

## ESTUDIOS MONOGRAFICOS

# Apuntes críticos al Derecho español de la concentración de empresas

ENRIQUE DE LA TORRE MARTINEZ  
de la Dirección de Estudios del  
Instituto Nacional de Industria

JOSE LUIS VILLAR EZCURRA  
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

SUMARIO: I. Introducción: la heteromorfía de los grupos normativos confluyentes en la concentración de empresas.—II. El Derecho español de la concentración de unidades económicas: 1. Relaciones de facto. 2. Relaciones contractuales entre empresas. 2.1. Centros de imputación con personalidad jurídica y forma societaria: La Sociedad de empresas. 2.2. Centros de imputación con personalidad jurídica y sin forma societaria. 2.2.1. Agrupación temporal de empresas. 2.2.2. Agrupaciones para la exportación. 2.3. Centros de imputación sin personalidad jurídica y carentes de forma societaria: asociaciones sin personalidad jurídica. 2.4. La subcontratación como forma de integración de unidades económicas. 2.4.1. La subcontratación en la legislación española de uniones de empresas. 2.4.2. Las cuasi-integraciones económicas y las bolsas de subcontratación en España. 2.5. Formas contractuales de dominación del mercado: fórmulas prohibidas por el Derecho español. 2.5.1. Acuerdos de reparto de mercado: Cartel. 2.5.2. Acuerdos de acaparamiento del suministro: la subcontratación prohibida. 2.5.3. Acuerdos de regulación unitaria de precios. 2.5.4. Acuerdos abusivos basados en una posición de monopolio de derecho en el mercado. 2.5.5. Acuerdos de uniformidad en las variaciones de precios. 2.5.6. La competencia aparente. 2.5.7. Acuerdo de reparto de mercados específicos en las macro-unidades económicas. 2.6. Arrendamiento de empresas. 3. Relaciones reales con otras empresas. 3.1. Participación en los créditos, en forma de obligaciones emitidas por una sociedad. 3.2. Participación en el capital de las sociedades. 3.2.1. Participación simple o directa. 3.2.2. Participación compleja o indirecta. 3.2.3. Participaciones recíprocas. 3.2.4. Las Sociedades de inversión como institucionalización de la participación en el capital de las sociedades. 3.2.5. Las "One Hand Companies" como medio de dominación en el mercado. 3.3. Recapitulación acerca de las relaciones reales de dominación y control. 3.4. Compra de empresa o negocio. 3.5. Usufructo de empresa. 3.6. Prenda de empresa. 4. Relaciones de integración patrimonial.—III. El fenómeno de la desconcentración aparente con fines de dominación de mercado: 1. Concepto. 2. Efectos. 3. El Derecho español ante la desconcentración de empresas.—IV. El Orden Público económico y la

desconcentración industrial: La Empresa Pública antimonopolística: 1. La Empresa Pública antimonopolística en la legislación del Plan de Desarrollo. 2. El Instituto Nacional de Industria y la Empresa Pública antimonopolística.

## I. INTRODUCCION: LA HETEROMORFIA DE LOS GRUPOS NORMATIVOS CONFLUYENTES EN LA CONCENTRACION DE EMPRESAS

Pocas ocasiones, como las que ofrece el tema del presente trabajo, podrían aprovecharse para enjuiciar el Derecho económico español y el entorno pluridimensional en que se desarrolla. Es bien sabido que, actualmente, cualquier intento de penetración en la esencia de las cosas a través del exclusivo prisma de lo jurídico, se verá abocada a visiones más o menos irreales, entorpecedoras y desilusionantes. La distorsión no se produce, como es lógico, en el terreno de lo fáctico, el cual, considerado como conjunto existencial, carece de valor intrínseco, sino en el tamiz jurídico —puramente axiológico—, a través del que se valoran determinados conceptos.

Las categorías absolutas van perdiendo, poco a poco, pero aceleradamente, toda su validez dogmática, para devenir irrealizables ante meros conceptos coyunturales, aplicables tan sólo aquí y ahora. Todavía quedan juristas, un tanto aturcidos, que sueñan en controles y balanzas, viendo convertirse en obsoletas, instituciones y conceptos de honda raigambre justiniana.

Frente a un Derecho civil o mercantil, contruidos sobre grandes pilares absolutos y perennes, surge ágil y dinámico el Derecho administrativo moderno, o el fiscal, operadores de lo concreto y lo real. Cada vez en mayor medida, el ordenamiento jurídico va proliferando en disposiciones de rango inferior que son, ciertamente, las que regulan y conforman la sociedad moderna, arrinconando los grandes Códigos decimonónicos que, en su época, también fueron el resultado de corrientes político-jurídicas muy concretas.

Debido a esta gran profusión normativa se opera un curioso fenómeno que deforma lo que, hasta hoy, fue considerado sustento esencial del Estado de Derecho: el orden jurídico. Se trata precisamente de la *colisión desordenada entre lo perenne y lo coyuntural*, de la norma como expresión de lo abstracto con el acto concreto que regula y cumple un fin determinado y perentorio.

El Derecho fiscal surge, con su especial fuerza operativa, como un Derecho a corto plazo carente de categorías abstractas. Se trata de un Derecho creado para subvenir a necesidades concretas urgentemente necesitadas de solución. La forma en que actúa este tipo de normatividad —fiscal y administrativa— es bien sencilla: surge la necesidad de actuación en determinado sentido y, a continuación, se promulga la norma. Su eficacia será sin embargo, muy distinta, según lo que realmente se persiga: el "fin político" o la conformación social y económica. La gran actuación administrativa a través de le-

yes-medida supone una aseveración de esta realidad que, progresivamente, va inundando todo el panorama legislativo.

“El Derecho es un concepto cultural, no una vacía estructura de ideas, sino titular, portavoz y soporte de ciertos valores” (1). Las categorías perennes ya han sido descubiertas y los iusprivatistas poco o nada pueden aportar en la “labor creadora”, que, hoy más que nunca, protagoniza el mundo de lo jurídico real. No se trata de enjuiciar a nadie, sino de constatar realidades cotidianas y reiteraciones de hechos consumados.

Si el Derecho mercantil fue la cristalización del capitalismo comercial, el administrativo viene a plasmar la *tendencia socializadora de la sociedad moderna*. Actualmente nadie puede ya mantener el concepto clásico de la “propietas” como “absoluta potestas” sin admitir, paralelamente, limitaciones y sustituciones del Derecho dominical. Lo que ocurre es que la excepción acaba por convertirse en regla general y lo universal acaba vaciado de su propio contenido.

Consecuencia de la proliferación de lo concreto será, también, la constante colisión entre grupos normativos heteromórficos (2). De esta forma, disposiciones legales con distinta finalidad parecen apuntar hacia soluciones irreconciliables. Tal sucede entre la normativa fiscal de fomento a la concentración industrial y las disposiciones que, como la LPRC, intentan regularla. Su enfrentamiento, empero, al no ser normas isomórficas, es sólo aparente. En cualquier caso, se tratará de aplicar una norma u otra, según la finalidad que se persiga en cada caso.

La heteromorfía se demuestra aquí, no sólo por la distinta finalidad de ambos grupos normativos (dimensiones óptimas *versus* tendencias monopolísticas) que aparece en la normativa de los dos así expresado —por ejemplo, artículo 1 del Decreto 2.910/1971, de 25 de noviembre—, sino incluso lógicamente, ya que entre los elementos normativos de ambos grupos no existe una correspondencia biunívoca isomórfica, es decir, que de su aplicación no se obtiene nunca el mismo resultado (de la aplicación de la normativa antimonopolio no se deduce, en ningún caso, la dimensión óptima empresarial y, de igual modo, de la aplicación de la normativa fiscal no se llegan nunca a combatir prácticas monopolísticas, sino que, en todo caso, lo único que se conseguiría sería la denegación de los beneficios fiscales previstos). Como elemento ajeno a estos grupos, pero que incide en ellos, se encuentra la Empresa Pública antimonopolística, a través de la cual se complementa el grupo encabezado por la LPRC y, a la vez, al compuesto por disposiciones de fomento de la concentración industrial.

La concentración industrial no puede considerarse aisladamente. Aunque este trabajo es fundamentalmente jurídico, no olvida en nin-

---

(1) Cfr., VILLAR PALASÍ, “Derecho administrativo, Introducción y teoría de las normas”, Madrid, 1968, pág. 329.

(2) Cfr., sobre el concepto de isomorfía y heteromorfía, VILLAR PALASÍ, op. cit.

gún momento el substrato económico que inspira la normativa sobre esta materia. Así, siendo muchos y variables los obstáculos a la concentración de empresas en España, entre los no jurídicos pueden señalarse como principales los siguientes: situación inflacionista continuada; mantenimiento a ultranza de una política oficial de "superempleo"; escasa agresividad del empresariado español; desordenada y masiva utilización de patentes e inversiones extranjeras; sistema impositivo y evasión fiscal generalizada; falta de organizaciones secundarias o intermedias; diversificación de la acción económica de la Administración y, por fin, ausencia de ágiles y racionales fuentes crediticias y de financiación.

Así, pues, como queda dicho, al examen crítico de la heteromorfía normativa existente en la concentración industrial se dedica el presente trabajo. Esta incide en aspectos mercantiles, fiscales y laborales. Pues bien, salvo estos últimos, para los cuales el proyecto de Ley del III PDES (2 bis) ilumina una vía de solución autorizando planes de reestructuración de plantillas y empleo para determinadas "acciones empresariales", los demás aspectos se tratan sin ánimo exhaustivo —quedan fuera temas como los consorcios, cooperativas...—, pero sí realista y suficiente. Se tratan, en primer lugar, las relaciones contractuales interempresas, criticando tanto las permitidas y fomentadas —sociedades de empresas, agrupaciones...— como las combatidas, más o menos eficazmente —acuerdos monopolísticos—, y tratando de buscar apoyo jurídico a las más dudosas —arrendamiento y compra de empresas—. Se examinan a continuación, con las mismas pretensiones, las relaciones reales y de integración patrimonial, para terminar con lo que debe ser el contrapunto a los peligros de la concentración industrial —la Empresa Pública antimonopolística—.

Como se ha expuesto (3), es el propio jurista quien, al construir las categorías, debe proceder a una valoración de la norma y a un estudio de su práctica utilización técnica. El mundo del Derecho no termina en la creación e interpretación estricta de las disposiciones. Las normas tienen una interpretación a tenor de su eficacia, sin que baste una hermenéutica muerta de la letra de la Ley.

Este es el punto de base de los autores de este trabajo. "... Y como el hombre es terco y no suele querer enterarse y acostumbra después que se le ha sermoneado cuatro horas a volver a las andadas, los preguntones, si leen esto volverán a preguntarme: «Bueno; pero ¿qué soluciones traes?». Y yo, para concluir, les diré que, si quieren soluciones, acudan a la tienda de enfrente, porque en la mía no se vende semejante artículo. Mi empeño ha sido, es y será, que los que me lean piensen y mediten en las cosas fundamentales, y no ha sido nunca el de darles pensamientos hechos. Y he buscado siempre agitar

---

(2 bis) En prensa este artículo, la Ley del PDES todavía no había sido aprobada. Ver art. 30, 4, del Decreto 1.541/1972, de 15 de junio.

(3) VILLAR PALASÍ, "Administración y Planificación", Instituto de Cultura Hispánica, Madrid.

y, a lo sumo, sugerir, más que instruir. Si yo vendo pan, no es pan, sino levadura o fermento" (4).

## II. EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CONCENTRACION DE UNIDADES ECONOMICAS

Uno de los signos más distintivos del derecho neocapitalista de la economía es, como señala Villar Palasí (5), su carácter antinómico y dialéctico, al jugar entre dos polos opuestos, difícilmente conciliables: los intereses individuales dominicales y la contingencia de las necesidades públicas, condicionadas por los cambios continuos de la coyuntura económica. De ahí que, al construirse este derecho sobre lo discontinuo y problemático, los autores hayan intentado, no el estudio de todas las figuras pensables, sino sólo de las más deseables para el desarrollo español. De ahí también que, ya desde ahora, advirtamos la inagotabilidad del tema, al incidir éste sobre aspectos mercantiles, administrativos, fiscales y laborales de difícil conciliación (6). A consecuencia de la consagrada libertad de pacto del Derecho español —artículos 1.255 del Código civil y, para la sociedad, el 1.666 del mismo texto y el 117 del Código de Comercio— en principio pueden ser realizados todo tipo de pactos entre empresas para una inteligencia común. Sin embargo, dada la penalización fiscal de algunos supuestos no bonificados y la paralización formal o administrativa de otros, acaban por no tener resultado práctico alguno.

En nuestro país no existe un claro movimiento de concentración industrial (7), ni se toman las oportunas medidas para que así sea. Por un lado, porque el contenido de las disposiciones sobre concentración de empresas es excesivamente casuístico y de naturaleza fiscal en su casi totalidad, aspectos ambos que no parecen los más adecuados, ni suficientes, para un país donde el movimiento es prácticamente inexistente y la evasión fiscal muy generalizada. De otro lado, si tenemos en cuenta que una operación de concentración lleva mucho

(4) MIGUEL DE UNAMUNO, "Mi religión", C. L. V., Barcelona, 1970, pág. 130.

(5) Cfr., sobre este punto, VILLAR PALASÍ, "El impacto de lo económico en el Derecho administrativo", inédito, Madrid, 1959, y bibliografía allí citada.

(6) Se excluye aquí, en consecuencia, el tema de los consorcios, las cooperativas y otras formas de concentración, que serán objeto de sucesivos trabajos por los mismos autores, así como aspectos referidos a formas concretas de concentración, como p. ej. en materia de prensa, ...

(7) Existen no pocas publicaciones que demuestran el escaso movimiento de concentración industrial; así, entre otras, "Concentración de Empresas", Ministerio de Industria, 1967; "Economía Industrial", núm. 74, febrero 1970; "Influencia del sistema tributario sobre las dimensiones de las empresas españolas", Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1966; FERNÁNDEZ MARINA, "Política Industrial y Concentración de Empresas", Sercobe, Madrid, marzo de 1969; "Lento proceso de concentración empresarial en España", *Tiempo Nuevo* de 30 de enero de 1970; GARCÍA RAMAL y otros, "Fusión y Concentración de Empresas", Madrid, 1966; "La reestructuración empresarial y el II PDES", mayo 1969; "Concentración de Empresas: escasa participación de los empresarios", *Desarrollo*, Madrid, 4, 1968; las publicaciones de la APD sobre este tema, etc., etc.

tiempo, no sólo en realizarse, sino incluso en pensarse y decidirse, no se conciben disposiciones como el Decreto-Ley 8/66 o el 11/67, cuya vigencia se limitó a un año. Es cierto, y no puede olvidarse, que hasta hace poco tiempo nuestra economía pasó por una obligada y necesaria autarquía. No podía entonces pensarse en que la industria se concentrara, sino, simplemente, en que existiera como fuese. En este sentido, no pudieron desarrollarse las facultades que el Decreto de 20 de agosto de 1938 y, principalmente, la Ley de 24 de noviembre de 1939, concedieron al ministro de Industria.

Resumiendo las características del Derecho capitalista español de concentración de unidades económicas, diríamos que nuestra legislación en este campo adolece de tres defectos generales: a), es una legislación *tardía*, ya que se inaugura prácticamente al final de la década de los cincuenta, puesto que los precedentes anteriores no gozaron de eficacia alguna; b) es una legislación *inadecuada* a nuestra realidad económica (8), de desarrollo incipiente. El enorme número de controles, formalismos, requisitos, etc., la naturaleza casi exclusivamente fiscal —y no crediticia, financiera ni laboral— de la normativa vigente (9) ... no parece que correspondan a un país con un índice de concentración tan escaso como necesario, y c) se trata de una legislación *raquítica*, ya que limita al máximo los supuestos de concentración beneficiados, esto es, posibles.

En aspectos más particularizados, nuestra LSA sólo regula la fusión y absorción de sociedades, haciendo tales procedimientos demasiado lentos e inspirados en un capitalismo individualista trasnochado. La Ley de 5 de diciembre de 1968, aunque agiliza los procedimientos y atiende más al interés de la nueva entidad que al individualista de socios y accionistas, es una disposición coyuntural, de naturaleza dispositiva —no obligatoria—, y se ciñe únicamente a aquellos dos supuestos, subordinando su eficacia a la previa aplicación de los beneficios fiscales.

No regula el Derecho mercantil los contratos y uniones de empresas y, aunque la legislación fiscal bonifique algunos supuestos, éstos son muy limitados (10). A través de la legislación fiscal podría facilitarse la introducción, tan urgente como necesaria en nuestro país, de un derecho de concentración de empresas que concibiera, por su flexibilidad y actualidad, las participaciones de una sociedades en otras, los sistemas "holding", los convenios de agrupación (coordinación, subordinación, contratos de órgano), etc. No importaría que nuestro Derecho sustantivo dificulte, por su absentismo, algunos de estos

---

(8) La inadecuación de la legislación de concentración a nuestra realidad económica se demuestra con el hecho de haber producido en no pocos casos —y en empresas extranjeras sobre todo— el resultado contrario de la desconcentración, de la que se habla más adelante.

(9) El Proyecto de Ley del III Plan de Desarrollo concibe ya "planes especiales de reestructuración y regulación de empleo", que, a no dudar, serán un buen camino promocional a las concentraciones industriales. Ver nota 2 bis.

(10) Vid., más adelante.

convenios (arrendamientos, usufructo, prenda...), si el Derecho fiscal los protegiera.

El Derecho español, como buena parte del europeo, no consigue superar el gran escollo que supone establecer un concepto jurídico de empresa (11). Sin embargo, tales dificultades no tienen motivo de existir para las autoridades administrativas. Lo único que se precisa en este campo es suprimir los obstáculos fiscales para un amplia gama de supuestos. Las mismas empresas se encargan de lo demás, aunque sea en base a la libertad de pacto que nuestro Derecho privado, como el de aquellos países, consagra en sus textos positivos.

La excesiva discrecionalidad—que también es defecto de la legislación laboral—(12), la necesidad de concesión expresa de los beneficios—neutralidad—fiscales, es algo que debe desaparecer en favor de *concesiones automáticas* para las concentraciones que se consideran deseables. Sería lo más lógico, y así se ha hecho en otros países (13), que la discrecionalidad y necesidad de expediente previo existiera respecto de las concentraciones “dudosas”, pero no para las restantes. Lo contrario produce, además, una gran inseguridad en el empresario, quien, después de cubrir el farragoso camino del expediente, no sabe qué beneficios recibirá ni en qué medida (14).

La legislación fiscal española conviene observarla desde dos puntos de vista diferentes. De un lado se observa que es preocupación constante del legislador gravar todo tipo de concentración económica, de forma que resulta, en muchos casos, prácticamente imposible llevarla a cabo. De otro lado, se observa también que, consideradas las concentraciones como beneficiosas y urgentes, se ha elegido el peor sistema para fomentar su auge, como lo es el cercenar a unos pocos supuestos los beneficios que se conceden, dejando fuera otros más normales, siendo casi todos ellos igualmente beneficiosos económicamente; así ocurre, por ejemplo, con la concentración en forma de titularidad de acciones, etc. Si a tan irracional limitación de supuestos añadimos que los beneficios no son positivos, que el procedimiento es largo y penoso, que la concesión es discrecional y los fuertes controles a que se somete, no puede extrañar a nadie que las concentraciones en España sean pocas y de parca entidad, a la vez que, en su mayoría, no son sino consolidación de situaciones de hecho preexistentes (15). Por otra parte, tomar medidas fiscales y no modificar las demás circunstancias de la estructura económica nacional es producir “a priori” resultados pequeños y de utilidad o ventaja dudosa. En tal sentido,

---

(11) Ver, por todos, RUBIO, “Introducción al Derecho mercantil”. Ed. Nauta, Madrid, 1970, y bibliografía allí citada, págs. 444 y ss. DE LA CÁMARA, “Estudios de Derecho Mercantil”, T. I, vol. 1, CET, págs. 17 y ss.

(12) Cfr., APD, “Problemas reales de las concentraciones de empresas”, Madrid, 1968.

(13) Vid., sobre este punto, WEBER, “Fusions et concentrations d'entreprises en France”, *La Documentation Française*, 1969, traducido por el Consejo Económico Sindical Nacional, Doc. núm. 342, 1970, pág. 14.

(14) Ver, entre muchos, APD, “Problemas reales”, op. cit.

(15) Cfr., ELORDUY en “Fusión y concentración de Empresas”, APD, Madrid, 1966; “Influencia del sistema Tributario”, op. cit., etc.

el único dato elogiado ha sido la refundición de la legislación, dispersa y poco coherente, realizada por el Decreto 2.910/71, de 25 de noviembre (15 bis).

La concentración de empresas es un fenómeno que debe su auge y ordenación a la actuación de los poderes públicos (16). Si la Administración quiere impedir el movimiento, cuenta con armas más que sobradas para hacerlo. E igualmente podría afirmarse lo contrario. El fomentar las concentraciones es, sin embargo, un problema complejo, que afecta a materias industriales, laborales o fiscales... Considerar uno sólo de los aspectos y olvidarse de los demás es obstaculizar un gran número de concentraciones. Y, respecto de España, precisemos, por cierto, que al no haber seguido nuestro país los derroteros mundiales en los últimos años, se ha producido un aislacionismo, un desfase, que es necesario corregir. Esa tardía incorporación ha producido la consecuencia de no darse en nuestro país aquel cúmulo de circunstancias que han causado y fomentado la concentración de empresas en la cantidad y calidad con que se están dando en todos los países desarrollados económicamente. Con todo, la política interna de las empresas no es más que el reflejo del medio económico en que actúan. De ahí la necesidad de urgentes medidas de intervención que produzcan en nuestro marco económico los cambios necesarios para que nuestra total incorporación a Europa sea rápida y beneficiosa.

Conviene precisar, sin embargo, que la concentración de empresas es un fenómeno esencialmente económico que, sólo a veces, utiliza fórmulas jurídicas para su realización. Como fenómeno económico sería nefasto considerarlo aisladamente. Son muchos y diversos los factores que influyen en este problema, pero es, en definitiva, el mayor o menor grado de competencia el que incide de manera decisiva. Tomadas las medidas necesarias que aumenten la eficacia de nuestra economía, son, entonces, los estímulos fiscales y financieros los que han de entrar en juego.

Es preciso, empero, tener cuidado con la intervención administrativa en este campo. La sociedad de estudios "Mc. Kinsey Co" (17), en un estudio sobre los resultados de 22 operaciones de concentración, determinó que las dos terceras partes de las concentraciones que fueron consecuencia de presiones o de estímulos de la Administración, acaban en fracasos relativos. Ello es natural si se tiene en cuenta que una presión exterior, artificial por naturaleza, no puede dar a los responsables de las empresas el arranque de dinamismo que es necesario para obtener el máximo partido de la concentración.

---

(15 bis) Este Decreto ha sido desarrollado en lo referente al procedimiento de aplicación de los beneficios en él previstos, por la Orden de 24 de abril de 1972. Ver VICENT CHULIÁ, en *RDM*, 123, 1972, págs. 43 y ss.; MARTÍN OVIEDO, *RDF* y *HP*, 98, págs. 271 y ss.; del mismo, *ib.*, núm. 99, páginas 501 y ss.

(16) Cfr., WICKHAM, "Concentrations et dimensions"; HOUSIAUX, "La concentration des entreprises"; ... cit. por WEBER, *op. cit.*, págs. 6 y ss.

(17) Vid., MC. KINSEY COMPANY, "Les reagroupements d'entreprises", *Direction*, núm. 129, 1966, cit. por WEBER, *op. cit.*, pág. 59.



Conviene aclarar, sin embargo, que no fue ésta la principal causa de fracasos y que, en última instancia, los resultados serían todavía peores si las empresas no hubieran intentado la concentración. Así, John Kitching (18) demuestra que las principales causas de los fracasos son: la disparidad de dimensiones (en el 84 por 100 de los fracasos, el volumen de venta de la absorbida era inferior al 2 por 100 del correspondiente al de la absorbente); y la inadaptación de las medidas de reorganización adoptadas por los dirigentes de la absorbente.

### 1. Relaciones “de facto” (19).

Las relaciones de “facto” constituyen uno de los estadios más primitivos de inteligencia entre empresas. El tema, con ser importante, se presta a la fácil demagogia y merece un estudio por separado. En efecto, contra lo que pueda parecer, en unos casos las relaciones “de facto” contribuirían a políticas empresariales comunes, pero, en otros muchos lo que originan son beneficios de muy diversa índole, para grupos determinados, y no tanto para las empresas. De ahí que pueda distinguirse entre las relaciones “de facto”, originadas por las mismas empresas o la mayoría accionarial— salvo que sea estatal (20)— y las causadas por grupos de presión o por cuerpos de funcionarios muy cualificados. En el primer supuesto, el intercambio de consejeros (21), o las vinculaciones entre ellos, derivará hacia acciones empresariales conexas, en favor de las empresas y el dominio del mercado. Pero, en el segundo, lo que menos interesa es la actividad empresarial coligada y si, en cambio, la palanca hacia el poder—económico y político—; en este último supuesto se encuentra el caso de no pocas Empresas Públicas o mixtas.

Realmente, las relaciones “de facto” son más preponderantes a través del control de la asamblea general de accionistas que mediante consejeros comunes, aunque en la casi totalidad de los casos van identificadas o son consecuencia la una de la otra. La asamblea general está en crisis desde hace muchos años y las más modernas legislaciones tienden al sistema alemán o a su perfeccionamiento. Y es que, como ha dicho Roviére (22), “la experiencia ha demostrado

(18) Ver, “Pourquoi certaines fusions échouent-elles”, *Direction*, número 148, 1968, cit. por WEBER, loc. cit., pág. 60.

(19) Cfr., sobre el tema, TAMAMES, “La lucha contra los monopolios”, *Tecnos*, Madrid, núm. 17 y bibliografía allí citada. Existen, además, no pocas publicaciones sobre el tema.

(20) Si la mayoría es estatal, la coligación se produce más en base al reparto de consejos hacia grupos políticos o funcionariales en el poder.

(21) Es interesante sobre este tema, la cfr. con la Clayton Act, de 1914, sec. 8, en materia de “interlocking directorates”; vid., TAMAMES, op. cit., y VILLEGAS, ut supra.

(22) Cfr., “Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration”, *Com. des Comm. Eur.*, Concurrence, 1967, trad. al español por el Consejo Económico Sindical Nacional, Doc. núm. 331, 1969, I Parte, págs. 9-10; DOUGLAS y SHANKS, “Insulation from liability through subsidiary corporations”, *Yale Law Journal*, New Haven, vol. XXXIX, 1929-30, págs. 193 y ss.; VILGREUX, “Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes: théorie et réalité”, París.

la insuficiencia del órgano supremo”, debida, “en principio”, al absentismo de los accionistas y, en segundo lugar, y como consecuencia a su vez de ese absentismo y como reacción contra él, a un fenómeno de concentración”. Los accionistas, sigue diciendo el autor, por variadas razones, poco a poco van dejando de asistir a las reuniones, tanto por la época intempestiva en que se convocan—en verano—, como por el lugar de la convocatoria—que exige a muchos pagarse los gastos de desplazamiento y estancia— y, también, por la sensación de la pérdida de tiempo. “Para obtener el “quorum” necesario, los administradores buscan entonces las representaciones de voto; el hábito se consolida y las asambleas se llevan pronto a efecto en presencia de veinte personas, de las que algunas detentan o representan el 30 por 100 o más de las acciones de la sociedad. Estos son los administradores, que son entonces los dueños de la asamblea, que se ha convertido en un órgano fantasma. ¿Cómo puede extrañar entonces el sistema, tan extendido en los estatutos sociales, de la aprobación por aclamación? ¿A qué continuar con prácticas solapadas de control? (23).

## 2. Relaciones contractuales entre empresas.

Decíamos líneas atrás que, en base a la libertad de pacto del Derecho español, nada parece oponerse al establecimiento de relaciones contractuales entre empresas (24), pero que apenas parecen practicable tales relaciones si no están fiscalmente protegidas. Pues bien, manteniendo esta postura conviene precisar que la penalización fiscal es mucho más grave en las relaciones reales que en las contractuales. Son éstas las menos estudiadas y a las que menor atención ha prestado la doctrina y la literatura jurídica. En todo caso, se ha estudiado alguna de sus específicas variantes, aunque de modo aislado y sin ofrecer generalmente una visión de conjunto. Por ello, y para sistematizar este tipo de relaciones, con proyección hacia lo posible y “razonable”, hemos escogido un instituto jurídico consagrado desde Kelsen (25), a quien se debe su juridización popular; en concreto, nos referimos a los “centros de imputación con personalidad jurídica propia y forma societaria”—sociedad de empresas—; “centros de imputación con personalidad jurídica, pero carentes de forma societaria”—agrupaciones temporales de empresas, agrupaciones para la expor-

(23) Hablamos aquí, obviamente, de sociedades anónimas en las que no se da la matización de Empresas Nacionales. En éstas lo que ocurre, en la mayoría de los casos, es que el organismo del que dependen ostenta la cualidad de socio único, más por imperativos políticos que económicos. Cfr., sobre el tema, GARRIGUES-URÍA, “Comentarios a la LSA”, Madrid; VILLAR PALASÍ, “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *RAP*, 3; ARENA, “La société commerciale publique”, *Giuffré*, Milán, 1942; BANGNIET, “La société d'une personne”, *Upsala*, 1966; BROSETA, “La sociedad anónima unipersonal como instrumento de la actividad económica del Estado”, *Upsala*, 1966, etc.

(24) Cfr., MARTÍN OVIEDO, “Aspectos administrativos y fiscales de las uniones de empresas”, Madrid, 1968.

(25) Cfr., “Teoría pura del Derecho”, Buenos Aires, 1965.

tación—, y, por fin, “centros de imputación sin personalidad jurídica y carentes de forma societaria” —asociaciones sin personalidad jurídica—.

### 2.1. *Centros de imputación con personalidad jurídica y forma societaria: la Sociedad de Empresas.*

Es éste el primer tipo de unidad económica, que varias sociedades pueden crear conjuntamente con el fin de lograr una actuación coordinadora en el mercado. Está integrado, por la estructura que mayor cohesión puede tener en el mundo del Derecho: la “sociedad”, la cual se presenta, a este respecto, con una “personalidad jurídica” que se para en mayor grado su propia naturaleza y esencia de la de aquellas personas —naturales o jurídicas— que la constituyen.

La LUE (26) define estas sociedades como “las compañías anónimas constituidas por sociedades o empresas individuales, agrícolas, mercantiles o industriales que, cumpliendo los requisitos que en ella se señalan y manteniendo su propia personalidad y libertad de mercado, tengan por objeto uno o varios de los fines siguientes: a) Expansión, modernización o realización de las instalaciones productivas. b) Aportación o adquisición de maquinaria y otros bienes de equipo para su utilización conjunta o particular. c) Promoción de venta de los productos obtenidos o comercializados en los mercados nacional y extranjero. d) Estudio de nuevas técnicas y de mejora de métodos de producción para su ulterior aplicación. e) Cualquier otro objetivo que pueda señalarse posteriormente mediante Decreto”.

El Decreto-Ley 11/67, al dar nueva redacción al artículo 4 de la LUE, limita su ámbito a las empresas agrarias, industriales y comerciales, a excepción de las inmobiliarias, de seguros, bancarias, y demás de carácter financiero, con lo cual, los propósitos de amplitud, con que en principio fuera concebida esta figura, se ven rápidamente mermados. Lo cierto es, sin embargo, que ni siquiera en su primitiva redacción se permitía una intervención de la “voluntad de los particulares” al disponer un “*numerus clausus*” de posibles contenidos económicos en la Sociedad de Empresas. Pero con el Decreto-Ley de 1967, se limitan, no sólo estos posibles contenidos, sino también los sujetos, que pueden llevar a cabo esta forma de unión.

Necesitada de previa autorización administrativa, los requisitos exigidos para la constitución de este especial tipo de sociedad tienen fines de publicidad y la consiguiente garantía de terceros interesados,

---

(26) Ley de Uniones de Empresas, de 28 de diciembre de 1963, desarrollada por la Orden de 25 de enero de 1964, adaptada por el Decreto de 27 de julio del mismo año. Existen no pocas publicaciones comentando esta Ley. Además de las citadas expresamente en el trabajo, pueden verse PELLETIER, “Concentración y reestructuración de Empresas”, Madrid, 1968; SÁENZ DE BUJANDA, “Hacienda y Derecho”, Tomo III, Madrid; APD, “Asociaciones y Uniones de Empresas”, Madrid, 1963; FRAGUAS, en *RDM*, núm. 93, 1964; GARRIGUES, en *RDM*, núm. 91, 1964; FORNIÉS, en *Themis*, Zaragoza, 14, 1963; BERGÓS, en *RJC*, 63 (1964), 2; SERCOBE, marzo, mayo, 1968; etc.

así como el evitar que, en ningún caso, la sociedad de empresas sea dominada por ninguno de los socios.

Los empresarios o sociedades que quieran constituir esta entidad deberán figurar inscritos en el Registro mercantil—además, los empresarios individuales, completarán este dato constatando la cifra de valoración que a su empresa se señale—; tener diligenciados sus libros de conformidad con lo establecido en el Código de Comercio; y, en la escritura, se harán constar expresamente cuantos requisitos exige la LUE: títulos nominativos, domicilio, igualdad de derechos accionarios, cifra de valoración, mantenimiento de la unidad económico-jurídica de las empresas, cláusulas de garantía para los supuestos establecidos e información contable al órgano rector. Con ello, no ya la complejidad de requisitos, sino incluso las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, el complicado procedimiento, la discrecionalidad resolutive y el régimen sancionador, limitan la eficacia práctica de la figura.

La forma de sociedad anónima impuesta a la sociedad de Empresas resta gran parte de la agilidad que podría tener esta figura, si se llegaran a admitir cualesquiera de las restantes formas existentes en Derecho español (27). Por ejemplo, para la sociedad cuyo capital no sobrepase los 50 millones de pesetas, no existe la obligación de adoptar la forma de sociedad anónima (28). Una empresa con capital inferior a esta cantidad, puede, por tanto, considerar más conveniente adoptar la forma de sociedad de responsabilidad limitada (29), a cualquier otra existente, para el cumplimiento de los objetivos que se proponga. Pese a ello, la Sociedad de Empresas, tal como se configura en la LUE, no puede adoptar otra forma que la de sociedad anónima. Si las Empresas participantes considerasen más ventajosa la adopción de cualquier otra y así constituyesen un ente societario, perderían los beneficios fiscales y de otra índole, otorgados exclusivamente para las que se constituyan como sociedades anónimas.

La utilización de “procedimientos impuestos” en el Derecho mercantil no ha sido nunca, ni podrá serlo, el medio idóneo para intentar el logro de unos fines que, tales como la concentración o unidad de empresas, acabarían mejorando el panorama económico español. El poco éxito obtenido por esta figura (30), a lo largo de la experiencia obtenida, es un índice expresivo de la atonía con que estas medidas han sido recibidas por el empresario español.

Existe además una limitación, posiblemente no querida por el legislador, pero que evidentemente ha sido uno de tantos motivos que han encauzado el estrecho panorama en que se desenvuelve. La parti-

(27) Cfr., sobre este punto, entre otros, FRAGUAS, “Sociedades de régimen particular”, *R. D. M.*, julio-dic., 1966, pág. 104.

(28) Ley 84/1968, 5 dic., que modifica lo dispuesto en el art. 3.º de la L. S. R. L., 17 julio 1953, y art. 4.º L. S. A., 17 julio 1951.

(29) Cfr., ALVAREZ QUELQUEJEU, “La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas”, Valladolid, 1958.

(30) Vid., “Concentración de empresas”, op. cit., págs. 191 y ss.; ELORDUY, op. cit.; VICENT CHULIÁ, op. cit., in fine.

cipación de los socios en la Sociedad de Empresas no podrá exceder del 30 por 100 del capital desembolsado. El legislador que pretendió evitar indudablemente las agrupaciones dominadas o excesivamente vinculadas a uno de los socios, no reparó en los inconvenientes que de ello se podrían derivar. En el caso de dos sociedades que pretendiesen establecer unos servicios comunes en base a ella, no podrían llevar a término sus propósitos, precisamente por esta limitación (ya que forzosamente alguna de ellas deberá sobrepasar el límite de 30 por 100 fijado como máximo (31). En consecuencia, se verán privados de los beneficios fiscales previstos y, posiblemente, acabarían desistiendo de su propósito. Por otra parte, aunque se autorice al Ministerio de Hacienda para variar este porcentaje, creemos que tendrá escasos resultados por el carácter discrecional de esta decisión, y, en último término, por la excesiva demora que puede tener este procedimiento.

Los beneficios que la Administración otorga a este tipo de sociedades, pueden estudiarse desde una doble óptica: acción negativa de la administración (aspecto fiscal) y acción positiva.

La acción negativa de carácter fiscal puede resultar acertada si bien su campo de aplicación se halla excesivamente reducido por el mismo ámbito de la LUE. Abarca, prácticamente, todas las vías de imposición, gozando en algunos casos de exención total y en otros tan sólo de bonificación.

Más interesante, aunque sólo por el precedente de "acción positiva" que suponen, parecen los estímulos de orden financiero. En primer lugar se permite la emisión de obligaciones con el máximo límite de la cifra que resulte de sumar los capitales desembolsados por las sociedades miembros, o en su caso de las cifras de valoración consignadas por los empresarios en el Registro Mercantil (LUE, art. 5.º, a) (32). Con ello se suprime el límite establecido por el artículo 111 de la LSA (33).

Con todo, este tipo de medidas, a pesar de suponer un interesante precedente, en cuanto a las nuevas perspectivas que ofrecen tienen poco atractivo para los empresarios. El mercado de capitales español, como ha señalado acertadamente Garrigues Walker, no será atraído hacia este tipo de obligaciones, que no goza de especial privilegio ni ofrece intereses superiores a los normales. Más positivo hubiera sido crear un régimen crediticio especial y prioritario para estas sociedades o regular la concesión de préstamos (sin emisión de obligaciones) de otras entidades nacionales o extranjeras a ella.

---

(31) Aunque este escollo se ha superado en la práctica, es buena muestra del escaso rigor de la redacción legislativa.

(32) Este artículo impone el límite, para la emisión de acciones de una nueva no superior al capital desembolsado "de la propia sociedad". En las sociedades de Empresas este límite se amplía hasta una garantía igual a la suma de los capitales de las empresas miembros.

(33) No operan tales topes si la emisión de obligaciones se hace con las garantías establecidas en los números 2 y 4 del artículo 114 de la L.S.A., es decir, con prendas de efectos públicos o con la garantía del Estado, Provincia o Municipio.

## 2.2. Centros de imputación con personalidad jurídica y sin forma societaria:

### 2.2.1. Agrupación Temporal de Empresas.

Siguiendo el esquema propuesto —referente al grado de coherencia existente—, la presente figura no supone ya la creación de una sociedad típicamente mercantil que aglutine los lazos de unión entre las empresas participantes. Se trata, tan sólo, de la creación de una unión que, ni en su estructura (no llega a crearse una entidad típicamente societaria), ni en su duración (esencialmente limitada en el tiempo) goza de la firmeza otorgada a la Sociedad de Empresas. Su encuadramiento deberá ser, entonces, ubicado en el nivel inmediatamente inferior al anteriormente expuesto; esto es, dentro de los centros de imputación con personalidad jurídica y carentes de forma societaria.

La LUE, no ofrece el concepto expreso de estas específicas agrupaciones, pero, no obstante, podría inferirse su noción de la misma Ley. A estos efectos puede definirse como “agrupación temporal de empresarios (individuales o sociales) con el fin de lograr un mejor desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro —arts. 1 y 7—. Este tipo de entidades se conocía ya en nuestro país antes de la promulgación de la LUE (34). Las “joint venture”, las contratas de construcción y los servicios de ingeniería son, así, claros precedentes de este tipo de agrupaciones.

Para la concesión de los beneficios fiscales que se disponen en la LUE se ha recurrido de nuevo al sistema de “imposición de la forma jurídica”, tal como ocurre con las sociedades de empresas. Así, es requisito “sine qua non” que la agrupación se constituya conforme a las características y condiciones que se imponen por el legislador. Dos de estos requisitos (35), el gerente único de la agrupación y el necesario otorgamiento de escritura pública (junto con la inscripción en el Registro Mercantil) acercan la naturaleza de esta figura hacia la idea de la personalidad jurídica. Parece que ésta sería la conclusión más acertada para el Derecho español, ya que en muy raras ocasiones se reconoce la imputación de acciones a un sujeto que, como tal, carece de personalidad jurídica distinta de la de sus miembros (36). Por

---

(34) La Ley de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963, recoge esta misma figura en su artículo 5, y el Reglamento para su aplicación, de 28 de diciembre de 1967, en el artículo 24, matiza su contenido.

(35) Lo ridículo de los requisitos exigidos a estas figuras tiene su punto culminante en la exigencia de tener un representante, responsable de la agrupación, en Madrid. Cfr. O. M. 25 enero 1964.

(36) La legislación fiscal, no obstante, saltando por encima de las construcciones jurídicas rígidas, reconoce implícitamente estos “centros de imputación” sin personalidad jurídica para equipararlos en algunos de sus aspectos (no en todos) a los sujetos con personalidad jurídica diferenciada. Así, el artículo 57 del T. R. de 6 de abril de 1967 (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales) otorga esta semipersonalidad a algunas figuras (cuentas en participación, comunidad de bienes por actos “inter vivos” o “mortis causa”, etcétera....).

ello, y con objeto de proceder a una sistematización clara de los diversos supuestos, deberá otorgarse a esta "agrupación", personalidad jurídica propia. Esta personalidad no creemos que pueda plasmarse, a pesar de todo, en una estructura de tipo societario. La misma LUE se hace eco de este matiz, al denominar a la figura resultante de este tipo de uniones, con la expresión "agrupación" y no con la de "sociedad", lo cual no es óbice para seguir otorgándole personalidad jurídica. Parece como si el legislador se hubiese hecho consciente de la dificultad que entrañaría la calificación de tal categoría como "sociedad" (en cuyo caso difícilmente se diferenciaría de la Sociedad de Empresas) y haya optado por la creación de una nueva figura. Por otra parte, la ausencia de conceptos intermedios en los que encuadrar la persona moral (37) hace pensar en que el propósito del legislador no pudo ser otro que la creación de una nueva categoría para este fin.

La falta de patrimonio propio, en estas agrupaciones, obliga a pensar, consecuentemente, en la inaplicación de los arts. 1.665 y 55 del Código Civil, ya que, si bien existe un ánimo de partir entre sí las ganancias, es evidente que falta un patrimonio común de la sociedad. Los tipos societarios regulados por el Código de Comercio toparían con esta dificultad a la hora de intentar englobarla en su entorno. No nos parecen, por este motivo, convincentes, las razones alegadas por autores que, como Vicent Chuliá (38) pasan por alto este inconveniente e intentan asimilar esta categoría a las sociedades colectivas.

Las "agrupaciones temporales" se presentan, pues, como integrantes del segundo nivel (en un sentido de cohesión decreciente) dentro de las formas de unión reguladas en el Derecho español. La personalidad jurídica seguiría subsistiendo, pero la figura creada ya no gozaría de la naturaleza societaria (con la idea de coherencia que ello supone), sino que adoptaría la forma de mera "agrupación" ("centro de imputación con personalidad jurídica"). Una nota peculiar de este tipo de "centros de imputación con personalidad jurídica", es la responsabilidad subsidiaria frente a terceros de las empresas coaligadas (artículo 7, e) LUE). Parece como si "la persona jurídica interpuesta", se desvaneciese a estos efectos, y en su lugar apareciesen respondiendo solidariamente los miembros que la constituyeron. La responsabilidad típica de las sociedades (responsabilidad proporcional a la aportación de cada socio, artículo 1.689 C. c.) se sustituye aquí por una responsabilidad subsidiaria, poco común en este tipo de contratos (sólo a las sociedades colectivas y comanditarias es aplicable este tipo de responsabilidad).

La figura creada recibe, por tanto, las características peculiares de varios tipos de sociedades, a las que se añaden otras, tan sólo aplicables a ella misma (por ej., la limitación en cuanto a los fines perseguidos, o en cuanto al tiempo de su duración).

(37) Las categorías existentes, tales como asociación, fundación, o cooperativas, muy difícilmente podrían integrarse en este supuesto.

(38) Cfr. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, "Concentración y Unión de empresas ante el Derecho español", Ed. Confederación Española de Cajas de Ahorros. Madrid, 1971, pág. 456.

Por último, es de señalar que los beneficios concedidos para este tipo de uniones se polarizan tan sólo en las exenciones fiscales que se otorgan con el único fin de evitar la duplicidad impositiva. Ahora bien, ¿qué ventajas supone la fórmula fiscal de la LUE frente a la civil ordinaria? La fórmula más tradicional de actuación unitaria de varias empresas (en las adjudicaciones de obra, por ejemplo) era su presentación conjunta y solidaria, sin el surgimiento de una personalidad jurídica diferenciada, y sí, tan sólo, de un mero "centro de imputación de intereses" (39). Este era el procedimiento utilizado para la contratación de obras, servicios o suministros con el Estado, con anterioridad a 1963, fecha de promulgación de la Ley de Contratos del Estado. En ella, y precisamente por no crearse una nueva personalidad jurídica, sino tan sólo una conducta paralela permitida y querida por la Administración, no existía el "supuesto de hecho" gravable. Se trataba únicamente de un centro de imputación independiente, carente de personalidad jurídica y de forma societaria, más barato, fiscalmente, que el que ahora se crea.

En este aspecto, la fórmula que actualmente se ofrece, únicamente reduce la exención del impuesto a las posibles operaciones entre empresas que pueden hacerse desde la unión como tal. Pero es difícil saber "a priori" cuáles pueden ser estas operaciones y, más aún, si no pueden ser realizadas con un tercero, sin perder la exención. Con ello la tributación sería la misma en uno y otro caso. Es más, la fórmula civil podría no llegar a tributar por el concepto de "Transmisiones Patrimoniales" en el acto de la constitución (art. 54 T. R. de 6 de abril de 1967, en relación con el art. 57 del mismo texto). La "agrupación temporal" tributa al 5 por 100 de la cuota resultante de aplicar el tipo del 2,7 por 100 a la base liquidable y, por tanto, resulta más gravosa fiscalmente que la anterior figura.

También resulta ilógico el diferente trato que reciben, en este aspecto, las obras públicas y las privadas. En efecto, cuando se trata de agrupaciones para la realización de obras públicas, el mero hecho de que la unión obtenga la adjudicación de la obra para la que se constituyó, supone la aplicación provisional de los beneficios fiscales previstos en los apartados A y B del artículo 4.º. Así, conforme al artículo 7, a), 5 de la LUE, "cuando una unión temporal de empresas se constituya o se proyecte constituir con el exclusivo objeto de realizar una obra pública, cuya adjudicación se verifique por el Estado a través de los sistemas de subasta o de concurso, el hecho de que la unión obtenga dicha adjudicación supondrá para la misma, como instrumento asociativo, el derecho a los beneficios fiscales señalados en los apartados A y B del artículo 4.º de esta Ley, pero la concesión definitiva de los mismos quedará subordinado a que la parte interesada cubra los trámites establecidos en los dos párrafos inmediatos anteriores, en los que además de las condiciones generales, ha de resultar

---

(39) Cfr., "Influencia del sistema tributario...", op. cit.



cumplidamente acreditada la realidad y exclusividad del referido objeto de la ejecución de una obra pública”.

Aparte de las remisiones inexactas (40) que se hacen en el artículo anterior, tal automatismo sería deseable para todos los tipos de agrupaciones, y aun de uniones de empresas, sea cual fuere la naturaleza de la obra, industria o servicio a realizar.

### 2.2.2. *Agrupaciones para la exportación* (41).

Parece que el origen de esta figura podría encontrarse en la Webb-Pomerene Act (1918) USA. Mediante ella se eximió a los grupos de exportadores de las medidas previstas por las Leyes Sherman y Clayton, que tendían a reprimir cualquier tipo de acuerdos o coligaciones de las que resultara una disminución de la competencia. Se permitió de este modo el surgimiento de agrupaciones y acuerdos acerca de la fijación de precios, distribución de áreas, etc..., entre las unidades exportadoras, con el fin de hacer frente a la importación extranjera (42). Su utilización fue orientada preferentemente hacia las ventas a los aliados durante la primera guerra mundial. Sin embargo, tuvieron escaso éxito, al decir de la doctrina americana (43) y de las estadísticas, ya que tan sólo 120 asociaciones de este tipo fueron creadas en el período de 1918-40. El fin primordial de conseguir que los “american businessmen were to be permitted to meet foreigners on equal terms so far as their own combined action was concerned” (44) no pudo ser logrado por este medio. Los exportadores americanos prefirieron la actuación a espaldas de la Webb-Pomerence Act, y no parece, a la vista de los resultados obtenidos, que la corriente exportadora haya disminuido por ello, sino todo lo contrario. Al igual que en España y que en cualquier otro país, el empresario se muestra reacio a seguir los estrechos cauces marcados por el legislador, abocando al fracaso cualquier medida impuesta de este tipo. No parecen compensar los estímulos y ayudas previstas, al sacrificio que supone una sujeción estrecha a los controles administrativos.

En España se ha seguido esta misma línea, y los resultados parecen indicar idéntico camino al descrito para los EE.UU. La figura

(40) Así, como afirma MARTÍN OVIEDO, la primera remisión “a los dos párrafos anteriores” no es posible jurídicamente, por tratarse de procedimiento interno de la Administración en el que los particulares no tienen parte; y la referente a “los párrafos segundo y tercero de este apartado” porque lo que se exige es la presentación de la documentación detallada con anterioridad.

(41) Cfr., por todos, MANZANEDO, “El Comercio Exterior en el Ordenamiento Administrativo Español”, IEAL, Madrid, 1968.

(42) Los requisitos que debían reunir las “export-trade associations” eran: “a) The association must have been formed for the sole purpose of engaging in export trade. b) Must actually be engaged solely in export trade. c) Must not restrain trade within the U.S. including manipulation of domestic prices, and d) Must comply with certain reporting provisions”.

(43) Vid. BADDIA J. RASHID, “The judicial and economic problems posed by export and import associations”, pág. 732.

(44) Vid. DIAMOND, “The Webb-Pomerence Act and Export Trade Association”, 44. Col. Law Review, 805, 811 (1944).

creada de las "agrupaciones para la exportación" es, no obstante, lo suficientemente reciente como para poder modificar aún los excesivos controles y dependencias a que se encuentra sometida. Un esbozo de sus principales características y evolución nos podrá dar una idea aproximada de su futura eficacia y de lo que cabalmente puede esperarse de esta figura.

El Decreto 738/66, de 24 de marzo, regulador de la "Carta de Exportador", establecía ya la posibilidad de "agrupaciones con carácter permanente, de dos o más comerciantes individuales, Sociedades o Entidades Jurídicas, que se constituyen para, totalizando el volumen de sus exportaciones, poder disfrutar de los beneficios de la "Carta de Exportador". Esta "Carta" supone un instrumento de política comercial, previsto por el artículo 35 de la Ley del I Plan de Desarrollo, para fomentar la exportación estimulando al empresario con determinados beneficios, de carácter fiscal fundamentalmente. Sin embargo, la cristalización de esta figura no surge sino con el Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1967, por el que se regulan los requisitos y condiciones para disfrutar de estos beneficios.

A los efectos del citado Decreto-Ley, los sectores de exportación estarán integrados por el conjunto de entidades, empresas o grupos de empresas exportadoras de productos que, pertenecientes a una o varias posiciones arancelarias, se sometan voluntariamente a una regulación unitaria por conveniencias de su comercialización. Cada sector exportador puede ser objeto así de una ordenación comercial exterior aprobada por Orden del Ministerio de Comercio, a solicitud de la Organización Sindical y con informe del Ministerio competente por razón de la materia.

La Ordenación Comercial Exterior de un sector implica que las empresas interesadas no pueden obtener la carta individual de exportador y sí sólo la sectorial, que otorga los mismos beneficios que la individual. La ordenación de un sector se refiere y debe contener los extremos siguientes: ámbito del sector, con determinación de las posiciones arancelarias que comprenda; sus principios informadores; órgano de gobierno, con la representación de los Ministerios afectados y de la Organización Sindical, normas para designación, competencia, funciones y procedimiento de actuación; medios económicos, sanciones y cualesquiera otros que se establezcan.

Dentro de la ordenación, y de acuerdo con las características del sector, puede preverse la constitución de varias unidades de exportación y las condiciones mínimas de organización y funcionamiento de tales unidades, pudiendo constituirse como tales unidades las empresas cooperativas.

El Decreto-Ley 16/1967 exige la constitución de un fondo destinado a su propio desarrollo y al fomento en común de la exportación del sector. Dicho fondo se formará de acuerdo con lo establecido en la ordenación correspondiente, en base a la desgravación fiscal y otras aportaciones que puedan obtenerse por la Carta Sectorial. La aproba-

ción de los proyectos de inversión de los fondos de cada una de las unidades corresponde al Ministerio de Comercio.

Pese a todo, esta figura, al igual que otras muchas —las asociaciones para la investigación, por ejemplo—, se encuentra repetidamente regulada en la dispersa legislación económica española, con la consecuencia fundamental de ser objeto de un trato diferente. Vimos ya anteriormente cómo la LUE preveía entre uno de los posibles fines de la sociedad de empresas, la comercialización exterior de sus productos. Esta misma actividad es recogida por el Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1967, para integrar las agrupaciones de exportaciones con la esencial diferencia de dotar, a estas últimas, de una forma jurídica distinta de la típica sociedad. El objeto económico, es, por consiguiente, idéntico, pero la estructura jurídica que reviste al sujeto es esencialmente diferente. Sin embargo, y sin que exista ninguna explicación coherente para ello, las mayores ventajas fiscales y financieras se encuentran en las disposiciones de que ahora tratamos. No se comprende bien por qué dos figuras que gozan de idéntico contenido (la comercialización exterior) reciben un trato jurídico discriminado. Si la finalidad del legislador es el impulso del comercio exterior, y la promoción, para ello, de unidades exportadoras mayores, debería ser indiferente la forma jurídica que adoptase la unidad. En el caso de que se adopte la estructura societaria (sociedad de Empresas) los beneficios concedidos son muy inferiores a los que se lograrían en el supuesto de constituirse una mera “agrupación”. La única explicación posible consistiría en pensar que el mismo legislador cayó en su propia trampa (originada por la legislación profusa y dispersa a este respecto) y equiparó indebidamente ambas figuras. Por ello, nos parece que sería recomendable hacer extensivos los beneficios concedidos a la agrupación a cualesquiera otras formas jurídicas que pudiese adoptar el sujeto y que integrasen la actividad de comercialización exterior. Para ello, bastaría con aplicar una argumentación del tipo “unínove ord mains” al Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1967, y hacer extensivos sus beneficios a la “sociedad de empresas” dedicada a esta actividad. Si la “ratio legis” que inspiró al legislador fue el logro de una mayor coherencia en las unidades exportadoras, los beneficios otorgados a la “agrupación” deberán otorgarse con mayor motivo a la “sociedad de empresas”, que supone un mayor grado de cohesión.

La confusión expuesta está motivada por la aplicación simultánea de dos textos: la LUE y el Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1967 (que regula las agrupaciones para la exportación). En efecto, el supuesto específicamente regulado por esta última disposición, resultaría encajado en la categoría de “centros de imputación con personalidad jurídica sin forma societaria”, de modo que la posible colisión surgiría con la “agrupación temporal de empresas”, englobada en este mismo concepto. Pero también puede pensarse en constituir una “sociedad de empresas”, cuyo objeto sea la comercialización exterior

de sus productos (45), en cuyo caso parece que nos encontraríamos fuera de la regulación del Decreto-Ley de 1967. En este supuesto se constituiría una verdadera sociedad con personalidad jurídica" y no sólo una mera agrupación de empresarios tal como ya quedó expuesto anteriormente. Sin embargo, los mayores beneficios de que disfruta esta última categoría, en el caso de no hacerse uso de la argumentación anteriormente expuesta, harían preferible su utilización en lugar de proceder a la creación de una "sociedad de empresas) con este fin.

Los beneficios a que aludimos y que se conceden para la figura creada en el Decreto-Ley de 1967, no son tan sólo fiscales, sino que suponen ventajas financieras, fundamentalmente en forma de créditos a la exportación (su cuantía está en función a la categoría de que disfrute la "Carta de Exportador" concedida).

Las "asociaciones sin personalidad jurídica" del artículo 108 de la L.R.S.T. (incluidas en nuestra clasificación dentro del último nivel) también han tenido una feliz intervención en el campo de la exportación. El artículo 8 del Decreto 1.559/1970, de 4 de junio, admite la titularidad de "agrupaciones y uniones de Empresas", entre las que se encuentran las Asociaciones sin personalidad jurídica. Los únicos requisitos que se imponen a su actuación en este sector recaen sobre la inscripción en el Registro General de Exportadores y la necesidad de que la Asociación o un representante figuren como titular de las licencias de exportación, cuentas de desgravación fiscal, y en general, de la documentación relativa a la exportación. Las medidas de "ayuda a la exportación", concedidas por Decreto-Ley de 1967, serán disfrutadas por las Asociaciones en la misma medida que las "agrupaciones para la exportación".

### 2.3. *Centros de imputación sin personalidad jurídica y carentes de forma societaria: Asociaciones sin personalidad jurídica.*

Podría verse en los contratos de Empresa Piloto, típicamente franceses, el precedente de este tipo de contratos (46). Sin embargo, como expondremos a continuación, existen diferencias esenciales en cuanto a la estructura de ambas figuras, que las hacen irreconciliables. En el contrato de Empresa Piloto, quien contrata directamente es una sola Empresa, por encargo de todas las demás, a diferencia de lo que sucede en las asociaciones sin personalidad jurídica y en las agrupaciones (47), en las que todas las empresas concertadas se presentan como un todo homogéneo.

Esta figura, de mucho más interés que la Sociedad de Empresas, aparece en el panorama legislativo español con la Ley de Reforma del Sistema Tributario (art. 108), que fue desarrollada en este punto por la O. M. de 20 de abril de 1966. Legalmente se encuentran definidas

---

(45) Vid., LUE, artículo 1, ap. c).

(46) Cfr., sobre este punto, VICENT CHULIÁ, op. cit., págs. 436 y ss.

(47) Vid. apartado anterior.

en el citado artículo al disponer que, “cuando diversas personas sean físicas o jurídicas, se asocien para la realización de alguna actividad en común, en beneficio de la propia, sin llegar a constituir una personalidad jurídica independiente, disfrutarán de la exención del impuesto sobre sociedades las asociaciones así constituidas, al amparo de las normas que, sobre el particular, dicte el Ministerio de Hacienda, siempre que cada una de las personas físicas y sociedades tributen efectivamente por el impuesto general o a cuenta que les pueda corresponder”.

Al hilo de la clasificación sentada en los apartados anteriores, esta figura vendría a ser el último eslabón de la cadena. Se trataría simplemente de un “centro de imputación de intereses” carente de personalidad jurídica (lo que le separa de las agrupaciones temporales), y de forma societaria (en contraposición con los caracteres de la “sociedad de empresas”, que reúne estas tres condiciones).

Como requisito previo para el surgimiento de esta categoría se exige esencialmente la ausencia de personalidad jurídica. A éste deben acompañarle los dos siguientes: que su finalidad sea realizar alguna actividad en común que favorezca el ejercicio de la propia y que los asociados tributen por los impuestos generales o a cuenta que les puedan corresponder. Por su parte, el artículo 2, c) de la O. M. antes citada dispone que “los resultados económicos de cada ejercicio o, en su caso, la producción o los servicios de la asociación, sean distribuidos o imputados a cada una de las personas naturales o a las entidades integrantes de la asociación, las cuales habrán de tributar efectivamente por el impuesto industrial, cuota por beneficios o por el impuesto general sobre la renta de sociedades, según corresponda”. De otro lado, el procedimiento para la concesión de beneficios, no sólo es mucho más ágil que en los supuestos anteriores, sino incluso menos discrecional, ya que las devoluciones desestimatorias son recurribles en la vía económico administrativa. Autorizada la constitución y concesión de beneficios, deberán llevar su contabilidad con total independencia de la de sus miembros.

La categoría creada no parece, sin embargo, ofrecer demasiadas ventajas desde el punto de vista fiscal, ya que seguirá tributando por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en virtud del núm. 26 del artículo 19 del Reglamento de 15 de enero de 1959 (48).

Con la figura del contrato de cuentas en participación (teniendo como sujetos del contrato a empresas o personas jurídicas), podría llegarse, indudablemente, a la misma consecuencia. Únicamente existe el inconveniente de tener un gravámen superior, en virtud de lo dispuesto en el núm. 27 del artículo 19 de este mismo Reglamento

---

(48) Dice este artículo que “el contrato, sean o no mercantiles las sociedades o personas que lo celebren, por el cual se hagan comunes o deban repartirse en la proporción convenida, el todo o parte de las ganancias o utilidades obtenidas por aquéllas, o los productos de bienes, empresas o negocios determinados, se considerarán como Sociedad de ganancias, liquidable sobre la base del usufructo de los bienes cuyos productos o utilidades sean objeto de la Sociedad”.

(por el que el contrato de cuentas en participación tributaría como constitución de Sociedad). Por lo demás serían perfectamente extensibles las exenciones fiscales dispuestas por el artículo 108 de la Ley de 11 de junio de 1964.

#### 2.4. *La subcontratación como forma de integración de unidades económicas* (49).

Este fenómeno es de capital importancia dentro de la política industrial de los países desarrollados o en vías de desarrollo, siendo considerada una de las óptimas soluciones de reestructuración de la pequeña, mediana y gran empresa. Para la gran empresa la subcontratación supone una posibilidad de asegurar su crecimiento en mercados o coyunturas inestables caracterizados por deficientes estructuras industriales, generalmente poco especializadas. Por su parte, para la pequeña y mediana empresa, otorga una solución de supervivencia en las mismas circunstancias, a la vez que un medio de asociación en grupos mayores y más productivos, especializándose, sin por ello perder su independencia (50).

En España, sin embargo, contrariamente a lo que pueda pensarse como razonable y deseable, la subcontratación carece de regulación específica clara. De un lado, lo que jurídicamente se denomina subcontratación no coincide con la subcontratación económica, aunque en algunos casos, los menos, se produzca tal asimilación. De otro lado, pueden llegarse a ver algunas aproximaciones en determinados supuestos, no calificados de subcontratación en la legislación fiscal de concentración de empresas, pero que tampoco son todo lo flexibles, claros y universales que debieran.

Frente a la tradicional subcontratación jurídica, la subcontratación económica ha adquirido relevancia en el capitalismo moderno, aludiendo a la participación de una empresa en el proceso productivo de otra dimensionalmente superior, bien en una fase especializada del

---

(49) Cfr., sobre el tema, SÁENZ, "Una solución a la atomización: las cuasi-integraciones", *EED*, núm. 49, 1960, págs. 45 y ss.; GUTIÉRREZ GÓMEZ, "Posibilidades que ofrecen las Asociaciones y Uniones de Empresas en relación con las Centrales de Compras y las Bolsas de Subcontratación de las Cámaras de Industria de Madrid", *APD*, 1966; HOUSIAUX, "La quasi-integration", en *Revue Economique*, marzo y mayo de 1957: íd., "Experiences récentes de quasi-integration", *Revue Economique*, noviembre 1959, págs. 838 y ss.; Cámara de Industria de Madrid: Bolsa de Subcontratación, Primer año de servicio, 1964-65.

(50) No puede confundirse la subcontratación con el "franchising", aunque éste se realice, normalmente, en exclusiva. En efecto, por el "franchising" se permite la utilización de un sistema de producción, razón social, etc., contra una cuota inicial y un tanto por ciento periódico dependiente de la cifra del negocio en cuestión. El concesionario actúa con medios financieros propios, beneficiándose de compras conjuntas, asesoramiento, formación de personal y, en general, de las ventajas de una gran cadena comercial. Ello, no obstante, ofrece similitudes con las exclusivas y la subcontratación. Cfr., GRAB, "Un nuevo sistema financiero: el franchising", en *El Mundo Financiero*, núm. 296, 1971, pág. 5.

producto, bien colaborando en todo el proceso productivo en una época punta de demanda.

Como puede verse, la subcontratación económica es mucho más amplia y flexible que la jurídica y si lo que se pretende es encauzar aquel fenómeno moderno a través de este último, no sólo se la desvirtúa, privándola de su necesario dinamismo, sino que, incluso se llegaría a un nocivo fomento de la subcontratación horizontal, de cuya regresividad hoy nadie duda.

La LUE se refiere a la subcontratación en un solo artículo, el 8, que la doctrina apenas glosa. El citado precepto contiene un típico fenómeno de subcontratación jurídica, tratando de resolver el problema fiscal de las “contratas” con un alcance, como veremos a continuación, muy limitado y, también, perjudicial, ya que por pensar que el beneficio a la subcontratación que contiene tal declaración positiva puede ser ampliado a los varios supuestos de subcontratación económica, éstos se encuentran olvidados y desprovistos. Se trata, en suma, de una grave laguna que es necesario remediar, sobre todo pensando en la necesaria supervivencia de las pequeñas empresas a través de su forzosa especialización. Algo que no deja de ser curioso e ilustrativo es el hecho de que la LUE se promulgara pensando en este tipo de industrias.

#### 2.4.1. *La subcontratación en la legislación española de uniones de empresas.*

Como dijimos más arriba, el artículo 8 de la LUE trata de un supuesto de subcontratación jurídica: en concreto, de la “cesión de unidades de obras”, existentes “cuando el titular de un contrato estipula por escrito con un tercero, de conformidad a la naturaleza y condiciones del convenio principal, la ejecución de posibles unidades de una obra o servicio” (51). Con este sistema de subcontratación, el que pretenda ejecutar determinada obra, de cualquier naturaleza, podrá contratar con un principal y éste subcontratar ciertas partes a terceras personas. Pues bien, a este segundo contrato es al que se beneficia fiscalmente en el meritado artículo 8 de la LUE, desarrollado por el artículo 12 de la Orden de 25 de enero de 1964.

A diferencia de lo que ocurre con los demás supuestos contemplados en la LUE, aquí los requisitos exigidos son mínimos—que el contrato sea escrito, se presente en los plazos fijados reglamentariamente y sea el subcontrato conforme a la naturaleza y condiciones del contrato principal—. Con sólo eso, se suprime la tributación nor-

---

(51) A este respecto, GARRIGUES considera las “contratas de exclusiva” como una de las formas de subcontratación más importantes, a pesar de la ausencia de legislación específica para estos supuestos. Vid. GARRIGUES, “Tratado de Derecho mercantil”, Tomo III, págs. 429 y ss. Cfr., sobre este tema para los EE.UU., el caso “Federal Trade Commission v. Motion Pictures Advertising Service Co.”, “Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. y, en general, la Clayton Act. Sec. 3 y Sherman Act. Sec. 1”.

mal—el 1,40 por 100 de la cantidad total—y se bonifica discrecionalmente hasta un 95 por 100 del I. T. P. y A. J. D.

La subcontratación pública se encuentra regulada en la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento (52). Con ella se recoge la modalidad de “subcontratación de obras y gestión de servicios públicos”. Para el primer supuesto se exige dar conocimiento a la Administración por escrito del subcontrato a celebrar, así como la limitación cuantitativa del mismo al 50 por 100 del presupuesto de la obra principal; para el segundo supuesto bastará la autorización de la Administración al gestor, previo conocimiento de las cláusulas y condiciones que regirán el subcontrato.

#### 2.4.2. *Las cuasi-integraciones económicas y las Bolsas de Subcontratación en España.*

No es éste lugar para tratar de los problemas que tengan las pequeñas y medianas empresas (53). Aunque sea de forma muy general y, por lo tanto, simplista, conviene afirmar que no es nuestro país en el único que proliferan este tipo de industrias. Lo verdaderamente grave en España no es que el 99 por 100 de los establecimientos sean pequeños, sino que son minúsculos, ya que las empresas con menos de 10 obreros suponen el 90 por 100 y las que tienen empleados menos de 5 son el 80 por 100. De ahí que, aún necesarias, este tipo de empresas deben conformarse hacia una reestructuración que considere dimensiones reales (54)—no ideales—, contemplando medidas de colaboración en la organización, técnicas de gestión, producción, máxima productividad de la maquinaria, etc. (55).

Por su parte, las medidas de concentración industriales establecidas hasta ahora no atraen a la pequeña empresa. No hay más que estudiar los requisitos exigidos, o los beneficios concedidos, para deducir que el legislador montó la normativa de forma casi quimérica. Además, a ello hay que sumar los aspectos psicológicos que forman el substrato real del pequeño empresario burgués—seguridad frente a riesgo, temor a la privación del negocio,...—. En resumen, lo que la pequeña empresa necesita es su adaptación a competitividades de grado superior a las actuales. Ello explica, desde luego, la atención a momentos de otros países, históricamente similares a los actuales

---

(52) Cfr., VILLAR PALASÍ, “Apuntes de Cátedra”, Tomo VIII, Madrid, 1965-66.

(53) Vid., en general, CES, II.<sup>a</sup> Mesa Redonda, “La Pequeña y Mediana Empresa”, Madrid, 1970, y la bibliografía citada en sus ponencias, así como las publicaciones de la Junta Intersindical de la Pequeña y Mediana Empresa (Vicesecretaría Nacional de Ordenación Económica).

(54) No nos referimos aquí, naturalmente, al problema de los “mínimos” que ya aparece en el capítulo III del Capital y que con inesperado mimetismo surge en la legislación industrial española de la década de los 60, sino a series y costes mínimos.

(55) Buen modelo de tales colaboraciones lo suponen las operaciones T. O. P., tan escasas en nuestro país. Cfr. “Concentración de Empresas”, loc. cit., págs. 196 y ss.



españoles, pero no, en cambio, mimetizar las legislaciones vigentes de otros países.

Con ello queremos significar el magnífico papel que, sobre este punto, deberían representar las "Bolsas de Subcontratación" (56). En efecto, considerando un país tan copiado legislativamente como Francia, fue necesaria su entrada en el Mercado Común para plantearse, seria e irremediamente, las fórmulas de subcontratación practicadas desde mucho antes, en los Estados Unidos. En Burdeos se funda, en 1959, la primera Bolsa de Subcontratación—hoy existen decenas en todo el país—. En Inglaterra funcionaban ya desde 1948. Las Bolsas de Subcontratación deberían resolver en España, como en aquellos países, buena parte de los numerosos problemas de este tipo de empresas—mercado interior y exterior, financiación, mejora técnica—; sin embargo, su escasez y raquitismo, a lo que se unen preceptos como el Decreto 3.677/1970, de 17 de diciembre (por el que se responsabiliza a las empresas con funciones que deberían ser administrativas o sindicales), no lo permiten.

Por lo que respecta a las Bolsas de Subcontratación españolas, creada la primera en 1963, en Madrid, hoy existen de tres tipos: las sindicales, las cuasi-públicas—creadas por las Cámaras de Comercio e Industria—, y las privadas. Sin embargo, contra lo deseable, ni siquiera existen asociaciones plurirregionales de estas Bolsas. Además, no cubren todas las modalidades de acción interempresarial necesarias—centrales de compras o de ventas, préstamos colectivos, caja solidaria, seguro mutuo...—. En efecto, si su objetividad ideal es orientar los pedidos de un grupo de empresas asociadas, éste no existe más que muy limitadamente en la mayoría de las españolas, lo que, bien es cierto, se debe a la ausencia en nuestro país de sociedades o entes intermedios. Si las Bolsas quieren llegar a un óptimo desarrollo deben recurrir a cuantas modalidades originen el máximo de cuasi-integración, evitando inversiones innecesarias. No basta, en efecto, con la simple puesta en comunicación, sin intervenir en el resto del proceso de subcontratación industrial.

## 2.5. *Formas contractuales de denominación del mercado: fórmulas prohibidas por el Derecho español.*

No quedaría completa una exposición como la presente, sin hacer, aunque somera, una mención del llamado sector prohibido de la contratación intersocietaria. En legislaciones como la alemana, la mayoría de los supuestos de acuerdos contractuales de dominación del mercado se hallan recogidos y englobados en una figura unitaria, el Konzern (57), que integra tanto las relaciones de tipo real (participaciones en otras sociedades) como las contractuales, siempre que éstas sean constitutivas de un control unitario del mercado. En el

(56) Se entiende por tales Bolsas, aquellas instituciones que facilitan, mediante información u otros servicios comunes, la subcontratación especializada entre grandes y pequeñas y industrias.

(57) El "Consorti" italiano viene a cumplir esta misma finalidad.

Derecho español, si bien no existe una categoría uniforme semejante al Konzern, la regulación represiva de las medidas de control de mercado se encuentra recogida en un mismo texto legal: la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963. Es elogiable el propósito del legislador de recoger, en un mismo texto, la normativa aplicable a la contratación intersocietaria, que viene a operar así como regulación y límite coherente de la libertad contractual.

Las figuras expuestas en los apartados anteriores suponen las formas de unión queridas y propuestas por la Administración a los particulares. Su realización conlleva la adquisición de ventajas que, tales como las exenciones impositivas o las ayudas financieras, favorecen indudablemente a quienes las llevan a cabo.

En los apartados que a continuación se desarrollan se tratará de las formas "permitidas" por la Administración, pero cuya realización se encuentra sujeta, en todo caso, a un control. Se trata de evitar con ello, las posturas de dominación y abuso en el mercado a que puedan dar lugar. La LPRC (58) ha prescindido para ello de la utilización de categorías y supuestos tipificados, con el fin de no quebrantar la "regla áurea de la adecuación y proporcionalidad de la sanción" (59).

La oportunidad y necesidad de una normativa de este tipo, no viene más que a recoger una tendencia general traducida ya en realidades más allá de nuestras fronteras. Desde la publicación de la ley Sherman en EE.UU (1890) hasta las últimas regulaciones europeas en este sentido (Restrictive Practices Act 1956; G. B. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1957,...), las manipulaciones abusivas del mercado han ido evolucionando hacia nuevas técnicas que permiten eludir el control de la Administración. A estos efectos la primera manifestación tuvo lugar al implantarse las restricciones en EE.UU como consecuencia de la ley Sherman. Las grandes unidades económicas que allí operaban se vieron compelidas a buscar otros mercados donde este control fuese inexistente o apenas incipiente. De esta forma, se produjo una verdadera "exportación de la dominación de mercados" por parte de las empresas americanas (60), principalmente la dirigida hacia los mercados europeos. Las inversiones directas de capital norteamericano comenzaron a hacerse más y más abundantes hasta llegar a ahogar determinados mercados europeos y fundamentalmente sudamericanos. Los EE.UU. al intentar defender su propio mercado, obligaron a sus empresas a controlar los mercados extranjeros, inermes ante esta súbita penetración. Lo que es más grave; EE.UU tan sólo sufría una dominación originada por sus propios capitales nacionales, al fin y al cabo sin expoliación de sus recursos, pero en los mercados europeos y latinoamericanos el control

---

(58) Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963.

(59) Cfr. Exposición de Motivos LPRC, ap. 2.

(60) Cfr. sobre este punto, en general, SERVAN SCHREIBER, "Le defi américain", trad. esp., Barcelona, 1967.

era realizado por las sociedades americanas, que a causa de ello transferían cuantiosos beneficios al exterior, en detrimento de las balanzas de pagos de estos países.

Era necesario, por tanto, defenderse contra esta doble agresión. Por un lado el control ilícito de mercados, por otro la excesiva preponderancia de las sociedades extranjeras que en muchos casos tendían a acaparar sectores fundamentales de la economía nacional (61). Conforme un determinado país imponía una normativa restrictiva hacia las manipulaciones abusivas de mercado, sus propias empresas se sumaban a las americanas en la invasión de mercados extranjeros.

España no podía quedarse atrás en esta carrera, y fruto de ello fue la Ley de 20 de julio de 1963. Sin embargo, y por el mismo deseo de intentar lograr una normativa elástica, sus disposiciones han sido reiteradamente inaplicadas en muchos supuestos, dando al traste con las esperanzas que en ella fueron puestas.

La eficacia de las Leyes Sherman, Clayton, Robinson-Patman, etc., no radicaba tanto en la precisión de su redacción como en el ánimo con que se llevó a cabo su rigurosa aplicación. Grupos financieros tan poderosos como la General Electric, Dupont de Nemours, I. B. M., etc. (62), han sido, sometidos a las medidas de control de la "División Antitrust" que a este respecto funciona con encomiable independencia y expeditividad. La LPRC, a pesar de tener un contenido prácticamente idéntico al de aquellas leyes, no ha sabido o no ha querido otorgar a los servicios por ella creados (Tribunal, Consejo y Servicio de Defensa de la Competencia) la agilidad de sus homónimos norteamericanos.

Sin embargo, es preciso subrayar una esencial diferencia entre los tipos legislativos europeos y americanos, reiteradamente puesta de manifiesto. Los principios inspiradores de ambos grupos de disposiciones se encuentran plasmados en la oposición dialéctica de dos ideas: "Bigness is badness" contra "Mere size in no offence". Las leyes americanas, se encuentran inspiradas en el primero de ellos, y de ahí su mayor reacción contra todo tipo de actividades monopolísticas. Los países europeos, entre ellos España, han acudido, por el contrario, al segundo de los principios, dando como resultado una mayor relajación, a la hora de intentar reprimir actuaciones abusivas (63). Las Leyes americanas cortan cualquier abuso antes de que surja la unidad o el grupo que pueda producirlo (los llamados trusts o monopolios). Por el contrario, la legislación europea no establece ningún tipo de presunción y debe aguardar hasta que se produzca la situación abusiva para poder corregirla, ya que las situaciones de dominación no suponen, de por sí, una práctica ilícita. En rea-

---

(61) En España son bien explícitos los casos de Riotinto, Barcelona Traction, Tharsis Sulphur, Almadén III, Firestone, Montana, Hisma-Rowak, Sofindus, etc....

(62) Esta última tiene actualmente dos expedientes incoados, uno por la División Antitrust y otro por la "Control Data Co."

(63) Cfr. CORWIN D. EDWARDS, "Monteining Competition", N. Y., 1949, página 123.

lidad esta doble orientación podría sintetizarse en lo que se ha dado en llamar el "bewilderment of the lawyer" (aturdimiento del jurista), aplicado al jurista de corte latino, al encontrarse ante un Derecho completamente desconocido para él, basado en una realidad económica de estructura y motivaciones extremadamente complejas (64).

De los supuestos que a continuación se tratarán tan sólo han sido recogidas aquellas relaciones puramente contractuales que excluyen toda alusión a las formas de dominación estructural o real. Estas últimas serán examinadas en apartados posteriores, sin que por ello deje de ser importante el considerar que ambas categorías se hallan frecuentemente unidas. La LPRC recoge en su articulado, tanto las unas como las otras, intentando así otorgar una visión homogénea que supla la carencia de instituciones y conceptos existentes en otras legislaciones, y a los que al comienzo de este apartado hicimos referencia.

### 2.5.1. *Acuerdos de reparto de mercado: Cartel.*

Es el supuesto más típico y en el que con mayor atención ha reparado la doctrina (65). Supone la división del mercado en compartimientos estancos, con el fin de que cada sociedad o grupo de sociedades opere en una zona territorial determinada, sin invadir ni ocupar el resto de las zonas (66). Los precios que se fijen en estos mercados, intencionalmente fragmentados, no serán libres, sino falseados a través de la eliminación de la competencia real. Sin embargo, no es en lo absoluto fácil la determinación de este tipo de acuerdos. Por una parte, es preciso distinguir varios conceptos, dado que su conjunción es necesaria para la formación del cartel de mercado. En primer término, el "Line of commerce" o línea de comercio que supone el "mercado específico de un producto determinado". Para su conceptualización será preciso hacer referencia, bien a un producto único, bien a varios sustituibles entre sí, esto es, susceptibles de integrar el mismo mercado. En segundo lugar, se encuentra la llamada "section of the country", que expresa la compartimentación geográfica del mercado. A esta división territorial sería preciso añadirle el concepto anterior ("line of commerce") para poder constituir un auténtico cartel de reparto de mercado. En último lugar habrá que considerar el concepto de "relevant geographic area", que no viene a ser más que la dimensión de cada zona o mercado compartimentado (67) y mide el control efectivo dentro de la demarcación.

(64) Cfr. CHARLEY DEL MÁRMOL, "Les limitations de la concurrence dans l'organisation des achats et des ventes, par les entreprises qui dominant le marché", del volumen *Kartell und Monopole*, op. cit., pág. 455.

(65) Cfr., por todos, "Kartelle und Monopole im Modernen Recht", Institut für Ausländisches und Internationales Wirtschaftsrecht, Franckfurt, 1961.

(66) En España existe, en torno al mercado de la cerveza, un acuerdo de estas características, y a escala internacional es frecuente aludir al cartel del petróleo como paradigma de este tipo de coligaciones.

(67) Por ejemplo, la LPRC hace una referencia a este concepto, desde el punto de vista del "mercado nacional", en el artículo 21, núm. 7, al aludir

¿Cómo recoge la legislación española tales carteles? El artículo 1, ap. 2, de la LPRC, recoge este supuesto al prohibir “las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, ... o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional”. La sanción que se dispone para estos supuestos parece la más acertada, ya que, al preceptuarse la nulidad de tales acuerdos (art. 1, ap. 2), se permite a cualquier contratante su resolución. Sin embargo, piénsese que la “vis obligandi” de estos convenios no se encuentra precisamente en su exigibilidad ante los Tribunales, sino en la coacción económica que supone la reacción del resto del grupo, en cuanto algún contratante incumpliera lo acordado. Con ella, mucha de la fuerza que la sanción legal parece llevar se desvanece étereamente ante la mayor presión de los motivos puramente psicológicos.

El artículo 3, ap. c), incluye explícitamente a los carteles de reparto de mercados, prohibiendo y sancionando su celebración (68). Esta especificación supone una acertada medida, al reducir la extensión del supuesto de hecho y aproximarse en mayor grado a la multiforme realidad que intenta regular. La redacción utilizada es bastante realista, y recoge tanto los supuestos de compartimentación en la oferta de los productos como en la demanda de los suministros o aprovisionamientos.

La Ley Clayton (1914), sec. 7, y la Ley Sherman, sec. 1, recogen de una manera explícita estos convenios. En tales disposiciones se basó el artículo 3, ap. c), de la LPRC, para establecer la distinción apuntada más arriba. Las leyes americanas distinguen, a este respecto, entre acuerdos verticales, horizontales y representaciones territoriales exclusivas. Los acuerdos verticales pueden ser lícitos y se refieren al pacto de no competir en determinada zona territorial, siendo celebrados entre dos unidades representativas de distintas fases de un proceso productivo —por ej., suministradores, vendedores, abastecedores, fabricantes, etc....—. Los acuerdos horizontales, los más típicos, tienden ya a eliminar la competencia entre dos unidades económicas, operantes en la misma fase productiva. Por último los contratos de representación exclusiva suponen un resultado semejante al alcanzado con la subcontratación abusiva, a que más adelante se hará referencia —por ejemplo, los contratos de suministro en exclusiva—. En realidad deberían ser incluidos aquí, ya que para nada influye el hecho de llevarse a cabo con las unidades más cercanas al mercado (vendedores), en lugar de celebrarse con las más lejanas (abastecedores). (69).

---

al control “del 30 por 100 o más del mercado nacional de un determinado producto”, pero sin aludir a los mercados regionales.

(68) El artículo 3, ap. c) dice textualmente: “Repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministros o las fuentes de aprovisionamiento”.

(69) Para más ampliación, cfr. JAIME VILLEGAS, “Monopolio y Competencia”, ed. Librería jurídica Villegas, Madrid, 1970, págs. 52 y 55.

### 2.5.2. *Acuerdos de acaparamiento del suministro: la subcontratación prohibida.*

Las formas de subcontratación examinadas en el apartado 2.4. son normalmente practicadas sin que ello produzca necesariamente un acaparamiento o una estrangulación del mercado. Sin embargo, el empleo abusivo de estos convenios puede dar lugar a una canalización exclusiva en el abastecimiento o en la oferta de productos, en favor de una empresa determinada, abocando, a la larga, en un monopolio del mercado. Esto es perfectamente posible al operar con macro-unidades de producción, que, por sus propias existencias de fondos y volúmenes de ventas, pueden lograr esta exclusividad abusiva.

El monopolio se produce en primer término, no en el mercado propio de los productos de la empresa, sino en el mercado de su abastecimiento. Al acaparar este mercado, se impide el aprovisionamiento de las competidoras que de esta forma se verán obligadas a importar las materias primas a precios normalmente mayores. En suma, a consecuencia del aumento de los costos en estas empresas, disminuirán sus beneficios marginales y tenderán a desaparecer del mercado.

La defensa normalmente utilizada para evitar este proceso, ha sido lo que más adelante se denomina como “desconcentración aparente”. Mediante ella, la empresa matriz crea sus propias filiales de abastecimiento, evitando así el posible estrangulamiento por el encarecimiento de las materias primas. Lo evidente es que este procedimiento resulta ostensiblemente más caro que el de la subcontratación, pudiendo llevarse a cabo únicamente por las grandes unidades económicas.

La prohibición genérica establecida en el artículo 1 de la LPRC, al que ya se hizo alusión, es comprensiva de este tipo de acuerdos, que se integran en el “supuesto de hecho” descrito en el artículo 2, ap. d), al expresar que “... una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de productos o servicio es la única oferente o demandante, dentro del mercado nacional”... (70). La alusión a la exclusividad en la “demanda” impide la primera fase descrita de este tipo de convenios (la extensión alusiva de los contratos de exclusiva con los proveedores), mientras que la “exclusividad en la oferta” viene a sancionar la fase final del proceso, una vez que se ha consolidado el mercado y se ha eliminado la competencia.

Es interesante hacer referencia aquí a algunos tipos de contratación frecuentes en la práctica americana y que actualmente son utilizados por la mayoría de los países europeos. Tales son los llamados “Tied contracts” y los contratos de exclusión. Los primeros son aquellos por los cuales un fabricante o un distribuidor conviene en vender su producto con la condición de que el comprador no trafique en mer-

---

(70) La forma jurídica que pueden adoptar este tipo de contratos es enormemente pluriforme, estando la mayoría basados en la libertad contractual del Derecho español (contratos de exclusiva, franchising, contratos de intercambio comercial, etc.).

cancías de la misma clase de otros fabricantes o distribuidores competidores (71).

Una modalidad de estos contratos lo constituye la llamada “venta atada”, por la que un vendedor rehúsa vender un artículo o mercancía a menos que el comprador adquiera además otro artículo distinto, ofrecido por la misma empresa. El caso “IBM Co. versus United States” tenía por objeto resolver acerca de la licitud de este tipo de contratos. La IBM cedía en arriendo sus computadores con la condición de adquirir al tiempo sus propias tarjetas perforadas, que en el mercado podrían obtenerse a menor precio producidas por otros competidores (72).

Los contratos de exclusión son definidos por la Sec. 3 de la Ley Clayton, como cualquier arrendamiento, venta o contrato de maquinarias, mercancías, patentadas o sin patentar, por las que se fije un precio o haga un descuento especial, con la condición, acuerdo o inteligencia, de que el arrendatario o comprador no use la maquinaria o trafique en las mercancías de un cómpetidor o competidores del arrendador o vendedor. Estos contratos son declarados ilícitos por esta Ley si “pueden reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio” (73). Con ellos se tiende a abusar de lo que la LPRC denomina “posición de dominio en el mercado” (74), presionando sobre la libertad de aquellos con quien contrata.

### 2.5.3. *Acuerdos de regulación unitaria de precios.*

Suponen otro tipo específico de cartel y quedan englobados en el artículo 3, apartado a) de la LPRC, que incluye como tales los dirigidos “a fijar, directa o indirectamente, los precios de compra, venta u otras condiciones de transacción”. La dificultad empero, de detectar coligaciones de este tipo es inmensa, ya que, cara al exterior, no tienen otra manifestación que la subida periódica de precios, sin que ello pueda imputarse a convenios o acuerdos celebrados con este fin.

La actuación de la Administración deberá estar, en consecuencia, basada en la presunta existencia de tales convenios, pero si ya se ha inhibido en otros supuestos mayormente manifiestos, difícilmente actuará en casos como el presente que sólo se basan en una simple presunción. Es de señalar, no obstante, que la preocupación primordial de la LPRC recae en la estrecha vigilancia de los acuerdos que, como el actual, directamente inciden sobre los precios. Por repercutir sólo indirectamente sobre ellos, ocupan un segundo lugar otros supuestos, como la canalización de la demanda, exclusividad en los mercados de aprovisionamiento, etc. (75).

(71) Cfr. JAIME VILLEGAS, op. cit., pág. 63.

(72) JAIME VILLEGAS, op. cit., pág. 64, vol 298 U.S. 131 (1936). Un caso semejante también citado por este autor es el de la “Automatic Canteen of America v. Federal Trade Comision” 346 U.S. 61 (1953).

(73) JAIME VILLEGAS, op. cit., pág. 63.

(74) LPRC, artículo 2.º.

(75) Ello se encuentra motivado por la mayor urgencia que requieren

Para lograr este objetivo será preciso hacer uso de la institución de las “conductas conscientemente paralelas” que, a este respecto, fueron recogidas por la LPRC, de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Con esta categoría se trata de soslayar, precisamente, la dificultad que entraña el descubrimiento de los convenios celebrados para este fin. De esta forma no será preciso demostrar su existencia, bastando la constatación de un hecho externo tal como las variaciones y determinaciones paralelas de los precios (76). Esta verificación será mucho más sencilla para la Administración en los casos de productos esencialmente diferentes, por la multiplicidad de costes o factores integrantes que intervienen en la formación de sus precios. En otros casos, resultará más complicado por la propia homogeneidad de los productos, ya que normalmente sus precios estarán nivelados sin necesidad de acuerdos o convenios para lograrlo.

Este concepto de “conductas conscientemente paralelas”—como método para la determinación de los hechos punibles, y no como hechos sancionables en sí—difiere de la interpretación dada por la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 3 de diciembre de 1966, al considerarlas así cuando “dos o más personas sin previo acuerdo siguen, a sabiendas de que así es, unas mismas actuaciones en el campo comercial”. Tales actuaciones no surgirán nunca espontáneamente, sino que serán fruto de un convenio o acuerdo. El secreto o la imposibilidad de demostrar su existencia no es motivo bastante para negarla. Por tanto, “las conductas paralelas”, suponen un medio para la presunción de los acuerdos y no un hecho punible “per se”, tal como da a entender la Sentencia antes citada.

Como puede suponerse, tales acuerdos necesitan de un órgano coordinador (con representación de cada una de las empresas) que determine en cada momento el precio efectivo en el mercado. El límite para su elevación se encontrará, consecuentemente, en función de la extensión del acuerdo. Si éste agrupa a la mayoría de las empresas operantes en el mercado, la coligación actuará, de hecho, como un verdadero monopolio, y los precios no tendrán más límite que la propia elasticidad de la demanda, conjugada con la posibilidad, más o menos mediata, de encontrar productos substitutivos. En este sentido, los precios de las mercancías o servicios importados vendrán a jugar el papel de “techo efectivo” de los precios interiores. Los perjuicios que tales actuaciones pueden causar en la balanza de pagos de un país podrían ser desastrosos. Los consumidores llegarían a orientar su demanda hacia los productos importados y aquélla se haría deficitaria o incrementaría, aún más, su desequilibrio.

En el supuesto de que el convenio abarque tan sólo a un grupo de las unidades existentes en el mercado, se lograría una mayor co-

---

aquellas prácticas, al actuar directamente sobre un elemento que, como los precios, influye decisivamente en la corriente monetaria del país.

(76) Obviamente, no se trata aquí de los precios impuestos convenidos o declarados por la Administración, sino por los particulares de forma autónoma.



herencia en la actuación frente al resto de la competencia. Normalmente, los efectos a corto plazo de tales grupos serían beneficiosos, ya que tenderían a fijar precios bajos unitarios, con el fin de eliminar a los competidores no incluidos en el acuerdo. Pero, una vez logrado este objetivo en el ámbito del convenio, éste abarcaría la totalidad del mercado, con los perniciosos efectos que esto conllevaría, y que ya señalamos anteriormente.

Por último, cabría señalar que este tipo de acuerdos es frecuente que se combinen con los carteles de reparto de mercados. Se formarían, así, grupos de empresas dentro de cada demarcación territorial, que actuarían como auténticos monopolios, al no existir en el mercado asignado competencia exterior.

#### 2.5.4. *Acuerdos abusivos basados en una posición de monopolio de derecho en el mercado.*

Existen determinadas “posiciones de mercado” que, de hecho, suponen una actuación monopolística. Pero lo más curioso de ellas es que son el resultado de la protección legal otorgada por la Administración a determinadas formas de la propiedad. Así, la propiedad industrial resulta, en este sentido, una verdadera autorización implícita para el uso exclusivo de un determinado mercado.

En base a la protección temporal otorgada por el propio Estado (10 a 20 años) a las patentes de invención, introducción, marcas, etcétera..., se logra la exclusión de la competencia (¡que en estos casos se denomina también ilícita!) que actúe en ese mismo mercado. Son éstos los llamados “pequeños monopolios”, que han originado la expansión inicial de muchos de los grupos económicos existentes en la actualidad (77).

Autores como Sigmund Timberg han negado, sin embargo, la intrínseca correlación existente entre los monopolios y las leyes de protección industrial: “the patent and trademerk systems envisage the setting up of exclusionary monopoly, while antitrust legislation is directed at the elimination of monopoly and exclusionary practices” (78). Pero, ya la Sherman Act se hace eco de los peligros que conllevaría una aplicación desmesurada de las medidas y protecciones otorgadas por la Federal Patent Act (1793) y prohíbe todo tipo de limitaciones impuestas a los cesionarios de licencias por sus cedentes (79).

La LPRC, al prohibir en su artículo 2 las prácticas abusivas mediante las cuales una o varias empresas explotan su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, parece hacer referencia

(77) El caso de la “International Bussines Machine” en el campo de los ordenadores es uno de los más típicos.

(78) Cfr., sobre este punto, SIGMUND TIMBERG, “International Patent and Trademark licence and interchanges: The U.S approach”, pág. 751 del volumen *Kartelle und Monopolle in Modernen Rech*, op. cit.

(79) Algunas limitaciones impuestas al concesionario, tal como sucede en las *One-Way Patent Licences* no parecen estar expresamente prohibidas por la Ley Sherman.

a este supuesto que comentamos. Lo que se prohíbe no es la situación de dominación que, como en el caso de la propiedad industrial, son legalmente protegidas, sino las prácticas abusivas que tal posición conlleva (80).

A este respecto, es interesante traer a colación los "tied contracts" y los pactos de exclusiva a que ya se hizo referencia anteriormente. Mediante ellos, la sociedad que goza de monopolio a causa de la titularidad de una patente de invención (o de la cesión de su explotación) obliga a sus compradores a adquirir otro producto, también suministrado por ella, sin lo cual la primera venta no tendría lugar. De esta forma se consigue una situación de monopolio para productos que legalmente no deben gozar de esta protección. Se trata, como se ve, de un evidente abuso de la posición dominante en el mercado que la LPRC ha incluido acertadamente en el seno de su regulación.

Otro problema relacionado con esta figura y que quizá constituye su contrapunto, es el referente a los supuestos de "negación a la contratación" por parte de las unidades monopolísticas, sean éstas consecuencia de la protección a la propiedad industrial o no (81). Se trata de indagar hasta qué punto no constituye una obligación el hecho de no discriminar en los contratos celebrados por las unidades monopolísticas con sus oferentes o demandantes. Ya Nipperdey, en 1920, exponía este tema (82) que tanta actualidad ha llegado a tener y que ha dado origen a numerosas y diversas posturas en la doctrina. El "nudo gordiano" de la cuestión residía en justificar de algún modo la índole de esta obligación, ya que, en esencia, se estaba ante una colisión de principios. Por un lado había que defender la "libertad contractual" que tantos "ríos de tinta" había hecho correr. Por otro, era preciso salvaguardar a los pequeños y medianos empresarios, de las posiciones y abusos de los grupos monopolísticos. Para ello se propusieron diversas soluciones, entre las que destacó la fórmula de Larenz. Consistía en establecer una específica obligación a contratar para todos aquellos productores de "Lebenswichtiger Güter" —productos vitales—, de forma que fueran compelidos a vender sus mercancías, sin posibilidad de establecer discriminaciones (83). Sin embargo, pronto se encontró la primera objeción a esta teoría, ya que, como acertadamente apuntó Bück (84), no se lograba más que traspasar el problema a la determinación de lo que debía entenderse por "Lebenswichtiger Güter" —producto vital—.

---

(80) En este mismo sentido, vide "Comentario a la ley Española sobre represión de las prácticas restrictivas de la Competencia", Seminario dirigido por Guillermo Senén de la Fuente, Ed. por Soc. de Estudios y Publicaciones, 1964 página 80.

(81) Cfr. sobre este punto, STOLFI, L'obbligo legale a contrattare", *Riv. Dir. Civile*, 24 (1932), pág. 105; PATTERSON, "Compulsory contracts in the crystal ball", 43, *Columbia Law Rev.* (1943), pág. 731.

(82) Cfr. NIPPERDEY, "Kontrahierungszwang und diktierter vertrag" (1920).

(83) LARENZ, "Lehrbuch des Schuldesrechts", 4, *Sufl. BdI* (1960), pág. 37.

(84) BÜCK, "Von Kontrahierungszwang Zur Abschlusspflicht" (1940).

En Francia, sin embargo, el problema se orientó en otro sentido y se “publicó” este tipo de contratación. De esta forma se conceptuó el “refus de vente” como práctica punible que atentaba contra el principio de no discriminación (85). Se trataba, en palabras del propio Josserand, de un verdadero “abus de droit de ne pas contracter” que conllevaba la sanción de la Administración. En esencia, no era otra cosa que un mero paralelismo con el “duty to serve” aplicable a los servicios públicos y que, en este caso, se imponía a una nueva categoría: los servicios necesarios. En España, parece aplicable esta última solución al estar intervenidos administrativamente la mayor parte de los “servicios necesarios” y ser fácilmente denunciable una práctica en tal sentido. Sin embargo, como ya habrá podido intuirse, el verdadero problema no reside en este sector (nos referimos a los llamados “servicios necesarios”), sino en las mercancías o servicios de cualquier tipo. Tanto las soluciones propuestas por Larenz como las de la doctrina francesa, apuntan en la misma dirección, soslayando el verdadero centro de la cuestión.

Los casos de “US. v. Colgate Co.” (86) en EE.UU, OLG. München WuW. (1960), OLG. Hamm, WuW. (1951-52), etc. ..., son los verdaderos exponentes de la esencia del problema. En ellos se trata de supuestos en los que una “macrounidad” (con monopolio de hecho) se niega a contratar con pequeños oferentes o demandantes habituales, con el fin de excluirlos del mercado. No son aplicables aquí las teorías del “refus de vente”, para los servicios necesarios ni del “deuty to serve”, propio de los servicios públicos. Es preciso arbitrar una obligación de tipo general que sea comprensiva de todo tipo de productos y servicios y atienda, no a la índole de éstos, sino a la posición de la empresa que los ofrece en el mercado. Si la posición de ésta supone una dominación o monopolio de hecho, deberán prohibirse las discriminaciones en la contratación. Si, por el contrario, se trata de una empresa que no goza de tal posición, subsistirá la libertad contractual y la eventual elección del contratista.

En este amplio sentido se han pronunciado las más recientes leyes, tales como la holandesa de 28 de julio de 1956 (87) y la española de 20 de julio de 1963 (LPRC). En esta última podrían encuadrarse tales prácticas dentro del contexto de su artículo 2.º, ya comentado (88), que vendría así a englobar a todo tipo de prácticas abusivas.

#### 2.5.5. Acuerdos de uniformidad en las variaciones de precios.

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

(85) En este sentido parece apuntar el Decreto de 9-VIII-53.

(86) Cfr. “US. v. Colgate Co.”, 250 US. 300 (1919).

(87) Modificando la Ley de 16 julio 1958.

(88) Se trata de la prohibición genérica de abuso de las posiciones de dominio en el mercado.

liquidación". Las grandes "organizaciones de venta" (89), del tipo de los almacenes, galerías comerciales, etc., son a este respecto las que mejor pueden representar el prototipo de las "unidades económicas diversificadas".

En el supuesto de que coexistan dentro de un mismo mercado (que en estos casos, y salvo en el de sucursales descentralizadas o sistemas "franchising", no suele extenderse más allá de la población donde radica) es lógico suponer que la no coincidencia de la época de "rebaja de precios" llevaría a un desequilibrio pernicioso para todos en las ventas efectuadas. En efecto, la demanda se orientaría cada vez hacia la unidad que hiciera uso de los "precios rebajados", dejando de acudir durante este período de tiempo a los restantes. Se producirían de este modo beneficios discontinuos originados por la rotación en la dirección de la demanda, que sería excesiva en los períodos de rebajas, mientras que en los restantes sería insuficiente para llegar a un equilibrio deseable con la oferta de productos. De esta forma, el nivel de precios general tendería a bajar desmesuradamente, hasta llegar a equilibrar la oferta y la demanda. Para evitar esta tendencia general a la baja de los precios, nada más lógico que llegar a un acuerdo entre todas las unidades operantes en el mercado, de modo que los períodos de precios rebajados sean coincidentes en el tiempo. Así, no existirá una demanda de dirección rotacional, y tanto ésta como los precios gozarán de homogeneidad, dentro del entorno del acuerdo.

Existe, sin embargo, un riesgo evidente al permitir la legalidad de este tipo de acuerdos. Supongamos un mercado cerrado, con un convenio de esta clase, que coaliga a todas las unidades operantes en el mismo. Estas unidades disfrutarán del mercado en términos de verdadero oligopolio, gozando, a la vez, de un margen considerable de beneficios. Si en un momento posterior se intentare la creación de una nueva unidad, el grupo de empresas ya instalado en el mercado reaccionaría contra ella, intentando eliminarla, con el fin de no perder un porcentaje de la demanda de la que ya disfrutaban. Para ello el mejor método a su alcance consiste en negar sencillamente la entrada de esta nueva unidad en los términos del convenio.

La consecuencia fundamental que cabría deducir de todo lo expuesto, es la formación de "mercados cerrados", con la consiguiente eliminación de la competencia, que producen los acuerdos como el presente.

La prohibición de estos convenios no se encuentra, sin embargo, recogida expresamente por la LPRC y no podría declararse su nulidad en la etapa inicial. Sí podrán aplicarse, en cambio, las disposiciones de esta ley, en fases posteriores, esto es, cuando se impida, a través del grupo coligado, la inclusión de un tercero en el mercado. Para ello debería aplicarse la abstracta descripción del artículo 1.º de esta Ley, con la ayuda del instituto de las "conductas paralelas" apuntado más arriba.

---

(89) En el sentido a que se refiere el artículo 10, b) pág. 2, del T.R. del I.T.E., aprobado por Decreto 3.314/1966, de 29 de diciembre.

### 2.5.6. *La competencia aparente.*

La desconcentración de unidades económicas de cuyo concepto y características se hablará más adelante (90), ofrece un contrapunto obligado en su actuación cara al mercado exterior. Realmente sería difícil indagar la motivación efectiva que mueve a esta desconcentración, ya que en unos supuestos obedecería a razones de puro "control interno" (interés en lograr una compartimentación de la responsabilidad, en descongestionar determinadas actividades de la unidad principal, etc. ...), y en otras al interés de crear la ficción de un mercado competitivo, con el fin de ampliar la demanda efectiva. En cualquier caso se trata de un fenómeno existente en la realidad cotidiana y del que tenemos palpables muestras en las campañas publicitarias actuales.

El origen de este procedimiento de aumentar el volumen de ventas se encuentra en Estados Unidos, donde al comprobarse la saturación psicológica de la demanda ante determinada marca o producto, se recurrió al sencillo procedimiento de crear una nueva demanda, para un producto en apariencia independiente del anterior, con el fin de atraer hacia él el excedente de la demanda del producto originario. De esta forma se hace creer al consumidor que la "libertad de elección", a veces tan apreciada por él, sigue existiendo, aunque en realidad se trate de una pura ficción publicitaria.

La competencia aparente no precisa, como es obvio, de una concentración subyacente (91), sino que puede existir dentro de una misma firma o persona jurídica. La diversificación se produce únicamente en el mercado y no en las unidades de producción que pueden estar indistintamente concentradas o desconcentradas.

El peligro que esta actuación ofrece es mayor quizá que en los supuestos anteriores, ya que aquí lo que se produce es un fraude, no a la Administración, sino a los consumidores. Si en el caso de "competencia aparente", originada por una misma sociedad, podría imponerse la mención obligada de esta procedencia, en el supuesto de existir una desconcentración como la descrita, esta obligación carecería de sentido, ya que cada unidad funciona con una personalidad jurídica diferente.

Nada más propicio que la existencia de un mercado competitivo ficticio para la creación de situaciones encubiertas de monopolio y dominio de mercado. La Administración puede llegar a controlar los primeros movimientos de esta "competencia aparente", pero es evidente que acabaría por perder su rastro en cuanto se trasladara a otros mercados de productos superpuestos y entrecruzados con el anterior, dependientes también de la misma unidad económica.

Actualmente no interesa tanto la política de precios altos como la de volumen de ventas. Si a primera vista puede parecer que esta

---

(90) Vide., pág. 71, ap. III.

(91) Esto es, que los diversos productos se elaboren u ofrezcan en empresas diferentes, aunque controladas por la matriz.

mutación en la política de las empresas es inocua (o por lo menos no tan perniciosa como las situaciones de precios abusivos monopolísticos), basta un análisis ligeramente detenido de la situación para convencerse de lo contrario.

Las más potentes macrounidades operantes en los países en vías de desarrollo pertenecen a sociedades y grupos extranjeros. Si la política de "competencia aparente" es practicada generalmente por estas grandes unidades (92), ello quiere decir que la demanda global del mercado en que actúan, tenderá a orientarse hacia ellas en detrimento de las restantes unidades operantes. Estas no podrán generalmente sostener un nivel publicitario equivalente al practicado por aquéllas, y, por tanto, serán excluidas de la atención del consumidor. Los beneficios producidos por el aumento en la demanda, serán transferidos al exterior (93), que de esta forma comenzará a bombear los recursos monetarios interiores en perjuicio de la balanza de pagos del país.

Por último, y para concluir esta exposición, baste indicar que en este supuesto no se produce ninguna acción concertada entre diversos sujetos, sino que tiene lugar todo lo contrario: la creación de una situación ficticia de inexistencia de acción competitiva. Así, la acción se encuentra, no en la inexistencia de esta acción, sino en los presupuestos para que ésta sea posible (diversidad de sujetos económica y jurídicamente independientes). Con ello se logra un beneficio difícilmente controlable o conceptuable en términos jurídicos, que se traduce en un aumento efectivo de la demanda.

Ningún supuesto como éste, sin embargo, como para hacer patente la inaplicación y la efectividad de la LPRC ante una realidad más pujante que la propia coacción normativa. El artículo 1.º de esta Ley prohíbe expresamente los "convenios... que tengan por objeto o produzcan el efecto de... falsear... la competencia". Parece irónico que siga manteniéndose tal disposición, cuando a los ojos de todos se encuentra una realidad que repetidamente la contradice. Si en algunos casos es deseable la elasticidad en la descripción del supuesto de hecho normativo, en otros, como el presente, sería aconsejable una mayor precisión que tendiese a evitar estas situaciones.

### 2.5.7. *Acuerdo de reparto de mercados específicos en las macrounidades económicas.*

Se trata de un tipo especial de acuerdos por el que una unidad económica, diversificada en cuanto a la multiplicidad de mercados en que ofrece sus productos, cede a otra, de igual o parecidas características, uno de los mercados específicos en que opera.

Las formas que puede adoptar un acuerdo como éste, pueden ser

---

(92) Las pequeñas y medianas unidades no necesitan acudir a ella, ya que su oferta será normalmente absorbida por la demanda existente.

(93) Actualmente, y en virtud del Decreto de 17 de mayo de 1962, se declara la libre transferencia de beneficios para las sociedades de capital extranjero.

tan pluriformes y variadas que sería inútil el ofrecer una relación exhaustiva de ellas. Por tanto, sólo se tratarán algunas de su formas más importantes como paradigma y elemento de análisis de todas las teóricamente posibles.

En primer término la realización de un contrato con este objeto deberá producir consecuencias en la estructura de ambas unidades económicas (cedente y cesionaria). Lo que se contempla en este apartado no es tanto la cesión de elementos materiales (establecimientos, fábricas, maquinaria, etc.) como la de aquellos otros inmateriales, pero de indudable contenido económico (94). Se trata de la transmisión de una parte del objeto social a que determinada sociedad se dedica.

El contenido específico de esta figura quedará, por consiguiente, reducido al pacto que normalmente acompaña a estas transmisiones, de naturaleza esencialmente convencional. Mediante él, la unidad cedente se compromete a no ejercer la actividad transmitida, y por tanto, a eliminar la posible competencia en esta parcela de mercado.

Las modificaciones precisas en la estructura de las sociedades contratantes afectan en primer lugar a la configuración jurídica de sus respectivos objetos sociales. En la unidad cedente, no será preciso proceder a su reducción (aunque puede estipularse así para mayor seguridad del cesionario), ya que se trata únicamente de una supresión de determinadas actividades que se realizaban por la empresa. El objeto social, como forma estatutaria que autoriza tales actividades, es algo diferente de éstas. El hecho de que se encuentren autorizadas por aquél, no implica el que efectivamente deban ser realizadas, sino únicamente *que pueden realizarse*.

En la sociedad cesionaria, por el contrario, deberá procederse, normalmente, a la ampliación del objeto social, si las nuevas operaciones no quedan englobadas en su redacción. Por lo general, sin embargo, el contenido otorgado inicialmente a estos "objetos sociales", suele ser muy amplio (95), de forma que lo único que tendrá lugar será una ampliación de las operaciones de la empresa, con las mínimas formalidades previstas en el artículo 86 LSA.

La ilicitud de estos contratos sólo podrá ser declarada en el supuesto de que den lugar a posiciones de dominación de mercado. Si la unidad cesionaria contaba ya, entre sus operaciones normales, con aquellas que son objeto de la transmisión, se producirá un aumento estimable en su mercado específico. Tal aumento podría producir la consecuencia de transformar en monopolística una actuación que inicialmente no lo era (por encontrarse repartida entre dos unidades

---

(94) Los elementos inmateriales, tales como patentes, "know how", clientela..., al ser considerados como elementos patrimoniales, se excluyen también de este epígrafe.

(95) La adición de cláusulas de estilo, tales como "y cualesquiera otras actividades que directa o indirectamente...", ha llegado a constituirse en una práctica abusiva de ampliaciones encubiertas de objetos sociales, con el fin primordial de eludir el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (art. 54 T. R.).

diferentes). La sanción para tales convenios debería ser la nulidad radical, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.º, ap. 2, de la LPRC.

## 2.6. Arrendamiento de empresas (96).

De conformidad con nuestro Código Civil puede definirse el arrendamiento de empresa como “aquel contrato mediante el cual un empresario, sociedad o empresa, cede a otro u otra, por precio cierto y tiempo determinado, la explotación de una empresa mercantil para su goce y uso” —artículo 1.543—.

El primer problema que plantea esta institución es el de su posible existencia jurídica, cuestión que aparece como efecto del reconocimiento que el Derecho haga de la empresa misma como sujeto de derecho y objeto de tráfico jurídico. Pues bien, sin entrar ni salir en esta polémica (97), aunque es bien cierto que el arrendamiento de empresa encuentra dificultades en nuestro Derecho, no puede decirse que le sea desconocido.

La vocación del mundo moderno hacia la economía obliga al profesional —trátese de jurista o de cualquier otro científico— a aceptar realidades económicas que pueden ser —y de hecho lo son en muchos casos— desconocidas para ciencias distintas. Sin embargo, la ausencia de un concepto jurídico de empresa en buena parte de los derechos capitalistas occidentales no obliga al desconocimiento de realidades económicas de base, como lo es el arrendamiento de una empresa. Tal desconocimiento no puede ni debe cercenar el fenómeno económico de la concentración industrial. Precisamente por eso, es normal encontrar el reconocimiento de este tráfico mercantil en disposiciones ocasionadas por crisis o luchas sociales, aunque en las mismas el fenómeno se regule de manera perspectival (98). Y, de forma continuada, ante el desconocimiento positivo, el buen sentido común de nuestra jurisprudencia ha ido reconociendo y configurando tal realidad indudable, trasplantándola a través de la doctrina legal, al dialéctico mundo del Derecho.

Del mismo modo, la doctrina no puede sino buscar resquicios legislativos que apoyen un cierto progresismo jurídico en este campo. Así, se dice, el concepto jurídico de empresa puede derivarse, no sin dificultades, de los artículos 1.532 y 1.928 del Código civil.

De todo ello se deduce que nuestro Derecho no desconoce el concepto de empresa como objeto de tráfico jurídico. Además, la postura contraria sería tan contradictoria que supondría afirmar que nuestra legislación fiscal o laboral reconocen, por evidentes, reali-

(96) Cfr. entre otros, VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, págs. 147 y ss.; BROSETA, “El arrendamiento de empresa”, Valencia, 1965; GARRIGUES, “Curso de Derecho Mercantil”, Madrid, 1968, Tomo I, págs. 172 y ss.; etc.

(97) Vid., por todos, BROSETA, “La empresa como objeto de tráfico jurídico”, Valencia, 1965; GARRIGUES, “Aspetto giuridico dell’impresa”, *NROC*, 1949; POLO, “Leyes Mercantiles y Económicas”, y para la doctrina en general, RUBIO, “Introducción al Derecho Mercantil”, Ed. Nauta, 1969, págs. 447 y ss.

(98) Cfr., sobre la perspectivalidad del moderno Derecho “publicado”, VILLAR PALASÍ, *op. cit.*; así, por otra parte, la LCT, legislación arrendaticia, administrativa, fiscal e, incluso, mercantil.



dades inexistentes, lo que no puede sostenerse más que por quienes hoy consideran que sólo lo sustantivamente jurídico es real y que nada desconocido por el Derecho tiene existencia para el mismo. De todo ello, concluimos que poco importa a la vida económica que el Derecho no conciba el instituto empresarial. La misión del jurista y del Tribunal será reconocer, como sea, su posibilidad.

Como decíamos, para nuestra jurisprudencia “cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece esta institución, favorecidas por el silencio que a ese respecto guardan nuestros cuerpos de Derecho material..., gana terreno en el orden científico la idea de que la empresa, es, en suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición de cada uno de ellos...”, pudiendo ser, desde luego, en cuanto tal, objeto de tráfico jurídico, “sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales... ni pueda aducirse extraña a nuestro Derecho” (99).

La empresa mercantil tiene, a estos efectos, un contenido fundamentalmente económico (100), como organización, dotada de vida propia, de los elementos que la constituyen—capital y trabajo—, siendo “susceptible de ser transmitida, cedida, traspasada, de modo permanente o arrendada por tiempo determinado a otra u otras personas que, al recibirla como tal industrial no adquieren... sino una entidad... multiforme en sus relaciones jurídicas, derivadas de los derechos y obligaciones que la corresponden como objeto de derecho y elemento económico y social” (101).

Con todo, además del reconocimiento jurisprudencial, legislativamente, el artículo 3 de la LAU, texto refundido aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964, recogiendo antecedentes legislativos innecesarios de repetir, abunda en la misma tesis, al excluir—admitiendo su existencia jurídica—el arrendamiento de empresa del ámbito de la LAU citada (102).

Del mismo artículo 3 y de la jurisprudencia se infiere, por tanto, que para que el arrendamiento sea de empresa mercantil o industria, es condición precisa la preexistencia de dicha industria o empresa, ya que si lo que se entrega son simples cosas inertes, carentes de organización y vida propia, nos encontramos ante un mero arrendamiento

(99) STS. de 23 de marzo de 1943. En el mismo sentido, entre muchas, las de 3 de mayo del mismo año, de 7 de diciembre de 1945, etc.

(100) Cfr., SsTS. de 3 de julio de 1944, de 23 de marzo de 1946, 7 de diciembre de 1945, entre otras.

(101) Vid., STS. de 7 de diciembre de 1945.

(102) Dice este artículo que “el arrendamiento de industrias o negocio de la clase que fuere, queda excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero sólo se registrará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en él se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de nuevas formalidades administrativas”.

de local de negocio, sólo o con instalaciones, no siendo éstas aptas por sí mismas para constituir una empresa mercantil (103).

El arrendamiento de empresa se regirá entonces por lo pactado y, a falta de legislación especial aplicable, por el Derecho común (104), lo que exigirá la adaptación al caso presepte de los preceptos del Código civil, especialmente de los arts. 1.554 y 1.545.

Generalmente, el arrendamiento de empresa no es más que un paso previo a la integración total. De ahí que, en el contrato, se estipule la obligación del arrendador de ir poniendo en disposición de uso y goce total del arrendatario cuantos elementos separan a la empresa del simple local y cosas inertes—expectativas, relaciones, organización, clientela, propiedad comercial...—. Los pagos convenidos podrán integrar o no la totalidad o parte del precio final de venta, si es que el arrendatario ejercita al final la normal opción de compra que, como lo anterior, formaría parte del clausulado y estipulaciones contractuales.

### 3. *Relaciones reales con otras empresas.*

La formación de grupos de interés, unidades económicas, mercados repartidos, competencia falseada, etc., son fenómenos de una complejidad y caracteres que hacen difícil todo intento de encuadramiento. Conscientes de esta inherente dificultad ofrecemos una estructuración de estos fenómenos, sin la pretensión de hacerla exhaustiva.

Las formas hasta aquí estudiadas se basan en acuerdos o convenios puramente contractuales, tendentes a la aglutinación de un grupo mayor o menor de empresas en una "unidad económica" que actúe conjuntamente en el mercado. De esta forma surgen en algunos casos los supuestos prohibidos por la LPRC, consistentes en el abuso de una posición de dominación o en la creación de una competencia ilimitada, falseada o simplemente inexistente (105). En otros casos se trata, por el contrario, de unidades surgidas al amparo y con el apoyo de la misma Administración (106).

Existe una segunda categoría de acuerdos que actúa a modo de puente de unión entre las relaciones puramente contractuales (como las anteriores) y las típicamente reales (como las que serán expuestas en los siguientes apartados). Son aquellos convenios en los que la contratación es acompañada por un elemento real que actúa como fuerza de presión, con el fin de obligar a celebrar el contrato al sujeto que no disfruta de esta posesión. Algunos de estos tipos fue-

---

(103) Cfr., entre muchas, las SsTS. de 11 de mayo de 1954, 7 de marzo de 1962, 19 junio 1963, 8 abril 1965, etc.

(104) Artículo 3 de la LAU y STS. 23 marzo de 1946.

(105) Estos serían los casos últimamente expuestos en el ap. 2.5. (competencia aparente, subcontratación prohibida, crteles de reparto de mercados, etc....).

(106) Como sucede en las Sociedades de Empresas, agrupaciones temporales, agrupaciones para la exportación, etc...

ron descritos páginas atrás (107) y otros no han podido ser desarrollados, teniendo que contentarnos con su simple enumeración o cita. Mediante el disfrute de una posición predominante (creada normalmente por la posesión de patentes de invención, conocimiento de procedimientos de kow-how, etc...) se fuerza a la otra parte contratante a comprar productos que de otra forma no habría adquirido (108), asegurando así la oferta o la demanda de la unidad preponderante.

Por último, se encuentran las relaciones estrictamente reales, ejercidas a través de la constitución de derechos reales sobre las acciones de las sociedades o sobre su patrimonio (109). Estas son las que se expondrán a continuación, sin perjuicio de comenzar por un tipo poco ortodoxo, como la participación en los créditos en forma de obligaciones emitidas por una sociedad. Ello, sin embargo, obedece a la posibilidad general de transformar esta participación puramente crediticia, en otra de tipo real, a través de la conversión de obligaciones, como a continuación veremos.

### 3.1. *Participación en los créditos en forma de obligaciones emitidas por una sociedad.*

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

El control que puede ejercer de esta forma la sociedad titular de las obligaciones, se manifiesta en diversos planos. En primer término, los obligacionistas de una determinada entidad, pueden ejercer un derecho de veto muy importante ante determinados acuerdos de la asamblea general. El sindicato de obligaciones, configurado en el Derecho español por la LSA (110), se muestra, sin embargo, como un órgano débil y raquítico, frente a la omnipotencia teórica otorgada a la asamblea general. No obstante la presión que puede ejercer la titularidad en "una mano" de la totalidad de la emisión de obligaciones, ante la sociedad emisora, puede llegar a producir verdaderas situaciones de "dominación de hecho".

Piénsese, por otra parte, que, normalmente, rara es la emisión de obligaciones "puras", ya que éstas suelen emitirse en forma más atractiva para los suscriptores. Por ejemplo, en el supuesto de obligaciones convertibles, la sociedad adquirente de tales títulos habrá podido

---

(107) Por ejemplo, en el ap. 2.5.4. (abuso del derecho de propiedad industrial con el fin de imponer una determinada forma de contratación), ap. 2.5. (contrato de "franchising").

(108) Recuérdese aquí el caso IBM, relativo a la venta de las tarjetas perforadas, junto con el "leasing" del ordenador. Cfr. pág. 31.

(109) La interrelación de estas tres categorías es bien patente. Recuérdese el caso "General Motors versus Dupont, de Nemours", por el que se condenó a esta última por prácticas restrictivas de la competencia, al adquirir el 23 por 100 de las acciones de la G. M.

(110) Ver artículos 113 y 121 a 127 de la LSA.

fácilmente burlar el “derecho de suscripción” de los restantes socios, pudiendo llegar rápidamente a una situación de predominio en el seno de la sociedad emisora, que de otra forma le habría costado vencer no pocas dificultades—al tener que adquirir las acciones en el mercado, sujetándose a la cuantía dejada libre por la venta de los derechos de suscripción—. La ocultación, a los ojos de la Administración pública, de este tipo de participaciones, se verá favorecida, entonces, por este doble proceso: suscripción de obligaciones y posterior conversión en títulos de participación.

En nuestro Derecho, la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 21 de julio de 1963—que es prácticamente el único texto legal que recoge las participaciones de las sociedades en el capital o patrimonio de otras—no sanciona la adquisición de obligaciones de una empresa por otra, y, por tanto, dicha conducta no podrá ser perseguida, aunque sea conocida por la Administración, viniéndose a conseguir así situaciones de verdadera dominación.

Sin embargo, la legislación española en materia de Sociedades y Fondos de Inversión, ha incluido, consciente o inconscientemente, la compra de obligaciones, dentro de su contexto (111). El control de estos valores en la cartera de los Fondos es, realmente, ejercido por la Administración, en términos de verdadera equiparación con las participaciones en el capital. A pesar de ello, y como consecuencia del estrecho marco en que estas disposiciones se mueven, la sociedades que no tengan la fisonomía propia de los Fondos y Sociedades de Inversión, se encontrarán fuera del ámbito de tal control (112).

### 3.2. *Participación en el capital de las sociedades.*

#### 3.2.1. *Participación simple o directa.*

En primer término sería conveniente hacer una breve exposición de la terminología a utilizar. Llamamos participación simple o directa a la compra de acciones de una sociedad por otra, excluyendo, por tanto, del concepto a toda otra participación realizada por intermedio de empresas controladas (113), “holdings”, permutas de participaciones (114), etc. ...

(111) Así, el artículo 4.º apt. c) de la O. M. de 5 de junio de 1965 dispone a este efecto: “El fondo no podrá estar integrado en más de un 10 por 100 por valores emitidos por una misma Entidad o Empresa, ya se trate de acciones, obligaciones u otros títulos cualesquiera”.

(112) Las Leyes de 23 de octubre de 1942, 10 de noviembre de 1942 y 15 de julio de 1952 no extendían la obligación de informar al Ministerio de Hacienda, más que en relación con las “participaciones que tengan en cartera” (art. 2.º, Ley 23 octubre 1942 y art. 4.º, Ley 10 noviembre 1942), dichas Sociedades, sin hacer alusión alguna a las “obligaciones” que se integran en la “cartera de valores”. «En el supuesto de que las obligaciones fuesen convertibles en títulos de participación, debe entenderse subsistente la obligación de declarar estas acciones al Ministerio de Hacienda, con lo cual esta ventaja dejaría de existir.

(113) Esta forma de participación será estudiada bajo el nombre de participación indirecta.

(114) Cfr., apartado c) de este mismo epígrafe.

Muchos países, y el nuestro no es la excepción, han diferenciado claramente aquellos supuestos en que mediante este procedimiento se logra un control efectivo, de aquellos otros en que la motivación predominante no radica en la dominación. De esta forma se han establecido porcentajes mínimos de participación, que suponen una presunción acerca de la existencia o inexistencia de sociedades dominadas (115).

Por tanto, es preciso separar ya desde ahora, todas aquellas participaciones que no supongan o no tiendan a lograr una situación de dominación. Fácil es comprobar cómo la mayor parte de las sociedades, fundamentalmente las anónimas, en el activo de su balance, mantienen una cantidad destinada a "valores de renta variable", sin que por ello pretendan llegar a dominar a aquellas sociedades en las que participan, sino simplemente a percibir dividendos producidos.

La Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, no sanciona las participaciones en el capital de las sociedades, sino tan sólo en el supuesto de que constituyan actividades monopolísticas a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia. El artículo 21/7 de dicha Ley impone la obligación de inscripción a las participaciones en el capital de otras empresas que alcancen el 25 por 100 de éste. Pero a tal requisito debe sumarse el dominio del 30 por 100, o más, del mercado, para poder estimarlo como actividad "restrictiva de la competencia" y, en consecuencia, serle aplicables las medidas que dispone dicha Ley (116).

Cabría preguntarse cómo ha reaccionado el legislador español, ante esta profusa y, la mayoría de las veces, encubierta práctica, para evitar los fraudes y situaciones de dominación ilícita de mercado. Con anterioridad a la LPRC existían en España disposiciones heterogéneas y desvinculadas entre sí, que poco o ningún efecto lograron. Paradigma de ellas son las leyes de 10 de noviembre de 1942 (art. 4.º), 23 de octubre de 1942 (art. 2.º) y 15 de julio de 1952.

Las limitaciones impuestas por el legislador en estas disposiciones no suponen más que meras obligaciones de publicidad de este tipo de participaciones—en concreto, las que representen más de la quinta parte de su capital social—, ya que nada dicen de la sanción en caso de incumplimiento. Por otra parte, la misma intención que la Ley deja traslucir, acerca de la obligación de comunicar las participaciones al Ministerio de Hacienda, hace patente la escasez de medios

---

(115) A este respecto, como se expondrá más adelante, la legislación francesa cifra este porcentaje en el 10 por 100, por encima del cual se considera que existe mera "participación", hasta un 50 por 100 donde se presume el "control". En España existe sólo un porcentaje, fijado en un 25 por 100. (L. P. R. art. 21/7).

(116) El núm. 7 del artículo 21, lo único que hace es considerar como "supuesto de concentración", a las adquisiciones de capital que superen esta cuantía. Por lo demás, no parece que deba tener esta equiparación efectos fiscales ni de ninguna otra clase.

existente al momento de efectuar esta comprobación. Necesitó el legislador de la conducta activa por parte de las sociedades, para llegar a tener un conocimiento más o menos exacto, de las relaciones que entre ellas pudiesen existir. El empresario, consciente de esta impotencia de la Administración para indagar, por sus propios medios, las verdaderas relaciones entre las sociedades, difícilmente ofrecerá un esquema completo de éstas. Si el sistema de arbitrar "presunciones legales" puede parecer a veces injusto o incoherente, su utilización en este punto creemos que hubiera sido más acertado y habría producido mejores resultados que la confianza en unas informaciones que pueden fácilmente no descubrir todas las relaciones existentes entre sociedades.

El panorama que ofrecen las legislaciones europeas a este respecto (117) puede clasificarse en dos vertientes: aquellos sistemas que polarizan el concepto de sociedad filial en el dato exclusivo de la participación en el capital, y a aquellos otros que añaden a éste el aspecto del "control efectivo" por cualquier otro medio (118).

La Ley francesa pertenece al primer prototipo descrito, fijándose un doble porcentaje—del 10 y 50 por 100—, del que dependen las limitaciones legales a que se someten estas participaciones (119). El proyecto de reforma define las filiales como "lors qu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée pour l'application de la présente section, comme filiale de la première". El concepto de participación es, sin embargo, mucho más amplio, ya que basta con un porcentaje comprendido entre 10 y 50 por 100, para que sea considerado como tal.

En el marco legal inglés aparece ya la adopción del criterio dual. Así, la Sec. 154 de la Companies Act—1948—adopta un "twofold test" para definir este concepto: "a company is a member of it and controls the composition of the Board of Directors, or if the Holding Co. holds more than half its equity share capital" (120). Sin embargo, las legislaciones del segundo grupo adoptan criterios verdaderamente más amplios para integrar las categorías de las relaciones intensocietarias. Así, el artículo 15 Abs, 2, de la Aktiengesetz de 1937, califica de Konzern cualquier tipo de relación que suponga la dominación inmediata o mediata entre cualesquiera empresas. Con

---

(117) La legislación americana a este respecto constituida fundamentalmente por la Sherman Act (1890), Clayton Act (1914) Patman-Robinson Act y demás enmiendas a estas leyes, considera las participaciones en las empresas desde el punto de vista de la restricción de la competencia y de la formación de trust. En este sentido se pronunciaron los fallos contra los casos "Du Pont-General Motors v. United States", "St. Helens Pul & Paper Co. v. Crown Tellerbach Co.". Mediante la adquisición del control en una sociedad se conseguía el efecto de asegurar las compras y ventas, produciéndose, en consecuencia, una amortiguación de la competencia.

(118) Cfr. P. VAN OMMESLACHE, "Les Groupes de Sociétés", *Revue Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales*, números 7 a 10 de 1965.

(119) Cfr. PASTERIS, "Il controllo nella società collegata e le partecipazioni reciproche", Milano, Giuffrè 1957.

(120) Cfr. GOWER, "Modern Company Law", págs. 190 y ss.

todo, del artículo 15 Abs, 1, de la misma Ley, parece desprenderse que la noción alemana de Konzern no se atiende tan sólo a considerar como tales las participaciones en el capital de las empresas, sino que se trata de una categoría más amplia, ya que incluye las meras relaciones contractuales (121).

Las restricciones que se imponen a las sociedades integradas en el Konzern son un verdadero ejemplo de previsión y captación de una realidad en muchos sentidos más pluriforme y compleja que la española. Así, se prohíbe a la sociedad dominada la suscripción o compra de acciones de la dominante; se prohíbe el ejercicio del derecho de voto en no pocos supuestos, así como específicas obligaciones de información para con los accionistas de ambas sociedades... (122).

El Derecho italiano también es partidario de la pluralidad de criterios y, en este sentido, el artículo 2.359 del C. c. presume que cualquier sociedad en la cual otra posea un número de acciones tal que asegure la mayoría de la asamblea general, se considerará como dominada por ésta. El segundo criterio adopta los caracteres ya expuestos, de la legislación alemana, según la cual "cualquier forma de relación que implique control" es considerada como relación de dominación (123).

Tan extensa configuración de lo que sean "relaciones de dominación" engloba, al igual que en Alemania, tanto las relaciones reales como las contractuales. Ello, en parte, se encuentra motivado por la existencia de un instituto semejante al Konzern—el Consorcio—, que ha tenido amplia difusión en estos países. Difícil sería encontrar en nuestro Derecho una categoría semejante, que respondiese a caracteres unitarios (124).

En el Derecho español, los efectos fiscales de estas relaciones son, sin embargo, los que más influyen en su realización. No existen instituciones del tipo de Consorcio o Konzern aludido más arriba, lo cual motiva, en gran parte, la profusa y dispersa legislación que regula esta materia (125). Así, el artículo 58 del T. R. del Impuesto sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, de 23 de diciembre de 1967, autoriza la deducción en la cuota de una parte proporcional al 33 por 100 de los dividendos. Esto es, de la cuota íntegra deberá deducirse la cantidad resultante de aplicar el tipo del 30 por 100 al 33 por 100 de los beneficios percibidos por dividendos.

---

(121) En cierto modo, existe un paralelismo entre esta figura y los "Consorti" italianos.

(122) Cfr. WÜRDINGER, "Rapport pour le 42.<sup>o</sup> Juristentag Ab", 1957, páginas 221 y ss.

(123) Cfr. GRAZIANI, "Diritto delle Società", 4.<sup>a</sup> ed., núm. 53.

(124) Cfr. MARTÍN MATEO, "Los consorcios locales", IEAL, Madrid, 1970; MANZANEDO, "El Comercio Exterior", IEAL, pág. 346; NIETO, "Hacia una teoría consorcial", RAP, pág. 218.

(125) Únicamente la LPRC ofrece un panorama coherente de estas relaciones, aunque en términos demasiado abstractos. No se encuentra más sanción para ellas que la de su prohibición en los casos límites (tal como hace la LPRC) o la denegación de determinados beneficios fiscales.

Con ello se pretende evitar la doble imposición que surgiría en otro caso, si bien se disminuye al 30 por 100 la deducción del 80 por 100 prevista por la legislación anterior. El artículo 22 del mismo texto legal, con una orientación eminentemente preventiva hacia este tipo de participación, hace uso de la institución de los balances consolidados muy extendida en el Derecho comparado—, sin que en su caso tengan lugar los descuentos anteriormente aludidos. No parece, por tanto que exista una posición coherente frente a estas prácticas. Si por una parte se desgravan, en un determinado porcentaje, parte de los beneficios obtenidos, no se hace en la suficiente medida como para evitar la doble imposición, y en consecuencia fomentar su realización. De igual forma tampoco se imponen sanciones efectivas como para impedir que tales prácticas se lleven a cabo (la obligación de presentar balances consolidados es, como veremos, inoperante en el Derecho español).

Paréntesis aparte merece la Orden de 14 de julio de 1932, recogida y ampliada por el artículo 78 del T. R. de 6 de abril de 1967, que supone un precedente extraordinario de las medidas restrictivas impuestas a las participaciones en el capital de otras sociedades con fines de dominación (126). Dice, textualmente: “operan en territorio común las empresas domiciliadas en territorio foral, si tienen en su cartera acciones o títulos cuya posesión implicará el control de otras empresas actuantes en Derecho común”. Se establece, por tanto, una diferenciación en el régimen aplicable a las participaciones en el capital de las sociedades, según que esta participación encerrase, o no, fines de dominación o de control en las sociedades intervenidas. En el primero de los supuestos aludidos, se establece la presunción de que la sociedad matriz “opera” en el territorio donde actúe la sociedad filial. Con ello serían aplicables las disposiciones, menos ventajosas quizá, del territorio donde operase (o tuviese su domicilio social) la empresa filial, a pesar de que, por su constitución o domicilio, no le correspondiese esta aplicación.

Toda esta argumentación podría ser trasplantada al ámbito internacional, en cuyo caso, las consecuencias serían mucho más interesantes. Equivaldrían prácticamente a aplicar a una sociedad extranjera el Derecho español, por el mero hecho de la tenencia de acciones de cualquier sociedad española que hiciera suponer a la Administración una relación de dominación y control de ésta por aquélla.

Desde otro punto de vista, es interesante subrayar cómo el procedimiento de compra de participaciones ha sido frecuentemente utilizado para lograr la concentración o fusión de empresas, sin los inconvenientes y gastos fiscales que supone la “fusión ordinaria”. En

---

(126) El artículo 78 del T. R. de 6 de abril de 1967 (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales), dice textualmente: “Las Sociedades constituidas o domiciliadas en el extranjero o en territorios sujetos a los regímenes a que se refieren los artículos cuarto, quinto y sexto de esta Ley que realicen operaciones en territorios de régimen común, vendrán obligadas a tributar por los mismos conceptos y en las mismas condiciones que las Sociedades españolas, por la parte de capital que destinen a dichas operaciones”.



la llamada venta-fusión (127) se enajena el patrimonio de una empresa a otra a cambio de acciones de esta última. Con ello la primera sociedad se encontraría sin patrimonio tangible, teniendo en su lugar únicamente acciones de la segunda, mientras que sus accionistas seguirán conservando las acciones de la sociedad. El paso inmediato que tendría lugar, normalmente, sería la disolución de la sociedad y la distribución entre sus socios de las acciones de la absorbente. Se evitan, con ello, algunas de las fases del procedimiento ordinario de fusión, lográndose así evitar el pago fiscal por estos conceptos.

En Derecho comparado se encuentran casos de una más rígida actuación de la Administración frente a las participaciones que supongan el control de unas sociedades por otras. Así, en el caso "Smith and Knight Ltd. versus Birmingham Corporation" —1939— se llegó a considerar a la sociedad filial como una verdadera "implied agency", lo que suponía el desvanecimiento de la personalidad jurídica en la sociedad controlada. Las sociedades totalmente controladas por otra no tienen reconocida su independencia jurídica en el Derecho francés, ni en ninguno de los derechos en él inspirados. En un grado extremo, por consiguiente, el control de unas sociedades por otras vendrá a identificarse con toda la teoría de las "One Hand Companies", a la que se hará una breve alusión más adelante.

### 3.2.2. Participación compleja o indirecta.

Este tipo de participaciones ha sido utilizado, fundamentalmente fuera de nuestras fronteras, con objeto de vencer las limitaciones impuestas a la participación en el capital de otras sociedades (128). En la mayoría de los países europeos se fijan unos límites a este tipo de actividades, por encima de los cuales la Administración impone unas medidas de control de muy variada índole. Para no quedar sometidas a estas medidas, las sociedades no se limitan a participar de forma directa en el capital de otras, sino que realizan esta intervención mediante sociedades filiales. Con ello se logra que la participación de la sociedad matriz en el capital de la dominada no supere los límites por encima de los cuales comienzan a imponerse medidas restrictivas. La participación por medio de otras sociedades filiales de la sociedad matriz, asegurará a ésta el control en la sociedad dominada.

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

---

(127) La Companies Act. de 1948 incluye este procedimiento dentro de la Sec. 287, que engloba los impuestos de "amalgamation".

(128) En nuestro país al no existir verdaderas prohibiciones efectivas en este sentido (ya ha sido repetidamente aludida la ineficacia aplicativa de la LPRC) su utilización se hace menos apremiante.

El Derecho inglés, adelantándose a esta vía de elusión de las limitaciones que impone su legislación, hace caso omiso de la "interposición de personas jurídicas". Se trata, en suma, de lo que la propia Companies Act denomina "lifting the veil, test", en virtud del cual "the subsidiary or o a subsidiary (a sub-subsidiary) is in its turn regarded as a subsidiary of the head (Holding Co.)" (129).

En el contexto jurídico-económico español, esta forma de participación ha sido utilizada con el mismo fin de eludir las posibles consecuencias de la aplicación de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Con ella se evita que la verdadera relación de dominación sea muy difícil de descubrir, sobre todo cuando la participación se hace en un segundo grado (a través de filiales de las filiales) o más allá (130).

El procedimiento descrito es, a todas luces, más idóneo que el anterior (131), por cuanto que a las ventajas previamente aludidas debe añadirse la necesidad de un menor capital para llevarlas a cabo. En efecto, si a través de una sociedad matriz de 500 millones de pesetas de capital se puede llegar a controlar una sociedad de 600 millones (con una inversión de sólo 300), ésta, a su vez podrá controlar a otra de 900 millones, y así sucesivamente, de modo que la cifra va elevándose a medida que aumenta el grado (132). Si esta participación puramente lineal es combinada con una participación pluridimensional (esto es, en la segunda sociedad filial, invertirá, no sólo la primera filial, sino también la matriz; en la tercera invertirán las dos primeras filiales y la matriz, etc.), el control de capital llegará a ser mucho mayor, con participaciones de cada sociedad cada vez más reducidas.

La aplicación, en este supuesto, de los "balances consolidados" a que hace alusión el artículo 22 del T. R. del Impuesto sobre la Renta de Sociedades, resultará prácticamente imposible, por cuanto que el supuesto legal está pensado para una relación de primer grado, lineal (esto es, participación de una sociedad matriz en otra filial), como veremos más adelante. La LPRC regula tímidamente este tipo de participaciones en el artículo 21, núm. 7, d), al considerar englobada dentro del concepto de concentración, la "adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas, en la medida en que estas participaciones, por sí solas, o sumadas a otras ya en poder de la misma empresa, o de otra ligada a ella por medio de un acuerdo de concentración, permitan alcanzar el 25 por 100 del capital con derecho a voto". No obstante, y a pesar de hallarse expresamente recogidos estos supuestos, dudamos sinceramente de la efectiva aplicación de las medidas previstas. Ello se debe fundamentalmente a la instintiva resisten-

(129) Cfr. GOWER, "Modern Company Law", op. cit., pág. 190.

(130) Cosa distinta, por sus fines de ordenación económica, es el auge actual de las participaciones indirectas del INI.

(131) Nos referimos a la participación simple en el capital de otras sociedades expuesta en el apartado anterior.

(132) En suma, no se trata más que lo que la doctrina ha denominado con la expresión de "participaciones en cascada".

cia, por parte de las sociedades, a hacer públicas unas participaciones difícilmente detectables. Por otra parte, si tan siquiera se han aplicado las medidas previstas en los casos de participaciones simples, difícilmente se llevarán a la práctica en estos supuestos.

### 3.2.3. Participaciones recíprocas (133).

En este supuesto, también denominado permuta de acciones, una o más sociedades participan recíprocamente en el capital de todas ellas. El supuesto más sencillo —participación recíproca lineal— estaría configurado por dos sociedades en las que ambas tienen respectivamente participación en el capital de la otra. Si esta participación se realiza por una sociedad filial, mediante la adquisición de acciones de la sociedad matriz, lo que se está realizando, sin embargo, es una auténtica “compra de las propias acciones” de la matriz. Las repercusiones bursátiles de este tipo de operaciones son fácilmente colegibles, puesto que se estará operando en “open market” cada vez que se realice la compra de acciones. La subida en el precio de las acciones provocada por una “oferta aparente” de las mismas, estaría producida casi siempre por la propia sociedad matriz.

Este fenómeno, en países donde está prohibido —por ej., Francia, artículo 358 de la Ley de 24 de julio de 1965—, es susceptible de combinaciones mucho más complejas (134). La variante más conocida, la participación circular, surge precisamente para evitar aquellas prohibiciones o, también es posible, por motivaciones diferentes de estrategia comercial y económica. En todos estos casos, la compra recíproca de participaciones no se limita a dos sociedades, sino a tres o más, con lo cual las relaciones y efectos que pueden producirse requieren un análisis detallado, que, por esta razón, desbordaría los límites del presente trabajo.

Uno de los métodos más efectivos y eficaces, para evitar los capitales ficticios, surgidos de la realización de estas prácticas, consiste en la imposición de los balances consolidados (135). Mediante esta técnica se logra que desaparezcan las cifras doblemente contabilizadas en los patrimonios de las sociedades integradas.

---

(133) Vid. “Consolidation des bilans et des comptes”, Ministère de L’Economie et des Finances, Conseil National de la Comptabilité, abril 1967, páginas 71 y s. y bibliografía allí citada; PEPE, “Holdings Gruppi e bilanci consolidati”, Giuffrè, 1968, págs. 101 y s.; FANCELLI, “Le partecipazione sociali reciproche”, págs. 50 y s.; “La riforma delle società di capitali in Italia”, Giuffrè, 1968, V, III, págs. 1239 y s.

(134) En España puede considerarse la tímida limitación del artículo 33 de la LSA, cuando sanciona con nulidad la creación de acciones que no responden a una efectiva aportación patrimonial de la sociedad.

(135) En estos supuestos convendría utilizar el método de integración total, que en sus principales características se describe en el apartado 3.3.

### 3.2.4. *Las Sociedades de Inversión como institucionalización de la participación en el capital de las sociedades.*

La reciente aparición, en el mercado español, de las Sociedades y Fondos de Inversión, ha traído consigo una abundante literatura acerca de este tema (136). La Ley de 26 de diciembre de 1958, viene a recoger por primera vez en el Derecho español estas categorías, que tanto auge y expansión habían llegado a tener más allá de nuestras fronteras. Sin embargo, los estrechos cauces marcados por esta normativa no han sabido recoger la tremenda variedad y extensión de lo que en realidad se engloba dentro de este concepto.

En términos generales, los "trust de inversión" han sido definidos por Marbach como "sociedades que, de acuerdo con el sentido original de la denominación "trust", tienen como fin la distribución fiduciaria de los riesgos de capitales de inversión". En esta amplia definición sería preciso hacer una primera diferenciación entre el modelo europeo de este tipo de sociedades y el modelo americano. Este último está casi por completo indentificado con la finalidad de dominación en las empresas en cuyo capital participa el trust: es la sociedad "holding" o de cartera, que tiende, exclusivamente, a controlar la decisión y la gestión de sus sociedades filiales. El modelo europeo, y más concretamente ya, el español, definido y concebido en la Ley de 26 de diciembre de 1958, se aparta por completo de esta finalidad, que incluso llega a prohibir, y alude nada más a una situación de dispersión de riesgos, a través de las inversiones en el capital de otras empresas. Las Sociedades de Inversión, cuyo capital se halla íntegramente invertido en el capital o patrimonio de otras empresas, llegan a ser, de esta forma, la institucionalización de tal tipo de concentraciones.

Si bien el legislador español pone el acento en la prohibición de control sobre las empresas en cuyo capital participa la Sociedad de Inversión (recuérdese que la participación no puede ser superior al 5 por 100, según dispone el artículo 4.º, c), de la O. M. de 5 de julio de 1964, para los Fondos de Inversión), esta limitación podría llegar a evadirse utilizando los procedimientos expuestos al hablar de las participaciones complejas o indirectas. Además, el control que la Administración pueda llegar a tener a través de las inversiones por medio de sociedades interpuestas (sociedades filiales o grupos de sociedades en las que ya participan) se verá sustancialmente disminuido a medida que se descienda en los niveles de participación.

Las obligaciones impuestas por el legislador no son aplicables, por otra parte, más que a las Sociedades y Fondos de Inversión constituidos con arreglo a la Ley de 26 de diciembre de 1958. En el supuesto de que dichas sociedades no se atengan al esquema fijado por la norma la única consecuencia posible reside en la denegación de las ventajas fiscales que concede dicha Ley. La elusión de las

---

(136) Vid., por todos, PRATS, "Mito y realidad de los fondos de inversión", Deusto, Bilbao, 1971.

medidas dispuestas por la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia sería, por otra parte, factible al utilizar los procedimientos de participación indirecta ya descritos.

### 3.2.5. *Las "One Hand Companies", como medio de dominación en el mercado (137).*

El tema de la presunta validez en el Derecho español de este tipo de sociedades, ha sido uno de los caballos de batalla de la doctrina mercantilista actual. El artículo 220 del Tratado de Roma dispone a este efecto: "La existencia de Sociedades de un solo accionista no puede reputarse contraria al orden público, en el sentido del Derecho internacional privado, si la Ley, conforme a la cual las mismas se han constituido, admite la existencia de este tipo de sociedades". La jurisprudencia comparada e internacional está plagada de resoluciones acerca de este tema. Desde el caso "Salomón v. Salomón & Co.", llamado el "leading case" inglés, hasta el más reciente de la "Barcelona Traction, Light and Power Co.", la realidad de este tipo de sociedades se hace cada vez más patente.

Antes de continuar más adelante, conviene hacer una distinción previa que ayude a la comprensión de esta categoría. La denominación "One Hand Company" es frecuentemente utilizada para aludir a la posesión de la totalidad de las acciones de una sociedad por otra. Esta es la noción más o menos comúnmente aceptada por la doctrina. Pero el supuesto de que quien posea la totalidad de éstas sea una persona "natural" y no jurídica, ha dado lugar a la creación de otra denominación específica, las "One Man Companies", aplicables particularmente a estos supuestos. Como podrá intuirse, existe una mayor cohesión en este último supuesto, ya que la dirección de la sociedad controlada se encontrará en manos de una sola persona, mientras que, por el contrario, en el anterior, la dirección recae sobre una colectividad de personas ("el board of directors" o consejo de administración). La propiedad de la sociedad subsidiaria se encontrará también, en este último caso, repartida entre los accionistas de la matriz, en contraposición al otro supuesto, en que este derecho competirá, tan sólo, a una sola persona.

La existencia de la "One Hand Company" es esencialmente alusiva a la formación de un grupo de empresas (ya que al menos existen dos: la subsidiaria y la matriz). Las "One Man Companies", sin embargo, pueden, o no, ser integrantes de una unidad económica. Lo serán en el supuesto de que el sujeto detentador del 100 por 100 de las acciones, ostente otra u otras titularidades semejantes en otras empresas (138). En otro caso no existirá ningún tipo de "grupo de

---

(137) Cfr. sobre este tema, POLO, "La sociedad anónima con un solo accionista", *RCDI*, 1943, págs. 138 y 55. MOTOS GIRAU, "Fusión de Sociedades Mercantiles", Ed. Derecho Privado, 1953, pág. 103.; BOTER, "Sociedades unipersonales", *Rev. D. Privado*, 1942, págs. 31 y 55.

(138) Tal es el caso de los famosos patrimonios familiares Rockefeller, Krupp, Morgan, etc...

sociedades". La detección, en este supuesto, del grupo será evidentemente más dificultosa que en otros casos, por la falta de publicidad que tales "One Man Companies" ofrecen acerca de su propietario.

La pertenencia de todo el capital a un solo accionista entraña, para algunas legislaciones, como la francesa o la belga, la disolución de la sociedad. El Derecho español parece, sin embargo, admitir la subsistencia de la personalidad jurídica independiente, a pesar de que la titularidad de todo el capital se halle en manos de un solo socio (139). Pero si parece fácil, a primera vista, el descubrimiento (o "levantamiento del velo", como suele llamarse) de esta única titularidad, no lo es tanto si ésta no se presenta así inmediatamente. En el supuesto de que un grupo de sociedades (ligadas todas por unos u otros vínculos, pero con una misma dirección) invierta por separado en una sociedad, hasta llegar a distribuir la totalidad de su capital entre las empresas integrantes del grupo, se habrá logrado una verdadera "One Hand Company", aunque jurídicamente su capital aparezca repartido entre varias sociedades diferentes. La obligación fiscal de presentar balances consolidados (art. 22 T. R. 23 de diciembre de 1967) no sería exigible, por cuanto que dicha sociedad no aparece únicamente dominada por otra, sino por varias, prescindiendo de que éstas a su vez respondan a una misma directriz o se encuentren dominadas por una "holding". Las limitaciones impuestas por la Ley de Prácticas Restrictivas serían, de igual modo, difícilmente aplicables, por la misma dificultad que entraña el descubrimiento de estas relaciones (140). Si, para colmo, la compañía "holding" se constituye en el extranjero, junto con alguna de las sociedades en que participa, podría lograrse un verdadero fraude efectivo, por la escasa información con que contaría la Administración española para determinar la real influencia de la "holding". Las limitaciones impuestas por las leyes sobre inversiones de capital extranjero podrían evitarse mediante una combinación de las inversiones realizadas por las sociedades extranjeras y las nacionales, también pertenecientes al grupo. De esta forma las sociedades extranjeras podrían invertir hasta el porcentaje permitido, completándose el resto del capital mediante inversiones de las sociedades españolas pertenecientes al grupo que, aunque con parte de su capital en manos de la "holding" extranjera, no están sometidas a las limitaciones impuestas al capital extranjero, porque su personalidad jurídica se halla constituida conforme a las leyes españolas, no siendo considerada, por tanto, como sujeto extranjero (141).

---

(139) Vid. TRÍAS DE BES, "¿Procede la disolución de la sociedad anónima cuyas acciones llegan a concentrarse en manos de un solo accionista, siendo éste, a su vez, una compañía anónima?", *Notaría*, 1944, págs. 129-128.

(140) Recuérdese aquí las consideraciones hechas acerca de este problema en el apartado 2.5.

(141) Este procedimiento ha sido, sin embargo, sancionado por el proyecto de Ley aprobatoria del III Plan de Desarrollo (art. 53).

### 3.3. *Recapitulación acerca de las relaciones reales de dominación y control.*

Habiendo ya expuesto las principales relaciones entre diversas sociedades, conforme al sumario propuesto en este último epígrafe no se intentarán recoger más que algunos de los principales problemas que su estructura plantea. En realidad, tales problemas no lo son más que para la Administración, la cual ve entorpecidas sus funciones fiscalizadora y de control a raíz de la complejidad de estas estructuras. Y al revés, para quienes dominan y dirigen tales grupos, la dificultad no opera más que como escudo protector ante la posible actuación administrativa. Lógico será, pues, que para atravesar y comprender la acción, a veces fraudulenta, de estos grupos, sea preciso comprender y analizar los métodos por ellos utilizados. Con tal fin se exponen aquí las ideas de este epígrafe.

Como elementos necesarios para esta exposición será preciso aludir a ciertas categorías poco estudiadas por los juristas, pero muy conocidas por economistas y contables. Ellas son, en suma, el sustrato que subyace, dándole razón y fin, bajo el Derecho mismo. Esta "desjuridificación" del Derecho servirá para aludir a lo concreto, a lo real, prescindiendo de cualquier estructura formal y dogmatismos abstractos y efímeros.

Los elementos de análisis que ofrecemos son, en esquema, los siguientes:

a) *Unidad económica.* Esta categoría expresa, de forma global, la totalidad de sociedades dominadas o controladas por una misma matriz, en base a relaciones de participación en el capital de aquellas entidades. Se trata, por tanto, de un concepto referible a las sociedades como entidades operantes en el mercado y sometidas a una dirección unitaria. Como puede verse, es un concepto puramente formal.

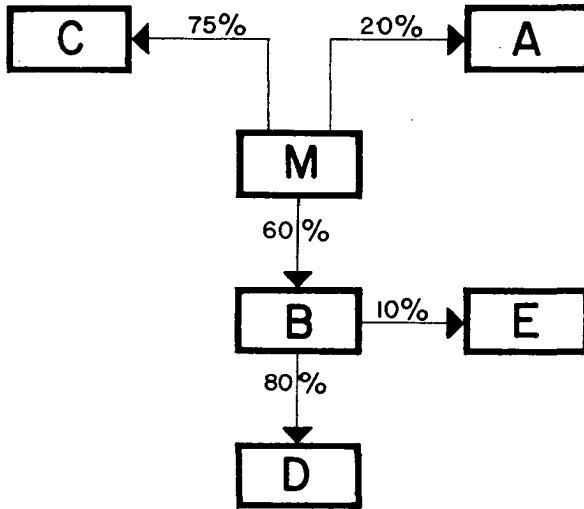
b) *Conjunto.* Al contrario que la noción anterior, el conjunto se refiere al patrimonio controlado por la matriz a través de su participación en las filiales. Aquí no interesa tanto la existencia formal de varias sociedades, como personas jurídicas independientes, sino que se tiende más a expresar, en términos cuantitativos, la totalidad del patrimonio dirigido por la matriz, prescindiendo de que éste se encuentra directamente dependiente de ella misma o a través de participaciones indirectas.

c) *Grupo.* Al igual que para el conjunto, se prescinde del hecho de que la "unidad" esté integrada por diversas personas jurídicas y se atiende, en cambio, al patrimonio subyacente o poseído entre todas ellas. Pero, a diferencia del conjunto, tan sólo comprende el patrimonio *efectivamente* poseído por la matriz (incluido el suyo propio) a través de acciones y participaciones, descartando, por tanto, el patrimonio en posesión de terceros. Sólo en el caso de que la cuantía de participación se elevase al 100 por 100 se confundirían el grupo y el conjunto. Sin embargo, lo normal es que el paquete accionarial oscile

entre diversos porcentajes. Por ello, lo que esta categoría encierra en sí es el *patrimonio poseído*, mientras que el conjunto alude al *patrimonio controlado*.

Conviene aclarar que, como no toda participación implica el control, en base a la LPRC —art. 21—, que establece la presunción de control para las participaciones superiores al 25 por 100, es necesario introducir las debidas correcciones en los conceptos arriba descritos. Así, la “unidad económica”, al ser un concepto formal tan sólo aplicable a las sociedades efectivamente dominadas, deberá excluir de su contexto cualquier sociedad con participación inferior al 25 por 100. El “conjunto”, en cambio, al referirse al patrimonio controlado, no podrá excluir el patrimonio del que es poseedor directo, sea cual fuere el porcentaje, aunque sí excluirá el que obre en poder de terceros en aquellas sociedades en las que no posea tal control mínimo. Por último, “el grupo” no parece que deba modificarse en modo alguno, ya que tan sólo es comprensivo del patrimonio poseído, no del controlado, el cual no depende para nada del control societario.

Un ejemplo aclarará suficientemente todas estas categorías. Supongamos una estructura tal como la que a continuación se expone:



— La “unidad” sería, conforme a lo expuesto, la suma de las sociedades controladas incluida la matriz:

$$U = M + B + D + C$$

— El “conjunto” se constituiría por el patrimonio controlado, esto es:

$$C = M + \frac{20A}{100} + C + B + D + \frac{\left(\frac{10E}{100}\right) 60}{100},$$



siendo M, A, C, B, D y E los patrimonios de las respectivas sociedades.

— El “grupo” se formaría por el patrimonio en posesión de la matriz, esto es:

$$G = M + \frac{20A}{100} + \frac{60B}{100} + \frac{75C}{100} + \frac{\left(\frac{80D}{100} + \frac{10E}{100}\right) 60}{100};$$

los intereses del grupo en poder de terceros serían, por tanto,

$$T = \frac{80A}{100} + \frac{40B}{100} + \frac{25C}{100} + \frac{\left(\frac{20D}{100} + \frac{90E}{100}\right) 40}{100}$$

Si de la descripción categorial pasamos a la estructural, empezando por la “unidad económica”, la cabeza puede estar compuesta por una “holding” pura o por una mixta. La llamada “holding” pura no incluye en su patrimonio más que las acciones de todas las sociedades que controla. En consecuencia, sus propias acciones no tendrán más sustento financiero que el valor de las acciones de las filiales. En el ejemplo anterior, suponiendo que M fuera una “holding” de esta clase, el patrimonio poseído por la unidad (grupo) como expusimos, sería,

$$G = M + \frac{20A}{100} + \frac{60B}{100} + \frac{75C}{100} + \frac{\left(\frac{80D}{100} + \frac{10E}{100}\right) 60}{100}$$

pero como M no tiene más valor que

$$M = \frac{20A}{100} + \frac{60B}{100} + \frac{75C}{100} + \frac{\left(\frac{20D}{100} + \frac{10E}{100}\right) 60}{100}$$

resulta una doble contabilización de una misma realidad, que sólo podrá corregirse mediante la imposición de *balances consolidados*. Gracias a esta técnica se evita aquella doble contabilización producida al considerar la “holding” como patrimonio independiente. Consiste en reducir la extensión de la unidad económica, suprimiendo el patrimonio ficticio de la “holding”, que, de esta forma, vendría a ser la unidad económica misma. La contabilidad de la “holding” sustituye a la de todas las filiales integrantes de la unidad.

A este respecto es necesario constatar cómo una de las medidas más positivas en este sentido fue incomprensiblemente abortada. Se

trata del dictamen del Instituto de censores jurídicos de cuentas de España al anteproyecto de la LSA, el cual proponía, entre otras medidas:

“Art.... Cuando exista unidad económica entre empresas jurídicamente independientes, la sociedad dominante deberá presentar su balance consolidado.

Art.... Se entenderá que existe unidad económica cuando la dominante posea directa o indirectamente:

1. Más del 75 por 100 de las acciones de la empresa dominada o/y
2. Más del 70 por 100 de los votos de la empresa subordinada o/y
3. Derecho para nombrar al menos el 75 por 100 del número de administradores de la otra empresa.

Art.... Si los porcentajes del artículo anterior no llegaran al 75 por 100, pero sí al 50 por 100, la consolidación del balance será facultativo para la Empresa dominante y no preceptiva, como en el caso anterior; pero de no afectarse la consolidación con el balance de la sociedad dominante, se publicarán todos los balances de las empresas subordinadas.

Art.... Las sociedades filiales o hijas no podrán ser directa o indirectamente propietarias de las acciones de la sociedad madre.”

Desgraciadamente, estos preceptos no pasaron a formar parte del texto definitivo de la LSA y actualmente tan sólo existe la obligación impuesta por el artículo 22 del T. R. del Impuesto sobre el beneficio de las Sociedades y demás entidades jurídicas, que dice textualmente:

“Cuando una sociedad, mediante la posesión de acciones o participaciones ejerciera el control sobre otras entidades, la base imponible y los demás elementos determinantes del impuesto podrán cifrarse mediante las consolidación o integración de los respectivos balances y cuentas de resultados, considerando como unidad económica a la entidad que ejerza el control y a las que estén sometidas al mismo.

En caso de absorción o incorporación total o parcial de la entidad o entidades controladas, podrá integrarse en la base imponible de la sociedad controladora, en la proporción que corresponda, la diferencia en más que, en su caso, exista entre el importe en que figuren valoradas en su activo las acciones o participaciones de la controlada y el valor desembolsado de las mismas más la parte proporcional de las reservas que tenga constituidas la entidad emisora.

La aplicación de lo dispuesto en este artículo se realizará en virtud de acuerdo del ministro de Hacienda, previo informe del Jurado Central Tributario.”

Varias dudas e interrogantes surgen en torno a la ambigua y amplia redacción de este artículo. En primer término, la expresión “podrán” parece otorgar un contenido facultativo a esta disposición. Sin embargo, ¿para quién es facultativo?, ¿para la Administración o para el contribuyente? En segundo término no se establece un porcentaje

mínimo para la determinación de la relación de dominación. Debe estimarse, por tanto, que esta determinación es considerada por el legislador como una "cuestión de hecho" y que compete al Jurado Tributario su conocimiento y determinación en cada caso. Tampoco se hace referencia alguna al método a seguir para realizar la consolidación, e incluso se confunde ésta, como concepto general, con una de sus modalidades, como es la "integración". Por último, al reconocer en el caso de absorción o fusión la existencia de diferencias en la valoración de los activos de la absorbente y la absorbida, se reconoce implícitamente la duplicidad de activos a que más adelante se hará referencia, y que constituye un evidente fraude a los acreedores.

No consideramos, en consecuencia, esta disposición como un verdadero y auténtico remedio para la represión de las posibles actividades fraudulentas a que den lugar las unidades económicas.

La aludida técnica de la consolidación de balances aparece, entonces, como una de las medidas más acertadas, tendente a evitar este tipo de supervaloraciones. Resumidamente pueden exponerse los diversos métodos para llevarla a cabo de acuerdo con tres criterios:

- a) Equivalencia.
- b) Integración global.
- c) Integración proporcional.

De acuerdo con el primero de ellos, en las cuentas de la sociedad matriz se hace figurar el valor equivalente, en proporción con los títulos poseídos del patrimonio de la subsidiaria. Este es el procedimiento generalmente utilizado para las "simples participaciones" no constitutivas de dominación. Según el segundo sistema, se computa el patrimonio global de las sociedades dominadas (lo que da el valor integral del conjunto). Deduciéndose posteriormente la parte correspondiente a los intereses "fuera del grupo" (lo que da el valor neto del grupo). En el tercer y último sistema, se computa únicamente el valor proporcional a la participación de la matriz en el patrimonio de la dominada (lo que da directamente el valor neto del grupo).

Pues bien, como podrá fácilmente imaginarse, al carecer el Derecho español de una específica y efectiva obligación de realizar la consolidación de balances, los diversos valores que se tomen para la confección del activo de la matriz podrían fluctuar constantemente, dando lugar a transmisiones camufladas de beneficios, de las filiales a la matriz y viceversa. El activo de la "holding" pura supondrá, en el supuesto de que no se tome el valor de consolidación de los títulos poseídos, una supervaloración del activo "watered-stock"). En el supuesto de que la "cabeza de la unidad" sea una "holding" mixta (esto es, cuyo patrimonio tiene elementos reales distintos de los títulos de sus filiales), el efecto anteriormente descrito seguirá produciéndose respecto de la porción patrimonial integrada por acciones de las subsidiarias, aunque siempre en menor medida.

### 3.4. *Compra de empresa o negocio.*

Parece evidente que una de las modalidades más claras de concentración industrial debería serlo —aunque sólo fuera por su repetición doctrinal— la compraventa ordinaria de una empresa por otra, con el fin de conseguir una más adecuada dimensión económica y eliminar, a la vez, un competidor en el mercado. Sin embargo, tal aseveración no es más que aparente. Primero, porque, como expusimos anteriormente, es reiterativa la consideración, por parte de los juristas más conservadores, de que la empresa “in se” no existe en nuestro Derecho positivo, y, en consecuencia, carece de una efectiva revelancia jurídica, no pudiendo ser, entonces, objeto típico y unitario del tráfico jurídico mercantil. Segundo, porque la empresa económicamente considerable, tiene que adoptar forma societaria, casi siempre anónima, con lo que su adquisición o venta se realizará normalmente a través de las acciones y no de la empresa misma, ya que lo que se pretende en semejante caso es el dominio accionarial que conlleva el de la empresa. Y tercero, porque la vida económica industrial obliga a actuaciones solapadas y estratégicas paralelas e incluidas en acciones anónimas.

Con todo, ni nuestro Derecho positivo actual ni sus antecedentes, ni la propia jurisprudencia (142), han dejado nunca de considerar la compraventa de una empresa como tal. En este sentido, ya un proyecto de modificación del Código de Comercio, en 1926, trataba de la “compraventa de establecimiento mercantil o casa comercial”, incluyendo en la misma el título del establecimiento, nombre comercial, razón social, marcas de comercio y fábrica, patentes de invención e introducción, propiedad intelectual, derechos mercantiles e industriales reconocidos en leyes especiales, derechos y propiedades civiles, mercaderías, mobiliario, material, útiles de comercio e industria, créditos y clientela.

En la actualidad, dos son los preceptos que, al menos expresamente, recogen la compraventa de empresa. De un lado, el artículo 155 de la LSA y, de otro, el artículo 41 de la LAU, que, en este punto, no hace sino recoger precedentes anteriores. Conforme al primero, “una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o absorción o *cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo*”. Como afirma Uría (143), “el supuesto normal será la venta del negocio o empresa, que... no puede confundirse con la fusión de sociedades” (144). En efecto, aunque tal venta

---

(142) Vid., *supra*, las sentencias citadas al hablar del arrendamiento de empresa y la empresa como objeto de tráfico jurídico.

(143) Cfr. GARRIGUES-URÍA, “Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas”, Tomo II, IEP, Madrid, 1953, pág. 733.

(144) En este sentido, es interesante la Resolución del TEAC, de 9 de diciembre de 1955, que afirma que “... en la fusión por absorción, lo que se realiza real y verdaderamente es un contrato de aportación total”, tanto del activo como del pasivo, por parte de la sociedad absorbida a la absorbente, y dicho contrato no puede en manera alguna identificarse con el de “compraventa”, porque el de aportación no es un verdadero contrato, sino un “acto

de empresa carece después de articulación y desarrollo positivo, es evidente que nos encontramos ya ante casi un reconocimiento de la que la doctrina denomina "compra de capa" (145) y, como ha declarado la Sentencia de 2 de octubre de 1942, la cesión global del activo y el pasivo —patrimonio— no constituye una verdadera fusión, sino, como afirma Bérnago al comentarla (146), un mero acto de desplazamiento dominical de bienes por precio pagado en acciones.

El segundo precepto citado —art. 41 de la LAU— insiste en el reconocimiento positivo de la compraventa de empresa, al hablar, en su primer apartado, de la venta global del negocio mismo. Así lo ha interpretado, por lo demás, entre otras, la Sentencia de 11 de febrero de 1963 (147), al decir que tal artículo 41 admite dos supuestos o figuras jurídicamente distintas, cuales son: de una parte, el traspaso de local de negocio aislado, y, por otra, el traspaso de negocio con mercaderías ubicadas en su interior; la primera se halla autorizada en dicho precepto en relación con el artículo 35 y se corresponde con el tanteo y retracto en cuanto afecta al local de negocio; en el propio precepto aparece otro derecho que llámese como se quiera y que bien se le denomine opción de compra por venta de bienes muebles del arrendatario, ya sea una forma "sui generis" de accesoriadad en el tanteo o bien una extensión del tanteo del local de negocio a las mercaderías contenidas en éste, es lo cierto que al fin y al cabo *constituye un derecho cedido por la Ley para que el arrendador, en virtud de una opción legal, pueda rescatar el local arrendado juntamente con todos aquellos enseres, maquinaria, mercaderías, que en conjunto componen el complejo industrial o comercial traspasado...*. Es curioso cómo el legislador quizá sin haberlo previsto, ha abierto las puertas a un nuevo procedimiento de transmisión de empresa (con todas las implicaciones referentes a la concentración de Sociedades), que la misma jurisprudencia ha vacilado en definir.

Por otra parte, ya una Sentencia de 12 de diciembre de 1881 (148) declaraba que "la cesión o traspaso de un establecimiento de comercio con todos sus géneros debe ser considerado como compraventa mercantil".

Admitida su existencia, la compraventa de empresa mercantil exigirá un contrato plúrimo, de acuerdo con los distintos elementos que

---

jurídico complejo", ya que en él no hay intereses distintos y opuestos de las partes, ni posición enfrentada de éstas, ni contraprestación o trueque de valores, y no es en sí un fin, sino un "medio en procura de fines comunes", para lograr los cuales los aportantes pierden la propiedad y el dominio de sus aportaciones adquiriendo simultáneamente un derecho al patrimonio en que éstas se han integrado, representado por sus títulos de socios, que es lo único que reciben".

(145) Vid. MOTOS, op. cit., págs. 90 y ss.

(146) Cfr. BÉRGAMO, "Sociedades Anónimas (Las Acciones)", Madrid, 1970, Tomo III, pág. 263.

(147) Citada por SANTOS PASTOR, "Propietarios, Colonos e Inquilinos", edición Aranzadi, 1966.

(148) Cit. por GARRIGUES, "Tratado de Derecho Mercantil", Madrid, Tomo III, pág. 444.

la componen y las reglas aplicables a cada uno de ellos—clientela, patentes, propiedad industrial, establecimiento, no concurrencia, transmisión de derechos y expectativas, responsabilidad por deudas (novación subjetiva o asunción de deudas) (149). En el mismo sentido, para terminar resumiendo el tema, nuestra jurisprudencia ha establecido que la venta de todo el haber social de una sociedad implica la universalidad de los bienes (150), lo que no sólo se refiere a la materialidad de almacenes y enseres, sino también a las utilidades y provechos que en su crédito y clientela habían venido proporcionándole (151), teniendo en cuenta las obligaciones auxiliares inherentes (152), que hacen valer el derecho transmitido y los elementos precisos para asegurar su autenticidad y publicidad—inscripciones, listas de clientes, circulares, ...— (153); teniendo en cuenta, por fin, que la venta de un negocio es algo amplio que tiene un sentido de totalidad, que afecta íntegramente a la explotación de una empresa (154).

### 3.5. *Usufructo de empresa.*

La constitución de derechos reales de integración sobre las unidades económicas empresariales se ve difuminada a la hora de intentar su proyección sobre las sociedades anónimas (155). En ellas hay que distinguir la sociedad sujeto, la empresa o patrimonio universal objeto y, por fin, los accionistas titulares de la primera. Con ello, al confundirse “de facto” la propiedad de los títulos con la de sus elementos materiales (patrimonio), se produce una doble situación que aconseja alejarse de toda consideración unitaria y, por tanto, simplista o irreal (156). De otro lado, como ya hemos repetido, el mayor interés de centrar el estudio en las sociedades anónimas, dado, precisamente, por la imperatividad impuesta por la Ley 84/1968 a las sociedades cuyo capital sobrepase los cincuenta millones de pesetas, de adoptar esta forma jurídica. Esta es la razón fundamental por la que se enfocará el problema del usufructo desde este tipo de socieda-

---

(149) Cfr., sobre el tema, BÉRGAMO, op. cit. Tomo I, págs. 470 y ss. y bibliografía allí citada; RIERA, “Giro y Tráfico de Empresa, NES; CALVO ALFAGEME, “La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos”, AAMN, 1945; BROSETA, op. cit.; VALLE FUENTES, “Sobre la llamada venta de la clientela”, RDP, 1942, págs. 464 y ss.; VICENT CHULIÁ, op. cit.; GIRÓN, “Competencia ilícita y derecho de la empresa”, RDP, 1944; GARRIGUES, “Curso...”, opúsculo cit. Tomo II, págs. 93 y ss.; del mismo, “Tratado”, op. cit.

(150) Cfr. Sentencia de 17 de marzo de 1880, que tiene su precedente en la Ley 34, Tít. V, Partida 5.<sup>a</sup>, citada por GARRIGUES, op. cit., pág. 445.

(151) Cfr. STS. de 8 de marzo de 1913.

(152) Cfr. STS. de 23 de octubre de 1934, entre otras muchas.

(153) Cfr. STS. de 23 de octubre de 1934.

(154) Cfr. SsTS. de 4 de abril de 1941 y 8 de mayo de 1949, entre otras.

(155) Vid *supra*, págs. 42 y ss.

(156) En las sociedades personalistas, en cambio, los derechos reales se refieren directamente a la “unidad económica” y no a un mero título. De esta forma, en estas sociedades se bifurca claramente el dominio directo del dominio útil.

des dejando conscientementt olvidadas las formas personalistas e incluso las sociedades de responsabilidad limitada.

En las sociedades anónimas no será pensable, así, un derecho de usufructo sobre la totalidad de la "unidad económica" sin precisar, previamente, sobre cuál de sus dos dimensiones recae: la patrimonial o la accionarial. Subjetivismo y objetivismo de una misma realidad que, sin dudar, engloban finalidades diferentes.

El usufructo accionarial está concebido, con ciertas distorsiones sobre el Derecho común (157), por el artículo 41 de la LSA, que expresa en su primer párrafo: "En el caso de usufructo de las acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, *salvo disposición contraria de los estatutos*, al nudo propietario de las acciones (158). Conforme a este precepto, el usufructo de acciones tiene diferentes dimensiones según su objeto. En efecto, puede tratarse distintamente de usufructuar acciones, en la cantidad que se quiera, con la única finalidad de percepción de una renta o dividendo, o puede, también, pretenderse la mayoría accionarial con derecho de voto—lo que, si los estatutos lo permiten, es ya un claro supuesto de concentración económica—, y, por fin, si se usufructúa la totalidad de las acciones, con todos los derechos que conllevan, en realidad, lo que se usufructúa es el patrimonio universal y organizado, esto es, la empresa misma. Con ello, como se ve, cuando el derecho de usufructo se hace recaer sobre la totalidad de cualquiera de las dimensiones societarias, se abre la compuerta a las demás y, a la vez, cualquier limitación sobre una de ellas lo es, reflejamente, sobre las restantes. Así, en el caso de que se usufructúe todo el patrimonio, los accionistas habrían dejado de tener el derecho de goce sobre éste. Los beneficios, como frutos de capital, pasarán a ser percibidos por los usufructuarios del patrimonio, con arreglo al contenido general de este derecho. De esta forma, las consecuencias serían prácticamente idénticas que si el usufructo se hubiese constituido sobre la totalidad de las acciones.

La posición de socio supone un derecho de propiedad indiviso sobre el patrimonio, a pesar de que "nominalmente" no suponga más que una parte alícuota del capital, que no es más que una mera cifra contable y opera como límite de retención, en el momento de repartir beneficios. Al vaciar este patrimonio con un derecho de usufructo, el accionista no tendrá sobre éste más que la titularidad de la "nuda propiedad". Consiguientemente, la suma de todos los elementos supone "algo más" que un conjunto heterogéneo de cosas aisladas, puesto

---

(157) Cfr. BÉRGAMO, "Sociedades Anónimas", op. cit.

(158) El usufructo de acciones tiene apoyo, también, en el Código civil, cuyo artículo 475 contiene el usufructo constituido sobre el derecho a percibir una renta o pensión periódica. Ello, no obstante, los que aquí interesan son los demás derechos, como el de voto.

que se identifica con la “unidad económica” total. El conjunto de todas las acciones en que se divide el capital de la sociedad ostenta la titularidad de la “unidad económica”, o por así decirlo, *se identifica con ella misma*, como sujeto a quien pertenece su titularidad. Se trata de uno de los muchos casos que ofrece la vida real en la que se opera un salto de lo “cuantitativo” a lo cualitativo”. Cada uno de los elementos que integran la “unidad económica”, podrá ser usufructuado o enajenado, sin que, por ello, tenga lugar un usufructo o enajenación de las acciones. Sin embargo, cuando se dispone de “todos los elementos”, se está disponiendo de la “unidad económica”. Como quiera que su titularidad pertenece a la totalidad de las acciones, se estaría disponiendo de ellas al privarlas de su contenido. Lo mismo sucedería en el supuesto de que todas las acciones se enajenaran o usufructuaran. En este caso se estaría disponiendo indirectamente de todos los elementos que integran la unidad económica.

En realidad, como venimos afirmando, son dos los elementos que juegan en este supuesto: las acciones y el patrimonio. Con todo, ni es, ni puede ser, lo mismo la posesión de la totalidad que la posesión de una parte. En este supuesto, no operaría la reflexión inmediata entre ambos elementos y podría disponerse por separado de cada uno de ellos. Recuérdese a este efecto que la titularidad de la acción no otorga un derecho de propiedad sobre determinados elementos de la sociedad, sino sobre todos ellos indivisiblemente. Sin embargo, la totalidad de las acciones sí que puede corresponderse con la totalidad del patrimonio (159). Esta sería, en última instancia, la razón de que en el primero de los casos se opere una proyección sobre el otro término de la relación (160), mientras que en el segundo supuesto podría disponerse con independencia de los elementos o de las acciones de la sociedad.

Centrándonos ya en el usufructo patrimonial societario, su realización parcial no permite acudir a las formas anteriores—art. 41 de la LSA y 475 del C. c.—. El derecho de dominio que se contiene en la acción se proyecta sobre la totalidad del patrimonio de la sociedad y no sobre partes o elementos específicos de ésta.

En este caso será preciso acudir a las categorías más generales de este derecho real reguladas en el Código civil. Pues bien, esta segunda forma, la menos estudiada por la doctrina, merece algunas consideraciones. El artículo 467 del C. c. expresa a este respecto: “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”. Para constituir un Derecho real de este tipo sobre cualquier elemento perteneciente a la “unidad económica” será preciso el acuerdo de la Junta General, siempre que ello suponga la modificación de los Estatutos (art. 58 LSA). En caso

---

(159) Y, “de iure”, así es, conforme a los artículos 1, 33, etc., de la LSA.

(160) Entendemos por términos de la relación, por una parte, los elementos integrantes del patrimonio y, por otra, las acciones que suponen su titularidad.



contrario, bastaría con el acuerdo del Consejo de Administración para realizar la constitución de tal usufructo. El derecho de usufructo, así, puede ser proyectado sobre los elementos más diversos de una "unidad económica" (locales, establecimientos, patentes de invención, fábricas, etc.). Al llevarse éste a cabo, existirá un verdadero "puente de unión" entre dos unidades económicas (la usufructuada y la titular de la nuda propiedad), polarizado en el elemento sobre el cual se constituye el derecho de usufructo. Este elemento se encontrará dependiendo de dos "unidades económicas" diferentes, si bien por un título diverso respecto de cada una (dominio directo, dominio útil).

De todos estos elementos, susceptibles de usufructo, merecen destacarse por su más imperfecta construcción, todos aquellos representativos de bienes "inmateriales".

El usufructo sobre el derecho de patente (161), por ejemplo, ha sido reiteradamente presentado por la doctrina bajo la figura de la "cesión de derecho", si bien podría perfectamente presentarse bajo la forma de usufructo sin producir distorsión alguna en su contenido. Es cierto que muchos de los supuestos de la vida real se presentan como "cesión del derecho de patente", pero no por ello debe descartarse la posibilidad de constituir un derecho de usufructo sobre aquel derecho (162). Esta última fórmula gozará de indudables ventajas sobre la primera. Con ella se lograría una mayor elasticidad en la transmisión de la exclusividad del empleo y utilización de la patente, y no sería preciso el cambio de inscripción en el Registro Industrial, puesto que la titularidad pertenecería, invariablemente, a quien tuviera la nuda propiedad. El usufructuario tendría, no obstante, la protección del Registro, por el contrato con el titular de la patente. Este supuesto, respecto de la patente de invención, no debe confundirse con la "cesión de licencia de explotación" —arts. 83 y ss. del Estatuto de Propiedad Industrial—. En este caso, la concesión de la explotación —esto es, su uso y disfrute— sobre determinada patente debe realizarse a través del procedimiento registral previsto en la Ley. Para evitar, precisamente, esta publicidad y excesivo formalismo es por lo que puede resultar conveniente la realización del "usufructo puro", tal como se ha descrito anteriormente.

Respecto al usufructo de los demás elementos que integran la "unidad económica", poco o nada cabe añadir a lo ya expuesto por la doctrina. Únicamente recalcar de nuevo que el realizado sobre alguno o algunos de los elementos patrimoniales, de por sí, no supone merma en los derechos de los socios. Se trata, en suma, de un problema de buena administración que, como tal, compete al "gestor societatis". Con todo, conviene repetir que cuando el derecho de usu-

---

(161) Entendiendo por patente la definición dada por el artículo 45 del D-L de 26 de julio de 1929 con las modificaciones introducidas por la R. O. de 30 de abril de 1930.

(162) Cfr. DE CASTRO, "Derecho Civil Español", Tomo II ("derechos sobre derechos").

fructo recae sobre la totalidad de cualesquiera de las dimensiones societarias, las limitaciones a una de ellas conllevan limitaciones a las restantes.

Las verdaderas relaciones de concentración, que se obtienen cuando "la unidad económica" se integra por dos o más sociedades o personas jurídicas, se producen, en el supuesto del usufructo, cuando éste es total, es decir, en el caso de usufructo de sociedad que, como ya expusimos, sólo podrá constituirse sobre el total accional o sobre el patrimonial. Con la constitución de esta relación entre dos "unidades económicas" (usufructo de una sociedad perteneciente a una "unidad económica" por otra "unidad económica") la sociedad en cuestión sería gestionada por el usufructuario ("unidad económica" o "grupo financiero"), mientras que su titularidad (la nuda propiedad) seguiría en manos de la "unidad económica" a la que pertenece.

Las relaciones de este tipo podrían complicarse mucho más en el supuesto de intervenir más de dos "unidades económicas" (cada una con varias sociedades), y de constituirse una relación de usufructo entre las sociedades pertenecientes a los diversos grupos. La unidad que otorgaría este tipo de relaciones, gozaría de indudables ventajas sobre las demás formas existentes (por ejemplo, adquisición de participaciones). A título de ejemplo podría pensarse en dos sectores fundamentales de normas que imponen limitaciones a las relaciones de este tipo: las disposiciones sobre inversiones extranjeras y las normas del Derecho fiscal. Las disposiciones relativas a las inversiones de capital extranjero (fundamentalmente el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 y disposiciones concordantes posteriores) hacen referencia exclusiva, como objeto de sus disposiciones, a la "adquisición de participaciones en el capital", y no al usufructo de estas participaciones. Por lo tanto, las limitaciones que dichas normas impongan no serían aplicables a este último supuesto en la mayoría de los casos. Y, por lo que respecta a las disposiciones fiscales cabe decir otro tanto. La diferencia existente en los tipos impositivos y, fundamentalmente, en las bases, motivará en la mayoría de los supuestos, la preferencia de este tipo de transmisión, sobre la simple enajenación. La adquisición de participaciones, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, tributaría al 2 por 100 sobre el valor de las mismas (en caso de no estar intervenidas por agente o corredor de comercio). La constitución de un usufructo sobre dichas acciones tributaría exclusivamente al 4 por 100 sobre el 10 por 100 de dicho valor, si se trata de un período de tiempo no superior a cinco años, y, en caso contrario, sobre el 10 por 100 más por cada período de cinco años. Sin embargo, en el Impuesto de Rentas del Capital, el resultado no variaría, puesto que el pago del impuesto deberá hacerse por el usufructuario en quien recae la condición de perceptor de las rentas (art. 11 del T. R. de 13 de diciembre de 1967).

Pero las ventajas fiscales que mayor ahorro supondrían, se encuentran precisamente en la simplificación que supone este procedimiento para llevar a cabo una unión o concentración de socieda-

des. En contraposición, el proceso más costoso fiscalmente para llevar a cabo una concentración se encuentra radicado en la fusión o absorción de empresas. Por esta razón, el legislador, para permitir su realización, ha consentido la exención impositiva que, de otra forma, haría impracticable la concentración (163). La venta-fusión constituiría un procedimiento de concentración más “barato” que el anterior, si bien aún habrían de hacerse numerosos desembolsos causados por la disolución de la sociedad absorbida, la compra del patrimonio, etc. Aun así, la constitución de un derecho de usufructo sobre la totalidad de las acciones o del patrimonio, gozaría todavía de la ventaja de no tributar más que una sola vez, y por este solo hecho. Además, como ya dijimos, el poder de voto y los demás derechos del accionista podrán pasar a manos de la sociedad usufructuaria—art. 41 LSA—, que de tal forma tendrá, a estos efectos, los mismos beneficios que si hubiese adquirido los títulos por compra-venta o por cualquier otro modo de adquirir el dominio.

### 3.5. Prenda de empresa (164).

Las posibilidades de concentración que ofrece este Derecho real son muy semejantes a las ya expuestas con referencia al derecho de usufructo. En efecto, el artículo 42 de la LSA, al expresar que “en el caso de prenda de acciones, corresponderá al propietario de éstas, *salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los derechos de accionista*”, ofrece tan claro paralelismo con el supuesto anterior que a su problemática inicial nos referimos (165). Habrá que diferenciar, por tanto, la prenda de acciones de la constituida sobre los elementos integrantes del patrimonio de la sociedad.

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

(163) Vid. págs. 7 y ss.

(164) Conscientemente hablamos aquí de “unidades económicas” y no de empresas. Con ello aceptamos las múltiples dificultades con que se encuentra la constitución de una prenda sobre la empresa—cfr. GARRIGUES, “Curso”, Tomo I, págs. 176 y ss.—, salvadas por algunos Derechos expresamente—por ejemplo, la Ley francesa de 17 de marzo de 1909—, pero afirmamos su posibilidad indirecta—sobre totalidades titulares o sobre las objetivas— y combinada—prenda, hipoteca mobiliaria, prenda anticrética—.

(165) Habrá que tener en cuenta, no obstante, los artículos 1.893 y siguientes del C. c. y 320 y ss. y 918 del C. de c.

La dificultad que ofrece la constitución de un derecho de prenda, sobre la totalidad de los elementos del patrimonio, no puede ser salvada dentro de la misma categoría anterior. No puede imaginarse el caso de un patrimonio integrado exclusivamente por bienes inmuebles. Ni siquiera, y en el caso de ser esto posible, podría compaginarse el funcionamiento de la empresa, con el desplazamiento que supone generalmente la prenda. Podría, sin embargo, eludirse este grave inconveniente con la combinación de la hipoteca clásica y de la "hipoteca mobiliaria", creada precisamente con este fin (166).

Creemos preferible, a pesar de apuntarse estas soluciones, resolver la cuestión a través de un Derecho real unitario. La "prenda anticrética" parece ser la institución que mejor podría aplicarse a este supuesto, con la ventaja de permitir una configuración muy amplia, al no encontrarse expresamente regulada por el derecho positivo. Lo que se ofrecería en prenda serían precisamente los frutos—beneficios—que el patrimonio o las acciones produjesen. El acreedor pignoraticio anticrético quedaría prácticamente subrogado en la gestión de la empresa—en el caso, naturalmente, de constituirse sobre las acciones y "extensio legis" permitirlo así los estatutos—, o en la percepción de los beneficios—en el supuesto de constituirse tan sólo sobre el patrimonio—.

Las disposiciones fiscales difícilmente podrán ser aplicables directamente a este supuesto de concentración, a menos que se hiciera uso de la analogía que permite el artículo 24/2 de la LGT. El único hecho imponible que surgiría sería el constitutivo del derecho real de prenda, que tributa al tipo del 1,90 por 100. La concentración quedaría, pues, consumada en el supuesto de realizarse el derecho de prenda, ya sea sobre las acciones o sobre el patrimonio. La fusión-venta resultaría, incluso, más "cara" fiscalmente que este sencillo procedimiento de concentración.

#### 4. *Relaciones de integración patrimonial.*

Nuestro Derecho mercantil ha ignorado, hasta época reciente, el fenómeno de la integración patrimonial. El Código de Comercio no se plantea el problema y trata tan sólo de la fusión de compañías de ferrocarriles (167) y prohíbe algún que otro supuesto. La Ley de Sociedades Anónimas recoge, por fin, el tema, pero, dentro de la enorme riqueza de supuestos existentes, tan sólo regula los procedimientos de la llamada "fusión típica" en sus dos modalidades: absorción y fusión. Por último, y para terminar esta somera exposición legislativa, la Ley de 5 de diciembre de 1968, introduce modificaciones voluntarias para las empresas que acuerden fusionarse y gocen de

---

(166) Cfr. GARRIGUES, "Curso", op. cit., págs. 176 y ss. y bibliografía allí citada.

(167) Artículos 188 y ss. del C. de c.

los beneficios fiscales concedidos a la acción concertada o a la concentración de empresas (168).

Este procedimiento requiere, antes de hacer cualquier consideración acerca de su naturaleza, una exposición de las principales características que lo definen. En primer lugar existe la disolución de, al menos, una sociedad sin que tenga lugar su liquidación. En segundo término debe existir una transmisión de la totalidad del patrimonio de una(s) sociedad(es) (comprendiendo tanto el activo como el pasivo) a otra. Por último, el precio que se paga por esta transmisión debe consistir precisamente en un paquete de acciones de la sociedad absorbente, que se reparte entre los accionistas de la absorbida (169). Por ello cualquier procedimiento que no respete alguno de estos puntos, deberá ser considerado como fusión atípica (170).

Dentro ya del panorama de fusiones típicas, podrían éstas clasificarse en normales y anormales según que su realización suponga el aumento del capital de la absorbente en un montante equivalente al capital de la absorbida o, por el contrario, aquella cifra sea menor que ésta. En el primer caso, existiría una mera adición de los capitales (que normalmente será incluso superior, a la suma de los mismos, por efecto de las plusvalías y de la revalorización del patrimonio). En el segundo, la cifra de capital resultante de la fusión será inferior a la de su adición. La causa de este fenómeno radica en la posesión de acciones de la sociedad absorbente por parte de la absorbida. Al reunir en una sola unidad ambos patrimonios, deberán restarse del total resultante estas cantidades, para evitar una valoración doble del activo. En el supuesto de que la fusión se lleve a cabo en sociedades conceptuales como "One Hand Companies" (esto es, en la que todo el capital de la sociedad se encuentra en poder de otra), no debería tener lugar aumento alguno de capital en la sociedad absorbente. Su cifra de capital sería ya comprensiva del valor de la totalidad de las acciones que poseyera y, en cualquier caso, tan sólo podría aumentarse en la cantidad resultante de la diferen-

---

(168) Las principales modificaciones introducidas por esta ley pueden resumirse en los siguientes puntos: agilización procedimental y reducción de plazos, consideración primordial de la entidad resultante (por encima del interés particular del accionista), inversión de la presunción establecida por la LSA, relativa a los accionistas no asistentes, cfr. BÉRGAMO, op. cit., Tomo III, páginas 295 y ss.

(169) Cfr. sobre este punto, MIGUEL MOTOS GUIRAO, "Fusión de Sociedades Mercantiles", Ed. Derecho Privado, Madrid, 1953, págs. 15 y ss; FERRI, "La fusione delle Società commerciali", Roma, 1936, pág. 3; URÍA, "La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español", *Rev. D. M.*, 1946, página 216; GARRIGUES, "Curso de Derecho Mercantil", págs. 499 y ss.; "Tratado", del mismo autor, págs. 1265 y ss.; GARRIGUES-URÍA, op. cit. Tomo II, páginas 642 y ss.; GIRÓN, "Derecho de Sociedades Anónimas", págs. 615 y ss.; MATILLA, "Problemas Fiscales...", *RDM*, págs. 103 y 165 y ss. (1967); RUBIO, opúsculo cit., págs. 405 y ss.; TEJERA, "El impuesto de Derechos Reales", *RDM*, 1947, págs. 299 y ss.; URÍA, *RDM*, págs. 206 y ss. (1946);...

(170) Algunos de los procedimientos conceptuados como fusiones atípicas han sido ya tratados en otros apartados de este trabajo, tales como la venta-fusión, la compra de capa, etc.

cia entre el valor real (entendido como valor de coste de las acciones) y el del patrimonio que representan.

El artículo 22. del T. R. del Impuesto sobre el Beneficio de Sociedades (23 de diciembre de 1967) se hace eco de esta peculiaridad al prescribir: "En caso de absorción o incorporación total o parcial de la entidad o entidades controladas, podrá integrarse en la base imponible de la sociedad controladora, en la proporción que corresponda, la diferencia en más que, en su caso, exista entre el importe en que figuren valoradas en su activo las acciones o participaciones de la controlada y el valor desembolsado de las mismas más la parte proporcional de las reservadas que tenga constituidas la entidad emisora". De esta forma se estará realizando una verdadera integración total de patrimonios (como una de las posibles formas específicas de consolidación de balances), que evitará, en la mayoría de los casos, las duplicidades ficticias.

El tratamiento fiscal de los procedimientos típicos de fusión se halla bonificado, no siendo extensibles estos beneficios al resto de los procedimientos calificados de fórmulas atípicas. Como ya apuntamos anteriormente, no se comprende bien la razón que impulsó al legislador hacia tal discriminación (171).

Motos Guirao, en su conocida obra sobre la fusión de sociedades mercantiles (172), intenta establecer en siete puntos las principales diferencias entre la llamada "concentración de sociedades" y el típico procedimiento de fusión. En realidad, y sin dejar por ello de lado esta postura, no se trata de conceptos diferentes, sino de categorías esencialmente idénticas, pero con diferente grado de concretización. Más coherente parece la postura de Garrigues, que, en este sentido, considera la fusión como "el grado máximo de la concentración" (173), y, por consiguiente, como una de sus modalidades.

Las motivaciones que pueden conducir a la adopción de cualquiera de los procedimientos de concentración, dependerán en su mayor parte del grado de cohesión deseable. Si se tiende a lograr una "unificación" de las distintas empresas operantes en el seno de un grupo de sociedades se recurrirá, normalmente, a la fusión, ya sea en su forma típica o atípica, pero, en todo caso, lográndose una reducción del número de sociedades actuantes, en aras de una mayor dimensión de las restantes. Si, por el contrario, sólo interesa el control de empresas que en principio no dependen de la unidad económica considerada, se tenderá a realizar una mera "participación en el capital de las sociedades" (en cualquiera de las formas anteriormente descritas). En el primero de los casos, se crea un simple establecimiento (la sociedad absorbida pasa a convertirse en estable-

---

(171) Los beneficios a la concentración de empresas son los hoy contenidos en el Decreto 2.910/1971, de 25 de noviembre, y legislación allí citada, desarrollado por la O.M. de 24 de abril de 1972.

(172) Cfr. MIGUEL MOTOS GUIRAO, "Fusión de Sociedades Mercantiles", Edición *Revista de Derecho privado, Madrid, 1953*, págs. 7 y 55.

(173) Vid. GARRIGUES, "Formas sociales de uniones de empresas", *RDM, 1947*, I, pág. 57.

cimiento), mientras que en el segundo, se conserva la personalidad jurídica y se convierte únicamente en filial de la absorbente (con lo cual tendría lugar una diversificación de la unidad económica).

Por último, basta señalar cómo los procedimientos de fusión (como conexión del grado máximo de concentración) suponen un mayor coste fiscal que, de no estar acogidos a las bonificaciones anteriormente aludidas, no podrán llevarse a la práctica.

### III. EL FENOMENO DE LA DESCONCENTRACION APARENTE CON FINES DE DOMINACION DE MERCADO

Es evidente que no sólo las formas de concentración conducen a una situación de predominio en el mercado. El espíritu de expansión, dentro de un determinado contexto económico, no se mueve en el marco de un razonamiento unidimensional, sino que, por el contrario, utiliza estructuras de corte dialéctico para el logro de sus objetivos. Si ya se ha hablado del fenómeno de la concentración, como medio primario e intuitivo para alcanzar una situación de dominación, ahora es preciso hacer referencia a lo que esencialmente parece el contrapunto de esta categoría: las situaciones de dispersión y disgregación—desconcentración y descentralización económicas—. Sin embargo, un somero análisis de la situación que originan estas estructuras es capaz de ponernos de manifiesto la estrecha trabazón existente entre ambas categorías que, en el fondo, no son más que la evolución de un mismo proceso.

Si el punto inicial de este análisis lo situamos en la pequeña y mediana empresa, es fácil observar cómo el primer paso hacia una expansión de su propia estructura lo constituye la fase de concentración (en cualquiera de sus manifestaciones) tendente a aumentar su propia eficiencia y dimensiones. La pequeña y mediana empresa podrá llegar a transformarse así en una organización por la vía de la concentración estructural (fundamentalmente integraciones totales o parciales con los patrimonios de otras sociedades análogas). Lograda ya una dimensión de la empresa, deberá procurarse una estabilidad mínima en el mercado, con el fin de no desangrarse en una "cut throat competition" de precios libres a la baja. A este fin, comenzará a actuar dentro de una segunda fase de concentración (concentración contractual, en este caso) con el objeto de obtener un reparto tanto en la oferta de su productos como en la demanda de los factores de producción y materias primas. Pero el espíritu impulsor del capitalismo (nos referimos al "espíritu capitalista puro", y quizá no tan "de laboratorio" como pudiera pensarse), no se detiene en situaciones estables de equilibrio, sino que, por el contrario, intentará romperla, siempre que se encuentre ante una coyuntura favorable. Para ello, ya no podrá utilizar una política de expansión en las dimensiones de su propia empresa, puesto que ya ha llegado al límite óptimo (por encima del cual los rendimientos comienzan a ser decre-

cientes), y tendrá que romper el equilibrio del mercado por otros métodos. Es aquí, precisamente, donde surge la aplicación de esta tercera categoría, a la que hemos denominado “desconcentración aparente”, con el fin de extender y lograr una verdadera situación de dominio. Mediante ella se concluye la fase “abierta” de expansión, para comenzar a tejerse una verdadera “tela de araña”, de muy difícil aprehensión, por quien no se encuentra inmerso en ella. La utilización de esta “tercera fase” no sería aconsejable, sino hasta haber concluido las dos etapas anteriores, puesto que, en caso contrario, podría conducir a un auténtico “ahogo” de la empresa que se desconcentra prematuramente.

### 1. *Concepto:*

Llamamos desconcentración aparente al fenómeno que tiene lugar al crearse una nueva “personalidad jurídica” con capital, en todo o en parte, de otra ya existente. Al operarse esta creación, la sociedad matriz recibe en contrapartida a su aportación de capital, un paquete de acciones de la nueva sociedad, representativo de todo su capital o de una cantidad superior al 50 por 100. No se trata, aún en el caso de aportación parcial, de establecer una unión con otra sociedad (que podría haber aportado la cifra de capital restante), puesto que ya ha sido analizado este supuesto en los epígrafes anteriores. En la figura que ahora se estudia, la finalidad es completamente opuesta: se desconcentra el patrimonio de la sociedad matriz mediante su colocación en una sociedad con distinta personalidad jurídica.

Este concepto, cuyos contornos, por sí y en abstracto, parecen difusos, se va haciendo más y más definido, conforme vamos situándolo en estructuras concretas, en casos reales, que han existido y que existen en la economía actual. Sin perjuicio de que luego se profundice más en algunos aspectos particulares de esta categoría, podemos dar un “esquema real” de la actuación de este tipo de relaciones, que por lo general suelen presentarse en un mercado de tipo internacional. La sociedad matriz A, que opera dentro del contexto de un país P (de alto nivel de desarrollo, y que, por tanto, admite unas dimensiones económicas de las empresas que actúan en su seno, relativamente grandes), necesita ampliar su producción. Para ello no podrá aumentar las dimensiones de su empresa A, ya que ésta ha alcanzado el límite óptimo (por encima del cual los costes marginales comienzan a superar a los beneficios marginales). Se le plantea entonces la disyuntiva de crear nuevas sociedades (con el patrimonio de la sociedad A) para poder actuar dentro del entorno del mercado nacional del país P. Sin embargo, dado que el mercado de otros países, del tipo Q (con un nivel de subdesarrollo, o en vías de desarrollo) está menos explotado y preparado económicamente, la posibilidad de establecer en él la nueva sociedad, se le aparecerá como más ventajosa. Aparte de las mayores posibilidades de producción que encontrará en este nuevo mercado, obtendrá



siempre mayores ventajas para la financiación de la sociedad (créditos concedidos para instalación de nuevas empresas, bonificaciones fiscales, inversiones extranjeras...).

La disgregación de su propio patrimonio permitirá a la sociedad, por otra parte, la posibilidad de aceptar una política de competencia a precios sin límite en determinados mercados (con el fin de eliminar la eventual competencia, que temporalmente pudiera encontrarse), puesto que siempre podrá enjugar las pérdidas temporales que se originen, con una simple transferencia de beneficios, por parte de la sociedad o sociedades que estén consolidadas económicamente con ella.

El juego, por tanto, presenta dos posibles alternativas iniciales: constitución de sociedades dentro del mismo país que la sociedad matriz (pero en diferentes mercados) o constitución de sociedad o sociedades, en uno o varios países, y dentro del mismo mercado que la sociedad matriz.

No debe confundirse el concepto de "concentración" con la categoría aquí expuesta. En realidad, consideradas ambas estructuras desde un punto de vista estático, es decir, una vez que se han constituido las filiales, no difieren en nada, puesto que con las dos se trata de lograr una situación de dominio del mercado. Pero desde un aspecto puramente dinámico (análisis del desarrollo de la categoría) ambas presentan notables diferencias.

En los procesos de desconcentración lo que tiene lugar es la "creación de una nueva sociedad" con el capital de la sociedad matriz. En la concentración de empresas lo que se realiza es la "participación de la sociedad matriz, en el capital de una sociedad preexistente". Otros supuestos de concentración, tales como la fusión y la absorción, se presentan como un auténtico contrapunto de la desconcentración, puesto que lo que se logra con ellas es, precisamente, la desaparición de una personalidad jurídica, en lugar de la creación de una nueva.

## 2. *Efectos.*

Los resultados de una política de desconcentración conducen a la consecución de lo que ha dado en llamarse "grupos financieros", con el consiguiente aumento de dominación de mercado a que conducen. Los efectos de esta situación son evidentemente diversos, según el punto de vista desde el cual se consideren. Es indudable que para la sociedad que lleve a cabo una acción de este tipo, los resultados son, con buena gestión, altamente satisfactorios, puesto que, en un plazo relativamente corto, habrá extendido su mercado, tanto vertical como horizontalmente. Sin embargo, para la economía de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo en los que esta sociedad extienda su mercado, los resultados pueden llegar a ser desastrosos. Si ya existía poca competencia dentro del marco de su economía, ahora se verá aún más disminuida por la acción casi monopolística que ejercerán las sociedades filiales de las extranjeras.

Verá, poco a poco, desangrarse su propia economía, en beneficio de estas empresas, que pasado un período de reducción excesiva de precios (aún por debajo de los costes de producción) tenderán a aumentarlos, conforme vayan apoderándose del mercado y transfiriendo, consecuentemente, una parte sustanciosa de los beneficios obtenidos, al extranjero.

### 3. *El Derecho español ante la desconcentración de empresas.*

La postura del ordenamiento español ante este tipo de procedimiento, está casi exclusivamente referida al aspecto de las inversiones de capital extranjero, haciéndose prácticamente una total omisión al tratar de la regulación de la concentración de empresas (174).

La legislación fiscal no contempla, sino parcialmente, este aspecto de las relaciones entre sociedades. El artículo 20 del T. R. de 23 de diciembre de 1967 (Impuesto sobre el beneficio de las Sociedades y demás Entidades jurídicas) es aplicable tan sólo a las sociedades extranjeras con "sucursales" en territorio español. No será aplicable, por consiguiente, a las sociedades con propia "personalidad jurídica española", aunque dependan de cualquier matriz extranjera. El artículo 22 del mismo texto legal, sí sería aplicable a este impuesto (al tratar de las "sociedades integrantes de una unidad económica"), pero el hecho de que la matriz estuviese situada en el extranjero, haría imposible la aplicación del sistema de "balances consolidados" que se pretende.

En el ámbito más amplio, de la legislación sobre inversiones de capital extranjero, también existe una clara laguna, que permite evadir lo dispuesto en ella. Si el artículo 1.º del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, establece como sujetos de las inversiones de capital extranjero únicamente a los "españoles con residencia habitual en el extranjero, los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras de nacionalidad privada", se dejan fuera de esta legislación a las "personas jurídicas españolas" cuyo capital pertenezca a extranjeros.

El criterio para otorgar la nacionalidad española a las personas jurídicas se encuentra presidido en nuestra legislación por el doble requisito del domicilio y la constitución (175) con arreglo a las leyes españolas (art. 15 C. de Com., art. 27 C. c. y art. 5 LSA, etc.). Si esto es así, para nada influirá la nacionalidad de los titulares de las acciones a la hora de determinar la nacionalidad de cualquier sociedad (176). Si una sociedad de este tipo invierte en otra sociedad

(174) Con todo, es posible ver atisbos de fenómenos de desconcentración, paradójicamente, en el Decreto 2.910/71, por el que se dictan normas para la aplicación de los beneficios fiscales a la concentración de empresas, ya que entre los supuestos protegidos se encuentra la "segregación de establecimientos industriales de Sociedades o Empresas, aunque no procedan a su disolución, para su integración posterior en otras preexistentes o de nueva creación" y mucho más claro aún en la legislación existente a este Decreto.

(175) Salvo en algunas disposiciones militares.

(176) Conviene volver a señalar aquí de nuevo la innovación producida por el artículo 53 del Proyecto de Ley del III Plan de Desarrollo, que viene

española, no podrán imponérsele los límites de la legislación sobre inversiones de capital extranjero (actualmente, el III Plan de Desarrollo vuelve al anterior límite del 50 por 100, derogando lo dispuesto en el Decreto de 18 de abril de 1963, que no imponía límite alguno para determinados sectores) (176 bis). Al combinar la inversión de estas sociedades con otras de nacionalidad extranjera, se podría eludir claramente el límite del 50 por 100 impuesto por el legislador. La sociedad extranjera no tendría más que invertir hasta el 50 por 100 autorizado, suscribiéndose el resto del capital por la Sociedad de nacionalidad española. La transferencia de beneficios al exterior se haría de la siguiente forma: los beneficios percibidos por el 50 por 100 del capital perteneciente a la sociedad extranjera gozarían de la libertad de repatriación como pesetas transferibles (art. 1.º, Decreto 17 de mayo de 1962). Los beneficios producidos por el restante 50 por 100 pasarán a ser percibidos por la sociedad española que, como tal, pasarán a incrementar sus beneficios repartibles. Como estos beneficios también gozarán de la cualidad de pesetas transferibles, podrán ser repatriados sin límite alguno por la sociedad extranjera supscritora de las acciones de la sociedad española.

#### IV. EL ORDEN PUBLICO ECONOMICO Y LA CONCENTRACION INDUSTRIAL. LA EMPRESA PUBLICA ANTIMONOPOLISTICA

La Empresa Pública, en cuanto realidad económica, es utilizada, junto con otras técnicas de intervención administrativa—control de precios, aranceles, inversiones públicas...—, para conseguir, en su caso, mantener el llamado “orden público económico” (177). Cabalmente, esta técnica de política económica debería de ocupar uno de los primeros lugares en la neutralización, a sus justos efectos, del movimiento de concentración de unidades económicas en lo que tiene de antieconómico—monopolio...—. Sin embargo, aparte de que en España tal movimiento no tiene una pujanza considerable, a ello parecen oponerse, no sólo la tortuosa evolución histórica de nuestras Empresas Públicas, sino también sus continuas restricciones legislativas, el confusionismo de nuestro Derecho positivo y la misma filosofía que los sustenta (178).

---

a prohibir este específico supuesto, ampliando el ámbito de aplicación de la legislación sobre inversiones de capital extranjero. Inexplicablemente este precepto no ha pasado al texto definitivo de la Ley aprobatoria.

(176 bis) Tal aspecto no ha pasado al texto definitivo de la Ley del PDES.

(177) Cfr. sobre el tema, MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ REINO, “Curso de Derecho Administrativo Económico”, IEAL, Madrid, 1970, pág. 648 y bibliografía allí citada.

(178) El Proyecto de Ley aprobatorio del Plan de Desarrollo intenta reducir el actual confusionismo legislativo anunciando la publicación, en el próximo cuadrenio, de un Estatuto unificado de la Empresa Pública, desde hace años pedido por la doctrina. En la actualidad, a parte de nuestra legislación constitucional, sobre estas empresas inciden, entre otras, la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 1939, la Ley Fundacional

1. *La Empresa Pública antimonopolística en la legislación del Plan de Desarrollo (179).*

La legislación del Plan de Desarrollo ha venido a ser, para la Empresa Pública, un conjunto de restricciones y la consagración de la interpretación negativa del principio de subsidiariedad que informa la intervención directa estatal en la economía. Así, conforme al artículo 5 del Decreto 1.541/1972, de 15 de junio, por el que se aprueba el T. R. de la Ley del Plan de Desarrollo —mantenido intacto en el proyecto de Ley aprobatoria del III Plan— “para la creación de Empresas Nacionales y para la iniciación de actividades distintas o el establecimiento en otras áreas geográficas de otras plantas industriales por las empresas ya existentes, habrá de concurrir alguno de los siguientes motivos:

- a) Insuficiencia de la iniciativa privada. Por el Gobierno podrá apreciarse la insuficiencia de la iniciativa privada y la oportunidad de suplirla con la actividad pública, entre otros casos, cuando aquélla no alcance en un sector determinado los objetivos señalados para ella, con carácter indicativo en el Plan de Desarrollo Económico y Social.
- b) Conveniencia de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia.
- c) Imperativos de la defensa o de alto interés nacional.

En el supuesto del apartado a), y salvo que existan razones técnicas de urgencia apreciadas por el Gobierno, éste, oídos el Consejo de Economía Nacional y la Organización Sindical, y a propuesta del Ministerio competente por razón de la materia, antes de proceder a la constitución de una Empresa Nacional o de iniciarse actividades distintas o establecerse otras plantas industriales por las empresas ya existentes, publicará el oportuno anuncio en el “Boletín Oficial del Estado” para que las empresas privadas puedan realizar, dentro del plazo que se señale, las actividades de que se trate, obligándose a alcanzar el volumen de producción que, en cada caso, se estime necesario.

La creación de nuevas Empresas Nacionales o de filiales de aquellas ya existentes, así como la iniciación por las ya creadas de actividades distintas, deberá acordarse por Decreto a propuesta del

---

del Instituto Nacional de Industria de 1941, su Reglamento provisional de 1942 y el Decreto-Ley de 24 de diciembre de 1970, que las modifica, la LEEA de 1958, la Ley de Industrias de Interés Preferente de 1963, la legislación del Plan de Desarrollo, la LPE y su Reglamento, de 1964, la LRL de 1955, el RSCL del mismo año, la LSA de 1951, así como los distintos Estatutos particulares de algunas Empresas Públicas, los Monopolios fiscales, la legislación de Puertos Autónomos, etc., etc., etc.

(179) Para la Empresa Pública antimonopolística, la LPRC no es más que un complemento. En efecto, conforme a la E. M. de esta última, “la lucha del Estado moderno contra las prácticas restrictivas implica un paso ulterior a la lucha contra el abuso de los monopolios, en cuanto englobe no sólo a éstos, sino, más general y profundamente, a todos los estrangulamientos del mercado: completa, de un lado, el campo de acción de la empresa pública antimonopolística...”.

ministro competente por razón de la materia o del Organismo Autónomo correspondiente, por conducto del Ministerio a que esté adscrito, previo informe del Ministerio de Hacienda y de la Comisaría del Plan de Desarrollo" (180).

Pues bien, como puede verse, entre las causas de creación de Empresas Nacionales se encuentra la de impedir o conservar el orden público económico de libertad concurrencial y de mercado. Ello, de por sí, demuestra ya la desconfianza de nuestro legislador hacia la Ley de Prácticas Restrictivas, anterior a la aprobatoria del I Plan de Desarrollo (181), pero, y lo que es peor, rompe con la filosofía anterior y desecha cualquier posibilidad—salvo las tímidas de la Ley de Incautación, de Patrimonio del Estado y alguna otra— de sustitución, mediante nacionalización.

Con todo, el apartado b) que comentamos, no sólo es más flexible que el a)—insuficiencia de la iniciativa privada—(182), sino que podría ser "escapado" a través de las Empresas no nacionales y de las participaciones indirectas del INI.

Sin embargo, ¿por qué no se utilizan las Empresas Públicas para combatir prácticas restrictivas de la competencia? Primero, porque la concentración empresarial típica es muy escasa en España; segundo, porque los poderes públicos no pueden, todavía, acometer los problemas reales de las entidades societarias extranjeras; tercero, porque el sector privado se ha "apoderado" de cuantas Empresas Nacionales o Públicas en general, podrían haberlo hecho con eficacia (183) y, al fin, porque ni siquiera los responsables de la cosa pública utilizan los medios existentes para que nuestras unidades empresariales alcancen dimensiones competitivas a nivel internacional. Hoy por hoy, la Empresa Pública es sólo un motor más para el desarrollo industrial, y son escasísimos los casos de empresas estatales antimonopolísticas (184).

Pese a la teórica agilidad del apartado b) que comentamos—no necesita, como el a), de oferta previa—, el futuro previsible de la Empresa Pública antimonopolística se encuentra, fundamentalmente, en la doble actuación del INI, a través de participaciones directas o indirectas, de lo que nos ocupamos en el epígrafe siguiente.

(180) Conviene aclarar que el citado precepto y las limitaciones que contiene, se refieren sólo a las Empresas Nacionales y, en parte, a sus filiales, pero no a las Empresas no Nacionales—arts. 101 y 106 LPE—ni a sus filiales, ni a las participaciones indirectas que no impliquen la relación matriz-filial. Cfr. sobre el tema, PÉREZ MORENO, "La forma jurídica de las Empresas Públicas", Sevilla, 1969, págs. 163 y ss.

(181) Vid. DUQUE, "Empresas Nacionales, iniciativa privada y libre concurrencia en el Derecho español", en *Empresa Pública, Studia Albornothoniana*, Tomo I, págs. 909 y ss.

(182) Aunque menos que el apartado c)—defensa o intereses nacionales—del mismo precepto.

(183) Vid. MARTÍN RETORTILLO, "La Empresa Pública como alternativa", en *Empresa Pública*, op. cit. Tomo I, pág. 893.

(184) Por ejemplo, MERCASA, conforme a su Decreto fundacional, de 7 de abril de 1966, y originariamente ENSIDESA y BAZAN.

## 2. *El Instituto Nacional de Industria y la Empresa Pública anti-monopolística.*

Parece indudable que dar una visión del Instituto Nacional de Industria conforme a su legislación fundacional, y a la que posteriormente ha ido incidiendo sobre el mismo y sus empresas, sería inexacta y parcial. Ni siquiera en la primera etapa de su existencia, el Instituto Nacional de Industria se ha ceñido a la limitación de objetivos y medios que le vienen señalados legalmente, lo que tampoco quiere decir que la actuación del Instituto Nacional de Industria pueda ser criticable por este motivo. En su primera etapa, las actividades del Instituto Nacional de Industria vinieron a ser inspiradas por la aplicación directa del principio de subsidiariedad que recogen nuestras Leyes Fundamentales y la legislación económica ordinaria. Esto es, que el Instituto Nacional de Industria suplía la iniciativa privada sólo cuando ésta resultaba insuficiente o no existía, además de asumir las actividades de interés para la defensa nacional que se le encomendaban. Esta etapa se plasmó, fundamentalmente, en la *creación de nuevas industrias*, en sectores poco o nada atendidos por la iniciativa privada. Sin embargo, cuanto queda hoy de aquella etapa no es sino el que, a veces, se vea obligado, por distintas razones, a asumir actividades o empresas que, a consecuencia del cual grado de desarrollo y apertura al exterior, se ven en difícil o imposible supervivencia. Con ello no queremos decir que ya no sea necesario seguir creando nuevas industrias, sino que, las que nacen ahora tienen un significado y orientación muy diferente.

Pero, sobre todo, a lo que nos referimos es a que el Instituto Nacional de Industria, con los medios que cuenta, ha venido, desde hace unos años, acrecentando sus actividades, en favor del desarrollo industrial nacional, a través de "participaciones indirectas", integrando, ayudando y potenciando a la iniciativa privada o neutralizando actividades monopolísticas.

Esta actuación del Instituto Nacional de Industria hay que entenderla a través del mismo principio de subsidiariedad, aunque con un significado más progresivo. Hoy no parece correcto entender este principio con el estricto contenido de la asunción por el Estado de cuantas actividades no gocen de la debida atención de la iniciativa privada, y ello porque no puede la Administración gestionar estas actividades cuando desbordan su naturaleza o su propia capacidad de acción (185). Para ello el Estado encomienda estas funciones a "*entes de gestión*", intermedios y especializados que intervienen, de ambas formas, en la esfera de actividades encomendada y que, para el Instituto Nacional de Industria, es la del desarrollo industrial. Así, si para sus filiales puede hablarse de *subsidiariedad directa*, para la gestión indirecta puede hablarse de *subsidiariedad de servicio promotora o planificadora*.

---

(185) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La organización y el control del sector público en España", en *Empresa Pública*, op. cit., págs. 935 y ss. y bibliografía allí citada.

Esta segunda función del Instituto Nacional de Industria ha sido a menudo olvidada y, aunque es cada día creciente, no tiene aún la importancia que de la misma cabe esperar. Por medio de la *gestión indirecta* el papel del Instituto Nacional de Industria en la promoción para la creación y expansión de industrias privadas, en la reestructuración de los sectores industriales, en la neutralización de prácticas restrictivas, en la creación de grandes y necesarios servicios comerciales comunes, en la investigación y, en definitiva, utilizada con eficaz medio para lograr una mayor vinculación de la empresa privada a los Planes de Desarrollo y un mayor cumplimiento por la misma de las directrices de política industrial del Gobierno, puede y debe ser creciente y cada vez más cualificada. Las participaciones indirectas son, generalmente, de mayoría relativa o, incluso, minoritarias, lo que no impide que, aún así, pueda llegarse a controlar las empresas participadas, lo que, a su vez, puede hacerse temporalmente, todo ello según la empresa en cuestión y las finalidades que se persiguen. Se trata, en definitiva, de utilizar las técnicas de intervención, expansión y control industrial que realizan los grandes grupos industriales, sólo que para fines públicos, como lo es el antimonopolístico.