

CAPÍTULO III

La empresa capitalista contemporánea	77
1. Generalización de la sociedad anónima	78
2. Disociación de propiedad y control	80
3. Internacionalización de la operación empresarial	83
4. Concentracionismo empresarial	90

CAPÍTULO III

LA EMPRESA CAPITALISTA CONTEMPORÁNEA

SUMARIO: 1. Generalización de la sociedad anónima. 2. Disociación de propiedad y control. 3. Internacionalización de la Operación Empresarial. 4. Concentracionismo Empresarial.

La eclosión del capitalismo se deja sentir desde la Edad Media, cuando empieza a desmoronarse el sistema feudal. El capitalismo es mucho más que el sistema económico que viene a superar la atomización de la vida económica de los pequeños grupúsculos feudales, es la ideología que permitirá, a la cada vez más vigorosa burguesía, luchar contra la aristocracia por el poder económico y político.

El capitalismo, encuentra como polos iniciales de desarrollo muy principalmente a las ciudades italianas y a los Países Bajos, en ocasión de los efectos estimulantes de las Cruzadas, la apertura hacia Oriente, y tiempo después, los descubrimientos de África y América que extienden los efectos propiciatorios al resto de Europa occidental.

El sistema capitalista —que en términos generales y sin que se pueda interpretar que ignoramos lo difícil que es un propósito definitivo, se finca en la propiedad privada de los medios productivos, el énfasis prepotente del factor capital, el ánimo de lucro y las fuerzas del mercado— se nutrió, doctrinalmente, en diferentes épocas, del mercantilismo y después del liberalismo.¹²⁰

El capitalismo acelera su marcha al prender el liberalismo individualista, articulando a la forma comercial, la industrial. La llamada Revolución Industrial, que surgió en Gran Bretaña, fue

... una técnica de producir bienes de consumo, que implicó a su vez un perfeccionamiento creciente en la técnica para la fabricación de los bienes de producción.¹²¹

¹²⁰ Girón Terán, José. *Las Grandes Empresas*. Valladolid. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de México, 1965, p. 21.

¹²¹ Corona Baratech, Carlos E. *Cara y Cruz de la Revolución Industrial*. Madrid, Rialp, 1960, p. 7.

Si el capitalismo nació siendo comercial, y pasó a ser también industrial y financiero —ya que los mercaderes acumularon riqueza bastante para prestar— en la época contemporánea, es absolutamente trológico.

El capitalismo ha sido objeto de mil análisis y predicciones. El más célebre diagnóstico fue el de Carlos Marx, que cree descubrir síntomas innegables de que el sistema está por caer, dados los procesos de proletarización y pauperización creciente y de concentración y centralización del capital.¹²²

Por su parte, John Maynard Keynes, sin duda el economista occidental más distinguido en lo que va del siglo, advierte que es necesario reformar, en más de un sentido, el capitalismo para evitar el desempleo y la crisis.¹²³ Schumpeter, cree encontrar también indicios de que el capitalismo no las trae todas consigo, a consecuencia de decaimiento de la función empresarial¹²⁴ y Sombart no duda en decir que

quien ha observado atentamente el desarrollo de los hechos después de la guerra, no puede abrigar duda alguna de que el capitalismo ha entrado ya en la edad crítica, y si no en la vejez, sí en la declinación.¹²⁵

1. Generalización de la sociedad anónima¹²⁶

Pronto se vio en el movimiento capitalista un ánimo hegemónico que llevó a los capitalistas a controlar al artesanado, y a exportar mercancías masivamente; de manera que fue preciso crear una institución ágil que permitiera expandir el sistema. El protestantismo impulsa el desarrollo capitalista al rescatar la importancia y dignidad de la riqueza, de los éxitos materiales y de los asuntos mundanos.¹²⁷

La revolución productiva, la internacionalización de la vida económica y el propósito de lucro exigen la adopción generalizada de la sociedad anónima. Esta figura societaria se convierte al paso de los años,

¹²² Para una exposición sólida del pensamiento marxista, ver Wetter-Leonhard. *La Ideología Soviética*. Barcelona. Biblioteca Herder, 1964.

¹²³ *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero*. México. Fondo de Cultura Económica.

¹²⁴ *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. México. Editorial Aguilar, 1963.

¹²⁵ *El Apogeo del Capitalismo*. México. Fondo de Cultura Económica, 1946, T. I.

¹²⁶ Para apreciar las diferencias y semejanzas entre la "corporation" norteamericana y sociedad anónima latinoamericana, ver Headrick, W. C. *Rasgos distintivos de la "Corporation" en comparación con la sociedad anónima*, en: "Boletín Mexicano de Derecho Comparado". Año I, Nos. 2-3, 1968. UNAM, México.

¹²⁷ Weber, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. New York.

y conforme fue madurando, en la forma jurídica de la empresa, en virtud de sus dos características fundamentales, la responsabilidad limitada y la división del capital en acciones.

Por otra parte, debemos recordar que la función económica de la sociedad anónima no se puede cumplir, a no ser que se admita la responsabilidad limitada de los socios; la difusión de la sociedad anónima, justamente se deriva del reconocimiento de la posibilidad de constituir una sociedad anónima, independientemente de un acto legislativo especial en cada caso concreto, que a su vez es consecuencia de la generalización, en el siglo XIX, de las exigencias económicas resultantes de la revolución industrial.¹²⁸

La sociedad anónima es una sociedad de capital —dividido en acciones— que existe, generalmente, bajo una denominación social y que se compone de socios cuya obligación única se limita al pago de sus acciones.¹²⁹

La sociedad anónima es el instrumento societario que ha permitido el desarrollo industrial de forma que no se concibe la vida económica contemporánea si no se repara en ella.¹³⁰

La sociedad anónima no es otra cosa que la figura societaria en la cual los socios reciben la calidad de tales por el mero hecho de ser los tenedores legítimos de las acciones, de los títulos crediticios que representan una fracción del capital social y *status* que sólo los hace responsables hasta el monto de su aporte. La ventaja de que una empresa adopte la forma jurídicocomercial de la sociedad anónima es que permite articular grandes capitales a base de conjugar aportaciones que aisladamente no tendrían mayor significación. Una empresa ¹³¹ al disponer de capitales crecidos estará en posibilidad de invertir sumas

¹²⁸ Ascarelli, Tullio. *Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas*. Traducción de René Cacheaux Sanabria. México. Imprenta Universitaria, 1951, p. 22.

¹²⁹ Ley General de Sociedades Mercantiles de México. Artículo 87.

¹³⁰ Ripert, Georges. *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*. París. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1946, p. 48.

¹³¹ Sin ignorar la polémica que ha invadido a la doctrina desde hace mucho tiempo, en torno a la naturaleza de la empresa, entendemos por ella la que apunta el jusperito Jorge Barrera Graf cuando dice que aunque la empresa es una institución netamente económica y aun no adquiere los perfiles jurídicos adecuados, debe entenderse que es la organización de una actividad económica que se dirige a la producción o al intercambio de bienes y de servicios para el mercado. *Tratado de Derecho Comercial*. México. Porrúa, 1957.

elevadas y financiar costosos proyectos. Desde un punto de vista histórico una de las primeras empresas que utilizó la forma de la sociedad anónima fue la Compañía de las Indias Orientales.¹³² La responsabilidad limitada al monto del aporte permite a un inversionista despreocuparse un tanto por el destino de la empresa, sabedor de que el resto de su patrimonio estará a salvo de las posibles eventualidades.

En el siglo XIX las empresas ferrocarrileras y mineras utilizaron preponderantemente la forma de sociedad anónima, con el fin de movilizar grandes capitales que pudieran, entre otras cosas, financiar su establecimiento en las áreas subdesarrolladas, en América Latina muy principalmente.

2. *Disociación de propiedad y control*

La generalización de la sociedad anónima y el crecimiento dimensional de la empresa, originan que la propiedad y el control de la misma descansen en personas diferentes. Las grandes empresas, que son pocas en términos numéricos, pero cuyo peso es alto, no son propiedad exclusiva de un capitalista o de un pequeño grupo de ellos, como en épocas anteriores.¹³³ La estructura "cerrada" y familiar ya es cosa del ayer, pues ha obrado un tránsito claro hacia la socialización de la propiedad empresarial, al ponerse a la venta las acciones, por lo general en la bolsa de valores, indiscriminadamente.

El que una empresa no sea propiedad más que de un estrecho círculo de inversores, es síntoma de que el contexto económico en el que opera, no ha superado el marco del capitalismo incipiente.

En este orden de ideas es menester tener en cuenta las cifras que aporta la célebre *Revista Fortune* en relación con las 500 empresas más poderosas de Estados Unidos, a fin de compararlas con el panorama diametralmente opuesto, que presenta México, dicho sea de paso, uno de los tres países latinoamericanos con índices de desarrollo capitalista más avanzado.¹³⁴

Por otra parte en México, aunque no nos fue posible manejar las cifras equivalentes, se advierte que el fenómeno de socialización accionaria no se ha desarrollado mayormente, como en términos genera-

¹³² Sweig, F. *El Pensamiento Económico*. México. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición, 1961, p. 111.

¹³³ Sin embargo, los Rockefeller, Mellon y Du Pont de Nemours siguen siendo influyentes accionistas de las empresas de petróleo, aluminio y química, que les pertenecían casi en exclusiva.

¹³⁴ Ver Cuadro 1.

les en ningún otro país subcontinental, trayendo a colación algunas de las conclusiones más relevantes a las que desembocó una investigación encomendada por el Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos:

Muchas compañías mexicanas son aún muy cerradas y los accionistas que las controlan no desean ampliar el mercado por temor a perder el control de la compañía y tener que distribuir sus ganancias de capital. . . De acuerdo con una importante agencia de bolsa, los inversionistas no han alcanzado un grado suficiente de experiencia como para invertir en compañías en proceso de crecimiento.¹³⁵

En la misma investigación se afirma que

muchas empresas importantes continúan en manos de grupos cerrados de familias, que prefieren no pagar dividendos comparables a los rendimientos que se obtienen en otras formas de inversión. Dichos grupos no desean compartir el control de las empresas con otros, y por lo tanto no intentan colocar una parte mayor de las acciones en el mercado. Prefieren además continuar reinvertiendo una mayoría de las utilidades a pagar altos dividendos.¹³⁶

Para contrastar la disparidad entre México y las naciones desarrolladas en cuanto a este fenómeno, no es superfluo mencionar que en la Bolsa de Valores de México, la más importante de las tres que existen, en el mes de agosto de 1970 sólo se negociaron 54.5 millones de pesos en acciones, mientras en el mismo lapso fueron 3,127.4 millones de pesos los que fueron negociados en valores de renta fija, que no afectan la propiedad de las empresas.¹³⁷ 360 empresas tienen registradas sus acciones en la Bolsa de Valores de México, pero sólo 70 están abiertas al público inversionista, pues al 80% no les interesa la captación de financiamiento directo de nuestros mercados, en virtud de que se prefiere suscribir créditos.¹³⁸

Resulta que en América Latina, además de la estrechez del mercado de capitales, se contempla una carencia absoluta de mentalidad bur-

¹³⁵ Basch, Antonin. *El Mercado de Capitales en México*. México. CEMLA, 1968, pp. 64-65.

¹³⁶ Basch, A. *Op. cit.*, p. 77.

¹³⁷ *Boletín*. Comisión Nacional de Valores. V. XVII. Septiembre-Octubre, 1970. México, pp. 270.

¹³⁸ *El Heraldo*. 2 de julio de 1971. México.

sátil que lleva al inversionista a no inclinarse por la adquisición de valores y en caso de hacerlo, preferir los de renta fija.¹³⁹

En las macroempresas del hemisferio occidental los accionistas son tan numerosos y están distribuidos en todo el mundo que es casi imposible que los socios puedan y deseen participar en su conducción. Inclusive, en las asambleas que marcan las normas escriturales o legales los accionistas nombran un apoderado, en el mejor de los casos, que vele por sus intereses o simplemente se abstienen de concurrir, sin el menor miramiento. En esa virtud, las empresas no son dirigidas, ni siquiera mediatamente, por la mayoría accionaria, sino cuando mucho por una minoría activa, o por el consejo de administración, y cuerpo de gerentes. El tradicional problema de proteger a las minorías se revierte en el problema de proteger a la mayoría silente, de la minoría activa.¹⁴⁰

Al no intervenir la mayoría accionaria ni mediatamente en el proceso decisorio, la minoría, confabulada con los funcionarios y administradores, formula la política social, cuidando de no dañar el único interés que tiene el socio, la obtención más jugosa de beneficios que sea posible. Los mismos directores y gerentes son los que, en la realidad, cubren las vacantes del Consejo, pues su proposición se acepta sin mayor reparo por parte de los pocos socios que asisten a las asambleas ordinarias o extraordinarias.

Este fenómeno que hemos denominado disociatorio ha dado lugar al de la tecnoestructura, que investigara J. K. Galbraith, en su sonado libro *El Nuevo Estado Industrial*.¹⁴¹ Es decir, que para el estudioso americano, el fenómeno ha llegado al extremo de que hasta los directores renuncian a gran parte de sus facultades para que las ejerciten

¹³⁹ Basch, A. *Op., cit.*

¹⁴⁰ "Por otra parte, la difusión de las acciones entre el público —de por sí benéfica y base de la función que cumple la sociedad anónima y de la función de la propiedad así alcanzada—, y las relaciones de la sociedad con el mercado financiero, provocaron las grandes anónimas, especialmente en los países que tienen un mercado financiero muy desarrollado, casi una disociación entre propiedad y control de la riqueza, resultando más grave el problema de la tutela de las minorías, en efecto, a través de varios artificios permiten (a comenzar por la procura con ocasión de las asambleas) que un grupo, sustancialmente minoritario, a veces domine la sociedad de tal manera que el problema que se denomina de la tutela de la minoría en realidad es, a veces, el de la tutela de la mayoría de los accionistas". Ascarelli, Tulio. *Op., cit.* pp. 52-53.

¹⁴¹ "Pero en la empresa madura los accionistas carecen de poder; la junta de directores suele ser instrumento pasivo de los gerentes; como la complejidad suele ser una de las consecuencias más constantes de la importancia, las decisiones son en realidad obra de grupos." Barcelona. Ediciones Ariel, 1968, p. 170.

los cuadros administradores, gerenciales y técnicos que articulan la tecnoestructura.

El poder pasa a la tecnoestructura si y cuando la tecnología y la planificación requieren un conocimiento especializado y decisión de grupo. Y el poder se queda con seguridad en la tecnoestructura mientras las ganancias sean lo suficientemente grandes para realizar los pagos acostumbrados a los socios y suministrar además ahorros para la inversión.¹⁴²

Los integrantes de la tecnoestructura dirigen a la empresa al margen no sólo de los socios sino hasta de los directores, con base a que se han complejizado de tal manera la red de asuntos de la empresa, que son indispensables, pues un cambio brusco y amplio podría tener repercusiones por lo demás graves para el desarrollo empresarial.

El efecto primario del hecho de que los propietarios no intervengan en el manejo de la empresa, es la violación del principio democrático, que a imagen y semejanza del sistema político-constitucional, se ha pugnado por proteger.¹⁴³

Por último, queremos dejar constancia de que existe la duda de que efectivamente el sistema norteamericano —en donde se está dando con mayor viveza el fenómeno de la socialización accionaria— esté convirtiéndose en un capitalismo popular, pues el porcentaje de acciones que corresponde al pequeño inversionista es ínfimo. Además de que, como dicen Purny, Lindahe y Carter, en las más importantes empresas norteamericanas una minoría controla la vida empresarial, como es el caso de los Mellon, Du Pont, McCormick y Swift.¹⁴⁴

La democracia en un sentido societario no consiste sólo en la distribución de las acciones en un mercado amplio, sino en que la propiedad se haya distribuido equilibradamente y exista la posibilidad real de que ese derecho se ejercite.

3. *Internacionalización de la Operación Empresarial*

Otra tendencia cada vez más pronunciada es la internacionalización de la operación de las empresas, sea directamente o por medio del establecimiento de sucursales o subsidiarias. El desarrollo tecnológico, que se traduce en aumento de la productividad, exige una mayor demanda que no siempre proporciona el mercado interno.

¹⁴² Galbraith, J. K. *Op., cit.* p. 191.

¹⁴³ Ripert, G. *Op., cit.*

¹⁴⁴ *Corporate Concentration and Public Policy*. Nueva York. Prentice Hall, Inc., 1942, pp. 79-80.

Las grandes empresas, en orden a operar con eficiencia, requieren de mercados dilatados, de manera que se presenta necesario invadir otros ámbitos. Detler Vagts ha considerado que más que todo, la gran empresa capitalista se mueve hacia el extranjero deseosa de maximizar los beneficios.¹⁴⁵

En el siglo XIX la exportación de mercancías se llegó a convertir en masiva y en el XX las corporaciones, sobre todo norteamericanas, se han asentado en los cuatro puntos cardinales del mundo.

La apertura de subsidiarias y filiales es una de las formas predominantes, en las que se manifiesta la inversión extranjera directa. La inversión extranjera en general implica el empleo en el exterior de los recursos financieros de un país.¹⁴⁶

La inversión extranjera directa es aquella que hacen los particulares, generalmente reservándose el control sobre los recursos invertidos. La IED empezó en la pasada centuria y se intensificó en ésta y en especial, en la segunda postguerra mundial, pues

lo que caracterizaba al viejo capitalismo, en el cual dominaba plenamente la libre competencia, era la exportación de mercancías. Lo que caracteriza al capitalismo moderno, en el que impera el monopolio, es la exportación del capital.¹⁴⁷

El de suyo dinámico proceso de exportación de capital cobró auge con la proliferación de esquemas integrativos.¹⁴⁸ La integración económica, al dar lugar al mercado ampliado, que significa el ensamblamiento comercial y hasta económico de las naciones partícipes, se vuelve especialmente atractiva para los inversionistas.

En el mismo Mercado Común Europeo, que cuenta con empresas con amplio margen de dimensión y eficiencia, se ha dejado sentir la

¹⁴⁵ "El Concepto Clásico de Motivación Corporativa es la Maximización de Ganancia. Bajo esta teoría, cada firma sopesa estrategias alternativas al calcular el valor presente de sus respectivas fuentes de ingreso neto." *The Multinational Enterprise: a new challenge for transnational law*, en: "Harvard Law Review". V. 83, No. 4, 1970. Cambridge, Massachussetts, p. 755.

¹⁴⁶ Berlín, Gilles Y. *L'Investissement International*. Presses Universitaires de France, 1967. París, p. 7.

¹⁴⁷ Lenin, V. I. *Obras Escogidas en Tres Tomos*. Moscú. Editorial Progreso, 1966, p. 738.

¹⁴⁸ A manera enunciativa nos permitimos mencionar a las Comunidades Europeas, Zona Europea de Libre Comercio, Zona de Libre Comercio del Caribe, Mercado Común Centroamericano y Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

presencia del capital norteamericano en un límite alarmante.¹⁴⁹ Aunque el país anfitrión predilecto para los inversores norteamericanos sigue siendo Gran Bretaña.¹⁵⁰

Las empresas norteamericanas y, en menor proporción, inglesas y japonesas, al enfrentarse a las barreras arancelarias, que supone toda fase integrativa, se han visto en la necesidad de acantonarse dentro de la Comunidad en vez de exportar desde el país de origen, así como tienen que hacer también las europeas en las otras áreas de integración.

El atractivo de otros mercados, como ya se apuntó líneas arriba, no sólo es que si no se establecen subsidiarias y filiales no se puede operar en ellos por los efectos de la integración, sino que en las regiones subdesarrolladas se pueden utilizar insumos más baratos. En el "tercer mundo" la mano de obra es barata, entre otras razones, por el creciente desempleo que origina baja percepción salarial y bajo pago por concepto de seguridad social. Además, en su afán de captar recursos del exterior y de recibir empresas extranjeras, se otorgan estímulos financieros y fiscales, como en ningún país industrializado.

Los desequilibrios en las balanzas comerciales y de pagos orilla a las naciones, subdesarrolladas por lo general, a atraer otras grandes corporaciones, ya que no sólo permitirán reducir importaciones sino hasta exportar, aumentando la corriente de divisas.¹⁵¹ El acantonamiento de empresas, total o parcialmente, de capital extranjero, también ha sido contemplada como un medio para resolver el problema del desempleo, al crear fuentes de trabajo.

Sean cuales fueren las razones, lo cierto es que las grandes empresas capitalistas no se limitan a operar en el ámbito doméstico, sino que buscan internacionalizar su operación, sea vendiendo en otros mercados o desdoblándose en subsidiarias y filiales.¹⁵²

Para entender esta tendencia, para advertir lo que significa "internacionalidad" de una empresa, parece lógico entresacar la significación de "nacionalidad" de una empresa.

Antes de ahondar en el tema, se antoja conveniente precisar los conceptos filial y sucursal. Filial es una sociedad nacional, con per-

¹⁴⁹ Servan-Schreiber, S. S. *The American Challenge*. Londres. Pinguin Books, 1968.

¹⁵⁰ Layton, Cristopher. *Europa y las Inversiones Americanas*. Madrid, Taurus, 1968.

¹⁵¹ En México, como se ha dicho en la Primera Parte de este estudio, se advierte que las empresas extranjeras son las que exportan más.

¹⁵² Ver Cuadro 2.

sonalidad jurídica propia y sucursal no es más que un establecimiento secundario, sin otra autonomía legal que la de la sociedad matriz, que se constituyó en el extranjero.¹⁵³

La avalancha de subsidiarias que se está dando como la mejor manera de eludir la discriminación integracionista y aprovechar ventajas para la maximización de utilidades, obliga a las matrices a adoptar una nueva estrategia para no perder la posición decisoria dentro de la estructura corporativa que se desenvuelve en todo el mundo. Las llamadas "megasubsidiarias" son un nuevo motivo de angustia por su poderío creciente.¹⁵⁴

El problema de la nacionalidad de las sociedades ha angustiado a la doctrina desde hace mucho tiempo. Así, Niboyet, uno de los primeros tratadistas que se ocuparon del tema, se refiere a esta incógnita del derecho internacional privado, diciendo:

las sociedades, ¿tienen nacionalidad? Hasta fecha reciente ha venido admitiéndose que las sociedades, lo mismo que los individuos, poseen una verdadera nacionalidad. La Gran Guerra, con sus necesidades, ha obligado a reflexionar acerca de este concepto, del cual se ha hecho un empleo un tanto inmoderado. Siendo la nacionalidad un vínculo político con un Estado, pues de lo contrario perdería toda su significación.¹⁵⁵

Concluye el autor galo en que en lugar de nacionalidad de los entes societarios se hable de estatuto aplicable.

Niboyet representa a la corriente, que afirma que el único que puede tener nacionalidad es el hombre y que no las personas morales y, por consecuencia, tampoco las sociedades mercantiles que, cuando mucho, se ven influenciadas por la nacionalidad de los asociados.¹⁵⁶

¹⁵³ *Estudio de la Legislación Aplicable a las Empresas de Capital Multinacional en Áreas de Integración Económica*. BID-INTAL, 1970. Buenos Aires, p. 149.

¹⁵⁴ "Hace mucho que se ha observado que la mayor parte del activo de los negocios de este país está controlado por las corporaciones, para que la última propiedad sea de una vez eliminada de los propios activos. Dentro de los últimos años pasados, sin embargo, el proceso ha ido un paso más adelante. Debido a un número de recientes desarrollos legales y económicos, una porción significativa del activo de los negocios del país está ahora controlada, no solamente por corporaciones, sino por corporaciones subsidiarias masivas megasubsidiarias". Eisenberg, Aron. *Megasubsidiaries: the effect of Corporate Structure on Corporate Control*, en: "Harvard Law Review". V. 84, No. 7, 1970. Cambridge, Mass., p. 1577.

¹⁵⁵ *Principios de Derecho Internacional Privado*. México. Editora Nacional, 1969, p. 141.

¹⁵⁶ Niboyet. *Op., cit.* p. 148.

Por su parte Enrique Helguera Soine, jurista mexicano prematuramente desaparecido, consignó en algún trabajo que la nacionalidad de las sociedades se cuestiona con calor en virtud de que la internacionalización de la operación de las empresas exige que se determine cuál es la ley aplicable.¹⁵⁷ El hablar de nacionalidad y extranjería supone discriminación.

Esta discriminación importa una diferenciación de trato entre ambas categorías en cuanto a su régimen jurídico concierne, y entonces estamos ante el problema de la condición jurídica de las sociedades extranjeras, que se eslabona al de la nacional y al del reconocimiento de la extraterritorialidad de la personalidad de las mismas. En segundo lugar, es obvio destacar la importancia que para un país tiene el fijar la nacionalidad de las sociedades y los requisitos que deben cumplir los que pretenden obtenerla al constituir un ente colectivo.¹⁵⁸

Helguera Soine, en contraste con Niboyet, admite que las sociedades tienen nacionalidad y que el reconocimiento o imputación de ésta, hecha por un Estado tiene hondas repercusiones. La nacionalidad es consecuencia lógica de que un orden jurídico admita la personalidad jurídica de los entes societarios.

Nosotros, por nuestra parte, con el propósito de no desviarnos de las rutas trazadas a esta investigación, declinamos la tarea de dilucidar si tienen o no nacionalidad las sociedades o si debe acuñarse un nuevo término que exprese la particular vinculación que sostiene con algún Estado determinado. Preferimos consignar que la gran mayoría de legislaciones habla de sociedades nacionales y extranjeras. De esta manera, en México, el Artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles habla de que "las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República".¹⁵⁹ Por su parte, Argentina prefiere hablar en el Código de Comercio de "sociedades legalmente constituidas en país extranjero" y no de sociedades extranjeras.¹⁶⁰

La corriente que acepta que las sociedades tienen nacionalidad se escinde en subposiciones según el criterio que se adopte para determi-

¹⁵⁷ *La Nacionalidad de las Sociedades Mercantiles*. Tesis Profesional. Facultad de Derecho, UNAM, 1953. México.

¹⁵⁸ Helguera Soine, Enrique. *Op., cit.* p. 155.

¹⁵⁹ Los numerales 251, 160, 261, 262, 263 y 264 del mismo cuerpo legal y 18, 19, 21, 24, 25, 26 y 29 del Código de Comercio, regimentan también a las llamadas sociedades extranjeras.

¹⁶⁰ Ver Artículos 285-287 del Código de Comercio.

narla. Las principales posturas al respecto son las que desprenden el multicitado vínculo del hecho de la autorización, control, constitución, lugar de constitución, nacionalidad de los socios, lugar de emisión, lugar de explotación, domicilio social o de la combinación de algunos de ellos entre sí, como los criterios domicilio-constitución.

En nuestra opinión, el criterio más acertado, pero más difícil de precisar, es el del control societario. Este punto de vista se fue extendiendo después de la Primera Guerra Mundial, pues se observó que los principios de constitución o domicilio podían dar lugar a que una empresa pudiera tenerse por nacional, cuando podría inclinarse por intereses extranjeros y hasta enemigos.

Lo que interesa, para invalidar las argucias y sutilezas jurídicas, es atender la realidad, en quién radica el control empresarial y hacia qué intereses se mueve la empresa, pues si se preocupan los estadistas y expertos por la nacionalidad societaria es porque se buscan preservar los intereses nacionales.

Para determinar en quién radica el control social, no debe limitarse la ponderación a precisar sólo la nacionalidad de los administradores y directores o el origen del capital, sino que se deben conjugar estos índices con la consideración de otros elementos, como son el poder tecnológico, el vendedor o comprador predominante, para mencionar sólo unos cuantos.

El establecimiento de empresas ligadas a intereses extranjeros, ha generado una abrumadora literatura en torno a las empresas multinacionales, internacionales, transnacionales o, simplemente, extranjeras.¹⁶¹

Lo más frecuente es que según sea el origen del capital social de una gran empresa, el control y sus intereses se depositarán en ese país, aunque, valga la aclaración, que también a menudo los intereses empresariales no coinciden con los del país de origen.¹⁶²

En este respecto es oportuno traer a colación la postura de las empresas norteamericanas que han establecido subsidiarias y filiales en

¹⁶¹ "El progreso de la 'corporación multinacional', la 'corporación internacional' o la 'corporación transnacional' —la multiplicidad de nombres revela perturbación sobre su identidad real— es uno de los fenómenos de las últimas dos décadas. La emergencia de estos misteriosos gigantes, sin dueños visibles y algunas veces sin oficinas principales visibles, armados con las llaves de la alta velocidad mecanizada del mundo del futuro —automatización, computadoras, aviones, energía nuclear— es de importancia central para las estructuras europeas; ya que ellas han crecido fuera de la armazón de lo nacional en sí." Sampson, Anthony. *The New Europeans*. Londres. Cox and Wyman, Ltd, 1971, p. 105.

¹⁶² Ver la nota 154.

el extranjero, hacia la política exterior de su país. Esta postura se desprende del repaso suscito del asunto *Fruehauf vs. Massardy*.¹⁶³

La *Fruehauf/France* era una corporación francesa controlada por una corporación americana que poseía la mayoría accionaria y detenía cinco de los ocho puestos del Consejo de Directores. El Presidente de la empresa, uno de los tres directores franceses, contrató con *Berliet*, la más importante productora de tractores-trailers del país, la venta de equipo para esas unidades, que a su vez, serían vendidos por la compradora a China Comunista.

El Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, en cuanto tuvo conocimiento del particular y de acuerdo con la Ley de Comercio con el Enemigo, giró órdenes a la corporación norteamericana, accionista substancial de la *Fruehauf*, para que suspendiera la ejecución del contrato, orden que se cumplió indicando la cancelación del compromiso. Al negarse *Berliet* a negociar una terminación amigable, los tres directores franceses accionaron ante la Corte de Comercio de Corbeil contra cinco directores norteamericanos, dando lugar a una larga secuencia judicial que ha causado ámpula en el mundo de los negocios.

El asunto puso en tela de juicio la libertad de una sociedad nacional y la resolución definitiva del poder judicial francés abrió nuevos cauces a las sociedades internacionalizadas.

No es exagerado esperar que se sigan repitiendo problemas de esta índole, dados los términos de la mencionada Ley de Comercio con el Enemigo, que es aplicable en los siguientes casos: 1) a cualquier persona donde esté localizada, que sea ciudadana o residente de Estados Unidos; 2) a cualquier persona actualmente dentro de Estados Unidos; 3) a cualquier corporación organizada bajo las leyes de Estados Unidos o de algún Estado, territorio, posesión o distrito norteamericano y cualquier sociedad, asociación, corporación u otra organización, cualquiera que sea el lugar donde se haya organizado o donde se hagan negocios si está controlada o es propiedad de ciudadanos o residentes de Estados Unidos.

Resulta que al amparo de esa ley, el Departamento de Estado podrá inmiscuirse en otros países indicando medidas que lesionen sus intereses económicos y políticos legítimos.

¹⁶³ *Application of the Trading With the Enemy Act to Foreign Corporations owned by Americans: Reflections on Fruehauf V. Massardy*, en: "Harvard Law Review". V. 83, No. 3, 1970. Cambridge, Mass., pp. 579-603.

Ante ese panorama es natural que las naciones tengan reticencia hacia la recepción libre e indiscriminada de empresas extranjeras o de sus subsidiarias, amén de otras motivaciones que ponderaremos en otro capítulo.

En países de la solidez económica como el Japón, la política hacia la inversión proveniente del exterior es estricta y minuciosa, pese a la moderada liberalización de los años sesentas. El Consejo de Inversión Extranjera, con base a la Ley de 1950, ha formulado un plan realista para que, sobre todo por medio de joint-ventures, el capital extranjero colabore con los planes nacionales de crecimiento.¹⁶⁴

Es menester convenir en que ante el rasgo del capitalismo contemporáneo de invasión del mercado internacional por parte de las grandes empresas o sus desdoblamientos, es imperativo plantear una nueva estrategia para que no se lesionen los legítimos intereses nacionales en beneficio de otras potencias o de grandes consorcios.

4. *Concentracionismo Empresarial*

El capitalismo clásico estuvo caracterizado por la libre competencia, por la operación de unidades empresariales según los dictados de la oferta y la demanda, pero a fines de la centuria pasada, y en lo que va de ésta, se aprecia una tendencia de agravación paulatina hacia la concentración.

En otros términos: el viejo capitalismo, el capitalismo de la libre competencia, con su regulador absolutamente indispensable, la Bolsa, pasa a la historia. En su lugar ha aparecido el nuevo capitalismo, que tiene los rasgos evidentes de un fenómeno transitorio, que representa una mescolanza de la libre competencia y del monopolio.¹⁶⁵

El capitalismo, conforme se van desarrollando sus leyes inmanentes, va destruyendo los principios que antes sostenía como valederos. De la fase competitiva parte el tránsito hacia el imperialismo.

... la libre competencia es la característica fundamental del capitalismo y de la producción mercantil en general; el monopolio es todo lo contrario de la libre competencia, pero esta última se va convirtiendo ante nuestros ojos en monopolio, creando la gran producción, despla-

¹⁶⁴ Joshnino, M. Y. *Japan as host to the international corporation*, en: *The Multinational Corporation*. Kindleberger, Ch., 1970. Cambridge, Mass., 345-369.

¹⁶⁵ Lenin, V. I. *Obras Escogidas en Tres Tomos*. Moscú. Editorial Progreso, 1966. T. I., p. 719.

zando a la pequeña, reemplazando la gran producción por otra todavía mayor y concentrando la producción y el capital hasta el punto, que de su seno ha surgido y surge el monopolio.¹⁶⁶

Debe hacerse la precisión conceptual del término monopolio, tan manido en estos días. Monopolio es el fenómeno que se da cuando hay un único oferente que vende un bien o proporciona un servicio tipificado sin substitutivos próximos. En la realidad es muy difícil encontrar un caso de monopolio perfecto, de acuerdo con la teoría económica más estricta, pues lo más frecuente es encontrar a unos cuantos vendedores. Este caso que mencionamos es conocido como oligopolio. Existe la posibilidad de que las violaciones a la libre competencia desemboquen en duopolio, en la situación de que sólo dos vendedores incidan en el mercado con satisfactores iguales o con comodidades sucedáneas.

Se puede llegar a condiciones monopolísticas por determinación legal o por el mero juego de la vida económica que hace que, en un rasgo darwiniano, las corporaciones más eficientes o más grandes crezcan en dimensión y que las más pequeñas o menos eficientes, disminuyan su tamaño relativo e, inclusive, desaparezcan.

El proceso concentracionista parece que es el sino de la vida capitalista, pues se deja sentir en todo el mundo occidental. Es prudente ponderar que los medios que se utilizan para fraguar fenómenos monopolistas son muy variados, lo mismo que las formas que se adoptan. Antes de adentrarnos en la dilucidación de los mecanismos para impulsar los monopolios, precisa hacer la advertencia de que hay un verdadero caos terminológico y conceptual, que complica el abordamiento.

El medio más frecuente es la fusión,

acto de naturaleza corporativa o social que tiene como vehículo de ejecución un acuerdo de carácter contractual, por virtud del cual se opera la transmisión del total patrimonio de una o varias sociedades en favor de una tercera, que, como contrapartida, entrega acciones propias a los accionistas de la sociedad o sociedades transmitentes, que se disuelven sin liquidación.¹⁶⁷

El efecto primario de la operación fusionante es la desaparición de una o más empresas. La fusión contiene dos vertientes. Fusión por

¹⁶⁶ Lenin, *Op., cit.* p. 761.

¹⁶⁷ Motos Guirao, Miguel. *Fusión de Sociedades Mercantiles*, en: "Revista de Derecho Privado", 1953. Madrid, p. 24.

creación en virtud de la cual desaparecen las sociedades fusionantes y se crea una nueva de mayor dimensión que las extinguidas,¹⁶⁸ y fusión por absorción, según la cual una de las empresas que se fusionan subsiste e incorpora a la que desaparece, que pierde su individualidad jurídica.¹⁶⁹

Nos parece que ambas vertientes deben recibir un tratamiento similar en atención a que el resultado es el mismo, a que el efecto primario en ambos casos es la transferencia de los patrimonios a una sola sociedad. La pluralidad social se convierte en una sola unidad.

Díaz Cruz borda un poco más en torno a la fusión desde el punto de vista de la clase de productos con que operen las corporaciones fusionantes. En este orden de ideas, habrá fusión vertical cuando una de las compañías fusionadas es o puede convertirse en proveedora o consumidora de la otra, mientras que será fusión horizontal cuando se produce entre sociedades mercantiles que fabrican el mismo satisfactor para un mercado asentado en un mismo territorio. La fusión que no sea ni vertical ni horizontal, la llama Díaz Cruz "conglomerada pura" pues no hay similitud o interdependencia, sino que las fusionantes operan con comodidades que no se relacionan entre sí.¹⁷⁰

Creemos que pese a las mistificaciones terminológicas, el resultado en cualquier operación de fusión es subsumisión de varios patrimonios societarios en uno solo.

Además del mecanismo fusionante se dan una amplia gama de operaciones dirigidas a violentar la libre competencia y a auspiciar la concentración. La concentración puede entenderse como el

fenómeno que, mediante la centralización de los poderes de decisión y la acumulación de la masa financiera, conduce al crecimiento del tamaño de las empresas y a la disminución correlativa de su número.¹⁷¹

No son extraños los grupos societarios que no afectan la autonomía jurídica, pero que imprimen a las empresas asociadas una directriz económica unitaria y definida.

¹⁶⁸ En Estados Unidos se conoce a esta forma como "consolidation".

¹⁶⁹ En Estados Unidos se conoce a esta forma como "merger".

¹⁷⁰ *Fusiones Conglomeradas*, en: "Comparative Juridical Review". V. 8, 1971. Coral Gables, Florida, pp. 201 ss.

¹⁷¹ White, Eduardo. *El Derecho de la Concentración de Empresas y los Procesos de Integración Económica*, en: "Derecho de la Integración", núm. 6, 1970. Buenos Aires, p. 10.

Es también muy frecuente lo que se conoce como participación accionaria, la posesión de acciones por parte de una sociedad respecto del capital social de otra sociedad y que generalmente se utiliza con fines de influencia. En cuanto a este fenómeno puede darse la participación recíproca que obviamente consiste en que una empresa posea acciones de otra que, a su vez, tiene acciones de la primera.

La participación accionaria da entrada a los holdings que surgen cuando una sociedad adquiere acciones de otras más en busca de control.

Cabe a las empresas la posibilidad de vincularse contractualmente entre sí para no alterar la estructura de la propiedad social y no subordinar su política a otras empresas, sino tan sólo alcanzar un cierto grado de coordinación. Es el caso de los contratos de exclusividad en compra o venta.

Las grandes corporaciones capitalistas no sólo desean crecer en tamaño, debilitar a los competidores e influir en el mercado sino que buscan reducir el margen de riesgo no limitándose a una sola línea de producción o distribución. Se pugna por el conglomerado que, al decir de Celso Furtado

es esencialmente un fenómeno de búsqueda de estabilidad por la heterogeneidad, la cual tanto puede ser funcional como geográfica.¹⁷²

La multiplicidad funcional cobra logicidad ante la consideración de que

... a partir del momento en que el nivel de la demanda global tiende a presentar una tasa de crecimiento estable, son las fluctuaciones sectoriales, es decir las modificaciones en la composición de la demanda global, el elemento perturbador del nivel de actividad de la empresa.¹⁷³

Resulta que aunque la demanda global se expanda, se dará el caso de que la demanda de ciertos artículos decaiga ocasionando que se acreciente la demanda de otros satisfactores. En consecuencia, parecerá más seguro a una empresa producir y distribuir diferente tipo de comodidades e invadir varios mercados. La multiplicidad se traduce en mayor concentración pues la empresa requerirá mayores recursos financieros.

¹⁷² *La Concentración del Poder Económico en los Estados Unidos y sus Reflejos en la América Latina*. Buenos Aires. Centro Editor de América Latina, 1969.

¹⁷³ Furtado, Celso. *Op. cit.*, pp. 32-33.

Concebir el fenómeno concentracionista como un mero crecimiento de una unidad empresarial no deja de ser erróneo, pues puede adoptarse el ropaje de un conjunto de empresas dedicadas a diferentes actividades, pero con férreas ligazones jurídicas o económicas.

Otra forma nada rara para subvertir los dictados de la competencia es el llamado fideicomiso mercantil, que

... se trata de la creación de un patrimonio para fines de negocio que ha de ser manejado por una junta de fiduciarios (*board of trustees*) a la manera del órgano principal de la corporación. Se emiten una serie de documentos semejantes a las acciones y las obligaciones con las mismas características de fungibilidad de los mismos, sólo que las acciones o shares no transmiten derechos políticos de ninguna especie y si de alguna manera intervienen los accionistas en el nombramiento de los trustees o de cualquiera otra forma en el manejo de la organización, pierden la característica de la responsabilidad limitada, hasta el monto de la aportación.¹⁷⁴

Esta institución tiene la ventaja de que puede articular grandes capitales —que pueden utilizarse en grandes proyectos de inversión— a base de pequeños aportes, pero puede dar lugar a una verdadera oligarquía autopermanente, ya que los tenedores de los títulos no pueden controlar a los directores. La administración y dirección del fondo fiduciario se hace sin mayor interferencia de los aportadores.

Los efectos del proceso concentracionista en la arena específica bancaria y financiera merece mención especial, pues su influencia en el campo industrial es extraordinaria. Como se ha dicho líneas arriba, el capitalismo contemporáneo es trilógico en cuanto que es comercial, industrial y financiero y por tanto, igualmente la tendencia concentracionista deja anotar su presencia en los tres extremos.

Las instituciones bancarias se hermanan con las industriales no tan sólo porque las financian sino porque al necesitar las empresas financiamiento bancario reciben en sus consejos a funcionarios de los bancos. Los conjuntos bancarios son grandes inversionistas y llegan a controlar verdaderas galaxias industriales.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Ramos Flores, Samuel. *Corporation en Derecho Norteamericano*, en: "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México". Año XIX, núms. 56-57, mayo-diciembre, 1966. México, p. 342.

¹⁷⁵ "El entrelazamiento del capital bancario con el industrial se manifiesta, igualmente, en la unificación de la gerencia de los bancos y de los monopolios industriales." Spiridinova, N. S. y Cherkasova, L. A. *Rasgos Económicos del Imperialismo*. México. Editorial Grijalbo, 1970, p. 41.

Hay un verdadero sistema multirrepresentativo, pues un reducido grupo de financieros participa a la vez en los consejos de numerosas empresas, de manera que pueden llegar a detentar un gran control aun sin ser tenedores de acción alguna.

Así que la concentración no es sólo un fenómeno real —exclusivo a las unidades societarias— sino personal, al referirse también a los financieros en sí.

La multirrepresentación, por lo general, se desprende de que las grandes corporaciones están presentes en numerosísimas empresas de diferentes dimensiones. Esto se advierte aun en las naciones de capitalismo no desarrollado.¹⁷⁶

En la Comunidad Económica Europea el proceso concentracionista no ha tenido la intensidad que presenta en los Estados Unidos al grado de que, como se verá en posterior capítulo, se han dictado normas abocadas a estimular el embarnecimiento de la empresa, a fin de que no sea desbancada por los colosos norteamericanos. Estos mecanismos de estímulos, que se cuidan de no violar al Artículo 85 del Tratado de Roma, van desde los encaminados a incentivar la cooperación entre las empresas¹⁷⁷ hasta los orientados a apoyar su fusión.¹⁷⁸

Sea por mero dictado de las fuerzas económicas o del empresariado mismo o sea por determinación gubernativa, es incuestionable que hay un movimiento claro hacia la concentración, hacia la disminución numérica de las empresas y hacia su crecimiento dimensional, por la doble razón de maximizar los beneficios y evitar el desplazamiento.

Hay un tránsito evidente del capitalismo competitivo al monopolista que preocupa al mundo entero¹⁷⁹ y a Estados Unidos en especial.¹⁸⁰

¹⁷⁶ "En Italia, 10 grandes agrupaciones, que ocupan el vértice de la pirámide monopolista, están representadas también en los consejos de administración de otras 109 sociedades. A estas sociedades les pertenece más de la mitad de todo el capital en acciones, y las integran, a su vez, grupos que dominan en los sectores fundamentales de la economía italiana. En Bélgica, representantes de 15 familias capitalistas ocupan 42 cargos de presidente en los consejos de administración de las 100 mayores empresas, cuyos activos totales suben a 300 mil millones de francos belgas." Cheprakov, V. A. *El Capitalismo Monopolista de Estado*. Moscú. Editorial Progreso, SF. p. 69.

¹⁷⁷ *La Coperation entre enterprises selon la jurisprudence de la Commission des Communautes Europennes*, en: "Cahiers de Droit Europeenne", núm. 2, 1969. Bruselas.

¹⁷⁸ Peterson, C. y Silver, H. *Concentration in the Common Market*, en: "Common Market Law Review". V. 7, núm. 1, 1970. Layden.

¹⁷⁹ Sepúlveda, César. *Los Monopolios, las Prácticas Comerciales Restrictivas y los Modernos Intentos Legislativos de Control*. UNAM, 1969. México.

¹⁸⁰ Robinson, E. A. G. *Monopolio*. México. Fondo de Cultura Económica, 1942.