



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

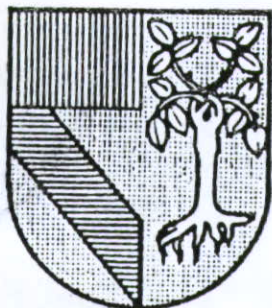
" EL CONSORCIO COMO PARTE INTEGRANTE DE LAS  
AGRUPACIONES DE EMPRESAS "

MARIA TERESA DE LA CONCHA AUTRIQUE

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en Derecho  
con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios de la  
SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA, según acuerdo  
número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jal., Mayo de 1995

CLASIF: \_\_\_\_\_  
ADQUIS: 46536  
FECHA: 23-5-02  
DONATIVO DE \_\_\_\_\_  
\$ \_\_\_\_\_



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

UNIVERSIDAD PANAMERICANA  
SEDE GUADALAJARA  
BIBLIOTECA

“ EL CONSORCIO COMO PARTE INTEGRANTE DE LAS  
AGRUPACIONES DE EMPRESAS ”

MARIA TERESA DE LA CONCHA AUTRIQUE

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en Derecho  
con Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios de la  
SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA, según acuerdo  
número 86809 con fecha 13-VIII-86

Zapopan, Jal., Mayo de 1995



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

## DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACION

C. Srita. MARIA TERESA DE LA CONCHA AUTRIQUE  
P r e s e n t e

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la alternativa TESIS titulado EL CONSORCIO COMO PARTE INTEGRANTE DE LAS AGRUPACIONES DE EMPRESAS.

presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor para ser presentado ante el H. jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

A t e n t a m e n t e  
EL PRESIDENTE DE LA COMISION

DR. JUAN DE LA BORBOLLA R.

Zapopan, Jalisco a 11 de mayo de 1995.



DR. JUAN DE LA BORBOLLA RIVERO  
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE DERECHO.  
DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA.  
PRESENTE.

Estimado Doctor de la Borbolla:

Por medio de la presente, me permito informarle que, la tesis sustentada por la Srita. MARIA TERESA DE LA CONCHA AUTRIQUE, sobre Agrupaciones de Empresas, y que fue asesorada por el que suscribe, ha cubierto todos los lineamientos expectativas y objetivos que nos habíamos trazado al realizarla. En razón de lo anterior me permito expedir esta carta para que la presente tesis sea analizada por la comisión respectiva, ya que por mi parte ya no hay corrección alguna que hacerle.

Sin otro particular de momento quedo de usted.

ATENTAMENTE.

Guadalajara, Jalisco; agosto 16 de 1994.



\_\_\_\_\_  
LIC. CARLOS ENRIGUE ZULOAGA.

" JUSTICIA ES UNA FIRME Y CONSTANTE  
VOLUNTAD DE DAR A CADA UNO LO QUE LE ES  
DEBIDO"

JUSTINIANO I  
EMPERADOR DE ORIENTE(483 - 565)

## DEDICATORIA

A DIOS POR DARMER LA VIDA Y LA OPORTUNIDAD DE ESTUDIAR UNA CARRERA PROFESIONAL.

A LA MEMORIA DE MI PADRE EDUARDO DE LA CONCHA CUERVO, QUIEN SIEMPRE ME IMPULSO A ESTUDIAR.

A MI MAMA MARGARITA AUTRIQUE POR SU CARIÑO Y APOYO QUE NUNCA ME HAN FALTADO.

A MIS HERMANOS EDUARDO, ENRIQUE Y JUAN MANUEL POR SU CARIÑO.

A MIS MEJORES AMIGOS QUIENES SIEMPRE ESTUVIERON AHI EN EL MOMENTO QUE LOS NECESITE PARA APOYARME, EXPLICARME E IMPULSARME, DE QUIENES NO DOY SUS NOMBRE PORQUE ELLOS SABEN QUIENES SON.

A MIS MAESTROS POR SU VALIOSA ENSEÑANZA DE QUE EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO NO SOLO ES EL QUE SE ADQUIERE EN LA UNIVERSIDAD SINO EL QUE SE APRENDE CADA DIA CON EL EJERCICIO DE LA PROFESION.

A MIS COMPAÑEROS DE UNIVERSIDAD POR CINCO MARAVILLOSOS AÑOS DE CONVIVENCIA.

A MI ASESOR DE TESIS LIC. CARLOS ENRIQUE ZULOAGA POR SU VALIOSA E INESTIMABLE AYUDA.

A MI UNIVERSIDAD POR BRINDARME UNA FORMACION INTEGRAL.

MARIA TERESA DE LA CONCHA AUTRIQUE

## INDICE

<b>INTRODUCCION</b> .....	<b>1</b>
<b>I.- LA EMPRESA</b> .....	<b>10</b>
1.1 La empresa en el Derecho .....	10
1.1.1 La Concepción de la empresa .....	13
1.2 Teorías sobre la esencia de la empresa .....	16
1.2.1 Teoría de la empresa como persona jurídica .....	16
1.2.2 Teoría de la empresa como patrimonio separado .....	18
1.2.3 Teoría de la empresa como universalidad de hecho .....	20
1.2.4 Teoría de la empresa como actividad .....	21
1.2.5 Teoría de la empresa como organización .....	22
1.2.6 Teoría de la empresa como pluralidad de cosas .....	23
1.3 El carácter de la empresa .....	24
1.4 Hacia un concepto de empresa .....	26
1.5 Elementos de la empresa .....	28
1.5.1 Objetivos .....	29
I.- Inmateriales .....	29
II.- Corporales .....	33
1.5.2 Subjetivos .....	34
I.- El empresario .....	34
II.- Auxiliares .....	34



<b>II.- LA SOCIEDAD.</b>	<b>38</b>
2.1 La Sociedad en el Derecho Romano	39
2.2 La Sociedad en nuestro Sistema de Derecho	42
2.2.1 Concepto Legal de Sociedad	43
2.3 Personalidad Jurídica de la sociedad	47
2.4 Elementos del Negocio Social	54
2.5 Diferencia entre Empresa y Sociedad	62
<b>III.- LAS AGRUPACIONES DE EMPRESAS</b>	<b>66</b>
3.1 Concepto	66
3.1.1 Características de la Concentración	69
3.2 Antecedentes	71
3.3 Formas de Calsificar Agrupaciones de empresas	73
3.4 Agrupaciones que forman una Persona Jurídica	79
3.4.1 La Fusión	80
3.4.1.1 La fusión como agrupación de empresas	85
3.4.2 Las Holding o Controladoras	88
3.4.2.1 Sistemas de control de las Holdings	89
3.4.2.2 Las Controladoras en México	91
3.4.2.3 Regulación Chilena sobre Controladoras	96
<b>IV.- AGRUPACIONES QUE NO FORMAN UNA NUEVA PERSONA JURIDICA</b>	<b>102</b>
4.1 Joint venture	102

4.1.1 Antecedentes .....	102
4.1.2 Concepto .....	103
4.1.3 Naturaleza .....	105
4.1.4 El Joint venture en la legislación extranjera .....	109
4.1.4.1 En el Derecho Español .....	109
4.1.4.2 El Joint venture en el Derecho italiano .....	111
4.1.4.3 Joint venture Argentino .....	113
4.2 Konzern (Concernos) .....	115
4.3 Kartell (CARTEL) .....	120
4.4 Agrupaciones de Colaboración .....	123
<b>V.- EL CONSORCIO .....</b>	<b>127</b>
5.1 Antecedentes .....	128
5.2 Concepto y Naturaleza Jurídica .....	130
5.2.1 La Dicotomía del Consorcio .....	133
5.3 Elementos .....	135
5.3.1 Los integrantes .....	135
5.3.2 Contrato de consorcio propiamente dicho .....	136
5.3.3 Ente Social Común .....	139
5.4 Responsabilidad Jurídica .....	141
5.5 Clases de Consorcio .....	144
5.6 Las empresas Integradoras .....	148
5.7 Diferencia con otras figuras .....	155
5.7.1 Diferencia con la Sociedad .....	155
5.7.2 Con el Joint venture .....	157

5.7.3 Con la fusión .....	158
5.7.4 Diferencia con las Controladoras .....	159
5.8 El Consorcio y la Ley Federal de competencia Económica .....	160
5.9 El Consorcio en la legislación italiana .....	166
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>173</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>184</b>
<b>CODIGOS Y LEYES CONSULTADOS</b> .....	<b>188</b>
<b>GLOSARIO DE TERMINOS JURIDICOS</b> .....	<b>190</b>

## ABREVIATURAS EMPLEADAS

- Art. = Artículo
- Arts. = Artículos.
- CCDF = Código Civil del Distrito Federal.
- CCom = Código de Comercio.
- CCITAL = Código Civil Italiano.
- CNV = Comisión Nacional de Valores.
- DOF = Diario Oficial de la Federación.
- DPOEI = Decreto Presidencial que promueve la Organización de empresas Integradoras.
- Fr. = Fracción.
- Frs. = Fracciones.
- LFCE = Ley Federal de Competencia Económica.
- LGSC = Ley General de Sociedades Cooperativas.
- LGSM = Ley General de Sociedades Mercantiles.
- LISR = Ley del Impuesto Sobre la Renta.
- LPI = Ley de Propiedad Industrial.
- LPRAF = Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
- LQSP = Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
- OPEP = Organización de los Países Productores y Exportadores de Petróleo.
- Ob. cit. = Obra citada.
- RPCO = Registro Público de Comercio.
- SECOFI = Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.
- SHCP = Secretaría de Hacienda y Crédito Público.



## INTRODUCCION

En un principio, el hombre, producía por su cuenta y vendía el fruto de su trabajo, o más bien hacía un trueque; con posterioridad, y ante la imposibilidad de satisfacer las necesidades de quienes solicitaban sus servicios, se vio en la necesidad de unirse a otros hombres, y así es como comenzaron a surgir las sociedades, y la ficción jurídica de su personalidad.

Las ideas asociativas han venido desplazando a las individualistas, no sólo en el plano social, sino político y económico, pues si miramos a nuestro alrededor, todo se une, se asocia, ya sean capitales, esfuerzos, capacidades, ideas, etc., ya que es la única manera de superar sus imposibilidades económicas, materiales o intelectuales.

Las formas jurídicas mercantiles que se han desarrollado durante los últimos tres siglos, para organizar la producción de bienes o servicios, han sido las formas societarias que la mayoría de las codificaciones nos ofrecen ( Sociedad colectiva, comandita, responsabilidad limitada, anónima, cooperativa ), sin embargo, dado que las mismas son producto de una época histórica que ya ha sido superada, por las tendencias a producir en forma masiva en dimensiones macroeconómicas y a socializar los productos de la economía. Dichas formas mercantiles actualmente, no se acomodan a las demandas de la sociedad industrial y postindustrial en que nos encontramos, principalmente cuando se trata de empresas pequeñas o medianas ya que estas, producen en forma dispersas y no pueden defenderse de los monopolios u oligopolios.

Es innegable que, nos enfrentamos ante un proceso que tiende hacia la globalización de los mercados así como el establecimiento de zonas de influencia económica, en donde, será posible llegar a establecer relaciones comerciales fluidas que generen actividades productivas sin todas aquellas trabas o barreras que impiden la libre circulación de los productos. El proceso, no sólo se dá a niveles macroeconómicos, es decir no sólo en los grandes mercados externos o internacionales sino que ha penetrado incluso hasta los mismos mercados internos, ante la necesidad económica que tienen las empresas de subsistir en el mercado mismo.

Ante la imposibilidad de la sociedad y de las formas mercantiles tradicionales de hacer negocios para satisfacer el mercado, tanto en precio como en calidad y cantidad, surgen las agrupaciones de empresas, como respuestas a dicha necesidad. Respuesta que sólo es posible obtener dentro de lo que los teóricos han llamado **Capitalismo de Estado** en el que se fomenta el desarrollo tanto comercial como financiero a parte de la libre competencia, y no a través del Intervencionismo de Estado, que no sólo impone barreras al comercio, sino que aniquila a las empresas y en cierta medida impide el libre desarrollo de la competencia.

Con las agrupaciones de empresas, la mayoría de las empresas que producen en forma aislada tienen ante sí la oportunidad de unirse o bien juntarse con otras de tal manera que puedan llegar a bajar sus costos de producción o incluso porque no hacer compras conjuntas, obtener créditos preferenciales y asistencia técnica calificada a menor precio.

Las agrupaciones de empresas que en la actualidad se han estado desarrollando son totalmente diferentes a las que la Sherman y la Clayton Act. regulan, ya que se encuentran más bien orientadas a la producción que a limitar la competencia entre ello y si fomentándola sin que por ello se pretenda negar que todavía existen algunas con ese propósito exclusivo, y para las cuales, les serán aplicables todas aquellas leyes en pro del libre proceso competitivo ( entiéndase LFCE ).

Durante el desarrollo del presente trabajo se hará un estudio de las agrupaciones de empresas haciendo énfasis en el consorcio como parte de las agrupaciones de empresas.

Para un buen desarrollo en el primer capítulo se hará un estudio lo más sencillo y completo respecto de lo que la empresa es o puede ser pasando en primer momento a analizar, la formación del Derecho mercantil como rama independiente del Derecho Civil, analizando desde la postura que considera a la empresa como el centro alrededor del cual gira todo el Derecho Mercantil, hasta la postura que sigue nuestro Código de comercio sigue. Posteriormente se analiza la posibilidad de determinar un concepto jurídico de la empresa y la posibilidad de tomar el que brinda la economía, para esto deberemos analizar todas aquellas teorías que de una u otra manera pretenden explicar la naturaleza de la empresa, sin que la que la sustentante haya decidido adoptar alguna de ellas por considerar que algunas son totalmente erróneas y otras simplemente trastocan dentro de su postura algunos aspectos distintos de la empresas, por ello hacia el final del capítulo después de pasar por lo anterior y haciendo un estudio de la

mercantilidad de la empresa, y analizando las tres dimensiones bajo las cuales podemos llegar a determinar que estamos ante la presencia de una empresa ( subjetiva o dinámica, objetiva o estática, interna o personal ) se formula un concepto que considera involucra dentro de sí todo lo que la empresa comprende, y finalmente se hace un estudio de los elementos que conforman la empresa ( objetivos y subjetivos con sus correspondientes subdivisiones ).

En el transcurso del segundo capítulo se hace un estudio somero de lo que una sociedad es para distinguirla de la empresa, ya que comúnmente se asocia la palabra empresa con sociedad sin que necesariamente esto deba ser así ya que existen empresas que pertenecen a un titular ( persona física ) sin que sean parte de una sociedad, es decir es un error de conceptual. Para ello, comenzamos haciendo un análisis de la sociedad desde su nacimiento en el Derecho romano cuando la mayoría de ellas carecía de personalidad jurídica, para luego pasar a tratar de buscar dentro de nuestro sistema de Derecho la definición de sociedad, hacer una distinción entre una sociedad civil y una mercantil, ya que aunque en cuanto al fondo son idénticas en sus obligaciones lo que distinguirá a una de otra, será la mercantilidad que se presenta en la segunda y no en la primera. También haremos un estudio en cuanto a la personalidad jurídica que se le atribuye a la sociedad, lo cual no es sino una ficción que el derecho le ha otorgado para que ella en consecuencia pueda tener un patrimonio social, y adquirir obligaciones por su propia cuenta, se hará un estudio de las consecuencias y efectos que tiene el que la sociedad tenga personalidad jurídica, así como de sus elementos, para llegar a diferenciar a la sociedad



de la empresas, ya que si bien toda sociedad constituye una empresa, no toda empresa constituye una sociedad.

En el tercer capítulo, se hace un estudio general de lo que las agrupaciones de empresas son tomando como punto de partida la creciente globalización o búsqueda de ella que han buscado las empresas, lo que nos lleva hacia el estudio de la concentración, se analizan los aspectos bajo los cuales se presenta ( contractual, corporativo o societario y político y legislativo ), estudiándose también las características que la misma presenta. Posteriormente se hace una revisión de los antecedentes de las agrupaciones así como de la leyes que comenzaron a regularlos dado que estos constituían monopolios. Enseguida se explican las diferentes formas de clasificar a las empresas así como la clasificación que al efecto se seguirá para hacer un estudio de las mismas, y finalmente se hace un estudio de las agrupaciones de empresas que forman una nueva persona jurídica, en la primera de ellas unas sociedades pierden su personalidad jurídica en favor de otra ( ya sea de nueva creación o no ) y se llega a determinar porque constituye una agrupación de empresas a pesar de su brevedad ya que después deja de serlo, para concluir ese capítulo se analiza a las controladoras o holding, desde su concepto, los sistemas de control que ejercen ( vertical u horizontal ), proponiéndose la inclusión de un tercer sistema ( mixto ), se estudia a las mismas desde el punto de vista de la Ley del Impuesto sobre la Renta dado que nuestra legislación mercantil omite su regulación y finalmente se presenta la forma en que las mismas se encuentran reguladas en la legislación chilena.

Continuando con el estudio de la Agrupaciones de empresas, en el cuarto capítulo, se estudia a las agrupaciones que no forman una persona jurídica nueva, o bien que por su naturaleza no es necesario que la lleguen a formar. Se comienza con analizar el Joint venture, sus antecedentes dentro del Derecho anglosajón, su concepto, sus rasgos principales, su naturaleza, la similitud que presenta con la sociedad, su reglamentación dentro del Derecho español, el italiano y el argentino, que lo denominan de diferentes maneras ( unión temporal de empresas, asociación temporal de empresas, unión transitoria de empresas ), pasando a estudiar dos figuras del derecho germano como son el cártel y el Konzern, que si bien pueden resultar muy similares entre sí son diferentes y finalmente estudiamos a las agrupaciones de colaboración que se encuentran reguladas por el derecho argentino para cuya exposición de motivos constituyen un consorcio, afirmación que es errónea, ya que esta no constituye una persona jurídica diferente de sus agrupados y el consorcio si lo hace.

Es cierto, que todas las agrupaciones de empresas constituyen en primera instancia contratos como se desprende a lo largo de esta tesis, ya sea que los mismos desaparezcan al nacer estas o bien, que sigan subsistiendo y que se encarguen de regular las relaciones entre los diferentes integrantes de dicha agrupación. En el presente trabajo como se observará, se les estudia a estas más como fenómeno agrupativo que contractual, sin que por ello se pretenda negarles dicha naturaleza.

El motivo por el cual en el capítulo quinto analizamos como mayor detenimiento a la figura del consorcio, es por la plasticidad que dicha figura

presenta para adaptarse a nuestra realidad actual. Consideremos que vivimos en país de micro pequeña y mediana empresa, que con la actual crisis antes tendía a desaparecer ahora con mayor razón, y sino buscamos los medios para apoyarla efectivamente desaparecerá acrecentando el problema económico que enfrentamos. El consorcio, es quizá una de las figuras que más pueda impulsar el resurgimiento de este tipo de empresas o bien propiciar su permanencia en el mercado, esto, no significa que las grandes empresas no pueden valerse de este para fortalecerse dentro del mercado, pero así como hay agrupaciones que son más aptas para satisfacer en forma más adecuada las necesidades de esta clase de empresas, el consorcio, dada su naturaleza de **NOVUM ORGANUM** es idóneo para satisfacer las necesidades de las pequeñas.

El consorcio aunque no es una figura totalmente novedosa, para la doctrina y para el sistema jurídico italiano en el nuestro si lo es, quizá ya no tanto a raíz de la publicación del Decreto que promueve las Empresas Integradoras ( DOF 7 de Mayo de 1993), mismo del cual se hace un estudio durante este último capítulo.

La solución consorcial agrupativa se aparta totalmente de las soluciones societarias o asociativas, puesto que, el cambio consiste en que al margen y fuera de las soluciones societarias el nuevo modelo de organización empresarial se organiza sobre la base agrupativa y no societaria. Este cambio, modifica profundamente el esquema, la estructura y el contenido de los entes jurídicos- económicos de producción en todo aquello que atañe y tiene que ver con el capital, la propiedad, la fuerza del

trabajo, relaciones laborales, prestación de servicios públicos, ubicación del estado.

Considero que el hacer un estudio de esta figura es u tanto innovador, porque hasta el momento nuestra doctrina mexicana poco se ha dedicado ha estudiarla, y cuando lo ha hecho es para negarle a la misma su aplicación dentro de nuestro sistema jurídico, por considerar que la misma en forma ideductible nos llevará a un monopolio, yo sostengo lo contrario en cuanto al consorcio de coordinación y al analizarlo en relación con la Ley Federal de Competencia Económica, doy mis puntos de vista y razones que justifican su posible no aplicación, una de ellas que se entiende implícita, es precisamente el Decreto por el cual se promueve la creación de empresas integradoras, ya que permite la constitución de las mismas, luego por analogía y mayoría de razón debe aplicarse a los consorcios de coordinación que no busquen la conformación de una empresa integradora, sino que simplemente deseen integrarse. Una de la principales ventajas y a la vez desventaja que se tuvo durante el desarrollo del presente trabajo es quizá el escaso material bibliográfico con que se contó, puesto que pocos tratadistas la han estudiado por considerar que siempre esta y la mayoría de las agrupaciones se traducen en monopolios.

Durante el desarrollo de esete último capítulo, se verá como se comienza por anliazar a la figura desde sus orígenes más remotos ( el derecho romano ) hasta los más cercanos, posteriormente se hace un estudio de su concepto y su naturaleza jurídica para llegar a determinar que es un contrato atípico para nuestra legislación puesto que no se encuentra regulado y que la figura propiamente dicha tiene dos planos ( el primario o



del consorcio propiamente dicho y el secundario o del ente social común ), para pasar a analizar todos y cada uno de los elementos que los conforman, haciendo énfasis en la figura se estudia más como fenómeno agrupativo que como contrato, posteriormente se estudia la responsabilidad jurídica de los integrantes a raíz de la formación del consorcio, para después pasar a estudiar las diferentes clases de consorcios que se conocen ( anticoncurrente y de coordinación ) para luego hacer una comparación entre estos y lo que son las empresas integradoras, diferenciarlo con las diferentes figuras con las que ha sido confundido o asociado, analizarlo en relación a la LFCE como ya se dijo y finalmente hacer un estudio de como se encuentra regulado el consorcio dentro de la legislación italiana.

Independientemente de lo que he expresado en líneas anteriores decidí hacer este estudio porque desde que tuve conocimiento de la figura en la materia de contratos mercantiles me atrajo de sobremanera, por su plasticidad y utilidad. Pero además de ello, porque considero, que estamos en una época en la que debemos tratar de aportar algo que cree una inquietud jurídica, en algún tratadista que quizá haya pasado por alto este tema y que al conocer este trabajo lo reconsidere, y se llegue a un conocimiento más profundo de lo que aquí hemos pretendido profundizar, pero que quizá por falta de experiencia haya faltado.

**La sustentante.**

**María Teresa de la Concha Autrique.**

## I. LA EMPRESA.

### 1.1 La empresa en el Derecho.

" La teoría de la empresa, es una de las cuestiones fundamentales del Derecho mercantil contemporáneo"<sup>1</sup> Si bien es cierta la anterior afirmación, no por ello se ha de aceptar que todo el Derecho Mercantil gire entorno de ella, como muchos tratadistas han querido puntualizar, ya que de hacerlo, se caería en un verdadero error, por el cual se desconocería la naturaleza del propio Derecho Mercantil.

Desde que el Derecho mercantil se constituyó como una rama independiente del Civil han existido diversas teorías que pretenden explicar su naturaleza. En un principio, nació como un Derecho eminentemente subjetivo, pues sólo era aplicable a los que pertenecía al gremio comercial. Posteriormente, en la medida en que se difundió el comercio, comenzaron a considerarse como comerciales ciertos actos que en forma repetitiva y continua realizaban quienes pertenecían a ese gremio, es decir, a los comerciantes. Es así, que al término de la Revolución Francesa se le da al Derecho Mercantil un sentido objetivo, donde se centraliza todo en torno de los actos que se califiquen de mercantiles por tanto se comienza a aceptar la idea de empresas mercantiles por cuanto que los actos que se realizaban eran tales, razón por la cual, los doctrinistas alemanes del siglo pasado contemplaron en la ejecución masiva de los actos comerciales y en la

actividad de las empresas la esencia del Derecho Mercantil.

Este sistema objetivo quedó consagrado en el Código de Comercio de Napoleón de 1808, sistema que sigue nuestro actual Código de Comercio de 1890, que en su artículo primero establece que las disposiciones del mismo sólo se aplican a los actos de comercio. La expresión antes señalada por nuestro Código no es del todo correcta, como explica el maestro Bauche Garcíadiego , ya que en su artículo tercero, establece disposiciones aplicables respecto al comerciante y sus obligaciones, razón por la cual se ha de aceptar que nuestro sistema es un tanto mixto.

El Código de Comercio español de 1885, también contemplaba dentro de sí un sistema objetivo al buscar: a) Implantar la igualdad consagrada en la Revolución Francesa y b) Evitar los privilegios clasistas de que gozaban los comerciantes. Dicho sistema comienza a romperse cuando surge el Código Civil Italiano de 1942 dentro del cual se conjugan el Derecho Civil y el Mercantil respecto del cual, se le da un carácter subjetivo introduciendo por primera vez la figura de la empresa.

Lorenzo Mossa, es el primer tratadista cuya pretensión es que la columna central del Derecho Mercantil sea la empresa. Para él es indispensable la existencia de esta para adquirir la calidad de comerciante, quien será titular de la empresa y por lo tanto el Derecho Mercantil pasa a convertirse en el Derecho de las empresas, desde un punto de vista económico. Y no sólo el, sino que el propio maestro Bauche Garcíadiego siguiendo al Código Civil Italiano apunta que debemos construir un Derecho

mercantil en torno del empresario y de la empresa, ya que dentro de un sistema así caben todo tipo de relaciones que al respecto se susciten.

La anterior concepción es un tanto errónea y limitativa porque:

a) La empresa no da el carácter de comerciante a su titular cuando este no puede serlo, porque la empresa es creación, no creadora.

b) El derecho mercantil no agota su contenido en la empresa, ya que existen otras instituciones como los actos y cosas de comercio que se encuentran reguladas por este Derecho, y que no pierden su mercantilidad por realizarse en forma esporádica o aislada.

c) Porque la regulación de las empresas no se agota con el Derecho Mercantil, ya que existen otras ramas de Derecho que también lo regulan como son el Laboral y el Fiscal entre otras.

El maestro Joaquín Garrigues añade otras dos razones:

d) Si bien, el Derecho Mercantil regula a la empresa, lo hace de una forma esporádica y excepcional, ya que lo que llega a regular más bien son algunos elementos de la misma.

e) Porque el Derecho Mercantil jamás penetra la estructura interna de una empresa, sino sólo se limita a regular aspectos exteriores<sup>2</sup>.

El propio maestro Garrigues acertadamente afirma que:

" La inclusión actual de la empresa dentro de la disciplina del Derecho Mercantil se funda en que su concepto es presupuesto del concepto de empresario, en el hecho de que su actividad externa



delimita el contenido del Derecho mercantil y en que la empresa, es cada día más objeto de tráfico jurídico "3.

Por tanto, es nuestro parecer que si bien la empresa no sólo se encuentra regulada por el Derecho sino que debe estarlo, ya que los actos que de ella emanan, tienen repercusión en el mundo jurídico. Sin embargo, no negamos que existan otras ciencias que las estudien bajo otros aspectos como es el organizacional o el económico, de los cuales se encargan la Economía, las Finanzas y la Administración.

#### 1.1.1 La Concepción de la empresa.

Es muy difícil llegar a una concepción jurídica de la empresa dependiendo del punto de vista que se emplee para estudiar a la misma, por ello, se encuentran tantas divergencias entre los diversos conceptos que se han presentado.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM toma el concepto que establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua que nos dice que la palabra empresa procede del latín inprehensa que quiere decir cogida o tomada, proporcionándonos dos conceptos que se pueden aplicar al concepto jurídico: "Casa o sociedad mercantil o industrial, fundada para emprender o llevar a cabo... negocios o proyectos de importancia ". " Obra o designio llevado a efecto, en especial cuando en él intervienen varias personas "4.



Si bien, es cierto lo que establece el propio diccionario en que ambos conceptos concurren a integrar un concepto de empresa, ya que el primero nos hace referencia al conjunto de bienes que forman parte de la empresa y el segundo a la actividad que se realiza sobre los mismos para producir para el mercado; pero, estos conceptos no agotan en su totalidad lo que la empresa es.

Desde el punto de vista económico se puede considerar que la empresa es la organización de los diversos factores de la producción cuya finalidad es obtener una ganancia o lucro.

Como se puede apreciar, lo esencial en este concepto es que los diversos elementos que forman a la empresa quedan ligados entre sí por ese fin económico que consiste en la obtención de una ganancia. Es decir, como menciona el maestro Felipe de J. Tena, para los economistas, donde una persona individual o social, organice los diversos factores de la producción como son los trabajadores, materia prima, instrumentos y haciendo la aportación del capital necesario para la satisfacción de las necesidades del mercado, se habrá de aceptar que se está hablando de la existencia de una empresa.<sup>5</sup>

Ahora bien, la pregunta que debemos formularnos es: Si este concepto económico es equiparable al jurídico, o el jurídico debe contener los elementos del mismo, si ambos conceptos deben estar desligados uno de otro ya que el Derecho es una cosa y la Economía otra. ¿Es posible el desarrollo de la empresa en un sistema de Economía cerrada o socialista o bien sólo es dable en el sistema capitalista?

La respuesta a las anteriores preguntas no es fácil ni sencilla de dilucidar, razón por la cual han surgido diversas corrientes, teorías y se han elaborado varios conceptos acerca de lo que la empresa es, por parte de los tratadistas que han intentado definirla. Buscando la mayoría de las veces como apunta el maestro Garrigues, llegar a una unidad jurídica de los elementos de la empresa, para darle un tratamiento unitario a la misma, ya que esta, se ha convertido en objeto de tráfico jurídico.<sup>6</sup>

Antes de entrar al estudio de tales teorías, es conveniente que hagamos ciertas consideraciones al respecto:

El maestro Barrera Graf, nos dice que, el concepto jurídico de empresa, no puede quedar totalmente desligado del económico del cual emana, a diferencia de otros conceptos jurídicos que habiendo sido tomados de otras ciencias adquieren una significación especial y propia; su naturaleza escapa a quedar totalmente delimitada por el Derecho, porque lo que sucede es que muchos de los elementos que la conforman, son delimitados y regulados por el Derecho de tal forma que así queda regulada la empresa.

Si bien, es cierto que para llegar al concepto de empresa, se debe, tener como punto de partida la economía, tampoco debemos limitarnos a ella por varias razones:

1. Porque, el derecho no debe utilizar conceptos económicos directamente, ya que la economía estudia el ser de las cosas, en cambio,

" el Derecho es una ciencia normativa: establece reglas que deben ser fundadas en una idea de justicia "7.

2. Porque en el campo del Derecho, el concepto empresa, tiene una índole especial, no sólo es una noción metajurídica, sino que es " una realidad social que desde el mismo momento de su aparición asume su carácter jurídico, porque lleva esa realidad social a las normas de tal forma que configura y determina la esencia de la misma " 8.

1.2 Teorías sobre la esencia de la empresa.

1.2.1 Teoría de la empresa como persona jurídica.

Esta doctrina, surge en virtud del afán unificador que pretende darse a todos los elementos de la empresa, reduciendo a la misma a una unidad y que por excelencia el atribuir personalidad jurídica señala el maestro Garrigues es el recurso unificador por excelencia.

Para esta doctrina, la empresa " tiene una personalidad jurídica distinta del comerciante que no es sino el primero de sus empleados " 9, ya que no es un simple conjunto de medios de producción inertes sino que por razón de la fusión de los mismos surge un sujeto totalmente independiente. Lo anterior; nos llevaría aceptar que, entonces la empresa, necesariamente debería tener un patrimonio, un domicilio y una nacionalidad sin depender de nadie.

Aquí la empresa posee al empresario, no al revés, ya que la empresa es la que hace al comerciante y en razón de esto, la empresa

" subsiste aún cuando cambien sus titulares "10, es decir, que si por alguna razón, el titular de la empresa cambia no quedan extinguidos los contratos de trabajo, los mandatos, las deudas, los créditos a favor de la empresa, ya que todo ello pasa ipso facto al siguiente titular (derechos y obligaciones).

La crítica a esta teoría se puede sintetizar en los siguientes puntos:

a) No es cierto que la empresa posea un patrimonio propio, ya que ella misma es parte de un patrimonio y además, ella misma es objeto de tráfico jurídico y como dice el maestro Garrigues, está imposibilitada para ser sujeto y objeto al mismo y tiempo.

b) El domicilio y nacionalidad que se le atribuyen, no le son propios, ya que dependen de su titular y del lugar de su ubicación, los cuales pueden ser modificados por voluntad de su titular.

c) Cuando una empresa es traspasada no necesariamente son transmitidos los derechos y créditos en contra de su titular, sobre todo en este último caso, porque se necesitaría obtener el consentimiento de los acreedores, pues en caso de no hacerlo, debería responderles a estos con todos sus bienes (Art. 2969 Código Civil del D.F.) sean estos civiles o mercantiles. Para el maestro Mantilla Molina, si bien, es posible la transmisión de créditos de una empresa, en lugar de mostrar la personalidad de la misma, se demuestra la de sus titulares.

d) El que la empresa tenga un nombre, no la hace sujeto de derecho, ya que el nombre, no torna a las cosas sujetos de Derecho.



e) Siguiendo lo que dispone la Ley Federal de Trabajo en su artículo 41 respecto de la sustitución patronal, nos dice Mantilla Molina que el hecho de que los contratos de Trabajo subsistan cuando cambia el titular de la empresa no indica la personalidad jurídica de la misma, ya que la obligación recae sobre los nuevos patrones que son quienes tienen personalidad jurídica, ya que la relación de trabajo se da entre el titular de la empresa y el empleado y no entre éste último y la empresa.

El principal problema que nos ofrece esta teoría es que muchos juristas confunden o asimilan el concepto de sociedad con el de empresa, dejando de lado a la persona singular como titular de una empresa, tema sobre el cual se ahondará en el siguiente capítulo.

#### 1.2.2 Teoría de la empresa como patrimonio separado.

Para esta teoría, sin concederle personalidad jurídica a la misma, la concibe como un patrimonio independiente o patrimonio afectación del que posee el titular de la misma.

En ese orden, resultaría que el patrimonio de la empresa es totalmente distinto del patrimonio civil que posea el comerciante, de tal forma, que el comerciante sería titular de dos patrimonios el mercantil perteneciente a la empresa y el civil, inclusive tantos patrimonios mercantiles como tantas empresas de las que sea titular.

Si esta teoría fuera cierta, no sería posible que el pago de deudas sean civiles o mercantiles se hicieran efectivas indistintamente



sobre bienes de la empresa o los que no pertenezcan a ella. Lo anterior equivaldría romper con el Concepto de Patrimonio Unico que nuestro Derecho ha consagrado, el cual si bien en cierta forma acepta la separación de una parte del patrimonio para destinarlo a fines específicos, la separación es más bien económica, ya que no forma propiamente otro patrimonio, sino que es parte del mismo respecto del cual goza cierta independencia<sup>11</sup>.

El maestro Mantilla Molina nos dice que aún cuando se llegare a considerar a la empresa como un patrimonio totalmente autónomo tendríamos que aceptar que al momento de ser este transmitido ya no estamos obligados, excepto respecto de aquellos créditos o deudas que son de carácter real y gravan a la cosa.

Existen dentro de nuestra legislación diversos preceptos que parecen confirmar la tesis sustentada por esta teoría como son: artículos 1284, 1678, 1780, 2355, 2990, 2991 y 2992 del Código Civil del D.F., en los cuales queda manifestado que los herederos o donatarios sólo soportarán las obligaciones de los bienes que recibieron. Y no sólo estos artículos, sino que nuestra Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos al referirse en su primer artículo sobre quienes pueden ser sujetos a un proceso de quiebra señala que lo podrán ser los comerciantes insolventes, pero como el maestro Cervantes Ahumada nos hace ver, hay casos en que se da la quiebra de una empresa sin que exista un comerciante por ejemplo cuando un menor por herencia reciba una herencia, la quiebra de la sucesión o de una empresa fideicomitida<sup>12</sup>.

Se Considera que los citados artículos, no son sino excepciones que confirman la Unidad del Patrimonio.

### 1.2.3 Teoría de la empresa como universalidad de hecho.

Para muchos autores, " el hecho de estar integrada de una variedad de cosas no ligadas entre sí materialmente (versitas), las cuales aspiran a un tratamiento jurídico unitario (uni) "13. Esta teoría se apoya en la permanencia que tiene la universalidad aunque sus elementos que la integran cambien. El problema dicen unos autores, consiste en distinguir si es una universalidad de hecho, conformada por cosas variables por voluntad del que las unió y que el Derecho reconoce como unidad, o es una universalidad de Derecho por cuanto la empresa incluye también derechos.

Los maestros Mantilla Molina, Cervantes Ahumada y Rojina Villegas coinciden en considerar a la empresa como una universalidad de hecho " ya que las diversas partes que la componen, por obra del comerciante cuya es, se integran en la unidad de un todo, de una cosa compuesta que sin embargo, en cuanto carece de un pasivo propio y no está formada, aunque si reconocida, por la ley, no puede ser considerada como una universalidad de derecho "14 y 15.

Mantilla Molina se basa para elaborar la anterior afirmación en que existen en nuestro Derecho diversos preceptos que conceptúan a la empresa como un objeto unitario de derechos, pues se permite la explotación de una empresa por parte de un incapaz si la recibe a título

gratuito (Art. 556 CCDF), se prohíbe el embargo de elementos necesarios para su funcionamiento aunque sí se permite el de la negociación como unidad ( Art. 544 Fr. VII y 555 del CCDF ), se busca la enajenación en conjunto en caso de quiebra (Art. 204 Fr. I. LQSP), entre otros.

Nosotros no consideramos que la empresa sea propiamente una universalidad, aunque si goce de ciertos atributos para considerarla así, porque como señala el maestro Garrigues " **falta en las transmisiones de la empresa el dato característico de las universalidades: la transmisión ipso iure de derechos y obligaciones** " <sup>16</sup> es decir la transmisión en bloque de todos esos derechos y obligaciones que tiene el titular de la empresa que la transfiere y que al igual que en la teoría del patrimonio separado, las obligaciones en su contra para ser transmitidas, requieren la autorización de sus acreedores, además porque las universalidades se transmiten en bloque, como es en el caso de las Sucesiones en que los herederos reciben ipso iure todos los derechos y obligaciones que por esta vía sean transmisibles.

#### 1.2.4 Teoría de la empresa como actividad.

Esta teoría, separa el concepto jurídico del económico de la empresa.

Dentro de cada empresa, existen dos aspectos diversos:

- a) La empresa como actividad económica del Empresario.
- b) La hacienda o establecimiento formada por los medios con los que realiza su actividad.

Para los que sostienen esta teoría, no es posible aceptar que la empresa sea un conjunto de diferentes elementos que se encuentran ligados y organizados en razón de un fin económico, sino que es una actividad que se forma a fin de poder participar en el mercado de bienes y servicios.

El maestro Garrigues dice que llegar a una concepción así es volver al principio, porque " es la actividad del empresario y la de sus colaboradores la que ha creado a la empresa como cosa distinta de esa actividad "17 y por lo tanto, podemos añadir que la empresa es más que una simple actividad aunque esta sea la que de origen a la empresa.

#### 1.2.5 Teoría de la empresa como organización.

Esta teoría, hace una distinción entre lo que es la empresa y lo que constituye su patrimonio porque:

a) La empresa es una cosa totalmente distinta de los elementos físicos que emplea para demostrar su existencia. Ya que " estas cosas, pueden llegar a ser destruidas y, sin embargo, continuar la vida de la empresa " 18 y viceversa.

b) Al ser vendida una empresa mercantil el precio que se paga el mayor a la suma del valor de sus elementos físicos.

Esta teoría destaca el elemento inmaterial de la empresa, ya que



los elementos patrimoniales no son indispensable, pues hay empresas que no los requieren.

Es así que para esta teoría, la empresa es " la organización de los medios de producción y una ocasión asegurada de venta " <sup>19</sup>, de tal forma que el elemento decisivo es la organización de los elementos reales y personales de la producción.

Coincidimos con el maestro Garrigues en que " la idea organizadora en sí misma no es objeto de protección jurídica " <sup>20</sup> independiente de los elementos materiales que la forman.

#### 1.2.6 Teoría de la empresa como pluralidad de cosas.

Para esta teoría, la empresa se constituye por " un acervo integrado por elementos heterogéneos, y sin nexo jurídico alguno, cada uno de los cuales está sometido a su propio régimen jurídico " <sup>21</sup>.

Es así que al momento de realizarse un acto que tiene por objeto la empresa, esto equivale a que se realicen una serie de actos de los cuales son objeto todos y cada uno de sus elementos.

El error en que cae esta teoría es que no se acepta el vínculo que necesariamente debe existir entre todos los elementos que conforman la empresa olvidándose que un elemento no tiene sentido sin los demás; ya que como afirma el maestro Mantilla Molina la unidad que tienen en el fin es lo que determina a la empresa, y aunque los elementos conservan su



unidad corporal ella de nada sirve si no se encuentra en vinculación con los demás.

### 1.3 El carácter de la empresa.

La mayoría de los doctrinistas, conceptúan a la empresa como eminentemente comercial, de tal forma que algunos consideran que sólo es posible la existencia de esta dentro de un sistema de libre mercado, entre ellos tenemos al maestro Carlos Fernández Novoa citado por el maestro Bauche Garcíadiego.

No es nuestra pretensión negar lo anterior, ya que si se toma una posición estricta ello es totalmente correcto, pero entonces ¿Cómo conceptualizamos a las empresas Paraestatales o gubernamentales y las que producen en los pocos países comunistas que en actualidad aún subsisten?

Para poder responder a esa pregunta es necesario que se analice el siguiente punto:

#### A) Mercantilidad de la empresa.

Para el maestro Barrera Graf, desde un punto de vista formal, la empresa en nuestro Derecho es mercantil, porque se contemplan en artículo 75 del Código de Comercio diversas empresas que son consideradas actos de comercio.

Sustancialmente, " la empresa es comercial porque a través de ella, la persona que la organiza y la dirige,..., hace del comercio -lato

sensu - su ocupación ordinaria; y porque dicha actividad es generalmente de carácter lucrativo "22.

Existen algunas empresas que, no se encuentran regidas por el Derecho mercantil sino por otro tipo de Derecho como son el Civil o el Agrario y por lo tanto resulta equívoco afirmar el carácter mercantil de todas las empresas.

El maestro Felipe de J. Tena afirma que el carácter comercial de las empresas nace de la calidad de intermediario del dueño de las mismas y dicha calidad, se encuentra en las que el legislador ha considerado en el artículo 75 del Código de Comercio y en cualquier otra que revista dicha calidad, aunque no se encuentre prevista.

Por ello, " el carácter mercantil de las empresas comprende así los actos creadores y constitutivos de las mismas, como los actos de su explotación y funcionamiento, y sin que quepa distinguir en cuanto a los segundos las operaciones pasivas, por las que la empresa se proporciona materias primas, máquinas, obreros, etc. de las obligaciones activas, por las que realiza sus productos "23.

Las empresas que se constituyen conforme a las leyes mercantiles por las personas privadas, siempre tienen este carácter, las empresas en las que el Estado participa en forma mayoritaria, minoritaria o en forma exclusiva gozan de dicho carácter; para el maestro Barrera Graf porque:

a.- Siguen ejerciendo una actividad en forma habitual y profesional para ofrecer bienes o servicios.

b.- Los actos y actividad que desarrollan se consideran de comercio y con fin de lucro, tomando este, en un sentido más amplio, como un plusvalor del costo total de la producción.

c.- Porque se rigen por las leyes Federales (Código de Comercio, Ley General de Sociedades Mercantiles, y las que rigen su funcionamiento).

Por tanto, se ha de llegar a afirmar que la mercantilidad de una empresa no deviene siempre de que su titular sea comerciante, ni que su constitución y funcionamiento deriven de leyes especiales puesto que:

i.- No es de esencia la libertad de comercio en las empresas ni la autonomía de la que las públicas carecen.

ii.- Ni tampoco que por el hecho de aplicarles una legislación especial, dejen de tener el carácter de mercantiles.

iii.- No interesa al carácter mercantil de una empresa, que su actividad sea calificada de interés público<sup>24</sup>.

#### 1.4 Hacia un concepto de empresa.

Habiendo resuelto las preguntas que se formularon al principio de este inciso y siguiendo lo que el maestro Carlos Fernández Novoa, al ser citado por el maestro Bauche Garcíadiego nos indica que para poder llegar a un concepto de empresa, hay que tomar en cuenta tres dimensiones de la empresa, que nos permiten conocer su naturaleza:

a) Subjetiva o dinámica: Desde esta dimensión la empresa

constituye una actividad en virtud de la cual son creados nuevos valores y conservados, ya que de extinguirse los mismos la empresa se terminaría, pues la actividad debe ser constante y e ininterrumpida.

Se comprenden no sólo los actos materiales, sino los actos jurídicos en su sentido más amplio. Lo importante aquí es que la actividad se valore en conjunto, sin considerar aisladamente cada uno de los actos jurídicos que la compongan.

b) Objetiva o Estática: Esta es el resultado de la anterior, pues dicha actividad debe quedar desligada de la persona que le dio su origen, es decir diferenciada de esta.

Es un bien inmaterial que si bien no es propiamente una creación de su titular, sino una organización realizada sobre diversos componentes de naturaleza eminentemente económica. Por lo tanto, la empresa nacerá cuando el plan realizado se traslada del mundo interno al exterior tomando una existencia propia que se apoya en la existencia del conjunto de elementos materiales y personales que demuestran su existencia. Sin embargo dichos elementos no constituyen propiamente a esta dimensión sino que son soportes de la misma que aunque varíen, esta sigue existiendo.

c) Interna o personal: Esta podemos decir que se constituye por el fin o interés personal del titular de la empresa al explotarla, en las empresas eminentemente mercantiles dicho fin es la producción de bienes y servicios para el mercado, para obtener un beneficio o ganancia de los mismos ( lucro ), ello sin olvidar las salvedades que al respecto

mencionamos de las empresas públicas o de participación estatal. Dimensión que si bien no trasciende generalmente al ámbito material se encuentra implícita al surgir cada nueva empresa ya que de una u otra manera, si se hace un estudio a fondo de la empresa, necesariamente se llega a concluir la existencia de esta dimensión.

Después de haber analizado, tanto las teorías de la empresa, así como el carácter la misma y las tres dimensiones bajo las cuales se puede conocer a la empresa se llega a la conclusión, de que la empresa es:

El conjunto organizado de diversos elementos materiales, inmateriales y personales sobre los cuales su titular o empresario conforme a un fin lícito, ejerce una actividad y control para que produzcan bienes y/o servicios para el mercado obteniendo un beneficio económico que algunas veces es denominado lucro, dependiendo del tipo de empresa de que se trate.

#### 1.5 Elementos de la empresa.

Existen diversas formas en como han sido clasificados los diversos elementos que conforman a la empresa, por ejemplo el maestro Barrerra Graf los divide en:

a) Personales, constituidos por el titular de la empresa que organiza los demás elementos así como también los auxiliares que colaboren con él.

b) Objetivos, se constituyen por la hacienda de la empresa, o su



patrimonio, cuya composición es variada, puesto que comprende toda clase de bienes como es la propiedad industrial, el derecho al arrendamiento entre otros.

Otros autores, en cambio, los dividen en materiales o inmateriales, pero nosotros siguiendo maestro Bauche Garcíadiego, los dividiremos de la siguiente forma: (Véase Cuadro).

#### 1.5.1 Objetivos

Estos se dividen en :

L.- Inmateriales que a su vez se dividen en:

A. La Hacienda.- Que se constituye por el conjunto de bienes pertenecientes al titular de la empresa y que han sido destinado para la realización de esta, en búsqueda de un fin económico.

Para el maestro Barrera Graf, " es el conjunto de bienes (cosas, derechos, relaciones jurídicas) de la negociación organizados por el empresario para la consecución de una finalidad económica "25.

B. La clientela.- " Es el conjunto de personas que, de hecho, mantienen con la casa de comercio relaciones continuas por demanda de bienes o de servicios "26, lo que se caracteriza por la habitualidad en el suministro o ventas que la empresa haga, la habitualidad, se mira en torno de la empresa no del cliente. No hay una protección a la conservación de la clientela independiente de los demás elementos de la misma, y por lo mismo esta no puede ser vendida, usufructuada, ni dada en prenda, pero cuando la

empresa se transmite se presume que la misma ha sido transmitida al nuevo titular.

C. Aviamiento.- Para el maestro Barrera Graf constituye: La organización de los bienes de la hacienda, que en forma coordinada son adaptados para la finalidad de la empresa para mantenerla prosperidad de la misma, atraer clientela y obtener una mayor utilidad.

D. Derecho al arrendamiento.- Es común que muchas empresa, se encuentren establecidas en locales que no pertenecen a su titular, y que han sido arrendados por este último para la explotación de la misma. Dicho arrendamiento genera un derecho " a la posesión del local, que tiene gran importancia económica, no sólo porque en determinadas clases de comercio el emplazamiento del negocio tiene máxima importancia "27.

De aquí que muchos comerciantes, busquen estabilidad en cuanto a su permanencia en determinados locales comerciales, buscando se restrinja el derecho de libre disposición y contratación que sobre esos locales tienen sus dueños.

E) Propiedad Intelectual.-

a) Derecho de autor.- Monopolio para la explotación y protección de las creaciones artísticas y literarias, en virtud del cual, su titular puede vender, traspasar o enajenar los derechos sobre el mismo.

b) Propiedad Industrial.-

1. Creaciones Nuevas.-

a. Patente.- El título que expide el Estado y que permite a su titular, sea el inventor o patrocinador, explotar de modo exclusivo un invento durante determinado tiempo, una vez que dicho invento ha satisfecho los requisitos que la ley establece. Es decir, es el derecho legal al uso exclusivo de un nuevo invento en un lapso de tiempo establecido, mediante la expedición de un certificado que otorga el Estado al titular para su explotación.

b. Diseños industriales.- Se les conoce como la aplicación del arte a la industria y son:

- Los dibujos industriales que de acuerdo al artículo 32 Fr I de la Ley de Propiedad Industrial son : " toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial con fines de ornamentación y que le den un aspecto peculiar propio ".

- Los modelos industriales, que se constituyen por las formas plásticas que permiten la elaboración de un producto para darle una forma peculiar.

c. Modelos de Utilidad.- El artículo 28 de la LPI dispone que son: " los objetos, utensilios, aparatos o herramientas, que, como resultado de una modificación en su disposición, configuración, estructura o forma,

presenten una función diferente respecto a las partes que lo integran o ventajas en cuanto a su utilidad".

## 2. Signos distintivos.-

a. La Marca.- Signo, mediante el cual se distinguen productos y/o servicios de otros de su misma especie o clase. Es decir se individualizan los productos para poder diferenciarlos de otros y que estos puedan llegar a ser reconocidos por el público consumidor.

b. El Nombre comercial.- Aquel signo que sirve para identificar una negociación o establecimiento comercial, industrial o de servicios de otros aplicado a un giro determinado. Puede tratarse de un nombre imaginario que el titular emplea para atraer a los clientes o bien estar compuesto por el nombre del comerciante y una palabra que implique la actividad desempeñada por el comerciante.

c. Los Avisos comerciales.- son los anuncios, slogans, que consisten en una frase publicitaria para anunciar, productos, servicios o establecimientos, y que una vez registrados constituyen un monopolio de explotación.

d. Las Denominaciones de Origen.- El nombre geográfico de un país o región que sirve para designar un producto originario de ese país o región cuyas características se deben a factores naturales y humanos, y cuya titularidad recae sobre el Estado quien podrá conceder licencia para el



uso del mismo.

e. El Secreto Industrial.- El cúmulo de información y conocimientos que tiene el titular de una empresa en forma confidencial y que le significan una ventaja sea competitiva y económica respecto de los demás titulares que posean empresa similares. Generalmente, dicha información, se refiere a los productos, su forma de producirlos, comercializarlos o como deben prestarse los servicios.

## II.- Corporales.

A. La Mercancía.- La constituye " toda cosa corporal mueble susceptible de tráfico que constituye un objeto de la actividad mercantil y que tiene un valor ínsito en la cosa misma " <sup>28</sup>. Cabe señalar que no todas las cosas mercantiles son mercancías, en cambio, estas últimas siempre son cosas mercantiles.

B. Materias primas.- Son aquellos bienes susceptibles de ser transformados para la obtención de productos que se colocarán en el mercado, sea en forma directa por su productor o por medio de un intermediario.

C. Maquinaria.- Se forma por aquellos bienes muebles que se destinan a la transformación de la materias primas para producir o fabricar productos para el mercado.

D. Muebles y enseres.- Son aquellas cosas muebles, " que no son mercancías y no están destinadas a la venta, sino que se utilizan por el comerciante de un modo accesorio en la explotación de la empresa "29.

1.5.2.- Subjetivos que se dividen en:

I. El Empresario.- El titular de la empresa, quien se encarga de organizar y dirigir a los demás elementos de la misma. Este empresario puede ser:

A. Individual.- cuando el titular es una persona física.

B. Colectivo.- cuando el titular es una sociedad.

II. Auxiliares.- " Las personas que ejercen una actividad con el propósito de realizar negocios comerciales ajenos o facilitar su conclusión "30 estos pueden ser:

A. Dependientes.- Aquellos que se encuentran subordinados al titular de la empresa, y a quien le prestan sus servicios en forma exclusiva, y que en virtud de sus servicios reciben un sueldo.

B. Independientes.- Los auxiliares que no se encuentran subordinados a ningún titular de empresa alguna, sino que prestan sus servicios a quien se los solicite y que por dichos servicios reciben una remuneración que recibe el nombre de honorarios.

- 1 CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil, Ed. Herrero, México, 1984. p. 505.
- 2 Véase GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa. México, 1984. Lo referente a la empresa.
- 3 Ibidem. p. 165.
- 4 Aurores Varios. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Ed. Porrúa. México, 1991. p. 1262.
- 5 Véase al respecto lo que señala TENA, Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1962. p.77
- 6 GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. p 167 y 168.
- 7 BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. La Empresa. Nuevo Derecho Industrial, contratos Comerciales y Sociedades, Ed. Porrúa. México, 1983. p. 24.
- 8 Ibidem.
- 9 MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil, Ed. Porrúa 24 Edición, México, 1990. p. 127.
- 10 Ibidem.
- 11 Para Fernández Novoa, " esta teoría no acierta a captar ni a traducir a términos jurídicos el resultado de la actividad empresarial. Atribuir a este resultado únicamente la virtud de aislar, con mayor o menor autonomía, un sector del patrimonio del empresario, equivale a desconocer y menospreciar el relieve y trascendencia de esa actividad " citado por BAUCHE GARCADIIEGO, Mario Ob. cit p. 27.
- 12 Véase CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho de Quiebras, Ed. Herrero, México, 1990. p.
- 13 GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit p. 170.
- 14 MANTILLA MOLINA, Roberto L. Ob. cit p.128
- 15 MANTILLA MOLINA, Roberto L. Ob. cit. p. 129 considera que si bien la empresa no es una universalidad la negociación si lo es, ya que para él la negociación es el reflejo de la existencia de la empresa.
- 16 GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. p.172
- 17 Ibidem p. 172.
- 18 Ibidem.
- 19 Ibidem. p. 173
- 20 Ibidem p. 174
- 21 MANTILLA MOLINA, Roberto L. Ob. cit. p. 131.
- 22 BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa. México, 1989. p. 84.
- 23 Véase lo que al respecto de los actos mercantiles de las empresas señala TENA, Felipe de J. Ob. cit. p79
- 24 Véase BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit. p. 84.

<sup>25</sup> BAUCHE GARCÍADIEGO, Mano. Ob. cit. 31 citando a Barrera Graf.

<sup>26</sup> GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. p. 193.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 179.

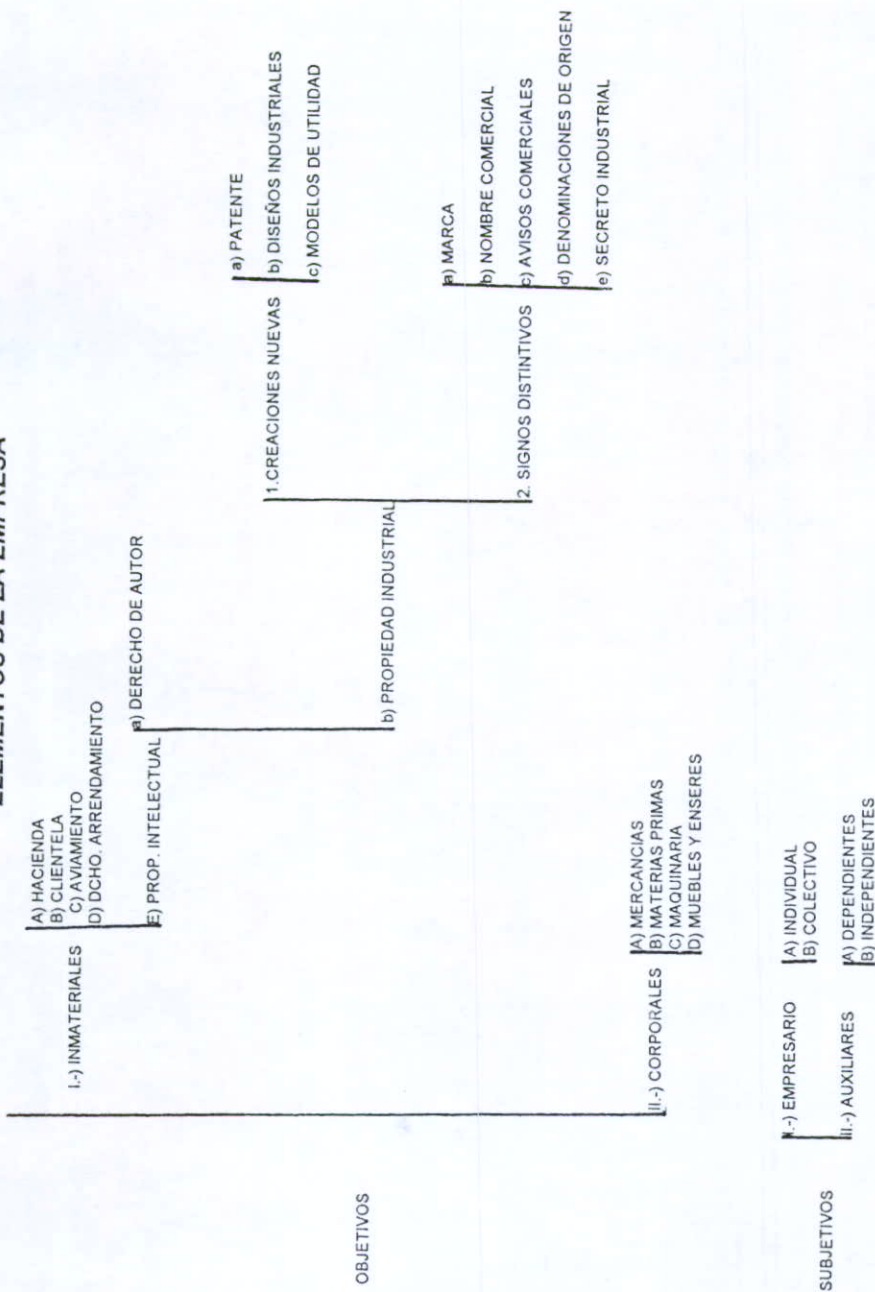
<sup>28</sup> Ibidem. p. 184.

<sup>29</sup> Ibidem. p. 182 y 183.

<sup>30</sup> MANTILLA MOLINA, Roberto L. Ob. cit. p. 161.



# ELEMENTOS DE LA EMPRESA



## II. LA SOCIEDAD

Como se estudió en el capítulo anterior, el Derecho Mercantil comenzó siendo un Derecho exclusivo de los comerciantes, que iban de un lugar a otro ofreciendo mercancías y productos a quienes las requerían. Este Derecho fue así hasta que se reconoció la necesidad de aceptar ciertos actos como mercantiles sin tomar en cuenta si el sujeto que los realizaba era comerciante o no. A la par de todo esto, y en virtud de la imposibilidad de los comerciantes de satisfacer todas las necesidades de quienes solicitaban sus servicios ya fuera por la falta de capacidad económica, física o bien por la imposibilidad de los artesanos de producir en grandes cantidades de mercancías para el mercado, surgen las sociedades.

Las sociedades vienen a satisfacer todas esas necesidades que el comerciante individual no podía ( necesidad que de una u otra forma ya reconocía el Derecho Romano ). Tan es así que **" la Sociedad es el instrumento jurídico de conjunción de medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado "**<sup>1</sup>. Por ello, a lo largo de la historia, han ido surgiendo diferentes tipos de sociedades, pasando por la colectiva en la que predomina el factor individual, hasta aquellas sociedades en las que la personalidad individual no es tan importante, ya que se valora al socio por lo que puede aportar y por ello, **" la persona del socio que aporta deviene por esta razón en fungible "**<sup>2</sup>.

A raíz del descubrimiento de América y con la Revolución Industrial, los hombres se vieron en la necesidad de asociarse para constituir nuevas entidades diversas a ellos que pudieran realizar el

comercio y la producción de bienes y servicios para la demanda del gran mercado que tenían ante sí . Es quizá la Sociedad anónima la que comienza a destacar sobre las demás, ya que en ella la responsabilidad de sus socios se limita al valor de su aportación.

## 2.1 La Sociedad en el Derecho Romano.

Para el maestro Eugene Petit, si se toma la palabra Sociedad en un sentido lato equivale a asociación, pues, es aplicable a las personas que se reúnen para conseguir un fin común, sea con interés pecuniario, religioso, político o para combatir un peligro o bien para reunir recursos que el individuo es incapaz de obtener por sí mismo. Pero en un sentido restringido la sociedad se diferencia de la asociación en que tiene por causa el interés personal de los asociados.

En el Derecho Romano, " La Sociedad -societas- es un contrato consensual por virtud del cual dos o más personas -socii- se obligan recíprocamente a poner en común bienes o actividades de trabajo, para alcanzar un fin lícito de utilidad común " <sup>3</sup>.

De acuerdo a la anterior definición, ese contrato, se perfeccionaba por el simple acuerdo de las partes que contrataban, donde no se exigía al consentimiento formalidad alguna, pudiendo el mismo otorgarse en forma oral, escrita o por medio de representante ( mensajero ).

La existencia efectiva de una sociedad, quedaba sujeta a que el consentimiento fuese constante y duradero, que se conocía como *Affectio*

Societatis o Animo Contrahendi Societatis, del cual existían en relación a este dos elementos importantes:

1. Que los socios se comprometían a hacer una aportación, " que puede ser distinta, y no sólo en cantidad, sino también en calidad " 4.

2. " Es necesario que tengan por mira un resultado lícito y común " 5. Es decir, " basta que los asociados traten de obtener una utilidad apreciable en dinero, y que además el resultado sea lícito " 6. En relación a ese resultado común se establecía que no era lícito crear sociedades Leoninas, donde uno de los socios compartía sólo las pérdidas y no las ganancias.

Existían ya en el Derecho Romano distintas clases de sociedades, dependiendo de la cuantía de la aportación, el tipo de aportación que se hacía y el fin que se persiguiera, sobre la cuales no se hará referencia, si no que se pasará a ver los efectos que la sociedad producía:

A. Respecto de los Socios. - Se producía " a cargo de todos los socios la misma obligación que era sancionada por la acción prosocio " 7 ( esta, se producía cuando el socio incumplía con su obligación ), la cual no sólo incluía la obligación de los socios de hacer su aportación, sino que también dar a conocer el resultado de las operaciones que realizaban para la sociedad, dicha obligación, se resumía en tres puntos:

a. Realizar la aportación y garantizarla, quien se obligaba a aportar trabajo o crédito cumplía al realizar estos, no así el que se comprometía a aportar bienes ( quien propiamente no perdía la propiedad



hacia los demás <sup>8</sup> ) además de ponerlos a disposición de los socios, debía garantizar la evicción y los vicios ocultos.

Los riesgos de la aportación dependían del tipo de que se tratase, si la misma era en especie, los riesgos eran para la sociedad, en cambio si era aportación de goce o transmisión de cosas genéricas, el riesgo, era para el socio.

b. Gestión de negocios de la sociedad. " Todos los asociados tienen la obligación y el derecho de llevar los negocios comunes y realizar operaciones sociales " <sup>9</sup>. Si todos obraban conjuntamente el acto se realizaba entre todos ellos por partes iguales. En cambio, cuando sólo actuaba uno de los socios, este se hacía propietario, acreedor o deudor en virtud del acto realizado, pero debía comunicarlo a sus socios, los terceros sólo establecen vínculo jurídico con él, no con los coasociados.

c. Responsabilidad. Los socios al actuar debían poner en los asuntos sociales la misma diligencia que en los suyos propios, por lo que respondían de su dolo y falta.

B. Personalidad Jurídica. " A diferencia de la asociación, dotada de personalidad jurídica, la sociedad no actúa en el mundo del Derecho como sujeto individual y autónomo. Dado que es una simple relación contractual entre socios, es decir una relación interna, no trasciende para nada al exterior " <sup>10</sup>. Por su parte, el maestro Petit nos menciona que si bien la mayoría de las sociedades carecían de personalidad

jurídica existían algunas que teniendo autorización legislativa se convertían en personas morales independientes de los socios.

La disolución de las sociedades se lograba ejercitando la acción comunidividendo si acaecía alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Llegada del plazo o condición.
- b) Imposibilidad de realizar el fin por el cual se creó.
- c) Muerte de uno de los asociados ya que era intuito personae.
- d) Pérdida de todo el patrimonio de uno de los socios.
- e) Mutuo consentimiento de todos los asociados.
- f) Renuncia de uno de los asociados.

## 2.2. La Sociedad en nuestro Sistema de Derecho.

El maestro Garrigues, considera que la Sociedad, es una especie de asociación, cuyo concepto es más amplio, a la cual hace referencia el Código Civil español en su artículo 35 al definir a las personas morales: " **Asociación es toda unión voluntaria, duradera y organizada de personas que ponen en común sus fuerzas para conseguir un fin determinado** " <sup>11</sup>.

El artículo 2670 del CCDF al definir a las asociaciones señala que: " Cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación ".

En las definiciones que presentan ambos Códigos cabría el

concepto de Sociedad sino fuera por la característica que lo distingue que es el tener un fin económico, la cual, ha quedado perfectamente excluida de la definición que nos da el Código Civil del D.F., no así en la del Código Civil Español.

Para el maestro Garrigues " la noción jurídica de sociedad se compone de dos aspectos: el contractual que asume una noción unitaria y el organizativo que es una noción múltiple " <sup>12</sup> ya que existen diversas formas societarias dependiendo de la organización que se le dé.

### 2.2.1 Concepto legal de Sociedad.

Se ha dejado establecido que en un sentido muy amplio es posible considerar a la sociedad como una especie de asociación, sin embargo, es necesario establecer el concepto de sociedad. Tanto el Derecho Español como el nuestro, aceptan la subsistencia de sociedades civiles y mercantiles, muestra de ello es que se acepta que la sociedad mercantil constituya un contrato y un comerciante a la vez ( característica reconocida en la fracción II del artículo 3 del Código de Comercio ).

La coexistencia de sociedades civiles y mercantiles en nuestro derecho, hace necesario distinguir entre unas y otras, ya que ello deriva consecuencias distintas como son:

a) Conforme a los artículos 2 y 5 del Código de Comercio las Sociedades mercantiles deben constituirse siempre ante fedatario público ( ya sea corredor o notario público ) e inscribirse en el Registro de comercio, las civiles, pueden constituirse solamente por escrito, y ante notario solo

cuando, haya transmisión de bienes, registrándose en el Registro de sociedades civiles.

b) " Una vez constituida la sociedad mercantil queda sometida a las prescripciones del Código de Comercio en punto a la llevanza obligatoria de ciertos libros que no se imponen a la Sociedad Civil " <sup>13</sup>, estos libros hacen referencia a la contabilidad que debe de llevar el comerciante conforme al artículo 33 del Código de Comercio.<sup>14</sup>

c) La insolvencia de la sociedad mercantil, queda sometida a las disposiciones de la quiebra de acuerdo a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, y la de la sociedad civil a las disposiciones del concurso civil conforme al Código Civil.

Los anteriores puntos, si bien es cierto que señalan diferencias entre una sociedad y otra, no dan un criterio por el que una sociedad deba ser civil o mercantil.

Al respecto, el artículo 116 del Código Español de Comercio establece que " el contrato de Compañía por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código ".

En opinión del maestro Garrigues, la anterior definición no deja entrever los aspectos más peculiares de la sociedad mercantil sino que nos muestra el contenido de toda sociedad sea civil o mercantil <sup>15</sup> por lo que propone se establezca un criterio que permita hacer dicha distinción considerando al respecto lo siguiente:



1. El artículo 116 del Código de Comercio Español, señala que son compañías mercantiles las que se constituyan con arreglo al mismo y en cambio, el artículo 1662 del Código Civil Español señala la libertad para constituir una sociedad civil salvo los casos en que se aporten bienes inmuebles o derechos reales, incluso a las sociedades civiles que adopten forma mercantil se les podrán aplicar disposiciones del Código de Comercio, mientras no se opongan a las del Derecho Civil.

Para el maestro Garrigues el hecho de que el artículo 1670 permitiese a las sociedades civiles revestir cualquiera de las formas reconocidas para las mercantiles borra toda distinción entre unas y otras, razón por la cual, el Tribunal Supremo Español ha señalado que las mercantiles deben constituirse en Escritura e inscribirse en el registro mercantil, ya que si no son mercantiles.

2. Habiendo eliminado el criterio de la forma como distintivo entre una y otra sociedad, no es suficiente el criterio de la constitución para distinguir unas de otras. Lo que determina la calificación mercantil de la sociedad es la naturaleza de la actividad, el tener por objeto cualquier empresa industrial o de comercio.

Por tanto, el concepto de Sociedad mercantil tiene dos elementos: el material o real que se constituye por la naturaleza de la actividad desempeñada y el formal que se refiere a la forma de constitución especial y propia, que el propio Tribunal Supremo Español reconoce como necesarios para conformar una sociedad civil.

Bauche Garcíadiego acertadamente no dice que " **La doctrina**

española,... destaca la imposibilidad de distinguir en cuanto al fondo una sociedad Civil de una mercantil y olvida que esta misma imposibilidad ocurre si se intenta distinguir cualquier contrato mercantil de su correlativo civil, atendiendo al contenido de obligaciones " 16, ya que dichas obligaciones son idénticas, la mercantilidad del acto va afectar elementos adyacentes sean de naturaleza objetiva, real o formal, nunca la esencia del acto en sí.

A diferencia del Derecho mercantil español que sí da una definición de lo que es un sociedad mercantil, nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no establece una definición propia de lo que podemos entender como Sociedad mercantil en contraposición a lo que es una sociedad civil, y sin embargo consideramos que es posible establecer lo que esta es. Podemos tomar como primer punto de partida, el artículo 2688 del CC D.F. interpretándolo a contrario sensu en su parte final, el cual, a la letra dice:

" Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial "

Y no sólo se puede tomar en cuenta ese artículo, sino que la doctrina mexicana, principalmente Joaquín Rodríguez y Rodríguez si distingue entre sociedad civil y sociedad mercantil, ya que:

" el sistema mexicano actual es un sistema formal sin excepciones ni atenuaciones, en cuanto a la ley mercantil y mixto, en lo que se refiere al

derecho civil. Agrega, que tres artículo hay que tener en cuenta para mantener esa afirmación. El 2688 CCDF, que define al contrato de Sociedad Civil y elimina del mismo a aquellas sociedades cuyo objeto sea una especulación mercantil (criterio objetivo-negativo); el 2695 del CCDF que establece que las sociedades Civiles con forma mercantil se regirán por las disposiciones de las Sociedades mercantiles; y el artículo 4 de la LGSM que dispone que se reputan mercantiles las sociedades que se constituyen en alguna de las formas reconocidas en el artículo primero de esta ley " 17

Se podría añadir un cuarto artículo a los tres señalados por tan distinguido tratadista el 2693 del CCDF Fr. I en el cual se dispone, que el contrato social de una sociedad civil debe de contener los nombre y apellidos de los otorgantes de tal forma que significa que las sociedades civiles sólo pueden ser formadas por personas físicas y no por personas morales.

Como se podrá observar ya es posible que se establezca una definición de lo que es una sociedad mercantil y para ello tomamos como nuestra la que da el maestro Mantilla Molina: " el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil "18

### 2.3. Personalidad Jurídica de la Sociedad.

" La Sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos, rebasando su personalidad física " 19 en algunos casos en forma total y absoluta y en otros no tanto, constituyendo su propia personalidad, que se fue reflejando a través de la autonomía

patrimonial de que goza la sociedad.

Tanto el artículo 116 del Código de Comercio Español en su segundo párrafo como el segundo de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles reconocen la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

Para Ferrara, " la personalidad jurídica no es más que una forma jurídica para conseguir más adecuadamente los fines sociales. Un sistema de unificación de las relaciones, mediante la constitución de un nuevo sujeto; no un ente vital o fantasma que como extraño penetre entre los socios y se trague sus derechos. Ser una persona jurídica quiere decir haber o no recibido del Derecho objetivo un ordenamiento unitario " 20.

Todas las personas ( capaces ) están dotadas de voluntad ( carácter esencial ), la cual presupone un fin, y a su vez el hecho de que exista un fin, implica voluntad, y dado que las sociedades tienen un fin común por lo tanto las sociedades son personas. " **La personalidad moral de las sociedades es un mero instrumento para velar y proteger el interés jurídico -res quod interest- de los socios, sin que sea admisible hablar de un interés propio -institucional- del ente " 21**

Toda sociedad cuenta con patrimonio, ya que para poder realizar el fin social, es necesario que la sociedad cuente con bienes, dado que no es concebible una persona sin patrimonio, y así al tener la sociedad un patrimonio propio constituye una universalidad nueva que necesariamente debe de tener personalidad.

En nuestra legislación, el artículo 25 Fr III del CCDF reconoce en forma genérica que la sociedad tenga personalidad jurídica al señalarlas como personas morales, el cual a la letra dice:



"Son personas morales:

I ...

II ...

III Las sociedades civiles o mercantiles ...."

Y no sólo este artículo les reconoce personalidad jurídica sino también el artículo 3 del Código de Comercio al señalar que se consideran comerciantes las sociedades que se constituyan conforme a las leyes mercantiles. El propio artículo 2 de la LGSM confirma esto al declarar que tienen personalidad jurídica las Sociedades inscritas en el Registro y las que se hayan exteriorizado como tales ante terceros.

Por ello, consideramos válida la opinión de Ferrara en cuanto a que las Sociedades en última instancia tienen personalidad jurídica porque la ley les ha otorgado tal carácter, ya que constituyen verdaderas ficciones de Derecho.

La personalidad jurídica de las sociedades dice Barrera Graf, cuenta con las siguientes características:

1. Se otorga a dos o más personas, lo cual desde nuestro punto de vista es incorrecto, ya que propiamente, la personalidad se otorga al ente creado por la voluntad de ellas, puesto una persona no puede contar con dos personalidades.

2. Que los socios sean personas físicas o jurídicas, salvo en aquellos casos en que la ley disponga que sólo sean personas físicas.

3. " Que la reunión de los socios(la sociedad), debe actuar, y ser o poder ser conocida externamente, mediante publicidad legal (inscripción en el RPCO), o de hecho ( su exteriorización ante



terceros) " 22.

4. Es un medio o instrumento por el cual, los socios realizan fines que:

- Se les prohíbe realizar individualmente.
- Los que no están a su alcance ya que requieren una capacidad económica, jurídica y técnica que va más allá de sus capacidades. Por eso, cuando la sociedad queda sometida a la voluntad de uno de los socios, en opinión de Barrera Graf, se desestima la personalidad jurídica de la sociedad, ya que no se cumplen los fines sociales, sino los del socio.

El hecho de que las Sociedades tengan personalidad jurídica genera diferentes consecuencias entre las que encontramos las siguientes:

a. Capacidad Jurídica.- Esta implica el poder ser sujeto de derechos y obligaciones ( Capacidad de goce ) y poder ejercitarlos ( Capacidad de ejercicio ).

Unido al concepto de sociedad, siempre encontramos que concurren ambas capacidades. En virtud de que la sociedad es una ficción jurídica, existen algunos doctrinistas que pretenden negar que tenga capacidad de ejercicio, lo cual es totalmente erróneo ya que en primer lugar si la tiene y la ejercita a través de sus órganos y más propiamente por medio de los titulares de los mismos, que se encargarán de la realización de todos aquellos actos que correspondan a la Sociedad , esta afirmación encuentra fundamento en el Art. 10 de la LGSM al establecer que los

administradores de la sociedad son sus representantes; en segundo lugar porque no tendría ninguna razón jurídica el crear una ficción como es la sociedad que no pudiere ejercitar por sí sus derechos y obligaciones.

Ahora bien, podemos decir que la capacidad de una sociedad encuentra su límite dentro de su objeto social, ya que tanto los Arts. 26 y 27 del CCDF como el 10 de la LGSM señalan que las sociedades pueden ejercitar y realizar todos los actos inherentes a su objeto, por medio de sus administradores salvo lo que establezca la ley y el contrato social de tal forma que los representantes " **no podrán realizar operaciones extrañas al objeto de la Sociedad** " <sup>23</sup>.

Para el maestro Mantilla Molina tales actos no deberían de ser declarados nulos cuando son ajenos al objeto de la sociedad, sino que debieran ser considerados como aquellos que se efectúan por las sociedades irregulares que se han exteriorizado ante tercero, por lo que respecta a sus efectos.

Se puede resumir todo lo antes referido en cuatro puntos:

- Tiene individualidad propia, actúa con su propio nombre.
- Tiene capacidad para contratar.
- Actúa como comerciante.
- Es un sujeto o persona diferente de lo socios con obligaciones y derechos propios.

b. Patrimonio Propio.- Es uno de los signos más evidentes que

son consecuencia y a la vez demuestran la personalidad jurídica de una sociedad.

Se conforma con el conjunto de bienes y derechos con deducción de sus obligaciones, inicialmente (al crearse la sociedad) únicamente está conformado por las aportaciones de los socios, pues en ese momento se identifica el capital social con el patrimonio.

El patrimonio va a ser la garantía que tendrán las personas que contratan con la sociedad, y que a diferencia del Capital que es estático, constituye un concepto dinámico ya que incluye dentro de sí al capital y todos aquellos bienes, derechos y obligaciones que la sociedad tenga, y es por ello que existen diversas regulaciones que protegen al patrimonio.

Si bien es cierto que con el patrimonio la sociedad va a hacer frente a sus obligaciones respecto a esta responsabilidad hay dos posibilidades:

- " De las deudas sociales responde exclusivamente el patrimonio de la sociedad " <sup>24</sup>, como es el caso de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada.

- " De las deudas sociales responde no sólo el patrimonio de la Sociedad, sino el particular de los socios, sea en el mismo grado que el de la Sociedad, sea en segundo grado respecto del patrimonio social " <sup>25</sup> aplicable a las sociedades colectivas y a los socios colectivos de las sociedades en comandita.

Existen casos en que la responsabilidad del socio se ve ampliada, aunque el mismo ya no sea socio o bien sea un socio nuevo y al

respecto, los Arts. 13, 14 y 17 de la LGSM establecen las siguientes reglas:

- El socio que sale, continúa respondiendo por las obligaciones celebradas antes de su salida.
- El socio que entra, responde de todas las obligaciones anteriores o posteriores a su entrada.
- Tanto el que enajena como el que adquiere acciones que no han sido totalmente cubiertas, responde de las obligaciones, pero primero deben exigirse a este que a aquel.

El hecho de contar con su patrimonio propio, trae como consecuencia, que exista una independencia de la sociedad respecto de los socios, la cual será en mayor o menor grado, dependiendo del tipo de sociedad de que se trate, y por ello, es posible que se establezcan relaciones jurídicas entre la sociedad y sus socios.

c. Nombre y domicilio.- Ambos son atributos necesarios de la personalidad, ya que no es posible admitir se dote de personalidad jurídica a una entidad que no es identificable, o bien que carezca de una residencia o lugar en donde deba cumplir o sea obligada a cumplir con sus obligaciones.

d. Nacionalidad.- Toda persona por el hecho de ser siempre tiene nacionalidad, sin importar si se trata de una persona física o moral.

La nacionalidad de una sociedad es importante, a fin de determinar las leyes que les serán aplicables y si es posible el establecimiento de la misma en otros países. En nuestro sistema jurídico,

existen sociedades que aunque son mexicanas por haberse constituido conforme a nuestras leyes y tener su domicilio social en nuestro país se ven sometidas a una regulación especial como es la Ley de inversión mexicana y regular la extranjera, cuando dentro de ellas, alguno de sus accionistas es extranjero o bien su inversión se considera extranjera.

#### 2.4 Elementos del Negocio Social.

Nuestra legislación, no la mercantil, sino la civil, conceptúa, como se apuntó anteriormente a las Sociedades como contratos. Al respecto, dentro de la doctrina, existen opiniones encontradas, ya que algunos autores sostienen que la sociedad si es un contrato; otros en cambio como Barrera Graf y Garrigues, sostienen que la sociedad es un contrato de naturaleza especial, en cuanto a la formación de la sociedad y una actividad en cuanto al funcionamiento de la misma; y otros como Mantilla Molina y Rodríguez y Rodríguez siguiendo a Duguit no la consideran así ya que:

a) " Conforme a los artículos 1792 y 1793 del CCDF, el contrato es un acuerdo de voluntades que produce o transfiere derechos u obligaciones, sin que de la definición legal resulte su eficacia para crear personas jurídicas " 26 .

b) En la sociedad, los socios no son acreedores de los otros, sino que la sociedad es acreedora de sus aportaciones por la personalidad jurídica de la que esta dotada.

c) Existe una comunidad de fin porque se satisfacen intereses



comunes no antagónicos como en los contratos.

Es por ello, que se ha preferido denominar este apartado así, porque, ya sea que se le considere o no como contrato la sociedad, seguirá siendo un negocio jurídico.

Dejando a un lado las discusiones doctrinarias, hay que distinguir entre los elementos Esenciales y los Accidentales o de funcionamiento que conforman el negocio social, ya que la falta de unos y de otros genera consecuencias distintas, pues en el caso de los segundos la ley puede suplir esas deficiencias.

a. Elementos Esenciales.- Se toman principalmente del Derecho Civil y son:

1. Consentimiento.- Es la manifestación de voluntad de los socios que desean constituir esa sociedad, " **que se proyecta estando de acuerdo ( conviniendo) con su finalidad, y con los bienes o servicios que ellos aportan a ese efecto, los que forman el patrimonio inicial de la sociedad ( Capital social ) " 27.**

La voluntad de participar en una Sociedad, y constituir dentro de ella una relación permanente y de adquirir el status de socio, o sea, el conjunto de derechos y obligaciones que les es propio o affectio societatis.

Generalmente, ese consentimiento se da simultáneamente a la formación de la sociedad, ante fedatario público, o en forma posterior por la admisión de nuevos socios que aporten nuevo capital, o que adquieran las acciones de uno de los socios, o que dicho consentimiento sea en forma sucesiva como en el caso de sociedades anónimas que se constituyen

mediante pública suscripción ( Art. 93 LGSM ).

¿Qué sucede cuando existen vicios en el consentimiento de alguno de los socios? ¿El negocio social es nulo?

La respuesta a estas preguntas se debe de hacer tomando en cuenta lo que el Derecho civil al respecto dispone, ya que tanto el consentimiento como la capacidad son figuras eminentemente civiles. Dicho vicio, sólo generará la nulidad o inexistencia del acto para el socio no la nulidad o inexistencia del negocio social ( Arts. 1812 y 224 CCDF ), aunque, hay veces que la nulidad del acto del socio, trae como consecuencia que se afecte algún elemento esencial del negocio social, como podría ser la disminución del mínimo de socios que requiere una sociedad y que da lugar a que la sociedad sea disuelta ( Art. 229 Fr. II LGSM ).

Propiamente, ese consentimiento debe manifestarse, mediante la *affectio societatis*, es decir aquella voluntad y deseo constante de formar parte de una sociedad.

2.Objeto (Aportación).- El objeto del contrato, son las aportaciones que cada uno de los socios esta obligado a dar o hacer, a fin de poder conformar el Capital social que será integrante del patrimonio de la sociedad, ello en corelación a lo que señalan los Arts. 1824, 1825 y 2688 del CCDF.

Bajo concepto de aportación, dice Garrigues que se debe entender " **todas las prestaciones prometidas por el socio en vista de la futura consecución del fin social previsto en el contrato** " 28, constituyéndose en el medio para conseguir el fin social y que por lo tanto,

aportación, es todo lo que sea adecuado para la obtención de una ganancia ( dinero, cosas, mercancías, derechos, servicios personales y técnicos, etc. ), o sea todo aquello que sea susceptible de transmitirse o que las leyes no impidan ello.

Es común, que al hablar de aportación, se conceptúe como tal, la que se hace en dinero o en bienes, olvidándose de que existen otros tipos de aportaciones, para ello, hay que considerar lo siguiente ( Art 2689 CCDF ):

1. Aportación de bienes.- son propiamente las aportaciones en sentido estricto, constituyéndose por todos aquellos " **objetos patrimoniales que salen del patrimonio del socio y pasan a integrar el fondo social** " <sup>29</sup>. Es decir, se constituye por todas aquellas cosas corporales o incorporales, que teniendo una valoración económica, pasan a formar parte del Capital Social para luego formar parte del Patrimonio.

La aportación típica que se hace es la de dinero, ya que este facilita la obtención de otros bienes.

2. Aportación de industria.- Para Garrigues son las aportaciones impropias; ya que son actividades personales que se prestarán a la sociedad, sin que estas lleguen a formar parte del patrimonio, o prestaciones de hecho, cuando se transfieran como integrantes de una empresa.

Este tipo de aportaciones, sólo son susceptibles de admitirse en las sociedades de tipo personalista como son las Sociedades en nombre colectivo, las sociedades en comandita simple ( Arts. 40, 49 y 57 LGSM ) y

las cooperativas ( Art. 1 Ley General de Sociedades Cooperativas ).

3. Aportaciones de Capital.- Se constituyen por el dinero bienes propiedad del socio o derechos reales o personales de los cuales sea titular, la totalidad de todos esos bienes, y derechos aportados por los socios, integran el Capital Social, por lo que el mismo, equivale a la suma de todas estas ( Art. 6 Fr. VI LGSM y 1 Fr. I Ley General de Sociedades Cooperativas ).

Por regla general, todas las aportaciones de capital son traslativas de dominio en cuanto a los bienes salvo que exista estipulación en contrario ( Art 11 LGSM ), y no sólo eso, sino que coincidiendo con las opiniones de los maestros, Bauche Garcíadiego y Garrigues, creemos que esto es aplicable respecto de todos aquellos derechos que el socio transmita a la sociedad, denominándose en este caso aportaciones traslativas. En cambio, cuando las aportaciones otorguen un derecho de la sociedad sobre uno del socio se llamarán constitutivas ya que crean o dan un derecho sobre otro, no transfieren.

Nuestra Ley General de sociedades mercantiles, en su artículo 12 hace una salvedad respecto de las aportaciones traslativas, al establecer que el socio que aporte créditos responderá no sólo de la existencia y legitimidad de los mismos, sino de la solvencia del deudor al momento de aportar, en cuanto a títulos de crédito que no han sido objeto de publicación para casos de pérdida.

Acertadamente, Garrigues afirma que si bien es vital que en la sociedad haya aportaciones, lo esencial antes que nada, para que una



sociedad pueda existir, es que el socio se haya obligado a hacer la misma, ya que si no, técnica y jurídicamente hablando respecto de él no habría sociedad, dicha afirmación encuentra sustento en los Arts. 2688 y 2689 CCDF, 6 Fr. VI, 64, 89 Fr. III LGSM ( justificándose aquí que no todo el Capital social sea pagado en las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad limitada ).

Para que la aportación que se haga a la sociedad, tenga validez, es necesario que reúna las siguientes características:

- Transmisible .

- Propia y adecuada para la satisfacción del fin de la sociedad ( Art. 2688 CCDF ). En relación a este punto, existe una amplia libertad para determinar que aportaciones son aptas para ello, y sino se cuenta con la libertad de venderlas para conseguir los recursos aptos para ello.

- Valorizables en dinero, cuando las mismas son aportaciones de Capital ( Art 6 Fr. VI LGSM ).

3. Causa u Objeto del Negocio Social.- La causa del negocio social es la obtención de un fin común, el cual primordialmente tiene dos momentos:

a. Obtener ganancias

b. Que estas sean repartidas, por ello es nulo todo pacto leonino que excluye a un socio de participar en la ganancias, sólo haciéndolo participar en las pérdidas, ya que va contra el reparto equitativo de las mismas ( Art. 17 LGSM ).



Es cierto, que estos dos momentos van a conformar la causa u objeto de la sociedad, más no ha quedado claro como se va a lograr este. El mismo, se logrará a través del establecimiento de lo que se ha llamado OBJETO SOCIAL, el cual determinará las actividades a las cuales habrá de dedicarse la Sociedad, y aquellos actos que sin ser primordiales o parte de su actividad preponderante, pueda desempeñar.

En principio, parecería lógico que la sociedad pudiese realizar cualquier actividad, sin necesidad de que la misma quede establecida en la escritura constitutiva de la misma.

Al respecto, nuestra LGSM en la Fr. II del Art. 6, es un tanto limitativa, ya que obliga a que se expresen las actividades ( objeto social ) a las cuales habrá de dedicarse preponderantemente, sin embargo, no existe disposición expresa que nos diga que sucede si ello no se expresa así. Es nuestra opinión, si bien propiamente no existe una disposición concreta al respecto, nuestro sistema siguiendo a la escuela inglesa es limitativo, ya que la limitación proviene de ciertas leyes especiales, como son todas las que regulan el Sistema Financiero, las cuales, determinan el que tipo de sociedades que pueden realizar estas actividades, misma que han sido previamente autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, o bien como la Ley de Inversión extranjera al establecer límites en lo cuales lo pueden participar empresas mexicanas que cuenten con capital extranjero.

Si bien los anteriores elementos son los esenciales del negocio social, y su falta implica que dichas sociedades sean nulas ( según sea el caso ) y que entren en liquidación ( Art. 3 LGSM ) nuestra Ley General de

Sociedades Mercantiles tiene dentro de sí algunos otros en las primeras 7 fracciones del artículo 6 de la misma, de los cuales unos, derivan de los anteriores, y otros son consecuencia de la personalidad jurídica de las mismas a saber:

- 1) Nombres, nacionalidad y domicilio de los socios
- 2) Objeto de la sociedad ( Objeto social )
- 3) Nombre ( Razón o denominación )
- 4) Duración
- 5) Capital social
- 6) Aportaciones de los socios y su valoración
- 7) Domicilio de la sociedad

b) Elementos no esenciales.

Existen en el citado artículo otros elementos del negocio social, cuya falta genera la suplencia de la propia ley, es decir si bien, dichos elementos son necesarios, su falta en el negocio social implica que se entiendan incluidos en los términos que la ley señale, al respecto el artículo 8 de la LGSM dispone " En caso de que se omitan los requisitos que señalan las fracciones VIII a XIII, inclusive, del artículo 6, se aplicarán las disposiciones de esta ley ".

Dichos elementos, se refieren a la administración de la sociedad, nombramiento de administradores, distribución de utilidades y pérdidas,

respecto al fondo de reserva, casos de disolución de la sociedad anticipadamente y bases para la liquidación.

## 2.5 Diferencia entre Empresa y Sociedad.

Teniendo establecido el concepto y los elementos característicos de la sociedad, es posible, establecer una clara distinción entre esta y la empresa. Esta necesaria ya que, " **es frecuente confundir la empresa con la sociedad Mercantil que la organiza y explota; es decir, confundir el todo con la parte** " 30 31.

Para Garrigues, el concepto de empresa, lo han tomado los legisladores españoles para distinguir la Sociedad civil de la mercantil. Por ello, el Código de comercio español en su Art. 117 establece que el objeto de las sociedades mercantiles es la explotación de una empresa cualquiera que esta sea ( siempre y cuando sea lícita ). Por tanto, es evidente que existe un nexo estrecho entre la empresa y la sociedad y por ello es fácil confundir una cosa con la otra.

Esa confusión de conceptos, puede resolverse si tomamos en cuenta que:

a) " **La sociedad mercantil nace a la vida del Derecho con un objeto determinado y este objeto es la explotación de una empresa** " 32

Derivándose su profesionalidad de su acto constitutivo, en el cual ha quedado establecido su objeto.

b) Entre la empresa y la sociedad, hay interconexiones, ya que esta última es consustancial a la primera, de tal forma que lo que afecte a la sociedad afecta a la empresa y viceversa.

c) " El patrimonio de la Sociedad mercantil, singularmente el de la Sociedad Anónima, se confunde con el de la empresa ". 33 34

d) La empresa y la sociedad se sustentan en elementos organizativos. Pero en la empresa, se organizan los factores de la producción, mientras que en la sociedad, la anónima principalmente, lo que se organiza uno de esos elementos, el empresario, el cual a su vez se encarga de organizar a la empresa.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, podemos decir que la empresa y la sociedad son conceptos distintos porque:

1. La sociedad tiene personalidad jurídica que le ha sido reconocida y otorgada por el Derecho mediante una ficción ( Arts. 25 CCDF, 3 Fr. II CCom, 2 LGSM ), en tanto que la empresa carece de esta si bien es una Institución jurídica reconocida por el derecho y por lo tanto, la misma no es sujeto sino objeto de Derecho.

Por ello, como consecuencia de esto tenemos que la sociedad es titular o empresaria de la empresa, o sea es quien la organiza y dirige. Si la empresa tuviere personalidad jurídica no sería necesario distinguir entre esta y la sociedad, siendo entonces que ambos conceptos serían equivalentes, dejando a un lado a los comerciantes individuales que también son titulares de empresas sin que los mismos formen parte de una sociedad.

2) " La empresa es un concepto económico y su concepto jurídico de ella, coincide con él " <sup>35</sup>, en cambio tanto la sociedad como el empresario son conceptos jurídico que en forma directa son regulados por el derecho, la regulación jurídica de la empresa en cuanto a que así se regulan actividades realizadas por el empresario es indirecta.

3) En la sociedad, se organiza jurídicamente al ente colectivo, en cambio en la empresa, se organizan las fuerzas productivas, pero " la organización de la Sociedad es la base de la organización de la empresa " <sup>36</sup>.

4) Una sociedad siempre implica la existencia de una empresa, ya que es el titular de la misma, pero en cambio, la existencia de una empresa no implica la de una sociedad, ya que su titular puede ser un comerciante individual.

---

<sup>1</sup> GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1984, lo referente a la sociedad.

<sup>2</sup> Ob. cit. p. 307.

<sup>3</sup> IGLESIAS, Juan. Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado, Ed. Ariel, Barcelona 1967. p.448 y 449.

<sup>4</sup> Ibidem

<sup>5</sup> PETIT, Eugene. Curso Elemental de Derecho Romano, Ed. Epoca, México, 1985. p. 406

<sup>6</sup> Ibidem

<sup>7</sup> Ibidem p. 409

<sup>8</sup> Es conveniente revisar al respecto lo que el maestro Petit señala al respecto, ya según, se conformaba la figura de la copropiedad respecto a dicho bien, lo cual acutalmente no sucede, pues la transmisión implica la pérdida de la propiedad. Ibidem p. 409-410

<sup>9</sup> Op. cit. p. 410.

<sup>10</sup> IGLESIAS, Juan. Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado, Ed. Ariel, Barcelona, 1987. p. 450.



- 11 GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1984, p. 307.
- 12 Ibidem.
- 13 Ibidem p. 309.
- 14 Actualmente, las sociedades civiles, dado que para la ley fiscal son contribuyentes, están obligadas a llevar ciertos libros y contabilidad, más no porque su naturaleza civil se los exija.
- 15 No coincidimos con la opinión de tan ilustre tratadista, ya que consideramos que el artículo en comento si nos permite entrever criterio de distinción entre ambos tipos de sociedades (civiles y mercantiles).
- 16 BAUCHE GARCIA DIEGO, Mario. La empresa. Nuevo Derecho Industrial, contratos Comerciales y sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, Segunda edición, México, 1990, p. 650.
- 17 Ibidem p. 651.
- 18 MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil, Ed. porrúa, México, 1990 p. 189.
- 19 GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. p. 347
- 20 Ibidem p. 348
- 21 BARRERA GRAF, Jorge, citando a coufal Diaz Garza Eric. Instituciones de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1989 p. 284.
- 22 Ibidem.
- 23 MANTILLA MOLINA, Roberto L. Op. cit. p.
- 24 GARRIGUES, Joaquín Op. cit. p. 349.
- 25 Ibidem.
- 26 MANTILLA MOLINA, Roberto L. Op. cit. p. 228.
- 27 BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 269.
- 28 GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 349.
- 29 BAUCHE GARCIA DIEGO, Mario. Op. cit. p. 688.
- 30 Autores Varios. Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, Ed. Porrúa. Cuarta Edición, México, 1985, p. 1263.
- 31 El CFF confunde ambos términos al definir a las empresas como las sociedades que realicen actividades empresariales.
- 32 GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 316.
- 33 Ibidem.
- 34 Tomando aquí como patrimonio de la empresa todos los elementos que la forman, sin que implique patrimonio como atributo de la personalidad jurídica, ya que la empresa no lo tiene.
- 35 GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 317.
- 36 Ibidem.

### III. LAS AGRUPACIONES DE EMPRESAS

#### 3.1 Concepto.-

Vivimos en una época, donde cada día es mayor la globalización de los mercados, y precisamente esta, se refleja en la agrupación de las empresas o bien en su concentración.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM define a la concentración como: "**Fenómeno jurídico y económico, mediante el cual dos o más empresas o sociedades civiles o mercantiles, inciden en un sólo centro de decisión, sea para efectos puramente administrativos o para la consecución de un fin socio económico o únicamente económico**".<sup>1</sup>

Cuando se habla de concentración, para Garrigues, el término es fundamentalmente económico, ya que propiamente, no hace referencia alguna a una institución jurídica, y ello, nos lleva necesariamente a admitir que, la concentración surge la mayoría de las veces por otras razones más prácticas que jurídicas, pero que la praxis jurídica está obligada a estudiar y darles una connotación en el campo del Derecho. Todo esto implica necesariamente que, surjan distintos vínculos entre las diferentes empresas sin que, por ello, tengan que perder su independencia o personalidad jurídica.

Para Cervantes Ahumada, la concentración de empresas no es sino una consecuencia natural del desarrollo capitalista que, las empresas

siguen en forma invariable, es decir, todas buscan el camino de la agrupación alrededor de otra empresa que se encarga de realizarla, con el único propósito de mejorar las condiciones de producción y préstamo de los servicios, y de ejercer un cierto control sobre el mercado.

Lo anterior, necesariamente, para el citado tratadista, conduce al monopolio, lo que ha provocado el surgimiento de legislaciones antimonopólicas. No coincidimos con esta opinión, porque si bien es cierto que las agrupaciones de empresas pueden llegar a constituir monopolios, no necesariamente es así. Por ello, el racionalizar la producción en serie o en masa del comercio, la competencia en los mercados que requieren mayor concentración, la competencia en los mercados que requieren mayor concentración, necesitan estar regulados para evitar prácticas monopólicas, no porque de esencia lo sean, sino porque pueden llegar a serlo.

La concentración, no siempre se efectúa de la misma forma, ya que la doctrina ha señalado que cuando la misma se realiza entre empresas que tienen el mismo objeto, nos encontramos ante una **Concentración Horizontal**, pero cuando se agrupan diversas empresas que corresponden a diferentes estadios de la fabricación de un producto o de diferentes, se está ante la presencia de una **Concentración Vertical**.

Esa necesidad de concentración de los empresarios, se refleja en primer lugar en la sociedad misma, donde cada uno de los socios aporta algo, pero al resultar insuficiente esta, surgen las agrupaciones de empresas, principalmente societarias, es decir, aquellas que engloban empresarios colectivos principalmente.

Por eso, no podemos negar que:

El fenómeno ha existido en la práctica societaria de nuestro país, praxis que ha rebasado el estudio de las mismas, creando como si fuese en el orden natural, una maraña de sociedades que, generadas por la sociedad comercial, han crecido esperando hasta ahora que la ciencia jurídica se ocupe de ellas, sus formas, definiciones, análisis y elementos.<sup>2</sup>

Lo anterior, nos lleva al planteamiento de problemas en el Derecho Privado, en relación a sociedades, competencia entre empresas, al punto de llegar a considerar en algunos casos la presencia de monopolios, régimen jurídico al cual han de quedar sometidos, su permanencia o temporalidad, y su factibilidad de desarrollarse dentro del sistema jurídico en que se encuentren.

Tanto Ascarelli como Barrera Graf, coinciden en que la concentración de empresas se realiza mediante acuerdos y convenios que hacen los empresarios, sea para regular la producción, venta de productos o servicios de tal forma que todos establecen una disciplina que todos han de seguir y respetar.<sup>3</sup>

El objeto primordial por el que se presentan estas agrupaciones es el lograr una unidad de decisión, independientemente de que sus efectos jurídicos sean distintos ( se pierda o no la independencia jurídica ), dependiendo del tipo de acuerdo, convenio o contrato de que se trate.

En sus Instituciones de Derecho mercantil, el maestro Barrera Graf considera que la concentración como fenómeno se presenta bajo tres aspectos:

a) Uno Contractual, por el cual, los empresarios ( colectivos o individuales ) pactan dicha concentración ello como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

b) Otro corporativo o societario, en cuanto al funcionamiento, política y facultades con que cuenten los empresarios por virtud de la agrupación.

c) Por último uno político y legislativo, respecto de la política que tome el Estado, y las limitantes y limitaciones que ello implique. En nuestro país, esas, las encontramos en el artículo 28 Constitucional así como en la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992 y que, sustituye a la Ley de Monopolios de 1934.

### 3.1.1 Características de la Concentración.

Es cierto que, este fenómeno sea natural al capitalismo ya que, como se dijo en párrafos anteriores los motivos son primordialmente económicos, pues la economía actual, " **se desarrolla en función de la gran empresa** " <sup>4</sup> que no sólo es la causa, sino el efecto de que la concentración se lleve a cabo.

Son las necesidades del mercado las que han impulsado el agrupamiento de las empresas, ya que las mismas necesitan ser competitivas para poder permanecer en el mercado, y todo esto, se refleja en las siguientes características que nos proporciona Joaquín Rodríguez y Rodríguez:



A) Concentración industrial y comercial.- Porque la acumulación de capital, genera un mayor beneficio y lleva a agruparlo cada vez más.

Precisamente, el deseo de obtener mayores ganancias, conlleva la necesidad de aumentar lo que el denomina " Capital Constante " ( materia prima, maquinaria, etc. ). De esto, se derivan dos consecuencias:

1. Desaparecerán aquellas empresas que no sean capaces de competir con empresas que así se encuentren estructuradas.

2. " **Centralización de las empresas, que en su fusión persiguen en su fusión o simplemente en su coordinación la eliminación de los factores de concurrencia " 5.**

Todo lo anterior, se ve reforzado también por otros factores como son : superioridad técnica de unas empresas sobre otras, sea porque tengan mejor maquinaria o técnicos o bien tengan una disminución de gastos considerable, se mejoren incluso las condiciones de transporte y venta de las mercancías, de tal forma que el volumen de estas aumente.

B) Producción en Serie.- Se fabrican productos totalmente homogéneos, absolutamente iguales, de la misma calidad, de tal forma que son sustituibles, ello a diferencia de la producción artesanal, que implica buena calidad, durabilidad y variabilidad en el precio.

Sin embargo, lo anterior no es una característica esencial, ya que existe la posibilidad de que empresas artesanales, se agrupen sin que necesariamente deban producir así, sino que se organizan para poder exportar por ejemplo.

C) Organización científica del trabajo. - Ello determinará, la forma en como se ha de producir, vender así como se ha de distribuir el mismo, estableciendo así un orden y disciplina, que permitirá una mayor organización, mayor producción, mejor calidad, y más ganancias en menos tiempo.

D) La integración. - Es quizá, la característica más importante, pues en la actualidad la empresas se encuentran estrechamente ligadas por los diferentes trabajos que realizan y que coordinados entre sí producen productos finales para su venta, o bien se encargan unas de colocarlos en el mercado en las mejores condiciones de competitividad. De tal forma que una empresa ante la imposibilidad de realizar todo esto, necesita de las otras para ello y de un mecanismo que regule dichas relaciones.

Precisamente, esa integración es el elemento que refleja el fenómeno que se ha tratado de explicar, pues demuestra la necesidad, de que las empresas tengan una unidad de poder para permanecer en el mercado.

Ahora bien, el que las empresas se encuentren integradas entre sí, no necesariamente significa que no haya especialización, todo lo contrario, las empresas integradas como resultado de una organización financiera, mantienen su independencia jurídica y especialización.

### 3.2 Antecedentes

Si bien, la agrupación de empresas, es un fenómeno a nivel mundial, es en Estados Unidos donde ha tenido su principal desarrollo así

como los comienzos de su regulación, es ahí, donde comenzaron a surgir los monopolios y cárteles que llegaron a dominar el mercado, y, como reacción surgió la Sherman Act (1890), la cual, no regulaba a las holdings, y por ello, los trust y cárteles pasaron a ser controladoras, hasta que algunas se convirtieron en monopolios, y por ello, en 1914 surgió la Clayton Act que permitía dichas figuras, en tanto no fuesen monopólicas y no invadiesen la libre competencia.<sup>6</sup>

El fenómeno que surge también en Alemania casi a la par que en Estados Unidos, como respuesta a la desmedida concurrencia de los productores, que llevaba a vender a precios muy bajo, a no vender abajo de ellos, o bien, a fabricar determinados productos en cantidades mínimas, de tal forma que se encontraban, ante una ruina inminente, situación que los forzó a establecer acuerdos o convenios industriales, mediante los cuales se creaba una sola voluntad para el mercado como era: no vender por debajo o por encima de un precio previamente establecido, o bien, no rebasar o exceder un volumen prefijado de producción, tal y como sucede con los países de la OPEP, y finalmente que todas las gestiones comerciales, se concentraran en una sola empresa, es decir, que esta se encargara de realizarlas, garantizándoles así un mercado a todas las empresas participantes, en dichos convenios.

En América Latina, este fenómeno aparece a mediados de este siglo, " ante la potencialidad de las empresas norteamericanas que ha obligado a los empresarios a recurrir a la formación de sociedades controladoras, con el objeto de no ser desplazadas por aquellas " <sup>7</sup> por

ello corresponde a la legislación, mercantil principalmente, regular estas organizaciones comerciales para evitar el aniquilamiento económico y político que podrían sufrir las empresas que no pertenecieran a esas organizaciones, cuando las mismas constituyeren competencia desleal o bien actividades monopólicas.

Las primeras manifestaciones de este fenómeno que se presentaron en la vida comercial fueron:

1. El trust.- Mediante el cual los accionistas de distintas sociedades, de una rama determinada del comercio confiaban a la empresa dedicada a " **la explotación comercial o industrial de esas sociedades agrupadas** " <sup>8</sup>. Lo anterior de tal forma, que, las acciones quedaban nulificadas y los accionistas sólo quedaban con el derecho de participar en los beneficios; " **pero no en la gestión de empresas** " <sup>9</sup>, y ello fue así que devino monopolio y por ello surgió la Sherman Act.

2. Holding.- Aquella empresa que se encargaba de detentar la mayoría de las acciones de otras, de tal forma que, así tenía el control de su administración y de sus operaciones.

3.- Cartel.- Figura que surgió en Alemania, donde los productores se asociaban para lograr el control del mercado.

### 3.3. Formas de Clasificar Agrupaciones de empresas.

Para que se pueda realizar una adecuada clasificación de las agrupaciones de empresas, es menester, determinar en primer lugar dos



puntos de vista dice Garrigues:

1. De coordinación y subordinación, para determinar si la dominación que se pretende es: a) Hacia fuera, es decir para controlar el mercado o bien, b) Si esta es hacia dentro, lo que significaría que no necesariamente se busca controlar el mercado en forma directa, sino abarcarlo más, por medio de la unión de patrimonios. Lo cual puede ser a través de la subordinación (unas empresas participan en otras, caso de las holdings) o por coordinación (caso de los consorcios y carteles).

2.- Naturaleza real y obligación de la vinculación<sup>10</sup>.- Se hace referencia a la forma en que se establecen nexos entre las diferentes empresas como son: a) Real, dentro de la cual no sólo se incluyen " **las adquisiciones de propiedad de una empresa ( compra, fusión, etc. )**, sino las adquisiciones de participación en una empresa ( consorcio de accionistas que posee la mayoría en distintas Sociedades anónimas )" <sup>11</sup>.

b) Las formas de unión de diversas empresas, que vía contractual son ilimitadas.

Es precisamente, que tomando este segundo criterio Champaud señala que genéricamente existen dos tipos de agrupaciones:

A) Agrupaciones con estructuras societaria.

B) Agrupaciones con estructura contractual.



Pero en tanto en uno como en otro caso lo que se persigue es la unidad de decisión, la cual, sólo se puede lograr mediante el control que se establece en el primero de estos criterios.

Dentro de las agrupaciones que forman una nueva figura jurídica, con estructura societaria, Champaud incluye a:

1.- Grupo Industrial, se formará por empresas que tengan actividades conexas o similares entre sí, y que se han sometido a una dirección, por haber constituido una sociedad para ello.

2.- Grupos Financieros, aquí, el control de las empresas, o sea la unidad de decisión, se establece por una empresa, a través del control accionario.

3. El Grupo Personal, " cuya característica es contar con un mismo cuerpo de administración " 12.

4. Sociedad de Sociedades o Filial Común. De ella, existen dos modalidades: a) En las que las acciones se poseen en su mayoría por las sociedades de ese grupo y la dirección, queda a cargo de una sociedad directriz y b) " la que tuviera el propósito de formar una unidad de mandos común e imponentes a todas las Sociedades del grupo, sociedades que serían independientes entre sí y cuyo control se ejercer por sociedades participantes en forma colectiva " 13.

En cuanto a las agrupaciones que asumen una forma contractual, Chamapaud, propone: a) Los Contratos de Unión ( uniones

temporales, colaboración ) y b) Los contratos de integración.

No es adecuado que a las agrupaciones de empresas con estructura societaria, mencione este autor que forman una figura jurídica nueva, porque podría llevar a la conclusión de que las agrupaciones de naturaleza contractual no constituirán figura jurídica alguna, cuando en realidad , si lo hacen, por ello, consideramos más correcto utilizar la expresión " Agrupaciones con carácter societario" ( Ya que su organización es símil a la de una sociedad ).

Hausman, señala que existen tres diferentes grupos Conexiones para clasificar a las Agrupaciones :

1. Conexiones reales que se dividen en :

- a) Adquisición de objeto y empresa.
- b) Adquisición de participación con subordinación o coordinación.
- c) Crear nuevas entidades para unir empresas por relaciones de coordinación y subordinación.

2. Conexiones obligatorias:

- a) Conexiones con subordinación y coordinación.
- b) Conexiones especiales.

3. Conexiones mixtas:<sup>14</sup>

Rodríguez y Rodríguez, señala que, las agrupaciones de empresas son una especie ( la más importante quizá ) de el fenómeno de concentración de empresas ( como se habrá podido observar para este

estudio, se han empleado ambas expresiones como sinónimas ). El dice que, existen concentraciones de empresas que propiamente no constituyen agrupación como es el caso de la ampliación de una empresa o bien, el crecimiento de la misma, no podemos negar que, en principio tan ilustre jurista tenga razón, sin embargo los ejemplos que nos presenta en nuestra opinión, no constituyen una concentración sino simplemente lo que él se refiere, simplemente una ampliación, o crecimiento, a continuación presentamos la clasificación que de las concentraciones el realiza:

I. Concentración interior de empresas, que incluye la ampliación y crecimiento.

II. Concentración exterior con tres modalidades: a) Con desaparición de algún titular jurídico ( fusión ).

b) Sin desaparición de algún titular jurídico, que serían las agrupaciones de empresas según él ( Cártel, Konzern, etc. ).

c) Con creación de un nuevo titular jurídico ( Sociedad de Sociedades ) <sup>15</sup>

Kaskel, propone la siguiente clasificación:

1. Uniones contractuales transitorias para fines determinados, sin limitación de la independencia jurídica de las empresas ( Consorcios ).

2. Uniones contractuales duraderas con pérdida de la independencia jurídica ( Fusión ).

3. Uniones contractuales con mantenimiento de la independencia jurídica de las empresas:

a) Para la regulación de la producción, del precio y de las relaciones con la clientela (Cártel).

b) Para todos los demás fines especiales como son la comunidad de ganancias o la obtención de materias primas (Konzern).

Siguiendo un poco la anterior clasificación se puede establecer una clasificación de las agrupaciones tomando como punto de partida su duración en el tiempo, de tal forma que tendríamos dos tipos de agrupaciones de empresas:

1. Las temporales.- Aquellas cuya duración solamente será en tanto se efectúa el objeto mismo que llevó a su creación, de tal forma que una vez satisfecho este, la agrupación ya no tiene porque continuar, como sería en el caso del Joint venture.

La Ley Española de Asociaciones y de Uniones de Empresas de 1964 señala como características de estas las siguientes:

- El plazo de vigencia, será igual al de la obra o servicio por el que se constituya, con un límite máximo de 10 años, prorrogables en casos excepcionales.

- La necesidad de que se nombre un gerente único, que cuente con poderes suficientes de todos los miembros para ejercitar y contraer todos los derechos y obligaciones de la agrupación.

- " La responsabilidad solidaria de los empresarios agrupados frente a terceros, por las operaciones realizadas en beneficio común "16 .

2. Las Duraderas o Estables.- Las duraderas, tienen una duración indefinida en el tiempo. Por tanto, su permanencia es más prolongada que las anteriores, ya que hay elementos que le dan esa fijeza. Se denominan así porque de suyo, sabemos. sabemos que las empresas, sobre todo las societarias, tienen una duración en el tiempo necesariamente, que puede llegar a ser ampliada por voluntad de sus socios.

En una situación similar a la anterior se encuentran las agrupaciones estables, ya que las mismas durarán en tanto su objeto no sea imposible, o bien haya transcurrido el plazo para el cual se crearon.

Se han señalado diversos criterios para clasificar a las agrupaciones de empresas, ahora bien, para un buen desarrollo de la presente tesis se dividirá a las agrupaciones de la siguiente manera:

I. Agrupaciones que forman una Persona Jurídica.

II. Agrupaciones que no forman una Persona Jurídica.

3.4 Agrupaciones que forman una Persona Jurídica.

Estas tienen como característica, que independientemente de las relaciones ( nexos ), que entre ellas se establezcan, se crea al efecto una



nueva persona jurídica en consecuencia de dicha agrupación, entre estas encontramos:

#### 3.4.1 La fusión.

Es la forma máxima de concentración que se puede dar, entre los empresarios sociales, ya que desaparece la pluralidad de estos así como de empresas.

Esta es la " **unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran reciprocamente para que una organización jurídica unitaria sustituya a una pluralidad de organizaciones** " 17.

Verdaderamente es una unión jurídica además de económica, porque en ella, los patrimonios de las diferentes organizaciones se unen para formar uno solo, y bajo una sola dirección, ya que sólo una organización, de todas será la titular.

El fenómeno que conocemos como fusión, comprende dos figuras diferentes, que algunos sistemas jurídicos como el italiano, el francés y el suizo distinguen:

a) La fusión propiamente dicha, en la que todas las sociedades desaparecen, y de todas ellas surge una nueva.

b) La fusión por absorción, en esta, todas las sociedades desaparecen excepto una de la cual pasan a formar parte las demás.

Al respecto de ambas, Copper Royer, considera que son fenómenos distintos. En cambio, Ferri, los considera modalidades de un

mismo fenómeno, donde la compenetración de varias sociedades, es un elemento constante y que, por lo tanto, hace posible un tratamiento único.

Nuestro Derecho, siguiendo la opinión de Ferri, admite ambos tipos de fusión como manifestaciones de un sólo fenómeno, tal y como se desprende de los Arts. 222 a 225 de la LGSM. El artículo donde más acentuada queda la diferencia entre una y otra es el Art. 226 que establece: **" Cuando de la fusión de varias sociedades haya de resultar una distinta, su constitución se sujetará a los principios que rigen la constitución de la sociedad a cuyo género haya de pertenecer "**.

En la fusión, siempre existe la disolución de una sociedad, por lo menos, y lo que falta generalmente es la liquidación, implica transmitir a título universal a otra el patrimonio a cambio de acciones que esta entrega a los accionistas de aquella o aquellas.

La fusión, por tanto, tiene tres supuestos:

a) La disolución de todas o de alguna ( s ) de las sociedades que se fusionan.

b) Transmisión en bloque de los patrimonios de las sociedades disueltas a la nueva o absorbente.

c) Paso de los socios que integraban las sociedades extinguidas o disueltas a la nueva o a la absorbente.

Ello implica necesariamente que:

La desaparición de la fusionada se efectúa sin que haya necesidad de liquidarlas, este es un caso en que son claramente visibles las figuras de la disolución y liquidación, ya que en este caso se da la primera sin darse la segunda y no hay liquidación en virtud de que no se da la desaparición del patrimonio sino la transmisión a título universal de este 18.

La fusión entre distintas sociedades, requiere el acuerdo de todas y cada una de las sociedades a fusionarse internamente, así como de la formulación de un acuerdo de fusión entre todas ellas, de tal manera que ello comprende dos momentos:

A) En el primero, los órganos internos de las sociedades deberán resolver al respecto conforme a lo que dispongan sus estatutos ( Art. 222 LGSM ).

El Art. 182 de la ley en comento en su Fr. VII determina que dicho acuerdo, se tomará en Asamblea Extraordinaria de Accionistas. sin embargo, el Lic. Carlos Enrigue pone en evidencia un detalle importante ya que con la reforma que se hizo al Art. 178 del propio ordenamiento ( DOF 11 de Junio de 1992 ), se estableció la figura del acuerdo unánime fuera de asamblea que deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Estar previsto en estatutos.
- b) La resolución tomadas así, lo sea por unanimidad de votos de los accionistas que representen la totalidad de las acciones o bien de la

categoría especial de acciones.

c) Estas tienen igual validez que si se hubieren tomado en Asamblea.

d) Deben establecerse por escrito.

e) En caso de no estar previstas en estatutos, se estará a lo que diga la ley.

El autor citado formula la siguiente pregunta ¿ Podrá un acuerdo de estos determinar la fusión de una sociedad ?

El mismo, responde que no existe impedimento legal alguno, ya que el legislador, ha establecido dos sistemas de emisión de voluntad de los accionistas, ya sea que la voluntad se exprese en Asamblea donde deberá ser en forma mayoritaria, salvo que la escritura social establezca un porcentaje mayor, o bien unánime en caso de acuerdo societario extrasamblea.

B) En el segundo momento, las sociedades celebran un convenio de fusión ( claro está que, si se tratare de fusión propiamente dicha en la que se crea una nueva sociedad, deberán ser cumplidos, todos los requisitos legales para ello ).

Esos acuerdos, deberán de inscribirse en el RPCO y publicarse en el periódico oficial del domicilio de las sociedades, publicando el último balance de cada una de ellas así como la forma en que se vaya cubrir su pasivo ( Art. 223 LGSM ).

Existen a nivel mundial dos sistemas, de acuerdo al momento en que la fusión tiene efectos:

A) El Alemán.- En este, la fusión se realiza sin que haya liquidación, pero los bienes de las sociedades que desaparecen forman una masa separada de los de la sociedad fusionante, en tanto los acreedores de las fusionadas no sean garantizados o satisfechos sus créditos. " **Con ello la fusión opera de un modo incompleto, y la separación de patrimonios dificulta el desarrollo del empresario social resultante " 19**. Lo que lo hace similar a la aceptación de la herencia que se hace a beneficio de inventario.

Por ello, en dicho sistema, sólo es admisible la fusión por incorporación. En nuestra opinión, esto presenta, un problema más de orden práctico que jurídico, ya que aunque la fusión, es inmediata, ( lo cual no sucede en nuestro derecho, salvo el acuerdo general con todos los acreedores de las fusionadas ), tendremos, sin embargo, como resultado una persona jurídica con diversos patrimonios aislados.

B) El Italiano.- En este sistema, la fusión no es inmediata ya que los acreedores cuentan con un término para oponerse a la misma ( que generalmente es de 30 días ), de tal forma que durante dicho término la fusión queda suspendida, y una vez transcurrido, este, la misma opera y los bienes de las fusionadas, se confunden con los de la fusionante, pasan a ser garantía para los acreedores de ambas sociedades.



Por lo anterior, precisamente, este sistema resulta más práctico que el otro, ya que posibilita a los acreedores a oponerse a la misma en tanto no sean garantizados o satisfechos sus créditos. ello una vez que la fusión ha sido debidamente publicitada, de tal suerte que si durante ese lapso en que esta no opera, los acreedores que se consideren en riesgo de perder sus créditos, podrán oponerse en forma judicial, y la fusión no se decretará en tanto no haya ejecutoria que declare que dicha oposición es infundada.

Nuestra LGSM emplea este sistema para regularla como se desprende del Art. 224 de la misma que a la letra dice:

**" La fusión no podrá tener efecto sino tres meses después de haberse efectuado la inscripción prevenida en el artículo anterior.**

**Durante dicho plazo, cualquier acreedor de las sociedades que se fusionan podrá oponerse judicialmente en la vía sumaria, a la fusión, la que se suspenderá hasta que cause ejecutoria la sentencia que declare que la oposición es infundada.**

**Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión,..."**

#### 3.4.1.1 La fusión como agrupación de empresas

¿Cuál es la naturaleza de la fusión? ¿Es en realidad una agrupación de empresas, sino lo es, como la podemos catalogar?

Responder a lo anterior, no es tan sencillo como podría parecer, ya que se deben considerar las diversas opiniones que existen, de tal forma

que se esté en posibilidad de poder evaluar cual de ellas, verdaderamente responde a estas cuestiones.

Existen algunos tratadistas que, consideran a la fusión como un medio por el cual, se disuelve la sociedad ( entre ellos Vivante ). Si bien, esto es cierto en principio, pues como quedó establecido necesariamente se disolverán las sociedades que formarán la nueva o que se integrarán a otra es insuficiente admitir que la fusión agote su esencia con la disolución.

Para otras doctrinas, el efecto de la fusión, no es sino un contrato de constitución de sociedad, en los que la disolución y la liquidación, son previas para que esta exista. Admitir que, haya liquidación para que exista fusión, es negar, o más bien destruir a la figura, ya que, precisamente, la misma implica que no la hay. Es decir, si existiera la liquidación como presupuesto, lo que se estaría haciendo es regresar a cada socio lo que le correspondería, y hacer pagos a los acreedores para posteriormente quedar en la posibilidad de llegar a formar parte de otra sociedad, de tal forma que, ya no tendría sentido determinar cuando surtiría efectos la fusión, pues no existiría, sino simplemente la creación de una nueva sociedad por accionistas de sociedades que han sido liquidadas, porque no habría unión ni cesión en bloque de patrimonios como se pretende en la fusión, sin necesidad de liquidar.

Para Ascarelli así como para otros, la fusión implica una sucesión universal, en la que hay una novación subjetiva del deudor. si bien es cierto lo anterior, cabe aclarar que dicha novación para que pueda tener lugar se le concede al acreedor derecho para oponerse a la misma durante

un período determinado de tiempo ( Art. 224 LGSM ) que, se refuerza con lo establecido por el Art. 2051 del CCDF al señalar que para que haya substitución de deudor el acreedor debe consentirlo expresa o tácitamente.

Por su parte otras doctrinas, dicen que la fusión implica transmisión patrimonial a otra sociedad, adquiriendo los socios de esta la calidad de tales en la nueva sociedad.

Una vez que se han conocido las principales opiniones respecto de esta figura, corresponde ahora emitir una opinión, y para ello, hacemos nuestras las palabras del Maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez: " **La fusión, supone un acuerdo de modificación de los estatutos, que determina la disolución sin liquidación y la adhesión a un contrato de sociedad, nuevo o ya existente, acompañado de la correspondiente aportación** "20.

En apoyo a esta afirmación, están los Arts. 223 y 224 de la LGSM, al referirse a la sociedad que nace o subsiste, y las que se extinguen. Además, como ya se indicó, no tendría sentido que la sociedad nueva o absorbente adquiriese los derechos y obligaciones de las fusionadas, si éstas ya han sido liquidadas, la fusión, es una causa de disolución voluntaria que se encuentra contenida en la Fr. III del Art. 229 de la LGSM.

Se ha respondido a la primera de las preguntas que se formuló, pero no ha quedado establecido ¿ Si la fusión agrupa empresas o no ? La

respuesta que se debe dar, es sí ya que reúne dentro de sí los elementos necesarios para ser considerada como tal.

Ahora bien, a pesar de que la fusión si es una agrupación de empresas, sólo lo es , en cuanto al propio acuerdo de fusión que celebran todas las empresas que lo llevan a cabo, las cuales desaparecen una vez que este surta sus efectos, subsistiendo o naciendo otra sociedad. Ya que una vez consolidada la misma, todas las empresas agrupadas, pasan a formar una sola ( más fuerte, más capacitada, etc. ), que en su origen fue el resultado de la reunión de otras.

Lo anterior, reviste tal importancia, si consideramos que la fusión, constituye la agrupación de empresas por excelencia, cuya duración es la más breve de todas ( en tanto surte efectos o se consolida ). Ello porque la fusión, implica ligar empresas, de tal manera que, pierden su individualidad jurídica y económica en forma absoluta y pasan a formar parte de otra entidad jurídica única.

### 3.4.2 Las Holding o Controladoras

Las Sociedades Controladoras ( Holdings ), Constituyen junto con sus controladas, uno de los tipos y ejemplos concentracionistas más conocidos, debido a la liga que existe entre la primera sociedad y las otras, ya que aunque jurídicamente son independientes, constituyen una unidad



económica tal que ha trascendido al campo jurídico, haciendo necesaria su regulación.

Saúl Argeri define a la empresa Holding como:

La empresa que controlando mediante la posesión de la mayoría del paquete accionario a muchas Sociedades de Capital y por ende, dominándolas, en cadena sus actividades con el objeto de dominar el mercado, integrar alguna o varias de sus secciones de producción no explotada o sustituyéndolas por razones económicas propias a otras de las empresas y racionaliza sus funcionamientos con el objetivo, entre otros, de disminuir el riesgo de inversión al distribuir su capital en distintas empresas, lo cual permite compensar pérdidas eventuales en una o algunas de ellas con beneficios obtenidos en otra y otras; dominar una empresa siendo tenedora de acciones en cantidad superior al 50% y en muchos casos frente a divergencias entre accionistas o falta de unión entre ellos, obtener mayorías incluso escaso capital accionario <sup>21</sup>.

De lo anterior, resulta evidente, que la holding es una empresa dominadora de otras ( controladas o filiales) ya que tiene poder de decisión sobre las otras. Generalmente para poder ejercer ese poder, es necesario que tenga el control de más de 50% del capital, pero ello no siempre tiene porque ser así, ya que incluso, lo podrá ejercer con porcentajes menores cuando los propios accionistas de las dominadas, no utilizan su derecho de voto en forma asistemática, dejando el control en manos de ella <sup>22</sup>.

#### 3.4.2.1 Sistemas de control de las Holdings

Existen dos sistemas tradicionales por medio de los cuales, la holding ejerce su control:



a) Sistema Vertical o Controladora Vertical.- En este, la sociedad controladora, tiene en su patrimonio las acciones de sus filiales ( controladas ). Participa en forma directa y generalmente mayoritaria, sea constituyendo las mismas o bien, adquiriendo sus acciones o partes sociales, según sea el caso, quedando el resto de su capital en manos de empresas societarias o individuales.

Por regla general, tanto la holding como sus controladas se erigen como S.A. de C.V., de tal forma que ya sea en el acto de constitución o mediante una adquisición posterior, la primera de estas, obtiene la mayoría del capital de la otra, para quedar así, en la posibilidad jurídica de determinar el manejo de ellas.

La característica esencial de estas, es que el control de la Sociedad es absoluto y directo sobre las controladas ( Véase esquema 1 )

b) Sistema Horizontal o de control Indirecto o Controladora Horizontal.- Como su nombre lo indica, en este caso, la sociedad madre ( controladora ) no participa en forma directa en todas y cada una de sus controladas. Ejerce el control por medio de una en la cual participa directamente, la cual, a su vez, controla a otra, y así sucesivamente, hasta terminar con la última de las sociedades que pertenezca al grupo.

La sociedad controladora, sin tener acciones en las demás las controla vía las demás integrantes, a este sistema. Algunos doctrinistas lo han denominado " Sociedades en Cadena " . ( Véase esquema 2 ).

Consideramos, que, podría existir un tercer sistema, uno mixto ( mezcla de los dos anteriores ), de tal forma que la controladora ejercería control directo sobre varias filiales y uno indirecto sobre aquellas en las que

algunas filiales ejercieron un control directo ( Véase esquema 3 ).

#### 3.4.2.2 Las Controladoras en México

Este tipo de sociedades, nacieron en forma paulatina a raíz de la necesidad de una sociedad que, se dedicaba a una actividad y que, posteriormente añadía otras actividades que, por determinadas razones no anexaba a su objeto social, sino que implicaban la creación de nuevas empresas, sobre las que tenía control.

La Comisión Nacional de Valores nos proporciona un criterio de carácter interno para identificar a las controladoras, distinguiendo:

a) Las Controladoras Puras.- que son aquellas cuyo único objeto es la tenencia, adquisición y control de otras sociedades, sin que ella desarrolle alguna actividad productiva por sí ( industrial o comercial ).

b) Controladoras mixtas.- La que además de controlar empresas, se dedican a la explotación de una industria, comercio o bien, prestan servicio determinado.

El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, dice que la propia CNV les impone determinados requisitos: a las puras en cuanto a su objeto debe consistir en la tenencia de acciones de las dominadas, dar asesoría técnica, contable y financiera, otorgar préstamos o créditos a sus controladas, avalar deudas contraídas por estas, designar sus órganos de Administración, adquirir los bienes y derechos necesarios, para su objeto, y respecto de las segundas, señala requisitos para el Consejo de su Administración.

Dentro de nuestro Derecho, existe una escasa regulación de esta figura, la LISR, establece una cierta regulación de las controladoras y sus controladas.

Entre otras cosas, señala la LISR lo que son controladoras para efectos fiscales diciendo que: Son las sociedades que residan en México, propietarias de más del 50 % de acciones con derecho a voto de otras sociedades a las que controla, incluso, cuando la propiedad, sea por conducto de otras sociedades que ella controle, y que por ningún motivo, más del 50 % de sus acciones con derecho a voto sean propiedad de otras, salvo que residan en otro país. No se computan las acciones colocadas entre el gran público inversionista, de conformidad a las reglas que dicte SHCP ( Art. 57 A Frs. I-III LISR ).

La misma LISR establece cuales Sociedades se consideran controladas: Aquellas cuyas acciones con derecho a voto en más de un 50 % se posean directa o indirectamente por una controladora o sus controladas, o bien la controladora o sus controladas tienen hasta el 50 % de sus acciones y ejercen sobre ella control efectivo el cual al efecto es cuando:

a) La mayoría de sus actividades las realiza con la controladora o sus controladas.

b) La controladora, o sus controladas, junto con otras personas, tengan participación superior al 50 % en sus acciones.

c) Si la controladora o sus controladas, tienen una inversión tan importante que les permita ejercer influencia en las operaciones de esta ( Art. 57 C LISR ).

El Art. 57 D Fr. II del mismo ordenamiento, establece cuando una sociedad no es ni controladora ni controlada: Las Instituciones de Crédito, de Seguros, Fianzas, Organizaciones Auxiliares de Crédito, Casas de Bolsa y de Cambio, lo cual no es así ya que, la Ley para regular las Agrupaciones Financieras publicadas en el DOF el 18 de julio de 1990 en el párrafo primero de su artículo 7 establece lo siguiente:

Los grupos a que se refiere la presente Ley estarán integrados por una sociedad controladora y por algunas de las entidades financieras siguientes: Almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, casas de bolsa, casas de cambio, empresas de factoraje financiero, instituciones de banca múltiple, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, así como por sociedades operadoras de sociedades de inversión.

De esto, se deduce entonces, que estas si pueden ser controladas, más no así controladoras.

Quizá lo más importante que establece al efecto la LISR es la opción con que cuentan las controladoras para presentar un resultado fiscal consolidado, ( lo que evidencia que nos encontramos ante una holding ), el que, deberá presentarse durante cinco años, de acuerdo con los siguientes requisitos:

a) Que se cuente con la autorización de los representantes de las controladas y de SHCP. b) Determinar sus estados financieros por contador público autorizado, y que estos, reflejen la consolidación fiscal. c) Hacer un análisis comparativo de los cinco ejercicios anteriores, entre la suma de resultados fiscales o impuestos consolidados contra la suma de resultados fiscales individuales actualizados de las controladas o



controladora, para determinar la diferencia de impuestos no pagados por haber elegido la consolidación fiscal, que se deberá pagar al presentar la declaración de consolidación de cada ejercicio ( Art. 57 A y 57 B ).

Los Art. 57 E al 57 P, establecen la forma en que habrá de determinarse el resultado fiscal consolidado, así como de las obligaciones que contrae la controladora, como son llevar registros de ella y sus controladas para identificar conceptos de consolidación, llevar registros para determinar utilidad, presentar declaración de consolidación en los cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio.

Existe en nuestro sistema jurídico, otra ley que regula a las Controladoras, la Ley para Regular Agrupaciones Financieras, que excluye de su regulación a sus controladoras que no dirijan grupos financieros.

Entre sus disposiciones, dicha ley establece que:

a) Esta controladora, en todo tiempo, será propietaria de acciones que representen el 51 % de cada uno de los integrantes de su grupo ( Art. 15 LPRAF párrafo segundo ).

b) Debe de estar facultada para nombrar a la mayoría de miembros del Consejo de Administración de cada una de sus integrantes ( Art. 15 LPRAF )

c) Dicha sociedad, sólo puede tener por objeto adquirir y administrar acciones emitidas por los integrantes del grupo ( Art. 16 LPRAF primer párrafo ). Se trata entonces, de una controladora pura.

d) En ningún caso, y, por ningún motivo, podrá celebrar operaciones propias de las entidades financieras integrantes ( Art.16 LPRAFsegundo párrafo ).



e) Su duración, deberá ser indefinida y su domicilio social, deberá establecerse en el país ( Art.16 LPRAF tercer párrafo ).

f) Sus Estatutos, y cualquier modificación, deberán ser aprobados por SHCP oyendo la opinión de Banco de México, comisión Nacional Bancaria, Valores, Seguros y Fianzas, según corresponda, y una vez aprobados se inscribirán en el RPCO ( Art. 17 LPRAF )

En artículos posteriores, se establecen las series de acciones en que se dividirá su capital social, donde la Serie A representará en todo tiempo el 51 %, la Serie B hasta el 49 % y la Serie C hasta el 30 %, prohibiendo que las entidades integrantes participen, a salvo cuando sea como inversionistas institucionales.<sup>23</sup>

Fuera de la legislación comentada, en nuestro país, no hay ley alguna, que en forma específica regule a las controladoras, salvo que también consideremos lo que establece la Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992, ya que en su art. 6 define como concentración:

**" La adquisición del control o cualquier acto por virtud el cual se concentren Sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.."**

Es cierto, que, los grupos de empresas ( con o sin controladora ), son concentraciones, pero no es de esencia que sean monopólicos, como muchos tratadistas afirman, sin que por ello se niegue que pueden llegar a serlo, consideramos que la redacción del artículo referido, es deficiente,

porque dentro de lo que define como concentración, vuelve a emplear el mismo término, dejando ambigüedad y oscuridad en el mismo.

Se hace referencia a esta Ley, sin profundizar mucho en ella, ya que al analizar el consorcio, se abundará en la misma.

### 3.4.2.3 Regulación Chilena sobre Controladoras

En la Ley de Sociedades Anónimas y Fondos Mutuos Chilena, a diferencia de nuestra LGSM, se regula en forma específica a las controladoras dentro del título " De las Filiales y Coaligadas".

Dentro del artículo 86 de dicho ordenamiento se establece que " Es Sociedad Filial de una S.A., que se denomina matriz, aquella en la que esta controla directamente, o a través de otra persona natural o jurídica más del 50 % de su capital con derecho a voto o del Capital, sino se tratare de una Sociedad por acciones o puedan elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores ". Aquí, no sólo define a la filial, sino también a la propia controladora o matriz como se puede observar, concepto, el cual coincide con el que ya se había establecido.

La ley en comento, prohíbe expresamente que las filiales de una S.A. matriz, participen recíprocamente de sus capitales en ella, ni aún en forme indirecta, por lo tanto prohibiría lo que algunos denominan Sociedades en círculo donde la primera posee la mayoría de una la que posee la mayoría de otra, y así sucesivamente hasta que la última de estas participa en la primera, cerrando un círculo.

Es más, se establece que, si dicha participación ocurriere por virtud de una fusión o incorporación, ello se deberá hacer constar en los libros respectivos, y durará cuando más un año. ( Art. 88 )

En cuanto a la forma en que se han de llevar las operaciones entre la matriz y sus filiales, sea directa o indirectamente, debe regir la equidad igual que como prevalece en el mercado, de lo contrario, los administradores de estas, serán responsables de los daños y perjuicios que se causen ( Art.89 )

La Sociedad matriz, deberá llevar cuenta de las inversiones que tengan en sus filiales así como las modificaciones a las mismas, dándolos a conocer a sus accionistas, de acuerdo a los requisitos que establezca el Reglamento.

La matriz, también deberá dice el Art. 90 presentar un balance consolidado y el dividendo mínimo correspondiente a los accionistas, deberá calcularse sobre las utilidades líquidas consolidadas.

---

<sup>1</sup> Autores Varios. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, Ed. Porrúa, México, 1991 Tomo I p. 562.

<sup>2</sup> ENRIGUE ZULOAGA, Carlos Algunos comentarios acerca de las Agrupaciones de Empresas, Tesina, México, 1992. p. 1

<sup>3</sup> Es conveniente hacer un análisis profundo, sobre lo que ambos, autores opinan, ya que en gran medida, la mayoría de las agrupaciones se forman así.

<sup>4</sup> BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1989. p. 562.

<sup>5</sup> RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Tratado de sociedades Mercantiles, Ed. Porrúa, 1947. p. 619.

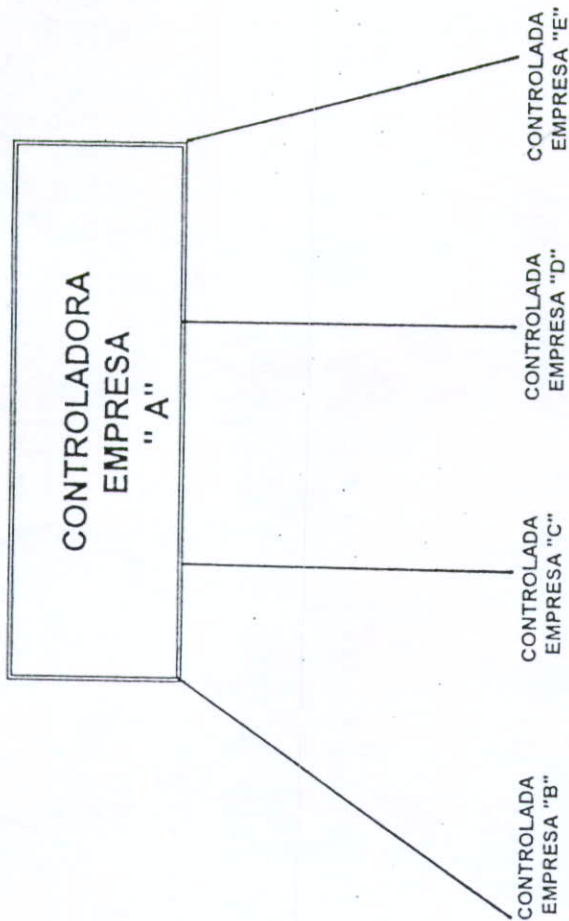
<sup>6</sup> Es conveniente, analizar, en la tesina de ENRIGUE ZULOAGA, Carlos, Op.cit. p.1, lo que menciona respecto del nacimiento de las agrupaciones, ya que como las mismas llegaban a formar monopolios, surgen dichas leyes.

<sup>7</sup> Autores Varios. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Op. cit. p. 562.

<sup>8</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil, Ed. Herrero, México, 1964. p. 192 Citando a Hammel.

- <sup>9</sup> Ibidem
- <sup>10</sup> Véanse los comentarios de Haussman que son recogidos por el maestro GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1964. p. 622, cuando comenta las agrupaciones de empresas.
- <sup>11</sup> Ibidem.
- <sup>12</sup> ENRIGUE ZULOAGA, Carlos Ob. cit. p.6
- <sup>13</sup> Ibidem.
- <sup>14</sup> RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Ob. cit. p. 622
- <sup>15</sup> Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, en Ibidem hace una clara explicación de esta, en las pp 622 y 623 de su Tratado.
- <sup>16</sup> GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. p. 628.
- <sup>17</sup> RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Ob. cit. p. 624.
- <sup>18</sup> ENRIGUE ZULOAGA, Carlos. Ob. cit. p. 27.
- <sup>19</sup> GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. p. 612.
- <sup>20</sup> RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Ob. cit. p. 628
- <sup>21</sup> ENRIGUE ZULOAGA, Carlos. Ob. cit. p. 27.
- <sup>22</sup> Véase la cita que de Santa María hace BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit p. 739.
- <sup>23</sup> Al respecto, véanse los Arts. 18, 19 y 20 de la LPRAF.

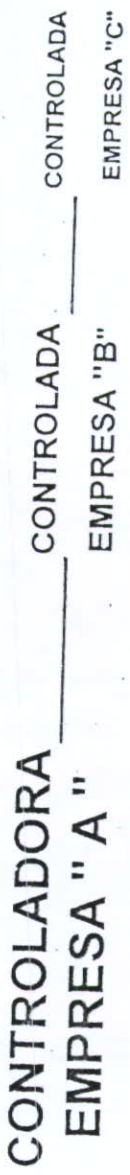
ESQUEMA 1



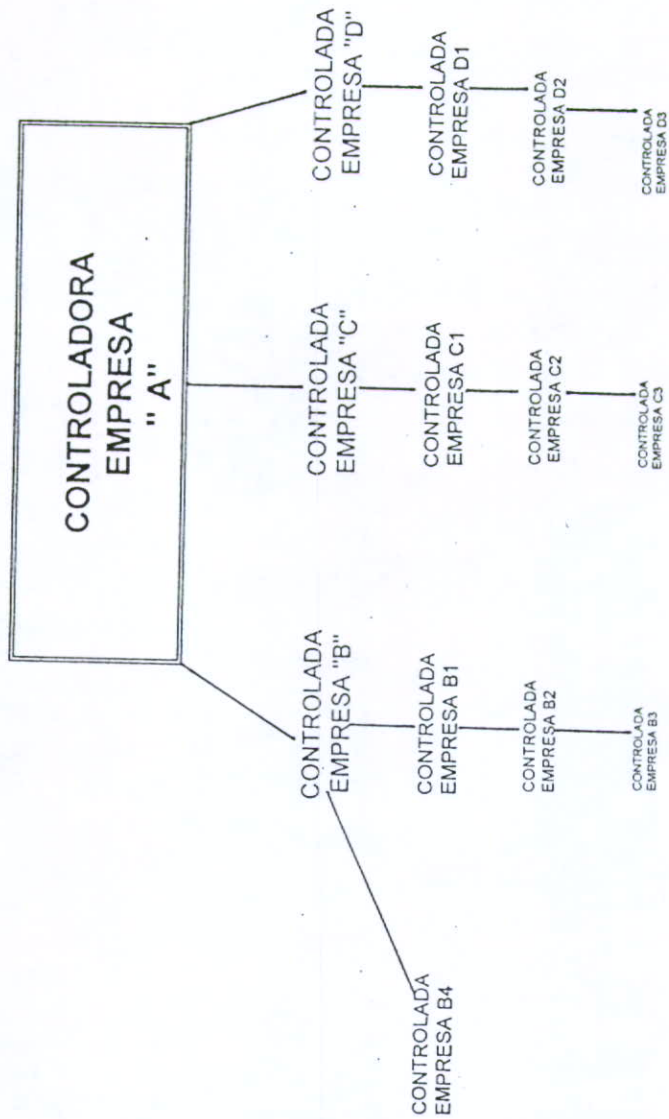
46536



ESQUEMA 2



# ESQUEMA 3



#### IV. AGRUPACIONES QUE NO FORMAN UNA NUEVA PERSONA JURIDICA

##### 4.1 Joint Venture.-

Algunos autores, prefieren denominarlo como coinversión, pero para nuestro estudio, y por considerarlo más adecuado, utilizaremos para referirnos al mismo, su denominación en inglés, ya que muchas veces las traducciones de términos tan técnicos no comprenden el verdadero significado de estos en la realidad.

La figura, es de origen anlgosajón, la cual al tratar de ser implantada en nuestro sistema, ha sido desnaturalizada, por quienes desconocen su naturaleza. Como la gran mayoría de las figuras sajonas (y las figuras mercantiles) nace ante las necesidades y problemáticas que plantea el tráfico comercial, y de realizar ciertos negocios, de tal forma, que la Ciencia jurídica, principalmente la jurisprudencia americana conceptualizó este contrato , así como los elementos que la individualizan y la diferencian de otras.

##### 4.1.1 Antecedentes.

Al parecer los orígenes de esta figura, se encuentran en el siglo XVIII, con los " gentlemens adventures, cuyo caso más representativo es el acuerdo que se llevó según Julio Verne en su obra La vuelta al

mundo en 80 días " 1.

Quizá el caso más remoto de que se tiene noticia, estudiado por la jurisprudencia norteamericana, es el de Ross vs Willet, que fue como sigue:

Tanto el Sr. Ross como el Sr. Willet, comerciantes, se decidieron a comprar un cargamento de azúcar para posteriormente venderlo y repartirse el sobreprecio que pensaban obtener. En razón de lo anterior, el Sr. Ross, compró el azúcar a nombre propio, y pasados nueve años vendió esta con una pérdida, y en virtud de ello, pidió a Willet que pagara su parte, y al no hacerlo este, lo demandó ante los tribunales.

Willet fue condenado a pagar a Ross a pesar de no existir una sociedad, se consideró que la figura tenía la naturaleza de una partnership.

#### 4.1.2 Concepto.

Al respecto, existen diversas opiniones, lo cual, en su mayoría se debe al inadecuado estudio que se ha hecho de la figura, a la luz de nuestro sistema jurídico, buscando encasillarla en alguna de nuestra ya añejas figuras mercantiles.

Roszkowski lo define com: " **Una asociación de dos o más personas para llevar a cabo una iniciativa individual, una transacción específica o una singular serie de operaciones para obtener una utilidad** "2.

El Blacks Law Dictionary, lo dice que es:

Cualquier asociación de personas para llevar a cabo una empresa particular que produzca utilidades, para lo cual ellas combinan bienes, dinero, efectos, experiencia y conocimientos. Un jointventure, existe

donde hay una especial combinación de dos o más personas unidas conjuntamente para lograr utilidades en alguna empresa específica sin una sociedad o denominación de sociedad.<sup>3</sup>

Consideramos que, en esencia, en el Joint venture o Joint enterprise, diversas personas (jurídicas o físicas) emprenden un negocio o empresa, existiendo una comunidad de intereses y por lo tanto, también se comparten los riesgos del mismo y en virtud de ello, todos tienen derecho a dirigir las políticas en relación con ello y las obligaciones que se pueden modificar.

De las definiciones citadas, podemos concluir que los principales rasgos representativos de esta figura son:

- a) Ser un contrato.
- b) Agrupación de empresas cuyo titular, puede ser, un empresario individual o colectivo.
- c) Se realiza bien sea para un acto determinado o durante determinado tiempo.
- d) Los Venturers, comparten riesgos y ganancias.
- e) Cualquier Venturer puede administrar el Joint venture.
- f) No se pretende formar una persona o entidad jurídica nueva, aunque ello no impide que en algunos casos la llegue a formar<sup>4</sup>.
- g) Se tienen intereses mutuos.

Para Campobasso el Jointventure (Reagrupación temporal de empresas) no es sino: " Una forma temporal en que las empresas cooperan entre sí para realizar algún acto u obra, es decir el



Jointventure fomenta la ayuda entre las empresas que por sí solas no pueden realizar aquellas, o bien que jurídicamente se encuentran imposibilitadas para formar juntas una sociedad." 5

Precisamente, la opinión, de dicho jurista, apoya lo que se ha indicado en líneas anteriores, cuando se refiere a empresas que jurídicamente se encuentran imposibilitadas para formar una sociedad ya que precisamente el Joint venture nació como un instrumento agrupativo de empresas ( societarias o individuales) sin que debiera crearse necesariamente una sociedad , como sería el caso de adquirir terrenos en nuestro país en la zona prohibida, donde sociedades extranjeras o con cláusula de inclusión de extranjeros no podrían participar directamente con sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, por poner un ejemplo.

#### 4.1.3 Naturaleza.-

Respecto del Joint venture, existen autores que consideran que:

- a) El mismo se establece para un sólo negocio.
- b) Debe ser temporal.
- c) Que el mismo siempre debe formar una sociedad (opinión que sostiene Arce Gargollo entre otros).

Ahora bien, considerando que en realidad, el Joint veture implica tanto la realización de un negocio u acto ala vez es temporal, entendiendo

aquí por temporalidad un espacio breve de tiempo en el que subsiste el Joint venture, a diferencia de las sociedades que si bien estrictamente hablando son temporales tienen una carácter de permanencia por su naturaleza. Es decir, " **lo que se quiere establecer es un tipo de obligación para la relación a través de la cual se intenta realizar un objetivo común. El tiempo será el necesario para realizarse ese objeto "** <sup>6</sup>, porque el negocio a realizar es el que genera la *afectio societatis*, limitada ciertamente a un negocio, por el tiempo que pueda dar el realizarlo.

En nuestro Derecho, se ha discutido si la figura en comento tiene como objeto último la creación de una nueva persona jurídica distinta de los *venturers*, en nuestra opinión en ello no es así, ya que la figura se ha desnaturalizado, sin embargo, para Arce Gargollo, la misma tiene tres conceptos diferentes:

i.- *Corporate Joint venture*, por medio del cual, se forma una nueva persona jurídica distinta de los *venturers*.

ii.- *Informal Joint venture*, el acuerdo por medio del cual dos o más personas, se unen para realizar un trabajo, sin que ello signifique la creación de una nueva persona moral.

iii.- *Joint venture agreement*, el acuerdo que tiene entre otros objetos crear una nueva sociedad.

En nuestra opinión, el primero y el último de estos conceptos que el autor citado señala, no son propios de lo que en esencia constituye un *Joint venture*, ya que si bien, es posible que a raíz del mismo, se forme una

sociedad, lo cual no es esencial al contrato, ya que para ese caso existe el propio contrato de sociedad sin necesidad de pasar por ello. Tampoco, el ser un contrato de promesa de sociedad, ya que también en la praxis jurídica mexicana existe ese contrato en específico, y porque aunque dicho contrato es cercano a la figura que se estudia no reúne todos sus requisitos, ya que al perfeccionarse el contrato de sociedad, terminaría el Joint venture, lo cual no es posible, ya que el mismo, se perfeccionaría en tanto no se realizara el objeto para el cual se creó, ya que en última instancia este es " un acuerdo para realizar un negocio o empresa particular y no por el contrario el deseo de formar una empresa " 7.

Si bien es cierto que, el Joint venture, tal como lo conceptualiza la jurisprudencia norteamericana no pretende formar una sociedad (lo cual no es privativo) en similar a la sociedad en:

a) La *Affectio Societatis*, que implica según Fragosi que los socios tienen la voluntad de someter su conducta e intereses propios, y no coincidentes a las necesidades de la Sociedad. Es evidente pues, que en el Joint venture, esta se encuentra presente, pues en tanto el Joint venture dure, o en tanto se realice el acto para el cual se creó, cada venturer voluntariamente somete su conducta al fin del mismo, incluso en aquellos casos en que el Joint venture diera origen a una sociedad, hablaríamos de dos *affectio societatis* diferentes, la del primero y la de la sociedad que por ser la lleva implícita en su naturaleza.

b) Al igual que cualquier contrato y que la sociedad misma,

requiere que se establezcan sus causas de terminación. También requiere que se defina la forma de liquidarse y de repartirse las ganancias obtenidas.

c) En este, al igual que en la sociedad, la aportación para el negocio depende de la capacidad, fuerza y competencia de los venturers (socios en la sociedad).

El maestro Arturo Díaz Bravo al igual que Arce Gargollo, sostiene que el Joint venture, no es más que una promesa de contratar que ofrece las siguientes posibilidades:

- i. Constitución de una sociedad en lo futuro.
- ii. Un contrato futuro en que las partes realizar una operación que no es segura.
- iii. Integrar un mecanismo empresarial de compra de bienes para elaborar un producto o bien abastecer el mercado nacional.
- iv. Explotación genérica de un grupo sin personalidad jurídica y posteriormente constituir una sociedad.
- v. Aportación de recursos para participar en una licitación.<sup>8</sup>

En lo que coincidimos con Díaz Bravo, es que el mismo no forma una sociedad, pues los venturers, tienen acciones unos contra otros, y al existir la sociedad, esta es la que tendría acción contra los socios que no cubrieran sus aportes de capital, ya que en este cada venturer al actuar como tal representa y por tanto obliga a los demás, y por lo tanto, tiene acciones directas contra los demás.

Dentro de la legislación nacional, al igual que para la mayoría de las agrupaciones de empresas, carecemos de preceptos que regulen la



formación del Joint venture, lo cual no obsta para que el mismo tome como soportes legales, las reglas generales de las obligaciones ( Art. 1858 CCDF ) a saber:

El Art. 78 del Código de Comercio, que, manifiesta que en las obligaciones mercantiles, cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse.

Por ello, es posible, crear un Joint venture (en tanto la obligación no sea ilícita, ya que de lo contrario no tendría validez, Art. 77 del CCom ). El Joint venture es un contrato que presenta las siguientes ventajas, y al cual por ser similar al de la sociedad, le son aplicables en algunos casos sus reglas en tanto no vayan contra su esencia:

a) Confidencialidad. Pues el acuerdo no necesita ninguna publicidad.

b) Ausencia de formulismos y por lo tanto acortamiento del lapso para cumplir su creación.

c) La agilidad, dado que por partes pueden negociar un contrato a medida y suficientemente adaptable a las circunstancias del negocio.<sup>9</sup>

#### 4.1.4 El Joint venture en la legislación extranjera.

##### 4.1.4.1 En el Derecho Español.

Para la legislación española, que lo denomina como unión temporal de empresas, no es sino un pacto en virtud el cual, durante un tiempo determinado o indeterminado o bien para la realización de una obra o



la prestación de un servicio entre dos o más empresarios, dicho pacto, no tendrá personalidad jurídica.

Dicha legislación, recoge dentro de sí el verdadero concepto, que el Joint venture tiene en el Derecho angloamericano, ya que como se apuntó en líneas anteriores no tendría sentido regular un acuerdo o contrato que ya ha sido regulado y estudiado en profundidad con anterioridad, como sería el contrato de promesa, con el que el mismo, se confunde ampliamente, ni tampoco aseverar que el mismo, deba llevarnos indefectiblemente a la creación de una sociedad.

Es clasificado por los doctrinistas españoles como un contrato de colaboración en un sentido amplio, porque responde a la necesidad de cooperación que requieren determinadas empresas, para poder realizar entre todas un proyecto común. Como un contrato empresarial (entre empresarios), ya que sólo se utiliza para realizar una actividad empresarial.

En cuanto al contenido del contrato, se establece que el mismo es libre, salvo que vaya contra leyes de orden público, pero debe quedar sometido a los siguientes requisitos:

a) Los contratantes deben ser empresarios, sea residentes en el extranjero o en España.

b) Su objeto, debe ser la realización de una obra, o bien la prestación de un servicio determinado, u otros que sean complementarios del anterior.

c) El contrato se inscribirá en un registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda.

d) La duración de la unión concidirá con la de la obra a realizar o servicio a prestar, la cual, no podrá exceder de 10 años, prorrogables, por decisión del Ministerio de Economía, siempre y cuando los contratantes lo soliciten.

e) El contrato, deberá gestionarse mediante un sólo gerente, que cuente con poder suficiente por cada uno de los contratantes, a fin de que pueda contraer derechos y obligaciones por cuenta de todos los integrantes de la agrupación.

f) Que todos los agrupados (socios en la sociedad), respondan frente a los terceros en forma personal ilimitada y solidaria de las obligaciones contraídas en común para la agrupación.

g) Para poder funcionar en el tráfico jurídico, deberá funcionar bajo la razón social de alguno de los integrantes, añadiendo la expresión " unión temporal de empresas ".

h) Para que tenga validez, el contrato, debe hacerse mediante escritura pública, en la que se indicarán los nombres de todos y cada uno de los contratantes, el nombre que recibirá la unión, el domicilio, el cual coincidirá con el del gerente, las aportaciones al fondo común, y la manera en que se habrá de participar en los resultados.

#### 4.1.4.2 El Joint venture en el Derecho Italiano.

Se le denomina al igual que en el Derecho Español como la Asociación Temporal de empresas, que no es sino una forma temporal u

ocasional en que las empresas cooperan o bien trabajan conjuntamente en el realización de una obra.

Generalmente, dice Campo Basso, se emplea para la realización de las grandes Obras Públicas (como es urbanizar, hacer puertos, construir centrales eléctricas) y Privadas (construcción de una planta industrial), que superan la capacidad operativa de la empresa singular, y con tales características, que permite la concurrencia de distintas empresas para lograr dicha realización.

**" No es una exigencia operativa que dicha operación para funcionar o bien prestar sus servicios, lo haga a través de la constitución de una sociedad o de un consorcio de cooperación entre empresas "**  
10

El Joint venture, se forma por el acuerdo de cooperación recíproca entre las empresas, de tal forma que, se establece la fase operativa de cada integrante tan bien que se hace innecesario la creación de un ente societario. Es por ello, que en base a dicha convención se presenta ante el contratante de la obra como si fuera una empresa distinta de las agrupadas temporalmente, y es así que, es posible presentar al contratante de la obra o servicio una oferta conjunta que reúne todos los requisitos que el requiere, además, de que se coordinarán las labores de todos y cada uno de los integrantes en forma unitaria.

Lo característico, para CampoBasso, es que las empresas agrupadas, conserven su autonomía jurídica y económica, respecto de la parte de la obra que se comprometieron a realizar, y por lo tanto, responden

en forma directa con el contratante de la misma.

La figura dentro de ese Derecho, ha evolucionado tanto que se podría llegar a pensar en opinión del Lic. Carlos Enrigue que existen dos tipos de Joint venture:

a) El que crea una sociedad, que principalmente se empela para regular la inversión extranjera, y,

b) El que forma una unión temporal de empresas, que se encuentra regulado por la Ley de 8 de agosto de 1977 No. 584, y modificada por la ley de 19 de mayo de 1990 No. 591; las cuales no son las únicas leyes que regulan a la figura, ya que existen otras que la regulan para en determinadas actividades como:

i.- El acuerdo de cooperación internacional para la producción de obras cinematográficas (Art. 19, Ley del 4 de noviembre de 1965, No. 1213 )

ii.- Institución de la contraloría, de la concesión, para la explotación colectiva de los yacimientos de hidrocarburos ( Art. 18 Ley del 21 de julio de 1967, No. 613 ).

iii.- La Asociación temporal de empresas para la participación en el sector público ( Art. 9 de la Ley del 30 de marzo de 1981, No. 113).

#### 4.1.4.3 Joint venture Argentino.

Se conoce a este contrato como de Unión Transitoria de empresas, pues contempla la agrupación en forma temporal de diversas

empresas con el objeto de conjuntar recursos para desarrollar una obra, servicio o suministro concreto, sin que por ello, debe de crearse una empresa nueva o bien una persona jurídica nueva.

El contrato por virtud del cual se crea esta agrupación podrá hacerse sea en escritura pública o privada, que se deberá de inscribir en el Registro Público de Comercio, el cual deberá contener lo siguiente dice el Art 377 de la ley 19.550 adicionado por la ley 22.903:

- i.- Objeto, especificando las actividades a realizar.
- ii.- Duración, la cual no puede ser mayor al tiempo que dure la obra, servicio o suministro.
- iii.- Denominación, que corresponderá a la de uno de sus miembros, seguida de las palabras " unión transitoria de empresas ".
- iv.- Nombre y domicilio de sus integrantes, así como los datos de su inscripción en el registro, tratándose de sociedades copia de la resolución que apruebe la integración a la unión.
- v.- Domicilio especial para todos los efectos del contrato, para las partes y terceros.
- vi.- Obligaciones de los integrantes, y las sanciones en caso de incumplimiento de las mismas.
- vii.- Nombre y domicilio del representante.
- viii.- Supuestos para admitir nuevos miembros, excluir o separarlos.
- ix.- Formas en que habrán de participar los integrantes en los resultados de la unión.



El representante, contará con poderes suficientes de cada integrante, y por lo tanto podrá contraer las obligaciones y ejercer los derechos que les correspondan a estos en relación con la obra a realizar.

Lo característico de este contrato, y lo que quizá nos hace dudar de si en verdad se trata de un Joint venture, es que no existe solidaridad entre las empresas, por los actos y operaciones que deban desarrollar, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros, salvo pacto en contrario, puesto que dicha solidaridad, es característica de los Joint ventures, con lo que en nuestra opinión crearía un problema para los terceros contratante con los integrantes de una unión de esta clase, pues al haber un incumplimiento, tendría que demandar simultáneamente a todos los involucrados en la obra.

#### 4.2 Konzern (Concernos)

Es una figura alemana, mediante la cual, también, se agrupan empresas, pero que es poco estudiada y conocida, por considerar, que indefectiblemente nos lleva a la eliminación de la competencia, es decir a los monopolios.

Basicamente, se constituye por un grupo de empresas, que aunque jurídicamente independientes, se someten a una dirección económica única, pero conservando cada una su independencia jurídica, parecería, que estamos en el caso de una controladora, pero la diferencia estriba, en que no se posee el control accionario de las demás empresas. Es

decir, los empresarios (sociedades) pueden tener o no participación en el capital de los otros, ya que no es necesario para formar un konzern, como sí lo es en el caso de un grupo de empresas liderado por una controladora. El hecho generador en este caso generalmente, es una dirección unitaria, que lleva a todos sus integrantes a la unificación económica, más no jurídica de la actividad de los integrantes.

Lo anterior se da porque todos los organismos económicos actuales, tienden hacia la gran empresa o bien a la concentración, " o sea, a reunir el mayor número de empresas que ejerzan el mismo ramo de industria, o de comercio, o ramos afines y conexos entre sí, bajo dirección unitaria (subordinación), que sigue criterios técnicos o administrativos uniformes "11. Porque, en última instancia, mediante el konzern (grupo) se realiza una unificación económica, y no jurídica de las empresas (más bien empresarios), porque lo que se busca es la unidad de dirección.

Ahora bien, hemos hablado, que en un concerno, la dirección es única desde el punto de vista económico, la pregunta a responder sería ¿Cómo se logra ese control?. La respuesta a esta pregunta, sería creando un cuerpo de mando, sin que por ello, signifique que los órganos de las empresas deban ser idénticos, ya que sólo es suficiente que una empresa, se encuentre bajo el influjo decisivo sea directo o indirecto de otra, para que nos encontremos ante un concerno. Como se ha apuntado en líneas anteriores, esto es muy similar a una controladora, sólo que en el concerno, el dominio, generalmente no es vía accionaria sino económico, situación que para efectos del artículo 57 C de la LISR incisos a), b) y c) quedaría

considerada la existencia de una controladora, cuando se refiere al control efectivo que una empresa pueda tener sobre otra.

El principio económico - técnico del Konzern, en opinión de Messineo y nuestra también, es que existiendo diversas empresas, por exigencia de la técnica industrial, a cada una de estas, le corresponde una fase del proceso productivo así como del distributivo de la mercancía. Es decir, coexisten diferentes empresas bajo una misma unidad de dirección.

Por lo anterior, es que surge la necesidad de que exista una empresa líder, que real y efectivamente ejerza dichas funciones de control y dirección. Dada la particularidad de este tipo de agrupación de empresas es factible que se le compare con una sociedad, inclusive, si los empresarios integrantes de este acuerdo llevan este acuerdo al extremo, podríamos encontrarnos cercanos a una sociedad irregular o bien a lo que algunos juristas denominan fusión de hecho, la que no es reconocida en nuestro Derecho.

En opinión del Lic. Carlos Enrígue, se pueden formar cuatro tipos de concernos:

i.- Intercambio de Consejos: La asamblea de cada sociedad, designa como miembros del Consejo a otros del consejo de otras sociedades, y las otras sociedades, harán lo mismo. Es decir, consiste en una triangulación, en la inteligencia de que así, se conserva unidad de criterio.

ii.- Intercambio de acciones entre socios, sea por venta cruzada de acciones o bien por permuta, de tal suerte que los grupos de accionistas serán iguales.

iii.- Aquel en que se nombra un sólo administrador para todas las empresas integrantes.

iv.- El contrato por el cual se regula de alguna forma a sus miembros, sea por la influencia directa o indirecta, sobre la administración, que operará unitariamente.

La mayoría de los doctrinistas mexicanos, considera que por el simple hecho que empresas jurídica y económicamente independientes lleguen a formar un Konzern o Grupo ( sin que por ello se cree una holding) las cuales contarán con una misma directriz, necesariamente significa, que nos encontramos ante la eliminación de la competencia y por tanto ante un monopolio, lo cual no es así, y es el propio Messineo quien nos dá la respuesta al señalar que:

Hay aquí un aspecto fácilmente aceptable, y es el de la reducción de los costos de producción o respectivamente, de la técnicamente mejor organización de la producción, que las señaladas tendencias hacen posibles, mediante la constitución de los "grupos". Así pues, lo que se propone el grupo, no es la regulación de la competencia, sino la organización técnicamente más eficiente y, por consiguiente, la potencialización de la actividad económica<sup>12</sup>.

Lo anterior, nos lleva a afirmar que, no es de esencia al konzern, ser anticompetitivo, pero está dentro de su naturaleza el poder



serlo, si la figura es o no monopólica, dependerá del caso concreto.

A la luz de nuestra reciente Ley Federal de Competencia Económica, la determinación de si el Grupo que han formado varias empresas constituye una práctica monopólica, corresponderá a la Comisión Federal de competencia la cual deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- a) Si en virtud de dicho acuerdo, el grupo (agente económico) puede fijar el precio de los productos o restringir su abasto en el mercado nacional.
- b) Que su objetivo primordial, sea desplazar a otros agentes del mercado, o bien impida que accedan a él.
- c) O bien que facilite a sus participantes el ejercicio de prácticas monopólicas.

Es decir que, en última instancia es posible crear un Konzern en tanto este no viole las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica. Y si es el caso obtener la autorización de la Comisión Federal de Competencia, la cual está obligada a respetar dicha concentración una vez que esta ha obtenido resolución favorable, salvo que la misma se hubiere obtenido gracias a información falsa. 13



### 4.3 Kartell ( Cartel )

También, se trata de una figura Germana, que agrupa empresas, y que, al igual que el concerno, se considera que siempre constituye monopolios, y que por lo tanto, no es posible que se desarrolle.

No es sino otra tendencia de los organismos económicos actuales, la cual, se presenta bajo la forma de un entendimiento que se da entre dos o más empresas, que se encuentren en el mismo ramo de la actividad económica, que se dirige a regular la actividad de cada uno de los integrantes de dicho acuerdo, de tal suerte que se realice el menor perjuicio posible a los demás integrantes. Es decir se crea una " limitación recíproca de la competencia ".

Por virtud de dicha coordinación, desaparece la lucha entre las empresas por acaparar clientela, en contra de la misma clientela, ya que suprime la competencia, influyendo sobre el mercado y por consecuencia en los precios de las mercancías.

El Kartell, constituye " **Asociaciones libres de empresarios del mismo género con el fin de la dominación monopolística del mercado**"<sup>14</sup>, ya que por virtud de la dominación de este, las empresas unidas continúan con su independencia jurídica y económica.

La figura, " realiza el fenómeno de las actividades independientes de varias empresas, pero coordinadas, de manera que

la una no perjudica - e incluso favorece - a la otra (otras)".<sup>15</sup>

Dependiendo de la forma en que suprimen la competencia, se clasifican en:

a) Cárteles sin fijación de contingencia de venta.- En los cuales, sus integrantes, se obligan a no realizar los negocios en condiciones, precios o territorios diferentes a los pactados para cada uno.

b) Cárteles con fijación de contingente de venta.- En estos, a los integrantes, se les fija una cantidad total de ventas, según los tipos. En ellos, generalmente la cifra de participación en ventas, determina el voto dentro del cártel.

Esta figura, es conocida en el Derecho inglés como Pool o Comptoir, ya que en este, un grupo de empresarios (personas físicas o jurídicas) unificaban sus actividades para lograr en forma privada el control de un mercado, y por lo tanto eliminando la competencia entre ellos, así como las iniciativas propias, sometiéndose por tanto cada uno de sus integrantes (miembros) a la decisión del grupo.

Para la antigua Sociedad de Naciones era "un acuerdo contractual entre individuos o Sociedades que sin renunciar respectivamente a su existencia comercial o industrial distinta, se entienden para perseguir mediante una acción concertada un resultado económico determinado"<sup>16</sup>.

Esta agrupación de empresas, al igual que la anterior, respeta la individualidad jurídica de sus integrantes, es decir, nunca pretende formar una persona jurídica distinta de sus integrantes, ni que estos, unifiquen, sus patrimonios o que se fusionen, ya que el consorcio, no regula la actividad interna de sus miembros, sino la externa de estos mismos en cuanto a lo establecido en el propio contrato que le da origen a sus relaciones con los demás integrantes.

El Kartell, no ha escapado a la regulación de nuestra Ley Federal de Competencia Económica, para la cual, éste constituye una de las prácticas que la propia ley denomina como absolutas y que comúnmente se les conoce como prácticas horizontales, es decir los contratos o convenios entre empresarios por virtud de los cuales pueda formar " cárteles, la fijación de precios, asignación de clientes, establecimiento de esferas exclusivas de influencia y manipulación de licitaciones públicas " 17.

Por ser considerado como práctica monopólica absoluta, el mismo, dice la LFCE, no produciría efectos jurídicos entre sus integrantes, además de las sanciones a que la propia ley se refiere, sin que ello implique por tanto la exclusión de la responsabilidad penal que pudiere derivarse del mismo.<sup>18</sup>

En tanto no se le encuentre algún objeto distinto de los que hasta ahora, la práctica y la doctrina jurídica reconocen como propios del cártel, la figura tendrá un impedimento legal para poder ser utilizada dentro

de nuestro sistema jurídico, razón por la cual consideramos que esta es una figura que vale la pena analizar profundamente pues no creemos que sus posibilidades se agoten en lo que hemos expuesto.

#### 4.4 Agrupaciones de Colaboración.

La figura, es producto del Derecho Argentino, que si bien, toma como modelo al Consorcio del Código Civil Italiano, se ha preocupado por marcar el carácter mutualista de esta relación, excluyendo por tanto, la posibilidad de incluir en estos contratos forma alguna de regular la competencia, " **circunscribiendo la figura a la cooperación interempresarial y a la promoción de su actividad económica** "19.

Se constituye por medio de un contrato en el que las sociedades o empresarios individuales, forman una organización común, con el fin de desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o bien de perfeccionarla o incrementar sus actividades, siendo que su principal característica es que no llegan a formar sociedades y por lo tanto no son sujetos de derecho, los que sí lo son, son sus miembros, como voluntades creadoras de dicha agrupación.

El contrato, dispone el Art. 369 de la ley 19.550, puede ser otorgado mediante escritura pública o privada, pero debiendo inscribirse en el Registro Público de Comercio, y una vez inscrito deberá remitirse una copia a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia.

Entre otras cosas, el contrato indicará:

i. Su Objeto.

ii. Duración, la cual no puede ser por más de 10 años, prorrogables por decisión de los miembros.

iii.- Denominación, seguida de la palabra agrupación, lo cual es un tanto absurdo, ya que carece de personalidad jurídica y tampoco constituye una empresa.

iv.- Nombre, razón social o denominación, domicilio, datos de registro de los miembros, y tratándose de sociedades el acta de Asamblea en la que se aprobó la celebración de dicho contrato.

v.- Domicilio para efectos del contrato tanto para las partes como para terceros.

vi.- Obligaciones y forma en que los miembros contribuirán al mantenimiento de la agrupación.

vii.- Forma en que se habrá de participar en las actividades comunes y en los resultados de las mismas.

viii.- Designación de quienes serán los administradores de la agrupación, de la representación individual y colectiva que estos puedan tener de los participantes, y de la forma en que se habrá de comprobar el cumplimiento de las obligaciones.

ix.- Casos de separación y de exclusión de miembros.

Los beneficios económicos que produjere dicha agrupación, recaerán necesariamente en el patrimonio de la empresas integrantes, ya que se prohíbe en forma expresa el que las mismas, persigan el lucro, pues en dicho caso son nulas de pleno derecho dichas agrupaciones, así mismo



queda prohibido que dichas agrupaciones ejerzan dirección o control alguno sobre sus integrantes.

Todos las empresas agrupadas, cuentan dentro de sus obligaciones, la contribución al fondo común de operación de la agrupación, el que, se mantiene indivisible en tanto la misma exista. Lo anterior, significa que los acreedores particulares de cada uno de los participantes no tienen derecho o acción alguna sobre dicha masa, con lo cual, se crea una ficción parecida a la que se da cuando se dan bienes en fideicomiso, lo cuales han salido de la esfera patrimonial del fideicomitente.

Estas agrupaciones, carecen de personalidad jurídica alguna, pero por su semejanza con la sociedad, al tomar resoluciones, las mismas, sólo tendrán validez dice el Art. 370 de la referida ley por mayoría de votos, salvo pacto en contrario dentro del propio contrato. Y al igual que en el caso de las sociedades, el acuerdo, es impugnable vía judicial dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión, pero para modificar el Acuerdo Agrupativo ( entiéndase como los Estatutos de una Sociedad ), es necesario el acuerdo unánime de todos los integrantes.

Para la exposición de motivos de la ley 22.903 que adiciona la ley 19.550, la figura analizada, es lo que en el Derecho y la Doctrina Italianos denomina como Consorcio, particular que analizaremos en los capítulos subsecuentes al estudiar dicha figura, aunque cabe mencionar que en nuestra opinión la figura más bien parece adecuarse a un Joint venture, sino fuera porque la propia exposición de motivos, le niega dicha naturaleza.

<sup>1</sup> ENRIGUE ZULOAGA, Carlos. Algunos comentarios acerca de las Agrupaciones de Empresas a la luz de la Ley Federal de Competencia Económica, Borrador, México, 1993, p.5

<sup>2</sup> Ibidem p. 6

<sup>3</sup> ARCE GARGOLLO JAVIER, Contratos Atípicos Mercantiles, Editorial Trillas, México, 1991 p.206.

<sup>4</sup> En México es la única manera en que se ha conceptualizado a la figura circunscribiéndola a que necesariamente, deba formar una sociedad.

<sup>5</sup> ENRIGUE ZULOAGA, Carlos. Algunos comentarios acerca de la Agrupaciones de empresas, Tesina, México, 1992. P. 17 y 18.

<sup>6</sup> Ibidem p. 19

<sup>7</sup> Ibidem p. 35

<sup>8</sup> Conferencia presentada el día 28 de agosto de 1993 en la Universidad de Guadalajara, en el Curso de contratación Mercantil.

<sup>9</sup> ENRIGUE ZULOAGA, Carlos, Ob. cit. p.38

<sup>10</sup> CAMPOBASSO, Gian franco, Diritto Commerciali 1 Diritto dell'Impresa, UTET, Torino, 1992. p. 274

<sup>11</sup> MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y comercial Tomo VI. Relaciones Obligatorias Singulares, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979 p. 16

<sup>12</sup> Ibidem p. 15

<sup>13</sup> Al respecto, es conveniente revisar lo que disponen los artículos 16 a 22 de la Ley Federal de Competencia Económica.

<sup>14</sup> Lieffan citado por GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 1984. p. 621.

<sup>15</sup> MESSINEO, Francesco. Op. cit. p. 15

<sup>16</sup> Alessandro Graziani citado por ENRIGUE ZULOAGA, Carlos. Op. cit. p. 28

<sup>17</sup> CASTAÑEDA, Gabriel y otros. Antecedentes para una Ley Federal de Competencia Económica, SECOFI, MÉXICO, 1992. P.2

<sup>18</sup> Dichas sanciones, de acuerdo con la LFCE, podrán ser multas de hasta 375 mil veces el salario mínimo del D.F.

<sup>19</sup> Ley de sociedades comerciales. Ley 19.550, A-Z Editora, Buenos Aires, 1992 p. 167.

## V. EL CONSORCIO

Cuando los empresarios, han querido formar grupos de empresas se han visto en la necesidad de acudir a las formas jurídicas que les ofrecen los códigos, entre otras, la fusión, la formación de sociedades controladoras, dentro de las que la idea predominante para organizar empresas, es en función del capital, más que de la productividad <sup>1</sup>.

En virtud del desarrollo industrial, la gran competencia en el mercado, las empresas ( entiéndase sus empresarios ), se han visto en la necesidad de unirse a otras, con el fin de poder permanecer en el mercado y ser competitivas, para lo cual después de las formas jurídicas tradicionales codificadas siguieron otros caminos, entre ellos el consorcio.

El consorcio, es otra más de las agrupaciones que forma una persona jurídica distinta de sus integrantes, los que en ningún momento pierden su independencia tanto jurídica como económica, a diferencia de otro tipo de agrupaciones en donde alguno o algunos la llegan a perder en favor de otro.

La figura en estudio, viene a ser aquella agrupación de facilita la subsistencia económica de las micro, pequeñas y medianas empresas ya que su fin es precisamente impulsar la productividad y en consecuencia su desarrollo y permanencia en el mercado.

El término consorcio, ha sido ampliamente empleado en la

práctica por los empresarios, que desconocen su verdadero significado, ya que nos encontramos con consorcios que son sociedades mercantiles simplemente, o bien, agrupaciones a las que se les ha atribuido dicho nombre sin serlo.

### 5.1 Antecedentes.

Quizá el más remoto antecedente del Consorcio, se encuentre en el Consortium romano, por medio del cual, se unían parcelas principalmente entre otro tipo de bienes para poder producir en forma conjunta la cosecha, sin que por ello, se confundiese o unificase a los predios o bienes.

El Consortium quedaba tan estrechamente ligado al derecho de propiedad, que, la misma, no podía ser transmitida o modificada sin que al mismo tiempo se modificase o transmitiese la participación consorcial ( por lo que en cierta forma podemos afirmar que una vez constituido el Consortium este se convertía tanto en un derecho real como en una obligación ).

El único antecedente codificado que existe es en el Código Civil Italiano, mediante la reforma a este en 1942, introduciendo la figura al sistema jurídico italiano, la cual se encuentra más enfocada a coordinar la producción o el desarrollo industrial que para ser empleada en predios rurales.

La figura, ha sido ampliamente desarrollada en la Argentina, donde a diferencia de Italia, no surge como producto del estudio o bien de la reforma a código alguno o por la introducción de una nueva ley que la haya introducido al mundo jurídico.

Comienza a desarrollarse en los años veintes, durante el estatismo, y surge precisamente a raíz de este con la privatización del transporte público, y al igual que muchas de las figuras jurídicas, sobre todo las mercantiles, las causas por las que surgió fueron más económicas que jurídicas, ello dadas las grandes posibilidades de explotar ese servicio individualmente y prestarlo en forma colectiva a los usuarios.

Ante la situación imperante en el país, y la escasez del trabajo, un grupo de taxistas abandonó la oferta individual y comenzó a ofrecer viaje colectivos con rutas de recorrido preestablecidas, donde los pasajeros, pagaban una tarifa compartida. Es así que comenzaron a formarse varias líneas de taxistas que ofrecían esos viajes colectivos, en donde cada taxista trabajaba individualmente, pero todos juntos integraban a los ojos de los usuarios una línea o ruta de servicio ( una empresa única). Así es como se descubrió una nueva manera de organizar una empresa, y también, **" una nueva fórmula de prestación de un servicio público que rompía con las fórmulas clásicas " 2 .**

Lo anterior, resultó muy funcional y práctico, ya que cada línea de autobuses a los ojos de los usuarios ( pasajeros ), constituía una empresa, la que en su interior, agrupa a empresas, las cuales no se encontraban asociadas entre sí, pues lo único que hacían era producir unidas, donde cada una obtenía y conservaba sus propias ganancias, y



corría sus propios gastos, excepto los comunes que generalmente se cubrían mediante una cuota fija previamente establecida.

Una vez que se ingresaba al grupo, se consentía en limitar un tanto su capacidad de decisión, ya que se quedaba obligado a cumplir con un reglamento que establecía entre otras cosas un turno, tener un color determinado que lo identificase como integrante de la línea.

Precisamente para hacer frente a las obligaciones e intereses comunes, los empresarios agrupados constituyeron una persona jurídica distinta de ellos que se encargaba de la administración, representación y de coordinar las tareas y cobrar las cuotas.

## 5.2 Concepto y Naturaleza Jurídica

Algunos autores, suelen definir al consorcio como : Agrupación de empresarios independientes que sin asociarse, crean un órgano independiente que se encargará de cumplir un objetivo común, el cual en relación a esto último, tendrá la representación y gestión necesaria para cumplirlo.

Para el maestro Aguerro, el consorcio, no es sino una organización empresarial por medio de la cual se crea un sistema de producción que, no se encuentra basado en el aporte de capitales, ni en la unificación, y sostiene que es diferente el consorcio que el desarrollo, al que ha venido regulando la legislación italiana, puesto que este último es agrupativo y de carácter societario, llega a confundir lo que es propio de sus integrantes y lo que es del ente social común, ya que según él los aporte en

numerario se vuelven importantes en la toma de decisiones, y no así en el consorcio de producción donde todo está perfectamente identificado, y donde el factor económico no cuenta a la hora de tomar decisiones ya que estas se toman por las unidades de producción ( las empresas ). Consideramos que el Lic. Aguerro confunde lo que no es sino una matización del consorcio que, gracias a ello nos permite conocerlo más, ya que tanto el concepto del código italiano como el suyo implican la conservación de la independencia jurídica y económica de los integrantes sin confundirla con el ente social común.

En nuestra opinión, el consorcio no es sino una agrupación de empresas que ha sido constituida por la voluntad de sus titulares, mediante la cual, pretenden realizar una obra, o bien impulsar el desarrollo económico y la permanencia en el mercado de sus integrantes, y para ello posteriormente crean una persona jurídica distinta a todos ellos, que se encargará de la coordinación de esa obra o bien de coadyuvar al desarrollo de una fase de la empresa lo que trae como consecuencia la permanencia de esta en el mercado.

En el Derecho italiano (Art. 2602 CCITAL) el consorcio, es un contrato, a través del cual los titulares de las empresas constituyen una organización común, para regular su competencia, o bien desarrollar fases determinadas de las empresas.

Considerando la definición que nuestro Código civil hace de los contratos, llegaremos a la conclusión de que el consorcio es un contrato ya que:

- a) Es un convenio entre los distintos integrantes del consorcio.
  
- b) Produce o transfiere obligaciones.

Ahora bien, teniendo establecido, que es un contrato, habrá que clasificarlo para poder determinar que reglas le serán aplicables. En primer lugar, se trata de un Contrato Multilateral<sup>3</sup> más que bilateral, ya que generalmente participan más de dos empresas, es de tracto sucesivo porque sus efectos, continúan produciéndose en tanto el contrato o su prórroga continúen vigentes, principal por cuanto que no requiere de un contrato previo para nacer a la vida jurídica, oneroso ya que existen derechos y obligaciones para todos los contratantes, generalmente es conmutativo y por excepción aleatorio, ya que se conocen previamente los derechos y obligaciones que se contraen y por cuanto a los signatarios posteriores del contrato, será de adhesión ya que estos simplemente se adhieren manifestando su voluntad.

De la lectura de nuestros Códigos tanto el de Comercio como el de Civil, no encontramos disposición expresa que regule al consorcio, y por tratarse, de un contrato que generalmente es mercantil, resultaría que quienes contrataren quedarían obligados tal y como aparece que quisieron ya que no existe regulación alguna al respecto, en virtud de lo cual, el contrato, se perfeccionaría desde el momento mismo en que el consentimiento se otorgase, sin necesidad de formalidad alguna (Art. 78 CCom y 1796 CCDF).

Precisamente, por tratarse de un contrato Atípico e innominado, quedará sometido a lo que las partes hubieren estipulado, a las reglas generales de los contratos o bien, a las que regulen el contrato con el que tenga más analogía (Art. 1858 CCDF).

#### 5.2.1 La Dicotomía del Consorcio.

El Consorcio es una figura dicótoma ( opinión que compartimos con Aguerrondo ), lo cual no puede ser descubierto a simple vista ya que, salta ante nosotros una unidad, que se encuentra conformada de dos planos o sectores, como las dos caras de una moneda, de los cuales, una no tiene sentido ni valor sin la otra. Estos sectores son:

a.- Primario o del consorcio como contrato propiamente dicho.  
Constituye la parte medular de la agrupación, ya que aquí, radica la expresión del consentimiento de todos y cada uno de los integrantes que, han decidido conformar un consorcio ( Agrupación ).

Es propiamente el contrato atípico a que nos hemos referido en líneas anteriores el cual, como tal, quedará sujeto a las estipulaciones, las reglas generales de los contratos o bien a las de su contrato más análogo, en este caso, el de sociedad.

Una vez que es perfeccionado este contrato, los integrantes, formarán un órgano común de representación ( ente social común o sociedad), el que se encargará de llevar a cabo el desarrollo del consorcio, o más bien que las empresas ejecuten este tal y como se pactó en el contrato de consorcio. Por tanto, no podría ser nadie socio de este órgano, sin antes



ser integrante del Consorcio, ya que en este caso y para estos efectos el Contrato de sociedad ( si así se le quiere llamar ), pasa a ser un contrato accesorio.

En este plano, e donde se decide como han de ser las relaciones entre los integrantes, y si es posible que se admitan nuevos contratantes en cuyo caso, para estos últimos el contrato pasaría a ser de adhesión, ya que no participaron en el establecimiento de las bases del consorcio, como han de ser las votaciones en las reuniones de todos los integrantes ( asamblea ), e incluso, si es necesario, se establece, ya sea dentro del mismo contrato o bien independientemente un reglamento de todo esto así como de producción.

Aquí cada integrante, es un elemento del grupo empresario, sin que entre ellos, exista sociedad alguna, precisamente porque no existe aportación alguna de capital, en cambio si hay un animus societatis ( affectio societatis ), que durará mientras dure el contrato.

b) Secundario. En este es donde se encuentra el ente social común ubicado y, a diferencia del anterior, cada integrante, pasa a ser un socio o accionista, razón por la que, este aspecto, se encuentra regulado por lo que disponga el estatuto de la sociedad, o bien la LGSM.

Es bajo este campo, donde se desarrollará la actividad de todos los integrantes del consorcio es decir, bajo la vigilancia y apoyo del ente social común, los integrantes producirán unidos. Por ello, el órgano social pasa a ser el administrador, el coordinador de la realización de los fines de dicho consorcio, ya que dadas las características de la agrupación esta no



podría ser depositada en las manos de uno de los miembros, ante el riesgo de que a través de este se llegare a ejercer un control sobre los demás.

Es muy común, que al pensar en el consorcio, pensemos en una sociedad mercantil, cuando en realidad, sólo estamos visualizando uno de los órganos de consorcio mismo.

Por la dicotomía que presenta la figura, y lo bien estructurada que esta, la unidad empresarial que nos presenta pareciera una sola empresa ( sin que propia y jurídicamente lo sea ), lo que es aparente, pues internamente se encuentra dividida en los planos antes descritos.

### 5.3 Elementos

Como el consorcio es una agrupación, cuenta con los siguientes elementos, que ( entre ellos el de el consorcio propiamente dicho y el de sociedad ) tienen por naturaleza los suyos y son:

#### 5.3.1 Los Integrantes

En virtud de que no existe regulación alguna, se llega a la conclusión de que cualquiera que pueda realizar alguna empresa, si es hábil para contratar y obligarse, conforme al artículo 24 CCDF ( Art. 5° CCom ) podrá suscribir el consorcio. En caso de que el consorcio que se realice, sea comercial, generalmente quienes contraten deberán de tener la calidad de comerciante que indica el CCom<sup>4</sup>.

No existe impedimento alguno, para que los integrantes sean

sociedades, con tal que, la decisión de pertenecer a la agrupación, sea tomada en Asamblea General Extraordinaria misma que, deberá ser debidamente protocolizada, para ser presentada por la persona que represente a la sociedad en el momento de suscribir el contrato de consorcio, decimo que el de consorcio, ya que para suscribir el de Sociedad emanada de este, no es necesario ( Arts. 182 Fr. XII, 194 último párrafo LGSM ).

Se hace la anterior mención respecto de las sociedades ya que, en caso de que el consentimiento para pertenecer a un consorcio no fuere expresado en dicha forma, nos enfrentaríamos a la posibilidad de que, en un momento determinado la sociedad contratante, se negara a cumplir sus obligaciones alegando que el contrato es nulo por lo que respecta a ella, ya que, su consentimiento no se obtuvo de la forma debida.

Ahora bien las empresas que forman la agrupación en ningún momento ni en ninguno de los planos pierden su individualidad jurídica ni económica, en favor de otro o de otros.

### 5.3.2 Contrato de Consorcio propiamente dicho.

Como se dijo al hablar de lo planos del consorcio, este es la parte medular de la agrupación, sin este, la agrupación, no llegaría a formarse. Es un contrato atípico, toda vez que no existe regulación alguna al respecto, aunque en un publicación del DOF relativamente reciente ( mayo 7 de 1993 ) existe lo que podríamos llamar un intento, con el Decreto Presidencial que promueve la Organización de Empresas Integradoras,

sobre las que, se hará referencia más adelante.

Este no es sino la exteriorización jurídica de los acuerdos a que han llegado quienes desean constituir un consorcio, dentro del cual van a producir en forma conjunta sin perder, su independencia, también, se regularán las relaciones internas y externas de los integrantes.

Los integrantes son simples contratantes, nunca son socios, por ello, no existe reparto de utilidades, ya que cada uno se lleva sus ingresos.

Por tratarse de un contrato similar al de la sociedad ( con el que tiene más analogía ), generalmente si los miembros no han establecido, la forma en que habrán de tomarse las decisiones, deberá de hacerse en Asamblea General ( que Aguerondo denomina Asamblea de componentes ), misma que, será convocada por quienes hagan las veces de Administradores ( Arts. 178 a 182 LGSM ) o bien vía acuerdo extraasamblea. En los casos que el propio contrato no prevea la forma en que habrán de hacerse las convocatorias, la validez de las asambleas así como la de las decisiones que se tomen en las mismas, resultará aplicable la LGSM para hacerlo de la siguiente manera:

i.- La convocatoria, se hará por la persona que haga las veces de Administrador, ya que propiamente, aquí no existe Administrador, puesto que cada empresa, produce conjuntamente, más no en forma integral.

ii.- Quienes representen el 33%, podrán solicitar que la hagan y si se rehusa lo harán por vía judicial.

iii.- En la convocatoria se indicará el orden del día, además deberá ser publicada.

iv.- Sólo tendrán validez las Asambleas en las que se hubiere reunido el 50% de los integrantes, siendo que en segunda convocatoria, será válida con los que se reúnan.

v.- Las decisiones tomadas en Asamblea tanto en primera como en segunda convocatoria, serán válidas, si son tomadas por mayoría de votos.

vi.- Los integrantes, puede ser representados en las asambleas por mandatario, o bien mediante carta poder simple firmada ante dos testigos.

vii.- De cada Asamblea, se levantará un acta.

viii.- Las resoluciones obligan, salvo el derecho de oposición con que cuenten los integrantes que no hubieren asistido o hubieren votado en contra, si lo ejercitan dentro de los 15 días siguientes ( Arts. 184 a 206 LGSM ).

En ciertas ocasiones, los integrantes al perfeccionar este contrato, establecen un reglamento de coproducción, ya sea adherido a este, o bien, en un documento separado. Dicho reglamento, no es sino un elemento que instrumentará la forma en que han de producir los integrantes, contiene por tanto, las pautas que han convenido los componentes para organizar la coproducción de las unidades empresarias.

No sólo se regulan las actividades individuales de cada uno de los miembros sino también las del conjunto en relación con todo aquello que tiene que ver con el funcionamiento y operación, clasificar a los integrantes, modalidades de producción, y el prorateo de gastos comunes, las



características que han de reunir los integrantes, la forma en que habrán de determinarse las retribuciones que se han de dar al Organo Social común.

Las características que nos presenta este contrato, son las siguientes:

i.- Es Atípico.

ii.- Los integrantes del consorcio, son contratantes o partes, no socios.

iii.- Los miembros, mantienen su individualidad jurídica y económica, y por ello, existen dos esferas de decisión, la del integrante en lo individual, ( autogestión ) y la del común de todos los integrantes ( cogestión ).

iv.- No existe patrimonio común o consorcial.

### 5.3.3 Ente Social Común.

Lo encontramos siempre dentro del plano secundario del consorcio, ya que, este no puede surgir sin que previamente se hubiere suscrito un contrato de consorcio, donde quedarán establecidas las pautas para su creación, por eso, y para tales efectos el contrato de Sociedad, se convierte en accesorio.

Ese ente social común, es de carácter societario, por la facilidad con que se presta para los fines del Consorcio de que una persona jurídicamente diferente de sus integrantes, a los que administrará.

A diferencia del común de todas las sociedades mercantiles, su



principal objetivo no es obtener ganancias ( lucrar ), ni producir, sino prestar servicios a todos los integrantes del consorcio, sean jurídicos, económicos, financieros o asesoría técnica entre otros, pues al administrar lo y representarlos cumple con estos, aquí por lo tanto todo es común, y los integrantes no son más que socios.

Precisamente por tratarse de una persona jurídica, aquí a diferencia del Contrato de consorcio ( que se ubica en el primer plano ), si existe aporte de capital por los integrantes, ya que es necesario para que esta pueda formar su patrimonio y así poder cumplir con los fines para los que fue creado. Ese aporte de capital, debemos puntualizar que deberá ser sino a parte exactamente iguales, lo más equilibrado posible ya que en caso contrario, se correría el riesgo de que alguno de los integrantes asumiera el control sobre éste, de tal manera que el balance existente en todo el grupo desaparecería, ya que en razón de esto, sería factible que el ente social común favoreciera en cierta forma a este.

Este ente social, es una persona jurídica distinta de los socios, y por tanto contará con un estatuto, patrimonial y órganos de expresión propios ( Asamblea, Consejo de Administración, órgano de vigilancia), lo que en ningún momento y por ningún motivo, deberán confundirse con los propios del Consorcio o con lo de cada uno de los miembros.

Dado que el consorcio, no tiene personalidad jurídica, ese asume la representación del mismo ( más bien de cada uno de los integrantes lo cuales creemos deberán otorgarle un poder sin representación dada la naturaleza y características de la figura), y, también, se encargará

de administrar las relaciones de los integrantes con los terceros.

**" No todos los servicios que consumen las unidades de producción, son prestados por el ente social " <sup>5</sup>**sino que, a veces, son prestados por infraestructuras satélites que funcionan separadamente, pero conectadas a las unidades de producción, lo que se busca, dado que no todos estos servicios los presta el ente social común, es que los mismos se financien por sí solos.

Dentro de este ente social, toda la propiedad, es común, incluso la gestión y la administración.

Como este órgano tiene una estructura societaria, quedará sometido a lo que se establezca en los estatutos y a lo que al efecto disponga la LGSM ( si es de carácter mercantil el consorcio, o bien al Código Civil si los integrantes son artesanos o asociaciones).

#### 5.4 Responsabilidad Jurídica

Una obligación, no es sino un vínculo jurídico, por virtud del cual, una persona puede exigir a otra una prestación. Por ello, en toda obligación siempre existe un sujeto pasivo u obligado, y otro tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación ( ese dar, hacer o no hacer que la doctrina y todas las legislaciones han reconocido como objeto de las obligaciones ).

Dentro del consorcio, existen diferentes tipos de obligaciones que asumirán los integrantes del consorcio, ( tanto los presentes como los

futuros ), así como el órgano social común, las cuales serán independientes de las que estos asuman en lo personal en forma por demás independiente de la agrupación, dichas obligaciones serán:

a) Las que contraiga cada uno de los miembros a raíz de la agrupación con los demás miembros. Estas obligaciones, dependerán exclusivamente de las estipulaciones que se hubieren realizado, en el contrato de consorcio propiamente dicho, y en caso de no encontrarse previsto como y en que forma han de cumplirse, se deberá acudir a la Teoría General de la Obligaciones en forma supletoria, ya que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos. Con la limitación de que aquellas estipulaciones que sean contrarias a la ley por este simple hecho , serán nulas de pleno derecho, y por lo tanto ninguno de los integrantes, quedará obligado a cumplirlas.

b) Aquellas que asuma el ente social común para el funcionamiento del consorcio. En principio, pareciera que, los miembros, no tendrán porque responder a las obligaciones contraídas por el ente social común, pero si tomamos en cuenta la naturaleza de la agrupación y el fin específico por el cual fue creado el ente social común se explica esto. Por ello, todos los integrantes responderían en forma conjunta al tercero que reclamara el pago de alguna obligación, que no le hubiere sido cubierta en forma oportuna o bien no se hubiere cumplido en su totalidad por el ente social común.

Recordemos que, cuando en una obligación, existen varios sujetos pasivos, en principio esa responsabilidad es compartida por todos a

partes iguales, salvo que se hubiere convenido una proporción diferente. Ahora bien, dicha responsabilidad, puede ir desde la simple mancomunidad, donde cada obligado al ser requerido, sólo deberá cubrir íntegramente la obligación, y posteriormente estará facultado a exigir a los demás que le cubran el importe que les corresponde de la obligación. Esta obligación solidaria, sólo surgirá cuando el ente social común sea incapaz de cubrirlas es decir, sea insolvente, pero sólo entonces hace la solidaridad, no antes.

c) Las que contraiga el ente social común, por cuenta exclusiva de alguno de los integrantes. Generalmente las obligaciones que asuma el órgano social común, son en beneficio de todos y cada uno de sus integrantes, pero existen casos específicos en los que asume obligaciones sólo y por cuenta de alguno de los integrantes del consorcio, si la relación se estableciera directamente entre el miembro y el tercero, resulta evidente que el único que tendría que cumplir dicha obligación es el integrante por cuenta de quien se contrajo, pero cuando el tercero desconoce con quien está contratando habría solidaridad entre el ente social común y éste para cumplir al tercero.

Lo anterior porque según Fori, existe una limitación a la libertad de quienes contratan con el ente social, ya que no tienen facultades para elegir quien les ha de prestar el servicio o a quien le están comprando, sino que quedan obligados a aceptar a aquellos que ofrezca el órgano común, sin que pueda exigirse por parte de estos garantía alguna por ello, dice que la responsabilidad es solidaria de los componentes con este.



## 5.5 Clases de Consorcio.

Tanto la Doctrina como la Legislación Italiana reconocen la existencia de dos diferentes clases de consorcio:

a) Consorcio con funciones de anticoncurrencia o anticoncurrente. Aquí los miembros del consorcio, se agrupan entre sí para evitar la multiplicidad de competidores en el mercado. Es decir, las partes se imponen restricciones a la competencia entre ellas.

Para el maestro Barrera Gráf, las notas características de este tipo de consorcio son dos: " **solo actúan a nivel de empresarios, o sea que las partes de ellas deben ser comerciantes que hayan organizado y que exploten empresas ( ya sea personas físicas o sociedades ), y segundo, que cada una de éstas acepte y convenga en restringir el ejercicio de actividades comerciales que sean comunes a todas** " <sup>6</sup> .

Tanto este consorcio, como el que se explicará a continuación buscan fortalecer económicamente a las empresas para que obtengan más ganancias, pero aquí se logra racionalizando la producción o bien se regulan los precios de los productos o servicios que se ofrezcan, o se establecen zonas de operación dentro del mercado para así disminuir: ya sea la competencia, las pérdidas de clientela o bien de ganancias como resultado de su libre concurrencia en el mercado.

Precisamente por la naturaleza de este tipo de consorcio, en el que no se impulsa la competencia entre las empresas, sino todo lo contrario, y dado que nuestra legislación es restrictiva al respecto es imposible que



este tipo de consorcios pudiera llegar a tener validez jurídica, como se verá al momento de analizar la figura en relación a la Ley Federal de Competencia Económica, puesto que si bien es cierto que en principio, los consortes son libre de pactar con los demás las reglas y restricciones que a sus actividades compete también es cierto que dichos pactos, no pueden ir en contra de la ley ni de las buenas costumbres.

A diferencia del consorcio de coordinación, precisamente por tratarse de acuerdos para limitar o restringir la competencia, dice el Lic. Carlos Enrique que podríamos admitir que no sea imprescindible la formación de un ente social común, que se encargará de vigilar el cumplimiento de esos pactos.

b) Consortio de coordinación. En este, los empresarios, dice el CCITAL, se reúnen para desarrollar alguna fase de sus empresas, es el consorcio clásico por excelencia porque todo, lo que hemos explicado a lo largo de este capítulo, se ajusta a lo que un consorcio de estos pretende, en cambio, el consorcio anticoncurrente es el que se aleja un tanto del concepto tradicional.

Los empresarios que deciden unir a sus empresas bajo este consorcio, buscan crear un ente social, que impulse el desarrollo de sus empresas, es decir, que, fomente la productividad de las mismas para que estas puedan seguir permaneciendo en el mercado, aquí, a diferencia del anterior, no se busca eliminar la competencia, sino más bien coordinar la producción de los integrantes y quizá, en forma indirecta se elimine la

competencia, pero más bien, que fomenta una competencia de productividad y de calidad de los productos, cuando los integrantes producen el mismo tipo de productos ( lo que no es condición sine quanon para que se forme un consorcio de este tipo, ya que, lo más importante, es el objetivo común ).

Precisamente para coordinar la actuación de los integrantes en cuanto al cumplimiento de los fines del consorcio, o bien, como ha de ejecutarse la obra, si es que para ello se constituyó el consorcio, ya hemos dicho que los integrantes constituyen un ente social común, por ello, es que el consorcio constituye un triángulo invertido a diferencia de la holding, ya que aquí varias empresas ( sus empresarios ) poseen a otra y no al revés.

El maestro Aguerrondo por su parte, alejándose un tanto de la clasificación tradicional, al tratar de definir la figura del consorcio que él sostiene es diferente a la que hasta el momento se ha explicado, sugiere que existen dos tipos de consorcio de los que el ha denominado consorcio de producción:

i.- Consortio Típico.- Cuando los trabajadores, son lo que producen por su cuenta y cargo en calidad de empresarios independientes, sin importar si son titulares o no de los medios de producción. Lo llama típico porque esta es la forma como el consorcio se introdujo a la vida de Argentina, ( los choferes de taxis que, ponían estos para ofrecer viaje colectivos en rutas prefijadas ).

En los consorcios típicos, las empresas que se unen, pertenecen

a personas físicas ( trabajadores-empresarios ), que poseen un medio de producción ( ya sean propietarios o no ), de tal forma que, todas las ganancias que obtengan de lo producido, le son propias y de nadie más, ya que no se encuentran sujetos a un salario ni a la obtención de determinadas prestaciones por lo producido.

ii.- Consortio Atípico.- En este participan empresas cuyos titulares son sociedades, ( que su estructura es societaria). Estas empresas, " **siguen siendo de composición societaria formadas por aportes de capitales, trabajo salariado, organización unitaria de la dirección y administración, propósitos de lucro, distribución de beneficios al capital en proporción a los aportes** " <sup>7</sup> .Cada integrante conserva tanto su independencia jurídica como económica, por ello todo lo que cada uno pierda o gane, le será propio sin que se tenga obligación de dar participación a los demás.

En cierta forma, los capitales de todas ellas, se encuentran agrupados en forma horizontal, pero jamás llegan a confundirse, siendo que cada empresa cuenta con los mismos derechos y obligaciones, ya que el capital que cada una tenga no es integrante del consorcio.

Los ingresos que se obtengan en común por todos los miembros del consorcio, se distribuirán en proporción a la producción ( cuando los integrantes poseen una o más unidades de producción ), sin que se consideren las erogaciones que hayan tenido que hacer estos, lo único que se eliminará de dichos ingresos, serán los gastos comunes.

Contrario a lo que Aguerro opina, esto sería un consorcio

típico, ya que en la actualidad la mayoría de las empresas, pertenecen a sociedades, y , no a personas individuales, y no sólo entonces para él un consorcio como el que se ha descrito en líneas anteriores sería atípico, sino aquel en que participaran tanto empresarios individuales como sociales.

#### 5.6 Las empresas Integradoras.

Entre los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 1989- 1994 se encontraba el mejorar las estructuras económicas nacionales para adaptarlas a las internacionales; es decir ser más competitivas. Por ello, el Programa Nacional de Modernización Industrial y del comercio Exterior 1990 - 1994, buscó hacer un empleo adecuado de los medios productivos de la región y así aumentar los empleos.

Con el reconocimiento por parte del Ejecutivo de la poca capacidad de negociación con que cuentan las micro, pequeñas y medianas empresas, dada su poca productividad, con el Programa para la Modernización de la Industria Micro, Pequeña y Mediana 1991 - 1994, se pretendió fortalecer su crecimiento mediante la introducción de cambios en su forma de comprar, producir, comercializar, distribuir sus productos en el mercado, de tal suerte que se asegure su conciliación y permanencia en el mismo, lo que los llevará en consecuencia al crecimiento y estabilidad económicas.

Una de las formas de asegurar lo anterior es mediante " *la organización interempresarial para la formación de empresas*



integradoras de industrias Micro, Pequeñas y Medianas en ramas y regiones con potencial exportador " <sup>8</sup>, razón por la que se expidió el Decreto que promueve la Organización de empresas Integradoras ( DOF 7 de mayo 1993 ) ya que a través de éstas se podrá:

- A) Mejorar la Producción.
- B) Facilitar el acceso a Tecnología.
- C) propiciar la introducción de las empresas en el mercado exterior.
- D) Mejorar la capacidad de negociación.
- E) Eficientar su organización y competitividad, sin necesidad de que las empresas lleguen a perder su autonomía jurídica y económica.

Las llamadas empresas integradoras no son sino un ente social común ( Sociedad ). Esta ha sido creada por todas las empresas ( empresarios ) que deseen constituir o formar un grupo de empresas integradas, donde uno de los propósitos de la misma será " **realizar gestiones y promociones orientadoras a modernizarse y ampliar la participación de las empresas** " (Art. 1° DPOEI).

Precisamente por tratarse de una nueva sociedad que constituyen quienes desean integrarse para poder permanecer en el



mercado, esta, deberá constituirse y sujetarse conforme a lo que al efecto dispone la LGSM y las demás leyes que de alguna otra manera regulen a las sociedades ( por ejemplo constitución ante Fedatario Público, de la manera de hacer las aportaciones al capital y la expedición de acciones, señalar su duración, la forma de celebración de asambleas, la presentación de declaraciones fiscales, entre otras cosas ).

A diferencia del común de las sociedades, no bastará que haya sido constituida por quienes desean integrarse, sino que deberá para ser considerada como tal, inscribirse en el Registro Nacional de empresas Integradoras que se encuentra a cargo de SECOFI, y para ello, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser jurídica y económicamente independiente de las empresas integradas que la forman, es decir que se constituya mediante la aportación de capital de las empresas integradas.

- Que su objeto social preponderantemente sea la prestación de cualquiera de los siguientes servicios de apoyo.

A) Tecnológicos, los que propiciarán mejorar la productividad así como la calidad de la misma.

B) De promoción y comercialización, para incrementar y diversificar la participación de las empresas tanto en el mercado nacional como el internacional y reducir los costos de distribución ( apoyo mercadotécnico ).

C) De diseños y emblemas, para los productos de las empresas integradas en búsqueda de aumentar su competitividad en el mercado.

D) De subcontratación de productos o procesos completando cadenas productivas; donde la empresa integradora obtiene un contrato y luego negociará con las empresas integradas la parte que ellas realizarán.

E) Obtener financiamientos de fomento para impulsar el desarrollo tecnológico de productos y procesos, lo que llevará a modernizar a las empresas gracias a la adquisición de nuevos esquemas productivos y nuevas maquinarias.

F) Realización de actividades comunes a través de las cuales se obtiene insumos, materias primas y tecnología comunes en condiciones favorables de precio y calidad.

G) Cualquier otro servicio que requieran las empresas integradas para el óptimo desempeño de las mismas, ya sea administrativo, contable, fiscal, jurídico o de capacitación, etc. - Que las empresas integrantes sean usuarias de los servicios que ella proporcione.

- Que no participe directa o indirectamente en el capital social de las empresas integradas. Esto es así porque si no se podría llegar al caso de que una empresa integradora servidora fuera a la vez controladora de una o varias de las integradas, lo cual va en contra de la propia naturaleza de esta figura. Esta disposición resulta acorde con nuestra LFCE porque podría

llegar a darse el caso de que se lograra controlar el mercado incluso aniquilar la competencia ( porque se llevaría a cabo un práctica monopólica generalmente relativa y en algunos casos absoluta ).

- Tener cobertura nacional o bien encontrarse circunscrita a una región, estado o municipio, en relación a las necesidades propias de ella y de sus integradas.

- Que los ingresos que obtenga sólo sean por cuotas o prestación de servicios.

- Que la administración de la empresa integradora, se realice por personal ajeno a las empresas integradas. ello no es sino para seguir conservando su independencia jurídica, económica y administrativa.

Ahora bien existen determinadas empresas que ya prestan servicios semejantes a los que se han mencionado en líneas anteriores, mismas que de acuerdo al DPOEI pondrían llegara convertirse en integradoras si prestan por lo menos dos de los servicios a los que se ha hecho referencia, además de los de intermediación financiera que en forma tradicional han venido prestando estas empresas.

El como habrá de funcionar una empresa integradora o bien en que bases o proporciones se cobrarán las cuotas o servicios y como han de ser las relaciones entre las diferentes empresas integradas, dependerá de lo que previamente a la constitución de esta empresa y durante la existencia de

la misma hubieran pactado dichas empresas, es por ello que creemos que al igual que al consorcio, en dicha empresa se presentan dos planos:

i.- Primario, donde se realizan los acuerdos previos a la constitución de la empresa integradora, y se acuerda su creación ( lo que en el consorcio denominamos contrato de consorcio propiamente dicho ).

ii.- Secundario, aquí es donde ya constituida la empresa integradora comienza a funcionar de acuerdo a sus estatutos, y a prestar los servicios que requieren las integradas.

Por todo lo anterior, consideramos que una empresa integradora, es equiparable o bien constituye una nueva forma de consorcio por cuanto que:

A) Se forma un grupo de empresas que desde el punto de vista del primer plano no se encuentran asociadas entre sí.

B) Se crea una sociedad ( ente social común ) en el que todas las empresas integradas son socias, por lo general a partes iguales.

C) La sociedad integradora sólo tiene como objetivos prestar servicios e impulsar el desarrollo de sus integradas, es decir no busca como objeto directo la obtención de lucro.

D) Se conserva la independencia jurídica y económica tanto de la integradora como de las integradas.

A pesar, de lo manifestado en líneas anteriores se debe aclarar que no todo consorcio constituye una empresa integradora porque:

i.- Una empresa integradora no se crea para la realización de una obra como es el caso del consorcio en algunas ocasiones.

ii.- La empresas integradoras, no pretenden eliminar la competencia, ni vigilar que se cumplan acuerdos de no competir, de fijación de precios o de territorios, ni el respeto mismo de normas de competencia en el mercado entre las integradas, sino sólo prestar servicios para que las integradas sean más competitivas en el mercado y logren permanecer en él. en cambio los consorcios cuando son anticoncurrentes precisamente buscan estos objetivos.

iii.- La empresas integradoras siempre tienen actividad externa, es decir, tienen relaciones con terceras personas ajenas al grupo que constituyen sus integradas, en cambio los consorcios no necesariamente tienen actividad externa.

iv.- Para que una empresa se considere integradora y pueda gozar de los beneficios fiscales que otorga el decreto que promueve este tipo de empresas, requiere ser inscrita en el Registro que al efecto lleva la



SECOFI, en cambio un consorcio, no necesita ser registrado para ser considerado como tal ( lo que sí se registra es el ente social común en el RPCO).

#### 5.7 Diferencia con otras figuras.

Precisamente porque la figura es poco conocida, y, dada su naturaleza, suele confundirse con otras figuras, y por ello, es necesario hacer una distinción entre esta y aquellas.

##### 5.7.1 Diferencia con la Sociedad.

a) La sociedad, ejerce siempre una actividad económica externa. El consorcio con actividad interna no ejerce actividad económica externa, el otro sí.

b) En la sociedad los riesgos de producción, son propios de la misma sociedad, en cambio, en el consorcio los riesgos de producción, gastos, erogaciones y ganancias son propios de cada empresa ( sin olvidar lo que se ha explicado respecto de la responsabilidad anteriormente ).

c) Existe reparto de utilidades en la sociedad a todos y cada uno de los accionistas, cuando las mismas se han producido y así lo acuerde la asamblea general de accionistas. El consorcio, por su parte, no genera el reparto de utilidades, ya que cada uno de los integrantes, se lleva lo que produce ( excepto que se repartieran las utilidades generadas por el ente

social común, cuyo principal objetivo si se recuerda no es obtenerlas).

d) En la sociedad los medios de producción son propiedad de esta, o bien tiene la posesión de los mismos por algún título legal. En el consorcio los integrantes son titulares de los medios de producción, ya que ellos no constituyen una sociedad y, cuando el ente social común produce en beneficio de sus integrantes, es titular de los medios de producción que necesite.

e) En el Consorcio, se producen bienes o servicios que requieren las empresas coparcipatantes, por parte del ente social común, dicha producción no busca beneficiar a terceras personas, ya que su fin es preponderante, no es la obtención de lucro sino impulsar el desarrollo de sus integrantes, su permanencia en el mercado y competitividad. Por su parte, el fin de la sociedad siempre es lucrativo, ya que busca producir utilidades para después repartirlas.

f) Si bien, es cierto que tanto en el consorcio como en la sociedad existe el animus societatis, es diferente el existe en uno y en otro. Para la sociedad, este, es constante y su carácter es un tanto más permanente, ya que por lo general la duración de una sociedad es por un período largo de tiempo y en cambio, el consorcio, dado que tiene una duración limitada de tiempos, el animus societatis, no tiene ese carácter, además el mismo no es con el objeto de obtener utilidades, sino de impulsar entre los integrantes el desarrollo de sus empresas como ya se dijo

anteriormente.

#### 5.7.2 Con el Joint venture

a) El Joint venture, no tiene como una de sus consecuencias naturales la formación de una sociedad, y el consorcio por el contrario, cuenta entre sus objetivos la formación de una sociedad, para la realización de la obra o servicio que pretenden los integrantes del mismo.

b) Mientras que en el Joint venture existe el *animus societatis* en tanto se realiza el negocio o bien por el período de tiempo para el cual se formó en el consorcio existen dos diferentes *affectio societatis* el propio del órgano social común y el del consorcio propiamente dicho similar al de la figura referida, los que podrán llegar a existir en el Joint venture si este llegare a formar una sociedad.

c) En el Joint venture, existe reparto de utilidades, puesto que las partes que lo conforman, se han unido para la realización de un negocio y si esta genera utilidades, repartírselas de acuerdo a lo establecido en el contrato. Por el contrario, en el consorcio, no existe reparto de utilidades, ya que cada uno se lleva lo que produce, salvo que todos realizaren una misma obra, en cuyo caso cada quien se llevaría las utilidades de la parte de la obra que realizó.

### 5.7.3 Diferencia con la fusión

a) en la fusión si bien es cierto que comparecen varias sociedades, como producto de la misma sólo subsiste una sociedad, o bien nace a la vida jurídica otra, en cambio, en el consorcio, siempre surgirá una nueva sociedad, sin que las demás a raíz de las cuales pueda surgir desaparezcan.

b) La fusión sólo se da entre sociedades que deseen formar una sola, por su parte un consorcio no sólo se da entre sociedades, pueda darse entre personas físicas, titulares de empresas, o bien entre sociedades, o entre estas y aquellas.

c) Por el simple hecho de efectuarse la fusión, las sociedades entre las que se da, pierden su personalidad jurídica y patrimonio en favor de la subsistente o bien de la nueva, y, en el consorcio en ningún momento y por ningún motivo pierden cualquiera de los dos.

d) En la fusión las sociedades fusionadas, transmiten en bloque su patrimonio a la fusionante o absorbente, y en cambio, en el consorcio, únicamente los integrantes darán aportaciones de capital para la creación del ente social común.

e) Los socios que integraban las sociedades fusionadas pasan a ser socios de la absorbente o de la nueva sociedad y, en el consorcio,

únicamente los integrantes darán sus aportaciones de capital para la creación del ente social común.

#### 5.7.4 Diferencia con las Controladoras

a) La sociedad controladora, dirige directa o indirectamente a las empresas que pertenecen a su grupo, siempre por medio del capital, y en cambio, el ente social común del consorcio, no controla a sus integrantes y a que no posee participación en estas, de hacerlo, nos encontraríamos con un consorcio controlado, y el mismo, ya no tendría razón de ser. Además, porque el consorcio no es sino todo lo contrario a lo que una controladora es, pues constituye un triángulo invertido, donde varios titulares poseen al órgano social común, y no al revés. ( Véase el esquema del consorcio).

b) Las empresas que controla la holding o bien que pertenecen a su grupo siempre son societarias, que en teoría son tanto jurídica como económicamente independientes, y, las empresas que integran el consorcio no necesariamente tienen que ser societarias, ya pueden pertenecer a una persona o personas físicas.

c) Precisamente, por el control accionario que la controladora posee sobre sus controladas, decidirá la forma en que estas han de actuar, y en cambio el ente social común del consorcio, no puede decidir como han de actuar los integrantes, sólo podrá vigilar el cumplimiento de los acuerdos y prestará los servicios para los que fue creada y que le sean solicitados por



aquellos.

## 5.8 El Consorcio y la Ley Federal de Competencia Económica.

Una vez que las empresas deciden establecer alianzas entre sí, por las cuales crean grupos o uniones empresariales, con el fin de ser más competitivas y así permanecer en el mercado o del libre comercio en que nos encontramos, o bien a favor de este mismo.

Precisamente, para determinar si en acuerdo entre las diferentes empresas que concurren a él es o no anticompetitivo surge la **Ley Federal de Competencia Económica**, cuyos principales objetivos son:

- Promover la eficiencia económica de las empresas, y
- Promover el proceso competitivo, ya que la ley no pretende proteger a determinadas personas, sino lograr que el proceso en el cual compiten las empresas entre sí sea equilibrado, lo cual se consigue prohibiendo los monopolios y prácticas monopólicas.

Para poder cumplir con estos objetivos, la ley toma como punto de partida, la apertura económica del país en la actualidad hacia la competencia tanto nacional como extranjera, así como "**la desregulación que se ha dado en los mercados financieros, en los mercados de bienes y en la apertura a la inversión extranjera**"<sup>9</sup>.

La LFCE, tiene su fundamento constitucional en el Art. 28 de nuestra Magna, que prohíbe el establecimiento de Monopolios o prácticas monopólicas el que contiene cuatro rubros importantes al respecto: En

primer lugar prohíbe los monopolios y las prácticas monopólicas, en segundo lugar autoriza los monopolios estatales en áreas estratégicas y las actividades que expresamente señalen las leyes ( acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía, emisión de billetes, generación de energía nuclear, electricidad, etc.); en tercer lugar, exceptúa de la prohibición a las asociaciones laborales y sociedades cooperativas y, finalmente, permite al legislativo fijar precios máximos a los artículos de consumo necesarios para la economía nacional o el consumo popular.

El campo aplicación de la LFCE abarca tanto a las personas físicas como morales, a grupos de personas que se encuentran relacionadas entre sí en incluso a los organismos de la administración públicas descentralizada ( los que realizan actividades exclusivas del Estado en las áreas estratégicas que señala la propia constitución, cuando dichos organismos, no actúan en función de las mismas o en dichas esferas ), estos constituyen lo que la propia ley ha denominado agentes económicos.

Para hacer una regulación adecuada, LFCE ha dividido a las prácticas monopólicas en dos géneros:

A) Prácticas Absolutas.- Se denomina así porque en forma directa atacan al libre mercado y a la libre concurrencia, ya que su objeto principal, es eliminarla.

Estas, son aquellas que de suyo son ilegales ( nulas de pleno derecho ), sin que haya necesidad de considerar el poder substancial del

agente económico en el mercado relevante, para calificarlas como tales . Estas son las que comunmente se les conoce como Prácticas Horizontales, y generalmente se dan entre agentes económicos, que se encuentran en el mismo nivel productivo, o lo que es decir la misma área productiva. Este tipo de prácticas (convenios o acuerdos), se presentan ya sea por medio de carteles, convenios por medio de los cuales se establece la obligación de producir, procesar o bien distribuir determinada cantidad de bienes o servicios.

Estos actos por el simple hecho de celebrarse conllevan a que los agentes económicos que las realicen o bien se encuentren dentro de ellas, se verán obligados a cubrir las sanciones que les imponga la Comisión Federal de Competencia Económica que la propia ley señala, además de que las mismas, no producirán efecto jurídico u obligación alguna. Lo anterior significa que cualquiera de los agentes económicos que hubiera aceptado o convenido cualquier acuerdo de esta naturaleza y que posteriormente no lo cumpliera o no quisiera hacerlo, no quedaría obligado, ni existiría acción alguna por medio de la cual se le confirmara al cumplimiento del mismo.

Los consorcios que se han estudiado como Anticoncurrentes, y que por lo general realizan actividades internas, pertenecen a este tipo de convenios o práctica monopólicas absolutas ya que:

- i.- Su objetivo es eliminar la competencia.
- ii.- Atacan el libre mercado al constituir acuerdos de no competencia, fijación de precios o bien de distribución de clientes o de

mercado entre otras.

iii.- En ningún momento y por ningún motivo pretenden incentivar la competencia con el mercado en general y con terceros ajenos a dichos acuerdos.

iv.- Fortalecen a las empresas con la eliminación o reducción desleal de la competencia.

B) Prácticas Relativas.- Son aquellos actos por medio de los cuales se desplace o se pueda desplazar en forma indebida a otros agentes del mercado, o bien impedirles su acceso al mismo. Son denominadas así, ya que, de suyo no son anticompetitivas, sino que también son procompetitivas, es decir propician la competencia y fortalecen el libre mercado, razón por la cual son un tanto ambiguas ya que pueden o no impedir la libre concurrencia.

Por lo general estas prácticas, se establecen entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles productivos o de la cadena económica, y por ello también se les conoce como práctica verticales, y por la necesidad de que sean evaluadas, se les conoce también como prácticas monopólicas sujetas a reglas de razón (rule of reason).

Este tipo de práctica para considerarse anticompetitivas, deben ser evaluadas bajos dos criterios: a) Que el presunto responsable o responsables tengan poder substancial en el mercado relevante.

b) Que se haga sobre bienes o servicios del mercado relevante entre estas encontramos de acuerdo al Art. 10 de la ley en comento, las



siguientes:

- I.- División vertical de mercados.
- II.- Restricciones de precio de reventa o venta de producto final.
- III.- Ventas atadas.
- IV.- Obligación de trato exclusivo.
- V.- Denegación de trato.
- VI.- Boicot vertical.
- VII.- Cualquier acción que dañe el proceso de competencia y libre concurrencia.

El que un agente económico tenga poder substancial en el mercado se determinará cuando el agente esté en posibilidades de controlar el mercado monopolizándolo y esta se determina según la ley si concurren los siguientes requisitos:

- Si es capaz de determinar los precios o la disminución en el abasto dentro del mercado relevante, sin que los competidores puedan hacer algo al respecto.
- La existencia o no de barreras de entrada o elementos que puedan impedirlos, para otros competidores.
- Existencia y fuerza de los competidores.
- Su comportamiento reciente.
- Las posibilidades de acceso a insumos y de sus competidores.



Los Consorcios de Coordinación, pertenecen a este tipo de práctica relativas en forma procompetitiva ya que:

- i.- Buscan la permanencia de las empresas en el mercado.
- ii.- Fomentan la competencia entre las mismas.
- iii.- No pretenden controlar el mercado ya que su miembros pueden o no pertenecer a la misma escala productiva a la misma rama, o bien a diferentes escalas y ramas.

Precisamente porque no se trata de lo que la ley entiende por concentraciones, ya que no existe fusión alguna o bien la adquisición de control o concentración de sociedades o asociaciones el consorcio, no estará sometido a las investigaciones que realice la Comisión Federal de Competencia Económica ya que:

- No concede el derecho al fijar precios en el mercado.
- No desplazará a otros agentes del mercado, o les impedirá acceso al mismo.
- No busca facilitar prácticas monopólicas.

Y en caso de que se estuviera en posibilidad de llegar a causar esto, habría entonces necesidad de que antes de constituirlo se obtuviera una decisión favorable de parte de la comisión, para lo cual de acuerdo al Art. 21 LFCE deberá acompañar: notificación por escrito a la comisión, acompañada del proyecto del consorcio, y los estados financieros del último ejercicio de los agentes económicos, (en este caso los integrantes del consorcio).

Como se puede observar, el consorcio, quedaría fuera de la regulación de la Ley Federal de Competencia Económica, ya que sólo podría darse el caso de quedar regulado cuando se tratase de un consorcio anticoncurrente y en caso de un consorcio de coordinación que involucrara a todos los miembros de una rama específica de producción o de prestación de servicios, si estos pudieran llegar a controlar el mercado o su influencia sea relevante

#### 5.9. El Consorcio en la Legislación Italiana.

Hemos dicho que en esta legislación donde únicamente se encuentra regulado el consorcio, para la cual es un contrato, donde a diferencia del crédito, y la compra-venta, surge una nueva unidad empresaria, lo cual, se reafirma con el artículo 2602 del CCITAL al señalar que: "Con el contrato de consorcio los empresarios constituyen una organización común para la disciplina o para el desarrollo de determinadas fases de las respectivas empresas".

Bajo el régimen jurídico italiano, existen una serie de normas que deben cumplir cuando se formaliza un consorcio como son:

- i.- Debe hacerse por escrito el contrato de consorcio, bajo pena de nulidad (la cual sería relativa, ya que, el contrato, no sería oponible a terceros, pero sí tendría validez entre los contratantes).
- ii.- Indicar el objeto, la duración, las obligaciones y las contribuciones

a que estará obligado cada uno de los integrantes. En caso de que no se indicare por cuanto tiempo durará este, el artículo 2604, prevé, que la misma, será por un período de 10 años, los cuales serán renovables.

iii.- La forma en que habrá de constituirse el Organo Social Común.

iv.- Requisitos para la admisión de nuevos socios, sin embargo, sino se estableciere nada al respecto, no significa que no puedan admitirse nuevos socios, por su parte, Campobasso opina que si no se ha estipulado, no será posible la admisión de nuevos socios, ya que en este caso, el consorcio sería cerrado, y para admitir un nuevos integrante, se requeriría el consentimiento unánime de todo los agrupados, consideramos que la opinión de este tratadista es errónea, ya el mismo está admitiendo que con el consentimiento es posible admitir nuevos socios, luego entonces, el consorcio no sería cerrado, además si la Ley italiana no prevé nada al respecto, porque pensar en esta condición restrictiva y no en lo contrario, ya que lo que no está previsto ni prohibido en la ley, está permitido.

Cuando la empresa, se transfiere a un nuevo titular, este, automáticamente se convierte en participante, salvo que los demás integrantes dentro del plazo de un mes si tienen una justa causa decidan la exclusión de ese nuevo miembro.

v.- Los casos en que podrá rescindirse a alguno de los integrantes, (incumplimiento de los acuerdos), ya que en caso de no hacerlo, deberá existir una buenas causas que sea apoyada por todos los participantes para poder rescindir el contrato a ese integrante.

vi.- Las causas de terminación del contrato, además de las

siguientes que se consideran como implícitas en el mismo:

-El simple transcurso del tiempo.

-La imposibilidad de realizar el objeto del mismo.

-La realización del objeto.

-La voluntad expresada en forma unánime por todos los participantes, si es que existe una justa causa.

-Por decisión de las autoridades gubernamentales, cuando la propia ley las faculte (esto no es sino cuando los consorcios anticoncurren, se conviertan en un peligro para la libre competencia y mercado).

vii.- La manera en que habrán de tomarse las decisiones, y así como la forma en que se pueda modificar el contrato inicial de consorcio.

viii.- Crear un fondo patrimonial con las contribuciones y bienes, el cual, es autónomo del de los copartícipes.

Si bien, es cierto que la Código italiano se refiere tanto al consorcio anticoncurrente, como al de coordinación, al regularlos se refiere al consorcio con actividad interna (que siempre es anticoncurrente) y el consorcio con actividad externa (que puede ser anticoncurrente o de coordinación).

Por medio del consorcio con actividad interna dice el Derecho italiano, se crea organización común que se encargará de que el contrato sea cumplido conforme a las decisiones y acuerdos que tomen los participantes, por lo general, este tipo de consorcio, no tiene trascendencia con terceras personas (este sería el caso mediante el cual un consorcio anticoncurrente podría no necesitar la creación de un ente social común



independiente de los integrantes).

En el Consorcio con actividad externa, se crea una organización con independencia jurídica que tendrá relación con personas ajenas al consorcio, que no sólo regulará las relaciones entre los integrantes del consorcio, sino que coordinará las relaciones de este con terceras personas, en busca de obtener un mejor desarrollo e impulso para sus integrantes. Precisamente, dado que se realizan actividades con terceras personas, se hace necesario darle publicidad a este contrato, y para ello, el Art. 2612 del CCITAL dispone que: se deposite en el registro de empresas sino el contrato, un compendio del mismo dentro de los 30 días siguientes a su formación, el que deberá indicarse:

- Denominación y objeto de este.
- El nombre de los participantes.
- Su duración.
- La designación de quienes se encargarán de administrarlo y sus facultades.
- La forma en que está integrado el fondo del consorcio

Al regular la responsabilidad, se establece que, los acreedores particulares de los integrantes, no pueden ejercer derechos sobre el fondo del consorcio. Es decir, sólo se ejercitan acciones en contra del fondo del consorcio, respecto de aquellas obligaciones que hubiere asumido el consorcio (el ente social común), y por lo tanto los acreedores, solo podrán ejercitar sus acciones sólo contra este fondo, ya que no existe la solidaridad.



Cuando la organización común adquiere obligaciones por cuenta de uno de los integrantes, este fondo queda obligado en forma solidaria, y si ambos resultaren insolventes, quedarán todos obligados en proporción a sus cuotas ( Art. 2615 CCITAL ).

Dado que en este tipo de consorcio surge una nueva sociedad , en forma anual debe presentarse un balance, así como un balance general de las actividades del consorcio, lo que es erróneo, ya que como se vio, el consorcio, no tiene personalidad jurídica, luego entonces, no tiene porque presentarse un balance del mismo, a menos que por una ficción jurídica o de orden se hiciera esto obligatorio.

Tanto el CCITAL <sup>10</sup> como Campobasso, sostienen que el consorcio ( como agrupación ), puede ser llevado a juicio, pero como se indicó en el párrafo anterior, aceptar esto es como aceptar que el mismo posee personalidad jurídica y romper con todos los principios procesales que exigen que las partes en el juicio tengan personalidad para poder ser llamadas a este o bien iniciar un proceso, en cambio, quien si puede ser llevado a juicio sería ese ente social común por conducto de quienes resultaren sus legítimos representantes.

Previo al funcionamiento de cualquier consorcio, el CCITAL dispone que este sea aprobado por la autoridad gubernamental ( algo parecido sucede con las empresas integradoras que se han visto ), sobre todo cuando influyan en el mercado general de los bienes que produzcan sus integrantes. Posteriormente a esta autorización todas las actividades y actuaciones del consorcio, quedarán bajo la vigilancia de la autoridad

gubernamental, la que en caso de ser necesario puede: disolver los órganos del consorcio y encargar la gestión a algún funcionario, o bien decretar la disolución del mismo ( en igual situación se encuentran todos aquellos acuerdos, agrupaciones empresarias que pongan en peligro el libre mercado y la libre competencia ).<sup>11</sup>

En las llamadas zonas estratégicas o base de la economía, es posible que, por acuerdo de las autoridades gubernamentales se constituyan consorcios obligatorios, entre aquellas empresas que se dedican a la misma rama o ramas similares de actividades, siempre que se sigan las reglas para la formación del consorcio, incluso el poder de la autoridad gubernamental es tal que puede declarar obligatorio a un consorcio que hubiere sido constituido en forma voluntaria, como es el caso de estibamiento de productos agrícolas.

<sup>1</sup> AGUERRONDO, Guillermo. La empresa Consorcio. Un modelo de Organización empresarial Moderna, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980. p.107

<sup>2</sup> AGUERRONDO, Guillermo, Ob. cit. p. 29

<sup>3</sup> Se utiliza el término multilateral en vez de colectivo, para evitar crear una confusión y que no se piense que nos referimos a un C. colectivo de trabajo.

<sup>4</sup> Véase Art. 3° del CCOM en vigor.

<sup>5</sup> AGUERRONDO, Guillermo. Ob cit. p. 73.

<sup>6</sup> BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México 1989. p. 724.

<sup>7</sup> AGUERRONDO, Guillermo, Ob cit. p. 133

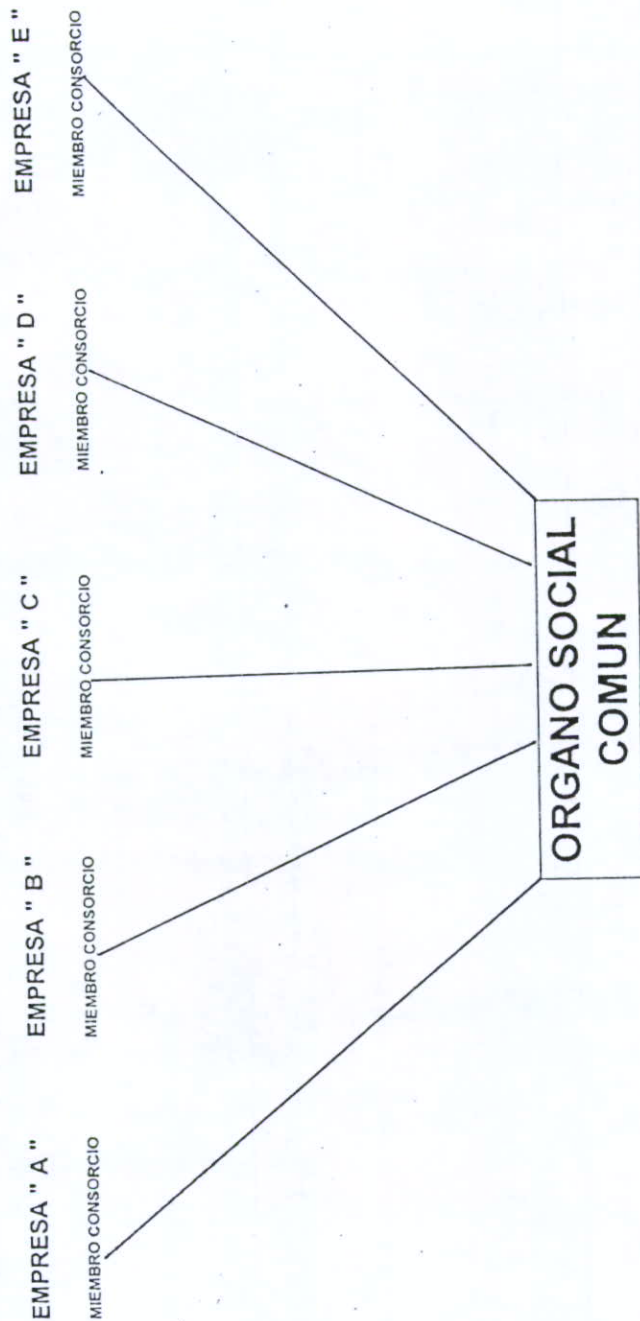
<sup>8</sup> Diario Oficial de la Federación del 7 de mayo de 1993 p. 37.

<sup>9</sup> CASTAÑEDA, Gabriel y otros Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica, SECOFI, Dic. 1992 p.p. 1-2.

<sup>10</sup> Véase Art. 2613 CCITAL

<sup>11</sup> Véanse Arts. 2618 al 2620 CCITAL.

# ESQUEMA " DEL CONSORCIO "



## CONCLUSIONES.

A manera de conclusión y como recapitulación de todo lo que se ha visto a lo largo de este trabajo podemos afirmar que:

Las agrupaciones de empresas, como fenómeno concentracionista, no son solamente las que se han analizado, ya que la sociedad misma, cualquiera que esta sea es por propia naturaleza agrupativa, ya que ante la insuficiencia del empresario individual para satisfacer las necesidades del mercado, surge esta, donde todos los socios aportan algo ( sea capital, bienes o trabajo ) para cubrir esa imposibilidad a la que se encuentra limitada una persona.

Ante la insuficiencia de las sociedades, que agrupan personas físicas, surgen las sociedades de sociedades, así como las sociedades de sociedades y de personas físicas, cuyo campo de aplicación es mayor que la pura y simple sociedad, y finalmente cuando estas son insuficientes surgen las llamadas agrupaciones de empresas ( de las cuales la sociedad de sociedades no es sino una de las más simples ).

Al concentrarse las empresas ( sea que se exteriorice o no ) se crea una unidad de actuación conjunta que en algunas ocasiones es real o efectiva y en otras es aparente, dependiendo si las que se concentran pierden su individualidad jurídica o económica, ya que así se determina la cohesión con que se encuentra conformada una agrupación.

Es cierto que concentrar no es lo mismo que agrupar, pero

cuando se habla de agrupaciones de empresas ambos términos son sinónimos, ya que la concentración es el fenómeno con más cohesión de las agrupaciones de empresas, porque este implica generalmente la pérdida de la independencia jurídica y la económica en consecuencia.

La fusión, es la forma máxima de concentración que existe entre empresas y empresarios, pues de la unión de todos estos, necesaria e indefectiblemente resultará uno, sea de nueva creación o uno ya existente, por ello es correcta la doctrina que sostiene que tanto la fusión propiamente dicha y la absorción o incorporación son dos manifestaciones diferentes de un sólo fenómeno y no dos distintos, puesto que el efecto es el mismo que las fusionadas ( sus empresarios ) transfieran su patrimonio a otra, y sus socios pasen a serlo de esta última y desaparezcan.

Las agrupaciones que no forman una persona jurídica, a diferencia de las que sí la forman, no requieren la creación de esta para poder operar, o bien para que se admita que se está ante la presencia de una de ellas, no por ello aquellas que no forman una persona jurídica se encuentren impedidas de que en un momento determinado lleguen a formarlo sin que por ello la agrupación en cuestión se desnaturalice como es el caso del Joint venture, pero cuando ello sucede prácticamente es que desaparece este último contrato desde el momento mismo en que surge la persona jurídica pero no siempre sino cuando así se requiera.

Las agrupaciones de empresas, tienen siempre uno u otro de los



siguientes objetivos:

- Pretender la dominación del mercado, que generalmente los lleva a constituir una práctica monopólica absoluta de las que se encuentran previstas en las fracciones II y III del Art.9 de la LFCE porque, se establecen contratos o convenios entre los llamados agentes económicos, mediante los cuales pactan entre sí la obligación de no producir, procesar, o comercializar, sino una cantidad o volumen que se les ha asignado o bien la división de zonas del mercado. Ahora no siempre ese actuar en forma externa de las agrupaciones las ha de llevar a esto, porque existen agrupaciones como el joint venture, el consorcio y las agrupaciones de colaboración que sin caer dentro de lo previsto, buscan no tanto dominar el mercado sino permanecer dentro del mismo siendo más competitivos.

- Pretenden el control via interna de las sociedades, cuando este se da así, sin exteriorizarse hacia el exterior, las agrupaciones difícilmente caerán en los supuestos de prácticas monopólicas (absolutas o relativas ) que al efecto prevé la LFCE, pues a nivel competitivo o de mercado esto no tendrá trascendencia o lo que es lo mismo no influirá en la libre concurrencia y competencia que se lleve en el mercado.

El consorcio al igual que las demás figuras analizadas es una agrupación de empresas porque:

- a) Existe una unidad de actuación.
- b) Dentro de él coexisten varias empresas.

c) Como consecuencia de la unidad pareciera que sólo existe una unidad empresarial cuando esto no es más que apariencia.

d) Gracias a esa unidad de actuación, las empresas se hacen más competitivas.

El consorcio presenta bajo sus dos vertientes la posibilidad de quedar en algunos casos sometido a lo establecido a la LFCE (Consortio anticoncurrente ) y en otros todo lo contrario (Consortio de coordinación), pero en última instancia este al igual que la mayoría de las agrupaciones, es un contrato porque sus diferentes integrantes ( los titulares de las empresas agrupadas ) han efectuado un convenio entre sí por medio del cual han adquirido ciertos derechos y obligaciones. Al no existir regulación específica al respecto, este contrato quedará perfeccionado desde el momento mismo en que se otorgare el consentimiento, sin necesidad de formalidad alguna, y que por tratarse de un contrato atípico se someterá a la regulación de su contrato más análogo. Este contrato a diferencia de otros, seguirá subsistiendo en tanto exista la agrupación, ya que es el eje sobre el cual descansa la propia agrupación, y alrededor del cual se ha desarrollado y se mueve el órgano resultante del mismo.

A lo largo del presente trabajo se ha querido dejar al lector la inquietud de la necesidad de que tanto el consorcio como las demás agrupaciones de empresas comiencen a ser reguladas por nuestro derecho, y evitar a sí las complicadas marañas de sociedades y asociaciones que se crean como consecuencia de ello, precisamente por tratarse de contratos

atípicos. Es quizá el Decreto Presidencial que promueve la formación de empresas integradoras un verdadero avance en la regulación de las mismas específicamente del consorcio, pero no es suficiente dada la parquedad del decreto y lo poco que ha sido empleado por desconocimiento. Como no creemos ser los más adecuados para proponer una legislación al respecto, modificando así nuestro Código de Comercio proponemos de ejemplo lo que al respecto propone el Código Civil Italiano, que es la única legislación que regula al consorcio tal y como se ha expuesto a lo largo del último capítulo de esta tesis.

**Art. 2602.-** Con el contrato de consorcio los empresarios constituyen una organización común para disciplinar o desarrollar determinadas fases de las respectivas empresas.

Este artículo no hace sino conjugar veladamente dentro de la definición a los dos tipos de consorcio que reconoce la ley italiana el de coordinación y el anticoncurrente, recordando que éste último no es admisible por lo establecido en nuestra LFCE, pero podemos decir que el consorcio es : El contrato en virtud del cual diferentes empresarios deciden unir a sus empresas para que produzcan en forma conjunta, mediante la creación de un órgano social común, por demás está decir que debe de tratarse de empresas similares o que se encuentren en la misma área de producción.

**Art. 2603.- Forma y contenido del contrato.**

El contrato debe hacerse por escrito bajo pena de nulidad.

Este deberá indicar:

- 1) Objeto y duración del Consorcio;

- 2) La sede de la oficina eventualmente constituida;
- 3) Las obligaciones y las cuotas que deben aportar los participantes;
- 4) Las atribuciones y poderes de los órganos del consorcio;
- 5) Las condiciones de admisión de lo nuevos participantes;
- 6) Las causas de suspensión o de exclusión;
- 7) Las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones por parte de los participantes.

Por medio de este artículo, se han establecido las circunstancias de modo tiempo y lugar y los requisitos mínimos necesarios para que un consorcio quede legalmente constuido, pero al igual que el la mayoría de los contratos la omisión de algunas genera la suplencia de la ley, y en otros casos genera la nulidad absoluta de pleno derecho del contrato establecido.

**Art. 2604.- Duración del Consorcio.**

A falta de la determinación de la duración del contrato este será válido por diez años.

La duración así establecida por la legislación italiana es en función de que se considera que siempre la misma agrupación debe tener una duración por así decirlo breve, pero no porque la naturaleza del consorcio así lo exija ya que este puede tener una duración a largo plazo como sucede en el caso de una empresa integradora.

**Art. 2605.- Control de la actividad de los participantes.**

Los participantes deben permitir el control y las inspecciones por parte de los órganos facultados, para tener conocimiento del exacto cumplimiento de las obligaciones.

Esto no es sino la consecuencia de ser miembro del consorcio y por lo tanto para averiguar si el participantes esta cumpliendo con sus



obligaciones deberá cada uno de ellos permitir las inspecciones y revisiones que se acordaron en el contrato y que se harán por el órgano social común.

**Art. 2606.- Toma de decisiones de los participantes.**

Si el contrato no prevé otra cosa las decisiones referentes a la actuación del consorcio serán tomadas con voto favorable de la mayoría de los participantes.

Las decisiones tomadas conforme a este artículo o al contrato podrán ser impugnadas por vía judicial dentro de los treinta días. Por parte de los participantes ausentes el término principia desde la comunicación o si de trata de deliberaciones sujetas a inscripción , desde la fecha de esta.

**Art. 2607.- Modificaciones del contrato.**

El contrato no puede ser modificado sin el consentimiento de todos los participantes salvo que se hubiere estipulado otra cosa.

Las modificaciones deberán ser por escrito bajo pena de nulidad.

En el primero de estos artículos se establece la regla general para la toma de decisiones, no se establece el mínimo de participantes requerido para que sus juntas tenga la validez por lo que creemos que si se requiere el voto de la mayoría en sentido favorable para que una decisión sea tomada, deberá igualmente tenerse presente a casi todos lo participantes, porque si aunque la mayoría acuda a la junta si al momento de votar sólo votare la mayoría de esa mayoría la decisión no sería válida. En el segundo de los artículos, se establece un quórum de votación diferente y que además dicha modificación deba hacerse por escrito bajo pena de nulidad.

**Art. 2609.- Suspensión y Exclusión**

En los casos de suspensión y de exclusión previstos en el contrato; la cuota de los participantes que renuncien o se vean excluidos se incrementará proporcionalmente las cuotas de los demás.



Lo anterior no es sino como consecuencia de ser excluido significa que la cuota del que se retire o bien sea excluido se pierde en beneficio de los demás integrantes, es decir acrece en forma proporcional la cuota de los demás.

**Art. 2610.- Transferencia de la Empresa**

Salvo pacto en contrario, en caso de transferencia de la empresa por cualquier título, el adquirente de la empresa entra en el contrato de consorcio.

Si existe justa causa, los demás participantes del consorcio podrán dentro del mes siguiente al aviso de transferencia de la empresa, acordar la exclusión del adquirente.

Esto no es sino un cambio de titular ( sujeto ) de la obligación, es decir es semejante a una obligación real de que quien adquiera la empresa continuará con sus mismos derechos y obligaciones.

**Art. 2611.- Causas de disolución**

- 1) Por el simple transcurso del tiempo establecido para su duración;
- 2) Por la obtención del objeto o la imposibilidad de conseguirlo;
- 3) Por decisión unánime de los participantes;
- 4) Por decisión de los participantes cuando exista una causa justa de las previstas en el Art. 2606;
- 5) Por decisión de la autoridades gubernamentales, en los casos aceptados por la ley;
- 6) Por las demás causas previstas en el contrato.

Estas no son sino las causas comunes para la terminación y disolución de un contrato y de una sociedad, salvo que en el propio contrato se establezca otra causa.

**Art. 2612.- Inscripción en el Registro de empresas.**

Si el contrato prevé el establecimiento de una oficina para el

desarrollo de una actividad con terceras personas, un compendio del contrato deberá ser depositado por los administradores dentro de los treinta días siguientes a su estipulación, para ser inscrito en la oficina del registro de empresas donde la oficina tenga su sede.

El compendio deberá indicar:

1) La denominación y objeto del consorcio y la sede que tendrá la oficina;

2) Nombre de los participantes;

3) La duración del consorcio;

4) Las personas que presidirán , y dirigirán y tendrán la representación del consorcio así como sus facultades;

5) La forma en como se encuentre formado el fondo del consorcio y las reglas relativas a la indemnización.

También deberán inscribirse las modificaciones del contrato cuando se refieran a alguno de los elementos nombrados.

Se establece esta obligación para que el gobierno italiano pueda llevar un control de los contratos de este tipo, sobre todo cuando se trata de consorcios anticoncurrentes, de igual manera nuestro DPOEI exige el registro de la empresa integradora y de sus integradas dentro del registro especial que al efecto lleva la SECOFI.

#### **Art. 2613.- Representación en juicio**

Los consorcios pueden ser llamados a juicio a través de las personas a las cuales en el contrato se les otorgó la presidencia o la dirección, o bien si esta se otorgó a otras personas.

No estamos de acuerdo con que el consorcio sea llamado a juicio porque sería tanto como admitir que el mismo tiene personalidad jurídica, el que sí puede ser llamado a juicio es el órgano social común, que es el que tendrá la legitimación pasiva para poder comparecer en juicio bajo alguna de las responsabilidades que se vieron en el último capítulo.

#### **Art. 2614.- Fondo del consorcio**

Las contribuciones y los bienes adquiridos con estas,

constituyen el fondo del consorcio.

En tanto dure el consorcio los participantes no pueden pedir la división del fondo, y los acreedores particular de estos no pueden ejercer sus derechos sobre el fondo mismo.

**Art. 2615.- Responsabilidades hacia terceras personas**

De las obligaciones adquiridas por los órganos del consorcio a través de quienes tienen la representación, los terceros podrán ejercer sus derechos sólo sobre el fondo de consumo.

De las obligaciones adquiridas por los órganos del consorcio por cuenta de cada uno de los participantes responderán estos últimos solidariamente con el fondo del consorcio. En caso de insolvencia los participantes responderán en relación al porcentaje de sus cuotas.

Aquí no se hace más que regular lo que sucederá en caso de presentarse incumplimiento por parte del Órgano social común y lo que sucederá si la obligación que contrae este último en caso de incumplimiento del miembro en cuyo nombre se obtuvo la obligación.

**Art. 2615 Bis.- Del Balance General**

Dentro de los dos meses siguientes del cierre del ejercicio anual las personas que tienen la dirección del consorcio deben presentar un Balance General, el que se depositará en la oficina del registro de empresas.

**Art. 2615 Ter.- Sociedad de los participantes**

La sociedad prevista en los capítulos III y siguientes del título V puede asumir como objeto social los fines indicados en artículo 2602.

En este caso el acta constitutiva puede establecer la obligación de aportar contribuciones en dinero por parte de los socios.

Se señala el objeto que debe asumir el órgano social común, es decir se crear una organización común para disciplinar o desarrollar determinadas fases de las respectivas empresas.

Posteriormente el CCITAL se refiere a aquellos consorcios obligatorios que se efectuarán entre comerciantes de la misma rama o similares, es decir por ley algunas empresas pueden agruparse por mandato gubernamental, esto nos parece un poco absurdo e ilógico porque lo que hace es entorpecer la libertad de asociación y de comercio con que cuentan las empresas ( Arts. 2616 y 2617 CCITAL ).

En sus artículos del 2618 al 2620 se habla de la necesidad de que el contrato de consorcio propiamente dicho sea aprobado por la autoridad gubernamental cuando influya en el mercado, en este caso sería similar que para el caso de un consorcio anticoncurrente que para poder establecerse en nuestro país debería de solicitar autorización de la Comisión Federal de competencia Económica, aunque en nuestra opinión ello no se hace necesario dado que la mayoría de estos contratos no sería aprobado porque atentan contra el libre mercado y en contra del Art. 28 constitucional, ni tampoco en tratándose de consorcio de coordinación porque no se encuentra dentro de esta regulación.

Finalmente concluiremos que la necesidad de regular un contrato como este es real y efectiva y que no hemos de esperarnos a que las situaciones o los problemas concretos nos lleven a legislar a vapor y sin un estudio profundo de los mismos y de la figura en cuestión. Dicha regulación, debe ser el producto de un minucioso estudio y análisis de la figura así como de otras legislaciones que al efecto ya se encuentren regulándola y quizá sólo entonces se pueda hacer una correcta regulación. ¡Valga este trabajo como un esfuerzo para lograrlo!.



## BIBLIOGRAFIA

- 1.- AGUERRONDO, Guillermo. La empresa consorcio. Un modelo de Organización Empresarial Moderna. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980. 212 pp.
- 2.- ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos Atípicos Mercantiles. Ed. Trillas, México, 1991. Segunda Edición, Primera reimpresión. 270 pp.
- 3.- ASCARELLI, Tullio. Derecho Mercantil. Traducción de Felipe de J. Tena. Ed. Porrúa, México, 1940.
- 4.- BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Ed. Porrúa, México, 1989. 860 pp.
- 5.- BARRERO STHAL, Jorge. Notas respecto de la Ley Federal de competencia Económica. Conferencia para la XXII Convención Anual y Seminario de Actualización del Abogado de empresa. Asociación Nacional de Abogados de empresa, A.C. (ANADE) GUANAJUATO, GTO 16 y 17 de Septiembre.
- 6.- BAUCHE GARCADIAGO, Mario. La empresa. Nuevo Derecho Industrial. Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles. Ed. Porrúa, México, 1983. Segunda Edición. 709 pp.



- 7.- CAMPOBASSO, Gianfranco. Diritto Commerciale 1 Diritto del' Impresa. Ed. UTET, Torino, 1992. 279 pp.
- 8.- CASO, Angel. Derecho Mercantil. Ed. Cultura, México, 1939. 450 pp.
- 9.- CASTAÑEDA, Gabriel. LEVY, Santiago. MARTINEZ, Gabriel. MERINO, Gustavo. Antecedentes para una Ley Federal de Competencia Económica. Ensayo como material de apoyo a la iniciativa presentada al congreso por el Ejecutivo el 25 de Noviembre de 1992 y aprobada el 18 de Diciembre de 1992 (DOF 24 Diciembre de 1992).
- 10.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Ed. Herrero, Mexico, 1984. Cuarta Edición. 703 pp.
- 11.- CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho de Quiebras. Ed. Herrero, México 1990. Tercera Edición. 302 pp.
- 12.- ENRIGUE ZULOAGA, Carlos. Algunos Comentarios Acerca de las Agrupaciones de empresas. Tesina para obtener el diplomado en Derecho notarial UNAM Facultad de Derecho, división de Estudios de Posgrado. Academia Mexicana de Derecho Notarial, México, 1991. 47 pp.
- 13.- ENRIGUE ZULOAGA, Carlos. Algunos Comentarios Acerca de las Agrupaciones de empresas a la luz de la Ley Federal de Competencia Económica. Borrador, Guadalajara, 1993.

14.- GARO, Francisco J. Derecho Comercial. Parte General. Ed. Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1955. 528 pp.

15.- GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Ed. Porrúa, México 1984, 969 pp.

16.- IDC. JURIDICO CORPORATIVO. Características y Ventajas de las " Empresas Integradoras ". Entrevista al Lic. Alfredo Valdés Gaxiola director general de la Industria Mediana y Pequeña y de Desarrollo Regional de la Secretaría de Comercio y fomento Industrial, Año VIII No. 178.

17.- IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Ed. Ariel, Barcelona, 1987, Novena Edición. Segunda Reimpresión. 774 pp.

18.- MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. Ed. Porrúa, México, 1990. Vigésima Cuarta Edición. 530 pp.

19.- MESSINEO, Francesco. Derecho Civil y Comercial. Tomo. V Relaciones Obligatorias Singulares. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1979. 579 pp.

20.- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido por D. José Fernández González. Ed. Epoca, México, 1985. 717 pp.

21.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Tomo II. Ed. Porrúa, México, 1971. 523 pp.

22.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Ed. Porrúa, México, 1988. 505 pp.

23.- RUIZ DE VELASCO, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil. Ed. Ediciones Deusto, Bilbao España, 1992. 862 pp.

24.- TENA, Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1962. 606 pp.

25.- Autores varios. Derecho Comercial Tomo I Comerciantes y Sociedades. Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos aires, 1963. 1130 pp.

26.- Autores varios. Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Ed. Porrúa, México 1990, de la p. 881 a la 1609.

27.- Autores varios. Todo lo que hay que saber sobre la empresa y el Tráfico Mercantil, Derechos y obligaciones. Colección Guía Práctica Legal. Ed. Studio Books Ediciones, España, 1991. 280 pp.

## CODIGOS Y LEYES CONSULTADOS

- 1.- Código Civil del D.F. Ed. Delma, México, 1990. Tercera Edición, 482 pp.
- 2.- Códice civile con il trattato CEE e leggi complementari a cura di Fausto izzo magistrate, Edizione Simone, 1992 Pompei (NA).
- 3.- Código de Comercio, Ed. porrúa, méxico 1992 y 1993 ediciones 56 y 57. 671 pp.
- 4.- Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, México, 1993, 97 Edición, 126 pp.
- 5.- Decreto que promueve la Organización de Empresas Integradoras, Diario Oficial de la Federación 7 de mayo de 1993.
- 6.- Ley Federal de competencia Económica, diario Odicial de la Federación 24 de diciembre de 1992.
- 7.- Ley Federal de Trabajo, Ed. Porrúa, Méxic, 1992, 64 Edición, 910 pp.
- 8.- Ley de Propiedad Industrial, Diario Oficial de la Federación 2 de Agosto de 1991.

9.- Ley de General de Sociedades Mercantiles. Colección: Sociedades Mercantiles y Cooperativas, Ed. Porrúa México, 1992, México 1992, 46 Edición. 227 pp.

10.- Ley del Impuesto Sobre la Renta (colección Fiscal). Ed. Delma, México 1993, Novena Edición, 1007 pp.

11.- Ley Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, Diario Oficial de la Federación 27 de junio de 1991.

12.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Ed. Porrúa, México, 1992.

13.- Ley de Sociedades Comerciales. Ley 19,550 texto Ordenada por Decreto 841/84. Modificada por las leyes 19,666; 19,880; 20,337; 20,468; 21,304; 21,357; 22,182; 22,686; 22,903; 22,985; y 23,576. Ed. A-Z Editora, buenos aires, 1992, Novena Edición, 172 pp.

14.- Ley de Sociedades y Fondos Mutuos. comentada ( Ley No. 18,046 ) Incluye: D.S. No. 587, Reglamento de Sociedades Anónimas, D.S. No. 1,019, Sobre Fondos Mutuos y D.S. No. 249, Reglamento de Ley de Fondos Mutuos, Ed. Ediciones Publi Ley, Santiago, Chile, 1992.



## GLOSARIO DE TERMINOS JURIDICOS

1.- Affectio Societatis.- La voluntad de cada socio de adecuar su conducta, y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes a las necesidades de la sociedad, para que ella pueda cumplir su objeto, y así, y a través de ella, que se mantenga durante la vida de la sociedad una situación de igualdad y equivalencia entre los socios, de modo que cada uno de ellos, y todo en conjunto, observen una conducta que tienda a que prevalezca el interés común, que es el modo de realización de los intereses personales.

2.- Animo de Lucro.- Es el deseo de obtener una ganancia ilimitada. Es decir afecta a cualquier persona que, mediante el ejercicio de una actividad ya sea comercial, industrial, de prestación de servicios o cualquier otra, desee obtener una cantidad de dinero, no sólo para satisfacer sus propia necesidades, sino para obtener todo lo que pueda ganar mediante la realización de esta actividad.

3.- Competencia.- Es una disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa, o bien, una oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa. Es decir, los empresarios, en su afán de captar clientes, utilizan todos los medios a su alcance para que estos compren o adquieran sus productos o utilicen sus servicios ( cuando otro empresario se dedica a lo mismo ). Es tos medios han de ser lícito, ya que no pueden dañar la imagen del empresario rival o de sus productos.

4.- Contrato de adhesión.- Contrato en el que una de las partes tiene que consentir lo que la otra ha establecido a través de sus cláusulas. Es decir, uno de los contratantes establece el contenido del contrato y el otro tiene que adaptarse al mismo sin haber intervenido en él.

5.- Escritura Pública.- El documento o instrumento en el que se hace constar una obligación, un convenio o alguna declaración mediante la firma de los que en el acto al hacerlo intervienen ( el notario, que es quien da fe de que aquello se ha realizado, y las partes interesadas). Si no interviene el notario o persona que da fe de lo que se ha incorporado en dicho documento, se trata de una escritura privada.

6.- Inmaterial.- Aquello que no está representando por un bien físico, material y que no se puede tocar, palpar como sucede con otros elementos que forman parte de la empresa.

7.- Patrimonio.- Conjunto de bienes créditos y derechos de una persona, y el conjunto de deudas y obligaciones que tiene. Es decir, lo que tiene y lo que debe. También podríamos definirlo como aquel conjunto de bienes adquiridos personalmente por cualquier título ( compra, donación realizada por otra persona al titular del patrimonio, etc. ).

8.- Signo distintivo.- Aquel que representa una diferenciación o distinción con respecto a otro producto similar, para evitar que se produzcan confusiones entre los consumidores ( personas que desean adquirirlos o

utilizarlos).

9.- Socio.- Cada una de las partes en un acta constitutiva de sociedad, vínculo que origina numerosos derechos y obligaciones entre sí, con relación a la sociedad y con respecto a terceras personas, dependiendo de la clase de sociedad de que se trate.

*Tesis*  
*SeleccionadaS*

**MORELOS No. 565 TEL. FAX 614.38.34**

**MORELOS No. 647 TEL. 614.01.34**

**ENRIQUE GONZALEZ MARTINEZ No. 25-1 TEL. 614.83.90**

