sup>90</sup>

El art. 301 introdujo un informe sobre las relaciones de dependencia cuya redacción incumbe al órgano administrativo y sometido después a un control especial, del que se ocupan los artículos 302 y siguientes

La finalidad de esta disposición es la de asegurar la información de las personas interesadas en hacer efectiva la responsabilidad del órgano responsable de la empresa dominante.<sup>91</sup>

Con la nueva institución del informe, al mismo tiempo que se logra este objetivo, pretende el proyecto evitar los inconvenientes que se producirían de utilizar para las finalidades señaladas otros instrumentos de publicidad ya regulados por la ley. Estos serían o el informe anual que acompaña a los documentos contables en la rendición de cuentas o el derecho de información de los accionistas durante la celebración de la junta.<sup>92</sup>

El informe tiene que redactarse dentro de los tres primeros meses del ejercicio anual.

El aspecto más importante que ofrece la regulación de este nuevo informe es el de su contenido alrededor del cual gira después la censura

El informe tiene que relacionar tres grupos de negocios, indicando, al mismo tiempo, las particularidades interesantes para la finalidad perseguida con su implantación. Estos grupos son:

a) Todos los negocios jurídicos que la sociedad haya celebrado con la empresa dominante o con alguna de las empresas incluidas en el grupo. (...)

---

<sup>90</sup>ibidem, p. 932.

<sup>91</sup>ibidem, pp. 932 y 933.

<sup>92</sup>ibidem, p. 933.

b) Los restantes negocios jurídicos que haya celebrado la sociedad dependiente que hayan sido sugeridos por la empresa dominante o que se hayan realizado en interés de ésta o de alguna de las empresas pertenecientes al grupo

c) Por último, con carácter comprensivo, todas las medidas sin carácter negocial que la sociedad dependiente haya realizado u omitido siguiendo las sugerencias de la empresa dominante o en interés de ésta o de alguna de las empresas del grupo.<sup>93</sup>

El informe concluye con una declaración del órgano administrativo que lo ha redactado, en la cual haga constar que la sociedad obtuvo en todos los negocios celebrados una contraprestación adecuada según las circunstancias que conocía en el instante de que se celebraron y que las medidas adoptadas u omitidas no la perjudicaron o, en su caso, que los perjuicios han sido compensados con los beneficios.<sup>94</sup>

El informe redactado por el órgano administrativo de la sociedad dependiente se somete a un control riguroso.

(...) La piedra angular de toda la regulación es la censura del informe especial por los censores de cuentas.<sup>95</sup>

En primer lugar, tienen que comprobar si los datos fácticos contenidos en el informe son exactos.<sup>96</sup>

En segundo término, los censores tendrán que comprobar la adecuación entre prestación y contraprestación de los negocios jurídicos enumerados en el informe.<sup>97</sup>

El resultado de la actividad de los censores se recoge en un informe escrito, que han de firmar y presentar al órgano administrativo.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, pp. 933 y 934.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 934.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 935.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 936.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 937.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 938.

Con carácter necesario, el Consejo de vigilancia interviene, en el control al cual es sometido el informe del órgano administrativo. Pero no de manera exclusiva ni definitiva, ya que el Consejo de vigilancia de la sociedad dependiente estará formando en todo o en parte con personas que gocen de la confianza de la empresa dominante.

El órgano administrativo, una vez que los censores han concluido su tarea, tienen que presentar al Consejo de vigilancia su informe sobre las relaciones de dependencia y el informe que sobre éste han emitido los censores, con las propuestas referentes a la distribución del beneficio social prescritas por el art. 151, que han de presentarse a la junta general (art. 303).

El consejo de vigilancia tiene que examinar el informe sobre las relaciones de dependencia en una sesión en la cual participarán los censores, si así lo exigiera aquel órgano<sup>99</sup>

En su informe a la junta general, el Consejo de vigilancia tiene que informar a ésta del resultado del examen que ha realizado del informe de las relaciones de dependencia.

La iniciativa de los accionistas comienza cuando, por el resultado de las comprobaciones efectuadas por los censores de cuentas o por el Consejo de vigilancia, existen motivos suficientes para sospechar que los intereses de la sociedad han sido perjudicados por la infracción de los deberes que pesan sobre los órganos de gestión, articulándose entonces, a iniciativa de los socios, el derecho a designar un censor especial, así como el derecho al examen y a la comprobación del conjunto de relaciones negociales entre la sociedad y la empresa dominante o una empresa dominada por ésta (art. 304).<sup>100</sup>

#### 2.17 Comentarios a la legislación alemana sobre agrupaciones de empresas:

A través de este resumen sobre la legislación alemana de 1965 sobre los grupos de empresas, hemos podido observar su amplia regulación del fenómeno. Es la primera ley que, de manera detallada, regula la concentración de empresas. Tal vez podrían hacerse algunas críticas, como el de haber limitado su utilización a la sociedad anónima, así como el de preveer

<sup>99</sup>ibidem, p. 939.

<sup>100</sup>ibidem, pp. 939 y 940.

otras formas de agrupación, especialmente de carácter societario, como los grupos de interés económico o las sociedades de sociedades, previstas en otras legislaciones. No podemos abundar en observaciones, dadas las extensiones de este trabajo. En general, podemos afirmar, que ha sido el mejor intento realizado hasta ahora, y que podría servir de base para la legislación mexicana cuando se regule este fenómeno.

Una última crítica viene dada por la escasa utilización que han tenido en la práctica este tipo de contratos en Alemania. Ello parece ser una muestra de que dicha ley fue elaborada al margen de la dinámica real de los grupos de empresas.

### C) LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Los grupos de sociedades en el derecho español no se encuentran tan ampliamente regulados como en derecho alemán, pero prevee la existencia de algunas instituciones novedosas u originales en relación con el derecho germano, y han tenido una mayor utilización en la práctica que en el derecho alemán.

Los primeros intentos para regular el fenómeno de la concentración empresarial en España se da el ámbito del Derecho Fiscal <sup>101</sup>, ya que este se adecúa con mayor rapidez a la realidad económica, por el interés del fisco en obtener tributos y en evitar la evasión fiscal.

A continuación analizaremos las figuras más importantes que prevee la legislación mercantil española, aunque algunas de ellas han sido sustituidas por otras o hayan sido eliminadas:

#### 1. Las sociedades de empresas:

---

<sup>101</sup>GARRIGUES, JOAQUIN, Curso de Derecho Mercantil, op. cit., p. 626.

### 1.1 Concepto

Las sociedades de empresa, según el artículo 2 de la ley de asociaciones y uniones de empresas de 1963, son compañías anónimas constituidas por sociedades o empresarios individuales agrícolas, industriales o mercantiles, que cumpliendo los requisitos que se señalan en el texto legal, y manteniendo su propia personalidad y la libertad de mercado, tienen por objeto uno o varios de los fines siguientes:

- a) Expansión, modernización y racionalización de las instalaciones productivas.
- b) Aportación y adquisición de maquinaria y otros bienes de equipo para su utilización conjunta o particular.
- c) Promoción de ventas de los productos obtenidos, fabricados o comercializados en los mercados nacional o extranjero.
- d) Estudio de nuevas técnicas y de mejora de métodos de producción para su ulterior aplicación.
- e) Cualquier otro objetivo que pueda señalarse posteriormente mediante decreto acordado por el Consejo de Ministros.

### 1.2 Características

Como pueden observarse, las características esenciales de estas sociedades son las siguientes:

- a) Son sociedades anónimas.
- b) Los socios son empresarios sociales o individuales que mantienen su propia personalidad y libertad de mercado y se obligan a mantener la unidad económico-jurídica de sus respectivas empresas (art. 3, 3 e).
- c) Su objeto se refiere o bien a la mejora de los medios de producción o a la promoción de las ventas.

### 1.3 Requisitos

La constitución de las sociedades de empresas debía ser autorizada previamente por el Ministerio de Hacienda, cumpliendo una serie de requisitos establecidos por la ley, siendo fundamentalmente (art. 3):

- a) Los empresarios que se agrupan deben figurar inscritos en el Registro Mercantil y si son empresarios individuales deben completar su inscripción, haciendo constar en ella la cifra de la valoración que a su empresa señalen a efectos de la ley
- b) Los empresarios que se agrupan deben tener diligenciados los libros de contabilidad de conformidad con lo dispuesto en el Código de Comercio.
- c) Ninguno de los empresarios-socios pueden ser titulares de acciones que presenten más de una tercera parte del capital de la sociedad de empresas, ni su participación puede exceder del 30% de su propio capital desembolsado (si es empresario social) o de la cifra de valoración atribuida a su empresa (si es empresario individual).
- d) En la escritura de constitución deben constar una serie de menciones especiales, entre las que destacan: 1/ la cifra de valoración de las empresas individuales; 2/ la obligación de mantener la unidad económico-jurídica de las empresas agrupadas y 3/ la obligación de dar cuenta a la sociedad de empresas de los sucesivos balances debidamente censurados de cada uno de los socios.

### 1.4 Efectos

Las ventajas fundamentales que resultan como consecuencia de la constitución de la sociedad de empresas son de índole fiscal, pero también consisten en la posibilidad que se ofrece a las sociedades de empresas de emitir obligaciones en condiciones especiales (art. 5).

Entre estas condiciones destaca, por contravenir claramente a la esencia misma de la institución de la sociedad anónima, la responsabilidad subsidiaria que se impone a los empresarios-socios <sup>102</sup>

## 2. Los grupos de interés económico

Los grupos de interés económico (en adelante GIE), han sido la institución que sustituyó a la sociedad de empresas. Su importancia radica en que ha sido el instrumento de agrupación de empresas auspiciado por la Comunidad Económica Europea, lo cual lo llevará a ser probablemente la forma jurídica de unión de empresas más utilizada en Europa.

Esta institución cuyo origen se remonta a la ordenanza francesa del 23 de septiembre de 1967, según Guyenot no deja de recordar el "consorzio" italiano, al menos por la definición que da del grupo de interés económico y por solidaridad que instituye entre sus miembros <sup>103</sup> Esta ley lo define como la constitución entre dos o varias personas físicas o morales, por una duración determinada, con miras a poner en funcionamiento todos los medios propios para facilitar o para desarrollar la actividad económica de sus miembros, a mejorar o acrecentar los resultados de esta actividad (art. 1). Se distingue del consorcio en que no está sometido a la vigilancia de la actividad gubernamental. <sup>104</sup>

La finalidad de toda esta legislación no es sino favorecer y crear las condiciones de una distribución de masas, con el fin de poner al alcance de un mayor número de hombres, un mayor número de bienes. <sup>105</sup> Con ello queda claro que no se persigue, por ningún motivo, el objetivo de facilitar los monopolios o de obstaculizar la competencia, para cuya defensa existen los mecanismos adecuados.

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 627 y 628.

<sup>103</sup> GUYENOT, JEAN PIERRE, *Los grupos de interés económico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, p. 21.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>105</sup> GUYENOT, JEAN PIERRE, *Técnica Jurídica de la Organización de las Empresas y de la Concentración del Poder Económico*, La Ley, 11 de diciembre de 1969, Buenos Aires, p. 2.

En España, los GE se denominan agrupaciones de interés económico (en adelante AIE), y son reguladas por la ley del 29 de abril de 1991, y tiene por finalidad crear -siguiendo el modelo comunitario- una figura asociativa que facilite o desarrolle la actividad económica de sus miembros o socios (personas físicas o sociedades), sin sustituirla ni eliminarla, sino fortaleciéndola. Los socios se unen en la agrupación para mejor desarrollo de la propia actividad de cada uno, convirtiendo a aquella en un nuevo instrumento colaborador o auxiliar, sin que posea ánimo de lucro para sí misma (art. 2). Por lo tanto, su actividad económica será siempre auxiliar de la que desarrollen sus miembros (art. 3.1) <sup>106</sup>

La AIE ha tratado de entroncarse, dada su afinidad tipológica, en el marco bien conocido y experimentado de la sociedad colectiva. <sup>107</sup>

Sus rasgos o líneas maestras esenciales son, pues, las siguientes:

- a) Los socios o fundadores son sociedades (o personas físicas) que desempeñan actividades empresariales, agrícolas, artesanales o profesionales (art. 4);
- b) Su objeto es auxiliarles, por medio de la agrupación, para el mejor desarrollo de la actividad empresarial que se mantiene;
- c) Su constitución se verifica mediante una escritura pública otorgada por todos los fundadores, con el contenido que predetermina la ley (art. 8);
- d) La escritura debe inscribirse en el Registro Mercantil, momento a partir del cual adquirirá personalidad jurídica (art. 1);
- e) Poseerá un órgano deliberante o asamblea de socios (arts. 10 y 11) y unos administradores con facultades de dirección, representación y responsabilidad (art. 12 al 14);
- f) La disolución, transformación, fusión y distribución de los beneficios entre los socios está perfectamente regulada por la ley (arts. 18 a 21);

<sup>106</sup>BROSETA PONT, MANUEL, Manual de Derecho Mercantil, op. cit., p. 376.

<sup>107</sup>FABRA VALLE, GERMAN Y CASTILLO SEVILLA, FELIPE, Formularios de las sociedades mercantiles y agrupaciones de interés económico, Neo Ediciones, Madrid, 1992, p. 299.

g) La agrupación no posee finalidad lucrativa, por lo que los beneficios y las pérdidas, si los hubiere, serán distribuidos a los socios (igual que las pérdidas) y, si aquella quiebra, no se transmitirá a sus socios

Finalmente la ley establece un régimen fiscal especial para la agrupación, que es el motor o incentivo esencial para su constitución, con beneficios que alcanza al impuesto sobre sociedades, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y tráfico de empresas.

Es curioso resaltar el hecho ya señalado de que el régimen jurídico supletoriamente aplicable a estas agrupaciones, es el de la sociedad colectiva (art. 1) y no el de la sociedad anónima.<sup>108</sup>

Mencionada la importancia de este instrumento jurídico en el futuro, podemos señalar como uno de sus principales aciertos, es el de que su utilización no está limitada a las sociedades por acciones, como es el caso del derecho alemán, de agrupaciones de empresas. Otro acierto es el carácter "intuitu personae" con el que está regulado, cuestión importante dado el objeto social de estas empresas

Una cuestión que podría criticarse por algunos, es la responsabilidad solidaria de sus miembros. Sin embargo, si tomamos en consideración el hecho del que el punto débil de los grupos de empresas, es la responsabilidad de las deudas de la agrupación; que en ocasiones, los grupos se constituyen con el objeto de evadir la responsabilidad frente a terceros; la importancia de obtener seguridad en el tráfico jurídico internacional, a través de una regulación adecuada de la responsabilidad social, así como estas sociedades pueden constituirse con un capital social mínimo, la responsabilidad solidaria de sus miembros aparece como el único modo de lograr tales objetivos.

### 3. Uniones temporales de empresas

---

<sup>108</sup>BROSETA PONT, MANUEL, Manual..., op. cit., p. 376

Las define la ley 18/1982, del 26 de mayo, sobre Uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional. algunos de cuyos artículos (los relativos a las agrupaciones de empresas y a las cesiones de unidades de obra), han sido derogados por la citada ley de Agrupaciones de Interés Económico del 29 de abril de 1991

Se trata de una relación contractual estipulada en escritura pública, sin personalidad jurídica, cuya finalidad es la colaboración entre empresas (sociedades o no) para hacer posible la ejecución de una obra, servicio o suministro, que aisladamente cada una de ellas no podría desarrollar o desarrollaría en peores condiciones, durante el tiempo preciso y determinando en la escritura que no podrá exceder de 10 años. Es, pues, una unión para fortalecer, asegurar o hacer posible una actividad o empresa concreta, muy frecuente en el sector de las obras públicas. La unión así creada poseerá un gerente único, con poderes suficientes de cada miembro, que se obliga a aportar o a realizar la parte asignada en la escritura de formalización de la unión temporal. La responsabilidad frente a terceros de los miembros de ésta será solidaria e ilimitada.

#### 4. Sociedades de garantía recíproca

Previstas y reguladas por el R.D. 1985, del 26 de julio de 1978, son constituidas por empresas, a fin de que la sociedad resultante pueda prestar en su beneficio garantías por aval o por cualquier otro medio admitido en Derecho. Se trata, pues, de una unión o grupo de empresarios mercantiles que constituyen una sociedad -u órgano central- de todas ellas, para conseguir los fines y mediante el régimen jurídico previsto en la ley.<sup>109</sup>

#### 5. Cesión de unidades de obra

---

<sup>109</sup>ibidem, pp. 376 y 377

Aunque, como ya se menciono, dicha figura ha sido derogada, con este nombre se designa la figura jurídica del subcontrato de arrendamiento de obra, es decir, el supuesto en que la persona que se ha obligado a la ejecución de la obra, realiza a su vez un contrato con un tercero, en virtud del cual, el tercero se obliga a ejecutar parte de aquella obra.

También para este caso disponía la ley la concesión de ventajas de naturaleza fiscal <sup>110</sup>

---

<sup>110</sup>GARRIGUES, JOAQUIN, *Curso ...*, op. cit., p 628 y 629

## CAPITULO VII

### LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO MEXICANO

Analizados en sus trazos más generales los grupos de sociedades en el derecho comparado en el pasado capítulo, sólo nos falta analizar las normas mexicanas relativas al tema. No abordaremos las normas que regulan los grupos de sociedades en el derecho fiscal, ya que nuestro propósito ha sido analizar los grupos de empresas en su aspecto mercantil.

Podríamos hacer los comentarios siguientes:

Esta legislación se caracteriza, a nuestro juicio, por las siguientes particularidades:

1. Es de carácter coyuntural, es decir, es una legislación dictada para corregir una situación determinada y transitoria que se pretende corregir.
2. Es una legislación fragmentaria, cosa, por desgracia, muy frecuente en nuestro país: se regula bajo un aspecto simplista su situación determinada y a medida que el tiempo, no mucho tiempo, demuestra el número e importancia de aspectos y situaciones que quedan fuera de la regulación se va completando ésta con multitud de Leyes, Decretos, Ordenes y hasta circulares que hacen, no ya para el profano, sino incluso para el especialista, que sea un verdadero tormento el encontrar la regulación completa del problema planteado.

Aunque en México no toma carices dramáticos, si no se efectúa una regulación unitaria del fenómeno, la legislación sobre la misma será difusa y dispersa, situación que parece no querer corregir el legislador, lo cual se manifiesta en la expedición de la ley de agrupaciones

financieras, al haber preferido expedir esta antes que en incluir el fenómeno en la ley de sociedades mercantiles.

3. Es en su mayor parte una legislación de carácter fiscal.

Como ya se deja entrever con estos comentarios, somos partidarios de la necesidad de una incorporación en la legislación mercantil de los grupos de empresas. Lo anterior es especialmente importante dada la globalización de la economía mexicana tras la firma del Tratado de Libre Comercio.

#### A ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y ADMINISTRATIVOS

La primera disposición legal que habla de los grupos de sociedades es el "Decreto que concede estímulos a las Sociedades y Unidades Económicas que fomentan el Desarrollo Industrial y Turístico del País" (Decreto de Unidades de Fomento), publicado en el Diario Oficial de la Federación del 20 de junio de 1973.

Este Decreto forma parte de la política de fomento de grupos financiera y administrativamente poderosos, que promuevan la creación de fuentes de trabajo, de empresas industriales y de turismo, desarrollo de tecnología nacional, orientación de inversiones en zonas de menor desarrollo económico relativo, industrialización de recursos naturales y mexicanización de la industria, todo ello según la exposición de motivos de dicho Decreto.

El artículo 1º del Decreto, señala que las sociedades de fomento, además del logro de los fines mencionados, deben demostrar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que

el conjunto de sociedades que la forman, han incrementado sus ventas y servicios en el porcentaje establecido por el propio Decreto.

La promoción de estos objetivos, se hacían a través de incentivos fiscales a quienes se ajustaban a las disposiciones del Decreto, consistentes en exención del pago del impuesto sobre la renta en los casos detalladamente establecidos en el referido Decreto.

Además, con la integración del grupo, se obtenía una singular disminución del impuesto sobre la renta, al evitarse el efecto de cascada del impuesto sobre resultados de cada empresa del grupo.

No obstante lo atractivo de tales beneficios, los requisitos que se establecieron eran tan minuciosos, que sólo los consorcios empresariales poderosos tuvieron acceso a ellos.

Desafortunadamente, muchas de las sociedades que se acogieron a las disposiciones de este Decreto, cometieron una serie de abusos a su amparo, principalmente en el sentido de no dar cumplimiento a las finalidades perseguidas en él, dedicándose sólo a comprar empresas ya establecidas, en lugar de crear nuevas negociaciones, lo cual sin duda motivó que perdiera utilidad para el país la existencia de estas sociedades, y así se reconoce en la exposición de motivos de la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio de 1982, que dejó sin efecto al ordenamiento que nos ocupa.

El Decreto antes citado resulta ser el antecedente directo del actual Capítulo Cuarto del Título Segundo de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que contiene un procedimiento específico para este tipo de empresas, que les permite en forma optativa consolidar resultados de las diversas empresas que integren un grupo económico.

Como contrapartida, en este capítulo se hizo necesario orientar la fiscalización hacia las operaciones del grupo, para evitar manipulaciones entre las empresas que lo integran, trasladando sus utilidades o pérdidas.

Como se dijo con anterioridad, el sistema previsto en esta Ley es optativo pero global, ya que se exige la incorporación de todas las sociedades del grupo. Esta incorporación es en el sentido de proporcionar información financiera de cada una de ellas y resumirla en el estado financiero consolidado de la Sociedad Controladora, sin que esto implique la obligación de rendir, junto con el consolidado, el estado financiero de cada una de las consolidadas.

Se incluyeron en la Ley las reglas para catalogar a una empresa como "controladora" a través de lo que llamamos control directo, indirecto y efectivo, entendiéndose que existe el primero cuando la sociedad mercantil controladora detenta más del 50% de las acciones con derecho a voto de otras sociedades, existe el segundo, cuando dicha tenencia se adquiera por conducto de otras sociedades que a su vez sean controladas por aquella, y se entiende por control efectivo, cuando las actividades mercantiles de una sociedad residente en el país se llevan a cabo preponderantemente con las sociedades controladas o cuando estas sociedades tengan junto con otras personas físicas o morales vinculadas con ellas, una participación en el capital de otra sociedad, superior al 50% o, cuando detentan inversión en una sociedad, de tal magnitud, que de hecho y de derecho les permita ejercer una influencia marcada en las operaciones de esta empresa.

La resolución general número 13 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras aprobada en la sesión del 23 de junio de 1977, era otra de las raras disposiciones que reconoce la existencia de los grupos empresariales, para el caso de autorizar la transmisión de acciones o de activos entre inversionistas extranjeros pertenecientes a un "mismo grupo de interés", regulando, entre otras, aquella que se realiza entre una sociedad extranjera a otra en el caso de que ésta última sea la propietaria de aquella o viceversa o cuando ambas, transmisora o adquirente, sean propiedad de una tercera sociedad extranjera.

Sin embargo, ninguna ley mercantil mexicana se refiere siquiera al concepto de Sociedad Controladora o expresión equivalente (salvo la ley de agrupaciones financieras),

como si hizo para otro tipo especial de sociedad, la Sociedad de Inversión, regulada expresamente por la ley del 31 de diciembre de 1955.

Precisamente esta falta de regulación legal hizo que la Comisión Nacional de Valores, en uso de la facultad que le confiere la Ley del Mercado de Valores y mediante disposiciones de carácter general, intentó colmar esta laguna, estableciendo las Circulares 11-2 y 11-4 (que se referían a la información que están obligadas a proporcionar las sociedades cuyos valores se encuentran inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios), que es obligación de las Sociedades Controladoras, incluir dentro de la información anual, los estados financieros consolidados y sin consolidar así como hoja de consolidación del balance general y del estado de resultados.<sup>1</sup>

Estas circulares, pese a sus aciertos, no dejan de ser imperfectas, al no obligar, por no estar sus preceptos contenidos en una ley, como señala León León<sup>2</sup>, por lo que a continuación señalaremos los artículos principales de las leyes de nuestro país, que al menos indirecta o tangencialmente, hacen alusión al tema; y que sí obligan

## B. DERECHO ACTUAL SOBRE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

### I. La Constitución

El artículo 9 de la Constitución permite la libertad de asociación, por lo que es el fundamento último de la licitud de los grupos de sociedades.

El artículo 28 constitucional, relativo a la formación de monopolios, y sus normas reglamentarias, son en principio aplicables a agrupaciones de empresas, en cuanto ellas conduzcan a efectos no admisibles según estas disposiciones. Sin embargo, éstas no contienen

<sup>1</sup>LEON LEON, RODOLFO, op. cit. p. 30 a 34.

<sup>2</sup>Ibidem, p. 38

normas que especialmente se refieran a la agrupación de empresas o a la fusión de sociedades como fenómenos expresa y especialmente regulados. Resulta de lo anterior que la agrupación de empresas está sometida al artículo 28 constitucional en forma general y equiparable a cualesquiera a otras actividades empresariales.<sup>3</sup>

## 2. La Ley General de Sociedades Mercantiles

En este caso, baremos referencia a artículos que hablen sobre los grupos de sociedades, así como los artículos de la propia ley que plantean dificultades en su aplicación por no haber una regulación del fenómeno en la misma.

a) El artículo 134 de la LGSM establece "se prohíbe a las sociedades anónimas adquirir sus propias acciones, salvo por adjudicación judicial, en pago de créditos de la sociedad". El motivo de tal prohibición se manifiesta claramente en los casos de acciones pagaderas. Si la sociedad anónima adquiere sus propias acciones no liberadas, esto acarreará el efecto negativo de que el capital social no se integre por falta de aportaciones, ya que la sociedad anónima, como poseedora de estas acciones, no es equiparable con un accionista, que está obligado a cumplir con la exhibición de las restantes aportaciones (dividendo pasivo). En esta forma observamos que la adquisición de acciones propias no liberadas, puede conducir a la muerte económica de una S.A.

Supongamos ahora que una sociedad filial, que es económicamente parte de la sociedad matriz de su grupo, adquiere acciones liberadas de su sociedad matriz. Si la sociedad filial efectúa las aportaciones restantes de la prestación, desvirtúa entonces el patrimonio de la sociedad matriz, a causa de la vinculación económica existente entre las dos sociedades.

---

<sup>3</sup>FRISCH PHILIPP, WALTER, *Grupos de Sociedades*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 3, México, 1986, p. 1069 y 1070.

En virtud de que nuestra legislación nada prevé al respecto, la sociedad filial, puede adquirir las acciones de su sociedad matriz, dándose en esta forma efectos económicos similares a los expresamente prohibidos en el artículo 134 de la LGSM.<sup>4</sup>

b) El artículo 165, fracción III de la LGSM, pretende garantizar una independencia de los comisarios respecto de los administradores, dentro del funcionamiento de las sociedades, estableciendo que ciertos parientes consanguíneos de los administradores, no pueden ser comisarios<sup>5</sup>, resultando de esto según Frisch que también está prohibida, por mayoría de razón, una identidad entre la titularidad de los cargos de administrados y comisario.<sup>6</sup> Sin embargo, consideramos que, pese a que pueda haber una justificación en hacer extensiva tal prohibición a los administradores, las prohibiciones se deben interpretar siempre de manera restrictiva, de acuerdo al art. 16 constitucional (que exige que la autoridad motive y funde sus resoluciones en una ley, y en este caso, no existe tal ley para fundamentar la prohibición) y a los principios generales del derecho.

El artículo 165 fracción III de la LGSM, permite que la persona que tenga el cargo de comisario de la sociedad matriz, sea a la vez administrador de la sociedad filial. Si se hace uso de esta posibilidad legal, la finalidad jurídica citada será totalmente entorpecida, ya que la persona en cuestión, debe vigilar, por una parte, en la sociedad matriz, las actividades del administrador, y, por la otra parte, se encuentra sometida a las instrucciones del mismo administrador, por lo que su segundo cargo como administrador de la sociedad filial corresponde. El resultado práctico de dicha situación podría ser un desempeño, que pueda llegar a implicar situaciones negativas del cargo como comisario de la sociedad matriz, o bien del cargo del administrador en la sociedad filial.<sup>7</sup>

<sup>4</sup>ibidem, p. 1067.

<sup>5</sup>ibidem.

<sup>6</sup>ibidem.

<sup>7</sup>ibidem, p. 1067 y 1068.

c) Por lo que se refiere al funcionamiento mismo de la agrupación de empresas, por ejemplo, la celebración y el funcionamiento de contratos sobre el control de empresas o la transmisión de ganancias (..), se deberá tomar en cuenta la protección de los socios minoritarios opuestos a la subordinación de su sociedad a otra ligada a los intereses de los socios mayoritarios de la primera. El objeto de los últimos socios requiere, en varias ocasiones, un sacrificio de la primera sociedad en favor de la segunda. Las disposiciones tradicionales sobre la anulación de las de las resoluciones de asambleas de accionistas no prevé nada al respecto para proteger la situación de la minoría vencida de los accionistas. Esto nos muestra, por ejemplo, el artículo 201 de la LGSM, el cual se contenta con la legalidad de la resolución para dejarla subsistente sin que se tomen en cuenta como causal de anulación los aspectos económicos antes mencionados como producto negativo a la agrupación de empresas, es decir, el perjuicio de los accionistas minoritarios causado por los votos de accionistas mayoritarios interesados en medidas opuestas a la propia sociedad.<sup>8</sup>

d) El artículo 165 fracción II de la LGSM, en su texto reformado (Diario Oficial del 23 de enero de 1981), contiene una disposición sobre agrupación de empresas, que se refiere al ámbito corporativo-interno de sociedades reunidas en tal forma. El precepto comentado contiene una prohibición según la cual "empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de un 50%, no podrán ser comisarios de dicha sociedad. Empleados de sociedades matrices están excluidos, si la matriz participa con una cuota mayor del 25% en el capital social de la sociedad en cuestión.

Por medio de la reforma aludida, obtuvo el legislador un progreso considerable en cuanto a la ampliación de su meta básica consistente en que empleados de la sociedad no deban

---

<sup>8</sup>ibidem, p. 1068

ser sus propios vigilantes en forma de comisarios. Con anterioridad a la reforma, esta incompatibilidad se refirió solamente a los "empleados de la sociedad" misma y no se tomaron en consideración los efectos y perspectivas económicas resultantes del entrelazamiento entre sociedades matrices y filiales del cual resulta que ni los empleados de sociedades matrices ni aquellos de sociedades filiales de la sociedad en cuestión, son aptos para vigilar la administración de dicha sociedad. Claro está que este entrelazamiento económico solamente se presenta si la participación de la matriz o, en su caso, en la filial, existe con porcentaje considerable de modo que el legislador fija justificadamente como requisito dicho porcentaje. Sin embargo, creemos que la cuantificación de este porcentaje prevista en la ley con más del 25% en relación con la matriz y con más del 50% en relación a la filial, no es correcta y debería haberse hecho en forma inversa, por el siguiente motivo: la tarea de vigilancia atribuida al comisario es en mayor grado incompatible para empleados de la filial que para aquellos de la matriz si se toma en consideración que en la jerarquía de tales sociedades, la filial está subordinada a la sociedad en cuestión, de modo que empleados de la filial y la acentuación de la prohibición debía haberse expresado a través de un porcentaje menor de participación de la sociedad en cuestión en el capital de la filial, porcentaje éste a partir del cual ya entraría en función la incompatibilidad entre empleado y comisario. En lugar de esto, el legislador se dirige en primer lugar contra los empleados de las matrices y en segundo lugar contra aquellos de la filial, debido a que, por una parte, ya incluye participación de más del 50% por parte de la sociedad en cuestión; por la otra, el legislador toma, a través de la reforma mencionada, solamente en cuenta causales de incompatibilidad resultantes del carácter de empleado y no incluye en su pensamiento otras causales que se infieren de la relación de control de sociedades o de la sumisión al mismo, respectivamente.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup>ibidem, p. 1070 y 1071

### 3 Ley Federal de Instituciones de Fianzas

En el artículo 83 fracción IV, se encuentra una disposición de incompatibilidad relativa a los comisarios de sociedades anónimas como instituciones de fianzas que tengan la forma de sociedades anónimas, según la cual ciertos órganos y funcionarios de otras sociedades que controlan a la afianzadora en cuestión o que sean controladas por los accionistas mayoritarios de esta última, están excluidos del cargo de comisario. Esta norma pertenece al sector de la agrupación de empresas y se refiere a la esfera interna o corporativa de la afianzadora.

### 4 Ley del Impuesto Sobre la Renta

Aunque ya hicimos referencia a ella al hablar de los antecedentes legislativos de la regulación mercantil de los grupos de empresas, y nuestro propósito no es analizar disposiciones fiscales sino mercantiles, solamente diremos que en los artículos 57 A y siguientes se reglamentan la consolidación del resultado fiscal de sociedades controladoras y controladas, y que en el artículo 57 C se define el concepto de control efectivo, concepto que Frisch considera como de entrada en un campo legislativo moderno.<sup>10</sup>

### 5. La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles

Esta Convención, cuyo instrumento de ratificación mexicano fue depositado el día 9 de marzo de 1983, tiene por finalidad resolver los conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles.

El artículo 2 de la Convención establece que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución,

---

<sup>10</sup>ibidem, p. 1073 y 1074

entendiendo por ésta la del Estado donde se cumplan los requisitos de fondo y forma requeridos para la creación de dichas sociedades.

Este artículo, que atribuye, en principio la legislación aplicable a una sociedad, de acuerdo al lugar de constitución de ésta, ha sido criticado por el citado Frisch<sup>11</sup>, al considerar que este criterio no entra al núcleo específico de las sociedades, por lo que recomienda se utilicen los conceptos de domicilio o el de incorporación.

Por su parte, Arellano García considera que son insuficientes los criterios de Frisch, por lo que propone una combinación del domicilio, del lugar de constitución, de la nacionalidad de los socios y del control de la empresa.<sup>12</sup>

Sin embargo, del artículo 3º de la Convención se deduce en su tercer párrafo, que no es aplicable un sólo derecho a este estatuto, debido a la disposición de que "en ningún caso la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último".<sup>13</sup>

El artículo 4º establece que para el ejercicio directo e indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren, y que la misma ley se aplicará al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado.

El artículo 6º dice que para el ejercicio de dichos actos, las sociedades mercantiles constituidas en un Estado, quedarán sujetos a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren.

---

<sup>11</sup>FRISCH PHILLIPP, WALTER, *La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles*, Estudios Jurídicos en honor a Roberto Mantilla Molina, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 308.

<sup>12</sup>ARELLANO GARCIA, CARLOS, *Derecho internacional privado*, Editorial Porrúa, México, 1992, 10a edición, p. 337.

<sup>13</sup>FRISCH PHILIPP, WALTER, *La Convención...*, op. cit., p. 303.

Por acto de control, entendemos no sólo la instrucción que se dirija por la controladora a la controlada, sino también el cumplimiento o realización de la instrucción correspondiente por la última, como opina Frisch<sup>14</sup>. Es más, consideramos que la Convención se refiere más específicamente a este acto y no a la instrucción propiamente, lo cual se deduce de la inclusión de que el acto debe formar parte del objeto social, para que se determine la ley aplicable.

Si una sociedad controlada celebra por propia cuenta y a propio nombre con base en una instrucción interna recibida por su controladora una compraventa como vendedora, sin que dicha controladora aparezca en forma alguna, aquella no entra en relaciones jurídicas con la compradora en el caso de que la ley sustantiva aplicable según dicha sujeción territorial se limite a la legislación exclusiva de la vendedora mencionada sin que prevea respecto a la controladora entrada o adhesión alguna en la relación contractual aludida.

Esta sumisión requiere, según la opinión del multicitado Frisch, que una de tales sociedades matrices o controladora haya ordenado o autorizado en forma general o especial, expresa o implícitamente la actuación por su filial o controlada.<sup>15</sup>

Creemos que debe haber habido una autorización específica, porque, de otro modo, se podría utilizar este artículo para hacer responsables a ciertas sociedades por los hechos de otras, en perjuicio de su independencia jurídica y de la seguridad del tráfico jurídico. Por otro lado, la Convención no señala que se entienda por control, lo cual plantea la determinación previa del concepto para encontrar la ley aplicable.

Por lo anterior, consideramos que dichos preceptos requieren de una mejor y más extensa reglamentación.

## 6. La nueva Ley Federal de Competencia Económica:

---

<sup>14</sup>FRISCH PHILIPP, WALTER, *La agrupación de empresas y su derecho internacional privado*, JUS, Centro Editorial Universitario, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Cd Juárez, Chih., 1985, vol. 2, parte I, p. 148.

<sup>15</sup>*Ibidem*, p. 149.

Aunque ya lo mencionamos al inicio de este capítulo, la regulación de la competencia económica es un campo distinto al de la agrupación de empresas, ésta será objeto de regulación cuando perturbe a aquella. Las agrupaciones de empresas no tienden de por sí a fines monopólicos o contrarios a la competencia, aunque pueden dar lugar a ellas con mayor facilidad que en sociedades únicas.

Por lo anterior, haremos referencia a los aspectos de la ley que tienen más que ver directamente con los grupos de empresas. Nos estamos refiriendo a las concentraciones, tema incluido en la ley, y que resulta novedoso, que se definen en el art. 16 de la Ley Federal de Competencia Económica como:

"La fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se encuentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos"

El tema de las concentraciones no fue considerado por el legislador de la Ley Orgánica del art. 28, en virtud de que estrictamente se trata de un tema que no está incluido directamente en el texto del art. 28 constitucional. Sin embargo, nos parece evidente que una correcta interpretación del espíritu del precepto constitucional en cuestión no podía pasar por alto la existencia de un fenómeno tan importante y que eventualmente puede influir enormemente en la economía nacional, como es el de las concentraciones. Indudablemente en este aspecto, el legislador dió un paso importante ya que resultaba impustergable.

Para que las concentraciones puedan ser objeto de impugnación y sanción por parte de la autoridad administrativa (la Comisión), se requiere que su objeto o efecto sea "disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados."

No toda concentración, por lo tanto, puede considerarse como violatoria de la ley y acreedora de las sanciones que la misma le previene. Algunos indicios, sin embargo deben guiar

el criterio de las autoridades para justificar que se lleve a cabo una investigación sobre la existencia de las concentraciones y, eventualmente, violaciones a la ley. Estos son los criterios establecidos por el artículo 17 de la ley, que establece:

"I. Que el acto o tentativa de concentración confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de poder fijar los precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

II. Que el acto o tentativa de concentración tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado relevante.

III. Que el acto o tentativa de concentración tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de la ley."

En materia de concentraciones, la autoridad administrativa (la Comisión) queda facultada para sujetar la realización del acto de concentración al cumplimiento de las condiciones que la propia Comisión establezca y ordenar la desconcentración total o parcial, así como la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.<sup>16</sup>

#### 7. La Ley para regular las agrupaciones financieras:

Esta ley se publicó en el Diario Oficial el 18 de julio de 1990. Es la primera ley en México que regula los grupos de empresas de manera unitaria. Aunque se limita a las empresas de tipo financiero, no por ello deja de ser un avance loable de nuestro legislador.

<sup>16</sup>PATIÑO MANFFER, RUPERTO, Breves comentarios de la Ley Federal de Competencia Económica, Revista Ars Iuris, número 10, México, 1993, pp. 300 y 301.

La realidad relativa a la globalización de los servicios financieros y a la prestación integral de los mismos, es posiblemente lo que impulsó a promover la iniciativa de ley para regular las agrupaciones financieras.<sup>17</sup>

El propósito de la ley para regular las agrupaciones financieras (en adelante LRAF), es, según el art 1o: a/ Regular las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros; b/ Establecer los términos bajo los cuales habrán de operar y c/ Establecer los términos de "protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos".

De la variedad del fenómeno corporativo de la concentración y de la unión de empresas, la LRAF sólo prevé una, consistente en la supervivencia de todas las sociedades integrantes del grupo y la creación de una sociedad que las controle (Holding), además, los grupos de control sobre las empresas financieras participantes se dividen a dos, que son los más obvios y que deben funcionar conjuntamente: la titularidad del 51% cuando menos de las acciones con derecho a voto (de aquí que dichas sociedades controladoras siempre sean sociedades por acciones), y la posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración de cada sociedad integrante del grupo (art. 15). Se destacan otras formas de control como el que pudiera resultar de convenios entre la controladora y alguna o algunas sociedades integrantes; y tampoco es necesario para su validez que los acuerdos de las asambleas o de los consejos de administración siempre sean mayoritarios -aunque sí suelen serlo- En ellas, la controladora puede abstenerse de votar, total o parcialmente, o puede no concurrir a la junta respectiva.<sup>18</sup>

### 7.1 Los grupos financieros

<sup>17</sup>ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Derecho Bancario*, Editorial Porrúa, 4a edición, México, 1991, p. 325.

<sup>18</sup>BARRERA GRAF, JORGE, *Ley para regular las agrupaciones financieras: Análisis y breves comentarios*, *Revista de Derecho Privado*, Año 2, número 4, enero-abril 1991, p. 187.

Los grupos financieros solo pueden ser los que se integren con algunas de las entidades financieras que señala el art. 7 y una sociedad controladora. Las entidades financieras son: almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, sociedades financieras de objeto limitado, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, así como por sociedades operadoras de sociedades de inversión.

El grupo financiero podrá formarse por cuando menos dos tipos diferentes de las entidades financieras siguientes: instituciones de banca múltiple, casas de bolsa e instituciones de seguros. En los casos en que el grupo no incluya a dos de las mencionadas entidades deberá contar por lo menos con tres tipos diferentes de entidades financieras de las citadas en el párrafo anterior, que no sean sociedades operadoras de sociedades de inversión.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (en adelante SHCP), mediante disposiciones de carácter general, podrá autorizar que otras sociedades puedan formar parte de estos grupos (art. 7).

#### 7.2 Incorporación de una nueva sociedad a un grupo ya constituido

El art. 10 se refiere a tres supuestos de incorporación a grupos previamente constituidos:

- a/ Que se trate de una sociedad distinta del grupo, que desee formar parte de él;
- b/ Que se fusionen dos o más grupos, y que del fusionante vaya a formar parte una sociedad fusionada que no integraba aquel grupo fusionante;
- c/ Fusión de dos o más entidades participantes en un mismo grupo. Este último supuesto sólo daría lugar a la incorporación de una sociedad, cuando en virtud de la fusión desaparecieron todas las fusionadas y se creara una nueva sociedad fusionante (fusión por creación).

El procedimiento que debe seguirse, es con autorización en todo caso de SHCP oyendo la opinión del Banco de México y, según corresponda, de las Comisiones nacionales especiales correspondientes, y se precisa en las fracciones I a VI del mismo art. 10.

#### 7.3 Facultades de las entidades financieras que formen parte de un grupo

Las enumera el art. 8, que se refiere a actividades y funciones propias de cada una de las sociedades agrupadas en cuanto miembros de la respectiva agrupación. Ellas son:

a/ "Actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios y ostentarse como integrantes del grupo" (fr. I).

b/ "Usar denominaciones iguales o semejantes que las identifique frente al público como integrantes de un mismo grupo", o bien conservar su denominación original y en tal caso añadirle a ella las palabras Grupo Financiero y la denominación de éste;

c/ Llevar a cabo las operaciones que le son propias a través de "sucursales y oficinas de atención al público de otras entidades financieras integrantes del grupo financiero de conformidad con las reglas generales que dicte la SHCP" (fr. III).

En ningún caso, -agrega la norma-, podrán realizar operaciones de las entidades financieras, integrantes del grupo a través de las oficinas de la controladora.<sup>19</sup>

#### 7.4 Prohibiciones y limitaciones de adquisición de acciones entre las entidades financieras integrantes de un Grupo.

Señala el art. 31 que las entidades financieras integrantes de un grupo sólo podrán adquirir acciones representativas del capital de otras entidades financieras de conformidad con las disposiciones aplicables, y sin exceder del uno por ciento del capital pagado de la emisora; en ningún caso participarán en el capital de los otros integrantes del grupo. Asimismo, los

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 189

integrantes del grupo podrán invertir en títulos representativos del capital social de entidades financieras del exterior, previa autorización de la SHCP

No obstante lo anterior, permite que las instituciones de seguros y fianzas participen en el capital de otras instituciones

Los integrantes de un grupo tampoco deberán participar en el capital de las personas morales que, a su vez, sean accionistas de la controladora o de las demás participantes del grupo.

#### 7.5 De la sociedad controladora Acciones que emita

La sociedad controladora debe ser una sociedad por acciones, y más precisamente una S.A., no una sociedad en comandita por acciones, que a pesar de estar reglamentada en la LGSM, no se practica en México, aunque no hay impedimento legal para que se utilice.<sup>20</sup>

En segundo lugar, todas las acciones que emita, independientemente de la persona o institución que las suscriba, "en todo el tiempo deberán mantenerse en depósito en la Indeval", el que "en ningún momento se encontrará obligada a entregarla a sus titulares", o sea que, ¿Se trata de un depósito obligatorio que puede resultar permanente a juicio y elección de la depositaria? Los titulares de dichas acciones depositadas de la sociedad controladora, sólo podrán ejercitar sus derechos de accionistas en ella, a través de la Indeval y de acuerdo con las normas que las rigen que indica la LMV, lo que en caso de ser así, constituye una grave escollo para constituir y funcionar estas sociedades controladoras.<sup>21</sup>

El capital social de las sociedades controladoras estará formado por una parte ordinaria y podrá también estar integrado por una parte adicional. El capital social ordinario de las sociedades controladoras se integrará por acciones de la serie "A", que representarán el 51% del capital ordinario de la sociedad.

---

<sup>20</sup>Ibidem, p. 190.

<sup>21</sup>Ibidem.

Asimismo, el 49% de la parte ordinaria del capital social, podrá integrarse indistinta o conjuntamente por acciones serie "A", "B" y "C", la serie "C" sólo podrá emitirse hasta por el 30% de dicho capital ordinario.

En su caso, el capital social adicional estará representado por acciones serie "L", que podrán emitirse hasta por un monto equivalente al 30% del capital social ordinario de la sociedad, previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (en adelante CNBV) (art. 18).

El régimen de estas tres clases de series es el siguiente.

- a) Las acciones de la serie "A" sólo podrán adquirirse por las personas físicas mexicanas y sociedades de inversión comunes exclusivas para esas personas; por el Fondo Bancario de Protección al Ahorro, así como por el Fondo de Protección y Garantía a que se refiere la LMV.
- b) Las acciones de la serie "B" sólo podrán adquirirse por las personas señaladas en el párrafo anterior, por personas morales mexicanas cuyos estatutos contengan cláusula de exclusión directa e indirecta de extranjeros, así como por inversionistas institucionales de los mencionados en el art. 19 de la ley
- c) Las acciones de las series "C" y "L" podrán adquirirse por las personas a que se refiere el párrafo anterior; por las demás personas mexicanas, así como por personas físicas o morales extranjeras (art. 18).

El art. 18 bis establece que las acciones serán de igual valor; dentro de cada serie, conferirán a sus tenedores los mismos derechos, y deberán pagarse íntegramente en efectivo en el acto de ser suscritas. Asimismo, prevee la posibilidad de emitir acciones serie "L", que en términos generales son similares a las acciones preferentes de voto limitado de la LGSM.

Por inversionistas institucionales entiende la ley: a/ instituciones de seguros y fianzas, pero sólo cuando paguen dichas acciones serie B invirtiendo sus reservas técnicas y para

fluctuaciones de valores; b/ "los fondos de pensiones o jubilaciones de personas (que sean) complementarias a las que establece la Ley del Seguro Social; c/ las primas de antigüedad, que cumplan los requisitos señalados por la LISR y de las demás que la SHCP autorice expresamente oyendo la opinión de la CNBV"

Sin embargo, tratándose de estos inversionistas institucionales, cuando ellos sean "integrantes o controlados directa o indirectamente por participantes de un grupo (además del control que sobre ellos tenga la sociedad controladora) no podrán adquirir acciones representativas del capital social de la controladora o de las demás integrantes del grupo". Es decir, en este supuesto de un doble control de los integrantes de un grupo, se prohíbe las inversiones recíprocas, o sea de la sociedad controladora, hasta el 51%, y de otra u otras sociedades integrantes del mismo grupo.<sup>22</sup>

7.6 Límites a la tenencia de acciones de un grupo financiero y efectividad del control sobre estos límites:

El art. 20 estatuye que ninguna persona física o moral podrá adquirir directa o indirectamente, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, el control de más del 5% del capital social de una sociedad controladora. La SHCP podrá autorizar, cuando a su juicio así se justifique, un porcentaje mayor, sin exceder en caso alguno del 10%. Se exceptúan a los inversionistas institucionales en ciertos casos (f.I), a los fondos de protección al ahorro y el de garantía de la LMV (f.II), a las personas que adquieran acciones, en virtud de programas aprobados por SHCP, conducentes a la fusión de grupos financieros (f.III) y a las entidades financieras del exterior, hasta el 20% del capital social, en acciones serie "C" (f.V).

---

<sup>22</sup>Ibidem, pp. 191 y 192.

Para que un grupo de personas adquiera, directa o indirectamente, el control de una sociedad controladora, se requiere aprobación de SHCP (art. 20 bis)

Para hacer efectivos los porcentajes máximos de acciones de la controladora, así como la limitación a que se refiere el art. 20, la LRAF impone algunas sanciones para el caso de la infracción a las distintas reglas, en contra de los accionistas de la sociedad miembro de la controladora (art. 21), y en contra de la controladora misma (esto es, en el caso del art. 35).

Barrera Graf, opina con razón que dichas sanciones son muy leves y que deberían comprender, además de los socios, a los funcionarios de la controladora que resultaran responsables de las fracciones relativas. Señala que deberían tipificarse delitos sancionados con severas penas corporales y pecuniarias contra las sociedades-socios infractores, y en contra de la propia controladora (...) El sistema utilizado por la ley hace pensar que las sanciones son tenues y totalmente insuficientes, y que lejos de evitar adquisiciones de acciones en exceso de los límites, la propiciarán, tanto porque el daño patrimonial del infractor puede no existir o ser mínimo (en el caso, por ejemplo, de que el 50% del valor de las acciones que se "vendan" a la controladora iguale o supere el valor original de adquisición de ellas), como porque la autoridad sancionadora (SH) decida no aplicar las penas pecuniarias que la ley fije.<sup>23</sup>

Estas sanciones son las siguientes:

- a) La prohibición de inscribir las suscripciones relativas de las acciones en el libro de registro de acciones a que se refiere el art. 128 LGSM. La consecuencia de esta falta de inscripción es que la sociedad sólo quede obligada a reconocer como socios a los inscritos y respecto al número de acciones debidamente inscritas (art. 129 LGSM);
- b) El segundo párrafo del mismo art. 12 LRAF prevé que quienes "convengan lo previsto en los artículos 18 a 20 bis serán sancionados por la SHCP". La sanción sólo parece alcanzar a los socios, no a los funcionarios responsables de dicha inscripción indebida en el libro; consisten en

---

<sup>23</sup>*ibidem*, p. 192.

que "las acciones que excedan de los límites fijados" se vendan a la controladora al 50% del menor valor que tuvieran entre su valor en libros y su valor de mercado. Agrega el precepto, párrafo cuarto, que "el beneficio que se obtenga (osea, el excedente del 50% a que se vendan a la controladora) será entregado por la controladora al gobierno federal" sin que se establezca por qué concepto legal entraría ese excedente al erario federal; es posible que esta disposición se considere como confiscatoria, en violación del art. 22, párrafo segundo constitucional.

El penúltimo párrafo del art. 21 indica que las sanciones por él establecidas son sin perjuicio de otras "que conforme a ésta u otras leyes fueran aplicables". En opinión de Barrera Graf, se aplicarán las disposiciones del Código Penal relativas al fraude y simulación fraudulenta, en casos en que las limitaciones para la adquisición de acciones a los accionistas se burlaran o trataran de burlarse por medio de prestanombres o de otros negocios ocultos.<sup>24</sup>

Por último, aquellas acciones vendidas a la controladora y pagadas por ella al 50% de su valor en libros o de mercado, que el último párrafo de art. 21 llama "acciones reembolsadas", se convertirán y se mantendrán por la controladora como acciones de tesorería (es decir, acciones no suscritas ni pagadas), con un régimen especial transitorio de seis meses de duración durante los cuales, aparentemente, se computarían en el capital social -lo que parece totalmente inadmisible- y al transcurso de dicho plazo, si no se han colocado, "la controladora procederá a reducir su capital..."<sup>25</sup>

#### 7.7 Operaciones autorizadas a la controladora y a sus socios

La función y las actividades jurídicas de la controladora se limitan, en general, a su función de control de las sociedades que la integren como accionistas.<sup>26</sup>

El art. 23 establece que el capital de la controladora se deberá invertir en:

---

<sup>24</sup>ibidem, pp. 192 y 193.

<sup>25</sup>ibidem, p. 193

<sup>26</sup>ibidem.

- I. Acciones emitidas por las demás integrantes del grupo. La controladora sólo podrá participar en el capital de sociedades distintas a las participantes del grupo, en los casos de incorporación o fusión conforme a lo previsto en el art. 10.
- II. Inmuebles, mobiliario y equipo, estrictamente indispensables para la realización de su objeto.
- III. Valores a cargo del Gobierno Federal, instrumentos de captación bancaria y otras inversiones que autorice la SHCP.
- IV. Títulos representativos de cuando menos el 51% del capital ordinario de entidades financieras del exterior, con autorización de SHCP.

La controladora sólo puede contraer pasivos directos o contingentes y dar en garantía sus propiedades cuando se trate del convenio del art. 28 de la ley; o de las operaciones con los fondos mencionados, o con autorización del Banco de México, tratándose de la emisión de obligaciones subordinadas de conversión forzosa a títulos representativos de su capital y de obtención de créditos a corto plazo, en tanto se realiza la colocación de acciones con motivo de las operaciones del art. 10 de la ley.

Por lo que se refiere a las sociedades miembros, en términos generales tienen amplia libertad de funcionar según su objeto, y pueden hacerlo aisladamente, o bien, como se desprende del art. 8 fr. III, a través de "oficinas y sucursales de atención al público de otras entidades financieras integrantes del grupo", y en este caso, "de conformidad con las reglas generales que (al efecto) dicte SHCP". Limitaciones a dicha libertad de actuar de los accionistas pueden derivar de "criterios generales a seguir para evitar conflictos de interés entre los particulares del grupo", y del "convenio de responsabilidades que debe celebrarse entre la controladora y cada uno de sus accionistas, a que se refiere el art. 28 (art. 9 fr. IV)".<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 193 y 194.

### 7.8 Órgano de administración de la controladora

La LRAF establece las siguientes reglas:

1. "Estará integrado, dice el art. 24, a elección de la sociedad, por once, por veintidós, o por múltiplos de once (treinta y tres, cuarenta y cuatro, etc.) Los accionistas de la serie "A" designarán seis en el primer caso, doce en el segundo, etc.; los de la serie "B" "hasta cinco" o "hasta diez", etc.; y los de la serie "C", en el caso de "once consejeros" por cada 10% del capital pagado correspondiente a cada serie, podrán nombrar a un consejero, y si son 22 los miembros, "por cada cinco por ciento de dicho capital pagado podrán nombrar un consejero".

Hay que aclarar que en el caso de la serie "C", el máximo que les corresponderá será de tres miembros en caso de 11 consejeros, ya que el máximo de capital pagado que puedan representar será de 30%, y de 6 miembros en el caso de 22 consejeros, etc.; que el número de consejeros de esta serie se restará del que corresponda a la serie "B", si el consejo es de 11, serán 6 los de la "C" y los de la "B", etc.

2. Que la ley reconoce (art. 24, párrafo tercero) un derecho a las minorías de accionistas dentro de cada serie "que representen cuando menos un diez o un cinco por ciento según se trate de consejos de administración integrados por 11 o por 22 miembros, respectivamente, del capital pagado de la controladora, para designar un consejero de la Serie que corresponde". Por tanto, tratándose de la serie "A", en el caso de 11 miembros del consejo, de los 6 que correspondan a esta serie, hasta 5 de ellos podrán corresponder a cinco grupos minoritarios que integren la Serie, y sólo uno a la serie en su conjunto.

Para estos supuestos de nombramientos de consejeros minoritarios, la última parte del párrafo tercero establece una regla especial: "Sólo podrán revocarse el nombramiento de los consejeros a que se refiere este párrafo, cuando se revoque el nombramiento de todos los demás miembros de la misma serie". Regla ésta que no protege debidamente a los grupos minoritarios, ya que la mayoría de votos de la asamblea puede revocar a todos los miembros de

aquellos grupos, sin tocar a los consejeros mayoritarios o minoritarios de otras series la regla debida es que la mayoría de votos de los accionistas no revoque el o los nombramientos hechos por la o las minorías, sin revocar a todos los demás consejeros.

3. El presidente del Consejo (a quien la LRAF no otorga voto de calidad, pero si lo hace el art. 143 párrafo tercero de la LGSM, de aplicación supletoria) deberá elegirse entre los propietarios de la serie "A". Por cada propietario, agrega la norma (art. 24 último párrafo), se nombrará un suplente.

### 2.9 Director General

Puede o no ser miembro del Consejo de Administración de la controladora (afirmación que desprendemos tanto de la redacción de la fr. 1 del art. 25: "podrán ser consejeros..., fr. 1... el director general", como de la del último párrafo del art. 26: "el nombramiento de consejeros, comisarios, de director general y de los funcionarios...". La LRAF no establece sus facultades y sus limitaciones, lo que constituye una grave omisión. Por el nombre con que se le designa, el director general, creemos que se trata de un representante general, similar al factor, quien según el art. 309 del Código de Comercio puede realizar todos los actos concernientes a su empresa, salvo las limitaciones que indique el pacto social y que aparezcan inscritas en el Registro Público de Comercio (art. 10 LGSM).

Los requisitos que deben concurrir en la persona que se designe como director general, los señala el art. 26. También esta disposición hace referencia a los impedimentos para serlo. De las distintas partes del art. 26 es de relevante importancia el último párrafo, según el cual el nombramiento no sólo del director general, sino también de todos los consejeros, de los comisarios y de los funcionarios que ocupen cargos con la jerarquía inmediata inferior a la de aquél (v. gr. subdirector, gerente, subgerente), (sólo) surtirá efectos previa aprobación, que, por acuerdo de su Junta de Gobierno, otorgue la Comisión que supervise a la controladora, la

que en ejercicio de esta facultad procurara evitar que se presenten fenómenos de concentración indebida o inconveniente para el sistema.<sup>28</sup>

#### 2.10 Órgano y sistema de vigilancia de la controladora

Como en el caso de las S.A., reguladas por la LGSM, la vigilancia corre a cargo de un órgano especial, constituido por uno o varios comisarios (arts. 164 y ss. LGSM). La LRAF no habla de dicho órgano de vigilancia, por lo que se debe considerar supletoria aquella ley, máxime que en algunas de sus disposiciones (arts. 26 último párrafo y 27 primer párrafo) sí habla de los comisarios, a quienes sujeta en cuanto a su nombramiento, a la aprobación de la Junta de Gobierno de la "Comisión que supervise a la controladora". En cambio, no existen disposiciones respecto a los requisitos, calidades, a los impedimentos y a las funciones de los comisarios (salvo la disposición general de la fr. V del art. 25), por lo que también deben regir supletoriamente las disposiciones de la LGSM en todo aquello que no resulte incompatible con la LRAF.

En cuanto a esa "Comisión que supervise a la controladora" de la que nada se dice sobre su naturaleza, ni sus funciones, ni su integración, pero a la que se refieren los arts. 26 in fine y 27, parece ser distinta de otra, igualmente misteriosa y ayuna de fundamentación legal, a que alude el art. 30 y a la que denomina "Comisión que supervise a la entidad financiera integrante del grupo de la SHCP determine como preponderante como dentro del mismo grupo". Y agrega este precepto: "Para tal efecto, (o sea, para el efecto de que la SHCP determine como preponderante a algunas de las entidades financieras) tomará en cuenta entre otros elementos del juicio, el capital contable de la entidad de que se trate".

Pues bien, lo curioso de esta segunda Comisión es que, según el art. 30, somete a la controladora a su inspección y vigilancia -que son las funciones propias del comisario de las

---

<sup>28</sup>ibidem, p. 195

S.A - en cambio, la Comisión que supervise a la controladora sólo resuelve sobre "la remoción de los consejeros, del director general, de los comisarios y demás funcionarios ", que en la LGSM son funciones propias de la asamblea ordinaria de accionistas; y sobre la inhabilitación de dichas personas "por un período de seis meses a diez años". Lo que resulta inconstitucional, tanto porque la sanción es "inusitada y trascendental", como por no ser dictada por autoridad judicial, sino por una comisión administrativa.<sup>29</sup>

#### 2.11 Responsabilidad de la controladora

Sobre este tema ya tratamos ampliamente en el capítulo sobre la personalidad en un grupo de sociedades, por lo que aquí nos limitaremos a hacer algunas observaciones:

La primera es la duda que surge sobre el carácter de dichas responsabilidades de la controladora. No parecen ser de pleno derecho, sino que se adquieren en virtud de convenio, aunque este parece ser uno de los presupuestos de la autorización que tiene que conceder la SHCP (art. 9 fr. IV) para la constitución y el funcionamiento del grupo. De cualquier manera, se trata de una responsabilidad derivada de contrato, como dice Barrera Graf, aunque estamos en desacuerdo con él en que se apliquen sin más los principios relativos de los contratos, sobre consentimiento, objeto, fin y forma, así como lesión, nulidad y rescisión<sup>30</sup>, dado que más que en un contrato es un acto complejo, que se realiza más por la ley que por acuerdo entre las partes, y por los mismos, los principios sobre los contratos se aplicarían con restricciones, y en última instancia, como rama supletoria del derecho mercantil.

Por lo que se refiere a la responsabilidad ilimitada de la controladora a que se refieren los dos primeros puntos (fr. I y II), ella convierte a la controladora en una sociedad-garante de todas y cada una de las sociedades controladas y de todo y cada uno de los acreedores de ellas; por otra parte, desvirtúa el carácter de sociedad anónima de tal controladora por lo que

<sup>29</sup>Ibidem, pp. 195 y 196.

<sup>30</sup>Ibidem, pp. 196 y 197.

respecta a sus socios (las entidades financieras que la integran), que en lugar de responder de las deudas sociales sólomente con el monto de sus aportaciones (como ordena el art. 87 de la LGSM), responderán, en realidad, con la parte que les corresponda en el patrimonio social de la controladora. Dicha responsabilidad ilimitada resulta tan abrumadora, que Barrera Graf opinaba que iba a ser difícil que en la práctica se acuda a este fenómeno de la concentración de empresas<sup>31</sup>, cosa que ha sido desmentida en la realidad, por la gran cantidad de grupos financieros constituidos. A lo anterior le sumamos el carácter inconstitucional de dicha responsabilidad, que debería ser determinado por la autoridad judicial.

No amengua las críticas mencionadas que la responsabilidad de la controladora sea subsidiaria; ello quiere decir que cuando alguna o algunas de las entidades financieras controladas no cumpla con sus obligaciones -cualquiera a todas ellas, con tal de que le sean propias- responderá la controladora. Se trata, como también en el caso de la fr. II, una garantía adicional, de carácter legal, que presenta la controladora a todos y cada uno de los acreedores de todas y cada una de las sociedades-accionistas de ella para ellos, para la figura de la agrupación financiera que establece la LRAF si resulta ampliamente satisfactoria. Pero surgen las preguntas: Es a ellos, a los eventuales acreedores (incluyendo preferentísimamente al físico) a quienes busca proteger, o bien, al sistema financiero mismo y a las entidades financieras integrantes del grupo? Son ellos, los acreedores de dichas entidades financieras y no éstas, las que resolverán la agrupación en torno de una controladora?<sup>32</sup>

Todas estas cuestiones deben llevar a plantear y a regular mejor una institución nueva, y por eso peligrosa, como es la responsabilidad de la controladora en un grupo financiero.

## 2.12 De las Filiales de Instituciones Financieras del Exterior

---

<sup>31</sup>ibidem, p. 197

<sup>32</sup>ibidem.

Por reformas del 23 de diciembre de 1993, para armonizar nuestra legislación financiera en relación a los cambios que conlleva el Tratado de Libre Comercio, se añadió un capítulo a la ley denominado "De las Filiales de Instituciones Financieras del Exterior" por el que se autoriza a entidades financieras del exterior (en adelante IFE) constituir sociedades controladoras filiales, para que actúen como sociedades controladoras de un grupo financiero (art. 27 A). Para ello, requieren de autorización por parte de la SHCP (art. 27 D).

Para poderse constituir como tal, requieren estar expresamente autorizadas por un tratado o acuerdo internacional aplicable (art. 27 F)

Los requisitos para la solicitud de autorización son similares a los que exigen para los grupos financieros en general (art. 27 G).

El capital social de estas sociedades deberá estar integrado por una sola serie de acciones, debiendo la IFE ser propietaria de acciones que representen cuando menos el 99% de la Filial (art. 27 H).

Las acciones representativas del capital social de una Sociedad Controladora Filial o una entidad financiera filial, para enajenarse requieren autorización de SHCP, debiéndose en principio, modificarse los estatutos de la Sociedad Controladora Filial (en adelante SCF) (art. 27 I)

La SHCP puede autorizar que una IFE o una SCF adquieran acciones representativas del capital social de una sociedad controladora de un grupo financiero, o de que una SCF adquieran acciones representativas de una entidad financiera en cuyo capital participen mayoritariamente mexicanos, con ciertos requisitos (art. 27 J).

Las SCF no pueden, salvo excepciones, emitir obligaciones subordinadas (art. 27 K).

El consejo de administración de las SCF estará integrado por lo menos, por cinco consejeros, que deben ser residentes en territorio nacional (art. 27 L).

Los directores generales no deben cumplir con el requisito de la fr. 1 del art. 26, pero deben residir en territorio nacional (art. 27 M).

El órgano de vigilancia de dichas sociedades estará integrado por lo menos por un comisario nombrado por la IFE propietaria de las acciones de la SCF.

En general, podemos señalar que tal regulación es satisfactoria, aunque no pone límites en la tenencia accionaria de las SCF, lo que si se hace con respecto a la posesión accionaria de las sociedades controladoras de grupos financieros, lo cual es inequitativo hacia estos.

El problema que vemos en ello es que no sea un síntoma de trato preferencial a los extranjeros en relación a los mexicanos, que en caso de darse, debería producir una reforma legislativa para que estos gocen al menos del mismo trato que los extranjeros.

## CONCLUSIONES

1. Los grupos de sociedades son un fenómeno novedoso, que plantean un sinnúmero de cuestiones que requieren revisarse y regularse en el derecho societario mexicano. Dada su riqueza, ofrece muchas clasificaciones posibles.
2. Existen muchas formas de agrupación de empresas, tanto societarios, como contractuales. Entre los primeros predomina la sociedad holding, y la S de RL, que ofrece usos adaptables a la concentración de empresas. Entre los contractuales los principales son la asociación en participación, el arrendamiento, la compra-venta, la cesión y el usufructo de empresa y el consorcio.
3. Existen diversos mecanismos por los que se puede asegurar el control en un grupo de empresas, entre los que están los sindicatos de accionistas, las acciones de goce y de voto limitado y las partes sociales en una S. de RL.
4. Uno de los mayores problemas que se suscitan en el seno de un grupo de sociedades es el relativo a la personalidad jurídica del grupo. Este a su vez plantea problemas como el de la comunicación de responsabilidad, el de la validez de los votos en las asambleas y de los contratos celebrados entre las sociedades participantes en un grupo, así como el del abuso de la personalidad jurídica en un grupo de sociedades.
5. La escisión puede ser el negocio jurídico conveniente para crear un grupo de sociedades, y está regulada por la ley mexicana, de manera adecuada pero insuficiente.

6. En otros países ya existe una regulación de las agrupaciones de empresas en forma más o menos exhaustiva, sobresaliendo la legislación alemana sobre grupos de sociedades, que podrían servir de base para su regulación en México.

7. En derecho mexicano es necesaria una regulación unitaria del fenómeno de los grupos de empresa, ya que la legislación actual sobre el tema es dispersa y fragmentaria. La ley de agrupaciones financieras es la primera ley que globalmente regula el fenómeno, aunque se limita al ámbito financiero y sólo prevee dicha agrupación por medio de una sociedad controladora. También es importante en esta ley la responsabilidad de ésta sociedad por las deudas de sus filiales, a través de un convenio de responsabilidad, que plantea varios problemas a resolver en el derecho de sociedades.

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

### A. LIBROS

1. ACOSTA ROMERO, MIGUEL  
Derecho Bancario  
Editorial Porrúa  
4a. Edición  
México, 1991
2. ALVAREZ QUELQUEJEU, LUIS CAMILO  
La Sociedad de Responsabilidad Limitada como Instrumento de  
la Concentración de Empresas  
Valladolid, 1958
3. ARCE GARGOLLO, JAVIER  
Contratos Mercantiles Atípicos  
Editorial Trillas  
2a. Edición  
México, 1991
4. ARELLANO GARCIA, CARLOS  
Derecho Internacional Privado  
Editorial Porrúa  
10a. Edición  
México, 1992
5. BARRERA GRAF, JORGE  
Instituciones de Derecho Mercantil  
Editorial Porrúa  
México, 1989
6. BROSETA PONT, MANUEL  
Manual de Derecho Mercantil  
Editorial Tecnos  
9a. Edición  
Madrid, 1991

7. CERVANTES AHUMADA, RAUL  
Títulos y Operaciones de Crédito  
Editorial Herrero  
14a. Edición  
México, 1992
8. DE BUEN LOZANO, NESTOR  
Derecho del Trabajo  
Tomo I  
Editorial Porrúa  
8a. Edición  
México, 1991
9. GARRIGUES, JOAQUIN  
Curso de Derecho Mercantil  
Editorial Porrúa  
México, 1987
10. GIRON TENA, JOSE  
Las Grandes Empresas (Problemas Jurídicos Actuales de  
Apología Empresarial, La Gran S.A., Los Grupos de Sociedades)  
Editado por la UNAM y la Universidad de Valladolid  
México, 1975
11. GOMEZ COTERO, JOSE DE JESUS  
Fusión y Escisión de Sociedades Mercantiles: Efectos Fiscales y  
Aspectos Corporativos  
Editorial Themis  
México, 1993
12. LEPAULLE, PERRE  
Tratado Teórico y Práctico de los Trusts  
Editorial Porrúa  
México, 1995
13. PEREZNIETO CASTRO, LEONEL  
Derecho Internacional Privado  
Editorial Harla  
5a. Edición  
México, 1991
14. REYES MORA, OSWALDO  
Contrato Mercantil de Asociación en Participación  
Editorial Pac  
México, 1991

15. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN  
Tratado de Sociedades Mercantiles  
Tomo II  
Editorial Porrúa  
México, 1975
16. SANCHEZ MEDAL, RAMON  
De los contratos Civiles  
Editorial Porrúa  
10a. Edición  
México, 1989
17. SERICK, RALPH  
Apariencia y Realidad de las Sociedades Mercantiles  
Editorial Ariel  
Barcelona, 1958
18. SOLA Y CANIZARES  
Tratado de Derecho Comercial Comparado  
Tomo II
19. VILLAGORDOA, JOSE MANUEL  
Doctrina General del Fideicomiso  
Editorial Porrúa  
2a. Edición  
México, 1982

## B. ARTICULOS

1. ALEGRIA, HECTOR  
Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad contolante,  
sociedad controladora y situación de control  
Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones  
Año 11, números 61 a 66  
Buenos Aires, Argentina
2. ARCE GARGOLLO, JAVIER  
Aspectos jurídicos de la escisión de la Sociedad Anónima  
Mexicana  
Revista Ars Iuris
3. ASTRAY, FERRO  
En torno al concepto jurídico de Holding.  
Lecturas Jurídicas

Número 40, julio-septiembre 1969  
Chihuahua, Chih.

4. BARRERA GRAF, JORGE  
Ley para regular las agrupaciones financieras: Análisis y breves comentarios.  
Revista de Derecho Privado  
Año 2, número 4, enero-abril 1991  
México.
5. BROSETA PONT, MANUEL  
La transmisión de empresa: compraventa y arrendamiento.  
Revista de Derecho Mercantil  
Número 107, enero-marzo 1968  
Madrid, España.
6. COUFAL GARZA, Eric  
Los grupos de sociedades  
Estudios jurídicos en honor de Alberto Vásquez del Mercado  
Editorial Porrúa.
7. CREEL, CARLOS Y GALLARDO, JAVIER  
Casos y aspectos relevantes de coinversiones o "joint ventures"  
Nota técnica del Despacho Creel, García Cuéllar y Muggenburg, S.C.,  
Mayo de 1993.
8. DÍAZ DE RIVERA, GUILLERMO  
La responsabilidad de la controladora en las Agrupaciones Financieras.  
Revista Ars Iuris  
Número 6  
México, 1991
9. DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO  
La Escisión de Sociedades  
Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria  
Editorial Civitas  
Madrid, 1978
10. DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO  
Las Uniones de Empresas en la Reforma Alemana del Derecho de Sociedades por Acciones  
Anuario de Derecho Civil  
Tomo XVII, Fascículos 2 y 4  
Madrid, 1964.
11. DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO

Los métodos de grupos de sociedades  
Revista del Instituto de Derecho Comparado  
Números 26 y 27  
Enero-Diciembre 1966

12. EMBID IRUJO, JOSE MIGUEL  
Los grupos de sociedades en la Nueva Ley Brasileña de  
Sociedades Anónimas.  
Revista de Derecho Mercantil  
Número 107, enero-marzo 1968  
Madrid, España.
13. FABRA VALLE, GERMÁN Y CASTILLO SEVILLA, FELIPE  
Formularios de Sociedades Mercantiles y Agrupaciones de  
Interés Económico  
Neo Ediciones  
Madrid, 1992.
14. FRISCH PHILIPP, WALTER  
La Agrupación de Empresas y su Derecho Internacional Privado  
JUS  
Centro Editorial Universitario  
Universidad Autónoma de Ciudad Juárez.  
Ciudad Juárez, Chih.
15. FRISCH PHILIPP, WALTER  
La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en  
materia de Sociedades Mercantiles  
Estudios jurídicos en Honor a Roberto Mantilla Molina  
Editorial Porrúa  
México, 1982
16. FRISCH PHILIPP, WALTER  
Relación entre las Esferas de la Sociedad Anónima  
Estudios jurídicos en Honor a Alberto Vásquez del Mercado  
Editorial Porrúa
17. FRISCH PHILIPP, WALTER  
Grupos de Sociedades  
Cuadernos del Instituto de investigaciones Jurídicas  
Número 3,  
México, 1986.
18. GARRIGUES, JOAQUÍN  
Formas Sociales de Uniones de Empresas  
Revista de Derecho Mercantil  
Vol. III, número 7  
Madrid, 1947

19. GINEBRA TORRA, JOAN  
Redes de negocios, Redes de Poder  
Nota técnica del IPADE  
EDAC  
México, 1988
20. GUYENOT, JEAN PIERRE  
Técnicas Jurídicas de la Organización de las Empresas y de la  
Concentración del Poder Económico  
La Ley  
11 de diciembre de 1969  
Buenos Aires, Argentina
21. LEDESMA URIBE, BERNARDO  
Abuso de la persona jurídica  
Estudios jurídicos en Honor a Roberto Mantilla Molina  
México, 1982
22. LEDESMA URIBE, BERNARDO  
Voz Grupos de Sociedades  
Diccionario Jurídico Mexicano  
2a Edición  
Editorial Porrúa  
México, 1987
23. LEÓN, LEÓN, RODOLFO  
Las Sociedades de Control: Nueva Forma Social Objeto de  
Conceptualización y Regulación en la Ley Mercantil  
Estudios de Derecho Bursátil  
Septiembre 1983  
México.
24. MARTÍN MATEO, RAMÓN  
El Consorcio como Institución Jurídica  
Revista de Derecho Administrativo  
Número 61  
Enero-Abril 1970  
Madrid, España
25. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO  
Los pactos de sindicación para el órgano administrativo de la  
Sociedad Anónima.  
Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría  
Editorial Civitas  
Madrid, 1978.
26. MOTOS GUIRAO, MIGUEL  
El arrendamiento de empresa  
Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues

- Editorial Tecnos  
Madrid, 1967
27. ODRIOZOLA, CARLOS  
Acerca de las acciones de control  
Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones  
Año II, número 65, Octubre 1988  
Buenos Aires, Argentina
28. PATIÑO MANFER, RUPERTO  
Breves comentarios de la Ley Federal de Competencia  
Económica.  
Revista Ars Iuris  
Número 10  
México, 1993
29. PIRRAS, Antonio  
Nuevas formas de organización de la actividad de la empresa  
Revista de Derecho Mercantil  
Números 153 y 154  
Julio-Diciembre 1979  
Madrid, España
30. ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR  
Concentración y dominio de las empresas  
Revista General de Legislación y Jurisprudencia  
Año XCVII, número 4  
Abril 1949  
Madrid, España
31. SÁNCHEZ MEJORADA, CARLOS  
Revista de Investigaciones Jurídicas  
Escuela Libre de Derecho  
Número 10  
México, 1986
32. SANTAMARÍA, FRANCISCO  
Notas en torno al control de sociedades  
Estudios jurídicos en Honor de Roberto Mantilla Molina  
Editorial Porrúa  
México, 1982
33. SANTILLÁN, JORGE MARIO  
Las Sociedades Controladas y la Reforma de Ley  
Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones  
Año 17, número 101, octubre 1984  
Buenos Aires, Argentina
34. URÍA, RODRIGO

Teoría de la concentración de empresas  
Revista de Derecho Mercantil  
Vol. VIII, número 24  
Madrid, 1949

35. VICENT CHULIÁ, FRANCISCO  
Licitud, Eficacia y Organización de los Sindicatos de Voto  
Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea  
Editorial Civitas  
Madrid, 1991.

## INDICE

INTRODUCCIÓN . . . . .	1
<b>CAPÍTULO I: DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES:</b> . . . . .	<b>5</b>
1. DEFINICIÓN . . . . .	5
2. CLASIFICACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES . . . . .	8
<b>CAPÍTULO II: MEDIOS PARA LAS AGRUPACIONES DE EMPRESAS</b> . . . . .	<b>18</b>
<b>A/ MEDIOS CONTRACTUALES:</b> . . . . .	<b>18</b>
1. EL CÁRTEL . . . . .	19
2. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN . . . . .	22
3. LAS COMUNIDADES DE GANANCIALES . . . . .	27
4. EL TRUST Y EL FIDEICOMISO . . . . .	28
5. EL ARRENDAMIENTO Y LA COMPRAVENTA DE EMPRESA . . . . .	32
A/ EL ARRENDAMIENTO DE EMPRESA . . . . .	32
B/ LA COMPRAVENTA DE EMPRESA . . . . .	37
6. EL USUFRUCTO DE EMPRESA . . . . .	42
7. PRENDA DE EMPRESA . . . . .	44
8. LA GESTIÓN Y LA CESIÓN DE LA EXPLOTACIÓN . . . . .	45
9. EL CONSORCIO. . . . .	48
10. LOS CONTRATOS DE DOMINACIÓN E INCORPORACIÓN . . . . .	52
A/ CONTRATO DE DOMINACIÓN . . . . .	52
B/ CONTRATO DE INCORPORACIÓN . . . . .	52
11. EL PACTO DE EXCLUSIVA . . . . .	53
<b>B/ MEDIOS SOCIETARIOS:</b> . . . . .	<b>55</b>
<b>B.1/ DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SOCIEDAD FORMADA</b> . . . . .	<b>55</b>
1. LA SOCIEDAD HOLDING O CONTROLADORA . . . . .	56
2. LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO INSTRUMENTO DE LA CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS . . . . .	67
3. LAS SOCIEDADES DE PERSONAS . . . . .	75
<b>B.2/ DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS MECANISMOS UTILIZADOS</b> . . . . .	<b>77</b>
1. PARTICIPACIÓN DIRECTA EN EL CAPITAL DE OTRA SOCIEDAD . . . . .	77
2. PARTICIPACIONES RECÍPROCAS DE SOCIEDADES . . . . .	78
3. PARTICIPACIONES INDIRECTAS . . . . .	79
4. PARTICIPACIONES EN LOS CRÉDITOS EN FORMA DE OBLIGACIONES EMITIDAS POR OTRA SOCIEDAD . . . . .	81
<b>CAPÍTULO III: EL CONTROL EN UN GRUPO DE SOCIEDADES.</b> . . . . .	<b>82</b>
A/ EMISIÓN DE ACCIONES DE VOTO LIMITADO . . . . .	82
B/ ACCIONES DE TRABAJO . . . . .	83
C/ EL DERECHO DE VETO . . . . .	84
D/ DESIGNACIÓN DE CONSEJEROS Y COMISARIOS . . . . .	87

E/ RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES O PARTES SOCIALES DE UNA SOCIEDAD . . . . .	89
F/ LOS SINDICATOS DE VOTO . . . . .	91
G/ LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CON PARTES SOCIALES DE VOTO MÚLTIPLE . . . . .	96
H/ LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS . . . . .	97
I/ MECANISMOS DE ADQUISICIÓN DE HECHO DEL CONTROL EXTERNO DE UNA SOCIEDAD . . . . .	100
<b>CAPÍTULO IV: LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN UN GRUPO DE SOCIEDADES . . . . .</b>	<b>103</b>
1. EL PROBLEMA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS MORALES . . . . .	103
2. LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL SENO DE UN GRUPO DE SOCIEDADES . . . . .	107
3. LA PERSONALIDAD JURÍDICA ENTRE SOCIEDAD MADRE Y SOCIEDAD FILIAL . . . . .	112
A/ EL PROBLEMA DE LA UNIDAD JURÍDICA . . . . .	112
B/ RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE AMBAS SOCIEDADES . . . . .	113
C.1/ LA COMUNICACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN GENERAL ENTRE SOCIEDAD MADRE Y SOCIEDAD FILIAL . . . . .	114
C.2/ EL PROBLEMA DE LA COMUNICACIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE SOCIEDAD DOMINANTE Y DOMINADA EN EL DERECHO MEXICANO . . . . .	117
<b>CAPÍTULO V: LA ESCISIÓN COMO MEDIO DE CREACIÓN DE UN GRUPO DE SOCIEDADES . . . . .</b>	<b>131</b>
1. IMPORTANCIA DE LA ESCISIÓN EN LA ACTUAL CONFIGURACIÓN ECONÓMICA . . . . .	131
2. CONCEPTO DE ESCISIÓN . . . . .	134
3. TERMINOLOGÍA . . . . .	136
4. VENTAJAS DE LA ESCISIÓN . . . . .	136
5. CLASES DE ESCISIÓN . . . . .	139
6. PROCEDIMIENTO DE LA ESCISIÓN . . . . .	144
7. EFECTOS DE LA ESCISIÓN . . . . .	149
<b>CAPÍTULO VI: LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO COMPARADO . . . . .</b>	<b>157</b>
A/ LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO BRASILEÑO . . . . .	157
1. EL CONCEPTO DE CONTROL EN LA LEY BRASILEÑA . . . . .	158
2. LAS TÉCNICAS DE OBTENCIÓN DEL CONTROL . . . . .	159
3. EL GRUPO DE SOCIEDADES EN EL DERECHO BRASILEÑO . . . . .	161
4. EL REFLEJO CONTABLE DEL GRUPO: LAS CUENTAS CONSOLIDADAS . . . . .	163
5. LA EXISTENCIA DE LOS GRUPOS FÁCTICOS . . . . .	164
6. EL CONSORCIO . . . . .	165
7. CONSIDERACIONES GLOBALES SOBRE LA REGULACIÓN BRASILEÑA DE GRUPOS DE SOCIEDADES . . . . .	166

B/ DERECHO ALEMÁN: . . . . .	166
1. EL CONCEPTO DE UNIÓN DE EMPRESAS EN EL DERECHO ALEMÁN . . . . .	167
2. LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE	167
2.1. LA COMUNIDAD DE BENEFICIOS . . . . .	168
2.2. LA CESIÓN DE BENEFICIOS . . . . .	168
2.3 ARRENDAMIENTO DE EXPLOTACIÓN DE EMPRESA SOCIAL	168
2.4 CONTRATO ANÁLOGO AL ARRENDAMIENTO DE EMPRESA	168
2.5 COTRATO DE GESTIÓN DE EXPLOTACIÓN . . . . .	169
2.6 FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA . . . . .	169
2.7 LOS CONTRATOS DE ORGANIZACIÓN . . . . .	169
2.8 CONTRATO DE INTRUCCIÓN . . . . .	171
2.9 CONTRATO DE DOMINACIÓN . . . . .	171
2.10 CONTRATO DE CESIÓN DE BENEFICIOS . . . . .	171
2.11 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO	172
2.12 RÉGIMEN DE CELEBRACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA . . . . .	175
2.13 GARANTÍAS PREVISTAS PARA LA SOCIEDAD, PARA LOS ACCIONISTAS Y LOS ACREEDORES . . . . .	180
2.14 PODER DE DIRECCIÓN Y RESPONSABILIDAD EN LOS GRUPOS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE . . . . .	183
2.15 SOCIEDADES INCORPORADAS . . . . .	185
2.16 LOS GRUPOS FÁCTICOS DE EMPRESAS . . . . .	188
 C/ LOS GRUPOS DE EMPRESAS EN EL DERECHO ESPAÑOL . . . . .	196
1. LA SOCIEDAD DE EMPRESAS . . . . .	196
2. LOS GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO . . . . .	199
3. UNIONES TEMPORALES DE EMPRESAS . . . . .	201
4. SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA . . . . .	202
5. CESIÓN DE UNIDADES DE OBRA . . . . .	202
 CAPÍTULO VII: LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO MEXICANO . . . . .	204
A/ ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y ADMINISTRATIVOS . . . . .	205
B/ DERECHO ACTUAL SOBRE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.	208
1. LA CONSTITUCIÓN . . . . .	208
2. LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES . . . . .	209
3. LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS . . . . .	213
4. LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA . . . . .	213
5. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES . . . . .	213
6. LA NUEVA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA	215
7. LA NUEVA LEY PARA REGULAR LAS AGRUPACIONES FINANCIERAS . . . . .	217
 CONCLUSIONES . . . . .	234
 BIBLIOGRAFÍA GENERAL . . . . .	236
A/ LIBROS . . . . .	236

