

LA ESCISIÓN: LA REALIDAD ANTE LA LEY

Francisco Javier VILLALÓN EZQUERRO

SUMARIO: I. *La escisión dentro del marco del coloquio.* II. *Concepto preliminar de escisión.* III. *La realidad ante la ley. Enfoque interdisciplinario de la escisión.* IV. *La ley ante la concentración de empresas.* V. *La escisión fuera de los procedimientos de concertación societaria.* VI. *La escisión en la doctrina y en la práctica mexicana.* VII. *La escisión ante el derecho fiscal y la concertación económica.* VIII. *Conclusiones.*

I. LA ESCISIÓN DENTRO DEL MARCO DEL COLOQUIO

En la reflexión acerca de los “cincuenta años de experiencia de la Ley General de Sociedades Mercantiles, objeto del presente coloquio según la descripción de José María Abascal Zamora, conviene analizar figuras no contempladas por la ley, ya que “lo que hace al derecho no es la voluntad que en un determinado momento se detiene o se solidifica en esquemas definitivos”, sino “el pensamiento que se desarrolla”,¹ enmarcado en un proceso histórico y orientado a solucionar los conflictos en el “arte de lo justo concreto”.²

Así dentro del estudio del “derecho vivo” de que nos hablara Garrigues,³ la actitud reduccionista del jurista moderno que le conduce al servilismo de la ley⁴ debe ser superada.

¹ *Cit.* a Carl Schmitt en un escrito publicado curiosamente el mismo año de la promulgación de la Ley General de Sociedades Mercantiles (1934); Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. de José Luis de los Mozos), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975, p. 161.

² El derecho en la expresión de Michel Villey. *Vid.*, la traducción castellana de su *Compendio de filosofía de derecho*, Pamplona, dos tomos, EUNSA, 1979 y 1981.

³ En una conferencia en México, pronunciada en la Escuela Libre de Derecho hace casi 10 años, y expresada en muchos otros sitios: *Temas de derecho vivo*, Madrid, Ed. Tecnos, 1978, etcétera.

⁴ En este sentido las críticas de D'Ors, Wiacker, Esser, etcétera, autores que indican las fallas y consecuencias de la identificación del derecho con la ley y el Estado y son partidarios de restaurar la actividad del jurista en su auténtica dimensión creadora. Así, Alvaro D'Ors señala la necesidad de rescatar la actividad prudencial del jurista que “ha perdido totalmente su dignidad”, ya que se ha reducido, “no diremos ya al papel de un mero exégeta, sino al de agente miserable e infortunado agorero de un legislador desbocado”; *cfr.*, “Los romanistas ante la crisis

La exigencia de una apertura de miras del jurista dentro de nuestro sistema jurídico, es mayor por el contraste entre la "eminente y consubstancial variabilidad de las leyes mercantiles" de que habla Barrera Graf⁵ y las escasas reformas que ha tenido nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles,⁶ de tal manera que pudiera hablarse de la "paradoja de Bryce" al compararlas con las más de 300 reformas de la Constitución.⁷

Ese papel del jurista se encuentra en primer plano⁸ y no relegado a un "papel de reparto", ya que el verdadero derecho no es "el derecho paralizado en las leyes y en los escritos de los juristas que describiera Kantorowitz 'encerrados en su celda y armados de finísima máquina pensante, que con el solo instrumento del código, por operaciones

de la ley" (1950), recopilado en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, 1973, p. 2.

⁵ En su prólogo a *La reforma de la legislación mercantil* (varios autores), México, Porrúa, 1985, p. VII.

⁶ En total, seis reformas específicas a su articulado, más una de tipo terminológico y la reforma a un transitorio de la reforma que nominativizó los títulos valor. En total, 34 artículos modificados en más de medio siglo. Si se observa que las reformas de 1980 y 1982 tuvieron como materia la contabilidad y la "nominativización" de los títulos valores y que se insertan por tanto dentro de una perspectiva más general, el resto de las reformas se reduce a 6 (o 7 si se considera como doble la reforma de 1956 a las fracciones IV y VIII del artículo 125), a saber: 1) Artículo 2, D.O. 2 de febrero de 1943; 2) Artículo 70, D.O. del 12 de febrero de 1945; 3) Artículos 125, fracciones IV y VIII, y 140; 4) Artículos 116 y 127, D.O. de 8 de febrero de 1985.

Desde otro punto de vista, en menos de cinco años (1980 a 1985) han habido 30 artículos modificados por 5 en los primeros 46 años de vigencia de la ley, que indica una aceleración en el proceso de reformas.

Un contraste semejante existe si se compara este proceso con el de leyes mercantiles con un alto contenido administrativo, como la antigua Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, etcétera. (Un ejemplo es la Ley General de Instituciones de Seguros —D.O. del 31 de agosto de 1935— que ha sido reformada alrededor de 27 ocasiones).

⁷ Contraste que se agudiza ante la perspectiva de que en medio de este gran desinterés por el derecho privado, de la noche a la mañana surja la voluntad política de hacer una reforma de manera repentina. La ausencia de un proceso de reflexión continuo, necesario para la redacción de nuestras leyes y reformas, se asemeja a la falta de interés para efectuar las reformas adecuadas en nuestras normas de derecho privado. Las dos son manifestaciones de la "atención dispersa" y falta de preparación de nuestro legislador.

⁸ Puesto que "la crisis del legislativo puede ser interpretada como un amanecer de libertad y de dignidad para el jurista, como indicio de que se restablecerá el debido respeto de la voluntad planificadora y absolutista hacia las formaciones intelectivas, prudenciales del jurisconsulto: el respeto de la *lex* hacia el *ius*". "La jurisprudencia es la fuente primigenia de derecho, no siendo la ley más que una como condensación oficial de jurisprudencia algo así como una 'prudencia jurídica en conserva.'" D'Ors, *op. cit.*, p. 3.

lógicas, resuelven todos los casos y cuestiones conforme a lo prestablecido por el legislador”.⁹

La tarea del jurista y de la ciencia del derecho privado, como ha señalado Wieacker, consiste en “captar de modo renovado una justa y acabada imagen de la realidad y superarla metódica y sistemáticamente” y lograr “la formación de un método acabado y seguro de una teoría que impregne y ordene todo el contenido material de toda la cultura material de su tiempo, “como una condición indispensable para un resuelto acercamiento de la realidad jurídica a la justicia”, para así intentar “la restauración de la creencia en el derecho hoy casi destruida”.¹⁰

Sólo así logrará el jurista estar a la altura del reto de superar esta “paralización del derecho” y su consiguiente envejecimiento que obstaculiza particularmente al derecho mercantil, y lo convierte en una forma desadaptada debido a que éste es, “a diferencia del derecho civil, un derecho eminentemente reformista por ser un derecho muy en contacto con la economía”.¹¹

Dentro de este contexto, el análisis de la admisibilidad de la escisión es una materia ideal tanto por su relación con importantes necesidades de la reorganización de empresas, como por tratarse de un tema polémico que merece un tratamiento más amplio en nuestra doctrina. En el tema están implicadas importantes cuestiones, así como la posibilidad de figuras atípicas dentro del marco del principio de la modificabilidad de los estatutos y sus límites por la estructuración legal de las sociedades; la protección a los acreedores; la importancia de ciertos requerimientos del derecho vivido de las sociedades anónimas y sus potencialidades para ser utilizadas como instrumentos para lograr una empresa a escala humana con todas sus consecuencias de tipo personal, social, económico y político que no pueden pasar desapercibidas; la relevancia de la actividad del jurista ante la falta de previsión legal para asumir una posición correcta y orientada a valores, etcétera.

Además de ello, la figura posee un interés suplementario, pues toca de lleno ese tema tan importante —la empresa y su transmisión como

⁹ Garrigues, Joaquín, “Derecho mercantil: la realidad frente a la ley”, *Revista de Occidente*, núm. 4, 1981, p. 59.

¹⁰ Estas son las tres condiciones fundamentales para una cultura científica importante del derecho privado. Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado en la edad moderna*, Madrid, Ed. Aguilar, 1957 (traducción de la 1a. edición alemana de 1952), pp. 540-542. En la traducción italiana de Umberto Santorelli y Sandro A. Fusco de la segunda edición alemana de 1967, tomo II, Milán, Giuffrè, 1980, pp. 393-400.

¹¹ Garrigues, *op. ult. cit.*, p. 60.

unidad— cuyo tratamiento legal tanto han insistido mercantilistas de la talla de Rodríguez y Rodríguez, Mantilla Molina, Barrera Graf, etcétera.¹²

II. CONCEPTO PRELIMINAR DE ESCISIÓN

La primera y más directa aproximación al tema nos presenta la escisión como una operación inversa a la fusión. Consiste en la división de una persona jurídica. Tratándose de sociedades se presenta como una operación unitaria que implica:

1. Desde el punto de vista de la persona jurídica, un fraccionamiento de ésta.

2. Desde el punto de vista patrimonial, una distribución del pasivo y del activo de una sociedad en otra u otras sociedades.

3. Desde el punto de vista del contrato social, una modificación de éste en virtud del cual los socios se adscriben a otra u otras personas jurídicas, pudiendo conservarse la participación en la sociedad originaria en el caso que ésta permanezca.

La escisión puede implicar la desaparición de la sociedad originaria, con lo que las beneficiarias de la división serían por lo menos dos sociedades distintas, o bien la división parcial de la sociedad originaria con lo que ésta conserva su identidad y coexistiendo con una o más sociedades beneficiarias. De estos dos tipos básicos se pueden efectuar diversas clasificaciones según se atiendan a los criterios de:

a) Creación o no de nuevas sociedades, fusión con otras (escisión-fusión por absorción, escisión-fusión pura).

b) Conservación de la proporcionalidad en la adscripción de los socios en cada una de las sociedades resultantes o modificación y distribución de ellos.

c) Distribución de los activos y pasivos.

d) Determinación de la responsabilidad de las sociedades resultantes.

e) Si se da o no la participación de nuevos socios en las sociedades beneficiarias.

f) La escisión parcial implica o no una reducción de capital.

g) Conservación o modificación de estatutos, así como diferenciación de los estatutos de las entidades resultantes.

h) Que exista, o no, transformación en las sociedades resultantes.

¹² Vid., por todos, Barrera Graf, Jorge, "La reforma de la legislación mercantil: cuestiones y problemas más urgentes de ser regulados", pp. 37-55, en *Temas de derecho mercantil*, México, UNAM, 1983, en especial las pp. 41 y 42.

El afán clasificatorio puede continuar esta enumeración: escisión múltiple o sencilla, de sociedad en estado de liquidación, etcétera; sin embargo, creo que hasta aquí puede presentarse un buen panorama en aras de obtener un concepto preliminar.

III. LA REALIDAD ANTE LA LEY. ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO DE LA ESCISIÓN

El fenómeno de la reestructuración de las sociedades mercantiles es una importantísimo instrumento que ha formado paulatinamente el derecho mercantil para que éstas se adapten a las cambiantes situaciones de hecho, que marcan la evolución de la sociedad y la economía moderna, así como a las necesidades de las personas humanas que participan en la empresa, y de ésta misma como entidad, y, a su vez, puede servir para propósitos directivos, como los que intentaremos apuntar, con lo que manifiesta la influencia de las formas de organización jurídica en la apertura de desarrollo de la sociedad y la economía hacia formas más humanas de convivencia, convirtiéndose así en un medio propicio para modelar el ámbito de desarrollo de personas humanas en la empresa. Como se ha dicho, institucionalizar la empresa es humanizarla, flexibilizarla es humanizarla.

Indudablemente cada época desarrolla sus propios instrumentos, así como también tiene sus propias carencias. De manera semejante a lo que establece Lewis Mumford¹³ en un plano más general, cada época tiene sus estructuras corporativas y su dinámica.

¹³ En *Técnica y civilización* (hay traducción de Alianza Editorial) 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1979, a propósito de que cada periodo de la historia de la tecnología corresponde un tipo de sociedad, en la cual se desarrollan determinadas aptitudes y se desalientan otras y se suprimen o conservan ciertos aspectos de la herencia social, *Vid.*, sin embargo, sobre llamadas "determinaciones objetivas", nota 17 *infra*.

Galgano, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista, sociedad anónima, Estado y clases sociales*, Valencia, Fernando Torres-Editor, S. A., 1980, pp. 95 y ss. Señala las premisas técnicas de la relación entre la gran empresa y la sociedad anónima en la historia de esta última. *Vid.*, del mismo autor, *Historia del derecho mercantil*, Barcelona, Editorial Laia, 1981, p. 147.

Girón Tena, José, *Las grandes empresas (problemas jurídicos actuales de tipología empresarial. La gran S. A. Los grupos de sociedades)*, Valladolid, UNAM-Universidad de Valladolid, 1965, p. 37. "El desarrollo de la técnica, avances en la maquinaria textil, aplicaciones del vapor y del hierro, revoluciones de los transportes, etc., ofrecieron ocasión y necesidad a la fundación de grandes empresas y éstas a su vez, sólo fueron posibles gracias a la sociedad anónima. Con razón se ha dado

Así, se sostiene que dentro de una civilización con una economía tecnológica, que “es una economía de producción... de la expansión: lanzamiento al mercado de nuevos productos y extensión a nuevos mercados... Contrariamente a la economía de subsistencia, la economía de producción no puede estabilizarse, so pena de retroceder. Su estado más natural es el dinámico”.¹⁴

IV. LA LEY ANTE LA CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS

1. La ley ante la “concentración primaria de empresas”

En este panorama destaca el proceso de concentración de capitales, tema básico del derecho económico¹⁵ realizado fundamentalmente por la sociedad anónima.¹⁶ Dicho proceso va adquiriendo la fuerza a partir

a este hallazgo jurídico tanta importancia como a los grandes inventos y se ha dicho de ella que sin la misma el capitalismo no habría podido desarrollarse.”

Galbraith, John Keneth, *El nuevo Estado industrial*, Madrid, Sarpe, 1984, se refiere al impacto de la tecnología y la planificación modernas dentro de la compañía moderna, con la separación entre el propietario del capital y el control de la empresa, destacando el poder de lo que llama “la tecnoestructura” que tiene en sus manos el poder de la información.

Así, los analistas contemporáneos predicen el desarrollo de la organización en la empresa en virtud del manejo de la informática: “Las tendencias tecnológicas nos conducen a suponer que las unidades organizacionales de la década de 1990 que ahora predecimos, que para el año 2000 los criterios normativos del diseño organizacional, bien sea para fábricas, sucursales, divisiones o bien para firmas independientes sugerirán unidades que no sobrepasen las 100 personas...” Deal, Terence E. y Kennedy, Allan A., *Culturas corporativas, ritos y rituales de la vida organizacional*, México, Ed. Fondo Educativo Interamericano, 1986, p. 198.

¹⁴ Rocher, Guy, *Introducción a la sociología general*, 6a. edición, México, Ed. Herder, 1979, p. 277.

¹⁵ “La concentración de capitales es el fenómeno decisivo del derecho económico, origen de todas las mutaciones de las sociedades industriales”. Farjat, Gerard, *Droit Economique*, 2a. ed., Paris, PUF, 1982, p. 148. *Vid. infra*, nota 18.

¹⁶ Paillusseau, *La Societe anonime. Technique d'organisation de l'enterprise*, Paris, Sirey, 1967, p. 6. Ver Champaud, Claude, *Le pouvoir de concentration de la societe par actions*, Paris, Sirey, 1962. Sin embargo, ese indudable “poder de concentración” de esa “técnica de la organización de la empresa” que es la sociedad anónima, no constituye una “determinación objetiva”, pues, como se ha subrayado a propósito de la tecnología como determinación, “estos argumentos no resultan concluyentes para quien acepta como factor explicativo, la cultura y las ideas”. En la medida en que no creamos en las “determinaciones objetivas”, la objeción es: cuando se ha dicho todo sobre el ambiente, queda mucho por decir del hombre. El hombre tiene la capacidad de “determinar las determinaciones”, y por tanto no reacciona mecánicamente al “habitat”. Sartori Giovanni, *La política lógica y método en las ciencias sociales*, México, FCE, 1984, pp. 321 y 322.

de la segunda mitad del siglo XIX.¹⁷ En este contexto aparecen las "primeras fusiones de sociedades"¹⁸ en industrias o establecimientos especialmente señalados por su importancia.¹⁹ Sólo más tarde reaccionó la legislación; así, todavía la Ley de Sociedades francesa de 1867²⁰ no regulaba la fusión. En 1882 la regula el Código italiano;²¹ un poco más

Así como dice Messner, Johanes, *La cuestión social*, 2a. ed., Madrid, Ed. Rialp, 1976, p. 100: "Constituye una generalización contraria a la realidad el que Marx vincule a la sociedad por acciones, 'la ley immanente' a la economía capitalista, la concentración de capital". Ello en virtud de que las posibilidades de la sociedad anónima en cuanto a la democratización de la propiedad de la industria y a la subordinación al fin social de la economía. La discusión ha sido muy compleja por lo que sólo nos limitamos a este apunte que se inserta en el sentido de la utilidad de la institución que tratamos para humanizar la empresa.

Así se habla frecuentemente de la sociedad anónima como técnica de organización "neutra" (Menéndez, Aurelio, "Escisión de sociedades y obligaciones convertibles", *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 172-173, enero-junio de 1984, p. 227). Sin embargo, podemos convenir en que "la neutralidad de la técnica es algo distinto que la neutralidad de las cosas. La técnica es sólo instrumento... y precisamente por el hecho de que sirve a todos no es neutral. Cfr., Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984.

¹⁷ "La primera mitad del siglo XIX puede ser considerada como una fase pre-concentracinista". Champeaud, *op. cit.*, p. 4. En su *Storia economica, parte seconda* "eta contemporanea", 2a. ed., Turin, Utet, 1972, vol. V del *Trattato italiano di economia* dirigido por Gustavo del Vecchio y Celestino Arena, Amintore Fanfani trata de los comienzos en dicha concentración "en los primeros decenios del siglo XIX", pp. 285-289. Paillusseau, *op. cit.*, pp. 112 y 113, la denominó como del capitalismo de las pequeñas unidades.

¹⁸ La terminología marxista distingue entre concentración del capital y centralización del capital. "Concentración de capital es el aumento de capital de un empresario individual, el 'crecimiento de volumen de capital por la acumulación de la plusvalía que se creó dentro de la fábrica'. Centralización de capital es el 'aumento del volumen de capital por la unión de varios capitales en uno mayor'. Como consecuencia de la pugna de la competencia se arruinan las empresas más débiles, que son absorbidas e incorporadas por otras más fuertes. La centralización, es decir, la unión de muchos capitales en uno solo, tiene lugar también en la creación de sociedades anónimas, de sociedades de accionistas, etc." Wetter, G. A., y W. Leonhard, *La ideología soviética*, 2a. ed., Herder, 1973.

"La fusión de un número superior de capitales en un número menor; en una palabra: a la centralización propiamente dicha". Marx citado por Pietre, Andre, *Marx y marxismo*, Madrid, Rialp, 1977, pp. 114.

¹⁹ Llamadas "industrias motrices" (bancos, ferrocarriles, compañías mineras, etcétera). En efecto, como explica Maurice Niveau, existen industrias motrices que se adelantan al desarrollo general y marcan las pautas a largo plazo para muchas otras. *Historia de los derechos económicos contemporáneos*, 8a. ed., Barcelona, Ed. Ariel, pp. 63 y 64.

²⁰ "En 1867, la gran empresa era la excepción. Ella no se encontraba sino en aquellos sectores de la economía que exigían de medios pujantes como los ferrocarriles, las minas y la siderurgia." Paillusseau, *op. cit.*, p. 6. El sector bancario tuvo también una gran importancia para provocar una regulación. Ver *infra* notas.

²¹ En el Código de Comercio italiano de 1865 la fusión no era regulada particu-

tarde, el Código de Comercio español de 1885²² y el mexicano de 1889,²³ etcétera. Sin embargo, hay países que han regulado el fenómeno sólo hasta hace pocos años y algunos cuyas leyes no lo prevén, y ello a pesar de los múltiples problemas jurídicos tanto teóricos como prácticos que acarrea la ausencia de regulación.²⁴

La fusión de empresas es uno de los medios que tiene el hombre para cumplir exigencias de la racionalidad, el empleo óptimo de medios la producción y el suministro de resultados.²⁵

lamente. Ferri, Giuseppe, *La Fusione delle Società Commerciali*, Roma, Societe Editrice del "Foro italiano", 1936, p. 2, n. 1. "Los mismos compiladores del Código de Comercio no tuvieron una visión clara del fenómeno jurídico" (p. 2). La fusión ya aparece en las actas de la comisión para la elaboración del Código de Comercio en la sesión de 23 de octubre de 1869 (p. 3, n. 1). La fusión por incorporación sólo más tarde en la sesión de 18 de junio de 1877 (p. 4).

²² Que dedica una breve mención en el artículo 175, núm. 4, al reglamentar las compañías de crédito y los artículos 188 y 189 tratándose de compañías de ferrocarriles y demás obras públicas. Ver, por todos, Motos Guirao, Miguel, *Fusión de sociedades mercantiles*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, pp. 197 y ss.

²³ "Es el primero de los códigos mexicanos que contiene normas que regulan la fusión". Vázquez del Mercado, Óscar, *Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles*. 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1980, p. 303. La Ley de Sociedades Anónimas de 10 de abril de 1888 (Dublan y Lozano, tomo 19, p. 56), no regula la fusión. La afirmación de Barrera Graf de que esta ley "fue copiada literalmente por el Código de Comercio de 1980" ("Historia del derecho de sociedades en México", en *Estudios Jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, México, Porrúa, 1984, p. 194), no implica que dicho Código no introduzca nuevas normas, como en este caso de la fusión regulada en los artículos 196, fracción III, y 208, y el capítulo octavo del título II de libro II "De la fusión de las sociedades", artículos 260 a 264. Sin embargo, dado lo esquemático de su artículo citado, el maestro no se refiere a ella al tratar las innovaciones del Código de Comercio de 1840 (p. 195).

El maestro Esteva Ruiz critica la regulación de la fusión en el Código de Comercio, en sus *Apuntes de derecho mercantil*, p. 558. "La fusión de las sociedades está mal organizada en nuestro Código de Comercio bajo muchos puntos de vista."

La fusión que dio nacimiento al Banco Nacional de México (1884) se realizó sin que existiera previsión legal y aparece como operación precursora de la regulación. El licenciado Manuel Lizardi Barragán, exdirector jurídico de Banco Nacional de México y que ha tenido documentación relacionada, nos comentó que él no se explica desde el punto de vista jurídico cómo se pudo realizar dicha fusión.

²⁴ La encuesta del Instituto de Derecho Comparado dirigida por Rotondi sobre las sociedades por acciones, presentaba a su publicación (1974) un panorama de regulación por las respuestas de juristas nacionales a su cuestionario; al punto decimocuarto (fusión y escisión) algunos países contestaron que no estaba regulada (Uruguay, respuesta de J. Pérez Fontana, p. 2291; Chile, respuesta de Julio Olaparria, p. 605), ni era conocida por la doctrina nacional (Irán, respuesta de Hassan Soton-deh, p. 1547).

²⁵ Gebhard, Werner, "Racionalización, en marxismo y democracia", *Enciclopedia de conceptos básicos*, colaboración internacional dirigida por C. D. Kernig, Madrid. Economía, vol. 7, 1975, pp. 58 y ss. "Es necesario en cualquier sistema ecosómico, un elemento integrante de cualquier administración..." Estos medios se basan en la

Dentro del derecho de sociedades, la fusión constituye "el grado máximo de la concentración".²⁶ De esta concentración, que algunos consideran característica exclusiva de nuestro tiempo,²⁷ mientras otros

economía de mercado "sobre la libertad de decisiones a nivel de la empresa ocupada en la racionalización" (p. 59). Uria, Rodrigo, "Teoría de la concentración de empresas", en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. VIII, núm. 24, 1949, pp. 325 y 326, apunta como elemento necesario al fenómeno de concentración "el factor plan", ya que "aparece a simple vista como un tipo de organización altamente planificada, ultrarracionalizada. La concentración es la consecuencia del proceso de racionalización de la industria y de la producción...".

El término racionalización tiene sus implicaciones. Consideramos correcto el punto de vista de Llano Fuentes, Carlos, *Análisis de la acción directiva*, México, Editorial Limusa, 1982, cap. 4, pp. 71 y 82, en donde se dice que la labor gerencial puede progresar por la tendencia del *management* en el sentido de matematizar la decisión para que ésta sea racional; pero debe progresar también por un camino antropológico no matematizable. El olvidar lo segundo configura el racionalismo de la dirección. "No debe confundirse racionalidad que expresa la incidencia de la razón en las decisiones libres —y racionalización— que expresa la carencia de libertad en la acción humana, que debe ajustarse a un plan de ejecución pensando con independencia del que actúa, y en el que la decisión no interviene en modo alguno" (p. 82).

Mario Bunge, en *Racionalidad y realismo*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, sostiene que la "matematización es a menudo necesaria para alcanzar racionalidad; pero, excepto en la matemática pura, nunca es suficiente".

Sobre la relatividad de la racionalización en la economía, *vid.* Barre, Raymond, *Economía política*, Barcelona, t. I, Ariel, p. 134; sobre la racionalización de la empresa y sus límites, *vid.*, Sombart, Werner, *El apogeo del capitalismo*, México, t. II, FCE, reimp. 1984, pp. 212 y ss.

²⁶ Garrigues, Joaquín, "Formas sociales de uniones de empresas", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 7, 1947, p. 51; Motos Guirao, *op. cit.*, pp. 6 y ss., no considera que la fusión sea concentración y distingue entre fusión y concentración. Esta posición es criticada por Bargas Tejero, Juan, en su artículo "Integración de empresas", en *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, Seix, tomo XIII, 1986, p. 171. Posiblemente la concepción de Motos se inspiró en las distinciones que hacen los autores citados por Ferri, *op. cit.*, p. 6, a propósito de la fusión como fenómeno autónomo distinto a otros fenómenos de concentración y sobre todo en la tesis de Salandra Vittorio desarrollada en su libro *Il diritto delle unioni di imprese*, Padova, 1934, en la cual señala como "característica común de unos y otros tipos de concentración de empresas está en que todos dan vida a una organización colectiva entre empresas que conservan la propia individualidad jurídica con el objeto de disciplinar total o parcialmente su actividad económica", p. 76, citado por Uria, *Teoría de la concentración de empresas*, pp. 322 y 323, n. 11.

Sin embargo, Salandra concibe a la fusión como "un fenómeno característico del movimiento de concentración económica de los tiempos más recientes...". En *Nuovo Digesto italiano*, Turin, t. XII, vol. I, Utet, 1940, artículo "Società Commercial", p. 514.

La fusión unifica las empresas en una sola sociedad de tal manera que posteriormente a ella sólo impropriamente se puede hablar de concentración. La distinción marxista entre concentración de capitales y centralización de capitales es útil. La doctrina moderna distingue entre concentración primaria y secundaria. *Vid.*, *supra* nota 18.

²⁷ Dejando a un lado el término ideológico, entre los tratadistas de derecho mer-

creen que se ha dado tal cual en otras épocas,²⁸ nosotros creemos que, si bien cada época tiene sus características y la historia es irrepetible, de alguna manera existen esos *corsi e recorsi* que plantean situaciones no idénticas pero semejantes en las distintas épocas de la historia, las cuales son solucionadas algunas veces de manera semejante, otras de diferente forma. Así, de dicha concentración podemos encontrar antecedentes en diversas épocas, como por ejemplo, en Roma,²⁹ la

cantil, podemos citar a Uria, *op. cit.*, p. 323, que lo considera como "un fenómeno nuevo y singular del tiempo actual y no ante un producto de evolución de formas anteriores", Bargos Tejero, J., *op. cit.*, p. 170, sigue esta opinión.

²⁸ Uria, *op. cit.*, p. 323, n. 323, se refiere a éstos, y escribe: "rechazamos la idea de que el actual fenómeno de la concentración de empresas haya tenido manifestaciones más o menos importantes en Roma, como sostiene Waldeck..." Critica asimismo la misma consideración de Strieder en las ciudades italianas del Renacimiento así como algunos fenómenos a que se refieren los mercantilistas españoles de los siglos XVI y XVII (Tomás de Mercado, Hevia Bolaños, etcétera).

²⁹ Clark, Colin, *Las condiciones del progreso económico*, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial, tomo II, 1980, p. 665. En su "excursus: comparaciones económicas con el mundo antiguo", se refiere a esa concepción propia del siglo XIX que consideraba que su poderío económico como "su ritmo de progreso eran incomparablemente mayores que cualquier otro anterior..."

El siglo XX "ha aprendido a ser más modesto y se ha dado cuenta de que los *standars* económicos del mundo antiguo no eran en conjunto incompatibles con los del mundo actual"; así, basado en investigadores como Rostovtzeff, se refiere a que "en Roma surgieron empresas de gran escala cuyos productos se transportaban a grandes distancias" (p. 666).

Es muy sugerente a este respecto el libro Di Porto Andrea, *Impresa colectiva e schiavo "manager"*, in *Roma antica* (II sec. A. C., II sec., D.C.), Milán Guiffre, 1984, quien se refiere a la importante actividad empresarial desarrollada por conducto de los esclavos e hijos de familia con una riquísima problemática casuística, criticando de paso muchos preconceptos ya superados como la pretendida personalidad de la *Societas* y la identificación del ejercicio colectivo de una actividad económica con la *Societas*, presentando valiosas analogías entre la experiencia jurídica romana y la actual a propósito de figuras tales como los grupos de *negotiationes* y grupos de sociedades (tienen conexión con nuestro tema), pero conservando siempre la óptica adecuada de las diferencias por "la diversidad de dos fundamentales instrumentos organizativos: el esclavo y el peculio en Roma y la sociedad persona jurídica hoy" (p. 261).

Es pertinente aquí la importante observación de Álvaro D'Ors, "de cuya simplicidad se desprenden graves consecuencias. Es ésta: que siendo la empresa una persona (jurídica) se mantiene, sin embargo, la idea de que puede ser objeto de propiedad, y 'tener un dueño'. Esta contradicción viene a hacer revivir la institución de la esclavitud, por la quien debía ser considerado como persona, es decir, como sujeto, se encontraba en la condición de objeto y tenía dueño." *Una introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Madrid, Editorial Rialp, 1982, pp. 67 y 68. Así se puede decir que la concentración es llevada a cabo en ambos casos por medio de esclavos. Los principios de conservación y de humanización de la empresa serán muy mal pensados por esta actitud. Había que emprender un movimiento semejante al de la cristianización del Imperio Romano para que cambiara esa actitud, y así ver el profundo sentido personal y social de la empresa.

concentración de capital en la llamada "revolución industrial de la Edad Media",³⁰ en el renacimiento,³¹ etcétera.

El proceso de fusiones se acelera con la entrada al siglo xx;³² el título de la obra de Ivan F. Boesky *Merger Mania*³³ revela la intensidad de dicha tendencia.³⁴

La relación de las fusiones con el crecimiento de una empresa es doble: por un lado es evidente que la trascendencia de las fusiones en

Sobre "fusiones" de los *collegia* en Roma, *vid.*, Cracco Ruggini, Lelia, "Collegium e corpus: la politica economica nella legislazione e nella prassi", en *Istituzioni Giuridiche e realtà, poitiche nel tardo imperio (III-V sec. D.C.) atti di incontro tra storici e giuristi*, Firenze 2-4, Maggio 1974, a cargo de G. G., Archi 1976, pp. 63-94.

³⁰ Gimpel, Jean, *La revolución industrial en la edad media*, Madrid, Ed. Taurus.

³¹ Ascarelli indica que la compañía holandesa de las indias proviene del condominio naval. Él cita a Karl Lehmann, quien sostuvo que dicha compañía deriva de una fusión entre varios *redderei*. "Principios e problemas das sociedades anónimas", p. 336 y nota 2, en *Problemas das sociedades anonimas e direito comparado*, Saraiva e Cia, São Paulo, 1945. Sobre esta época Hecktscher, Eli F., *La época mercantilista*, México, FCE, reimp. 1983.

En la discusión sobre la naturaleza comunitaria o societaria del llamado condominio naval, ver Díez Picazo, Luis, "El condominio del buque", pp. 281-292. *Vid.*, además, Spasiano, Eugenio, "Armamento, societa di", *Novissimo Digesto italiano*, Turin, I, vol. 2, 1958, pp. 947-975.

Duque Domínguez, Justino F., "El condominio como tipo asociativo en el derecho español", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, Tecnos, 1971, tomo I, pp. 73-114, y el artículo de Maisano, Aldo, "Natura giuridica della società di armamento", en *Rivista delle Società*, 1967, p. 974, que dan el panorama de la discusión y la bibliografía pertinente.

³² Es muy curioso constatar en la gráfica que proporciona Ralph L. Nelson en su artículo "Fusiones", en la *Enciclopedia Internacional de las ciencias sociales*, Madrid, 1979, tomo V, p. 61, que el año de 1899 fue el de más empresas desaparecidas como consecuencia de las fusiones en los Estados Unidos en el periodo 1895-1961. En esta gráfica se observan 3 grandes periodos de fusiones: 1898-1902, 1926-1930 y 1957-1961. No tenemos conocimiento de que exista un estudio semejante para México.

Lundberg, Ferdinand, *Los ricos y los super-ricos*, estudio sobre el poder del dinero en nuestros días, México, Aguilar, 1974, p. 115, en su epígrafe "el movimiento canibalista de las fusiones"; se refiere a los "tres marcados periodos de olas de fusiones en Estados Unidos: 1900-1910, la década de 1920 y los años transcurridos desde la Segunda Guerra Mundial."

³³ *Merger Mania*, *Arbitrage wall street best kept money, making secret*, New York, 1985.

³⁴ Sin embargo, la tendencia a la concentración no se realizó de manera idéntica en todos los países. En Alemania "el periodo más activo de la organización de *carteles* y sindicatos tuvo lugar después del fin del siglo...".

"Estas son las formas que la organización industrial adoptó en Alemania. Antes de la Primera Guerra Mundial, sólo hubo en la industria alemana unos cuantos ejemplos de grandes combinaciones o consolidaciones comparables a los de la industria del acero o del petróleo en los Estados Unidos. Si la industria alemana se hubiera encontrado frente a una legislación hostil semejante a la dirigida contra los *trusts* en los Estados Unidos es posible que en dicha nación hubieran aparecido las fusiones o la Compañía controladora." Barnes, Harry E., *Historia de la economía del*

el crecimiento de las empresas ha sido grande;³⁵ por otro, en "la práctica efectiva, la palabra fusión indica casi invariablemente que hay implicadas grandes compañías; es raro que figuren en las fusiones compañías realmente pequeñas".³⁶

En México las fusiones comenzaron en las llamadas industrias motrices por las ventajas de la unificación en las áreas respectivas.³⁷ En la actualidad la fusión es una operación mucho más utilizada; en áreas concretas se puede hablar de ciclos de fusiones.³⁸

mundo occidental hasta principios de la Segunda Guerra Mundial. México, Unión tipográfica Editorial, pp. 415 y 416.

³⁵ Un estudio hecho hace ya tiempo (1953) por Fred Weston sobre 74 grandes empresas industriales de Estados Unidos concluyó en que "como mínimo el 22.6 por ciento del crecimiento de las mismas entre 1900 y 1948 podría atribuirse a las fusiones".

En nuestro país pudiera hacerse dicho estudio con cierta facilidad en el sector bancario.

³⁶ Lundberg, *op. cit.*, p. 116.

³⁷ Así, en los ferrocarriles, ya en 1873, Lerdo de Tejada propuso la unión de dos compañías para realizar el ferrocarril interoceánico; *cfr.*, Calderón, Francisco R., "República restaurada: la vida económica de 1867 a 1876", 2o. tomo de la *Historia moderna de México*, dirigido por Daniel Cosío Villegas, México, Editorial Hermes, p. 727. El proceso de fusión por el que resultó la sociedad "ferrocarriles nacionales de México" (escritura constitutiva de 28 de marzo de 1907) descrita igualmente por Francisco Calderón en el tomo correspondiente a la vida económica (1965) durante el porfiriato, en su capítulo VII, pp. 611-623.

Los inconvenientes de la competencia en el campo de los ferrocarriles son aquí subrayados en varias ocasiones. *Vid.* sobre ello Sombart, Werner, *op. cit.*, p. 338, que indica la competencia ruinosa en el caso de Ferrocarriles y la tendencia de que "su desarrollo lleva rápidamente al acuerdo entre ellos y, posteriormente, a la formación de ... y de fusiones".

Destaca asimismo el proceso de concentración y fusiones en la industria del acero y el carbón. *Vid.*, Ceruti, Mario, "División capitalista de la producción, industrias y mercado interior. Un estudio personal: Monterrey (1890-1910)", obra colectiva coordinada por él, *El siglo XIX en México*, México, claves latinoamericanas, 1985, pp. 83 y 93.

Respecto a los establecimientos bancarios sobre la fusión por la que surgió Banco Nacional de México, *vid.*, Rosenzweig, Fernando, capítulo VIII, monedas y bancos de *La vida económica de México durante el porfiriato*, arriba indicada, pp. 805 y ss. "La fusión primera en la historia bancaria del país, se consumó el 6 de abril de 1884...", p. 807.

³⁸ Sobre la situación del capital al inicio de la vigencia de la LGSM, *vid.*, González, Luis, *Historia de la revolución mexicana 1934-1940. Los artífices del cardenismo*, México, Colegio de México, 1979, p. 47.

La inversión fue creciendo a un ritmo bastante alto de los años cuarenta, de tal manera que a finales de los sesenta y principios de los setenta se hablaba del "milagro mexicano". Dentro de la crisis de los últimos doce años se ha dado un cierto incremento de las fusiones, pues existe una cierta relación entre crisis y fusiones. En el sector bancario puede hablarse de un doble ciclo de fusiones: el primero con motivo de la banca múltiple (1978-1979), el segundo a consecuencia de la nacionalización (1983 a la fecha). Ver Acosta Romero, Miguel, *La banca múltiple*.

En virtud de las disposiciones³⁹ fiscales, la fusión pura (en la cual de la fusión de varias sociedades resulta una distinta) es, como en otros derechos, "una rama estéril del sistema por una atrofia casi total".⁴⁰

El crecimiento de las empresas, se deba o no a fusión,⁴¹ puede ocasionar una empresa gigantesca.

Una sociedad anónima puede crecer indefinidamente; no tiene las limitaciones de número de socios o de estructura que hacen inadecuados los demás tipos sociales ante el crecimiento de la empresa; siendo así, se diría que la sociedad anónima "constituye un medio casi perfecto para reunir grandes capitales",⁴² de tal manera que viene a ser una auténtica máquina jurídica tan útil como las que la industria emplea.⁴³

Dentro de esta visión parece que el sistema evolutivo de las formas sociales que presenta nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles constituye un sistema completo; presenta una tipología variada que "no obedece a un capricho del legislador: responde, por el contrario, a razones económicas muy poderosas".⁴⁴ En cada tipo se interrelacionan de manera coherente y distinta el *status* del socio ya sea *intuitu personae* o *intuitu rei*, un derecho a la gestión social de una manera directa o una intervención directa por medio de la elección del admi-

México, Porrúa, 1981, pp. 211 y ss.; *La legislación bancaria*, México, Porrúa, 1986, pp. 121 y ss.

Existe una gran demanda de capital, si bien está limitada por la escasa extensión del mercado. El famoso "círculo vicioso de la pobreza que engendra pobreza" ha sido magnificado por la irresponsable combinación de la política de inversiones extranjeras y el empleo incorrecto del enorme endeudamiento externo en los últimos años. Sobre la formación de capital en las economías subdesarrolladas puede consultarse con provecho el resumen de Barre, Raymond, *Economía política*, 10a. ed., Barcelona, tomo I, Ariel, 1981, pp. 292 y ss., donde destaca el papel de la formación técnica, intelectual y social de los ciudadanos a este respecto.

³⁹ La realización de las fusiones depende de la evolución de las disposiciones fiscales (ver artículo 55 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, 1981 a la fecha, que no considera transmisibles las pérdidas ni aun en el caso de fusión, por lo que es conveniente que la compañía que tiene pérdidas subsista).

⁴⁰ Tantini, Giovanni, *La fusione delle società e trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, vol. VIII, 1985, p. 276.

⁴¹ "La fusión en ocasiones puede dar lugar a una empresa de proporciones gigantescas..." Vicent Chulia, Francisco, "La fusión propia y las fusiones impropias en el derecho español", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo III, p. 496.

⁴² Samuelson, Paul, *Curso de economía moderna*, Madrid, Ed. Aguilar, 1975, p. 119.

⁴³ Es la conocidísima formulación de Ripert.

⁴⁴ Uriá, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre. Reimpresión de la duodécima edición, 1982, p. 130. Sobre una crítica en este punto al anteproyecto del Código de Comercio de 1982, *vid., infra*.

nistrador, y una distinta estructuración de la responsabilidad interna y externa de los socios,⁴⁵ lo que proporciona una serie de tipos lo suficientemente amplios y flexibles como para responder a múltiples necesidades económicas y sociales, por el complemento de instrumentos de adaptación los cuales son:

a) El principio de modificabilidad de los estatutos, previsto, en general, por el artículo 5 (LGSM), y en particular, por los artículos 182, fracción XI, para la sociedad anónima; 78, fracción VII, para la sociedad de responsabilidad limitada; 208, en relación con el 182, fracción XI, para la sociedad en comandita por acciones, las cuales siguen el principio mayoritario; mientras que en los casos de la sociedad en nombre colectivo y de la sociedad colectiva se requiere "el consentimiento unánime de los socios a menos de que (en el contrato social) se pacte que pueda acordarse la modificación por la mayoría de ellos" (véanse artículos 34 y 57, en relación con el 34, respectivamente. Este principio se ha concretizado a diversas fracciones de los artículos 78 y 182.

b) Por instituciones concretas de gran importancia a estos efectos que se encuentran reguladas como operaciones unitarias:

1) La transformación de sociedades, por la cual una sociedad puede cambiar su tipo social y que en la perspectiva original de la ley servía para modificar el régimen interno de los socios, como modulador jurídico para adaptarse al crecimiento de la empresa. Esto último, aunque no lo diga expresamente la exposición de motivos, se deduce de la misma, ya que al tratar del capital social mínimo en la sociedad anónima (no menor de 25000 pesos que correspondería a varias decenas de millones de pesos de hoy en día),⁴⁶ expresa que dicha exigencia se vierta dentro "del propósito de que la anónima sea un tipo al que acudan únicamente las empresas de importancia".⁴⁷ Restringir los tipos sociales significaría una limitación innecesaria y un apoyo de confianza en la utilidad de la figura de la transformación.⁴⁸

⁴⁵ Sobre esto y otros puntos relacionados, ofrece un buen resumen Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 7a. ed., México, Editorial Porrúa S. A., 1979, pp. 317 y ss.

⁴⁶ En realidad, como se verá más adelante, esa desactualización es relativa respecto a los mínimos de capital, puesto que "existe una tendencia legislativa a la reducción expresa y tácita, de los mínimos de capital"; Galgano, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista*, p. 103 y pp. 102-113.

⁴⁷ *Sociedades mercantiles y cooperativas*, 40a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 15.

⁴⁸ Expresamos nuestro desacuerdo con el nuevo anteproyecto de Código de Comercio (1982), que suprime dicha diversidad de tipos o formas sociales conservando sólo la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Los ar-

2) La fusión, figura más directamente relacionada con el crecimiento de la empresa⁴⁹ y especialmente protegida por la ley puesto que, a diferencia del Código de Comercio de 1889, que establecía el derecho de retiro a los socios disidentes (artículo 260),⁵⁰ la LGSM no lo otorga, sobre ello, la exposición de motivos indica que "es conveniente anotar que, precisamente porque la transformación de una sociedad es una medida mucho más grave que la fusión, sólo ella da lugar, según ya queda indicado antes, al derecho del retiro".⁵¹ Así, el artículo 206 únicamente lo concede cuando la asamblea general de accionistas adopte resoluciones sobre los asuntos comprendidos en las fracciones IV, V y VI del artículo 182, fuera de los casos de la modalidad de capital variable. La interpretación contraria, primero timidamente indicada por Joaquín Rodríguez y Rodríguez en sus notas de derecho mexicano a la traducción de Felipe de J. Tena al *Derecho mercantil* de Tullio Ascarelli,⁵² luego sostenida por Porrúa Pérez⁵³ y reafirmada por Rodríguez y Rodríguez en su *Tratado de sociedades mercantiles*,⁵⁴ ha tenido muchos seguidores;⁵⁵ incluso ha sido citada en el extranjero

gumentos para la supresión se basan en el escaso uso de los demás tipos sociales (ver para esto las gráficas que Mantilla Molina proporcionaba en las ediciones de su derecho mercantil de hace alrededor de 15 años). Dicha práctica obedece, entre otras cosas, a las deformantes consecuencias de una desactualización de la ley. Sobre la relación entre tipos sociales y tamaño de la empresa a partir del empresario originario, *vid.*, Garrigues, *op. cit.*, pp. 317 y 318.

El licenciado Carlos Sánchez Mejorada nos señala diversos casos de transformación de sociedades anónimas de gran importancia a sociedad colectiva por atendibles razones. En el derecho alemán asistimos a una inversión del papel preponderante de la sociedad anónima en favor de la sociedad de responsabilidad limitada; *vid.*, Hauptmann, Jean Marc, "El futuro de la sociedad anónima en Alemania", *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, Buenos Aires, núm. 94, agosto de 1983, pp. 535 y ss. En México tenemos una tesis sobre el tema del renacimiento de la sociedad de responsabilidad limitada por Leticia Balmaceda E.L.D., 1986.

⁴⁹ Aunque en ocasiones puede no tener efecto patrimonial o inclusive puede ser realizada con una sociedad con pérdidas tales que signifique para la sociedad resultante una disminución patrimonial.

⁵⁰ Art. 260.—"La fusión de varias sociedades debe ser decidida por cada una de ellas. La decisión debe ser tomada en los términos que expresa la fracc. III del art. 207, pero para los socios que disientan, la sociedad se tendrá por disuelta."

⁵¹ *Sociedades mercantiles y cooperativas, op. cit.*, p. 22.

⁵² México, Porrúa, 1940, p. 205, en donde considera extraño que no se otorgue dicho derecho de separación.

⁵³ Porrúa Pérez, Francisco, "Breve ensayo acerca de la fusión de las sociedades mercantiles en el derecho mexicano", *Anales de Jurisprudencia*, tomo XXIX, pp. 897 y ss.

⁵⁴ Publicado en 1947, nosotros nos basamos en la 5a. edición, Editorial Porrúa, tomo II, 1977, p. 526.

⁵⁵ Tanto en varias tesis profesionales sobre la fusión (desde 1947 Díaz Mirón, Luis E.L.D.) como sobre el derecho de separación (desde la de Aguilar Valdez,

como la posición del derecho mexicano,^{55 bis} a pesar de opiniones, a nuestra manera de ver más fundadas, de varios autores.⁵⁶ Los diversos proyectos de Código de Comercio y de Ley General de Sociedades Mercantiles, desde el de 1943 hasta el de 1982, conceden el derecho de separación en el caso de fusión. No estamos de acuerdo en concederlo ni dentro de la interpretación de la ley actual ni en proponerlo como modificación legal. En lo primero, puesto que la no previsión del derecho de separación en este caso no constituye una laguna legal en el sentido de una "incompletez contraria al plan de la ley", supuesto que "el plan regulativo que sirve de base a la ley, se ha de inferir de ella misma por la vía de la interpretación histórica y teleológica",⁵⁷ y de la exposición de motivos ya citada aparece expresada la voluntad de no admitir ese retiro. Esta cuestión fue debatida en esos años, por lo que se advierte de las diferencias que guarda en este punto concreto el proyecto de 1929 y sus modificaciones de 1931 que demuestran la relevancia de las discusiones y proyectos italianos de Código de Comercio en el derecho mexicano de aquella época.^{57 bis} Así, las leyes

María Isabel, UNAM, 1950), como en artículos de revistas jurídicas (el último de ellos el de Iturbide Galindo, Adrián, "Disolución y liquidación de sociedades mercantiles", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 10, ELD, p. 211).

^{55 bis} Otaegui, Julio C., *Fusión y escisión de sociedades*, Buenos Aires, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, 1976, p. 146, donde cita la opinión de Rodríguez y Rodríguez.

⁵⁶ Vásquez del Mercado, Alberto, *Fusión de sociedades mercantiles*, México, Ed. Porrúa, 1950. Consultamos la 3a. edición publicada bajo el título *Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1980, pp. 349-351; Abascal Zamora, José María, *La fusión de sociedades mercantiles* (tesis), UNAM, 1960; Frisch Philipp, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1982; Barrera Graf ya se adhirió a esta opinión en su conferencia sobre la constitución de la sociedad anónima.

⁵⁷ Larenz, Farl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, definitiva traducción de la 4a. alemana, 1980, p. 366.

^{57 bis} Así el proyecto italiano de la Comisión Ministerial presidida por Vivante concedía en su artículo 217 el derecho de retiro en una serie muy amplia de casos. La influencia de este proyecto en el artículo 928 del proyecto de Código de Comercio de 1929 es evidente. Así, casos indicados por las fracciones I, II y IV del artículo 898, a saber: fracción I, prórroga, transformación, disolución anticipada o cambio del objeto de la sociedad; II, fusión con otras sociedades; IV, aumento, reembolso o reducción del capital social emitido.

En cambio, en la reunión del proyecto que se hizo en 1931, el artículo 928 reduce los casos de retiro a los indicados en las fracciones I, IV y V de su artículo 898, que son: I, prórroga de la duración de la sociedad; IV, cambio de objeto; V, transformación de la sociedad (el cambio de nacionalidad no estaba previsto en este último artículo que será correspondiente al actual 182 de la Ley de Sociedades vigente). Por lo que he podido concluir de mis conversaciones con diversos mercantilistas, esta revisión de 1931 es prácticamente desconocida en la actualidad.

italianas que suspendieron y limitaron a partir de 1915 el derecho de retiro previsto por el artículo 158 del Código italiano para la fusión, seguramente fueron consideradas para la redacción del artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁵⁸ La finalidad de esas disposiciones era tutelar la conservación de la empresa evitando su descapitalización, sobre todo en épocas de crisis.

La LGSM valoró muy bien, a este respecto, la situación de la economía mexicana caracterizada por su descapitalización.^{58 bis} En el plano del derecho comparado, el nuevo Código Civil italiano de 1942 le vino a dar la razón al legislador mexicano al no conceder el derecho de separación (artículo 2437).

c) Por la posibilidad de la adopción de la modalidad de capital variable por parte de la sociedad (artículo 1o. en relación con el capítulo VIII, artículos 213 a 221) que tiene efectos constantes en la vida societaria y no limitados a una operación concreta (como el caso de la oferta pública de acciones del artículo 81 de la Ley del Mercado de Valores o el de las obligaciones convertibles en acciones del artículo 210 bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de crédito).

Conforme con estas posibilidades de flexibilización de las sociedades mercantiles, el legislador expresa en la exposición de motivos que "se ha optado por conservar en lo básico la *estructura rígida* que da a la anónima el Código de Comercio; seguro el gobierno de que si el sentimiento de desconfianza de que antes se habla puede llegar a desaparecer, ciertamente no será con la adopción de reglas que amplíen demasiado las posibilidades de acción de los fundadores de esta clase de empresas".⁵⁹ De este modo, los autores, la sociedad anónima está configurada en su mayoría por normas imperativas en virtud de esa "conversión del derecho dispositivo en derecho imperativo" que efectuó la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁶⁰

⁵⁸ Así encontramos en las bibliotecas mexicanas artículos sobre las leyes: Scialoja, Antonio, "La lungastoria di una breve legge", *Saggi di vario diritto*, Roma t. II, Foro italiano, 1928, pp. 437-460. Fré, Giancarlo, "Sul diritto di recesso", *Rivista del diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni*, 1933, I, pp. 636-644 y 762-811.

^{58 bis} "Se limita el retiro de los socios de acuerdo con las orientaciones de la Doctrina, únicamente a los casos en que la asamblea decida el cambio de objeto de la sociedad, el cambio de nacionalidad o acuerde la transformación de la misma".

4a. sala juicio ordinario civil promovido por Suárez Orozco y Cia., Sucs., S.A., en contra de Basilio Fernández de Villar, Fernández y Cia., sociedad en nombre colectivo, citado por Pallares, Eduardo, *Tratado elemental de sociedades mercantiles*, México, Robredo, 1965, p. 379.

⁵⁹ *Sociedades mercantiles y cooperativas*, op. cit., p. 8.

⁶⁰ Frisch Philipp, op. cit., p. 8.

2. La ley frente a la llamada "concentración secundaria" (grupos de sociedades)

Conforme a lo anterior, aparentemente la Ley General de Sociedades Mercantiles ha regulado toda la vida societaria con sus diferentes posibilidades de evolución; sin embargo esto no es así, ya que en realidad participa de una tendencia que acusaban las leyes societarias de entonces; y que resume Rene Rodiere: "los legisladores han reglamentado a la sociedad como si ella debiera vivir en una vida económica y financiera absolutamente independiente de la vida de otras agrupaciones".⁶¹

Los grupos de sociedades constituyen lo que se ha llamado "concentración secundaria de empresas".⁶²

El hecho de que la ley no regule dicho fenómeno es una de tantas razones que nos lleva a la conclusión de que la ley no ha cumplido, como no podía hacerlo, el ideal racionalista del código previsor de todas las relaciones.⁶³ El esquema legal de la sociedad anónima no puede ser, por tanto, un esquema completamente cerrado ya que por un lado, la sociedad anónima tiene posibilidades de evolución y de adaptación a nuevas circunstancias, por otro, el derecho no se reduce a la ley sino que el papel primordial del jurista en la creación del derecho, potencia los instrumentos jurídicos convirtiéndolos en obra esencialmente humana y por tanto viva. Como se ha observado, dado el relativo nivel de concentración en México y nuestra descapitalización, por razones de maniobrabilidad, no conviene la estructura rígida, por lo menos en el caso de la pequeña sociedad anónima.

Aunque a primera vista no lo parezca, es en este plano de la concentración secundaria donde puede aparecer la escisión.

En efecto "un análisis superficial de la concentración hace aparecer contradicciones y procura el sentimiento de una cierta incoherencia. Esta incoherencia no es más que superficial; el particularismo de la empresa y de su administración da lugar a la aparente contradicción entre las fusiones y las escisiones, no puede ocultar la unidad profunda del movimiento de concentración de empresas".⁶⁴ Esta contradicción

⁶¹ "Groupement et société en droit français". *Evolution et perspectives du droit des sociétés a la lumière des différentes expériences nationales*. Obra publicada bajo la dirección de Piero Verrucoli, tomo II, Milán Giuffrè, 1968, p. 380 en donde remite a la tesis de Percerou, Andre, *Lois Nouvelles et projets récents en matière de sociétés par actions*, tesis, Paris, 1932, quien hacía esta observación dos años antes de la promulgación de nuestra ley.

⁶² Farjat *op. cit.*, p. 154.

⁶³ *Vid.* Wiaecker, *op. cit.*, supra núm. 5.

⁶⁴ Paillusseau, *op. cit.*, pp. 128-129.

aparente es la que constituye la "situación paradójica" de la escisión.⁶⁵

Ahora bien, ¿cuál es la razón de que existan grupos de sociedades?, aparte, claro está, de las cuestiones de colaboración y asociación naturales o más bien ¿por qué de una organización unitaria pueden surgir, por diversos medios, varias sociedades anónimas? Desde luego no se trata de una sola razón sino de varias encuadradas en la favorable actitud del derecho moderno a la "multiplicación" de las personas jurídicas. Examinemos algunas:

En primer lugar el gigantismo de la empresa. Es muy claro que no existe una identidad entre sociedad anónima y empresa.⁶⁶ Sin embargo la sociedad anónima es una técnica de organización especialmente eficaz.⁶⁷

Es importante destacar que la sociedad anónima está concebida más como unidad de financiación que como unidad de producción; sin embargo esto no es inflexible y por eso algunas veces es conveniente una divisionalización, otras una escisión.⁶⁸ Todo ello dentro de la creciente

⁶⁵ Observación de Claude Champaud en su tesis doctoral subrayada en su prefacio por el director de la tesis Yvon Leussuarn. *Le pouvoir de concentration de la société par actions*. Paris, Sirey, 1962, p. 15.

Guyenot, Jean. *Derecho comercial*, vol. I, Buenos Aires, EJE, 1975, p. 430, "puede parecer paradójico el hecho que esta operación figure entre los procedimientos de concentración de sociedades, la paradoja es sólo aparente". *Vid.* en las actas del 64 Congreso del notariado francés. *Procès-Verbaux de travaux des commissions et des assemblées*. Royan, 23, 24, 25, May, 1966, pp. 145 y 500.

⁶⁶ Por lo que modificación a los estatutos y modificación de la empresa y viceversa no siempre son coincidentes. De la Cámara, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*, t. I-V, II, Madrid, Editorial de Derecho financiero, 1979, p. 5. Es por ello que presentamos a la escisión como una técnica alternativa para conseguir cierta organización adecuada en la empresa, técnica formal que implica adecuaciones materiales también.

El problema de las "relaciones e interferencias entre ambos conceptos" es sumamente complejo pero de gran importancia como lo ha señalado Polo, Antonio. "Empresa y Sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues" en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. I, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 309 y sig.

⁶⁷ La sociedad anónima puede servir en este sentido, a pesar de las objeciones de Polo. Además de Pailluseau ya citado *vid.* Guyenot, Jean *Contribución al estudio del derecho comercial comparado*. Buenos Aires, EJE, 1971, pp. 49-118. "El nuevo derecho de las sociedades, técnica jurídica de la organización de las empresas y de la concentración de poder económico", donde incluye el estudio de la escisión. *Vid.* Vicent Chulia, Francisco, "Derecho mercantil del neocapitalismo" *Revista de derecho mercantil*, núm. 139, enero-marzo 1976, p. 39.

⁶⁸ "La sociedad anónima puede llegar a ser considerada como una unidad financiera más que como una unidad de producción, como un conglomerado de diversas actividades productivas.

En realidad, algunas compañías son tan grandes que el único sentido en que operan como una sociedad aislada es en relación a la bolsa de valores."

Mc. Cormick, B.J. y otros: *Introducción a la economía*, t. I, Curso de economía moderna. Penguin Alianza, Madrid, Alianza editorial, 1975, p. 323.

diversificación de la empresa en la actualidad, de tal manera que nos encontramos dentro de una auténtica "marea de conglomerados".⁶⁹

Según algunas concepciones del siglo pasado, la empresa y la sociedad anónima podrían 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.⁷⁰ Nuestra ley aunque no participe de una ideología determinada a este respecto, si parte del mismo preconcepción 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".

⁶⁹ La frase es de la revista *Fortune*, cfr. Lattes, Robert, *Un billón de dólares. El mundo económico de las multinacionales*, México, Planeta, 1983, p. 114.

Se habla de conglomerados en dos sentidos: en el de grupos de sociedades y en el de la diversificación del objeto social o de la producción en una misma sociedad, frecuentemente originada por fusiones. Sobre la tendencia a la diversificación que se ha acelerado estos últimos años puede verse, además del libro de Lattes, Mc Cormick, p. 323, que subraya la relación entre la diversificación y riesgo; Gort, Michael, "Diversification, mergers and profits", en *The corporate merger*. Editado por Alberts, Williams W. y Segall, Joel E., pp. 31-44 con una discusión sobre el tema, pp. 44-51.

Vid. además Galgano Francesco *Las instituciones de la economía capitalista*, pp. 103-104.

Sobre esa multiplicación de personas jurídicas en México, *vid.* Medina Cervantes, José Ramón. *El estado mexicano entre la inversión extranjera directa y los grupos privados de empresas*. Capítulo IV, México, La red de Jonas, 1984. "Los grupos de empresarios mexicanos", pp. 172 y sig. "En el lapso de 1976-1980 el grupo Alfa ascendió a 157 subsidiarias" (pp. 198-199), para una lista de los principales grupos mexicanos, *vid.*, la nota 223 en la p. 251.

⁷⁰ Según Marx "el progreso técnico lleva a una aplicación cada vez más amplia de la ciencia en la producción. Los medios de producción se desarrollan en una medida tal que ya no pueden ser dirigidos y aprovechados por personas o grupos aislados, sino solamente por la totalidad de la sociedad. Con ello se acerca el momento en que no solamente sea posible, sino necesario también transformar los medios de producción más decisivos en propiedad social, únicamente por ese medio es posible superar la contradicción, llevada a su punto máximo, entre el carácter social de la producción y su apropiación privada.

La concentración y centralización del capital conducen a que las riquezas de la sociedad se encuentren en las manos de un número cada vez más restringido de personas. Con ello se hace el foso que separa a la pequeña minoría de los empresarios capitalistas de la mayoría de la población trabajadora, cada vez mayor. Al mismo tiempo, la concentración de la producción contribuye a que los obreros se reúnan en masas crecientes en las grandes empresas y centros industriales capitalistas. Se facilita así el agrupamiento y organización de los obreros contra el capitalismo.

El monopolio del capital se convierte en atadura de la forma de producción que con él y en él floreció. La centralización de los medios de producción y la socialización del trabajo alcanzan un punto en el cual resultan incompatibles con su envoltura capitalista. Estallan. La hora de la propiedad capitalista ha sonado. Los expropiadores son expropiados". Wetter, G.A. y Leonhard W., *op. cit.*, p.p 297-298.

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, por lo menos se debe distinguir.

Así desde hace ya tiempo existe una tendencia que indica que existe un tamaño óptimo de la empresa.⁷¹ La discusión de alguna manera

Desde luego los antecedentes de una visión unitaria de la organización pueden remontarse hasta el pensamiento socrático-platónico, Aristóteles, *Política* II, 2.

De esta mentalidad se burla Schumacher, *El buen trabajo*, Madrid, el debate, p. 17, "se puede seguir inflando el globo sin parar. El globo se va haciendo cada vez más grande, cada vez más imponente..." Este autor tiene varios libros en los que insiste en su idea expresada en el lema "lo pequeño es hermoso". En México tenemos la crítica de esa 'cultura del progreso' y de esa 'fe ciega en la organización superior, en las soluciones grandiosas' en el libro de Gabriel Zaid citado en la siguiente nota.

⁷¹ Sombart, Werner, *op. cit.*, pp. 37 y ss., quien después de referirse a las ventajas de la economía de escala indica que "todas esas ventajas sólo se aprecian mientras no se rebase el límite de la magnitud mínima".

Gabriel Zaid escribe que existe una discusión si ese tamaño óptimo proviene de la aplicación de la "ley de rendimientos decrecientes" o bien de lo que "ya algunos vanguardistas empiezan a llamar deseconomías de escala a los sobrecostos contraproducentes que provocan algunos crecimientos: la ley de los rendimientos decrecientes, con una falda más corta".

Según Spiegel, *The growth of economic thought*, pp. 194, 326, Turgot fue el primero que dijo (poco antes de 1770) que al aplicar insumos crecientes de trabajo a una misma parcela, el producto agrícola aumentaba primero en forma acelerada y luego cada vez menos; afirmación que adquirió un lugar central en la teoría de las rentas de Ricardo, para quien, sin embargo, las manufacturas, a diferencia de la agricultura, tenían rendimientos crecientes. La confusión actual puede verse en Samuelson, *Economics*, pp. 24-30, y proviene esencialmente del uso de la palabra ley. En vez de afirmar simplemente que los rendimientos pueden ser proporcionales, o menos que proporcionales, en este último caso se habla de la 'ley de los rendimientos decrecientes; lo cual parece declarar que ese es el caso general; lo cual obliga a declarar que no es una ley universalmente válida; o sea que es una ley que no es ley. Nadie habla de una ley de los rendimientos constantes, ni de una ley de los rendimientos crecientes." *Cfr.* Zaid, Gabriel, *El progreso improductivo*, México, Siglo XXI, 4a. ed. 1984, pp. 120 y 126.

Sobre la discusión a que alude Zaid, *vid.* Messner, *op. cit.*, p. 95, quien considera que "una superioridad de la gran empresa sobre la empresa pequeña se da sólo en cuanto rige 'la ley de los costos descendentes'". McCouwell, *Cambell R. Cuadro básico de economía*, Madrid.

Aguiar, 1974, quien sostiene que "no es aplicable la ley de rendimientos decrecientes" por tratarse de una cuestión a largo plazo donde todos los recursos son variables. El principio aplicable sería el de la "economía de escala o deseconomía de escala" (pp. 656 y 577).

Samuelson, *Curso de economía moderna*, pp. 121 y 125, quien además se refiere que el número de grandes empresas es variable, a un ritmo muy pequeño. Igual que un hotel puede estar lleno pero con gente diferente", p. 125. Schumpeter considera que esta ley de los rendimientos decrecientes o utilidad marginal no es aplicable en la teoría de la empresa. Schumpeter, Joseph A. *Historia del análisis económico*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 996, 100, etcétera.

continua.⁷² Sin embargo la tendencia económica actual apunta hacia una solución del tamaño óptimo de la empresa a través del progreso de las técnicas de la organización.⁷³

Las tendencias más recientes de las modernas "culturas corporativas" señalan la desaparición de los "dinosaurios organizativos" que se encuentran "más allá de toda salvación".⁷⁴

Las previsiones a futuro de la evolución de las estructuras de organización apuntan hacia una descentralización. Ello es sorprendente, si se piensa que dichos pronósticos se realizan en virtud de avances tecnológicos de gran virtualidad centralizadora como son los de la informática. Así Terence E. Deal y Allan A. Kennedy indican, "muchas

Para una aplicación marginalista a la empresa, *vid.* Gravelle, Hugh y Rees, Ray, *Microeconomía*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 380 y ss.

Vid. Dean, Joel y Smith, Winfield "The relationships between profitability and size", en *The corporate merger, op. cit.*, pp. 3-22, con una discusión sobre el tema, pp. 22-30.

Así en algunos casos conviene la fusión por la economía de escala. Así en México en la industria automotriz se ha recomendado por "las condiciones de baja eficiencia de la industria automotriz por falta de aprovechamiento de las economías de escala", es recomendable "una mayor especialización o bien la fusión de varios de ellos". "La industria superior en México" en el *perfil de México en 1980*, vol. 2, México, Siglo XXI, 12a. ed., 1985.

⁷² Tamames, Ramón, *Fundamentos de estructura económica*, Madrid, 1985, pp. 204-205, concluye: "en suma puede decirse que proseguirá la polémica sobre el concepto de dimensión óptima". Este autor, que reproduce aquí los textos de su estudio publicado en 1966 en su libro *La lucha contra los monopolios* señala la dificultad de cuantificar el tamaño óptimo para industrias concretas y toma posición en contra de la teoría del tamaño óptimo, posición explicable por la ideología del autor.

"La teoría debe ser abandonada por totalmente falsa tan sólo puede hablarse de una deseable dimensión mínimo de la empresa y a partir de ella de una línea larga y estable de bajos costes, con costes marginales aproximadamente iguales a los costes medios". P.J.C. Wiles citado por Tamames, p. 204.

⁷³ "La fusión en ocasiones puede dar lugar a una sociedad de proporciones gigantescas; a pesar de las técnicas de descentralización de la gran empresa, cada vez más desarrolladas, puede resultar ventajoso mantener la apariencia de una pluralidad de sociedades sin vínculos recíprocos, sometidas a un mismo control. Ventajas en cuanto a organización, en cuanto a encubrimiento fácil de operaciones financieras más o menos lícitas, en cuanto a conservar la ficción de una competencia entre las distintas sociedades que, en realidad sólo persigue explotar al máximo la posición de monopolio colectivo; todas estas razones y otras muchas fomentan el recurso a otras técnicas de concentración distintas a la fusión propia, y muy especialmente a los grupos de sociedades". Vicent Chulia, Francisco. "La fusión propia y las fusiones impropias en el derecho español". *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. III, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 495-496.

⁷⁴ Toffler, Alvin. *La empresa flexible*. México, Plaza y Janés Editores, S.A., 1986, p. 11, "esa estrategia rectilínea ha llegado a convertirse en un cianotipo para el desastre corporativo" (p. 12).

personas creen que esta tecnología fomentará más centralización. Nosotros creemos que ocurrirá precisamente lo contrario".⁷⁵

⁷⁵ Deal, Terence E.; Kennedy, Allan A. *Culturas corporativas, retos y rituales de la vida organizacional*, México, Fondo Educativo Interamericano, 1986, p. 191.

Esa "organización atomizada", tendrá:

- Pequeñas unidades de trabajo concentradas en una tarea.
- Cada una tendrá el control económico y administrativo de su destino.
- Estarán interconectadas con entidades mayores mediante enlaces benignos de computación y comunicación.
- Y se ligarán, mediante vigorosos lazos culturales, formando en conjunto compañías mayores (sociedades o grupos).

"Como quiera que las ventajas de la gran escala se están erosionando rápidamente y que las entidades pequeñas pueden aprovechar el capital humano aunado de sus empleados.

La competencia eliminará las unidades de tamaño mayor, así como, hace mucho tiempo, la creciente población de mamíferos de menor tamaño, más rápidos y más inteligentes eliminó a los dinosaurios.

Este nuevo tipo de organización será más eficiente por cuatro razones:

- Innumerables estudios han demostrado que las personas se desempeñan más eficazmente cuando controlan (o sienten que controlan) sus propios destinos. En la organización atomizada, los vendedores se habrán unido a sus unidades de trabajo porque así los dejaron, sus salarios están en proporción directa con su rendimiento.
- Se cree que la presión de los colegas constituye el más poderoso factor simple de motivación para los individuos de esta era postindustrial, y es asimismo el mecanismo fundamental de control en la pequeña unidad de trabajo.
- Es más fácil formar culturas vigorosas en unidades de menor tamaño y estas unidades se comportarán más cohesivamente y lograrán productividad y efectividad mayores.
- Los eslabones de computación y comunicación que agrupan las unidades individuales convirtiéndolas en corporaciones, serán mucho más baratos que los estratos de gerencia media de las organizaciones actuales.

Lo pequeño es bello —pequeño y semiautónomo— porque satisface mejor no tan sólo las necesidades del negocio sino también las del personal. *Op. cit.*, pp. 197-198.

La teoría administrativa habla de la necesidad de "que en lugar de construir edificios permanentes, los ejecutivos actuales tienen que des-construir sus compañías para hacer óptima la maniobrabilidad", así oponen la ad-hocracia a la burocracia. *Cfr. Toffler, Alvin, op. cit.*, p. 12.

La fragmentación "dividir las cosas para facilitar la flexibilidad organizativa y estimular la acción", está a la orden del día ya que "la verdadera fuerza del grupo pequeño reside en su flexibilidad", por eso dentro de los "ocho principios básicos para sostener en la cúspide", Peters y Waterman resumen su tercer principio: "autonomía y espíritu emprendedor: desmenuzar la corporación, en compañías pequeñas e incitándolas (sic) a pensar de manera independiente y competitiva". *Vid. Peters, Thomas y Waterman Jr., Robert H. En busca de la excelencia*, México, Lasser Press, 1984.

Los autores piensan más bien en la divisionalización de la empresa aunque ciertos casos podría ser utilizada la escisión. La formulación de "desconstruir" las compañías puede aplicarse a la escisión.

Como se ve, si bien la "economía a escala" tiene sus ventajas, también tiene sus desventajas.⁷⁶

La resolución general No. 15 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras es motivada entre otras razones, por esas ventajas de la empresa pequeña y mediana.⁷⁷

En la decisión influyen muchos factores, no sólo económicos sino también humanos. Es por ello que la racionalización en economía es relativa.⁷⁸ Así Harris opina que en el futuro "muchas organizaciones amantes de la importancia del elemento humano, descentralizarán la toma de decisiones y otras actividades".⁷⁹ 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 deli-

⁷⁶ Farjart, p. 157. "Fuente de burocracia privada". Es necesario "operar las maniobras estratégicas de la técnica de los grupos".

Acosta Romero, Banca Múltiple, pp. 152-153, se refiere a las desventajas del gigantismo.

Guyenot, *op. cit.*, p. 430, "evita a la sociedad disgregadora alcanzar un gigantismo que a veces puede ser nefasto para la rentabilidad, transfiere a las sociedades que permanezcan en su órbita, actividades que estén concentradas en unidades económicas bien adaptadas a la situación del mercado.

Vid. Townsend, Harry, *Scale, innovation, merger and monopoly, an introduction to industrial economics*. Oxford, Pergamon Press, 1968. Sobre todo el capítulo 2 "economies and diseconomies of large organizations.

Tratándose de la magnitud óptima es "más fácil establecer el límite inferior que el superior". *Cfr.* Mayntz, Renate, *Sociología de la administración pública*, Madrid, Alianza Editorial, 1978, p. 97.

Sobre la relación entre tamaño óptimo y monopolio, *vid.* Velasco Gustavo R., *El problema de los monopolios*, México, Instituto Tecnológico de México de la Asociación Mexicana de Cultura, s/f, p. 9, donde dice que "pese algunas encuestas favorables a las combinaciones monopólicas, tanto inductiva como deductivamente, debe llegarse a la conclusión de que la empresa libre, de cierto tamaño variable según las circunstancias, pero como regla general no la empresa pequeña, es superior a monopolio".

⁷⁷ D.O. 2. sept., 1986, puntos 7 y 8:

7. Que, comparativamente con el resto de las empresas, la pequeña y mediana empresa requiere menos de la mitad de inversión bruta por empleo generado y crea mayor valor agregado por unidad de capital invertido.

8. Que las empresas pequeñas y medianas son aptas para integrarse en procesos productivos de grandes unidades y requieren de menor tiempo de maduración en sus proyectos todo lo cual es particularmente importante en la presente coyuntura."

⁷⁸ "La relatividad de la racionalidad". Louis Badin, citado por Barre, Raymond, *op. cit.*, t. I, p. 134.

⁷⁹ Harris, O. Jeff J., *Administración de recursos humanos*, México, Limusa, 1982, p. 503.

mitar su problemática dimensional y obtener el *enunciado correcto para la solución deseable*".⁸⁰

La dimensión de la empresa y sus exigencias estructurales "coartan muchas veces seriamente esta satisfacción de las necesidades del individuo, provocando frustración, agresión y otros efectos negativos en el lugar de trabajo.⁸¹ Las repercusiones en la psicología de las personas miembros de la empresa puede ser muy importante.⁸² A su vez el senti-

⁸⁰ González Páramo, José Manuel, *La empresa y la política social, análisis interdisciplinario del conflicto*, Madrid, Rialp, 1966, pp. 124-125.

⁸¹ Weinert, Ansfried B., *Manual de psicología de la organización. La conducta en las organizaciones*. Barcelona, Herder, 1985, p. 27. Es sumamente importante insistir que la personalidad juega un papel decisivo en la empresa. No se trata de olvidar los demás fines que tiene, pero si de subrayar que la organización es también "un medio que ha de ayudar al individuo a alcanzar el grado máximo de sus exigencias, es decir, la autorrealización y la autoactualización", p. 63.

Vid. Argyris, Chris. *El individuo dentro de la organización*, Barcelona, Herder, 1979, quien intenta construir la organización tomando en cuenta al individuo no para manipularlo ni para "tenerlo contento", sino en función de criterios fundados en la "competencia individual, el compromiso con el propio trabajo, la responsabilidad personal, la plena actualización individual y la actividad, viabilidad y vitalidad de las organizaciones".

Así cita a Fromm quien "ha sugerido que el concepto de libertad del hombre moderno consiste en sentirse libre de las responsabilidades. Aduce que este concepto hay que cambiarlo por el de la libertad para ser más responsable".

Y a Frankl según el cual sugiere que, "sin una responsabilidad para con alguien distinto de sí mismo, el hombre no es capaz de ser libre. La responsabilidad es el criterio de la libertad".

Y la frase de Nietzsche, "quien tiene un *por qué vivir*, podrá soportar casi cualquier *modo de vivir*" (17-18).

De esta manera trata de establecer una teoría de la organización basada en el equilibrio entre los elementos naturales y racionales (informales-formales) dentro de un sistema abierto entroncado en un medio ambiente, pero influyente y siendo influidos constantemente por el entorno. Así la incongruencia entre el individuo y la organización puede servir de base a un incansante desafío que, a medida que va siendo colmado, ayuda a la persona a enriquecer su propio desarrollo y a constituir organizaciones viables y efectivas.

De esta manera en algunas ocasiones la estructura piramidal de la sociedad puede ser conveniente (pp. 255-257).

A medida que existe una mayor descentralización el éxito psicológico es más importante. Las organizaciones del futuro variarán según la clase de decisión que haya que tomar.

⁸² Una empresa sana vive de la salud de sus miembros. La dimensión del sistema parcial o subsistema de la organización así como de las dimensiones de la organización tiene influencia sobre las actitudes y conductas individuales. Un panorama de las investigaciones relativas puede verse en la obra de Weinert ya citada, pp. 162-170, donde efectúa una valoración crítica de los estudios empíricos. Como se ve allí no existe una regla inflexible. "Sin embargo, la mayor parte de los trabajos demuestra que existen relaciones que discurren en forma de línea curva. De todo ello habría que deducir que una magnitud media del grupo de trabajo o de la succión parece ser en la óptima en la mayor parte de las situaciones laborales, siendo diferente la medida de esta magnitud media (en función de otras variables

miento psicológico de pertenencia es importantísimo para un correcto enfoque de la empresa.⁸³

El proceso de burocratización descrito ya en el siglo pasado y analizado por Weber (1922) aparece como el gran fantasma de un futuro amenazante.⁸⁴ La imaginación del hombre está a prueba para satisfacer las necesidades de seguridad, desarrollo y libertad de la persona humana.⁸⁵

La dimensión de la empresa trasciende a las personas que no la integran y obtiene una relevancia político-social.

El valor de configuración de la comunidad que posee la empresa es de primera importancia. Las empresas son instituciones "que constituyen los métodos habituales de llevar a cabo el proceso vital de la comunidad en contacto con el medio material en que vive".⁸⁶ Así "la dimensión dice relación a los modos de convivencia, a los valores, a la integración social, a los fines permanentes de la sociedad y al bien común".⁸⁷

La relevancia de la dimensión de la empresa para los ideólogos sociales es por tanto enorme. Si la sociedad anónima es una técnica de organización, se habla de la necesidad de configurar la convivencia con una "tecnología a escala humana".⁸⁸ Schumacher, el famoso pensador de *lo pequeño es hermoso* llega a afirmar que una empresa gigantesca

de los procesos laborales específicos y de factores situacionales) —en todo caso no llega a extremos unilaterales, como se supuso al principio—.

A pesar de los resultados empíricos equívocos, las ventajas, en lo concerniente a las actitudes estudiadas, a la satisfacción en el trabajo y a los diferentes modos de conducta, parecen estar más bien en los grupos de trabajo, de secciones, oficinas y empresas parciales medias o pequeñas". (p. 164.)

⁸³ "La verdadera participación requiere una integración psicológica en la empresa que necesita —como ha dicho Pierre de Calan— del 'sentimiento de participar'". Vallet de Goytisolo, Juan, *Sociedad de masas y derecho*, Madrid, Taurus, 1968, p. 365.

La escisión puede ser un útil instrumento para resolver problemas de la magnitud óptima y facilitar ese sentido de pertenencia mediante un justo acceso de los trabajadores a la participación en la empresa. La participación debe ser en el nivel adecuado ya que "los buenos obreros son capaces de una colaboración en su terreno, que es el de la herramienta y el de la organización del taller en que forman parte..." Henri Charlier citado por Valet, p. 369.

⁸⁴ Que el propio Weber describe con la imagen de "La jaula de Hierro".

⁸⁵ Sobre despersonalización de la empresa por la racionalización de la producción cuyos instrumentos son la especialización y la concentración.

La despersonalización puede ser hacia el interior y hacia el exterior. *Vid.* Polo Antonio, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

⁸⁶ Veblen citado por Miller, Delbert C. Form, William H., *Sociología Industrial*, Madrid, Rialp, 1969, p. 99.

⁸⁷ González Páramo, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁸⁸ Schumacher, E.F., *op. cit.*, p. 37.

es "incompatible con la dignidad humana y la eficacia cuando la empresa exceda de un cierto tamaño (muy modesto)".⁸⁹

En realidad la fundamentación filosófica de estas tendencias de la organización humana es como siempre muy antigua y en este caso clásica. En su política, Aristóteles —a propósito de la cuestión acerca de cuál es la forma de asociación política que puede ser, entre todas, la mejor para quienes sean capaces de vivir lo más posible conforme a su ideal de vida— refuta la idea platónica de que "lo mejor es que toda polis sea lo más unitaria posible", puesto que ello "llevaría a destruir la ciudad". Así se respeta "el bien de cada cosa". "Lo que es común a un número mayor de personas es objeto de menos cuidado. Todos en efecto, piensan más que en nada en lo que les es propio, y menos en lo común, o sólo en la medida en que concierne a cada uno. . . " " . . . Estas ventajas no pueden darse si la ciudad se unifica demasiado, y además se destruye evidentemente la posibilidad de ejercitar las virtudes. . . " "Extremando esa tendencia, puede dejar de ser ciudad, o seguir siéndolo, pero una ciudad inferior, que casi no es ciudad, como si la sinfonía, se convirtiese en homofonía, o el ritmo en un solo pie."⁹⁰

Santo Tomás de Aquino, comentando este texto, toma posición en contra de "la exagerada unificación y uniformidad" que amenaza la existencia de la "sociedad compuesta de muchas estructuras", exactamente lo mismo que "desaparecen la sinfonía y la armonía de las voces cuando todas cantan en el mismo tono".⁹¹

Este principio básico de organización social fue denominado "principio de subsidiariedad".⁹²

Por subsidiariedad se entienden dos cosas:

1) La sociedad debe dejar a sus diferentes organismos en que está subdividida (agrupaciones voluntarias o establecidas por la ley, hasta la familia, y en ella todavía a la persona particular como sujeto y

⁸⁹ Schumacher, E.F., *Lo pequeño es hermoso*, Madrid, Editorial Blume, 1984, p. 227. En relación a la respuesta de IBM a la competencia de Apple, Tandy, etcétera, algunos han puesto en circulación el lema "big is powerful".

⁹⁰ Aristóteles. *Política*. 1261aa-1263b. Puede consultarse la traducción de Gómez Robledo, Antonio, México, UNAM, 1963, pp. 28 y ss., desgraciadamente hace ya tiempo agotada, la de Marias, Julián y Araujo, María, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, reimp. 1983, pp. 28-36; la de García Gual, Carlos y Pérez Jiménez, Aurelio, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 78-86.

⁹¹ Citado por Martínez Gifré "subsidiariedad" *Gran enciclopedia Rialp*, t. XXI, Madrid, Rialp, 1975, p. 708.

⁹² Fue especialmente desarrollado por G. Gundlbach (+ 1963) y tomado en cuenta como principio básico de la organización social en la encíclica "Quadragesimo Anno" (1931) de Pío XI. Cfr. Auer, J. *La Iglesia*, t. VIII de Auer, J. Ratzinger S., *Curso de teología dogmática*, Barcelona, Herder, 1986, p. 182.

portador de la sociedad) todo lo que ellos pueden realizar con responsabilidad propia. No se debe por tanto reemplazar ni suprimir la actividad propia adecuada a las comunidades menores y a las personas particulares. 2) Cuando surgen quehaceres que no pueden desempeñar el particular o la comunidad menor, la sociedad tiene el deber de intervenir para prestar ayuda.⁹³

Pudiera objetarse que su aplicación se reduce al terreno político y no al de la empresa. Sin embargo ello no es así.

Como dice Messner:

Este principio no es en modo alguno un mero principio de orden para la relación entre el Estado y las comunidades menores, sino un principio de articulación de todo orden social. Con arreglo a dicho principio, se impone a la gran empresa industrial la exigencia de "tanta descentralización como sea posible."

Así existiría una amplia gama de posibilidades dotando a unidades menores de responsabilidad en la gestión de su explotación. Se privaría a la gran empresa de la posición de poder fundado sólo en la fuerza del capital, y se le sometería en todas sus actividades a los efectos de la concurrencia de las prestaciones, creando los supuestos necesarios para una pequeña participación en la propiedad y en la gestión, lo cual haría posible, el interés e iniciativa individuales que exige el orden social de la empresa siendo este principio "hilo conductor" de la política social. Luchar por su vigencia en la "racionalización y modernización de las empresas constituye, sin duda alguna, la tarea primordial de la política de clase media."⁹⁴

La utilidad de la escisión para una reforma social, en el terreno de la empresa concreta, aquí y ahora, como desde la óptica de la política social, cara al futuro, salta a la vista. Desde luego la aplicación de este

⁹³ Muller, Max; Haider, Alois., *Breve diccionario de Filosofía*, Barcelona, Herder, 1976, pp. 411-412.

⁹⁴ Messner, Johannes, *op. cit.*, p. 429.

Sobre las ventajas de la multiplicación de estructuras autónomas "a escala humana" para mejorar el mercado y el clima de trabajo. Vid. Thibon, Gustave y De Lovinsose, Henry *Solución social*, Madrid, Emesa, 1977, p. 93, donde afirma que "únicamente unas estructuras así, a la medida del hombre, que multiplican la libertad y la responsabilidad personales y hacen al 'jefe' accesible a todos, que favorecen el contacto, el cambio y el control interpersonal, que sustituyen las relaciones burocráticas por una comunidad de trabajo y de intereses con el consiguiente espíritu de equipo, podrán conseguir este clima humano en el que, como en un organismo vivo, la libertad de cada miembro y el orden que los une sean interdependientes". Así podrán las empresas de pequeñas dimensiones enfrentarse a los trust gigantescos (p. 94).

principio no es fácil. Las cuestiones de tamaño óptico —según la relación de éste con la maximización de la ganancia, la adecuada oportunidad de desarrollo y libertad a personas humanas en un sano ambiente psicológico, la lucha contra la “burocratización” de las relaciones humanas— son siempre relativas y concretas. No pueden dictarse normas generales. Lo que para una empresa puede ser recomendable para otra puede ser nefasto. En última instancia la ciencia no puede solucionar el actuar humano. Es sólo a través de la actividad prudencial como el hombre realiza su perfeccionamiento y este obrar siempre es concreto. La gran magnitud puede ser recomendable también. Por otro lado la escisión es sólo una opción alternativa pues existen otras como son la constitución de filiales, la divisionalización y el sucursalismo,⁹⁵ pueden tener, según el caso, ventajas como solución.⁹⁶

Lo que se debe subrayar es su autonomía como solución. En algunos casos es necesario dotar a una división o departamento de una empresa de una autonomía mayor. Los accionistas pueden no desear la formación de una filial por diversas razones, entre ellas la de no querer dar más poder a la administración y de buscar una autonomía más real a esa sociedad,⁹⁷ ya que como escribió Vivante el mismo año de promulgación de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, “las filiales

⁹⁵ La sucursal es un tema que en derecho mexicano merece mayor estudio. *Vid.* Purón, Fernández Ramón, “Sucursales, Registro”, *Anales de la academia matritense del notariado* t. XXI, 1978, pp. 113-157; Acosta Romero, Miguel, *Derecho bancario*, México, Porrúa, 1983, pp. 122-125. Pailluseau, *op. cit.*, pp. 130 y ss.

⁹⁶ El caso de Honda Motor, es particularmente interesante. Del libro de Sayika, Tetsuo, *La organización honda, sus hombres, su administración, su tecnología*, México, Editorial Norma, S.A., 1984, pp. 147-150. Allí se plantea la necesidad de autonomizar no sólo de manera administrativa y contable, sino jurídicamente una división. En este caso se trata de la división de investigación y desarrollo. Indica varias razones por las cuales dicha división no debe funcionar bajo la misma estructura financiera y organizacional.

⁹⁷ La elección de la escisión puede obedecer a consideraciones acerca de la conveniencia de crear una filial o una división sujetas al poder de los administradores de la sociedad o bien, sustraerla de su control autonomizando una sociedad mediante escisión la cual constituye una modalidad de la “concentración secundaria” distinta de la creación de filiales. La importancia de la llamada “revolución gerencial”, que popularizó James Burnham en los años cuarenta debe ser matizada. *Vid.* Castells, Manuel *La crisis económica mundial y el capitalismo americano* Barcelona, Laia, 1978, p. 140. El estudio de Berle, Adolf A. y Means, Gardner C., *The modern corporation and private property* (1932) cuyas ideas popularizó Burnham puede verse ahora en extracto en *Il diritto privato nella società moderna*, al cuidado de Rodota, Stefano, Bolonia Il mulino, 1971, pp. 347 y ss. Sobre un enfoque económico del capitalismo directivista. *Vid.* Gravelle, Hugh y Rees, Ray, *Microeconomía*, *op. cit.*, pp. 173-184.

quedan más o menos reducidas que a simples oficinas técnicas del grupo vestidas de sociedad anónima".⁹⁸

Por otro lado "la tácita y progresiva reforma que ha reducido el capital mínimo" —de 25,000 pesos— "a un valor real que representa hoy apenas" unas 1,000 o más veces menos que cuando se fijó;⁹⁹ ha conducido a una "disponibilidad máxima" del tipo social "S.A.", para cualquier finalidad sin importar el tamaño de la empresa, y con ello a la multiplicación de sociedades. Ello puede tener una incidencia en la multiplicación de sociedades resultantes de una escisión.

Esa multiplicación de sociedades conduce de hecho a una situación que ya señaló Walter Eucken y que conviene apuntar por sus importantes consecuencias; y la facilidad con la que los empresarios pueden eludir y limitar su responsabilidad lleva a un incremento de la concentración y a un deterioro del sistema de precios, puesto que el método de selección y control de la economía mediante la responsabilidad ha sido relegado y disminuido en su eficacia sin que se le haya sustituido o reforzado por otro.¹⁰⁰

Desde luego la escisión ayuda, mediante la diversificación, a limitar la responsabilidad, pero no es exclusivo de ella. Las otras formas apuntadas de fundación de empresas dentro de un grupo también lo hacen. También lo fomenta la progresiva disminución del mínimo real del capital social. Esto justifica de alguna manera ese recelo con el que veía la exposición de motivos a la sociedad anónima. Estas circunstancias deben ser valoradas para proponer la limitación de la escisión a "unidades empresariales", requisito material de ese procedimiento formal, como lo veremos en otro artículo sobre el tema.

V. LA ESCISIÓN FUERA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCENTRACIÓN SOCIETARIA

Existen otros usos de la escisión fuera de los típicos de la concentración de empresas. Así tenemos el de servir como transacción para permitir a grupos internos no compatibles seguir su propio camino.¹⁰¹ Te-

⁹⁸ Vivante, Cesare, *Contributo alla riforma delle società anonima*. *Rivista di diritto commerciale e diritto delle obbligazioni*, 1934, I, pp.329-330: quien dice que las sociedades unidas de esa forma viven un estado de fusión extralegal. Tomo la cita de Uria, Rodrigo, "La concentración de empresas", p. 341.

⁹⁹ Galgano, Francesco, *Las instituciones de la economía capitalista*, p. 102.

¹⁰⁰ Eucken, Walter, *Fundamentos de política económica*, Madrid, Rialp, 1956, pp. 395 y ss.

¹⁰¹ La transacción es una figura protéica puesto que ya decía el febrero novi-

nemos además el de su utilización como método de reparto de la empresa familiar¹⁰² o para dividir una herencia.¹⁰³

El ejemplo de la utilización de la figura de la escisión para separar otros tipos de personas jurídicas, como son la sociedad colectiva —artículo 30, L.G.S.M.—, la sociedad cooperativa —a cuyas características y necesidades se adopta muy bien la técnica de la escisión— la asociación civil —artículo 2686 del Código Civil—, los partidos políticos, etcétera, abona en favor de la utilidad de la figura fuera del campo de la concentración societaria.¹⁰⁴

simo de Don Eugenio de Tapia “según la opinión de célebres juriscultos (Gregorio López, Valerón, etcétera), por un contrato innominado y ciertamente aunque tiene nombre no explica su naturaleza y objeto, pues recayendo unas veces sobre asuntos litigiosos, otras sobre contratos o herencias que ofrecen dudas, suele producir enajenación de alhajas, dinero o pertenecer en realidad a ninguno” *Febrero Novísimo, librería de jueces. Abogados y escribanos. Refundida. Ordenada bajo nuevo método. Y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*: Por Don Eugenio de Tapia. Abogado de los reales consejos, t. II, reimpresso en México. 1981, p. 507.

Así puede ser “una solución a problemas internos de la sociedad escindida... Las sociedades nuevas, beneficiarias de la escisión, tendrán por socios un grupo de intereses homogéneos... Esta operación puede considerarse desde el punto de vista de su contenido sustancial, una transacción”. Duque Domínguez, Justino F. “La escisión de sociedades”, *Estudio de derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Civitas, 1978, p. 132 y núm. 27.

También puede utilizarse para conciliar los diferentes deseos de los socios respecto a la potencialidad de reinversión o de consumo de las ganancias de la sociedad, dándose origen a dos sociedades con diferentes políticas de dividendos. La política de dividendos puede adaptarse así, en algunos casos, a la distinta naturaleza de los establecimientos asignados. Conard, A. *Fundamental changes in marketable share companies*. International Encyclopedia of Comparative Law 6, p. 91.

En el derecho italiano, Ferrara opinaba que debía exigirse la existencia de la misma proporción de la participación de los socios en cada una de las sociedades resultantes. Ferrara, Francesco. *Gli imprenditori e le società*, Milán, Giuffrè, 4a. ed., 1962, p. 574, n. 20. Sobre la discusión y su solución en la sexta directiva del derecho de las sociedades de la comunidad económica europea que trata de la escisión de sociedades; se tratará en la parte jurídica de este trabajo.

¹⁰² Sobre criterios para el reparto de una empresa familiar (homogeneidad, minimización de puntos de choque). Vid. De Arquer Armangué, Joaquín. *La empresa familiar*, Pamplona-Barcelona, Eunsa, 1979, pp. 184-186. Además vid. Llano Cifuentes, Carlos, *op. cit.*, capítulo 16 “La sucesión en las empresas familiares”, pp. 277 a 303.

¹⁰³ Otaegui, Julio C., *op. cit.*, p. 238, dice que puede servir como negocio jurídico indirecto de división de herencia. Barrera Graf, Jorge, “Escisión de sociedades”. *Diccionario jurídico mexicano*, t. IV, México, UNAM, 1983, p. 86, dice que puede ser utilizada “en sociedades familiares cuando el padre quiera estimular o satisfacer los deseos de independencia de los hijos, creando sociedades que éstos controlen” (p. 86).

¹⁰⁴ Asimismo la escisión se puede dar en el fenómeno de sucesión de Estados. La reforma al código civil francés de 4 de enero de 1978 incluye en su artículo 1844 la posibilidad que las sociedades civiles se escindan. En diversas leyes ante-

Además, ya dentro de la concentración secundaria, ya fuera de ella, tenemos su posible empleo dentro de la reorganización corporativa propia de la quiebra.¹⁰⁵

VI. LA ESCISIÓN EN LA DOCTRINA Y EN LA PRÁCTICA MEXICANA

La escisión de sociedades ha recibido por la doctrina mexicana un tratamiento más bien pobre. Existen pequeñas referencias en algunas obras, en otras ocasiones sólo se menciona. Así tenemos a Abascal Zamora,¹⁰⁶ Mantilla Molina,¹⁰⁷ Barrera Graf.¹⁰⁸ En el *Diccionario jurídico mexicano*, el maestro Barrera Graf, quien tanto ha hecho por la enseñanza y conservación del nivel científico en el derecho mercantil mexicano, dedica por primera vez un tratamiento global de la escisión aunque sea limitada a la extensión de una voz en esa obra.¹⁰⁹ Barrera

rios sobre sociedades civiles profesionales —entre ellas la de la profesión de notario— se preveía ya la escisión. Estas y otras referencias se desarrollarán cuando emprendamos el análisis jurídico de la figura. Asimismo en esa sede se examinará su utilidad para las empresas paraestatales en diversos procesos combinados de disolución, fusión y liquidación para extinción, especialización o venta de dichas empresas.

¹⁰⁵ Una de las mejores soluciones societarias para una compañía fallida es la absorción en otra firma, p. 555. Puede emplearse para esto la escisión-fusión o bien en algún caso en que los acreedores sean también socios, la escisión pura.

Roe, Mark J. Bankruptcy and debt: a new model of corporate reorganization. *Colombia law review*, vol. 83, abril 1983, n. 3, pp. 526 y ss.

Maffia escribe que en el caso de quiebra, "asimismo se contemplarán las posibilidades de fusión absorción y demás fórmulas que ofrece la ley de sociedades comerciales, en particular la reforma introducida por la ley 22.903 en sus artículos 367 ss. y 377 ss. (consorcios y agrupaciones transitorias de empresas).

No conocemos un solo caso, entendido que en sede concursal, en que una propuesta concordatoria hubiera consistido en la reorganización de la sociedad deudora. Así, a secas, nos parece inútil. Tal vez podrá funcionar relacionándola con otros modos de concordato". Maffia, Osvaldo J. *Derecho Concursal*, t. I, Buenos Aires, Editor Víctor P. de Zavalia, 1985, p. 590. En nuestro derecho ver los artículos 204, fracciones I, II y III, 205, 208, 209 y 321 de la Ley de Quiebras y suspensión de pagos.

¹⁰⁶ Abascal Zamora, José María, *Fusión de sociedades mercantiles*, tesis, México, UNAM, 1960, p. 14.

¹⁰⁷ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 18a. ed., 1979, n. 640 a p. 443 y en dos pequeños escritos de respuesta a una consulta que se le formuló en 1978 sobre la escisión de Banca Cremi donde se limita a citar algunos textos de Ferri sobre la escisión.

¹⁰⁸ Barrera Graf, Jorge, quien además de su voz sobre la escisión en el diccionario jurídico mexicano, la ha mencionado en la *regulación de inversiones extranjeras*, México, UNAM, 1981, p. 95, *Derecho mercantil en la introducción al derecho mexicano*, t. II, México, UNAM, 1983, pp. 833 etcétera.

¹⁰⁹ Tomo IV, p. 85-87.

Graf consideraba que "la característica del fenómeno consiste realmente, en una división o separación de bienes y de actividades de una sociedad, que se transmiten a otra u otras, sin que se extinga la sociedad escindida, que sólo se desprende de bienes y derechos".¹¹⁰ Esta caracterización, que excluye la escisión pura, ha provocado las críticas de Vázquez Garza en una tesis profesional sobre el tema.¹¹¹ Otras tesis son las de Angel Gamboa y de Graciela Buchanan.¹¹²

Posteriormente, en el coloquio sobre "la reforma de la legislación mercantil", Vázquez Arminio se pronunció en contra de la escisión como operación unitaria, atacando la sugerencia de tratarla "como problema digno de reglamentarse", ya que es un "problema más teórico que de reglamentación legal y para llevar a cabo la escisión en los supuestos mencionados" por lo que recomienda un procedimiento en el que exige "el consentimiento unánime de todos los socios, puesto que la participación pecuniaria que a éstos les corresponde en la sociedad, es un derecho individual que no se encuentra a disposición de la junta o asamblea".¹¹³ Como se ve no considera a la escisión como institución societaria con autonomía propia.

En el mismo coloquio se encuentran breves referencias de Frisch Philipp, que considera que el único previsto en la ley para transferir todo el patrimonio es la fusión; y la aclaración de Aguilar Álvarez quien menciona que se puede aplicar por analogía el artículo relativo a la transmisión de la empresa marítima.¹¹⁴

En el presente coloquio ya el maestro Moreno De la Torre —tomando en consideración los obstáculos que refiere Barrera Graf en su voz

¹¹⁰ P. 85.

¹¹¹ Vázquez Garza, Miguel, tesis laureada con mención honorífica, *La escisión de sociedades mercantiles en el derecho mexicano*, México, ELD, 1985, pp. 48-50.

¹¹² Gamboa, Ángel, *La escisión de sociedades*, México, UNAM, 1984, que sólo trata del tema en las páginas 95-115. La tesis de Buchanan no la conozco. Ernesto Pérez Charles, profesor de derecho mercantil de la Universidad de Monterrey, me proporcionó el dato de que fue presentada en 1985, en la División de Ciencias Jurídicas de la citada universidad. Después he tenido referencias de que fue motivada por un caso de escisión en uno de los grupos de Monterrey.

¹¹³ *La reforma de la legislación mercantil, op. cit.*, p. 206.

¹¹⁴ *Op. cit.*, pp. 217 y 224 respectivamente.

Autores en derechos extranjeros, con una falta de regulación de la transmisión de la empresa, semejante a la del derecho mexicano, se inclinan a que respecto a la dicha transmisión "por analogía, y con las debidas adaptaciones, podrían aplicarse análogicamente los mismos criterios inspirados en la consideración de la empresa marítima como unidad a todos los efectos, a la empresa mercantil en general". Sastre Muncunill, Luis, *La vida jurídica de la empresa individual*. XV Congreso internacional del notariado latino, París, 1979, Madrid, Junta de decanos notariales, 1979, p. 31.

Barrera Graf en el coloquio citado pp. 57 y ss. y en *Derecho mercantil*, introducción al derecho mexicano, p. 833, n. 4, también es de la misma opinión.

del diccionario antes referido— se ha pronunciado contra la admisibilidad de la escisión sin disposición legal expresa.

Por último, después del coloquio pude tener acceso al artículo de Carlos Sánchez Mejorada y Velasco sobre la escisión de sociedades, donde presenta un ágil panorama de la escisión de sociedades.¹¹⁵

En resumen tenemos menciones aisladas y breves tratamientos que optan por una posición negativa o indican graves reservas, tres tesis que sostienen la posición afirmativa y el artículo de Sánchez Mejorada quien es partidario de la escisión,

Sin embargo los problemas jurídicos de la escisión no están resueltos. La práctica mexicana lo comprueba.

En la "praxis del derecho" la figura es prácticamente desconocida entre los despachos de abogados y contadores, en el mejor de los casos es considerada como una opción "más teórica que real" como ya vimos en la posición de Vázquez Arminio.

La escisión en los reducidos casos en que se ha planteado como solución adecuada, fue, la mayoría de las veces desechada por inconvenientes tales como la falta de unanimidad en la asamblea, consentimiento de acreedores para cesión de deudas y el temor por problemas fiscales.¹¹⁶

Sin embargo tenemos noticia de dos casos que se han llegado a realizar. El primero de ellos el de "Crédito Minero y Mercantl, S.A.", en escritura número 171,800 de 30 de noviembre de 1978 ante la fe del licenciado Tomás Lozano Molina, notario número 87 del Distrito Federal, en el que su asamblea extraordinaria de accionistas, acordó por unanimidad de votos, la escisión en dos entidades económicas y jurídicas a las cuales se convino en dotar de régimen normativo independiente, por lo que se resolvió que dichas entidades adopten la forma de sociedades anónimas, con las denominaciones de CREMI Corpora-

¹¹⁵ Dicho artículo se publicará en el número 10 de la *Revista de investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho* (1986). Gracias a la gentileza del autor pude consultarlo cuando ya estaba en prensa este texto.

¹¹⁶ Sánchez Mejorada indica que General Electric valoró la posibilidad de realizar una escisión en 1984 dentro de un proceso de mexicanización de algunos de sus establecimientos resultado de una organización societaria. Sin embargo indica que por diversos problemas jurídicos su interés por el tema se originó por dicho caso. El año pasado estuvo a punto de hacerse una escisión de empresas públicas asesorada por uno de los grandes despachos mexicanos. No puede tener acceso a la documentación relativa. En Banco Nacional de México hace varios años estuvo a punto de realizarse una escisión dentro del grupo de empresas no bancarias. Mis maestros José Luis de la Peza y Efraín Gómez Cuevas, me encargaron un estudio. La solución fue afirmativa, sin embargo por diversos motivos no se pudo llevar a cabo. Por lo que sé, la tesis de Graciela Buchanan también surgió del análisis de un caso práctico.

ción, S.A. y Albacor, S.A. La escisión se condicionó a la opinión favorable del fisco.

Por otro lado tenemos referencias de una escisión realizada por uno de los grupos societarios de Monterrey, a cuyos documentos no hemos tenido acceso, pero según dicen nuestros informantes tuvo la ventaja de no tener problemas de consentimiento de acreedores, a más de que la decisión se tomó por unanimidad. Espero la confirmación de dichos datos.

VII. LA ESCISIÓN ANTE EL DERECHO FISCAL Y LA CONCERTACIÓN ECONÓMICA

El tema fiscal se encuentra siempre unido al derecho mercantil de tal manera que en la realidad se influyen recíprocamente. Ello es así sobre todo en este tema ya que "tal como con las fusiones, las escisiones suscitan el apetito del fisco. La utilidad de las escisiones debe depender de hacer ceder la aplicación de reglas fiscales de derecho común".¹¹⁷

Los autores aprecian que en esta figura el derecho fiscal ha desempeñado el papel de precursor del derecho mercantil.¹¹⁸ En realidad no es exactamente así, puesto que siempre la praxis mercantil es anterior, lo que sucede es que la regulación fiscal es más sensible a los cambios de esa praxis mercantil que la legislación mercantil.

En todo caso, ha sido la legislación fiscal la que primero se ha ocupado del fenómeno.¹¹⁹ Las primeras referencias se ocupan de la escisión parcial; después aparece la escisión total. El mismo orden sucedió en la praxis de la escisión, salvo en países donde el fenómeno se ha presentado sólo recientemente y se acude a la escisión pura.¹²⁰

La legislación fiscal puede intervenir en grado decisivo hacia la elección de la escisión pura o de la escisión parcial.

Se prevé que, desde el punto de vista fiscal, la escisión pura puede correr la misma suerte de la fusión pura: convertirse en una rama estéril de la figura por el alto costo fiscal.¹²¹

¹¹⁷ Vasseur, Michel "Les fusions et les scissions de sociétés par actions", *Études du droit contemporain*, t. III, p. 38.

¹¹⁸ Vasseur, Michel, *op. cit.*, p. 39. Ver el famoso artículo de Uria, Rodrigo "Derecho fiscal y derecho mercantil". *Anales de la academia matritense del notariado*, t. I, 1946.

¹¹⁹ Tanto en Estados Unidos (en el *internal revenue code*), como en Francia (ley de 16 de junio de 1948 y decreto de 30 de junio de 1952, etcétera). Argentina, España. . .

¹²⁰ Tanto en el orden sustantivo como en el fiscal. Tanto en el terreno práctico como en el legal. Esto lo trataremos en el análisis jurídico de la escisión.

¹²¹ Tantini, *op. cit.*, *loc. cit.*

Desde su toma de posición el derecho fiscal "ha recorrido un camino circular partiendo de la "neutralidad" fiscal, pasando por una fase negativa hasta llegar a una neutralidad restrictiva.¹²²

La política fiscal respecto de las escisiones puede entrar dentro de la economía concertada por la constitución de regímenes de favor hacia la descentralización, desconcentración e interesantes proyectos de participación, por parte de los trabajadores, en el capital social y las utilidades o bien en valiosos programas de capacitación.¹²³

El tratamiento fiscal cambia de país a país según se regulen los dos puntos principales de imposición en la escisión: impuesto sobre la renta e impuesto sobre la transmisión o adquisición de bienes.¹²⁴

VIII. CONCLUSIONES

— Desde la perspectiva de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

1) La Ley General de Sociedades Mercantiles regula la sociedad fundamentalmente como un ente aislado.

2) La fusión es el único fenómeno de concentración de empresas que regula; su finalidad es la unificación de sociedades, produce como resultado otra entidad aislada.

3) La ley no prevé la escisión de sociedades.

4) En el plan de la ley la evolución dimensional y cualitativa de las sociedades, dentro de operaciones unitarias con una finalidad típica, se reduce a las instituciones de la transformación y de la fusión. La disolución y liquidación se encuentran concebidas exclusivamente dirigidas a la extinción societaria y empresarial.

5) Las opciones de la sociedad o de los socios respecto a sus inversiones en ésta, cuando les conviene fundar nuevas sociedades se reducen:

a) A la fundación de una filial por parte de la sociedad cumpliendo

¹²² Vid. Puyraveau, "Dix ans du droit fiscal des fusions et scissions", *Dix ans du droit du L'entreprise*, dirigido por Mousseron J. M., Paris, Libraires techniques, 2979, pp. 229 y ss., especialmente p. 247.

¹²³ Fleuriet, Michel, *Les techniques de l'economie concertée*. Paris, Sirey, 1974, p. 97.

Farjat, Gerard, "Las enseñanzas de medio siglo de derecho económico", en *Estudios de derecho económico*, t. II, México, UNAM, 1977, p. 31.

¹²⁴ Así Conard, pp. 93-94, quien indica que en Estados Unidos por las bajas tasas, los impuestos sobre la transferencia no constituyen un impedimento para los movimientos de capital.

Vid. Sánchez Oliván: La fusión de sociedades. *Estudio económico jurídico y fiscal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1984, pp. 101-116.

el requisito de la pluralidad de socios (cinco tratándose de sociedad anónima).

b) A la reducción de capital para que *uti singuli*, los socios comparezcan a fundar la nueva sociedad con el consiguiente riesgo de "evanescencia" de las aportaciones de los socios no interesados directamente en la gestión de la empresa.

c) A la fundación por parte de los socios controladores de la nueva sociedad, con la posibilidad de lograr un acuerdo respecto a la explotación de la sociedad controlada o bien, aportando ésta parte del negocio deseado.

d) A utilizar el procedimiento de liquidación con todos sus inconvenientes, para así constituir *uti singuli* las nuevas sociedades.

En todas estas opciones es necesaria la constitución originaria de sociedades anónimas y no la que se denominaría "secundaria o derivada".

6) El principio de la conservación de la empresa no se encuentra tutelado expresamente en el caso de que la reducción de capital tenga finalidades atípicas de fundación de nuevas sociedades o de escisión-fusión con otras.

7) La ley no regula la llamada "concentración secundaria" (grupos de sociedades) ni introdujo ciertas limitaciones cuya valoración por lo menos sería aconsejable (participaciones recíprocas),¹²⁵ régimen especial de responsabilidad,

— Desde la perspectiva de la "práctica cumplida de las sociedades mercantiles:

8) En supuestos en que la escisión sería el medio idóneo, las sociedades recurren a la formación de nuevas sociedades por las vías referidas en la conclusión número cinco.

9) La escisión como opción adecuada para resolver problemas societarios es prácticamente desconocida por la mayoría de los despachos de abogados y de asesores fiscales; cuando más es valorada como una figura que se da en derecho comparado o como una opción meramente teórica.

10) En los reducidos asuntos en que se ha planteado como solución adecuada, ha sido la mayoría de las veces desechada por inconvenientes tales como falta de unanimidad en la asamblea, consentimiento de acreedores para cesión de deudas y problemas fiscales.

11) En los dos únicos casos que tenemos noticias que se efectuó, fue facilitada por ventajas específicas como unanimidad de socios, (ante la duda de si se trata una fundación *uti singuli*), oficios fiscales favora-

¹²⁵ Barrera Graf, ha opinado que esa prohibición se deduce del artículo 134.

bles, o en uno de ellos, el no existir problemas respecto del consentimiento de acreedores.

12) En contraste con lo anterior, la progresiva "evaporación" del mínimo del capital social conduce a impulsar la propensión del capital industrial o comercial a fraccionar las iniciativas económicas en una pluralidad de sociedades, por medio de la fundación directa de sociedades.

Otro tipo de empresas y finalidades no acogidas en un principio dentro de la ley, utilizaron la forma anónima con cada vez mayor frecuencia a partir de los años cuarenta, al ritmo de devaluaciones e inflación, hasta que hoy día puede decirse que la sociedad anónima ha llegado a un "máximo de accesibilidad" por lo que se refiere a la cuantía del capital social, en su utilización para multiplicidad de fines.

13) Se debe distinguir en esa ausencia de regulación de la concentración secundaria (grupos de sociedades) por parte de la ley general de sociedades y la específica regulación de los grupos de sociedades, en algunas áreas de la economía (verbigracia, el "sector financiero", cuya reforma en 1985 fue muy importante a este respecto) y por el derecho fiscal.

— Desde una perspectiva realista con un enfoque pluridisciplinario:

14) El principio de subsidiariedad es el fundamento filosófico social de un empleo correcto de la escisión.

15) En la empresa concreta, aquí y ahora, la escisión puede utilizarse como técnica alternativa para resolver problemas de y en la empresa, de tipo jurídico, económico, de desarrollo personal, social y político.

16) La escisión puede utilizarse en interesantes proyectos de participación de los trabajadores en la empresa, combinada con incentivos fiscales para estas soluciones, para así lograr la unidad de la empresa desde un punto de vista jurídico-social-económico.

17) En la reforma social, cara al futuro, la escisión puede utilizarse como técnica alternativa en la adecuación de la empresa a "escala humana", para lograr ámbitos propicios al ejercicio de una mayor libertad y responsabilidad y con ello coadyuvar al perfeccionamiento de personas humanas.

18) Se están dando condiciones favorables para la escisión y otros procesos de adecuación de la empresa a la escala personal (avances tanto en tecnología —microcomputación— como en conocimientos —psicología y teoría organizacional— y en actitudes —crítica al gigantismo—, etcétera).