

1. Hacia una noción de grupo de sociedades.

Una noción de grupo de sociedades presenta varios problemas, los cuales tienen su origen en la misma terminología, pues ella no sólo es incierta, sino que los autores le dan significados diversos, así como tampoco se ofrece uniformidad de criterio por las distintas legislaciones. Se le ha denominado conjunto económico, sociedades vinculadas, vinculación económica, comunidad de intereses, sociedades encadenadas, imbricación de sociedades, así como otras expresiones similares. Si bien, con algunas diferencias, todas aluden a sociedades o personas jurídicamente independientes, pero vinculadas entre sí, sea por capital, contrato o vínculo personal. Su posibilidad se encuentra en la ausencia del "intuitus personae" en el contrato social, por lo menos en las sociedades de capital, que permite constituir más de una sociedad por acciones entre los mismos socios, cosa que la ley no prohíbe ni tiene razón para hacerlo; además de que permite constituir sociedades por acciones entre una sociedad y una o varias personas físicas, o bien, entre varias sociedades. Si bien hablar de relaciones de parentesco entre sociedades puede parecer "adefesio jurídico", lo cierto es que, aunque las mismas no puedan darse entre personas morales por nacer de la filiación, existen vínculos voluntariamente creados que establecen, al decir de RIPERT "cierta solidaridad de intereses que recuerda la solidaridad familiar", son "sociedades de sociedades".¹ En cuanto a las características del grupo de sociedades, parece haber acuerdo en que supone, al menos, la presencia de varias sociedades² y la carencia de personalidad jurídica del grupo como tal. Es conforme la doctrina en que existe grupo de sociedades cuando las relaciones se establecen entre sociedades aun cuando sean de distinta nacionalidad, y que el fenómeno se presenta en sociedades por acciones casi exclusivamente. No hay duda alguna en que una sociedad de capital puede asumir la posición de único accionista; más no es tan pacífico en que lo sea una sociedad de personas, al menos en la realidad del mundo de los negocios. La legislación argentina,

*Licenciado en Derecho, U.C.R. Profesor de Derecho del Collegium Academicum de la Universidad Autónoma de Centro América.

1. RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1954, p. 31

2. Para algunos debe tratarse exclusivamente de sociedades vinculadas entre sí, con lo cual se excluye su posibilidad en caso de participación de personas físicas y personas jurídicas no societarias.

KONDER COMPARATO estima que ello deviene con una restricción inadecuada en el contenido de la noción de grupo en la que raen algunas legislaciones, siendo la tendencia que la noción de grupo adquiera más amplios contornos, abarcando no sólo sociedades sino también las personas

artículo 33 de la ley 19.550, dice al respecto que son sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada, posea participación por cualquier título que otorgue las votos necesarios para formar la voluntad social.³ Semejante noción conlleva la limitación inadecuada que consiste en creer que la vinculación entre sociedades deviene sólo de las participaciones, pues sería fácil expediente el tener una participación minoritaria, y asegurar el dominio a través de pactos contractuales que aseguren la influencia decisiva que interesa, como luego veremos. El **Código Civil** italiano define sociedad controlada como "aquella en las que otra sociedad posee un número de acciones tal que asegura la mayoría de los votos en las asambleas ordinarias, o aquellas que, en virtud de vínculos contractuales particulares, están bajo la influencia dominante de otra sociedad."⁴ En forma similar, la legislación brasileña considera que es "controlada la sociedad en la cual la controladora, directamente o por medio de otras controladas, es titular de derechos de socio que le aseguren, de modo permanente, preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir a la gran mayoría de los administradores".⁵ Difieren de la anterior, en que, si bien la italiana aun alude a participaciones, comprende también otros vínculos posibles, mientras que la brasileña del todo no alude a la propiedad de los títulos sino a la posesión de derechos de socio que es fórmula más amplia y que posibilita una interpretación amplia del fenómeno de grupos de sociedades, igual que la nueva ley argentina No. 22.913, de setiembre de 1983, que en su artículo 33 señala como sociedad controlada aquella en que otra sociedad "...ejerza una influencia dominante como

físicas y las jurídicas no societarias, para terminar, aludiendo a un vago "grupo de intereses". KONDER COMPARATO. Fabio, Evolución de los grupos de sociedades en el derecho brasileño desde la promulgación de la ley de sociedades por acciones de 1976. **Revista de derecho comercial y de las obligaciones**. Buenos Aires, Año 16, No. 92, abril, 1983, p. 229-230.

Así, nos dice el autor, según decidió "un tribunal norteamericano en el caso Wellaman V. Dickinson, de 1979 (475 F Supp 783, Suny), debe entenderse que existe "grupo" a los fines de la aplicación de la Willians Act, toda vez que más de una persona, actuando con el mismo objetivo, aunque sin acuerdo escrito, concurra a adquirir el porcentaje de acciones establecido por ley". Ibid., p. 231.

Debemos distinguir, entonces, entre grupos de sociedades estricto "sensu" y grupos económicos, siendo de mayor interés los segundos, y es a ellos a los que nos referiremos, recurriendo a una noción amplia de grupo, conforme se ha delineado.

3. Véase AZERRAD, Rafael. **Extensión de la Quiebra**. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1979, p. 168.

4. Artículo 2359 del Código Civil. Messineo, Francesco. **Manual de Derecho Civil y Comercial**. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T.I., 1979, p. 378-379.

consecuencia de los especiales vínculos existentes entre las sociedades". Parece que no es conveniente definir el fenómeno de grupo de sociedades aludiendo a la naturaleza del vínculo entre las sociedades. Creemos que lo complejo del fenómeno implica conceptuarlo en razón de su manifestación, es decir, en tratarse de sociedades jurídicamente independientes pero vinculadas entre sí, sea por tener un capital o una dirección común; lo característico es que se da un "comando" o dirección a distancia de la empresa.⁶ Se establece entre ellas una relación de "dependencia" más o menos acentuada con una sociedad central, relación que se denomina "control",⁷ un estado de sujeción económica del cual deriva el control que ejerce su influencia en la formación de la voluntad del sujeto dominado. Como señala DOBSON, tal "unidad de decisión o dirección unificada es la característica más ostensible del grupo societario".⁸ ARCE GUTIÉRREZ Y MONTERROSO AZOFEIFA, nos dicen que, siguiendo la doctrina alemana, tres son los elementos del grupo y concentración de sociedades, a saber, dependencia financiera -y no nexo patrimonial que alude más bien a posesión accionaria-; dependencia organizativa, o control del órgano social de decisión por un consejo supervisor, o lo que es más correcto, unidad de decisión o dirección; y dependencia económica, en el tanto que constituyen una empresa única.⁹ Rechazamos, entonces, el recurrir a criterios de porcentaje en la posesión de acciones para definir la vinculación de sociedades y, en su lugar, recurrimos a la noción básica de "control o dirección", que se define por notas esenciales, cuales son la conformidad de una sola voluntad que dirige y controla la actividad económica, y por otra parte se puede dar sin participación de capital, pero en virtud de contratos o situaciones de hecho que llevan a tal estado. Existe control "cuando una persona o grupo de personas se encuentra en condiciones de determinar, con caracteres de cierta

5. Artículo 243, parágr. segundo, ley 6404. Citada por KONDER COMPARATO, Fabio. *Op. cit.*, p. 228-229.

Partiendo de ese criterio, distingue la ley el fenómeno de los grupos de sociedades de lo que denomina sociedades "coligação" y las simples inversiones. Son coligadas las sociedades cuando una participa en el 10% o más del capital de otra sin controlarla, y son simples inversiones las participaciones permanentes en otra sociedad. *Ibidem*.

6. MOSSA, Lorenzo. *Trattato del nuovo diritto commerciale*. Padova, Cedan Casa Editrice Dott. Antonio Milano, T.IV, 1957, p. 614.

7. Véase PASTERIS, Carlo. *Il "controllo" nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1957, p. 3. La influencia económica consiste en una situación de prepotencia económica que se manifiesta en la imposición al sujeto dominado de la voluntad de la dominante acerca de la gestión de la hacienda del primero. *Ibid.*, p. 31-32. En similar sentido, SACERDOTI, Giorgio. *Questions de responsabilité envers tea tiers dans les groupes multinationaux de sociales*. *Revista dalla società*, Milano, armo 30, iuglio-ottobre, 1985, fascículo 4o. y 5o., p. 930-981.

8. DOBSON, Juan M. *El Abuso de la Personalidad Jurídica (En el derecho privado)*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, p. 358.

continuidad y permanencia, la voluntad de otra persona".¹⁰

2. Grupos de sociedades y personalidad jurídica.

El grupo de sociedades responde a un fenómeno de concentración de empresas, si bien esta puede configurar la forma de integraciones, vinculaciones y cooperaciones. La **integración de sociedades** se presenta cuando desaparece la individualidad de las sociedades, incluso jurídicamente, para formar una sola entidad o persona jurídica; a través de la **fusión de sociedades**. Representa la integración el grado máximo de concentración por cuanto implica la sustitución de una o varias sociedades para dar vida a una nueva sociedad o para incrementar el patrimonio de una ya existente. "La función es, pues, un procedimiento jurídico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios y sus socios en una sociedad única, previa disolución de todas las sociedades que se fusionan (creando una nueva) o de todas menos una (que absorbe a las restantes)";¹¹ De tal forma, dos son los procedimientos de fusión: **fusión por absorción**, donde una sociedad preexistente absorbe el patrimonio y los socios de otra u otras sociedades que se disuelven previamente; y **fusión por creación de una sociedad**, cuando dos o más sociedades se disuelven para agrupar sus patrimonios y sus socios en una sociedad nueva que, previa su constitución, agrupa a todas las disueltas. Nuestro Código de Comercio,

9. ARCE GUTIÉRREZ, Pablo y MONTERROSO ASOFEIFA, Tomás. *La empresa como sujeto pasivo da la obligación tributaria*. San José, Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984, p. 239.

10. DOBSON, Juan M. *Op. cit.*, p. 361.

Señala el autor, que es la actividad principal la que queda sometida al control, "siendo la controlante la que insufla la vida económica en la controlada", *Ibid.*, p. 371.

Señala AZERRAD que "los problemas que se plantean en el terreno jurídico giran en torno al grado de dominación que puede admitirse desde el punto de vista de la independencia y sustantividad de la sociedad filia1 como persona jurídica, y determinar hasta que punió la unidad económica entre la sociedad madre y la sociedad filial...se transforma en unidad jurídica". AZERRAD, Rafael. *Op. cit.*, p. 174-175.

BRUNETTI, en forma similar, nos dice que "a la unidad económica responde una pluralidad subjetiva; tantos elementos de una universalidad sustancial están personificados separadamente. La persona sociedad tiene una autonomía solamente formal; sustancialmente es esclava, debido a la servidumbre de los administradores, de la sociedad dominada". BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de Sociedades*. Buenos Aires, UTEHA, T.II, 1960, p. 56.

O bien, citando a MAHZORATTI, "...la compañía madre no trata a su subsidiaria como una entidad distinta y la utiliza como un mero departamento de la primera". MARZORATTI, Osvaldo J. La teoría del "Disregard legal entity" a través de la jurisprudencia norteamericana, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Buenos Aires, Año 1, No. 6, diciembre, 1968, p. 718.

Al decir de PINEDO Y WATERHOUSE, tal relación hace de la controlada "...sólo un apéndice o dependencia de otra, sólo existe para servir los propósitos e intereses de esta última, y los respectivos patrimonios y operaciones se confunden en una sola masa". PINEDO Y WATERHOUSE citados por AMADEO, José Luis. *El abuso de la personalidad Jurídica de las sociedades. La penetración de la persona jurídica en la jurisprudencia argentina*. Buenos Aires, Universitas S.R.L., 1974, p. 160.

artículo 220, dispone que "hay fusión de sociedades cuando dos o más de ellas se integran para formar una sola".¹²

Sin embargo, debe señalarse que la fusión no representa problema para nuestros efectos, en tanto los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionan serán asumidos de pleno derecho por la nueva sociedad o la sociedad que prevalece, a tenor del artículo 224 del Código de Comercio. Agrega la norma, que "ni la responsabilidad de los socios, directores y funcionarios, ni los derechos y acciones contra ellos, serán afectados por la fusión".¹³ De mayor interés para nosotros, son los casos en que las sociedades se agrupan sin perder su personalidad jurídica, más si su independencia económica. Nace una "supersociedad" dominante, donde las sociedades no tienen más que una autonomía jurídica aparente, si se quiere, una situación cercana a una fusión de hecho. "No existe -expone POLO-, en principio, una organización unitaria del grupo, pero cada sociedad miembro queda sometida al poder de la sociedad dominante".¹⁴

Aquí es donde distinguimos las cooperaciones de las vinculaciones. La cooperación entre sociedades señala ROJAS CHAVES, "no es propiamente la formación de un grupo de empresas, son acuerdos de diferentes unidades de producción que tienen puntos de interés común, de manera que las actuaciones de todas ellas tienden a hacer más

11. BHOSETA PONT, Manuel. **Manual de Derecho Mercantil**, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, p. 288-289,

12. Debe señalarse que la fusión de sociedades supone la concurrencia de algunos presupuestos, cuates son:

a) disolución de una, de varias o de todas las sociedades que pretendan fusionarse. Al respecto, debemos distinguir si se trata de fusión por absorción, o de fusión por creación de una nueva sociedad. En el primer caso, la sociedad prevaleciente no se disuelve y solamente deberá modificarse la escritura social, según exige el artículo 220, párrafo tercero del Código de Comercio. En la fusión por creación de una nueva todas las sociedades se disuelven.

b) Inexistencia de liquidación en las sociedades disueltas, razón por la cual se puede afirmar que la fusión es la única causa de disolución que implica extinción de la sociedad sin necesidad de la fase de liquidación.

e) Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas, que da modo universal los adquiere la sociedad nueva o prevaleciente.

d) Agrupación de todos los socios en una sociedad, pues la sociedad nueva o entrega a sus socios acciones representativas del valor aportado y de su capital social.

Por lo anterior, es necesaria la observancia estricta del procedimiento de fusión, que implica los siguientes requisitos:

i) Acuerdo de fusión adoptado por cada sociedad en asamblea extraordinaria convocada al efecto, de conformidad con el artículo 221 del Código;

ii) publicidad de los acuerdos de fusión, que al menos una vez se publicará en extracto en el Diario Oficial, según el artículo 221 citado; y

iii) suspensión de los efectos del acuerdo de fusión, pues ésta no podrá realizarse sino después de un mes de publicado el extracto y una vez inscrita en la Sección Mercantil del Registro Público. La causa de esta suspensión se debe, dice BROSETA PONT, "a la necesidad de permitir que los acreedores que se estimen lesionados por la fusión puedan oponerse a ella". Ibid., p. 290. Nuestro código regula tal derecho de oposición en el artículo 222, según el cual "cualquier interesado podrá oponerse a la fusión, que se

adecuada y favorable la relación de todas ellas con respecto a la materia objeto del acuerdo".¹⁵ Distinguimos así la agrupación de sociedades de los grupos de sociedades. Expone DE ROIMISIER que en "la primera categoría, el vínculo que se crea es al fin de la cooperación recíproca, manteniéndose el principio de igualdad entre ellas. En la segunda, se establece una situación de dependencia, caracterizada por el control en el sentido de posibilidad de imponer con cierta continuidad y permanencia las normas directrices de la gestión social y la jerarquía".¹⁶ Limitamos el concepto, pues, a los llamados por otros "grupos de subordinación" y excluimos los "grupos de coordinación", denominados también "consorcios", y en los cuales se preserva la autonomía de todas las sociedades agrupadas, excluyéndose la sumisión de unas a la dominación de otras.¹⁷

3. Consorcios y cooperaciones entre sociedades.

Nos referimos fundamentalmente al "consorcio" y al "cartel o sindicato". Lo característico del consorcio no es tanto la dominación del mercado suprimiendo la competencia, como el hecho de que las empresas unidas por esa finalidad conservan su independencia económica además de jurídica. Los carteles no limitan la actividad de sus miembros más que sobre los puntos determinados anticipadamente.¹⁸ Junto con el consorcio, tampoco incluimos el llamado "cartel", pues en ambos se tiende a disciplinar la actividad económica de una pluralidad de empresas, sólo que en el consorcio hay además una común organización administrativa, entendida como instrumento específico para actuar aquella disciplina que le falta al cartel.¹⁹ Los carteles son asociaciones de varias empresas independientes, para la regulación común de la producción y de la venía o para la implantación de

suspenderá en ese caso en tanto el interés del opositor no sea garantizado suficientemente, a juicio del juez que conozca de la demanda".

13. Si bien, debemos Indicar que los socios de la sociedad absorbente y los socios de las sociedades disueltas ven profundamente alterada su situación a causa del acuerdo de fusión, pues dejan de pertenecer a una sociedad y pasan a ser de otra sociedad distinta, sobre todo cuando pasan de una sociedad de capitales, con responsabilidad limitada al monto del aporte, a una sociedad de personas, con responsabilidad ilimitada y solidaria entre socios, subsidiaria con respecto a la sociedad. Por tales razones se considera que el socio disidente o ausente de la asamblea que acuerda la fusión de la sociedad, deben gozar del "derecho de retiro" de la sociedad, con lo cual pueden exigir el reembolso de su participación en el patrimonio social.

Nuestro Código de Comercio, en su artículo 223, prevea la posibilidad de que "el socio colectivo o comanditario que no esté de acuerdo con la fusión podrá retirarse de la sociedad; pero su participación social y su responsabilidad ilimitada continuarán garantizando el cumplimiento de las obligaciones contraídas antes de ser aprobado el acuerdo de fusión". Sin embargo, no hay norma alguna que señale tal derecho para el socio de una sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada, cuando parece ser necesaria, en razón de la mayor responsabilidad que para el socio implica.

14. POLO, Antonio. Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento mercantil. **Estudios de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uriá**. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1954, p. 604-605.

condiciones de oír naturaleza. Los concernos aspiran a la fusión y unificación de los intereses en pugna, a la unión de patrimonios, a la comunidad en la obtención y distribución de las ganancias y, a veces, a la unificación de la explotación. Se puede dar también, como fenómeno próximo, pero no idéntico al grupo, el cointerés o comunidad de intereses, o como término anglosajón "pool", en el que dos empresarios sociales, de ordinario confiando la una a la otra un cierto número de acciones, participan cada una de ellas en la suerte económica de la otra, esto es, hay una puesta en común de los resultados de la gestión. Finalmente, tampoco incluimos el "ring" que se refiere a asociaciones de especuladores unidos con el fin transitorio de conseguir una elevación de precios mediante la compra en masa de mercancías o títulos valores (acaparamiento).

4. Grupos de subordinación.

Como grupos de sociedades consideramos, entonces, los llamados grupos de vinculación o subordinación, que incluyen según la doctrina a los "trust", "sociedades de cartera", "holding", "filiales", sociedades encadena", etc. La unión puede abarcar empresas de la misma naturaleza o

15. ROJAS CHAVES, Alberto y MORA CARAVACA, Erick Rodolfo. **El método de Interpretación de la realidad económica en el derecho tributario**. San José, Tesis para optar el título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1985, p. 181-18

16. DE ROIMISER, Mónica G.D. **El Interés social en la sociedad anónima**. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, p. 130.

GARRIGUES señala como en la relación interna la dominación asume dos formas: por subordinación y por coordinación. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Madrid, T.I., séptima edición, 1976, p. 622.

17. KONDER COMPARATO, Fabio. Op. cit., p. 226.

Señala MESSINEO como la concentración se diferencia de la coordinación, siendo en la primera donde se encuentra el fenómeno del "grupo", mientras que en el segundo es el "cartel", donde se realiza el fenómeno de las actividades independientes de varias empresas, pero coordinadas, de manera que la una no perjudica -e incluso favorece- a la otra (o a las otras). MESSINEO, Francesco. Op. cit., T. VI, p. 15-16, Señala ASCARELLI que en esta hipótesis "puede, decirse, casi al contrario de cuando sucede cuando varios empresarios unifican su actividad a través de un consorcio con actividad externa o de un común exclusivista -ya que podría hablarse de un hijo común de varios padres diversos-, que la unificación resulta del control común sobre distintos empresarios de una madre común de diversos hijos, eventualmente constituida por los accionistas fie los hijos a través de la aportación de las propias participaciones sociales a la madre común a tal fin constituida, recibiendo en cambio las acciones de la madre, en proporción precisamente al valor de sus participaciones en las sociedades que pasan a ser hijas", ASCARELLI, Tulio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes Inmateriales*. Barcelona, Bosch, 1970, p. 129. Señala GARRIGUES que el elemento diferencial es la "dominación", pues si la dominación es hacia fuera (dominación de mercado), tenemos el cartel o sindicato, cuya finalidad es la dominación monopolística del mercado (si existe al mismo tiempo dominación hacia dentro en el cartel, es como ¡medio para la dominación hacia fuera o como fin patrimonial accesorio); y si la dominación es hacia dentro tenemos el concerno. GARRIGUES, Joaquín. *Formas sociales de uniones de empresas*, Revista de derecho mercantil. Madrid, Vol. III, No. 7, enero-febrero, 1974, p. 56-57.

18. Ibid., p.58. Agrega ASCARELLI que debe distinguirse el fin de consorcio y el contrato de consorcio caracterizado por la disciplina de la concurrencia

similar para la formación de un mercado único o una producción uniforme, o empresas de distinta naturaleza, pero operando en el mismo ciclo industrial para alcanzar un ciclo integral, del aprovisionamiento de la materia prima para la elaboración final del producto, sea ligadas económicamente en la obtención del producto, distinguiendo así entre concentración horizontal, en el primer caso, y vertical en el segundo.²⁰ El derecho francés suele distinguir, tres tipos de grupos, a saber, los grupos industriales, los financieros y los personales. Debe agregarse, sin embargo, que no corresponden totalmente con las prácticas de los países anglosajones, sea el "trust" o, en Alemania, los "konzern", los cuales merecen estudio aparte. Eso sí, puede reconocerse en cada uno de ellos, que las sociedades que se agrupan pierden su autonomía económica, para transferir el poder de decisión a un órgano común, que "se ejerce sin que la personalidad jurídica de las sociedades agrupadas se vea afectada y sin que su patrimonio sea objeto de transferencia".²¹

Los grupos industriales aluden a la unión de empresas donde las actividades industriales son comunes o complementarias. Caracterizados, entonces, por la unidad de explotación industrial de las sociedades agrupadas, por la persistencia de la actividad industrial de la sociedad directora, por la unidad de dirección económica que asume el grupo. Nos encontramos, pues, ante la unidad de empresa con pluralidad de sociedades, más no debemos confundir la noción de empresa con el grupo, último en que la unidad económica se complica con entrelazamientos e intervenciones financieras, o de lazos personales.²² Por otra parte, los grupos financieros se presentan como una unidad de decisión realizada por una sociedad, cuyo objeto es

recíproca, pues en el primer caso el fin de consorcio es sólo indirectamente perseguido o logrado, no se coordina con la misma estructura adoptada, de tal modo que el holding no representa un fenómeno de consorcio aun cuando pueda coordinarse para dicho fin. En cambio, en el segundo, el fin de consorcio viene a caracterizar el contrato. ASCARELLI, Tulio. Op. cit., p. 129-130. La función del consorcio es la regulación de las actividades económicas sea la disciplina de los precios y de las condiciones de venta, el fijar el contingente de producción, el distribuir zonas territoriales (mercados) o bien varias o todas las señaladas, en fin, es la coordinación de la producción y de los cambios. MESSINEO, Francesco. Op. cit, T. VI, p. 22-23. El consorcio, agrega el autor, puede asumir la forma de sociedad, más en tal caso es un mero instrumento de Integración de la actividad de las empresas singulares, las cuales no dejan de actuar cada una por cuenta propia, Ibid., 28-30. Véase DOBSON, Juan M. Op. cit, p. 357-358.

19. Ibidem. Señala DE SOLA CAÑIZARES que "... lo cierto es que la doctrina de los diversos países tiende generalmente a definir el cartel en función de su finalidad económica y la mayoría de las opiniones coinciden en afirmar que es la disciplina o influencia del mercado, eliminando o disciplinando la concurrencia, influyendo en la formación de los precios". DE SOLA CAÑIZARES, Felipe. **Tratado de derecho comercial comparado**. Barcelona, Montaner y Simon S.A., T. III, 1963, p. 100.

20. GUERRA, Pietro. **Le società di partecipazioni**, Milano, Dott, A. Giuffré Editore, 1957, p. 111. En igual sentido GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*, Op. cit., p. 620.

puramente financiero y que, gracias a sus participaciones controla las sociedades que componen el grupo. Como señala BRUNETTI, las sociedades financieras tienen una propia e inconfundible función económica, su objeto es la inversión de sus capitales en acciones y obligaciones de distintas sociedades, operando en cierto sentido y con ciertos límites en la cartera del ahorro y de la Banca, la sustitución de sus títulos por los de aquellas sociedades.²³ Todo grupo de sociedades puede reputarse financiero si su dirección es asumida por una sociedad financiera, una sociedad holding o un banco, características anteriormente descritas. Atendiendo a estos criterios, podemos considerar que los grupos financieros pueden estar estructurados por tres suertes de sociedades financieras, sean los "banques d'affaires", "las sociétés holding", y las "pseudosociétés de placement".²⁴

Respecto a los grupos personales, en ellos la unidad de dirección económica resulta más que los lazos industriales o financieros entre las sociedades del grupo; de la identidad de personas que le controlan y administran. Por otro lado, se habla de "holding", trust y Konzern" como grupos de sociedades. La sociedad holding es una sociedad financiera, cuyo objeto único o principal es la adquisición de títulos emitidos por otras sociedades y cuyo activo está por lo tanto constituido en gran parte por valores (nobiliarios). Se trata de sociedades que tienen por objeto la adquisición de participaciones de otras sociedades, el financiamiento y coordinación técnica y financiera de la sociedad en que participa. Son sociedades que gestionan y no solamente administran su participación en otras sociedades, interesándose en la vida social de la controlada, sea su objeto es la gestión de las participaciones adquiridas y por su medio, la coordinación técnico-financiera de las sociedades que componen el grupo, Señala GARRIGUES que "el objeto social de estas sociedades consiste, pues, en controlar otras empresas sin ejercitar directamente por sí ninguna actividad industrial o mercantil".²⁵ Sí debemos distinguir dentro del fenómeno de la participación por adquisición de las acciones varios grados, pues la simple adquisición de acciones no implica el holding, sino puede ser el caso de las sociedades llamadas de colocación de capitales ("investment trust") que tienen por finalidad la adquisición de grandes masas de valores mobiliarios, pero no de obtener el control de las sociedades. En ello también se distinguen de los "banques d'affaires" cuya intención es especular con las acciones

21. GUYENOT, Jean. Contribuciones al estudio del derecho comercial comparado. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 108

22. CHAMPAUD, Claude. Le pouvoir de concentration de la société par actions, **Bibliothèque de Droit Commercial**. París, Librairie Sirey, Tome 5, 1962, p. 212.

23. BRUNETTI, Antonio. Op. cit., p. 58. En igual sentido CHAMPAUD, Claude. Op. cit., p. 220.

adquiridas. El elemento que caracteriza al holding es el control o voluntad de dominio, su propósito de señorío,²⁶ que la sociedad participante se asegura mediante la adquisición de acciones de las sociedades en que participa, sea procurando la compra de acciones de sociedades ya existentes o promoviendo la constitución de sociedades filiales, en las que se reserva una participación que le permite tener la dirección administrativa de la misma. Ofrece el fenómeno otras variantes interesantes, puesto que las sociedades controladas y denominadas filiales, pueden a su vez controlar otras sociedades formando lo que constituye el sistema llamado "embotellamiento "sociedades en cadena", en el cual hay una sociedad holding directora, unas sociedades holding intermedias, que son a su vez holding y filiales y en último término, unas sociedades que son exclusivamente filiales. El holding puede dar nacimiento tanto al trust como al Konzern, pero en sí ambas se distinguen de ella. El trust es una institución típica del derecho inglés que existe en todos los países de common law y que consiste en una afectación a un patrimonio para que su gestión se realice con una finalidad determinada, más puede cumplir la finalidad de sociedad, y así para la formación de las grandes concentraciones de empresas, por lo cual después se les siguió designando con el nombre "trust", aun cuando ya no se trate de un trust en el sentido de la institución. Precisamente son las concentraciones de empresas y de acumulación de capitales con gran amplitud de medios de actuación y poder financiero a las que se le denomina "trust", por ser la fórmula que en un origen se utilizó. Sin embargo, el sentido dado a "trust" es fluctuante, si bien se presenta en el supuesto en que, nos dice CARRIGUES, "...se unen varias empresas de tal modo que pierden su independencia económica y, a veces, también la jurídica, quedando sometidas a una dirección única".²⁷ El Konzern significa más que una entente, una verdadera concentración de empresas, basada en la subordinación de las empresas a una dirección única, que tiene por fines la racionalización de la producción y unificación de política comercial, industrial y financiera del grupo de empresas que le forman, constituyendo una unidad económica formada por empresas jurídicamente independientes, pero sometidas a una dirección única como se dijo, en lo cual se asemeja al "trust", pero se diferencian en que éste tiene por fin el limitar la libre competencia.

5. Filiales y subsidiarias.

Nos interesan, por otro lado, las "subsidiarias", y las

24. Véase CHAMPAUD, Claude, *Ibid.*, p. 220-225.

25. GARRIGUES, Joaquín. Formas sociales de uniones de empresas, Op. cit., p. 60-61.

Sobre la noción de control como elemento característico del holding, véase DE SOLA CAÑIZARES, Felipa. Tratado de derecho comercial comparado, Op. cit., p. 104-105

26. CHAMPAUD, Claude. Op. cit., p. 222-223.

"filiales", que no son sino otra especie de "one man corporation" o "sociedad unipersonal o de un solo socio", en las que el accionista individual persona física es sustituida por otra sociedad. Si bien, no hay problema en aceptar que se trata de una descentralización de la gestión por parte de los grupos de empresas, no hay uniformidad de criterio en cuanto a que se denomina "filial", distinguiéndose tres grupos de definiciones al respecto. La concepción más amplia denomina filial a toda sociedad que se halla sometida a la voluntad de otra, o bien a la dependencia económica de otra u otras. Ante la amplitud de semejante noción, CHAMPADO señala que un segundo tipo de definición reserva la calificación de filial a una sociedad controlada exclusivamente por otra sociedad.²⁸ Más si vemos que ante la amplitud de la noción misma de "control", ante toda económica como se ha dicho, esta concepción no difiere de la anterior, y ambas son la concepción amplia de la filial. Resulta distinta, eso sí, la posición restringida, según la cual el control debe reposar sobre la participación, sea "control financiero", pues el control resulta más de la importancia del capital detenido que de otros mecanismos de elaboración de la voluntad social, siendo por tanto las otras definiciones insuficientes. Además, conforme con la noción restrictiva, sólo puede hablarse de filial cuando ha sido fundada por otra sociedad -sociedad madre-, reservándose ésta la totalidad o la mayoría de las acciones de la nueva filial. No basta, para tal concepción, la adquisición de las acciones de la misma, sino es necesario la participación accionaria mediante la fundación, con lo cual su criterio no es el del control sino el de la "fundación". Sin embargo, si bien la "fundación" es un índice que permite presumir el control, consideramos que no basta, en razón de la naturaleza del mismo. Además, hemos rechazado el limitar la presencia del control a la existencia de participación accionaria, que de por sí lleva la dificultad de determinar que "cantidad de capital o participación confiere el control". Tiene el inconveniente de considerar sociedad madre toda sociedad "fundadora" aunque su participación sea minoritaria y su control "no exento de precariedad", y al contrario rechaza tal calificación a la sociedad que sin sedo, posea un control casi totalitario de 90%, por ejemplo. Las graves dificultades reposan sobre la noción de fundación. Creemos nosotros, que debemos caracterizar la filial por su autonomía patrimonial y subordinación económica a otra sociedad, subordinación económica que se analiza jurídicamente en la noción de "control", por lo cual filial se identifica más con sociedad controlada por otra sociedad. Desde este punto de vista, no basta la participación financiera, pues hay filial cuando la participación sea suficiente para someter a una primera sociedad al control de

27. GARHIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*, Op. cit., p. 621. Véase CHAMPAUD, Claude. Op. cit., p. 232-233.

28. Ibid., p. 262-263.

una segunda. Se trata, pues, de una sociedad controlada o subordinada a la política económica de otra sociedad, o bien, depende del establecimiento de un lazo de subordinación que somete a una sociedad a la dirección económica de otra. No debemos, eso sí, confundir la filial con la noción de "sucursal", respecto a la cual la diferencia fundamental según la doctrina es la ausencia de personalidad jurídica de la "sucursal".²⁹ La filial se caracteriza por su dependencia económica a las consideraciones de la sociedad madre, de una parte, por su independencia jurídica de esa misma sociedad, de otra parte".³⁰ Surge la sociedad filial, sea porque la sociedad madre constituya expresamente una nueva sociedad, reservándose la totalidad de sus acciones o las "acciones de control", a cambio de su aporte; o bien porque adquiere las acciones o las "acciones de control" de una sociedad ya existente. Es corriente que la filial tenga su origen de la división de una sociedad anónima.³¹

6. Grupos de sociedades en derecho costarricense.

De conformidad con el Código de Comercio vigente, según el artículo 18 inciso 3), es permitido que las sociedades concurren a la formación de una sociedad mercantil, y en razón de su capacidad pueden también adquirir acciones de otras sociedades en curso de vida social. Según la norma citada, la escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener "nombre o razón social de las personas jurídicas que intervengan en la fundación", esto es, permitido por nuestro ordenamiento que las sociedades mercantiles de cualquier clase concurren en la fundación de otra sociedad, para lo cual deben cumplir con los requisitos enunciados, aparte de los establecidos en el Decreto Ejecutivo No. 12158-J, del 15 de diciembre de 1980, reformados por Decretos No. 12247-J del 24 de enero de 1981 No. 18504-J de 29 de setiembre de 1988, y No. 18652-J de 24 de noviembre de 1988 y según el cual "las personas jurídicas, de derecho público o privado, así como las extranjeras que operen en el país, se identificarán conforme con el número de persona jurídica que les asigne el Registro Público". Debe señalarse, además, que en nuestro ordenamiento no existe norma alguna que prohíba el funcionamiento de las concentraciones

29. *ibid.*, p. 96. Agrega el autor que la sucursal se distingue por su dependencia patrimonial, que le hace un establecimiento secundario. *Ibid.*, p. 97-98.

30. DESPAX, Michel. *L'entreprise et le Droit*, París Librairie Générale de droit et de Jurisprudence R. Pichón et R. Durand-Auzias, T.I. 1957, p. 107.

31. Por ejemplo, "X", que conduce dos negocios, A y B, forma una nueva sociedad a la cual aborta el negocio B, recibiendo a cambio de su aporte la totalidad de las acciones de esa nueva sociedad "Y". Si debe distinguirse lo que se ha llamado "brother-sister corporations", pues si en ese mismo ejemplo, la sociedad "X" enseguida distribuyó las acciones de "Y" entre sus accionistas, con o sin canje de sus propias acciones spin off o split off, según sea con o sin canje-, distribución que puede ser a prorrata, sea en proporción al número de acciones o a un determinado grupo de accionistas, nos encontraremos que son sociedades anónimas "hermanas" puesto que estarán controladas por el mismo grupo de accionistas, y cada accionista

empresariales, por lo cual, concluyen SALGADO PORTUGUEZ, ROCHA NUÑEZ Y MATEO PERALTA,³² siguiendo la máxima de que en derecho privado lo no prohibido está permitido, es posible en derecho costarricense la formación de grupos de sociedades. Por otra parte, debemos afirmar que nuestro Código de Comercio expresamente reconoce una forma de grupo de sociedades, la "integración" o concentración máxima, cual es la fusión regulada en el artículo 220, conforme con el cual "hay fusión de sociedades cuando dos o más de ellas se integran para formar una sola". La concentración de sociedades sin pérdida de la personalidad jurídica de cada una de ellas, si bien expresamente no está permitida, tampoco lo está prohibido. Debemos analizar, al respecto, el artículo 46 de la Constitución Política que prohíbe los "monopolios de carácter particular". Sin embargo, el párrafo tercero, señala que las empresas constituidas como monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial, con lo cual hace discutible la prohibición impuesta por el párrafo primero. Consideran SALGADO PORTUGUEZ, ROCHA NUÑEZ Y MATEO PERALTA, que "el no determinar el tipo de regulación a que éstos serían sometidos (puesto que esta regulación puede consistir tanto en una prohibición, en una reglamentación, como en una autorización), parece que éstos están regulados en las normas que sobre monopolios de hecho contiene nuestro ordenamiento, ya que el artículo 34 de la Ley No. 2426 de 3 de setiembre de 1959 (Ley de Protección y Desarrollo Industrial), y en el artículo 1, inciso I) del Decreto No. 1 de 26 de marzo de 1963, establecen que si una empresa o empresario se llegare a colocar de hecho en situación de monopolio, el Ministerio de Industrias y la Comisión Consultiva y de Coordinación para el Fomento Industrial, podrán vigilar los costos de producción y fijar el precio de venía de sus productos; es decir, estos artículos lo que hacen es someter al control del Ministerio de Industrias los monopolios de hecho, pero no los prohíbe...".³³ Distinto sucede en otros ordenamientos jurídicos, donde la llamada legislación "antitrust" permite a los Estados preservar sus

tendrá lo mismo que tenía antes de la división. Lo mismo sucede en lo que se ha llamado "Split up" que se presenta si la sociedad "X" aporta sus bienes a dos sociedades "Y" y "Z", a cambio de todas las acciones de ambas. En tal caso se concertó en "matriz" de las otras dos que serían "filiales", más en lugar de permanecer así la sociedad "X" se liquida y distribuye las acciones de "Y" y "Z" entre sus accionistas. Véase VARGAS VARGAS, Manuel. **La sociedad anónima en el derecho angloamericano**. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1964, p. 65-66.

32. SALGADO PORTUGUEZ, Jorge Fernando, ROCHA NUÑEZ, Enrique José, y MATEO PERALTA, Ileana María. Las concentraciones de empresas en las sociedades anónimas. San José, Seminario de Graduador) para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1982, p. 448-451.

territorios de las maniobras de grupos de sociedades nacionales y multinacionales, que tienden a llevar al monopolio y afectar así el libre juego de la oferta y la demanda. En tal sentido la "Sherman Act". de los Estados Unidos de América, que permite la toma de medidas severas en consideración a las prácticas restrictivas de mercado, y así, a los acuerdos concluidos entre sociedades. Establece la misma, la ilicitud del contrato o acuerdo en la forma de trust y otro para limitar la libertad del comercio, y sanciona la monopolización o tentativa de monopolizar una rama cualquiera del comercio.³⁴ En forma similar establece el "Traite de Rome", en el artículo 85, si bien no tanto en función de los conceptos de monopolio y monopolización, sino más bien de posición dominante y presencia económica, y el abuso de la misma sobre el mercado.³⁵ En consideración a lo anterior, debemos afirmar que en derecho costarricense no hay prohibición alguna de los grupos de sociedades, ante la ausencia de normativa "antitrust" y norma que impida las llamadas "Vinculaciones entre sociedades". Al contrario, la Constitución Política permite los monopolios de carácter particular que resulten de la situación de hecho, con la única salvedad que somete a regulación tal como se indicó. Distinto es, sin embargo, el devenir en un monopolio de hecho, al realizar prácticas monopolísticas del mercado, que como tales si están prohibidas en la Ley de Protección al Consumidor, No. 5665 de 28 de febrero de 1975, según la cual en su artículo 4, inciso i), el Ministerio de Economía, Industria y Comercio podrá: controlar y evitarlas prácticas restrictivas de la actividad comercial y comercio desleal, así como las prácticas monopolísticas de mercado". Corolario de lo anterior resulta que en derecho costarricense no están prohibidos los grupos de sociedades, pero si estos grupos, abusando de su posición dominante en el mercado o de su dominio económico, abusan de las mismas, para producir un fraude de ley, o de un contrato, o bien para perjudicar a un tercero, en tal caso si deben ser considerados como ilícitos, lo cual será analizado en otra oportunidad.³⁶

33. Ibid., pp.-457-458.

34. Véase GUERRA, PIETRO. Op. cit, p. 111; y OPPETIT, Bruno, Les sociétés multinationales et les Etats nationaux, **Melanges en l'honneur de Daniel Bastian**. París, Librairies Techniques, T.Í., 1974, p. 166.

35. GUYENOT, Jean, **Droit antitrust européen**. Montreal, Canadá, Les presses de l'Université du Quebec, 1973, p. 139.

36. Véase ARIAS CÓRDOBA, Fabio Alberto. La concurrencia desleal en el Derecho Costarricense, **Ivstitia**. San José, mayo, año 2, número 17,1988, pp. 12-15. El tema será objeto de un artículo posterior, dentro de tres publicaciones, referentes al fenómeno del grupo de sociedades, que será el (III). Usos y abusos de los Grupos de Sociedades.