

308409

UNIVERSIDAD LATINA, S. C.



CAMPUS CENTRO

INCORPORADA A LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN EN
PARTICIPACIÓN COMO UNA SOCIEDAD MERCANTIL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

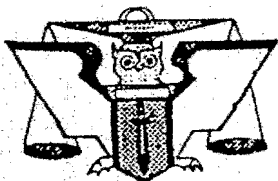
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

GIOVANNI A. VILLAR MILIAN

Alfonso

DIRECTOR DE TESIS: LIC. VERÓNICA E. MARTÍNEZ ROMÁN



MÉXICO, D.F.

2006

0352701



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

EN MEMORIA DE ANTONIO MILIAN.

"Tu che abiti al riparo dell'Altissimo e dimori all'ombra dell'Onnipotente, di al Signore: "Mio rifugio e mia fortezza, mio Dio, in cui confido". Egli ti libererà dal laccio del cacciatore, dalla peste che distrugge. Ti coprirà con le sue penne sotto le sue ali troverai rifugio. La sua fedeltà ti sarà scudo e corazza; non temerai i terrori della notte né la freccia che vola di giorno, la peste che vaga nelle tenebre, lo sterminio che devasta a mezzogiorno.

Mille cadranno al tuo fianco e diecimila alla tua destra; ma nulla ti potrà colpire. Solo che tu guardi, con i tuoi occhi vedrai il castigo degli empi. Poiché tuo rifugio è il Signore e hai fatto dell'Altissimo la tua dimora, non ti potrà colpire la sventura, nessun colpo cadrà sulla tua tenda.

Egli darà ordine ai suoi angeli di custodirti in tutti i tuoi passi. Sulle loro mani ti porteranno perché non inciampi nella pietra il tuo piede. Camminerai su aspidi e vipere, schiacterai leoni e draghi. Lo salverò, perché a me si è affidato; lo esalterò, perché ha conosciuto il mio nome. Mi invocherà e gli darò risposta; presso di lui sarò nella sventura, lo salverò e lo renderò glorioso. Lo sazierò di lunghi giorni e gli mostrerò la mia salvezza."

www.vatican.va/phome_sp.htm



"LA PIETÀ"
MICHELANGELO BUONARROTI.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e Impreso el Contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: _____

FECHA: _____

FIRMA: _____

AGRADECIMIENTOS

A DIOS, EL ALTÍSIMO DIOS PADRE, DIOS HIJO Y DIOS ESPÍRITU SANTO AL QUE ETERNAMENTE LE AGRADEZCO Y LE ENTREGO MIS ALABANZAS, PORQUE ME HAS OTORGADO LA GRACIA DE LA VIDA, LA DIVINIDAD DEL ENTENDIMIENTO, LA RAZÓN Y LA PALABRA; POR LA HERMOSA Y SAGRADA FAMILIA QUE HAS CONCEDIDO COMPARTIRME, Y QUE A TRAVÉS DE ELLOS QUE ME HAN CUIDADO, GUIADO, EDUCADO Y SOBRE TODO AMADO, ASIMISMO TÚ ME HAS AMADO, BENDECIDO Y MOSTRADO TU MAGNÁNIMO PODER, TU MISERICORDIA, TU BENEVOLENCIA, TU MISTERIOSA FORMA DE ACTUAR QUE DE A POCO ME VA ENSEÑANDO QUE ES LA VIDA.

A MI FAMILIA, MI MÁS GRANDE BENDICIÓN E INSPIRACIÓN, LA MUESTRA EXACTA Y SUBLIME DE LA OMNIPOTENCIA Y EXISTENCIA DE DIOS, MIS ÁNGELES PROTECTORES, MIS VERDUGOS MISERICORDIOSOS. A MI MAMITA GUADALUPE MILIAN TODO MI AMOR, MI ADMIRACIÓN, MI RECONOCIMIENTO, MI RESPETO, MI HALAGO, MI VENERACIÓN, MI JOYA MÁS PRECIADA Y PRECIOSA, MI ETÉREO PEDAZO DE GLORIA, MI HONOR, MI MOTIVO DE ORGULLO. A MI PAPÁ ALFONSO VILLAR QUE HAS SIDO UN GUERRERO INCANSABLE QUE BATALLAS NO SOLO CON TUS PROPIOS DEMONIOS, SINO TAMBIÉN CON TUS HIJOS, MÁS CONMIGO, DE IGUAL MANERA MI ORGULLO, MI RESPETO Y MI ADMIRACIÓN. A MIS HERMANOS JACQUELINE Y CÉSAR, QUE HAN SIDO LAS GUÍAS MÁS IMPORTANTES, INSEPARABLES E INCONDICIONALES, MIS PEQUEÑOS PADRES Y EJEMPLOS DE VALENTÍA, CORAJE, PERSEVERANCIA Y NOBLEZA, MI MAS PROFUNDA ADMIRACIÓN HACIA USTEDES. A MIS SOBRINAS MARIANA E ILEANA QUE SON EL MÁS PURO EJEMPLO DE INOCENCIA Y TERNURA, GRACIAS POR ESTAR AQUÍ Y SER PARTE DE MI FAMILIA. A MI ABUELITO ANTONIO MILIAN MI LUZ DE DÍA Y DE NOCHE, MI AMIGO, MI PILAR, MI COMPAÑERO, MI INFANCIA, MI CULPA DELIRANTE, TODO MI HONOR, MI ORGULLO, MI EJEMPLO Y PADRINO JESÚS MILIAN, HA SIDO MUY DURO VIVIR SIN USTEDES. A MI BEBÉ ALECZA MI ÁNGEL, MI GATITO, EL MEJOR EJEMPLO DE QUE DIOS EXISTE, HAS SIDO MI DESPERTAR A LA VIDA DESDE QUE LLEGASTE Y PASE LO QUE PASE NUNCA VAS A DEJAR DE SER MI BEBÉ. A CAROLA MI DULCE COMPAÑÍA, UN MILAGRO.

A MIS AMIGOS, COMPAÑEROS Y PROFESORES, QUE HAN ESTADO A MI LADO Y QUE HAN SIDO UN GRAN EJEMPLO, SOLO PUEDO DECIRLES QUE LOS ADMIRO, LOS QUIERO Y LOS RESPETO, GRACIAS POR COMPARTIR PARTE DE SU VIDA CONMIGO. GRACIAS ALFREDO RAMOS, JORGE GÁNDARA, BETTY NAVA, YAZMIN RODRÍGUEZ, ANA JUÁREZ, JOSÉ LUÍS ESCUTIA, ILIANA SAENZ, ROCÍO GÁNDARA, MONSE Y MIRIAM RODRÍGUEZ, MTR. DAVID MERINO, LIC. JOSÉ RESENDIZ, LIC. GUILLERMINA OLGUÍN, LIC. FRANCISCO J. RAMOS, SRITA. BRENDA ESTRADA, LIC. GISELA TELLÉZ, LIC. ARTURO BELMONT, Y LA LISTA ES MUY LARGA ASÍ QUE QUIEN SE HAYA ESCAPADO DE MI MEMORIA DISCÚLPEME, PERO SOBRE TODO GRACIAS A LA LIC. VERÓNICA E. MARTÍNEZ ROMÁN.

“RECONOCIMIENTO DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN COMO UNA SOCIEDAD MERCANTIL”

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

1.1)	Breve Desarrollo Histórico de las Sociedades Mercantiles.....	1
1.1.1)	Las Sociedades Mercantiles en Roma.....	2
1.1.2)	Las Sociedades Mercantiles en Europa antigua.....	4
1.1.3)	Las Sociedades Mercantiles en México.....	6
1.2)	Antecedentes de la Asociación en Participación.....	8
1.2.1)	En el Mundo.....	8
1.2.2)	En México.....	10

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTOS GENERALES

2.1)	Concepto de Derecho Mercantil.....	12
2.2)	Sujetos del Derecho Mercantil.....	14
2.3)	Concepto de Sociedades Mercantiles.....	19
2.4)	Importancia de las Sociedades Mercantiles.....	23
2.5)	Clases de Sociedades Mercantiles.....	24
2.5.1)	Sociedades de Personas (<i>intuitus personae</i>).....	25
2.5.2)	Sociedades Capitalistas (<i>intuitus pecuniae</i>).....	28
2.6)	Concepto de la Asociación en Participación (A. en P.).....	31
2.6.1)	De la Ley General de Sociedades Mercantiles.....	32
2.6.2)	Del Código Fiscal de la Federación.....	33
2.6.3)	De la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	35

CAPITULO TERCERO

CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

3.1)	Elementos de Existencia de las Sociedades Mercantiles.....	38
3.2)	Estatutos Generales de las Sociedades Mercantiles.....	39
3.3)	Personalidad y Capacidad.....	41
3.4)	Sujetos y Objeto.....	45
3.5)	Denominación y Razón Social.....	48
3.6)	Patrimonio y Capital Social.....	49
3.7)	Domicilio.....	52
3.8)	Formas de Terminación de las Sociedades Mercantiles.....	57
3.8.1)	De la Fusión.....	58
3.8.2)	De la Transformación.....	61
3.8.3)	De la Escisión.....	63
3.8.4)	De la Disolución.....	65
3.8.5)	De la Liquidación.....	69

CAPITULO CUARTO

LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN COMO SOCIEDAD MERCANTIL

4.1)	Elementos Personales de la Asociación en Participación.....	73
4.1.1)	Asociante.....	75
4.1.2)	Asociado.....	77
4.2)	Sociedades Ocultas y Sociedades Irregulares.....	80
4.3)	Características de La Asociación en Participación.....	89
4.3.1)	La Personalidad.....	90
4.3.2)	La Denominación.....	93
4.3.3)	El Domicilio.....	95
4.3.4)	La Nacionalidad.....	96
4.3.5)	El Patrimonio.....	97
4.4)	Efectos Jurídicos con Terceros.....	98
4.5)	Formas de Terminación.....	99
4.6)	El por que reconocer a la Asociación en Participación como Sociedad Mercantil.....	102
	CONCLUSIONES.....	110
	BIBLIOGRAFIA.....	112

INTRODUCCIÓN.

Con el presente trabajo de investigación, he realizado un análisis jurídico de la figura denominada Asociación en Participación, debido a que es de notar una falta de evolución por parte de nuestros tratadistas así como un claro abandono por parte de los legisladores lo que hace que se derive en una contradicción entre la Ley General de Sociedades Mercantiles principalmente con el Código Fiscal de la Federación y otras leyes fiscales derivadas.

En sí esas son las inquietudes que trascendentalmente constituyen las razones por las cuales decidí ahondar en el estudio y análisis de esta figura jurídica, esperando que a la Asociación en Participación se le logre dar el reconocimiento como una Sociedad Mercantil.

Es entonces que iniciaremos esta tesis, con el punto de vista del Derecho Mercantil, pasando por la evolución histórica y las generalidades de las Sociedades Mercantiles y desde luego de la Asociación en Participación, tratando de contemplar el tratamiento jurídico que le dan algunas de nuestras legislaciones a esta particular figura.

Es de notar que la Asociación en Participación no cuenta con muchos estudios dogmáticos no solo en nuestro país, sino alrededor del mundo, contrario a lo que sucede con las Sociedades Mercantiles, es por eso que se pretende enfatizar la importancia que tiene esta figura tan subestimada tanto por los juristas como por los legisladores. Al respecto, la Asociación en Participación no solo es un simple contrato, sino que a mi humilde parecer reúne suficientes atributos para que se le pueda otorgar la tan preciada personalidad jurídica y sea entonces que la ley de sociedades correspondiente le considere como una Sociedad Mercantil, tal y como lo hacen diversas legislaciones tributarias.

En ese orden de ideas, es menester encontrar un criterio unificado al respecto de la Asociación en Participación, pues genera una confusión tanto a las partes en lo que respecta a nuestro derecho societario, así como también a los contribuyentes que no saben como dirimir esa serie de discrepancias de contemplarla o no como a una Sociedad Mercantil.

Es por eso que a través de la presente tesis propondré que se le dé carácter y reconocimiento como Sociedad Mercantil a la Asociación en Participación, ya que como veremos detenidamente más adelante, esta figura comparte raíces y características con cualquier Sociedad Mercantil, inclusive con las Irregulares.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

1.1 BREVE DESARROLLO HISTÓRICO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Como bien sabemos la raíz de toda sociedad radica desde tiempos inmemoriales, de la familia, y de los pequeños grupos de personas o minúsculas civilizaciones, naciendo todo en base de los oficios, los cuales, por ese simple hecho ya eran personas comerciantes, luego como sabemos, fue poco a poco evolucionando, y de esos oficios que se heredaban, fueron naciendo sociedades que vendían o prestaban sus servicios.

De ahí se fueron desarrollando pequeños grupos de comerciantes sociales, los alfareros, los pescadores, los carpinteros, etc.

Pero las diversas formas de empresas mercantiles sociales han tenido diversas raíces, cada una de estas formas principales ha nacido independientemente una de las otras, por decir, la sociedad en comandita, no es, históricamente una sociedad en nombre colectivo modificada, pero, una vez nacidas, han tenido reciproca y diversa influencia.

Por decirlo así en la economía doméstica en sociedad ha tomado carácter mercantil bajo la influencia de la *commenda*, y, por el contrario, la *commenda* bajo la influencia de la colectiva plenamente desarrollada, ha tenido una aproximación a la colectiva.

En una primera etapa, las sociedades mercantiles se caracterizan por su carácter ocasional, transitorio. Se constituyen para la realización de un fin concreto y determinado, que debe realizarse en un plazo breve, desde luego que surgen en primera línea en las civilizaciones de la antigua Europa a las cuales se les conocen como formas latinas o sociedades latinas, aunque son muy estrechas con las sociedades alemanas o *sendeve* y *wedderlegginge*.

Pero ya veremos a continuación brevemente el desarrollo de las sociedades a través del tiempo.

1.1.1 LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN ROMA

*"Las primeras disposiciones del derecho comercial romano eran internacionales, pertenecían al jus gentium, porque el ejercicio del comercio no se consideraba actividad exclusiva de los ciudadanos sino que era permitido a los extranjeros que venían a Roma o estaban domiciliados en ella. No había un cuerpo separado de leyes comerciales, sino que aún las procedentes de ordenamientos exclusivamente mercantiles, como la citada Ley Rodia de la hechazón, formaron parte del corpus juris general."*¹

"En el derecho romano no conoció la diferencia entre sociedades "civiles" y "comerciales", las sociedades podían ser "universales" o "particulares". Las primeras comprendían todos los bienes, presentes o futuros, (societates omnium bonorum), o todas las ganancias y deudas provenientes de la actividad de los socios (societates omnium quae ex quaestae venium).

*Las sociedades "particulares" podían ser unius rei, de un bien determinado, o alicujus negotiationes, para dedicarse a operaciones de la misma naturaleza (por ejemplo, las societates vectigalium de recolectores fiscales de impuestos las sociedades de banqueros, etc.)."*²

Nace una sociedad "omnium bonorum", esta estaba constituida por los hijos tras la muerte de su padre, a esta se le atribuye que fue la primera en el derecho romano, y que era una sociedad universal, debido a que comprendía todo el patrimonio del paterfamilias; es posible que los herederos en esa época, en que el cultivo de la tierra era la base de la riqueza, mantenían después de la muerte del paterfamilias la explotación conjunta de los bienes heredados, rigiéndose esta especie de sociedad por reglas especiales. También fueron frecuentes las sociedades entre cónyuges.

Luego viene la societas unius negotiationis que tal parece que nace, del comercio internacional y sirve para realizar, una conjunción de fuerzas, para hacer una o más operaciones de comercio, como la compraventa de esclavos, o el préstamo con intereses; además es menester recordar que los romanos conocieron una actividad bancaria muy desarrollada, realizada unipersonalmente o en forma asociada por los argentarii. Misma que emanara reglas especiales, como la de la "responsabilidad solidaria".

Tanto la actividad marítima, como la bancaria, fueron las actividades que recurrentemente realizaban las que lo propiciaron.

¹ CERVANTES Ahumada, Raúl; "Derecho Mercantil" Primer Curso; Edit. Herrero S. A.; 1975. Pp. 5

² VILLEGAS, Carlos Gilberto; "Tratado de las Sociedades"; Edit. Jurídica de Chile; 1995 Pp. 17

Se puede señalar, en el ordenamiento romano, tres clases de instituciones comerciales:

I. Las que no se limitaban a una profesión determinada, como la *actio institoria*, que, contrariamente al derecho civil general, que desconocía la representación, permitía a los terceros que habían realizado un negocio comercial con un esclavo o un hijo de familia, exigir el pago directamente del dueño del esclavo o del paterfamilias.

II. Las instituciones especiales de comercio marítimo formaban el segundo grupo. Entre ellas, podemos señalar las importadas de los pueblos orientales, como la ya citada *lex rodia de jactu*, o sea la ley de hechazón que concedía acción reparatoria a quienes habían sufrido la pérdida de su mercancía, cuando ésta había sido arrojada al mar para salvar de un peligro de la navegación al buque, a su cargamento, o a ambos; la institución del préstamo a la gresa o *nauticum foenus*, también originario del derecho griego, y algunas instituciones romanas originales, como la *actio exercitoria*, por medio de la cual quien había contratado con el capitán de la nave podía ejercitar su acción directamente contra el armador.

III. El tercer grupo lo formaban las instituciones del derecho bancario romano. El ejercicio de la banca era, según Calistrato, *oficio viril*, que era desempeñado por los *argentarii* o cambistas, y por los *numularii* o banqueros propiamente dichos. Su actividad, según un texto de Ulpiano, estaba sometida al control estatal, bajo la autoridad del *praefectus urbi*. Entre las instituciones típicas del derecho bancario romano podemos señalar la *receptum argentariorum*, por medio de la cual el banquero se obligaba, frente a un tercero, a pagar la deuda de su cliente, y la institución del *liber accepti et depensi*, o sea nada menos que el invento de la contabilidad mercantil, que la vida comercial debe a los banqueros romanos.

*"Como el derecho mercantil romano era jus gentium, de los problemas relativos conocía el praetor peregrinus, "qui jus dicit inter peregrinus et inter cives et peregrinus". la grandeza del imperio romano se debió ante todo a su esplendor comercial."*³

Es por eso que se dice que el primer derecho mercantil internacional se dio en el mar, a través de los navíos mercantes, precisamente. De ahí que se han desarrollado poco a poco las instituciones que ahora nos rigen el derecho comercial.

Esto se da sin duda por el intercambio de culturas y de pensamientos, pues lo que a unas sociedades o culturas les ocurre, a otras quizá les pase otra cosa distinta y al mezclar o intercambiar las opiniones y reglas generales, se fue dando paso a la evolución y crecimiento del derecho, de la economía, de la banca, etc.

³ CERVANTES Alameda, Raúl; Op. Cit. Pp. 5, 6.

1.1.2 LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN EUROPA ANTIGUA

Con las invasiones de los pueblos bárbaros cae el Imperio Romano de Occidente y pierde vigencia el *corpus juris* romano. Cada pueblo, así como cada comunidad, va elaborando sus propias costumbres, los primeros que las elaboraron fueron los mercaderes marítimos, quienes crearon sus propios tribunales, que se llamaron *consulados*, porque los jueces se llamaban *cónsules* como los antiguos magistrados romanos. Los primeros documentos son recopilaciones de costumbres de sentencias, hechas por juristas, jueces y comerciantes.

Tales compilaciones recibieron en Italia el nombre de *estatutos* y entre ellos cabe mencionar los *Ordinamenta et consuetudo maris*, de 1063, de la ciudad de Trani, los *Capitula et ordinariones curiae maritimae nobilis civitatis Amalfae*, o Tablas Amalfitanas, del siglo XI, los *Curiae maris* de Pisa, etc. Casi todas las ciudades italianas (Bologna, Florencia, Milán, Venecia, Génova, Siena, etc.) tuvieron sus propios estatutos, y de igual manera, casi todas las ciudades de la cuenca del Mediterráneo y de los mares del norte y Báltico. Así, tuvieron renombrados estatutos Marsella, Barcelona, Hamburgo y Lubeck, entre otras ciudades marítimas.

Los *Consuetudinis et usus maris*, que desde el siglo XIII regían en Barcelona, se compilaron en el famoso *Consulat de la mer* promulgado por el Rey Don Pedro IV en Barcelona, en 1340. Comprende el Consulado del Mar 297 capítulos, de los que los primeros 45 se refieren al procedimiento marítimo. Es un vasto repertorio, una especie de Digesto Náutico, donde han sido reunidos, con poco orden y poco método, todas las máximas de derecho marítimo que, en la época de su redacción, estaban en vigor en los puertos del litoral del Mediterráneo. Se le puede considerar como la legislación marítima consuetudinaria más extensa y más completa, cuando menos en las materias que trata, de las que la Edad Media no legó. Casarégis (1670-1737) el famoso autor de los Discursos Legales, publicó un encomiástico comentario del Consulado del Mar, del que decía que al Consulado del mar, debía considerársele como la ley que debía de regir a todas las naciones sobre materia marítima por ser muy completa.

Igual difusión y prestigio tuvieron los Roles de Olerón (siglo XII) llamados así porque contienen, en hojas de pergamino enrolladas, las sentencias de un tribunal de la isla francesa de Olerón.

Se discute el origen de este documento cuya paternidad reclaman los ingleses, que dicen fue enviado a Francia por Leonor de Aquitania, que fue primero reina de Francia y después reina de Inglaterra. Aunque desde nuestro punto de vista el problema es intrascendente, anotamos nuestra creencia en el origen francés del documento.

Como las sentencias contenidas en los Rolles de Olegrón se basaban en las tradicionales costumbres de la mar, tuvieron los Rolles singular influencia, y se vieron reproducidos en varios documentos, entre los que destacan las Sentencias de la ciudad flamenca de Damne, las Leyes de Westcapelle en Zelandia y las famosas Leyes de Wisby, que rigieron en los puertos de la Liga Hanseática.

Las compilaciones de usos y leyes francesas culminan en las famosas Ordenanzas de Colbert u Ordenanzas de Luis XIV (1673 y 1681), que fueron códigos bastante completos sobre el Comercio Terrestre y el Comercio Marítimo. El fuero Real de Castilla (siglo XIII) trata de diversas instituciones comerciales, como el préstamo, las mercancías naufragadas y las averías.

Las famosas leyes de Partida del Rey Alfonso el Sabio, también del siglo XIII, establecieron la protección real para los comerciantes y contienen el primer antecedente legislativo del convenio preventivo de la quiebra.

"Las corporaciones. A partir del siglo XII, se organizaron las corporaciones de gentes que se dedicaban a una actividad como: forjadores, alfareros, etc y los comerciantes organizaron también sus comunidades, que tomaron el nombre de Universidades de Mercaderes. Como estas corporaciones adquirieron gran poder, organizaron sus propios tribunales y se dieron sus propias leyes. Y como tenían capacidad económica e inquietudes culturales, pagaron maestros que les enseñaran las ciencias y las artes; convirtieron sus corporaciones en organismos de cultura, y de ellas proviene el nombre de Universidad, que ilustran ahora nuestras instituciones de enseñanza superior..."

"...Hay una extraña influencia recíproca entre el comercio y la iglesia católica, a través de la historia. Llamo la atención, por ejemplo, el hecho de que la idea de la personalidad jurídica, inventada en la vida comercial, haya influido en la historia de la iglesia al ser adoptada la institución, en tiempos del Papa Inocencio IV, para concebir a la iglesia no sólo como el corpus mysticum, que dijera San Pablo, son como una persona distinta de los fieles que la integran..."

Es entonces que en el siglo VII, la iglesia prohíbe el préstamo con intereses, por considerarlo contrario a la moral cristiana. Esta prohibición vino a provocar que los no católicos, principalmente los judíos, se dedicasen al ejercicio del comercio bancario.

Por otro lado, las grandes distancias, la lentitud de los medios de transporte y la inseguridad en los caminos, hicieron que surgiera la institución de las ferias, que a partir del siglo XII tuvieron su época de auge en Europa, y que aportaron perdurables instituciones al Derecho Mercantil.

⁴ CERVANTES Ahumada, Raúl; Op. Cit. Pp. 6 a 9

Las ferias más famosas eran las de Francia, con las ferias de la Champaña, en Italia, las de Nápoles y Florencia, en Rusia las de Ninji-Nogvoruv y en España las de Medina del Campo. Las ferias fueron estructurando un derecho mercantil uniforme para todos los países, que se conoció con el nombre de *ius nundinarum*, mismo que se caracterizara por dos elementos que se encuentran en la base del derecho mercantil moderno: por una parte la rapidez en las operaciones, y por la otra, el gran impulso y desarrollo del crédito.

1.1.3 LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN MÉXICO

Cervantes Ahumada nos dice que las sociedades que se desarrollaron en nuestro país, principalmente en los antiguos imperios mexicanos, como el les llama, fueron los comerciantes, quienes tenían un sitio especial en su organizada comunidad. Los mayas, por ejemplo, tienen contemplado a la figura del comerciante y su modo de vida, inclusive tienen un dios protector de los mercaderes, Ek Chuah.

A los tianguis se les consideraba como una institución del comercio, misma que ha prosperado a través de los tiempos hasta nuestros días. Había un tianguis principal, o muy importante, el de Tlatelolco, en el cual trataban cincuenta mil comerciantes, asuntos comerciales, los cuales jueces, solucionaban en caso de controversia en juicios veloces llevados a criterio. A estas figuras de los comerciantes se les conocía como *patchecas* los cuales, como decimos eran figuras importantes en las comunidades indígenas, tenían peso económico y político. Los aztecas veneraban a su dios Yiacatecutli, del comercio.

Los mercaderes se la pasaban tratando, comprando en una parte y vendiendo en otra lo que habían comprado, por todo México, América central. Aun así tenían una especie de gremio, donde había un comerciante que era el jefe de la misma, el cual era una figura de respeto, así también tenían sus tribunales especiales, que dirimían los conflictos entre comerciantes.

Pero todo tiene un ciclo y el de estas poblaciones se cumplió con la "conquista" en la Nueva España, como es de suponerse el orden español fue el que imperó y con el sus ordenamientos Jurídicos, y entre estos el desarrollo del comercio, y tan importante fue que en la Ciudad de México se estableció la Honorable Universidad de Mercaderes, la cual, alrededor de los años 1581, fue autorizada y reconocida por Felipe II mediante las Cédulas Reales de 1592 y 1594.

A esta Universidad se conocía también como Consulado de México, debido a que el Tribunal de Comercio tenían un prestigio de calidad.

En 1680 las llamadas recopilación de las Indias, las ordenanzas de Burgos y de Sevilla eran aplicadas auxiliariamente por el dichoso Consulado de México, ; pero luego de la publicación de las Ordenanzas de Bilbao, estas últimas fueron de general aplicación debido a que eran más completas y superiores a las otras.

El consulado tenía la función de proteger a los comerciantes, fomentar la actividad, construir obras públicas y de tribunal mercantil. El cual como dijimos anteriormente tuvo tal calidad que formuló sus propias ordenanzas o legislación de la materia. Su jurisdicción no solo era en México, sino en Nueva Galicia, Guatemala, Nueva Vizcaya, etc.

Cobraba además un impuesto arancelario con el que se sostenía, el avería, sin embargo, a pesar de sus propios ordenamientos, las Ordenanzas de Bilbao rigieron hasta épocas del México independiente, por los años de 1854, hasta que se promulgó el propio Código de Comercio del México independiente, que se le llamó como el último ministro de gobierno del General Antonio López de Santana, Teodosio Lares, entonces el Código de Lares estaba actualizado con la época, pero a raíz del derrocamiento del gobierno de Santana fue derogado por la ley del 22 de noviembre de 1855, que restauró las antiguas Ordenanzas de Bilbao y suprimió los tribunales de comercio, cuya jurisdicción se adjudicó a los tribunales comunes.

Las Constituciones de 1824 y la de 1857, imitaban a las americanas en las atribuciones del Congreso de los Estados la facultad legislativa en materia de comercio, pero los estados fueron en demasía modestos para legislar acerca de esta materia.

En lo que respecta a nuestra legislación de la materia, el Código del 1889 que rigió nuestro derecho societario en esos días fue influido en gran medida por el Código de Italia de 1882 y por el de España de 1885, y por ende del Código Napoleónico, que además influyó a estos dos.

De ahí han devenido diversos códigos que han sido reemplazados a través de los tiempos, por el lógico desarrollo hasta llegar a nuestros días.

1.2 ANTECEDENTES DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

La Asociación en Participación es una figura que toma su importancia no solo por su devenir histórico, sino porque en el mundo ha tenido una importante participación en el derecho societario.

Esta Asociación le precede principalmente la figura de la "commenda" la cual a su vez comparte propiamente con la Sociedad en Comandita tanto Simple y por ende la Comandita por Acciones, de hecho algunos tratadistas han decidido nombrar a la Asociación en Participación como la evolución lógica de la Sociedad en Comandita, ya que comparten muchas particularidades, entre ellas sus raíces.

Pero eso ya lo veremos a continuación a través de este breve pero sustancioso esquema evolutivo de la Asociación en Participación.

1.2.1 EN EL MUNDO

La doctrina coincide en considerar a la "commenda" como el origen y antecedente de la Asociación en Participación. La "commenda" consistía en la operación en la que un comerciante o persona llamada *commendator*, entregaba a otro (s) bienes, ya sean mercaderías o dinero, a ese otro se le llamaba *tractator*, con la finalidad de comercializar dichos bienes o negociar con ellos y después participar en los beneficios.

Las primeras manifestaciones de la "commenda" se encuentran en los pueblos primitivos de del norte de Asia llamados Tchktchos y en los *bereberes* del Africa Septentrional, así como en el Código Hammurabi. El cual contó con amplia difusión en la Edad Media tanto en las ciudades italianas como en la vieja Europa.

A la antigua "*commenda*" se le llegó a conocer en la práctica cotidiana de esos días como "*societas*", pero no configuraba una verdadera figura social, debido a que el capital seguía siendo propiedad del *commendator*. Es entonces que se logra adaptar esa figura societaria cuando ambos contratantes aportan capital, derivando de esta nueva figura dos clasificaciones:

La "*compagnia palese*", la cual también es antecedente de la sociedad comanditaria, esta figura consiste en que el capital se manifiesta al exterior como parte en el negocio y responsable frente a terceros; inscribiendo su nombre en los libros de la sociedad, así como en el contrato, llegándose inclusive en ocasiones a registrarse en el Registro de Comercio.

En la otra clasificación vemos que el antecedente directo de la Asociación en Participación es la "*compagnia secreta*" que conservaba la esencia de la antigua *commenda*, mientras que la Sociedad en Comandita conserva solo la denominación; el dueño del capital permanece oculto a terceros, frente a los cuales no tiene responsabilidad ya que no hay firma social; el negocio se muestra externamente como un negocio individual del propio comerciante.

Esta figura llegó a trascender en las Ordenanzas francesas de 1673. Existían en Francia sociedades ocultas llamadas sociedades anónimas, que fueron el antecedente de la que el Código de Comercio denominó "*association commerciale en participation*".

"El Código de Comercio francés de 1808, tuvo una influencia significativa en el Código de Comercio español de 1829, ya que en este se regía a la Asociación en Participación a la que se conocía como "sociedad accidental o cuentas de participación", denominación que en diversos países continúa vigente, esta figura estaba regulada en el artículo 354 al 358 bajo el Título II "*compañías mercantiles*".

Este artículo establecía lo siguiente:

ARTICULO 354.- "*los comerciantes pueden interesarse los unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ello con la parte del capital que convengan y haciéndose partícipes de sus resultados propios o adversos bajo la proporción que determinen*"⁵

Mientras se señalaba en ese Código que el contrato podía contraerse privadamente por escrito o bien de palabra, recordemos que la palabra era en la antigüedad muy honorable para la gente, sin embargo, se prohibía el uso de una "*razón comercial común*" que distinguiese dicha sociedad. Además también se diferenciaban las dos partes que intervienen resaltando el carácter sobresaliente del asociante, determinando sólo las operaciones comerciales, mas no así a la empresa.

⁵ SOLÁ Cañizares, Felipe de. "El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado". Edit. Revista de Derecho Privado. España, Madrid 1954. Pp.7

1.2.2 EN MÉXICO

Todo comienza a raíz de la declaración de independencia de México y de los demás países latinoamericanos, pero eso no significó la derogación del derecho de las grandes ciudades, por el contrario, se mantuvo a través de la legislación portuguesa y española de la época colonial, las cuales por disposición expresa o tácita al mantenerse su vigencia fueron conservadas.

El Código de Comercio español de 1829 por influencia del francés de 1808 ya regulaba la Asociación en Participación, a la que denominaba "*sociedad accidental o cuentas de participación*"; se comprendía en el Título II referente a las compañías mercantiles, e igualmente se señalaba que sin establecer compañía pueden los comerciantes interesarse los unos en las operación de los otros contribuyendo para ello con la parte de capital que convengan y haciéndose partícipes de sus resultados propios o adversos bajo la proporción que determinen entre ellos.

Mientras que las Ordenanzas de Bilbao fueron declaradas aplicables en nuestro país por decreto de 15 de noviembre de 1841, con la breve interrupción del primer Código de Comercio de 1854, en él se contempló la figura de Asociación en Participación como tal por primera vez.

El Código de Comercio de 1884 incluía la Asociación en Participación con esa denominación en su capítulo XI en el título "*compañías de comercio*" y la consideró como una sociedad momentánea, únicamente para hacer una o varias operaciones comerciales que debían ser determinadas. Asimismo se permitía la Asociación en Participación meramente verbal y no se encontraba sujeta a publicidad, o razón social o denominación.

Debido a lo anterior puntualizaremos que a la Asociación en Participación se le consideraba en dos aspectos:

Como sistema que se le consideraba una sociedad momentánea; es decir, que se constituye como una sociedad únicamente para la celebración de un acto jurídico determinado, que después de realizados desaparece.

Y como aquel sistema que consideraba a la Asociación en Participación como una Asociación o sociedad oculta, que se constituye para la realización de un número indeterminado de actos de comercio, que no se exterioriza frente a terceros y permanece como un simple pacto entre socios.

El Código de Comercio que comenzó a contemplarla tuvo su vigencia el 1 de enero de 1890 este Código distinguió a la Asociación en Participación de las asociaciones comerciales momentáneas en sus preceptos y añadía que respecto de la A. en P. los socios están obligados solidariamente con los terceros con los cuales contratan, es decir, a pesar de no tener personalidad jurídica propia, si permitía que se ostentara ante terceros y las definía como aquellas que tienen por objeto tratar sin razón social una o varias operaciones determinadas de comercio.

A pesar de estar reglamentada de manera deficiente, el carácter convencional y no formal de la Asociación en Participación, la definía como *"aquella en la cual se interesen dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que éstas constituyan una sola entidad jurídica. No hay entre los terceros y los asociados que no contratan ninguna acción directa"*.⁶

⁶ BARRERA Graf, Jorge. "Las Sociedades en Derecho Mexicano". Segunda Edición; Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983. Pp 173.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS GENERALES

2.1 CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL.

Diversos tratadistas llegan al entendido que el Derecho Mercantil no tiene una definición propia o lo suficientemente amplia que abarque el extenso espectro que esta materia contempla, por ejemplo, al respecto, nos exponen que no es posible definir al derecho mercantil con sólo asociarlo con el comercio, ni tampoco con el Derecho Económico y que así como hay circunstancias que en el Derecho Mercantil no se contemplan a pesar de tener apariencia de comercio, hay cosas que pertenecen a otras ramas del derecho pero que le corresponden al Derecho Mercantil.

Diversos tratadistas nos advierten de que es atrevido hacer una definición de lo que es el Derecho mercantil, sin embargo, hacen por formularnos unos conceptos de los cuales veremos bastantes, para luego concluir en uno propio, comencemos por ejemplo, con el maestro BARRERA GRAF que nos ilustra con la siguiente definición al respecto. *"El Derecho Mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la clasificación de mercantiles dadas a ciertos actos y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos"*.⁷ MANTILLA MOLINA, nos dice que BARRERA GRAF, define al derecho mercantil: *"Es aquella rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo, y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles"*.⁸

ALFREDO ROCCO define al derecho mercantil como *"Aquel que regula las relaciones de los particulares nacidos de la industria mercantil o asimiladas a ella, en cuanto a su régimen y ejecución judicial... por consiguiente... aquella rama del Derecho que estudia los preceptos que regulan el comercio y las actividades a el asimiladas y las relaciones jurídicas que se derivan de estas normas"*.⁹

Para CABANELLAS son *"Los principios doctrinales, legislación y uso que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratados de cambios, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión"*.¹⁰

⁷ BARRERA Graf, Jorge; "Instituciones de Derecho Mercantil"; Edit. Porrúa; Segunda Edición; México D.F. 1991. Pp. 2

⁸ MANTILLA Molina, Roberto L.; "Derecho Mercantil"; Edit. Porrúa; 27ª Edición; México D.F. 1990. Pp. 24

⁹ ROCCO, Alfredo; "Principios de Derecho Mercantil"; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid; 1931. Pp. 4, 5.

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo; "Diccionario Jurídico Elemental"; 11ª ed; Edit. Heliasta; Argentina 1993. Pp- 123.

ACOSTA ROMERO nos propone que el Derecho Mercantil es *"un sistema normativo de Derecho interno como de Derecho Internacional que regula la actividad tanto de personas físicas como de personas jurídicas colectivas que hacen de su ocupación principal la actividad comercial y también regulan todos los actos de intermediación de toda clase de bienes, mercaderías y servicios, además de los procedimientos judiciales y arbitrales que se utilizan para dirimir controversias mercantiles"*.¹¹

El Derecho Mercantil para GARCÍA RODRÍGUEZ es *"El conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su actividad."*¹²

Por su parte el maestro MANTILLA compila una definición del autor VALERI: *"El Derecho Mercantil es aquella rama del derecho privado, que resulta del conjunto de normas que regulan las relaciones entre particulares consideradas mercantiles por el legislador"*.¹³

CERVANTES AHUMADA, nos concede su siguiente definición: *"el conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general"*¹⁴

En su Tratado BARRERA GRAF nos vuelve a aportar que *"Por Derecho Mercantil entendemos aquella rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de la empresa, la actividad del comerciante, individual y colectivo, y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles."*¹⁵

Derivado a todas las diversas definiciones que hemos visto anteriormente, nos merece que podemos proponer que el Derecho Mercantil: "Es la rama del derecho público y privado que le pertenece regular y estudiar lo relativo a las actividades y operaciones jurídicas encaminadas a la especulación económico-comercial o afán de lucro, así como a dichos sujetos que se dediquen a ellas o simplemente las realicen esporádicamente."

Es rama del derecho porque tiene suficientes elementos para ser independiente a cualquier otra rama del derecho, sin embargo, como sabemos eso no impide el apoyo y contemplación de otras disciplinas con este derecho. Es público y privado, porque puede llevarse a cabo la naturaleza de sus actos entre particulares, entre empresas del estado, o bien entre estos y las otras, es decir, no es de ningún modo privativo. Es preciso que no únicamente regule a través de diversas y actuales normas jurídicas, sino también hacer un estudio muy detallado y minucioso acerca de esas normas, de los actos y actividades y su relación con los sujetos regulados por estas, ya sea que caigan en el supuesto o bien se dediquen a las actividades manifestadas.

¹¹ ACOSTA Romero, Miguel y LARA Luna Julieta "Nuevo Derecho Mercantil" Edit. Porrúa México 2000. Pp 7.

¹² GARCÍA Rodríguez, Salvador; "Derecho Mercantil", 2ª edición; Edit. Porrúa; México 1997. Pp. 3

¹³ MANTILLA Molina, Roberto L.; ÍDEM.

¹⁴ CERVANTES Ahumada, Raúl; Op. Cit. Pp. 21

¹⁵ BARRERA Graf, Jorge; "Tratado de Derecho Mercantil" Edit. Porrúa. México 1957. Pp. 6.

2.2 SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL.

En el Código de comercio vigente encontramos primeramente a los comerciantes, seguidamente por los *"comerciantes accidentales, luego encontramos a los empresarios del derecho mercantil público; por último se encuentran a los que denomina el maestro comerciantes anómalos."*¹⁶

El Comerciante, el Código de Comercio vigente no lo define, sin embargo clasifica de la siguiente manera a aquellos sujetos que se les puede considerar comerciantes en los siguientes artículos:

ARTÍCULO 3.- Se reputan en derecho comerciantes:

- I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;
- II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;
- III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

La primer fracción dice que las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; es pues que padece de generalidad la clasificación y es bastante amplia porque abarca desde personas físicas hasta sociedades extranjeras, sin embargo, también nos comenta que sus siguientes fracciones, que al parecer son redundantes le dan un sentido además de más amplio y orientado, también lo limita, es decir, no lo deja ir a la nada, como en su fracción II,

La segunda fracción indica que las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles. Esto quiere decir que las sociedades mercantiles no necesariamente tienen que dedicarse al comercio, sin embargo, mayormente es así, siendo la única limitante el estar constituidas conforme a derecho sin importar si sus actividades esta el dedicarse al comercio ocasional o de forma definitiva.

La fracción tercera afirma que las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio. Aquí encontramos que limita a dichas sociedades a estar vigentes en lo que a sus actividades se refiere, aquí en nuestro país. Por su parte el artículo 4 del mismo ordenamiento, literalmente dice,

¹⁶ BARRERA Graf, Jorge; "Instituciones de Derecho Mercantil" Op. Cit. Pp. 158.

ARTÍCULO 4.- Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expendierlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.

Existe otra forma o categoría de los sujetos mercantiles, que incluyen principal más no limitativamente a las personas físicas; esta clasifica a los llamados por la doctrina, "sujetos accidentales de comercio"

Como lo explica el artículo anteriormente mencionado, son aquellas personas que no son contempladas en el artículo 3 del Código de Comercio; estos sujetos realizan actos accidentales de comercio, esto quiere decir, que realizan actos esporádicamente o por única vez, sin embargo, no se trata de comerciantes en fondo y forma establecidos como tales, pero si son sujetos del derecho comercial, por el hecho de ejecutar actos de comercio.

Como lo indica BARRERA GRAF *"se trata de los sujetos accidentales del derecho mercantil a que se refiere el artículo 4º del Código de Comercio, que no son comerciantes, pero que, sin embargo, quedan sujetos en cuanto a dichos actos a las leyes mercantiles"*¹⁷.

El mismo Código también se refiere a aquellas personas que se dedican a la labranza, a la agricultura porque las cosechas derivan de las estaciones y los productos que se generen de las cosechas son esporádicos, es decir, que no se dedican el cien por cien a esta ocupación, sino que deben esperar a ciertas temporadas del año para poder llevar a cabo las ventas de dichos productos.

Sin embargo, es errado parte del precepto, tal como lo indica la doctrina, en lo que se refiere a los fabricantes, porque estos de ninguna manera son comerciantes accidentales, como los labradores y agricultores, estos últimos se dedican a eso porque en la mayoría de las ocasiones es su modo de sobrevivir, es decir, de ahí subsisten y además les sirve de fuente de ingresos, de tal forma que, no es el mismo caso que los fabricantes, porque estos fabricantes se dedican en tiempo y forma completamente a la producción o creación de servicios y productos, con el afán o especulación económica o bien que les van a proveer de una ganancia, además de que es una producción constante.

¹⁷ BARRERA Graf, Jorge; Op. Cit. Pp 160.

En ese orden de ideas, vemos que si bien entonces, los agricultores no son considerados como comerciantes, pero si es totalmente posible que sus actos pueden encuadrarse en las leyes mercantiles, pues simplemente son actos comerciales y como tales deben ser regulados y dirigidos por sus normas respectivas. El Código de Comercio nos dice al respecto en estos dos artículos siguientes.

ARTÍCULO 1049.- Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que, conforme a los artículos 4o., 75 y 76, se deriven de los actos comerciales.

En el caso de las empresas del Estado, a pesar de que se dediquen o hagan del comercio su ocupación ordinaria, son considerados por Jorge Barrera como entes no comerciantes y sus actos no son actos mercantiles, porque según él, el Derecho Mercantil es exclusivo de los particulares, es de derecho privado, de tal forma que, consideremos que no es del todo correcto, porque a pesar de que se trate de entes del Estado si realizan actos de comercio es porque son legalmente hábiles para contratarse, y ser parte del Estado no es impedimento alguno para que se le considere como no comerciantes.

ARTÍCULO 5.- Toda persona que, según las leyes comunes, es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.

Podemos entender mejor esta figura, que si bien contempla al comerciante, a su vez abre toda posibilidad a cualquier persona capaz de contratar, a poder hacer actos de comercio. Quizá sea posible comprender más al comerciante, si sabemos de donde proviene.

*"El comerciante surge de una determinada clase de individuos que, estimulada por el deseo del lucro, dedicó profesionalmente sus actividades a interponerse, entre productores y consumidores con la gran variedad de medios que las circunstancias sugiriesen, operando el traspaso de la riqueza de los primeros a los segundos, salvando los obstáculos que entre ellos se interpusieran, asumiendo riesgos del transporte de las cosas y de la moneda, esparciéndose por los mercados y dominándolos, creando y aprovechándose de mil institutos ingeniosos para que la propia actividad mediadora resultase más provechosa y por ende más solicitada. Y, encaminada esta en un principio al cambio material de los bienes, tal como solían de las manos de los productores, procuró sucesivamente una adquisición más segura mediante la transformación de los mismos."*¹⁸

¹⁸ www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/DelgadoIlo%20Felipe-DerMer.htm. Dic / 2004.

Es por eso que el comerciante ha debido ampliar su visión inclusive hasta llegar a objetos intangibles, utilizando las ferias para ir ganando terreno en ese margen de actividades volviéndose con más fuerza hasta llegar a convertirse en un eslabón necesario para las transacciones entre los consumidores y los productores, creando actos, figuras y lo que fue necesario para unir a los sujetos que fabrican y crean mercancías, con aquellos que las reciben al final y que pagan por ellas.

Como propiamente lo dice SARIÑANA, *"Mediante el ejercicio del comercio, se realiza la función de aportar al mercado general, bienes o servicios, con fines de lucro y es la figura principal del Derecho Mercantil. Mediante el concepto de comerciante se determina la naturaleza mercantil de numerosos actos. Desde el punto de vista jurídico son comerciantes además de las personas que habitualmente realizan operaciones de compraventa o permuta; aquellas que se dedican a actividades completamente distintas, de carácter industrial o agrícola incluso."*¹⁹

Al respecto, se entiende que la función del comerciante en su sentido más puro es la de aquella de mediar entre la producción y el consumo de productos y servicios. Es por eso que se le encuentra colocado en el medio de estas dos figuras importantes, con el único propósito de transmitir a los consumidores los productos de los fabricantes, ya sea de manera directa como la que hemos dicho, o bien indirectamente siendo parte no directa entre consumidor y productor, sino siendo uno de los diversos puntos de unión en los que no uno sino varios son los comerciantes que participan formando una verdadera cadena de circulación comercial o económica de los productos.

Esta última forma de interactuar en la cadena económica la consigue y es en estos días más frecuente con la adquisición de productos al fabricante, para luego ir transmitiéndolos entre comerciantes diversos, tratando de lograr el fin primario del comerciante, "satisfacer las necesidades humanas".

Debido a ello, el comerciante le ahorra tanto trabajo al productor, de buscar compradores y distribuir sus productos, como al consumidor de localizar al fabricante del producto que está buscando o que satisface en lugar, tiempo, calidad y cantidad exigidos de acuerdo a sus necesidades.

El italiano CÉSAR VIVANTE nos dice que *"para ser comerciante no se precisa de ningún requisito formal ni la inscripción en un registro público, ni un examen, ni una patente gubernativa, ni la ciudadanía italiana; se adquiere tal cualidad sin la inversión de ningún capital inicial, sin ponerse al servicio del público; basta el ejercicio profesional de actos objetivos de comercio realizados en nombre propio. El comerciante necesita sobre todo libertad en sus movimientos para dirigir el trabajo y el capital hacia donde aparezcan mayores probabilidades de ganancia"*²⁰

¹⁹ SARIÑANA, Enrique; "Derecho Mercantil"; Edit. Trillas; Mexico 1999. Pp. 19.

²⁰ VIVANTE, César; "Tratado de Derecho Mercantil"; Vol. I, Traducción César Sileo; Edit. Reus S.A Madrid 1932. Pp. 164.

Sin embargo bien sabemos que los sujetos del derecho mercantil lo son tanto los que realizan accidentalmente actos de comercio, como los comerciantes que se reputan en derecho (artículo 3 y 4 del Código de Comercio). Es decir, toda persona que tiene capacidad de ejercicio refiriéndonos al Derecho Civil, la tiene también para realizar por sí misma actos de comercio, tal y como lo dice Vivante, no obstante, algunos de estos actos no pueden celebrarse validamente sino únicamente por personas que reúnan determinados requisitos, como ejemplo: podemos ver que solo las sociedades anónimas pueden emitir los títulos valor llamados obligaciones; el carácter de asegurador solo puede ser asumido por sociedades autorizadas por el Estado; pero en todo caso en que no exista una disposición legal expresa en contrario, los actos de comercio pueden ser celebrados por cualquier persona física no facultada legalmente.

No obstante, existen actos absolutamente mercantiles que pueden ser celebrados en nombre de un incapaz, por sus representantes legales. Además de que las personas morales no comerciales pueden realizar actos de comercio, incluso aquellos cuya mercantilidad depende de la intención, siempre que lo contrario no resulte de la ley o acto constitutivo que regula el funcionamiento de la persona moral de la que se trata, o que su realización no sea incompatible con los fines de la propia persona moral.

De la letra de la fracción I del artículo 3 del Código de Comercio, se podría pretender deducir que sólo las personas que tienen capacidad legal para ejercer el comercio pueden ser comerciantes; pero ésta sería una afirmación tan errónea como la de que solo las personas que tiene capacidad legal para realizar actos jurídicos pueden ser propietarios. En una y otra proposición se confundiría la capacidad de ejercicio con la capacidad de goce.

La primera capacidad para ser comerciante, la tiene como regla general, cualquiera persona, sin que se le opongan las incompatibilidades y prohibiciones que la ley establece tomando en consideración la persona misma del presunto comerciante, ni las restricciones que las leyes especiales imponen para determinados ramos de la actividad mercantil.

En cuanto a la capacidad para ejercer el comercio, es preciso distinguir situación del mayor de edad que no ha sido declarado en estado de interdicción. El Código de Comercio contiene ciertas prohibiciones para ser comerciante; a los quebrados que no hayan sido rehabilitados como lo indica en la fracción II del artículo 12º y a los por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad en la fracción III del mismo artículo.

2.3 CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL.

SOCIEDAD.- *"Etimológicamente viene del latín SOCIETAS, que a su vez se derivaría del sánscrito SACITAS, que significa "unido" o "unidad".*²¹

Coincidimos con el maestro Joaquín Rodríguez en que nuestra legislación comercial actual no contiene una disposición legal que defina lo que debe entenderse por sociedad, ni siquiera en forma general, es entonces que es preciso recurrir en particular al Código Civil, vigente para el Distrito Federal, el cual nos remite la misma Ley General de Sociedades Mercantiles, que contempla a la sociedad como un contrato, de la siguiente manera:

ARTICULO 2688.- 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.

Esto nos lleva a asumir que por relacionarse al comercio, las sociedades implican un trato de especulación comercial, sin embargo, como más adelante veremos, podemos contemplar sociedades que no precisamente tienen ese fin y sin embargo son consideradas como tales. En este caso, para nuestra legislación, como lo hemos visto, la sociedad es un contrato, ahora bien, vislumbremos lo que es convenio y lo que es contrato, para nuestra ley; específicamente el nuestro Código Civil actual para el Distrito Federal.

ARTICULO 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

ARTICULO 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

VILLEGAS nos aporta lo que para él es sociedad, y nos hace una comparativa con el Código Civil chileno que valdría la pena comparar con el nuestro, pero en fin lo siguiente: *"la sociedad presupone, comúnmente, una "asociación" de personas en miras de un objetivo común. Pero es ahí, en la finalidad u objetivo, donde aparecen las diferencias entre ambos conceptos. Mientras que en la asociación quienes la conforman no persiguen una finalidad económica, un "fin de lucro" que pretenden dividir entre sí, sino una finalidad de "bien común", en la sociedad tal objetivo es presupuesto necesario."*²²

²¹ Diccionario Enciclopédico Grijalbo; Editorial Grijalbo; tomo 3; Madrid 1983. Pp. 1720; Cita al Diccionario General Etimológico de la Lengua Castellana. Madrid, 1881.

²² VILLEGAS, Carlos Gilberto; "Tratado de las Sociedades"; Edit. Jurídica de Chile; 1995. Pp. 55.

El Código Civil chileno, regula en su artículo acerca de la sociedad, en su artículo 2053, como nos lo manifiesta Villegas: *"un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre si los beneficios que de ello provengan"*.²³

El significado científico nos dice que: *"de la sociedad se puede hablar desde dos puntos de vista: 1) Entendiendo por tal lo que hay de común en toda forma de sociabilidad, desde la mera relación inicial, pasando por la situación y el grupo hasta las formas más amplias y complejas como el Estado y la sociedad global. 2) Analizando en concreto algunas de estas formas de sociabilidad. Respecto de la definición misma cabe hacerse esta fundamental distinción. En una dirección se situarían quienes definen la sociedad en función de la interacción individual o, para algunos de la acción social en cuanto concebida como acción tal que, conforme a su significado subjetivo para para el actor o actores, implica las actitudes y acciones de otros y está orientada hacia ellos en su curso" (Max Weber). En Marx, el empleo del término sociedad parece haber tenido una connotación más bien descriptiva: formación social se refiere rigurosamente a niveles estructurales, y sociedad indica con frecuencia, descriptivamente, el dominio de las relaciones sociales"*²⁴

Al respecto, diversos sociólogos y doctrinarios de la materia, afirman lo siguiente, por ejemplo:

El maestro ANTONIO CASO, hace mención que Toennies, nos dice que: *"el año de 1887, sacó a la luz su Gemeinschaft und Gesellschaft. En su opinión, hay dos formas fundamentales de Sociedad, de relación social, la comunidad Gemeinschaft y la sociedad Gesellschaft. La comunidad arranca de la naturaleza, es la familia, el municipio, la iglesia, el Estado. Las formas embrionarias de la comunidad se ofrecen, en el amor maternal, sexual y fraternal. No hay voluntad de la persona, sino voluntad común, donde predominan los intereses de la comunidad"*²⁵

GUILLERMO VIRAMONTES indica *"Desde que los hombres adquirieron el concepto de la vida en sociedad, no se ha dejado de acudir a la "reunión", agrupación de personas en el espacio y en el tiempo, con el fin de alcanzar una finalidad común y lícita, y a la "asociación", forma de vinculación jurídica plurlateral, para realizar, asimismo, un fin común, posible, lícito; pero las formas concretas y específicas a que corresponde la noción de Sociedad Mercantil, son cosa más o menos moderna"*²⁶

Por su parte, HOUPIN Y BOSVIEX nos opinan que la sociedad *"es la reunión de personas que aportan bienes o industrias para la prosecución de un fin común, cuando ese fin común intentado es precisamente el logro de un beneficio pecuniario"*²⁷

²³ VILLEGAS, Carlos Gilberto, IDEM.

²⁴ Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales; Tomo IV, edit. Planeta Agostini, Madrid, 1987. Pp 2087.

²⁵ CASO, Antonio; "Sociología", Edt. Limusa Wiley; México, 1967; Pp 55

²⁶ VIRAMONTES, Guillermo H.; "Curso de Derecho Mercantil", México D.F. 1950. Pp. 42

²⁷ HOUPIN et Bosviex; "Traité Générale des Sociétés"; Paris 1925. Tomo 1; Pp.25

ECHAVARRI comenta de la sociedad mercantil: *"con acierto podrá hablarse de asociación económica con pluralidad de personas, lucro mercantil y participación recíproca de aquellas en las utilidades y en las pérdidas, pero evidentemente no se descubre la Sociedad, por no haber personalidad distinta, ni gestión autónoma, caracteres que se dan, en cambio, en la unión coordinada de capital o trabajo, para formar un ser distinto de los elementos individuales que se agrupan"*²⁸

Para ACOSTA ROMERO la Sociedad Mercantil es, *"una persona jurídica colectiva formada por dos o mas personas físicas o naturales y que también pueden ser colectivas, organizada ára realizar lícitamente actos de comercio, con objeto de obtener una ganancia y cumpliendo con los requisitos que en primer lugar señala la Ley General de Sociedades Mercantiles y en otras leyes mercantiles especiales. Esa sociedad tiene personalidad jurídica propia, patrimonio, capital social, objeto lícito, denominación, domicilio, órganos de administración y representación y surge a la vida jurídica cuando se inscribe la escritura constitutiva en el Registro Público del Comercio de ese domicilio."*²⁹

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, refiere de la sociedad mercantil, de esta manera: *"La sociedad colectiva es la forma más espontánea de organización mercantil, puesto que surge de un modo natural del hecho de que los miembros de una familia trabajen en común o cuando varios amigos explotan conjuntamente un negocio... Sociedad. Decimos que es sociedad para invocar el concepto general de este contrato, en los términos que ya fueron expuestos. El concepto de sociedad evoca el de pluralidad de partes, la aportación de los socios, el consentimiento y la participación de todos ellos en los beneficios y en las pérdidas en la forma contractual precisa, o en la que fija la ley en defecto de la oportuna manifestación de voluntad. Mercantil. Es sociedad mercantil, porque está comprendida en la relación de las calificadas como tales por el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles. En consecuencia, recae sobre la misma la calificación jurídica de comerciante, simplemente en razón de su forma, con independencia de las actividades a las que realmente se dedique y de la efectiva realización de actos de comercio."*³⁰

SÁNCHEZ CALERO, propiamente nos adentra a su concepto de sociedad mercantil, el cual dice: *"Es una asociación de personas que quieren conseguir una finalidad común a ellas, mediante la constitución de un tipo o clase de organización prevista por la ley"*³¹

BRUNETTI nos dice que para él, la sociedad mercantil es: *"La sociedad es el vínculo contractual entre los socios, pero los sujetos son los socios que adquieren derechos, se obligan y responden personalmente con su patrimonio; la sociedad se presenta, en lo externo, únicamente como un conjunto de socios."*³²

²⁸ ECHAVARRI y Vivanco, José María; "Comentarios al Código de Comercio"; Valladolid; 1927. Tomo II

²⁹ ACOSTA Romero, Miguel, y LARA Luna Julieta Arell; "Nuevo Derecho Mercantil"; Edit. Porrúa, Mexico 2000.

³⁰ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil"; Edit. Porrúa; 1999. Vol 1; Pp. 44.

³¹ SÁNCHEZ Calero, Fernando; "Instituciones de Derecho Mercantil"; tomo 1; Edit. Mc Graw Hill; 10ª edición; Madrid 1997.

³² BRUNETTI, Antonio; "Sociedades Mercantiles"; Edit. Jurídica Universitaria; Serie Clásicos del Derecho Societario; Vol 1; 2001

Para GARCÍA DOMÍNGUEZ, la definición de sociedad mercantil debe hacerse en los mismos puntos de vista; *"un contrato en el que se crean o transfieren obligaciones y derechos entre los socios mutuamente para combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común que constituya una especulación comercial."*³³

Nos dice el maestro Barrera Graf que no es muy apropiado el darle conceptos doctrinales, o legales, porque estos llegan a ser modificados, y como dice, muchas veces en un sentido radical.

Ser persona es ser sujeto de derechos y obligaciones jurídicas; atribuir la personalidad a las sociedades implica, por lo tanto, reconocerles capacidad jurídica. Capacidad de goce y de ejercicio, esto debido a que se crea un nuevo ente o sujeto, emanando de él derechos y obligaciones como la persona que es. La constitución de la sociedad crea un nuevo sujeto jurídico, la persona social, al mismo tiempo que engendra derechos y obligaciones de los que son titulares las partes en que dicha constitución interviene derechos y obligaciones cuyo conjunto forma el estado o calidad de socio.

Ahora bien, para el ejercicio de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones han de realizarse actos jurídicos, para los cuales son necesarias cualidades síquicas, conocer y querer, que no puede tener una persona creada por la Ley de aquí que la sociedad haya de tener órganos. Los actos jurídicos imputables normativamente a la sociedad, se realizarán por medio de tales órganos. La definición legal de la sociedad la expone el maestro BARRERA GRAF, *"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. Esta última nota distingue a las sociedades civiles de aquellas otras mercantiles cuya finalidad sea especulativa. Pero a estas, a las sociedades comerciales, no siempre le son aplicables las demás notas de dicha definición"*³⁴.

Nos menciona el maestro GARRIGUES, que para el Código Civil español, en su numeral 116, la sociedad mercantil es: *"el contrato de compañía, por el cual dos o mas 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"*³⁵. En el Curso de Derecho del mismo Garrigues, nos cita al ilustrador Klein dando su interpretación de lo que es la sociedad mercantil, *"La sociedad es, fundamentalmente, una comunidad de trabajo. Pero el Derecho de sociedades no se ocupa del trabajo mismo ni de cómo se llevan a la realidad los objetivos sociales"*³⁶.

³³ GARCÍA Domínguez, José; "Sociedades Mercantiles"; Edil. Ogs Editores S.A. de C. V. Pp. 4

³⁴ BARRERA Graf, Jorge; Op. Cit. Pp. 256.

³⁵ GARRIGUES, Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil"; 9ª ed.; Edif. Porrúa; 1993. Pp. 309 y siguientes.

³⁶ GARRIGUES, Joaquín; ÍDEM.

La sociedad es mayormente constituida para funcionar e interrelacionarse con las demás personas, tiene dos etapas, como lo plantea el maestro Barrera Graf: la constitutiva y la otra que le denomina de funcionamiento, mismas que están en concordancia con el contrato social, es decir, el acuerdo exteriorizado de los socios para constituir dicha sociedad, teniendo como objetivo o fin el que la sociedad se exteriorice, ejerciendo la actividad necesaria para lograr la finalidad, solo que como dice el maestro, el funcionamiento de la sociedad no esta regido por el contrato.

Es entonces que el afán de plasmar tantas definiciones, es quizá para que nosotros mismos podamos concluir y proponer a grandes rasgos nuestra propia definición que es la siguiente: la Sociedad Mercantil, es sobre todo un conjunto de personas, ya sean físicas o morales (en calidad de socios) que se unen para crear una nueva persona jurídica, que a través de ella van a llevar a cabo actos y negocios de carácter preponderantemente económico ó con especulación mercantil, y que además van a compartir ganancias y pérdidas entre estas personas.

2.4 IMPORTANCIA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Las Sociedades Mercantiles han venido a través del tiempo, no solo evolucionando, sino siendo una parte muy importante, de hecho fundamental, en la economía mundial, ya que los actos mercantiles son los que mueven al mundo en el aspecto económico y político. Como sabemos, las mismas necesidades de la vida de las comunidades y poblaciones llevaron a desarrollar principalmente las actividades económicas, con esta evolución vinieron las que le correspondían al derecho, como lo es la creación de un instrumento capaz de facilitar las actividades económicas de las personas, pero de manera más ordenada.

Esé crecimiento evolutivo tanto económico como social, fue llevando paso a paso impulsado principalmente por la naturalidad de nuevas necesidades de amoldar el instrumento de la sociedad conforme al progreso; es entonces que podemos apreciar el movimiento de la primer sociedad, la sociedad familiar hacia la sociedad denominada por VILLEGAS, "sociedad sin responsabilidad subsidiaria de sus miembros o a la típica sociedad "de capital."³⁷

³⁷ VILLEGAS, Carlos Gilberto; Op. Cit. Pp. 30

Sin embargo, no veamos a la sociedad de Capital, como aquella que eliminó a la característica sociedad familiar, porque una a una le van abriendo camino a las otras, por ejemplo, no debemos olvidar que para ese paso se debió dar el negocio de aportar los capitales de una manera coordinada, como decíamos de esta manera nace la Sociedad Anónima, la cual pareciere ser la base de las sociedades, debido a que las estructuras de las otras sociedades está ejemplificada en esta sociedad. Esta evolución llegó a convertir a la Sociedad Anónima como nos ilustra Villegas, *"la típica sociedad de capital y la forma jurídica que mejor se acomoda a la "empresa" de la "revolución industrial" y mas tarde, también de la etapa denominada de la "revolución financiera."*³⁸

En fin, como dijimos, el tipo social, de la Sociedad Anónima, evoluciona y nos permite ajustarlo con el paso del tiempo a las diversas necesidades, conformando así el florecimiento de la actual empresa; este desarrollo capitalista se debe en parte a la Sociedad permitiendo la sustentación de las personas que invertían su capital y a las que realizaban con ella las actividades tendientes al comercio. Ese sorprendente aumento de las sociedades ha llegado a ser una parte fundamental de estudio y planteamiento, no solo de la doctrina, sino también del sistema jurídico Mercantil, una respuesta a esto es que el derecho Societario trata de irse unificando, para así dar el mismo trato tanto a las sociedades de Capitales, como a las sociedades Civiles, abarcando la complejidad que esto representa, de forma tal , que incluso se pretende la individualidad del Derecho Societario.

2.5 CLASES DE SOCIEDADES MERCANTILES.

En atención a los elementos que específicamente integran las diversas clases de sociedades, podemos, según la doctrina encontrar los siguientes:

Plurales y Unipersonales. Las primeras dan origen a lo que es correspondiente de la sociedad, pero tal parece que en las últimas no es lógico ni jurídicamente posible imaginar este tipo de sociedades, ya que contradice el principio de bilateral o plurilateralidad del negocio originario de la sociedad.

Permanentes y Transitorias. Esto lo determina el propio fin de la sociedad, generalmente, esto le lleva a ser de corto o largo plazo.

Voluntarias y Obligatorias. Todas las Sociedades van a ser voluntarias, porque es así que los socios se unen para crear dicha sociedad, sin embargo, se dicen obligatorias porque existen diversos factores como económico, jurídico, etc. que "obligan" al socio a crear la sociedad o a ser parte de su creación.

³⁸ VILLEGAS, Carlos Gilberto; ÍDEM.

Bienes y Servicios. Aquí la aportación puede consistir en la integración al fondo de la sociedad un bien ya sea mueble o inmueble o la prestación de algún servicio personal o profesional.

Con personalidad jurídica y Sin ella. Este es un tema delicado, pues las sociedades en sí no tienen una personalidad jurídica inherente a estas, sino es un título el cual le da nuestro derecho, pues unas pueden tener personalidad y otras no, sin embargo, entonces ¿Estaríamos hablando de una sociedad mercantil o no la contemplamos como tal?

Las Sociedades Mercantiles, según el Derecho Societario, son principalmente dos, de estas se desprenden las demás, estas son las "Intuitus Personae" o las Sociedades de Personas, y las "Intuitus Pecuniae" o Sociedades Capitalistas.

Las primeras, como indica su nombre son propiamente la unión de personas para lograr un objetivo, fundamentalmente no pecuniario, pero ya lo veremos adelante. Las segundas, la sociedad capitalista, es precisamente eso la unión de patrimonios o capitales para lograr un fin, preponderantemente económico. Pero de igual forma lo veremos a detalle posteriormente.

Hay diversos puntos de vista respecto a las clases de Sociedades Mercantiles afirmando algunos tratadistas la existencia de una clase de sociedad intermedia de estas que le llaman Sociedad Mixta, sin embargo y debido a la controversia que se suscita al respecto, de la existencia o no de esta última, concluimos que las principales son las dos primeras, que veremos a continuación.

De cualquier forma es de singular importancia observar que el reflejo de la separación entre el Derecho Mercantil y el Derecho Civil, la cual como bien sabemos desde principio de los tiempos fue motivo de controversia, y hasta el momento no ha dejado de serlo, es lo que le da vida a esta separación, sin embargo, es de notar que la división es sustancial, es decir, que aun existiendo diferencias entre las Intuitus Personae y las Pecuniae, no dejan de ser parte del derecho societario.

2.5.1 SOCIEDADES DE PERSONAS (INTUITUS PERSONAE).

VILLEGAS nos remonta en su Tratado de Sociedades al principio de la sociedad de personas, deviene, nos dice del "elemento esencial de la *societas* romana, donde el contrato era *intuitu personae*, esto es en consideración a las cualidades personales y aptitudes particulares de los contratantes.

"El que contrae sociedad elige para consocio a una persona determinada" ("certam personam subi eligit", dice Justiniano en el Lib. III, tit. XXV, párr. 5 de sus Institutas). Además, la sociedad creaba una especie de hermandad o ius fraternitatis entre todos los socios; lo que significaba que debían conducirse, en sus relaciones recíprocas, como hermanos, ya que la sociedad era un contrato, esencialmente de "buena fe". Es un elemento esencial en las sociedades de "personas", aunque hoy esté ausente en las grandes sociedades "de capital."³⁹

Para GARRIGUES, estas sociedades las define como: *"Sociedades individualistas o de personas son aquellas en que los socios como tales tienen derecho a la gestión (autorganicismo). En ellas la propiedad de la empresa (en sentido económico) y su dirección se reúnen en las mismas manos. La gestión del negocio corresponde a los socios por virtud del contrato, sea a todos los socios (sociedad colectiva), sea a un grupo de ellos (sociedad comandataria)"⁴⁰*

SÁNCHEZ CALERO nos expone que para el *"Son sociedades de personas, en principio, la colectiva y la en comandita simple en las que, como hemos de ver, el nombre de los socios colectivos sirve para la formación de su "razón social". Además, los propios socios o, al menos, una parte de ellos (llamados socios colectivos) son los que, en general, llevan directamente la gestión social y responden personalmente del pago de las deudas de la sociedad cuando el patrimonio social sea insuficiente."⁴¹*

Ahora recurrimos de nueva cuenta, lo que para nuestra legislación local Civil, en el Código de la materia la sociedad de personas es:

ARTICULO 2688.- 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.

Valdría la pena diferenciar la sociedad civil o de personas, de la asociación civil, ya que a veces podemos confundirla por su parecido, sin embargo, existe una diferencia fundamental que denotamos además de que la Sociedad es contemplada como contrato, mientras que la Asociación no lo es.

ARTICULO 2670.- Cuando varios individuos convienen 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.

³⁹ VILLEGAS, Carlos Gilberto; Op. Cit. Pp. 63

⁴⁰ GARRIGUES, Joaquín; Op. Cit. Pp. 321

⁴¹ SÁNCHEZ Calero, Fernando; Op. Cit. Pp. 214

Esta diferencia la hacemos notar, porque si vemos la definición de sociedad, en este sentido, Civil. Retomamos aquel comentario de que había que dividir a la Sociedad de Personas de la Sociedad Mercantil, y es quizá ese contraste, "la especulación comercial" la que hace la diferencia fundamental, entre estas.

Sin embargo, a pesar de ello, existe en el mismo Código Civil para el Distrito Federal, una posibilidad de convertir una sociedad de carácter personalista a una de carácter mercantil, esto debido a que ambas se rigen por los mismos principios y que la diferencia es la descrita anteriormente.

ARTICULO 2695.- Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio.

ATHIÉ GUTIÉRREZ nos dice que: *"se trata de las sociedades de personas, donde predomina la condición particular de los integrantes de la sociedad; se toman en cuenta el nombre del socio, su prestigio comercial y hasta intelectual y orgánico; su crédito, su honestidad; en atención a esos datos es que se integra la sociedad, al punto que de no existir, no se organizaría. Por lo demás este tipo de sociedades existe bajo una razón social, es decir, el nombre de las sociedades de personas se integra con los nombres de uno, varios o todos los socios, con lo que las prendas de cada socio repercuten en la sociedad misma; y la responsabilidad de cada uno de ellos no se limita al punto de su aportación sino que es ilimitada y solidaria por todas las obligaciones de la sociedad. Quienes contratan con estas sociedades saben cuando lo hacen con sociedades de personas, e identifican a los socios de la misma, debido a que es fácil descubrirlo en la razón social; además, saben que detrás del patrimonio social está el de cada uno de los socios individualmente considerados y sin límite, aunque de manera subsidiaria respecto de las obligaciones sociales."*⁴²

Para CERVANTES AHUMADA las sociedades de personas *"son aquellas que se constituyen tomando en consideración las calidades personales de quienes intervienen en el acto constitutivo. Generalmente, el nombre de alguno o algunos de los participantes en el acto constitutivo figuran en el nombre de la sociedad, que tendría en ese caso, como más adelante veremos, la modalidad de razón social, y los socios personalistas responderán en alguna forma de las consecuencias de las actividades de la sociedad. El principal tipo de sociedad de personas, o intuitus personae es la sociedad en nombre colectivo."*⁴³

⁴² ATHIÉ Gutiérrez, Amado; "Derecho Mercantil"; 2ª edición; Edit. Mc. Graw Hill; 2002. Pp. 447

⁴³ CERVANTES Ahumada, Raúl. Op. Cit. Pp. 442.

GARCÍA RENDÓN nos ofrece el siguiente criterio acerca de las sociedades de personas: *"Se caracterizan porque se constituyen atendiendo a la calidad de las personas que las integran, cuyos nombres forman el nombre de la sociedad (razón social) y quienes, en cierta medida, son responsables de las operaciones que aquella celebra. El tipo clásico de esta clase de sociedades es la colectiva"*⁴⁴

"Sociedades de Personas: Es una figura con un mínimo de dos socios y un máximo indefinido, no se constituye por escritura pública, la responsabilidad es ilimitada y solidaria, el aporte de trabajo no tiene estimación, la administración se hace de acuerdo a como los socios decidan. Esta forma es típica del sector artesanal, el comercio minorista, y los servicios de artes y oficios, también entre profesionales.

*Puede estar conformada por dos o más personas, que comparten una responsabilidad ilimitada y solidaria, los aportes pueden ser en dinero o bienes, en cuanto al trabajo no se estima su valor y este no forma parte del capital social. Todos los socios son administradores pero pueden delegar a uno consocio o a un extraño. La razón social se forma con el nombre o apellido de uno o mas socios junto con la expresión & Compagnia, Hermanos, e Hijos etc. Este tipo de sociedades se ajusta mejor para pequeñas empresas de tipo familiar."*⁴⁵

Sociedades Mercantiles Personalistas son: *"Aquellas en las cuales, de los cuatro elementos de la sociedad (personal, patrimonial, objeto social y forma externa) el principal lo constituye el personal, es decir, los terceros que contratan con la sociedad, les interesa la personalidad, honradez, prestigio, etc., de los socios, tal es el caso por ejemplo de las Sociedad en Nombre Colectivo"*⁴⁶

Concluyendo, las sociedades de personas son el conjunto de personas (físicas o morales) que van a reunir recursos para lograr un fin común que no es el de especulación.

2.5.2 SOCIEDADES DE CAPITALES (INTUITUS PECUNIAE).

Para JOAQUÍN RODRÍGUEZ: *"Es sociedad mercantil, porque está comprendida en la relación de las calificadas como tales por el artículo 1º de la Ley General de Sociedades mercantiles. En consecuencia, recae sobre la misma la calificación jurídica de comerciante, simplemente en razón de su forma, con independencia de las actividades a las que realmente se dedique y de la efectiva realización de actos de comercio."*⁴⁷

⁴⁴ GARCÍA Rendón, Manuel; "Sociedades Mercantiles"; 2ª edición; Edit. Oxford; 1999. Pp. 76

⁴⁵ www.gestiopolis.com/recursos2/documentos/fulldocs/eco/socmercan.htm

⁴⁶ www.monografias.com/informacion/index.php?n=1085-15

⁴⁷ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil"; Edit. Porrúa; 1996; Pp. 62

SÁNCHEZ CALERO nos menciona que las "Sociedades de capitales la sociedad de responsabilidad limitada, la en comandita por acciones y la anónima, porque en ellas lo relevante de los socios es, por regla general, que aporten los medios financieros necesarios para constituir el capital preciso para el desarrollo del objeto social."⁴⁸

Según GARCÍA RENDÓN en las sociedades de capitales "Su principal característica consiste en que su constitución atiende no tanto a la calidad de sus integrantes, sino al monto de las aportaciones que estos realizan. Existen al amparo de un nombre (denominación social) que no se forma con el nombre de los socios quienes, en principio, solamente están obligados al pago de sus aportaciones. La anónima es el tipo clásico de esta especie de sociedades."⁴⁹

La voluntad de la sociedad capitalista, es también "La *affectio societatis* es para Brunetti (ob. cit., t. I, pág. 13) la "exteriorización de la voluntad de colaboración interesada". Por ello agrega este autor que la *affectio societatis* no es un requisito del contrato sino un elemento de su causa, por referirse al propósito de los contratantes de repartirse los lucros producidos en el ejercicio de la actividad mancomunada."⁵⁰

Para ATHIE, esta clase o tipo de sociedades "se trata de sociedades en las que fundamentalmente interesa la aportación que se hace para la formación del capital social, del capital de la nueva y distinta persona jurídica que constituirán los socios, sin que las prendas personales de éstos, ni sus nombres tengan mayor trascendencia, debido a que ese tipo de sociedades existe bajo una denominación social, que no es otra cosa que un nombre arbitrariamente elegido; por lo demás, la responsabilidad de los socios es, en ese tipo de sociedad, restringida al monto de la aportación de cada socio."⁵¹

El maestro CERVANTES AHUMADA nos dice que las sociedades de capitales "son aquellas en las que no tienen relevancia las calidades personales de los socios, y que se constituyen para formar, por las aportaciones, hasta cierto punto impersonales de los participantes en el acto constitutivo, un capital que habrá de quedar destinado a la actividad comercial a que la sociedad se dedicará. Lo natural será que este tipo de sociedades tenga un nombre en que no figuren nombres de socios (denominación social) y que los socios no respondan frente a terceros de las consecuencias de los actos de la sociedad. El tipo clásico de sociedad de capitales o *intuitus pecuniae*, es la sociedad anónima."⁵²

⁴⁸ SÁNCHEZ Calero, Fernando; Op. Cit. Pp. 214

⁴⁹ GARCÍA Rendón, Manuel; Op. Cit. Pp. 7

⁵⁰ VILLEGAS, Carlos Gilberto; Op. Cit. Pp. 64

⁵¹ ATHIE Gutiérrez, Arnado; Op. Cit. Pp. 446

⁵² CERVANTES Ahumada, Raúl; Op. Cit. Pp. 42

Las Sociedades Mercantiles Capitalistas son: "Aquellas en las cuales el principal elemento de la sociedad es el patrimonial, es decir, los terceros que contratan con la sociedad, pondrán especial interés en el monto del capital por ejemplo, en el caso de la Sociedad Anónima".⁵³

La sociedad mercantil de capital se puede definir de la siguiente manera: "es sociedad mercantil la que existe bajo una denominación o razón social, mediante el acuerdo de voluntades de un grupo de personas llamadas socios, que unen sus esfuerzos y capitales para la realización de un fin común de carácter económico con propósito de lucro".⁵⁴

La diferencia esencial entre las sociedades civiles y las sociedades mercantiles como ya lo hemos puntualizado radica en que las civiles, de acuerdo con la definición contenida en el Código Civil, su finalidad no debe pretender ser la especulación mercantil, y en las sociedades mercantiles, lo común es de que las sociedades capitalistas si constituyan una especulación mercantil.

En nuestro sistema jurídico societario, pueden llegar a existir sociedades mercantiles cuyos fines no sean obligatoriamente de lucro sino de carácter diverso, como bien puede ser de beneficencia, científico, en fin.

Ya que la misma Ley General de Sociedades Mercantiles, expresamente en su artículo 4º manifiesta que se reputan mercantiles todas las sociedades que se constituyan en algunas de las formas reconocidas en su propio artículo 1º de la mismo ordenamiento, de forma tal que es suficiente que la forma de la sociedad se ajuste al referido artículo 1º para que se reputé mercantil dicha sociedad.

A este respecto, GARCÍA DOMÍNGUEZ citando al maestro Barrera Graf dice que: "nunca las sociedades civiles pueden tener una finalidad de lucro o especulación comercial y que si la tuvieran, o de manera habitual ejercieran actos de comercio se convertirían en sociedades mercantiles."⁵⁵

Podemos concluir de lo expuesto que, las sociedades capitalistas son aquellas uniones de personas, propiamente habiendo obtenido el concepto de sociedad, pero siendo estas encaminadas únicamente a obtener o tener un afán de lucro o especulación económica, a través de la realización de diversas actividades y gestiones cuya finalidad es realizar actos comerciales, para llegar a ese fin especulativo.

⁵³ www.monografias.com. Op. Cit

⁵⁴ www.gestiopolis.com. Op. Cit.

⁵⁵ GARCÍA Domínguez, José; Op. Cit. Pp.17

2.6 CONCEPTO DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN (A. en P.).

Primeramente desglosaremos lo que significa Asociación y luego veremos lo que es Participación.

"Se entiende, genéricamente por Asociación, al conjunto de personas que se unen para alcanzar un fin común, lícito y determinado. Este grupo, dotado de una organización que da fe del carácter estable de la unión surgida, viene considerado por el Derecho como una persona jurídica distinta e independiente de los componentes de la sociedad (personas físicas), que se integran en ella".⁵⁶

Se entiende a su vez por Participar, el dar parte, notificar, comunicar, recibir parte de algo; y por participación, a su resultado.

Es entonces que a la asociación en participación la definiríamos como "Un contrato por medio del cual, una persona denominada asociado, otorga dinero, bienes o servicios, a otra denominada asociante, para la realización de un (os) negocio (s) mercantil (es); a cambio de que el asociante le participe en las utilidades o pérdidas del negocio".

Desprendemos de ahí que podemos resaltar la existencia de un asociante, a diferencia de lo que ocurre en los contratos asociativos; en donde todos los que intervienen son asociados entre sí, y no existe esta figura. En este tipo de contrato, el asociante es el dueño del negocio en el que otorga participación al asociado, mediante una aportación que éste efectúa, pero sin que por esto se llegue a constituir una relación jurídica en la que en la dirección y manejo de ésta, puedan intervenir directamente las partes. A este contrato de Asociación en Participación, (A. en P.) también se le conoce con los nombres de "contrato de participación" y "contrato de cuentas en participación".

La Asociación en Participación puede ser singular, o de un solo negocio, y múltiple o plural, cuando se trata de varios negocios. La asociación plural podrá ser a su vez parcial, en el caso de cuando se dé alguno de los negocios de la empresa asociante, o bien total, cuando los contenga todos; es decir, cuando el asociante participe con el asociado, la empresa en su totalidad.

Respecto del concepto de asociación, como lo vimos con antelación, encontramos que el Código Civil Federal, en su artículo 2670 el cual nos dice lo que constituye una asociación

⁵⁶ Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Ahora bien, de lo anterior, se desprende que la Asociación en Participación (A. en P.), es el conjunto de personas, reunidas para llevar a cabo una actividad común, participando los integrantes en el resultado de la actividad pactada.

Como todos los contratos, el de Asociación en Participación debe reunir ciertos requisitos para poder considerarse legal. Tal es el caso, en que la Ley General de Sociedades Mercantiles, es la encargada de regular este tipo de contratos; sin embargo, no es la única ley que la regula, de eso es materia la presente tesis.

2.6.1 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles, vigente, precisamente en su artículo 252, nos señala que:

ARTÍCULO 252.- La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

El análisis de tal precepto, reviste de una especial importancia, toda vez que de él emana la esencia del contrato de Asociación en Participación; del análisis resultante del numeral citado, se desprenden varios conceptos que se analizarán a continuación, a efecto de dar una explicación completa del citado artículo.

Lo primero a resaltar es que es un contrato de naturaleza mercantil, donde se requiere de una persona la cual va a conceder a otras personas una aportación de bienes, ya sea muebles o inmuebles, o bien de algún servicio requerido. Esta persona se obliga con otra u otras, a participarles de las utilidades de un resultado. Para ello, con el propósito de llevar a cabo una o varias negociaciones mercantiles u operaciones de comercio.

Lo anterior tiene como consecuencia, mencionar lo que el Código de Comercio, de aplicación supletoria, señala en su artículo 75, enumerándonos todos aquellos actos o actividades consideradas por la Ley, como actos de comercio, es entonces que no deberá el contrato contravenir dicho artículo.

De igual forma, el propio artículo señala que las partes en dicho contrato, son personas encargadas de una negociación mercantil o acto de comercio, que participan a otras, que a su vez les otorgan bienes y/o servicios, de sus utilidades, sin importar si las partes que intervienen sean físicas o morales si es que cuentan con capacidad y personalidad para contratar. Algo que veremos a detalle más adelante.

Así tenemos que el artículo 22 del Código Civil Federal nos señala: "Son personas físicas los individuos, quienes adquieren la capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte; pero desde su concepción tienen derecho a la protección de esta Ley". Por otra parte, cabe mencionar que la persona física, según la legislación citada, considera que un individuo obtiene la capacidad jurídica para obligarse, al ser mayor de edad; antes de lo cual, sólo puede actuar a través de representantes.

2.6.2 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.

Para el Código Fiscal de la Federación, vigente, la Asociación en Participación (A. en P.) existe, y tan existe que es considerada como toda una persona moral, lo que es raro puesto que la Ley General de Sociedades Mercantiles no le dota de esos privilegios. Pero eso con posterioridad podremos analizarlo, mejor veamos lo que dice el Código Fiscal acerca en su numeral 17-B que a continuación se transcribe.

ARTÍCULO 17-B.- Para los efectos de las disposiciones fiscales, se entenderá por asociación en participación al conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio y siempre que las mismas, por disposición legal o del propio convenio, participen de las utilidades o de las pérdidas, derivadas de dicha actividad.

La asociación en participación tendrá personalidad jurídica para los efectos del derecho fiscal cuando en el país realice actividades empresariales, cuando el convenio se celebre conforme a las leyes mexicanas o cuando se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 9o. de este Código. En los supuestos mencionados se considerará a la asociación en participación residente en México.

La asociación en participación estará obligada a cumplir con las mismas obligaciones fiscales, en los mismos términos y bajo las mismas disposiciones, establecidas para las personas morales en las leyes fiscales. Para tales efectos, cuando dichas leyes hagan referencia a persona moral, se entenderá incluida a la asociación en participación considerada en los términos de este precepto.

El asociante representará a la asociación en participación y a sus integrantes, en los medios de defensa que se interpongan en contra de las consecuencias fiscales derivadas de las actividades empresariales realizadas a través de dichas asociaciones en participación.

La asociación en participación se identificará con una denominación o razón social, seguida de la leyenda A. en P. o en su defecto, con el nombre del asociante, seguido de las siglas antes citadas. Asimismo, tendrán, en territorio nacional, el domicilio del asociante.

Lo primero que nos merece analizar es, que el Código Fiscal de la Federación en sus primeras líneas, nos ofrece su concepto de lo que para el Derecho Fiscal es la Asociación en Participación (A. en P.), diciéndonos que es un conjunto de personas que realizan actividades mercantiles con motivo de un convenio realizado, aquí están las primeras diferencias entre la legislación Mercantil y el Código Fiscal; mientras que la Ley Mercantil nos dice que la A. en P. es un contrato, el Código Civil Local nos menciona que es un conjunto de personas unidas por un "convenio", la diferencia es que los convenios crean, transmiten, modifican y extinguen obligaciones; y los contratos son convenios que solo producen o transmiten derechos y obligaciones.

ARTICULO 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

ARTICULO 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Ahora bien, la Asociación en Participación, es dotada de personalidad jurídica por el Código Fiscal, si se trata de negocios hechos en México, que tengan en nuestro país su constitución legal o que hayan establecido en México la administración principal del negocio o su sede de dirección efectiva. Pero lo interesante resulta que basta con que lo diga el Código Fiscal para otorgarle personalidad jurídica suficiente al menos para tener calidad de contribuyente.

2.6.3 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

A ese respecto el contrato de Asociación en Participación, los Tribunales Federales han establecido algunos criterios como los que a continuación hacemos referencia:

ASOCIACIONES EN PARTICIPACIÓN. CONCEPTO Y REPRESENTACIÓN DE LAS. Según el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, concede a otras, que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil, o de una o varias operaciones de comercio; y de conformidad con los artículos 253 y 256 de la Ley citada, la asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación, y el asociante obra en nombre propio y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados. Ahora bien, como la asociación en participación no tiene personalidad jurídica, los intereses de ella son representados por el asociante, sin que los asociados tengan relación jurídica alguna con los terceros; lo que confirma y aclara con la disposición del artículo 257 de la Ley invocada, en el sentido de que "respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante"; de manera que para los terceros, el asociante aparece como único dueño de los bienes de la asociación en participación, sin que los asociados puedan representar o defender esos bienes, pues la copropiedad sólo existe entre el asociante y los asociados, pero no con relación a terceros, porque para éstos el dueño es el asociante.⁵⁷

⁵⁷ PRECEDENTES: Tomo LXXIX, Pág. 1665 Lampe Alberto A. Y coag. 24 de enero de 1994. 4votos. Fuente: semanario Judicial de la Federación, Época 5ª, Tomo LXXIX, página 1665, Instancia Segunda Sala.

Es evidente que la misma Suprema Corte de Justicia no le concede personalidad jurídica propia, al reconocer lo indicado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, es entonces que el concepto de esta primera es fundamentalmente el mismo que el de la ley general. Sin embargo, trata de desmenuzar el concepto en la siguiente tesis jurisprudencial.

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN, CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE. De acuerdo con el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, llamada el asociante, concede a otra llamada el asociado, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, a cambio de la aportación de bienes o servicios del asociado. La esencia de la asociación en participación radica en que se trata de una sociedad oculta que sólo rige o surte efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote, ya que carece de personalidad jurídica, de razón y denominación, según lo establece el artículo 253 del mismo ordenamiento, y es por esto que el artículo 256 determina que el asociante obra en nombre propio y que no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados, persiguiendo este mismo fin de mantener oculta la asociación, la Ley establece en el artículo 257, que respecto de terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio, y agrega este artículo que aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.⁵⁸

En esta tesis, nos explica el Órgano Judicial que la Asociación en Participación, es clasificada como una sociedad oculta, que solo tiene sus efectos entre sus partes, y le analiza estableciendo que no tiene personalidad jurídica propia, ni razón o denominación social, que debido a ello no tiene efectos jurídicos con terceras personas. Sin embargo, encontramos que respecto de responder ante terceros, dependerá de la naturaleza de los bienes aportados por el asociado, si se deba registrar al comercio o no, pero surtirá efectos únicamente al asociante, el cual responderá con sus bienes excluyendo el registrado por el asociado.

⁵⁸ PRECEDENTES: Amparo directo 5688/60. Bulmaro Carranza Cervantes, 17 de octubre de 1963, 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época 6ª, Volumen LXXVI, página 22, Instancia Tercera Sala.

Ahora, en la siguiente interpretación Judicial es notoria la amplitud de la explicación del Tribunal Federal, es prudente que le veamos a continuación.

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACION. INTERPRETACION Y ALCANCES DEL ARTICULO 252 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES QUE LA DEFINE. El artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles indica que: "La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otros que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio". Una recta interpretación de este dispositivo permite establecer los siguientes principios: a). Que en las asociaciones en participación no hay fondo ni tampoco actividades comunes; el asociante obra en nombre propio y nunca en representación de los asociados; y b). No hay relación jurídica entre los terceros y los asociados, toda vez que de conformidad con lo establecido por el diverso numeral 254 de la propia ley, la asociación en participación carece de personalidad jurídica y de razón social o denominación.....⁵⁹

Tanto ésta, como la anterior tesis nos explican que la Asociación en Participación carece de personalidad jurídica propia, (tema que trataremos a detalle posteriormente en la presente tesis) debido a eso no puede tener razón social o denominación y que por ende no tiene relación con terceros, sin embargo, es evidente que los tribunales federales han ignorado lo establecido por el Código Fiscal. Porque esta claro que la Ley General dice una cosa y el Código mencionado manifiesta otra distinta, y por ende, las leyes que de él dependen o que se relacionan directamente, contradiciendo rotundamente hasta a los Tribunales Federales.

Para la personalidad, la doctrina dominante distingue dos categorías de personas, unas reales, que somos los seres vivos; otras ficticias, que sólo tienen existencia imaginaria. Lo que caracteriza a las personas es que tienen un nombre, que sirve para distinguir unas de otras, un estado jurídico, que se compone por dos capacidades, la que se adquiere por nacimiento y que se pierde con la muerte y la de ejercicio, las que pueden probar esta última capacidad pueden tener un patrimonio y un domicilio propios y pueden hacer, comprometerse jurídicamente y decidir por ellos mismos sobre su persona.

⁵⁹ SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 335/94. Sonia Katia Rodríguez Campos. 31 de agosto de 1994. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo: XIV-Noviembre. Tesis: III, 2o. C. 420 C. Página: 415. Octava Época

CAPÍTULO III

CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

3.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Las sociedades mercantiles, necesitan para existir cubrir diversos requisitos o como les llama la doctrina, elementos, los muy generales son.

Elementos Personales. Estos van a radicar directamente en los socios y en la sociedad; su personalidad, su capacidad, a los primeros, se les van a requerir su nombre, su nacionalidad y su domicilio. La sociedad va a necesitar primeramente de una Razón Social o Denominación, se le va a otorgar un domicilio social, finalmente se va a señalar el objeto o fin de la sociedad, para qué fue creada, inmerso a ello va la duración de la misma.

Elementos Reales. Estos elementos los conforman el Patrimonio y el Capital, en sus diversas modalidades.

Elementos Fundacionales. Estos son aquellos que se le requieren para un óptimo desempeño de sus funciones, vienen siendo los llamados estatutos sociales, los cuales a su vez se van a dividir en otros específicos.

En fin, los elementos van a ser diversos tanto lo sean las sociedad mercantil que se pretende crear. Pero siempre serán los principales los que diremos a detalle a continuación.

3.2 ESTATUTOS GENERALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

*"Etimológicamente viene del latín statuere. El término "estatuto" hace referencia a la condición de norma de aplicación de las leyes..."*⁶⁰

Los estatutos, propiamente nos dice la doctrina, que son aquellos criterios o estipulaciones que van a regir la creación de organismos y funciones para lograr la existencia de las sociedades mercantiles, estas reglas deben disponer, además, las estipulaciones relacionadas con la disolución, órganos de liquidación y la forma de liquidación de la sociedad que se desea crear.

Del mismo modo que se pretende crear una sociedad, los estatutos deben existir, a grado tal que para existir dicha sociedad, es necesario tener estatutos que van a regir la creación, el comportamiento y su forma de terminación, al omitirse estos estatutos, nuestro derecho prevé que se aplicarán de manera supletoria lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Es entonces que para cada tipo de sociedad mercantil existen estatutos que van a regir lo ya mencionado, para ello van a sufrir ciertas transformaciones para ajustar al tipo específico que se pretende formar y que se requiera, sin embargo, las alteraciones sufridas son relativas, porque es necesario para todas las sociedades tener ciertos estatutos que son inherentes a la creación de las sociedades mercantiles, que es imposible no tenerlos si es que se pretende la creación de una sociedad mercantil como tal.

Estos obedecen al siguiente orden:

Organización. Estos determinados estatutos van a ser aquellos que se encargan de ordenar a los órganos sociales, por ejemplo las asambleas ordinarias, extraordinarias, los consejos de administradores, a los interventores, los órganos de vigilancia, los comisarios y por último a los liquidadores. De la forma específica para los tipos sociales la establece la Ley correspondiente, en lo que respecta, por ejemplo, a las asambleas de accionistas, como en la anónima, o en las que no son necesarias, como en la comandita simple.

Funcionamiento. Estos estatutos se van a encargar propiamente de la utilización de las facultades y alcances de los órganos sociales creados, aquí los socios tienden a ser minuciosos, ya que se trata de asignar las facultades a los órganos como el de administración, sin embargo, como dijimos con antelación, hay ciertos estatutos que no es posible cambiar, y que manifiesta la ley.

⁶⁰ Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales, Vol. II; Edit. Planeta Agostini; 1987; pp. 825

Disolución. Para empezar no son lo mismo que las causas de disolución, sino que son las que contemplan la culminación natural de sus operaciones. La doctrina no especifica lo suficiente, pero se entiende que es acerca de un acto normal que tiene toda sociedad al cesar sus actividades.

Liquidación. Por último encontramos este tipo de estatuto, que no es otra cosa más que la facultad que merecen los socios de en un principio estipular acerca de las actividades encaminadas a la forma y modo de la liquidación de la sociedad en cuestión, sin que ello implique oponerse a los derechos naturales de los socios y de los que en su momento sean acreedores. Como lo indica el artículo siguiente de la Ley de Sociedades.

ARTICULO 6.- La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

- I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;
- II.- El objeto de la sociedad;
- III.- Su razón social o denominación;
- IV.- Su duración;
- V.- El importe del capital social;
- VI.- La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización. Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije;
- VII.- El domicilio de la sociedad;
- VIII.- La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;
- IX.- El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;
- X.- La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;
- XI.- El importe del fondo de reserva;
- XII.- Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y
- XIII.- Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma.

3.3 PERSONALIDAD Y CAPACIDAD.

Personalidad.

Deviene de *personas* que son los seres capaces de tener derechos y obligaciones. La palabra persona es una metáfora tomada por los antiguos del lenguaje teatral. Persona designaba, en latín, la máscara que cubría la cara del actor, y que tenía una apertura provista de láminas metálicas, destinada a aumentar la voz; por lo tanto, la palabra persona se deriva de la misma raíz que "*personare*". Como había tipos invariables para cada papel, se adivinaba el personaje, viendo la máscara. En estas condiciones persona desarrollaba lo que llamamos un papel.

JOSÉ DE BENITO en su libro de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles nos dice que las personas jurídicas son seres ficticios, que son creados de manera artificial por el Derecho positivo, esto es, según lo explica, proviene de la idea natural de que la persona coincide con la del individuo, este razonamiento proviene de la legislación y la jurisprudencia italiana, donde surge la inquietud de diferenciar la personalidad jurídica de los individuos y de las sociedades de estos. "*No es necesario decir que la sola reunión de individuos no constituye la persona jurídica o social; para que ésta surja son precisas ciertas condiciones: la pluralidad de individuos, la cooperación, la organización, la capacidad patrimonial exclusiva y la finalidad social.*"⁶¹ Explica José de Benito que la pluralidad de los individuos, es en sí la estructura donde parte la diferencia entre las personas físicas o llamadas individuales y las que son colectivas o sociedades. Seguidamente por la cooperación de los individuos que se unen precisamente para organizarse, teniendo un patrimonio aportado exclusivamente a la sociedad por parte de los individuos que la conforman para lograr un fin en común. Según de Benito, al reunir las cinco condiciones, formará estado de derecho y puede hacer valer su personalidad jurídica propia o social.

Diversos tratadistas opinan que la diferencia fundamental entre personas físicas y personas sociales, radica en que las sociedades "tienen una vida común para realizar un determinado fin", mientras que los individuos tenemos una "finalidad social", es decir, una finalidad religiosa, familiar, política, económica, etc. La personalidad jurídica es una condición humana que dependiendo de las capacidades que tenga; como la de goce (que se obtiene desde el nacimiento y en algunos casos se contempla desde la concepción hasta la muerte) y la de ejercicio (la capacidad para ejercer derechos y adquirir obligaciones) misma que a una persona le otorga y reconoce el derecho siempre que cumpla con las dos capacidades, (en el caso de las personas morales, se entiende que únicamente puede obtener la capacidad de ejercicio otorgándole derechos (como tener un patrimonio y un domicilio propios) y obligaciones (como el contribuir con el Estado) y la posibilidad de ejercerlos por sí misma.

⁶¹ BENITO, José de; "La Personalidad Jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles"; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid, 1923; Pp. 42 y 43.

En nuestro derecho societario la personalidad jurídica de las sociedades a las mismas sociedades mercantiles la otorga la Ley correspondiente en su artículo segundo:

ARTÍCULO 2.- Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio.

Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales, frente a terceros consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.

Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo, y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate.

Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados.

Los socios no culpables de la irregularidad, podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a los que actuaren como representantes o mandatarios de la sociedad irregular.

En el anterior precepto legal, encontramos que la ley además de reconocer la personalidad jurídica a la sociedad, también indica que dicha personalidad es propia, es decir, que es independiente a la de los socios.

Algo de resaltar es que la propia ley le otorga personalidad jurídica a sociedades que carezcan de una escritura pública, pero que se ostenten como tales ante terceros, es decir, que basta con solo hacerse llamar sociedad mercantil, cualesquiera que esta sea, para que se le considere como tal, un cuestionamiento que surge de eso es, entonces que no tiene caso formalizar ante notario, si de todas formas la ley otorga la personalidad automáticamente al caer en ese supuesto, reunirse para llevar a cabo negocios mercantiles.

Sin embargo, se piensa lógicamente en que una de las principales características del contrato social es que con el acto jurídico que se lleva a cabo, los socios pretenden la creación de una nueva persona social, la sociedad y además esta por ley tendrá su personalidad jurídica de manera independiente de la que le corresponde a cada uno de los socios, es decir que se crea una persona jurídica nueva que podrá tener relaciones del mismo modo con terceros, como frente a los mismos socios que le dieron vida.

Capacidad.

"Este término designa la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida. La capacidad, concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. En realidad, la noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio."⁶²

El maestro BONNECASE, nos hace una excelsa diferencia entre los tipos de capacidades, comenzaremos con la de goce:

"La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma para beneficiarse con las ventajas o portar las cargas inherentes a dicha situación o relación... Es la aptitud de ser titular de un derecho."⁶³

Ahora bien, la capacidad de ejercicio, como dice el maestro JULIEN *"se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma... La capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma."⁶⁴*

Una vez dicho esto, concluiremos que la capacidad se va a dividir no solo como la de goce y ejercicio, sino como aquella facultad que tiene una persona para adquirir y gozar derechos y como la posibilidad para ejercitar esos mismos.

La división de la capacidad, se da en la medida de que la de goce es natural a todas las personas, ya sean físicas o morales, por el simple y sencillo hecho de que son personas, mientras que la de ejercicio solo es dada por la ley a ciertas personas físicas en razón de su edad y discernimiento para decidir de sus derechos y asumir algún tipo de obligación.

Son hábiles para ser parte de un contrato asociativo o de sociedad mercantil aquellas personas que por sí mismas o por un representante pueden contratar pero que no sean excluidas por la ley como lo son:

⁶² BONNECASE, Julien; "Tratado Elemental de Derecho Civil"; Biblioteca Clásicos del Derecho; Vol. 1; Edit. Oxford; 1999. Pp. 164.

⁶³ BONNECASE, Julien; Op. Cit. Pp. 165.

⁶⁴ IDEM.

- ✓ Menores de edad;
- ✓ Mayores de edad en estado de interdicción;
- ✓ Sordomudos analfabetas;
- ✓ Ebrios habituales o alcohólicos;
- ✓ Adictos a drogas enervantes;
- ✓ Personas físicas o morales de nacionalidad extranjera impedidos por el artículo 6 de la Ley de Inversión Extranjera; y
- ✓ Personas morales mexicanas a las que la ley les prohíbe hacer sociedad.

Como el Código de Comercio lo indica además tampoco podrán ejercer actividades comerciales o mercantiles:

ARTÍCULO 12.- No pueden ejercer el comercio:

I.- Los corredores;

II.- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III.- Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

Existe además un impedimento que decidimos retomar aparte de los otros por su singular característica, es la limitante para los casados, ya que necesitan permiso para llevar a cabo sus actividades si en ellas esta inmerso algún bien de la sociedad conyugal, como lo explican el artículo siguiente del Código de Comercio.

ARTÍCULO 9.- Tanto el hombre como la mujer casados comerciantes, pueden hipotecar sus bienes raíces para seguridad de sus obligaciones mercantiles y comparecer en juicio sin necesidad de licencia del otro cónyuge, cuando el matrimonio se rija por el régimen de separación de bienes.

En el régimen Social Conyugal, ni el hombre ni la mujer comerciantes, podrán hipotecar ni gravar los bienes de la sociedad, ni los suyos propios cuyos frutos o productos correspondan a la sociedad, sin licencia del otro cónyuge.

Entendamos que la capacidad además de ser la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, en materia mercantil esta capacidad esta limitada o condicionada por el fin de la sociedad, esto significa que solo puede tener derechos y obligaciones que estén contenidas dentro de su objeto social.

3.4 SUJETOS Y OBJETO.

Sujetos.

Según nuestro Código de Comercio, como ya lo vimos con antelación, los sujetos que van a intervenir en el comercio, son:

ARTÍCULO 3.- Se reputan en derecho comerciantes:

I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria:

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;

III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

De ahí recordemos que las sociedades mercantiles son personas con personalidad jurídica propia o independiente de la de los socios que le dieron vida. Eso ya lo vimos, es entonces que, los socios, son personas que van a intervenir directamente, no hay otros sujetos que crean a la sociedad mercantil sino los mismos socios.

Es entonces que estos "socios" tienen que cumplir con los ordenamientos dispuestos para poder comerciar y encaminados a la creación de las Sociedades Mercantiles, pero como lo dice ese precepto, tienen que ser con arreglo a las leyes mercantiles o a las que prevéan su creación, funcionamiento, fin, objeto, terminación, etc.

Socio, proviene del latín *socius*, que significa *persona asociada con otra u otras para algún fin; o individuo de una sociedad o agrupación de individuos.*⁶⁵

⁶⁵ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado; Tomo XI: Edjt. Selecciones del Reader's Digest; 1979; Pp. 3547

Estos socios, van a dividirse para fines prácticos en dos: Socio Capitalista y Socio Industrial.

El primero, el socio Capitalista se refiere a aquel o aquellos que aportan a la sociedad un monto o capital que va a servir para su creación, exponiendo ese capital a los beneficios y a las pérdidas, al cual en conjunto, se le llamará capital social.

El socio Industrial no va a aportar capital, sino más bien, va a hacer una aportación de actividad al servicio de la propia sociedad, puede ser profesional, o de cualquier otra índole, excepto capitalista.

De cualquier modo, los socios ya sean capitalistas o industriales, pueden ser entre sí, personas físicas con personas morales y viceversa, o ser personas morales con morales o físicas con físicas.

Independientemente de lo anterior el grado de intervención o de Responsabilidad lo van a determinar los mismos socios a raíz de la naturaleza de la sociedad y hasta donde les permita la clase de sociedad mercantil que van a crear, así como lo estipulado por las leyes correspondientes.

Objeto.

El objeto o fin de las Sociedades Mercantiles, es entendido fundamentalmente de tres maneras:

- a) El objeto de la obligación, el cual se basa en que el que se obliga tiene que dar, puede consistir en una acción u omisión o en un bien mueble o inmueble. Como lo explica el artículo 1824, el objeto del contrato del Código Civil del Distrito Federal vigente.
- b) El objeto de utilidad del contrato, que no es otra cosa más que la función del contrato, la cual radica en crear o transmitir derechos y obligaciones; y.
- c) El objeto social, que se entiende cómo la totalidad de los negocios y operaciones que establecen las actividades características de las sociedades mercantiles.

Este último, consiste en ser el vínculo o medio que utilizan los comerciantes del que se valen para poder lograr el lucro. Pero propiamente el conjunto de hechos, de negocios y de operaciones necesarias las va a realizar la sociedad, no los socios, es la sociedad la que va a ayudar a estos últimos a alcanzar los fines que se proponen alcanzar.

Es entonces que adquiere gran importancia el objeto de la sociedad, ya que de no alcanzarse este, de no completarlo, o de no poder lograrlo, la sociedad puede disolverse. Pero desde luego, que el objeto propiamente debe ser lícito y posible.

El fin u objeto social también tiene el papel de establecer la medida de la potencialidad de las personas morales, ya que estas tienen la potestad de ejercer los derechos que consideren pertinentes, desde luego no contraviniendo a la ley ni a las buenas costumbres, para lograr alcanzar el objeto por el cual fue creada la sociedad.

Para finalizar entendemos que las sociedades mercantiles son comerciantes especializados en una actividad determinada. Los socios con ayuda de la ley, van a determinar los límites de la capacidad jurídica de la persona moral, su marco legal de acción, o la esfera de sus capacidades generales y limitantes.

El objeto social se relaciona con las actividades o actos a los cuales la sociedad se va a dedicar.

Es un requisito indispensable de las sociedades mercantiles, es entonces que tendrán que plasmarlo en la escritura constitutiva de la cual emana dicha sociedad, según lo dispuesto por el artículo 6, fracción II de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Son requisitos formales de las Sociedades Mercantiles.

ARTÍCULO 6.- La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

I.- ...

II.- El objeto de la sociedad:

3.5 DENOMINACIÓN Y RAZÓN SOCIAL.

Denominación.

Tanto la denominación como la razón social, van a ser nombres que van a servir para identificar a las sociedades entre sí, en este caso la denominación, va a servir para diferenciar una sociedad sobre otras dedicadas al mismo ramo, pueden adoptar el nombre con respecto de su objeto social, o a lo que se va a dedicar la compañía, o simplemente con expresiones de fantasía o ficticio, con la limitante del tope de imaginación de sus fundadores, es decir de los socios que le crearon.

Independientemente de la denominación que escojan, deberá esta estar seguida del tipo de sociedad de que se trate, o bien, de su correspondiente abreviatura.

De ahí se van a determinar los grados de responsabilidad a los cuales se van a someter los socios, proviniendo desde luego de la Ley de Sociedades y de la propia decisión de los socios.

ARTICULO 6.- La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

I.- ...

II.- ...

III.- Su razón social o denominación:

Razón Social.

La Razón Social, sirve para la identificación de la sociedad que se crea por los socios, como lo dijimos anteriormente. Este particular nombre se forma a través de usar menciones personales como los nombres completos, o con los apellidos de uno, varios o todos los socios.

En el caso en que en ella no figuren todos los nombres, se añadirán las palabras y compañía, u otras equivalentes, como la palabra sucesores; esta, en el caso en que se retire de la sociedad uno de los socios o el socio que aparece su nombre, por algún motivo y que los demás socios consideren que deba seguir existiendo esa sociedad.

El uso de la razón social es obligatorio para la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita simple y optativo para la sociedad de responsabilidad limitada y para la sociedad en comandita por acciones.

3.6 PATRIMONIO Y CAPITAL SOCIAL.

Patrimonio.

Comencemos por definir lo que es patrimonio, para la doctrina, el patrimonio es:

*"Conjunto de derechos y de obligaciones pertenecientes a una persona, estimables en dinero. Si se quiere expresar su valor con una cifra es necesario sustraer el pasivo del activo, conforme al proverbio bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno."*⁶⁶

Desde luego estamos en el dicho de que el patrimonio es una característica de la personalidad, se entiende que:

Únicamente las personas pueden tener patrimonio, es decir, los entes dotados de la capacidad de ser sujetos activo y pasivos de derechos, solo las personas jurídicas pueden tener bienes, obtener créditos, obligaciones, etc.

Por otro lado, todas las personas tienen un patrimonio aún poseyendo muy pocas cosas, pero el patrimonio no significa riqueza monetaria, un patrimonio no encierra necesariamente un valor positivo, puede ser una bolsa vacía, o tener solamente deudas. De ahí que cada persona no tiene más que un patrimonio, es decir que es uno solo, como todos nosotros, somos uno, los bienes y todas las obligaciones forman una masa única.

⁶⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Geroges: "Derecho Civil"; Biblioteca Clásicos del Derecho: vol. 8; Oxford, 1999. Pp. 354

Por último, entendemos que el patrimonio es inseparable de la persona, mientras esta tenga vida, su patrimonio considerado como un todo no es sino la consecuencia de su propia personalidad y siempre permanece unido a ella.

Como vimos, se considera que el patrimonio está formado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a una persona. Pero por otra parte, está claro que las obligaciones, aunque tengan contenido patrimonial, la doctrina no las considera propiamente como patrimonio, a menos que se trate de un patrimonio de una sociedad, entendiendo que las obligaciones son el elemento pasivo.

En el entendido de que el patrimonio de una sociedad es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de los que es titular una sociedad mercantil, esta se clasifica en los siguientes grupos:

Patrimonio Activo: Este se refiere a los bienes y derechos de una sociedad y que puede ser aportados al momento de la constitución de la sociedad mercantil, o bien en un aumento de capital, en un aumento del haber social o con las ganancias obtenidas por la sociedad.

Patrimonio Pasivo: El patrimonio pasivo de una sociedad está constituido por las obligaciones de la misma y éstas se pueden adquirir desde el momento de la creación de la sociedad mercantil y consisten en deudas, en pérdidas y en obligaciones de dar o de hacer.

Por tal motivo, parece ser más correcto hablar de patrimonio neto, entendiendo a este como el conjunto de bienes y derechos que pertenecen a una persona o sociedad mercantil, en cuya suma se ha restado el importe total de sus obligaciones y deudas.

De cualquier modo, el patrimonio, los bienes y las obligaciones contenidas en éste, van a formar una Universalidad de derecho, dicha universalidad va a constituir una entidad abstracta o figurativa, distinta de los bienes y de las obligaciones que la componen.

Es por eso que puede cambiar, disminuir, desaparecer enteramente, pero, no el patrimonio que queda siempre durante toda la vida de la persona, como decíamos anteriormente, una persona no puede quedarse sin patrimonio, es imposible que esto suceda.

Independientemente de todo el concepto de patrimonio tampoco es debido confundirlo con el de capital social. Porque el patrimonio se integra con la suma de la totalidad de los bienes y derechos que pertenecen a la sociedad, incluido el capital social. Pero lo veremos a continuación a detalle.

Capital Social.

Se le llama capital social a la suma de los valores de aportaciones de los socios en el momento de la constitución de la sociedad.

Más específicamente, el capital social viene a ser el importe de la suma de las aportaciones, tanto en dinero como en otros bienes, que se obligan los socios en la constitución de la sociedad. Esto es de tal importancia que es necesario señalar el importe del capital social al constituir una sociedad, porque inclusive en algunas clases de sociedades es obligatorio cierta cantidad o importe mínima como capital fundacional.

Existen para fines prácticos diversos tipos de capital social. Esto no es que sean diversos capitales, solo que el capital social va a adoptar diversos modos según las funciones que éste desempeñe y en los momentos que se aplica.

Diversos tratadistas nos manifiestan la existencia de estos capitales: capital suscrito, capital fundacional, capital exhibido, capital mínimo fijo, capital variable y capital autorizado.

Capital Suscrito. Es el resultado del monto de las aportaciones que los socios se comprometieron a aportar a la sociedad para su constitución.

Capital Fundacional. Es propiamente el monto que establece la ley como mínimo para la constitución de ciertas sociedades mercantiles como son la anónima, la de responsabilidad limitada, o la comandita por acciones.

Capital Exhibido. Es el monto total de las aportaciones realizadas por los socios de manera real. Un ejemplo que da la doctrina es el de la sociedad anónima que debe exigir para su constitución al menos el 20% de cada acción pagadera en efectivo o del 100% de cada acción que haya de pagarse, o como en la de responsabilidad limitada teniendo que hacerse por lo menos del 50% del valor de cada parte social.

Capital Mínimo Fijo. Es el monto mínimo que debe permanecer al capital social y del que los socios no pueden disponer de él, como por ejemplo, para la sociedad en comandita simple y la colectiva es la quinta parte del capital fundacional, o de cincuenta mil pesos para la sociedad anónima y comandita por acciones.

Capital Variable. Son los recursos que pueden sustraer o aportar los socios al capital social, como propiamente lo indica el precepto de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

ARTÍCULO 213. En las sociedades de capital variable el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo.

Capital Autorizado. Es aquel capital máximo que las sociedades de capital fijo que pueden emitir acciones pueden utilizar o disponer de él.

3.7 DOMICILIO.

El domicilio es otra característica de las personas jurídicas, por ello primeramente entenderemos lo que significa domicilio para una persona física, ya que de eso depende de la definición que obtengamos para las personas morales o sociedades, ya que sería una evolución natural del concepto.

El domicilio es el lugar donde habita una persona; y tiene su morada, la casa donde habita, sin embargo, cuando una persona reparte su tiempo en diversas residencias, surge recapitular el concepto de domicilio, tomando algunos tratadistas a este como el lugar donde una persona ha establecido el asiento principal de su morada y negocios o donde tiene su principal establecimiento.

Según el maestro Joaquín Rodríguez, el domicilio *"es el lugar geográfico en que se supone que reside la sociedad para todos los efectos legales"*⁶⁷

Mucho se habla de la palabra residencia, no solo en la doctrina sino en nuestra legislación; entonces entendamos a la residencia como, aquel lugar donde una persona fija temporalmente su habitación. En otras palabras, es todo lugar donde la persona se encuentra de manera un tanto prolongada; es entonces que ahí se convierte para ella en residencia, a pesar de que su domicilio permanezca fijo en otro lugar. Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, contempla y explica lo anterior como sigue.

⁶⁷ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín, Op. Cit. Pp. 50

ARTICULO 29.- El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

Para los efectos legales pertinentes y que se llegasen a dar, el mismo Código prevé la definición del domicilio legal de la siguiente manera.

ARTICULO 30.- El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

Es entonces que siguiendo ese orden de ideas, el citado Código establece lo que se considera un domicilio legal en diversos aspectos y para diferentes tipos de personas o de diversa capacidad jurídica.

ARTICULO 31.- Se reputa domicilio legal:

I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

II.- Del menor de edad que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

III.- En el caso de menores o incapaces abandonados, el que resulte conforme a las circunstancias previstas en el artículo 29;

IV.- De los cónyuges, aquél en el cual éstos vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio en la forma prevista en el artículo 29;

V.- De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados;

VI.- De los servidores públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses;

VII.- (DEROGADA, G.O. 25 DE MAYO DE 2000)

VIII.- (DEROGADA, G.O. 25 DE MAYO DE 2000)

IX.- De los sentenciados a sufrir una pena privativa de la libertad por más de seis meses, el lugar en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido.

Para las personas morales y consecuentemente para las sociedades mercantiles, el domicilio, comprenderá como indica el Código Civil mencionado.

ARTICULO 33.- Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración.

La importancia del domicilio no solo es el que debe establecerse en la escritura constitutiva de la sociedad a construirse, como lo indica el artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

ARTICULO 6.- La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad...

O lo que para nuestro Código Fiscal vigente, se entiende domicilio, para personas físicas y morales, según el artículo siguiente.

ARTÍCULO 10.- Se considera domicilio fiscal:

I. Tratándose de personas físicas:

- a) Cuando realizan actividades empresariales, el local en que se encuentre el principal asiento de sus negocios.
- b) Cuando no realicen las actividades señaladas en el inciso anterior y presten servicios personales independientes, el local que utilicen para el desempeño de sus actividades.
- c) En los demás casos, el lugar donde tengan el asiento principal de sus actividades.

II. En el caso de personas morales:

- a) Cuando sean residentes en el país, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio.
- b) Si se trata de establecimientos de personas morales residentes en el extranjero, dicho establecimiento; en el caso de varios establecimientos, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio en el país, o en su defecto el que designen...

Sino que la importancia radica como lo deducimos, en que tiene relevancia y efectos en materia fiscal, en materia mercantil y en materia judicial, como por ejemplo, para notificaciones judiciales.

En ese orden de ideas, hablaremos brevemente de la nacionalidad, que es un tipo de domicilio y uno de los demás requisitos de las sociedades mercantiles.

La nacionalidad, entonces, es la condición y carácter peculiar de los pueblos e individuos unidos por vínculos especiales de homogeneidad geográfica, cultural y de costumbres. Para nuestro derecho societario le va a servir para poder determinar la aplicación de las disposiciones legales en general para las sociedades nacionales y los que respecta a las extranjeras, según lo dispuesto por los artículos 17 y 17 A de la Ley de Inversión Extranjera que nos remiten al cumplimiento de diversos preceptos, como obtener permisos, además de lo dispuesto por los artículos 250 y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

ARTÍCULO 250.- Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República.

ARTÍCULO 251.- Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro. La inscripción sólo se efectuará previa autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, en los términos de los artículos 17 y 17 A de la Ley de Inversión Extranjera.

- I.- Comprobar que se han constituido de acuerdo con las leyes del Estado del que sean nacionales, para lo cual se exhibirá copia auténtica del contrato social y demás documentos relativos a su constitución y un certificado de estar constituidas y autorizadas conforme a las leyes, expedido por el representante diplomático o consular que en dicho Estado tenga la República.
- II.- Que el contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos por las leyes mexicanas.

III.- Que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal.

Las sociedades extranjeras estarán obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación visado por un Contador Público titulado.

Por su parte nuestra Ley de Nacionalidad vigente, contempla lo siguiente:

ARTÍCULO 8.- Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.

ARTÍCULO 9.- Las personas físicas y morales extranjeras deberán cumplir con lo señalado por el artículo 27 constitucional.

El precepto 27 de nuestra carta magna que invoca el artículo anterior dice en su fracción I menciona:

I.- Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

De cualquier forma las sociedades extranjeras no están impedidas a unirse a unas nacionales, por el simple hecho de ser extranjeras, los requisitos que se les piden es únicamente para garantizar la soberanía de nuestro país.

3.8 FORMAS DE TERMINACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

La sociedad mercantil es un contrato que, unido a ciertos requisitos, da vida a una persona jurídica, a una "sociedad mercantil". La persona jurídica, de modo semejante a la física, tiene un periodo de vida, el cual demarcan dos acontecimientos relevantes, el nacimiento o creación y la muerte o terminación. Y aunque tal vez la palabra "muerte" no es muy adecuada para las personas morales, algo sí es lógico y es que ninguna de las personas ya sean físicas o morales van a durar eternamente.

Especialmente al tratarse de sociedades mercantiles, como estas no son sino un instrumento de los socios para lograr alcanzar ciertos fines preponderantemente económicos, pero es lógico que llevar a cabo esos fines no siempre es posible, frecuentemente se tiene la imposibilidad de realizarlos o simplemente la voluntad de los socios dan lugar a la terminación de su existencia.

Y debido a que las sociedades mercantiles en general es centro de diversas relaciones jurídicas que le conciernen a ella misma, a sus socios, a los terceros que tienen relaciones con ella, (deudores y acreedores), así como con los trabajadores de la empresa, es por eso que es necesario que el poner fin a la existencia jurídica tenga lugar con observancia de las normas jurídicas que deberán de encaminar el modo en el que esto se lleve a cabo.

Tal como la muerte de una persona física sucede, la persona jurídica moral tiene una vida que no es biológica sino supuesta, creada no por la naturaleza sino por el derecho, y por ello el momento en que esa vida concluye no escapa de la voluntad de las personas físicas sino que se sujeta enteramente a las leyes y de los actos jurídicos.

Otra diferencia entre la terminación de la vida entre las personas físicas y morales es que en las personas físicas puede darse repentinamente, las relaciones jurídicas de contenido patrimonial pueden llegar a quedar pendientes o sin resolver, como deudas no pagadas, créditos no recibidos, etc.

En cambio, cuando queda terminada la personalidad jurídica moral, esta puede ser decidida por la voluntad de los socios, y a diferencia de lo anterior, se procura que la extinción de esta persona jurídica se termine sin dejar cabos sueltos con relación a las relaciones jurídicas que tenga o haya tenido la sociedad.

Existen diversas formas en las cuales es posible determinar que ha sido dada por terminada la sociedad mercantil. Además de lo ya dicho tenemos las siguientes.

3.8.1 DE LA FUSIÓN.

La fusión está relacionada estrechamente con el significado de unión, en este caso es de dos o más sociedades mercantiles con la finalidad de constituir una nueva o bien para absorber una a otra. Se dice que la fusión es la disolución donde no hay liquidación, el maestro ACOSTA ROMERO nos brinda un concepto de fusión. *"Consiste en la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetren recíprocamente para que una organización jurídicamente unitaria, sustituya a una pluralidad de organizaciones"*⁶⁸

Diversas doctrinas y las legislaciones extranjeras reconocen dos clases de fusión, nombradas de diversas formas según el país que se trate, en el nuestro se manejan según doctrinas europeas, llamándole a la división de la fusión de dos maneras, la fusión pura y la absorción, la primera se le conoce al proceso de integración de sociedades, mientras que la segunda es para el proceso de incorporación de unas sociedades a otra u otras.

La fusión por Integración se caracteriza porque prevé primeramente una posible creación de una sociedad fusionante, donde será a la que se le transmitirá la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas, se habla de una transmisión o traslado del patrimonio social, ya que no es posible que con la sola fusión baste para que se extingan las sociedades fusionadas y se forme una nueva sociedad, para la cual no ha habido estipulaciones de los socios en lo que concierne al tipo social, a la razón o denominación social, al objeto, al capital social, a los estatutos sociales, etc. es decir, lo esencial para constituir cualquier sociedad.

La fusión por Incorporación o por absorción existe cuando una sociedad incorpora y absorbe a otra u otras sociedades que se disuelven. Este proceso es la forma más clásica de la fusión, donde regularmente una empresa crece absorbiendo a las más chicas de su entorno de actividades; esta sociedad fusionante o absorbente se apropia de la totalidad de los derechos y obligaciones de las fusionadas.

Esta forma de unión va a prever que la sociedad que ya exista previamente a la fusión, es la cual fungirá como la fusionante, a la cual las sociedades que se extinguen con la operación, las fusionadas, transmiten la totalidad de sus derechos y obligaciones, es decir, de su patrimonio. La fusión en este sistema de incorporación es a la que usualmente se recurre en las operaciones de fusión.

⁶⁸ ACOSTA Romero, Miguel: Op. Cit. Pp. 445.

En España existe otra alternativa de fusión, nacida de la fusión por incorporación, consiste en la absorción de la sociedad que íntegramente participa, o bien se le conoce como fusión abreviada, esta se da en el momento de absorber una sociedad a otra de la que la primera era titular del total de sus acciones o partes sociales.

Podríamos considerar esto como un absurdo, pero existe inclusive en nuestro derecho societario, sin embargo, como es una variante de la fusión por incorporación se toma como tal, no como una nueva forma de fusión.

En otro orden de ideas, encontramos que las principales diferencias entre las modalidades de fusión son las siguientes:

a) En la fusión por incorporación subsiste una de las sociedades participantes de dicha operación, la sociedad absorbente. Mientras que en la fusión por integración se extinguen todas para crear una nueva.

b) En la fusión por incorporación los patrimonios de todas las sociedades se agrupan en la titularidad de una sociedad que ya existía, la sociedad absorbente. En la fusión por integración los patrimonios de todas las sociedades participantes se transmiten a una sociedad que se crea para ello en el propio proceso de fusión.

c) En el caso de las sociedades que manejen acciones, en la fusión por absorción los socios de ésta no ven alterada su titularidad accionaria, es decir, no pierden ni adquieren acciones. En la fusión por integración todos los socios sustituyen sus acciones o participaciones originales por otras representativas del capital de la sociedad absorbente.

Debe existir un acuerdo de fusión el cual consiste en una serie de acuerdos de cada sociedad que participa en la operación, donde deben expresar la decisión de celebrar la fusión además de la forma en la que se llevará a cabo dicha fusión, así como la situación patrimonial de las sociedades y el total valor de los derechos de los socios de las sociedades que desaparecen.

Es menester establecer que el acuerdo de fusión debe ser otorgado por cada sociedad, por asamblea general extraordinaria de los accionistas y los propietarios de las partes sociales, debido a que la fusión implica la modificación de los estatutos sociales, para llevarse a cabo la fusión deberán atenderse las disposiciones relativas al tipo correspondiente de cada una de las sociedades.

Al tratarse de las Sociedades Anónimas y por ende la Comandita por Acciones el acuerdo de fusión deberá hacerse en asamblea extraordinaria como lo establece el precepto siguiente de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

ARTÍCULO 182.- Son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:...

...VII.- Fusión con otra sociedad:

La desaparición del titular del patrimonio tiene lugar no en el momento en que se acuerda la fusión, sino hasta el momento en que la fusión se efectúa, como lo indica el numeral 224 de la ley anteriormente citada.

ARTÍCULO 224.- 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 fusionen, 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 irrefundada. Transcurrido el plazo señalado sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.

Dicha fusión debe inscribirse en el Registro Público de Comercio y de ahí toma el plazo mencionado en el artículo mencionado con antelación. Así lo planea la Ley General de la materia Mercantil.

ARTÍCULO 223.- Los acuerdos sobre fusión se inscribirán en el Registro Público de Comercio y se publicarán en el Periódico Oficial del domicilio de las sociedades que hayan de fusionarse. Cada sociedad deberá publicar su último balance, y aquella o aquellas que dejen de existir, deberá publicar además, el sistema establecido para la extinción de su pasivo.

Finalmente, encontramos que la excepción a estos preceptos se da cuando se cubren tres supuestos:

- a) Al pactarse el pago de todas las deudas existentes de las sociedades que pretenden la fusión;
- b) Al constituirse un depósito del importe de deuda en alguna institución de crédito; y
- c) Si existe el consentimiento de la totalidad de los acreedores para realizarla.

3.8.2 DE LA TRANSFORMACIÓN.

Proviene del latín *"transformare que quiere decir 1. Hacer cambiar de forma a una persona o cosa. 2. Transmutar una cosa en otra. 3. Hacer mudar de porte o de costumbres a una persona."*⁶⁹

Entonces es posible establecer que la transformación es cambiar o modificar la estructura de una cosa, el cambio estructural de las sociedades mercantiles puede abarcar diversos aspectos que trataremos enseguida.

Para JOAQUÍN RODRÍGUEZ, *"la transformación de sociedades es el fenómeno jurídico del cambio de forma de una sociedad mercantil, es decir, la sociedad deja la forma que tiene para recibir cualquiera otra de las reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles."*⁷⁰

SÁNCHEZ CALERO opina que *"se entiende por transformación de una sociedad el cambio de su tipo social a otro reconocido por la Ley. La transformación constituye una modificación esencial de la estructura social, ya que lleva consigo un cambio de su organización."*⁷¹

El maestro MANTILLA MOLINA expresa que *"Mediante la modificación de su escritura constitutiva, una sociedad puede adoptar un tipo diverso del que originalmente tenía, o establecer la variabilidad de su capital (art. 227). Una modificación de esta clase se denomina transformación."*⁷²

Por su parte JOAQUÍN GARRIGUES declara que *"la transformación consiste en el cambio experimentado por una compañía que pasa de un tipo de sociedad a otro distinto del que tenía, conservando, sin embargo, la misma personalidad jurídica."*⁷³

Podemos definir luego de lo propuesto por estos tratadistas que, la transformación de sociedades es aquel negocio jurídico o bien una operación solidaria, por el que la determinada sociedad cambia su forma social para crear otra distinta.

⁶⁹ Diccionario de la Lengua Española; tomo II; Espasa 1984. Pp. 1330.

⁷⁰ RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín. Op. Cit. Pp. 222.

⁷¹ SANCHEZ Calero, Fernando. Op. Cit. Pp. 276

⁷² MANTILLA Molina Roberto L. Op. Cit. Pp. 255.

⁷³ GARRIGUES Joaquín, Curso de Derecho Mercantil. Op. Cit. Pp. 575.

El cambio de forma o tipo de una sociedad mercantil a otra modalidad como una sociedad de personas que se transforma a una sociedad de capitales, únicamente precisa de aceptar las obligaciones de la nueva forma adoptada, esto no quiere decir que va a afectarse la personalidad jurídica, ya que sin importar que la forma de sociedad anterior ahora es otra distinta, sin embargo la personalidad jurídica de la primera continuará subsistiendo bajo la nueva forma social.

Decimos entonces que la sociedad sigue siendo la misma después de transformarse, de tal suerte que nuestra misma jurisprudencia prevé esa situación.

SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE. LE AFECTAN LOS ACTOS DICTADOS ANTES DE SU TRANSFORMACIÓN.

El hecho de que la quejosa se haya transformado de "Sociedad Anónima", a "Sociedad Anónima de Capital Variable", no implica que se trate de personas morales diferentes, pues jurídicamente no cambia su constitución, y sólo varía su capital social. Por lo tanto, el acto dictado en su contra cuando era "Sociedad Anónima", le debe afectar después de su transformación.⁷⁴

Por último, se contempla la transformación de una sociedad mercantil en una sociedad civil o bien en una asociación civil, o viceversa, al respecto, la consecuencia jurídica de la transformación de una Mercantil en una Civil es el desaparecer a la sociedad original y bastaría con la voluntad de las partes, sin contravenir alguna disposición legal para que pueda darse la transformación, y adoptar los lineamientos de la nueva forma social.

Podemos fundamentar lo dicho en la tesis jurisprudencial que sigue.

SOCIEDAD CIVIL. TRANSFORMACION A SOCIEDAD MERCANTIL.

El artículo 227 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, prevé que las sociedades de esa índole a que se refieren las fracciones I a V del artículo 1 de dicha ley, pueden adoptar cualquier otro tipo legal; pero no prohíbe, ni ninguna otra disposición de la materia lo hace, que las sociedades civiles se conviertan o adopten algún tipo de sociedades mercantiles.

⁷⁴

Amparo en revisión 451/89. La Luz, S.A. de C.V. 7 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tesis: Página: 484

Por el contrario, conforme a los artículos 2688 y 2695 del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte con meridiana claridad que una sociedad constituida en principio como civil, puede convertirse en sociedad mercantil, no sólo cuando adopta una forma o tipo de sociedad mercantil, sino también cuando la sociedad, constituida formalmente como civil, tiene una finalidad comercial especulativa, caso este último, en el que a pesar de tener la forma civil, la sociedad estará regulada por el Código de Comercio.⁷⁵

3.8.3 DE LA ESCISIÓN.

Proviene de la palabra latina *scindere* que quiere decir *"cortar, dividir, hender, separar violentamente."*⁷⁶

*"Un acto de naturaleza corporativa o social en virtud del cual una sociedad mercantil distribuye su patrimonio, hasta ese momento agrupado en la titularidad de aquella, entre dos o más sociedades mercantiles, en cuyo capital vienen a participar en la proporción correspondiente los socios de la primera, ya subsistia la sociedad de referencia, ya se extinga."*⁷⁷

CARBONE nos manifiesta su concepto de Escisión *"es quizá la figura jurídica que más se adapta a la reorganización de empresas, al agrupar sus socios en nueva sociedad consecuencia de tal operación, que es jurídicamente distinta de la que le da origen y crea un nexo de aparente identificación, pero ello es de orden económico, inclusive impositivo, pero que no hace a los atributos intrínsecos de la personalidad."*⁷⁸

Para nuestro derecho societario, la escisión es contemplada de la siguiente manera según la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁷⁵ Amparo directo 2400/89. María Carolina Zapata Narváez. 17 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

⁷⁶ GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO, Tomo IV; Edit. Selecciones del Reader's Digest 1979. Pp. 1302.

⁷⁷ MARTÍNEZ Martínez, Pedro Coordinador; Et. Al; *"Guía Práctica de las Sociedades Mercantiles;"* 3ª edición: Madrid 1998. Pp. 789

⁷⁸ CARBONE, Nicolás A. *"Escisión Patrimonial de Sociedades Comerciales;"* Edit. La Ley S.A.; Argentina 1980. Pp. 31.

ARTICULO 228 BIS.- Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación...

Los sujetos o sociedades que participan en la escisión son básicamente dos.

Sociedad Escidente. Que viene siendo la sociedad que pretende extinguirse y para ello divide la totalidad de su activo, pasivo o su capital social, o bien si su intención no es extinguirse divide en partes a su activo, pasivo o capital social para la creación de nuevas sociedades.

Sociedad Escindida. Es la nueva sociedad creada a través de recibir la totalidad o parte del activo, pasivo o capital social de aquella (s) Escidentes.

Las clases de escisión son fundamentalmente dos, la *SCISSIONE* y la *SCORPORAZIONE* o bien llamadas total o parcial. Estas figuras son parecidas a la fusión por incorporación y por integración, pero no hay que confundirlas, evitamos eso al recordad las clases de fusión y al compararlas con estas de Escisión.

La Escisión *SCISSIONE* o Total. Esta clase de escisión se da cuando la sociedad originaria, es decir, la sociedad Escidente se extingue y decide que parte del patrimonio escindido será destinado para la creación de una nueva sociedad o bien para una sociedad preexistente, ya sea con la contribución de otra sociedad o con ella sola.

La Escisión *SCORPORAZIONE* o Parcial. Significa desincorporar, en este caso es segregar fondos de un capital. Existe esta figura cuando la sociedad Escidente subsiste y decide destinar parte de su patrimonio social a la creación de una o más sociedades.

Una vez visto lo anterior podemos decir que estas modalidades de escisión pueden llevarse a cabo de la siguiente manera.

- a) Escisión Total con una o varias sociedades escindidas nuevas.
- b) Escisión Total con una o varias sociedades escindidas preexistentes.
- c) Escisión Total con varias sociedades escindidas nuevas y preexistentes.
- d) Escisión Parcial con una o varias sociedades escindidas nuevas.
- e) Escisión Parcial con una o varias sociedades escindidas preexistentes.
- f) Escisión Parcial con varias sociedades escindidas nuevas y preexistentes.

Como hablamos con anterioridad, puede llegar a confundirse la figura de la Escisión con la de Fusión, debido a que constituyen una modificación de los estatutos, por lo que debe darse cumplimiento de ciertos requisitos de modificación.

Así también como en la fusión se debe prever y salvaguardar el perjuicio y derechos de los terceros que hayan contratado con la sociedad, de los socios o accionistas, de los trabajadores y de la sociedad en general.

Del mismo modo que la Fusión, la sociedad que se escinde y que por lo mismo se disuelve, no sigue el proceso de liquidación para poder extinguirse.

Sin embargo, la Escisión Parcial que digamos sería equiparable a la Fusión por absorción, la diferencia fundamental entre estas dos figuras es que esta escisión continúa existiendo, más no forma parte de la nueva sociedad creada (s), es decir, no se incorpora a una sociedad, sino que se desprende de parte de su capital para crear otra o a una preexistente.

En la Escisión Total la extinción sirve para dar paso a la creación de una nueva sociedad o a una preexistente, y la Fusión por Integración se extingue como consecuencia de la creación de una nueva sociedad sin tener que preexistir otra.

3.8.4 DE LA DISOLUCIÓN.

"La situación de la sociedad que pierde su capacidad jurídica para el cumplimiento del fin para el que se creó y que sólo subsiste para la disolución de los vínculos establecidos por la sociedad con terceros, por aquella con los socios y por éstos entre sí".⁷⁹

La disolución de las sociedades mercantiles viene a consistir en el hecho o en la decisión social, motivada por alguna de las causas que obligan a adoptarla o derivada de la libre voluntad de la sociedad, en virtud del cual o de la cual se pone fin a la vida ordinaria de aquella, aunque no a su personalidad jurídica, de modo que la sociedad emprende el camino que ha de conducirla a la extinción.

⁷⁹ RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín, "Tratado de Sociedades Mercantiles" Tomo II; Edit. Porrúa; Pp. 443.

GARCÍA DOMÍNGUEZ sostiene que *"El jurista Manuel García Rendón afirma que la palabra disolución es utilizada por la ley, y aceptada por la doctrina mexicana. en la acepción que significa resolver un acto jurídico, y por lo tanto, como apunta Mantilla Molina es necesario aclarar que cuando se alude a la disolución de la sociedad, se está haciendo referencia a la disolución del negocio social y no a la extinción de la persona moral nacida de él, pues esta, aunque pierde su capacidad para realizar nuevas operaciones, subsiste para efectos de resolver, en una etapa posterior llamada liquidación, los vínculos jurídicos establecidos por la sociedad con terceros y con sus propios socios y por los socios entre sí."*⁸⁰

Entonces de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, entendamos que la Disolución es propiamente la resolución de un acto jurídico, el cual consiste en la creación de una sociedad mercantil, más no así de la personalidad jurídica puesto que aún queda resolver el último paso que indiscutiblemente va ligado a este, que es como bien sabemos, la liquidación. Propiamente la Disolución tiene diversas motivaciones o situaciones por las que es su causa. Como lo indica la Ley General de Sociedades Mercantiles.

ARTÍCULO 229.- Las sociedades se disuelven:

- I.- Por expiración del término fijado en el contrato social;
- II.- Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado;
- III.- Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la Ley;
- IV.- Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona;
- V.- Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

ARTÍCULO 230.- La sociedad en nombre colectivo se disolverá, salvo pacto en contrario, por la muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios, o por que el contrato social se rescinda respecto a uno de ellos...

La disolución primeramente se divide en dos grandes aspectos, la disolución total y la disolución parcial. De cualquier forma necesariamente se debe inscribir en el Registro Público.

⁸⁰ GARCÍA Domínguez, José; Op. Cit. Pp. 279, 280.

La Disolución Parcial. Es la extinción del vínculo jurídico que liga a uno o varios socios con la sociedad, porque existe la causa de que por algún motivo se retira, excluye o por incapacidad o rescisión del contrato de la sociedad a uno o varios socios, o bien fallecen.

Las causas que producen la disolución parcial del negocio social respecto de uno o varios socios son.

- 1) Derecho de Retiro que tienen uno o varios socios. (Artículo 206 de la L.G.S.M.)
- 2) Por muerte de uno o más socios.
- 3) Declaración de Interdicción, inhabilitación para ejercer el comercio, como la quiebra por parte de uno o varios socios.
- 4) Actos fraudulentos o de dolo contra la sociedad.
- 5) Violar derechos de otros socios o incumplir las obligaciones sociales.

La Disolución Total. Es una fase que antecede a la extinción por completo de la sociedad en su actividad comercial, esta causa es la que prevé la Ley General de Sociedades Mercantiles en sus preceptos 229 al 233.

Las causas de disolución Total son las siguientes.

- 1) Por expiración del término fijado en el contrato social.
- 2) La imposibilidad de realizar el fin social o porque es imposible seguir realizándolo.
- 3) Por haber cumplido o consumado el fin social.
- 4) Disminución del número mínimo legal de los socios.
- 5) Pérdida de las dos terceras partes del total del capital social.
- 6) Porque el objeto sea ilícito o por realizar actos ilícitos por parte de uno o más socios.
- 7) La muerte de un socio, esto para las comanditas y para la colectiva.
- 8) Por acuerdo de los socios de terminarla o por fusionarse o escindirse con otra sociedad.

La doctrina precisa de un par de Disoluciones para esta clase de disolución, las enmarca en dos grupos, la Disolución Total Obligatoria u OPE LEGIS no requiere que los socios se pongan de acuerdo en realizar tal o cual cosa, no necesita la exteriorización de la voluntad de nadie, lo determina unilateralmente la ley o un acuerdo anterior que así lo determine como un plazo.

La Disolución Total Voluntaria o EX VOLUNTATE. Es la disolución que se lleva a cabo a través de un acuerdo plurilateral de voluntades por parte de los socios donde exteriorizan sus necesidades u opiniones para finiquitar el contrato social. Pero no es posible evitar la disolución, por más que las voluntades de los socios así lo quisieran.

De esta forma veamos las clases de disolución total de las sociedades mercantiles.

La Expiración del término fijado en el contrato social. Esta causa no requiere mayor acuerdo social de ningún tipo, no es necesaria su inscripción en el registro, simplemente basta con el paso del tiempo llegando a cumplirse su plazo fijado. Ese término puede ser prorrogable si es que en la asamblea de socios si es que así lo estipularon en los estatutos de creación en el contrato social.

Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por haberlo cumplido con este. Esto surge a raíz de que prevalezcan ciertos impedimentos ya sea económicos, sociales, que no permitan llevar a cabo el fin de la sociedad, como un caso fortuito o de fuerza mayor suficiente para maniatar a la sociedad a tal grado que imposibilitará lograrlo o seguir haciéndolo. La otra forma es lo contrario a la anterior, es cuando la sociedad ha cumplido con la finalidad pactada, es decir, haber logrado su cometido y que ya no sea necesario seguir con la actividad.

Porque el número de socios es menor al mínimo legal. Cuando los socios llegan a un punto donde la "sociedad" ya no sea una sociedad de socios, sino que una sola persona sea el dueño de una sociedad unimembre, ya que nuestro derecho no contempla ese tipo de sociedades, el mínimo que nuestra legislación nos permite es de cinco en las sociedades por acciones, de diez en las cooperativas y dos en las demás.

Por pérdida de dos tercios del capital social. Porque esto implica una disminución peligrosa que no garantiza a los terceros el cumplimiento de las obligaciones e imposibilita económicamente a cumplir con el fin determinado como la quiebra de la sociedad.

Porque el objeto sea ilícito o realizar actos ilícitos o dolosos. Esto es lógico porque se trata de que el objeto de toda sociedad sea lícito y posible, que no vaya en contra de las buenas costumbres ni de la moral. Y tratándose de realizar actos ilícitos pueden ser estos delitos o no, pero la idea es la misma, el realizar actos de manera dolosa que no son permitidos por las leyes aun que no se trate de un delito. La Ley de Sociedades sanciona.

ARTÍCULO 3.- Las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquiera persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar...

Por la muerte de un socio o varios. Esto esta ligado al apartado del número mínimo legal permitido de socios, por ejemplo, para una comandita que tiene dos socios, al fallecer uno de ellos se quedaría con uno solo, lo cual no está permitido, o bien en una sociedad de acciones donde el mínimo es cinco y si tuvieran ocho socios, pero cuatro de ellos perecen, digamos, en un accidente, se queda incompleto el número mínimo legal permitido.

Por acuerdo de Fusión de los socios. Esta determinación la deberá tomar el órgano supremo de la sociedad, la cual deberá disolverla totalmente reconociendo una causa que hace imposible que persista el vínculo jurídico entre los socios, para ello deberá reformar los estatutos sociales.

3.8.5 DE LA LIQUIDACIÓN.

Para RAFAEL DE PINA la liquidación *"constituye la fase final del estado de disolución. En términos generales, la liquidación tendrá por objeto concluir las operaciones sociales pendientes, cobrar lo que se le adeude a la sociedad y pagar lo que ella deba, vender los bienes sociales y practicar el reparto del haber social o patrimonio social entre los socios"*⁸¹

Estamos en el entendido de que este es el paso final que procede luego de la disolución, estando ambos encaminados a la terminación de todo vínculo jurídico de la sociedad a extinguir.

Acertadamente el maestro Rafael, nos ilustró con su concepto de liquidación, sin embargo, en mi humilde opinión, creo que el mencionar por último *repartir el patrimonio social* entre los socios, creo que no es una aceveración correcta pues el hablar de patrimonio es hablar de derechos y obligaciones, de activos y pasivos, y lo que hace la liquidación no es repartirlos, sino más bien y como él mismo lo indica, el pagar las deudas, cobrar los créditos, vender los bienes muebles e inmuebles y en si convertir todo eso a dinero para ahora si, repartirlo.

Por su parte GARCÍA RENDON nos dice que *"se entiende por liquidación de las sociedades mercantiles el conjunto de actos jurídicos encauzados a concluir los vínculos establecidos por la sociedad con terceros y con los socios y por estos entre si. Los actos en cuestión reciben el nombre genérico de operaciones de liquidación y se desarrollan en dos etapas... la que comprende las operaciones de liquidación propiamente dichas y la que tiene por objeto la división y distribución del haber social entre los socios."*⁸²

⁸¹ PINA Vara de, Rafael: "Derecho Mercantil Mexicano". Edit. Porrúa. Pp. 126.

⁸² GARCÍA Rendón, Manuel; Op. Cit. Pp. 565.

JOAQUÍN RODRÍGUEZ, a grandes razgos, afirma que la Ley General de Sociedades Mercantiles utiliza la palabra de Liquidación de las sociedades mercantiles para nombrar a la suma de acciones necesarias para concluir todos aquellas negociaciones que queden pendientes, como cobrar un adeudo, pagar lo que se deba, vender todo el activo con el fin de transformarlo todo en dinero para dividirlo entre los socios.

Y efectivamente, como lo hemos venido diciendo, la liquidación es la ejecución material del acuerdo de disolución de la sociedad mercantil a finiquitar, siempre cumpliendo con lo estipulado primeramente por la ley de la materia que va a demarcar los estatutos sociales o lo establecido y determinado en la asamblea.

En efecto, la liquidación de las sociedades mercantiles se divide en dos clases, la liquidación judicial y la no judicial.

La primera se refiere a que deviene de una sentencia emitida por un juez que declara la quiebra o nulidad de la sociedad, por tener un objeto ilícito o por realizar actos ilícitos y dolosos.

La Liquidación no judicial, es simplemente la que tiene su fundamento en alguna de las causales de disolución vistas con antelación.

Ahora bien, la liquidación se va a dividir en dos etapas, la primera de ellas es todo el conjunto de operaciones tendientes a finalizar o terminar las relaciones y actividades pendientes que tenga la sociedad con los terceros, siendo estas relaciones jurídicas sean créditos contra la sociedad o bien que sean deudas a esta, así también, aquellas operaciones que deban hacerse para la enajenación del activo constituido en bienes muebles e inmuebles y en si realizar operaciones necesarias para liquidar o convertir el patrimonio en dinero en efectivo.

Una vez terminada esa primera etapa, la que le sigue corresponde a realizar las gestiones dispuestas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, hacer los balances necesarios para determinar la parte correspondiente a cada socio.

ARTÍCULO 246.- En la liquidación de las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple o de responsabilidad limitada, una vez pagadas las deudas sociales, la distribución del remanente entre los socios, si no hubiere estipulaciones expresas, se sujetará a las siguientes reglas:

I.- Si los bienes en que consiste el haber social son de fácil división, se repartirán en la proporción que corresponda a la representación de cada socio en la masa común;

II.- Si los bienes fueren de diversa naturaleza, se fraccionarán en las partes proporcionales respectivas, compensándose entre los socios las diferencias que hubiere;

III.- Una vez formados los lotes, el liquidador convocará a los socios a una junta en la que les dará a conocer el proyecto respectivo; y aquellos gozarán de un plazo de ocho días hábiles a partir del siguiente a la fecha de la junta, para exigir modificaciones, si creyeren perjudicados sus derechos;

IV.- Si los socios manifestaren expresamente su conformidad o si durante el plazo que se acaba de indicar, no formularen observaciones, se les tendrán por conformes con el proyecto, y el liquidador hará la respectiva adjudicación, otorgándose, en su caso, los documentos que procedan;

V.- Si, durante el plazo a que se refiere la fracción III, los socios formularen observaciones al proyecto de división, el liquidador convocará a una nueva junta, en el plazo de ocho días, para que, de mutuo acuerdo se hagan al proyecto las modificaciones a que haya lugar; y si no fuere posible obtener el acuerdo, el liquidador adjudicará el lote o lotes respecto de los cuales hubiere inconformidad, en común a los respectivos socios, y la situación jurídica resultante entre los adjudicatarios se regirá por las reglas de la copropiedad;

VI.- Si la liquidación social se hiciere a virtud de la muerte de uno de los socios, la división o venta de los inmuebles se hará conforme a las disposiciones de esta Ley, aunque entre los herederos haya menores de edad.

A los liquidadores se les designa o bien en la escritura constitutiva o la junta de socios o la asamblea de accionistas o a petición de un socio ante la autoridad judicial.

Los estatutos deberán designar y regular, por ejemplo lo siguiente.

- 1) El número de liquidadores, procurando que sea impar para el caso de controversia, haya un declive parcial.
- 2) El nombramiento de los titulares del órgano liquidador.
- 3) La forma en que deban ejercer sus funciones, organizar al órgano de liquidación.
- 4) Los requisitos mínimos para ser nombrado como liquidador.
- 5) Acerca de la sustitución de liquidadores en caso de cese de alguno de ellos o sustitución.
- 6) Los alcances del cargo de liquidador.

Existe la posibilidad de poder revocar la liquidación, esta acción de revocación procede de la doctrina italiana fundada en que la sociedad continúa existiendo y conservando su capacidad jurídica, inclusive después de llevarse a cabo la disolución y la liquidación, sobre todo en esta última etapa.

Para nuestro derecho societario esta situación no es ajena, pues inclusive la misma ley de la materia mercantil establece.

ARTÍCULO 244.- Las sociedades, aun después de disueltas, conservarán su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación.

Debido a que también nuestro derecho contempla la situación propuesta por Italia, la consecuencia derivada de esto es que es posible revocar la liquidación de la sociedad, desde luego si es que todavía no se ha realizado la segunda etapa relativa a la entrega a cada socio de su parte correspondiente.

Pero si no hay ninguna de las complicaciones ya mencionadas, el trámite sigue hasta su fin, tal como lo manifiesta la misma ley citada con antelación.

ARTÍCULO 248.- Aprobado el balance general, los liquidadores procederán a hacer a los accionistas los pagos que correspondan, contra la entrega de los títulos de las acciones.

También los liquidadores estarán obligados a depositar en el Registro Público de Comercio el balance final y cancelarán la inscripción de la sociedad en el mismo. Los papeles de la sociedad deberán preservarlos durante diez años, tiempo destinado para la prescripción de obligaciones que tenga la sociedad. Así indica la Ley de Sociedades.

ARTÍCULO 249.- Las sumas que pertenezcan a los accionistas y que no fueren cobradas en el transcurso de dos meses, contados desde la aprobación del balance final, se depositarán en una institución de crédito con la indicación del accionista. Dichas sumas se pagarán por la institución de crédito en que se hubiese constituido el depósito.

Como lo apreciamos con antelación, la sociedad conservará su personalidad jurídica, únicamente con el objeto de liquidarse, siendo que el nombre de la sociedad deberá de ir seguido de las palabras "en liquidación", con el propósito de hacerle saber a los terceros la condición de la sociedad.

Finalmente las funciones de los administradores de la sociedad son substituidas por las de los liquidadores los cuales van a llevar a cabo las gestiones mencionadas en este tema.

CAPÍTULO IV

LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN COMO SOCIEDAD MERCANTIL.

4.1 ELEMENTOS PERSONALES DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

Comenzaremos por recapitular brevemente acerca de lo que es la Asociación en Participación, esto es importante, pues a pesar de que lo vimos en el Segundo Capítulo, es el tema central de esta tesis.

Entonces, se entiende por Asociación, genéricamente hablando, como aquel conjunto de personas reunidas con objeto de lograr un fin común. Consecuentemente a su vez Participación, es el ser parte de algo, comunicar, recibir parte de algo y su resultado.

En la Asociación en Participación, vamos a distinguir dos figuras principales, el Asociado y el Asociante, el que sean dos figuras principales, no quiere decir que únicamente van a ser dos personas físicas, sino por el contrario, pueden ser ocupados los lugares por diversas personas, ya sean morales entre sí o bien, físicas y morales a la vez o solo físicas.

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN. ELEMENTOS DE LA. "Si dos personas que forman una sociedad conservaron la propiedad de los bienes que aportaron, no se crea una nueva persona jurídica distinta a la de las partes, y de eso se desprende que se crea una asociación en participación, de acuerdo con el artículo 253 de las Sociedades Mercantiles"...⁸³

⁸³ Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV, Cuarta parte. Página 92. Amparo directo 6071/57. Francisco Rivera Ayala. 8 de Septiembre de 1958.

La Asociación en Participación es un contrato por medio del cual, una persona denominada Asociado, otorga dinero, bienes o servicios, a otra denominada Asociante, para la realización de un negocio mercantil; a cambio de que el asociante le participe en las utilidades y pérdidas del negocio.

En esta definición alcanzamos a percibir que es evidente que resalta la existencia de un Asociante, a diferencia de lo que ocurre en los contratos asociativos; en donde todos los que intervienen son asociados entre sí, "socios" y no existe esta figura.

Pero en este tipo de contrato, el Asociante funge como el propietario de la Asociación en la que otorga participación al Asociado, mediante una aportación de bienes o servicios que éste efectúa, pero sin que por esto aparentemente se llegue a constituir una relación jurídica con terceros, ya que es considerada como una sociedad oculta, pero ya lo veremos más adelante a detalle, porque en la Asociación en Participación nos encontramos con muchas contradicciones no solo entre la doctrina, sino además y que es quizá lo más grave también en la legislación, pero siguiendo en lo anterior, los "Asociados" en esta figura, pueden intervenir directamente en la dirección y manejo de ésta, pero solamente internamente.

Cabe mencionar que la Asociación en Participación, si no estuviere dispuesto en ley o estipulado en contrato, se va a regir por las normas jurídicas respectivas de la Sociedad en Nombre Colectivo, mientras no se contrapongan a las disposiciones del último capítulo de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Entonces en esta figura de la Asociación en Participación, los elementos personales pueden interrelacionarse de la siguiente manera, sin tener ninguna consecuencia negativa.

- a) El Asociante puede ser una persona Física y el Asociado puede ser también una persona Física.
- b) El Asociante puede ser una persona Física, mientras que el Asociado puede ser una persona Moral.
- c) El Asociante puede ser una persona Moral, y el Asociado ser una persona Física.
- d) El Asociante puede ser una persona Moral y el Asociado puede ser una persona también Moral.

Y es posible darse la relación en viceversa, y un número indeterminado de Asociados.

4.1.1 ASOCIANTE.

Como ya lo dijimos en el principio del presente capítulo, en la Asociación en Participación encontramos dos partes.

El Asociante es la persona física o moral encargada de crear, organizar, dirigir y controlar el negocio objeto del contrato. El es el titular de todos los derechos y obligaciones que se generen frente a terceros y responderá de manera ilimitada frente a éstos, en caso de incumplimiento.

Entre sus obligaciones encontramos que:

1. Debe actuar a nombre propio.
2. Está obligado a realizar todas aquellas gestiones mercantiles encaminadas a realizar negociaciones comerciales que sean objeto o fin de interés para la Asociación en Participación.
3. Debe entregar la participación a los asociados sobre las utilidades.
4. Debe rendir cuentas a los asociados respecto del desarrollo del negocio.
5. Entregar a los asociados la parte que les corresponda en las pérdidas.
6. Restituir al asociado las aportaciones efectuadas, cuando se haya de liquidar la Asociación.

El artículo 256 de la Ley de Sociedades, impone a la persona que funja como asociante, la obligación de obrar en nombre propio, señalando al mismo tiempo que no habrá responsabilidad de los asociados con los terceros.

Lo anterior, nos dice que no es necesaria la inscripción de estos contratos en el Registro Público de Comercio; esto trata de justificarse en el hecho de que el asociante es quien se desempeña como gestor de las actividades contratadas, supuesto que aun cuando el asociado aporte servicios, es el asociante quien responde ante terceros.

Sin embargo, la "asociación" pierde su esencia, en este caso, y es únicamente el asociante es el que actúa a nombre propio, no de la Asociación, al verlo de esa manera, nos sugiere el legislativo ve que la relación es únicamente de aportar bienes al asociante, no así a la sociedad, como tal vez debería, pues en ese caso el o los negocios mercantiles, a los que se refiere la esencia del contrato quedan relegados a los negocios que tenga el asociante con terceros.

Por falta de disposición explícita en el capítulo de la Asociación en Participación, al respecto de la rendición de cuentas, que es una obligación del Asociante, esta se regirá según lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Obligando al menos cada seis meses a rendir la cuenta de administración, salvo pacto en contrario.

Por otra parte los Derechos del Asociante son:

1. A la propiedad de los bienes aportados por el o los asociados, a menos que se pacte cosa distinta.
2. Realizar Gestiones de la Asociación.
3. En todo momento exigir la aportación del o los asociados.

La gestión de la Asociación en Participación, es un nombre dado para diversos países y para sus legislaciones, en nuestro derecho societario el gestor es el "Asociante".

Al respecto, el jurista ROBERTO URÍA, manifiesta que el asociante tiene la obligación de la gestión, ya que es inherente, y debe hacerlo de la mejor manera posible, porque *"la gestión no se hace sólo en interés propio, sino también es interés ajeno, deberá responder del dolo y de la culpa; esto por analogía con la responsabilidad de los administradores de las sociedades."*⁸⁴

El Asociante tiene la facultad de disponer de la totalidad de los bienes aportados por los asociados que pasan a ser propiedad del asociante, y aquellos que aporte el asociado y sean propiedad del asociante.

Sin embargo, los poderes del asociante no son ilimitados, en lo que se refiere a los bienes inmuebles de la parte Asociada, ya que para poder disponerlos, se requiere de un mandato especial al respecto de ellos.

Así también, puede el Asociante otorgarle un poder especial al Asociado, para que realice cierta negociación, a través de un mandato.

Para entender mejor los Derechos y las Obligaciones del Asociante, veamos la siguiente comparación.

⁸⁴ URÍA, Roberto; *"Derecho Mercantil"*; 10ª edición; Edit. Imprinta Aguirre; España, 1976. Pp. 429

Derechos.

1. Recibir las aportaciones estipuladas en el contrato.
2. Dirigir, gestionar y ejecutar los actos encaminados al cumplimiento del objeto del contrato.
3. Otorgar poderes a quien considere conveniente, regularmente al Asociado.

Obligaciones.

1. Actuar a nombre propio
2. Asumir las responsabilidades inherentes a las actividades mercantiles del contrato frente a terceros.
3. Desarrollar la negociación mercantil ó el acto de comercio, objeto de la Asociación.
4. Reintegrar a cada Asociado su aportación.
5. Distribuir las utilidades obtenidas a los asociados, de acuerdo a lo acordado.
6. Rendir cuentas a los asociados en los tiempos pactados.

4.1.2 ASOCIADO.

La figura del "Asociado" es básicamente aquella que aporta dinero, bienes o servicios a la Asociación, y que van a manejar o gestionar el asociante, a cambio de participar en las utilidades o pérdidas del negocio mercantil objeto de la asociación.

El Asociado tiene entre sus obligaciones las siguientes:

1. Efectuar las aportaciones que se hubiere pactado, como la entrega o transmisión de la propiedad de bienes, derechos o servicios.
2. Participar en los riesgos del negocio, tales como son las pérdidas.

La aportación de los bienes, sean muebles o inmuebles, han debido pertenecer a la propiedad del asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio. Como hace mención el artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En ese orden de ideas, este precepto establece que aun cuando dicha estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos en el caso de que se pruebe que el o los terceros debían tener conocimiento de ella.

En lo posible, recordemos que aún y cuando anteriormente se indicaba que no es obligatorio inscribir el contrato en el Registro Público del Comercio, cuando se aportan bienes de naturaleza, inmuebles, es conveniente incluir una cláusula, donde se especifique que dicho bien es propiedad del asociado, y no del asociante. Esto, con el objetivo de, en lo más posible evitar confusiones y controversias relacionadas con la verdadera propiedad de los bienes.

En lo que respecta a las Utilidades y Pérdidas, específicamente en el reparto de estas, es preciso establecerlas en el contrato de Asociación en Participación de un inicio, sin embargo, de no darse así las cosas, el artículo 258 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece en rasgos generales que la distribución de las utilidades y de las pérdidas se hará según lo dispuesto por las Reglas Generales de las Sociedades Mercantiles, en su artículo 16 de la misma ley.

Queda entonces que las pérdidas que le correspondan al o los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación; debido a que el que responde por las operaciones mercantiles que se den del contrato, y demás derivados de las relaciones ante terceros, será el Asociante.

Conforme a la ley, queda como sigue lo que respecta a la distribución de las ganancias o pérdidas.

- a) Entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones.
- b) Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esta mitad se dividirá entre ellos, por igual; y
- c) El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.
- d) Si se desea realizar el reparto de manera distinta a la señalada por este precepto, deberá pues regularse dentro del contrato.

Es de notarse que el Asociado tiene menos obligaciones y más derechos que el Asociante, de lo más relevante es que no tiene tantas responsabilidades.

Los derechos generales del Asociado son los siguientes.

1. Tiene desde luego total y absoluto derecho a que le sean entregadas las utilidades del o los negocios mercantiles que se obtuvieron.
2. A poder conservar la propiedad de los bienes que aportó.
3. A inspeccionar tanto la contabilidad como la administración y gestión que lleve a cabo el Asociante.
4. Puede exigir al Asociante, según lo pactado, una eficaz e idónea gestión e informes del manejo del negocio y las aportaciones.
5. Exigir la reintegración de su aportación o su valor estimativo.

Asimismo con el afán de distinguir los derechos sobre las obligaciones del Asociado, se establecieron las diferencias en la siguiente anotación.

Derechos.

- a. Que se le participe de las utilidades que se obtengan del negocio.
- b. Poder conservar la propiedad de los bienes aportados.
- c. Inspeccionar la gestión del Asociante.
- d. Exigir al Asociante una buena gestión e informes del negocio.
- e. En el caso necesario, pedir la reintegración de lo que aportó.

Obligaciones.

- a. Dar la aportación que se pactó.
- b. Soportar las pérdidas, solo hasta el valor de lo aportado.

El Asociado, como lo hemos venido diciendo, va a conceder al o los Asociantes ciertos bienes o servicios a cambio de tomar una participación en las utilidades, así como en las pérdidas, etcétera.

Dicha aportación puede consistir en cualquier bien sea mueble o inmueble, dinero, trabajo propio, que sirva para llevar a cabo el negocio mercantil, objeto de la Asociación en Participación. Pudiendo el Asociado reservarse la propiedad de dicho bien o siguiendo con la naturaleza del contrato asociativo, entregarle al Asociante la propiedad de la aportación.

4.2 SOCIEDADES OCULTAS Y SOCIEDADES IRREGULARES.

Sociedades Ocultas.

Este tema viene a raíz de que los Tribunales Federales, han establecido el criterio acerca de la Asociación en Participación, respecto de que la consideran una sociedad oculta.

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN, CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE. De acuerdo con el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, llamada el asociante, concede a otra llamada el asociado, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, a cambio de la aportación de bienes o servicios del asociado. La esencia de la asociación en participación radica en que se trata de una sociedad oculta que sólo rige o surte efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote, ya que carece de personalidad jurídica, de razón y denominación, según lo establece el artículo 253 del mismo ordenamiento, y es por esto que el artículo 256 determina que el asociante obra en nombre propio y que no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados, persiguiendo este mismo fin de mantener oculta la asociación, la Ley establece en el artículo 257, que respecto de terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio, y agrega este artículo que aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.⁸⁵

85 Amparo directo 5688/60. Bulmaro Carranza Cervantes. 17 de octubre de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época 6ª, Volumen LXXVI, página 22, Instancia Tercera Sala.

Entonces, veremos lo que es una Sociedad Oculta, para saber por que, el órgano judicial, le ha nombrado así.

Dice GARCÍA DOMÍNGUEZ que las Sociedades Ocultas son *"aquellas sociedades que se constituyen de acuerdo con la Ley respectiva pero que no se inscriben en el Registro Público de Comercio, además de que no celebran actos o contratos con terceros, porque no se exteriorizan como comerciantes y por lo tanto tampoco adquieren personalidad jurídica dado que el llamado acto jurídico en el que constan los acuerdos de los socios permanece en la oscuridad legal y física. Estas sociedades, salvo el interés doctrinario, carecen de toda trascendencia para la ley."*⁸⁶

Digamos que es posible encuadrar a la Asociación en Participación en ese supuesto de que es una Sociedad Oculta, pero existe un ligero inconveniente, por ejemplo, que la Asociación en Participación en un contrato entre Asociante y Asociado para realizar negocios mercantiles, estos los puede hacer con terceros, siempre y cuando el Asociante actúe a nombre propio.

El jurista BARRERA GRAF opina que *"La sociedad oculta. Puede darse, en fin, una situación social irregular, distinta a la SR y a la SI, en la que no exista forma alguna de publicidad; es decir, no la publicidad legal o registral, y tampoco la exteriorización de la sociedad ante terceros; se trata de la llamada sociedad oculta (SO) o no manifestada, que carece de los atributos de las sociedades regulares e irregulares: no adquiere personalidad propia, no asume el carácter de comerciante, y el pacto o contrato social sólo tiene alcance y validez interna, entre los socios."*⁸⁷

Segun Barrera, la sociedad Oculta es una aberración de la sociedad irregular, pues no se manifiesta como una sociedad mercantil, y no goza de atributos de Sociedades Irregulares (SI) y menos, por ende de Sociedades Regulares (SR).

Lejos de lo que pensamos al respecto de que como es posible que el Asociante actúe a nombre propio, si lo que representa no solo son sus intereses, sino además los de los asociados, existe otra disyuntiva al respecto.

García Domínguez y Barrera Graf mencionan que esa sociedad no se exterioriza como comerciante, que el contrato permanece en una oscuridad legal y física, pero entonces, si no se exterioriza como comerciante, ¿Cómo es que realiza negocios mercantiles?, ¿Cómo es entonces que el Código Fiscal de la Federación le pide que agregue a su denominación o razón social las iniciales A. en P. o poner completo Asociación en Participación, si el contrato permanece en oscuridad legal y física?

⁸⁶ GARCIA Domínguez, José; Op. Cit. Pp. 18

⁸⁷ BARRERA Graf, Jorge; Op. Cit. Pp. 334.

A la Asociación en Participación lo que le da el carácter oculto es lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles en sus artículos 254 y 256 que señalan lo dicho.

ARTÍCULO 254.- El contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro.

ARTÍCULO 256.- El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados.

Surge otra pregunta que el legislador, ni la corte han resuelto es. ¿Si el Asociado y el Asociante crean una Asociación en Participación, tienen estos una relación jurídica entre si? La respuesta es claro que si, tienen un vínculo jurídico que es el contrato.

Entonces, ¿Es suficiente con que la Ley diga que no tienen relación los Asociados con terceros? Y ¿Por qué el constituyente indicó que el Asociante actuara a nombre propio si es parte de una Asociación?

Al respecto BARRERA GRAF nos hace una observación que a manera general explicaremos, el maestro Barrera dice que no basta que el contrato no esté sujeto a registro, para que se encuentre oculto, o que entonces quiera decir que está carente de publicidad legal, sino que también para eso se necesita una falta de publicidad de hecho o fáctica, que no es otra cosa más que no se utilice o se ostente con una razón social o denominación.

Estamos ante lo que se trata de un contrato con carácter oculto o mencionado por algunos juristas, que se mantenga en secreto, y esta segunda acepción quiere decir que los terceros no deben conocer la existencia de este contrato.

Entonces, considerando lo dicho, es absurdo que si es un contrato de carácter oculto es completamente lícito deba mantenerse en secreto.

Sociedades Irregulares.

GUILLERMO CABANELLAS, en su diccionario jurídico, ésta palabra, "irregular" significa lo siguiente.

1. *Contrario a regla, norma o principio.*
2. *Desacostumbrado.*
3. *Excepcional.*
4. *Anormal.*
5. *De moralidad o licitud dudosas.*
6. *Sin la sincronización debida en las prestaciones o servicios.*
7. *Incurso e irregularidad canónica.*⁸⁸

Algunos tratadistas, creen que la Sociedad Irregular es una sociedad sin registro, prevén que es lícita, pero que no llena ciertos requisitos legales para su constitución completa, como puede ser además de no estar inscrita ante el Registro de Comercio, el que su constitución no se haya efectuado por escrito.

Segun nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, las Sociedades Mercantiles Irregulares se pueden deducir de su artículo que viene.

ARTÍCULO 2.- Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios. Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio. Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales, frente a terceros consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica. Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo, y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate. Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados. Los socios no culpables de la irregularidad, podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a los que actúen como representantes o mandatarios de la sociedad irregular.

⁸⁸ CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario de Derecho Usual", 20ª edición; Tomo IV; Edit. Heliasta; 1981. Pp. 337

Entonces para la ley las Sociedades Irregulares son aquellas Sociedades que son constituidas casi en su totalidad, a excepción de algunos detalles, como el de inscripción o cualquier otro requisito que no ha sido cubierto por sus creadores.

La Asociación en Participación, reúne los requisitos de una Sociedad Irregular, pero también de una Sociedad Oculta, entonces, al analizarlas un poco es quizá más parecida a una Sociedad Irregular, por el detalle que prevé el Código Fiscal de la Federación acerca de no mantener oculto o en secreto que se trata de una Asociación en Participación.

ARTÍCULO 17-B.- Para los efectos de las disposiciones fiscales, se entenderá por asociación en participación al conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio y siempre que las mismas, por disposición legal o del propio convenio, participen de las utilidades o de las pérdidas, derivadas de dicha actividad. La asociación en participación tendrá personalidad jurídica para los efectos del derecho fiscal cuando en el país realice actividades empresariales, cuando el convenio se celebre conforme a las leyes mexicanas o cuando se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 9o. de este Código. En los supuestos mencionados se considerará a la asociación en participación residente en México.

La asociación en participación estará obligada a cumplir con las mismas obligaciones fiscales, en los mismos términos y bajo las mismas disposiciones, establecidas para las personas morales en las leyes fiscales. Para tales efectos, cuando dichas leyes hagan referencia a persona moral, se entenderá incluida a la asociación en participación considerada en los términos de este precepto.

El asociante representará a la asociación en participación y a sus integrantes, en los medios de defensa que se interpongan en contra de las consecuencias fiscales derivadas de las actividades empresariales realizadas a través de dichas asociaciones en participación.

La asociación en participación se identificará con una denominación o razón social, seguida de la leyenda A. en P. o en su defecto, con el nombre del asociante, seguido de las siglas antes citadas. Asimismo, tendrán, en territorio nacional, el domicilio del asociante.

Con este precepto se ponen en entre dicho no solo las normas mercantiles aplicables al caso, sino también lo establecido por los Tribunales Federales. Y las personas asociadas se ponen en una encrucijada, pues no saben si obedecer lo determinado en las leyes mercantiles o en las leyes fiscales.

De cualquier modo, es de esta manera más sencillo otorgarle la irregularidad a la Asociación en Participación que tratar de darle un sentido secreto o hacerla Sociedad Oculta.

Se entiende que el constituyente se refirió que las sociedades de hecho o irregulares podrían resolver el problema de irregularidad, con un simple acto unilateral del Estado, el reconocerles personalidad jurídica con el simple hecho de manifestarse y ostentarse como Sociedad Mercantil, del tipo que se trate, tengan o no escritura constitutiva.

De acuerdo con nuestro derecho societario son irregulares aquellas sociedades mercantiles que en el acto de constitución no se haya hecho constar en escritura pública, así como también las otras en que dicha escritura no haya sido inscrita en el Registro Público de Comercio.

También caerán en el supuesto aquellas Sociedades que habiendo sido constituidas en completa regularidad legal, pero que llegado el momento sufrieron una modificación en su escritura pública, se volverá irregular el contrato de sociedad cuando las modificaciones de la escritura constitutiva no se hubieren inscrito en el Registro Público de Comercio, ni en la escritura pública.

De la misma manera en que responde frente a terceros el Asociante en la Asociación en Participación, en las Sociedades Irregulares los representantes de éstas han de responder al cumplimiento subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, según la Ley General de Sociedades Mercantiles. Con esto se confirma nuestra hipótesis que la Asociación en Participación puede ser una sociedad mercantil.

Las sociedades mercantiles, para no caer en la irregularidad deben dar cumplimiento a lo estipulado en los preceptos siguientes.

De la Ley General de Sociedades Mercantiles, el artículo 5.

ARTÍCULO 5.- Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar con sus modificaciones. El notario no autorizará la escritura cuando los estatutos o sus modificaciones contravengan lo dispuesto por esta ley.

Del Código de Comercio, el artículo 21, en su fracción V.

ARTÍCULO 21. Existirá un folio electrónico por cada comerciante o sociedad, en el que se anotarán:

- I. Su nombre, razón social ó título;
- II. La clase de comercio ú operaciones á que se dedique;
- III. La fecha en que deba comenzar ó haya comenzado sus operaciones;
- IV. El domicilio con especificación de las sucursales que hubiere establecido, sin perjuicio de inscribir las sucursales en el Registro del Partido judicial en que estén domiciliadas;

(ADICIONADA [N. DE E. REFORMADA], D.O.F. 2 DE JULIO DE 1992)

V. Las escrituras de constitución de sociedad mercantil, cualesquiera que sean su objeto o denominación, así como las de modificación, rescisión, disolución o escisión de las mismas sociedades;....

Cuando no se cumplan los requisitos mencionados se estará frente a un caso de modificación irregular del contrato social, con los siguientes efectos según el artículo 26 del Código mencionado con antelación.

ARTÍCULO 26.- Los documentos de procedencia extranjera que se refieran a actos inscribibles podrán constar previamente en instrumento público otorgado ante notario o corredor público, para su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Las sentencias dictadas en el extranjero sólo se registrarán cuando medie orden de autoridad judicial mexicana competente, y de conformidad con las disposiciones internacionales aplicables.

Existe otra forma de Irregularidad de las sociedades, esta es por conversión de una Sociedad Civil en una Sociedad Mercantil, al momento en que las primeras se constituyan como civiles, pero con una finalidad especulativa o de comercio, es decir, que se digan civiles pero que adopten cualquiera de la tipos de sociedad mercantil.

Inmediatamente se convierten éstas, según lo disponen los artículos 2695 del Código Civil para el Distrito Federal y 4 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que respectivamente se citan a continuación dicen.

ARTICULO 2695.- Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio.

ARTÍCULO 4.- Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1 de esta Ley.

Al convertirse, una sociedad civil en mercantil, el tipo de sociedad que se constituiría, según lo dispone el artículo 1858 del Código Civil citado, será el tipo que resulte más próximo a la intención de las partes, o de los clases de negocios que ésta lleve a cabo, tomados desde luego de los tipos establecidos en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Una vez que una sociedad civil se convierte en mercantil, cualquiera que sea su tipo, se le aplica el sistema y la reglamentación de la legislación mercantil.

Y puesto que dicha Ley General da carácter de sociedad mercantil irregular a aquella que no se inscriba en el Registro Público de Comercio, pero que se manifieste ante terceros; esa sociedad civil convertida a mercantil no inscrita en el Registro de Comercio, será una sociedad mercantil irregular sujeta a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

De cualquier forma todas las Sociedades Mercantiles Irregulares están sujetas a un régimen distinto al de las regulares. Esto es, la irregularidad de las sociedades mercantiles produce ciertos efectos especiales que se enuncian enseguida.

a) Responsabilidad de los que Representan. Los representantes de las sociedades mercantiles, como regla general, no quedan obligados por los actos que realizan en nombre de los que representan. De tal forma que, al tratarse de los representantes de Sociedades Irregulares, éstos responden de modo solidario, ilimitado y subsidiario frente a terceros, además, los representantes de las sociedades irregulares son responsables de los daños y perjuicios que la irregularidad hubiere ocasionado a los socios no culpables de ella.

b) Efectos entre los socios. La falta de inscripción del contrato social no afecta las relaciones de los socios entre sí, es decir, no afecta al contrato social en sí, y aunque no sea inscrito, produce todos sus efectos entre los socios y los obliga recíprocamente.

Como bien sabemos la irregularidad de las sociedades mercantiles puede derivar del incumplimiento del mandato legal que exige que la constitución de las mismas se haga constar en escritura pública o del hecho de que, aun constando en esa forma, la escritura no haya sido debidamente inscrita en el Registro de Comercio.

Entonces, en lo que respecta a la Regularización de las Sociedades podemos decir.

En el momento en el que la irregularidad resulte de que el contrato social no se otorgó en escritura pública, pero sin embargo, contiene los requisitos esenciales que la ley exige para inscribirse, cualquier persona que figure como socio podrá demandar el otorgamiento de la escritura correspondiente según lo ordena el artículo 7 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En ese sentido, en el caso de que la escritura social no se presentare para su inscripción en el Registro Público de Comercio dentro del término de quince días, a partir de su fecha, cualquier socio podrá demandar dicho registro. Y los que hayan realizado operaciones mercantiles antes de registrarla, se harán responsables ilimitada y solidariamente frente a terceros.

Además de que los socios culpables de dicha irregularidad deberán responder frente a los socios no culpables, acerca de los daños y perjuicios que dicha irregularidad le ocasione a estos últimos.

Una vez inscritas en el Registro Público del Comercio las Sociedades Mercantiles no podrán ser declaradas nulas.

En consecuencia a lo estipulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, las sociedades irregulares, en efecto, no son nulas, porque la ley les atribuye porque reconoce los efectos que ellas producen, tanto internamente, respecto a los socios como externamente respecto a terceros.

4.3 CARACTERÍSTICAS DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

La Asociación en Participación como tiene como fin u objeto realizar una serie de operaciones y negocios mercantiles, tiene para su existencia que cumplir con distintas características, es decir, como una sociedad mercantil, precisa de contar además de las figuras del Asociante y del Asociado con otras situaciones que han de aparecer para dar una cierta seguridad a los terceros con los que tiene relación la Asociación a través de su Asociante.

Precisamente de lo que carece la Asociación en Participación son de atributos, mismos que se los da la personalidad, pero que al faltarle esta lógicamente no los tiene.

Uno de los aspectos o características primordiales para su existencia sea regular o irregular es la Personalidad, misma que proponemos no se le otorgue, al contrato de la Asociación en Participación, sino, que del mismo modo que una sociedad mercantil que nace de un contrato asociativo se cree una nueva persona jurídica independiente de la de los socios, o en este caso de los Asociados y Asociante.

De igual forma, el patrimonio propio, es posible otorgárselo, pues de igual forma las partes contratantes, o asociadas crean un fondo común o social, e indudablemente cuentan con un patrimonio, idéntico al de una sociedad mercantil, que veremos con más holgura con posterioridad.

Lo mismo pasa con la Denominación, existe otro conflicto entre la Ley General de Sociedades Mercantiles y el Código Fiscal de la Federación, el cual le pide tenga una denominación o bien una razón social y que además, cual si se tratara de una sociedad mercantil, le debe asignar las siglas o las palabras de Asociación en Participación.

Otra característica que veremos a continuación es el Domicilio, que para esto, quizá requiera una complejidad un poco mayor, pues se entiende que el domicilio también va a depender de la nacionalidad de la posible sociedad mercantil o bien como en estas, acerca de los socios, del capital, o de que normas hayan regido su constitución.

Pero como lo dijimos, enseguida se explican cada una de las características de la Asociación en Participación.

4.3.1 LA PERSONALIDAD.

Este es un tema sumamente fundamental y complejo que debemos abordar, que es digamos, la médula de la presente tesis.

El darle personalidad jurídica a una figura que originalmente no la tiene, al menos no propia, sino prestada de su Asociante o gestor nos lleva a querer realizar un análisis.

Al respecto, los Tribunales Federales han establecido algunos criterios como del que a continuación hacemos referencia.

ASOCIACIONES EN PARTICIPACIÓN. CONCEPTO Y REPRESENTACIÓN DE LAS. Según el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, concede a otras, que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil, o de una o varias operaciones de comercio; y de conformidad con los artículos 253 y 256 de la Ley citada, la asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación, y el asociante obra en nombre propio y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados. Ahora bien, como la asociación en participación no tiene personalidad jurídica, los intereses de ella son representados por el asociante, sin que los asociados tengan relación jurídica alguna con los terceros; lo que confirma y aclara con la disposición del artículo 257 de la Ley invocada, en el sentido de que "respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante"; de manera que para los terceros, el asociante aparece como único dueño de los bienes de la asociación en participación, sin que los asociados puedan representar o defender esos bienes, pues la copropiedad sólo existe entre el asociante y los asociados, pero no con relación a terceros, porque para éstos el dueño es el asociante.⁸⁹

⁸⁹ Tomo LXXIX, Pág. 1665, Lampe Alberto A. Y coag. 24 de enero de 1994. 4votos. Fuente: semanario Judicial de la Federación. Época 3ª, Tomo LXXIX, página 1665, Instancia Segunda Sala.

En el caso de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como sabemos, no le otorga personalidad jurídica propia, como si lo hace para con las sociedades mercantiles y las sociedades mercantiles irregulares.

ARTÍCULO 253.- La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación.

Sin embargo la atribución de la personalidad jurídica a una Asociación en Participación, como decíamos, es sumamente importante, porque de ese atributo depende totalmente que sea o no sujeto de derechos y obligaciones y por ende de contribuciones, de otra manera, al tratarse de un contrato, quines son sujetos de derechos y obligaciones son los sujetos que intervienen en ese contrato.

Entonces surge una controversia entre Leyes, como lo hemos venido diciendo, el Código Fiscal de la Federación, es el que le atribuye personalidad jurídica idéntica a la de una persona moral, como si hubiera sido constituida regular o irregularmente, pero que al menos cubre los requisitos necesarios para considerarla como tal.

ARTÍCULO 17-B.- Para los efectos de las disposiciones fiscales, se entenderá por asociación en participación al conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio y siempre que las mismas, por disposición legal o del propio convenio, participen de las utilidades o de las pérdidas, derivadas de dicha actividad. La asociación en participación tendrá personalidad jurídica para los efectos del derecho fiscal cuando en el país realice actividades empresariales, cuando el convenio se celebre conforme a las leyes mexicanas o cuando se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 9o. de este Código. En los supuestos mencionados se considerará a la asociación en participación residente en México. La asociación en participación estará obligada a cumplir con las mismas obligaciones fiscales, en los mismos términos y bajo las mismas disposiciones, establecidas para las personas morales en las leyes fiscales. Para tales efectos, cuando dichas leyes hagan referencia a persona moral, se entenderá incluida a la asociación en participación considerada en los términos de este precepto.

La palabra personalidad como sabemos significa el conjunto de cualidades que constituyen a la persona; muchas veces se utiliza para indicar la suma de ciertos factores que permiten otorgar facultades a una persona para representar a otra, al tiempo que sirve para indicar la calidad de una persona en condición de poder considerársele como centro atribuible de derechos, obligaciones y aplicación de normas jurídicas.

ROJINA VILLEGAS, manifiesta que el problema de la personalidad jurídica, proviene básicamente del derecho positivo, y un acto de unilateralidad de parte del Estado ya que es la ley la que establece a los entes que pueden gozar de personalidad jurídica y aquellos que no la tienen, y ésto como consecuencia les otorga derechos y obligaciones.

Lo que deriva de la falta de personalidad jurídica en la Asociación en Participación es que no se le otorgue un patrimonio, una denominación, una nacionalidad, un domicilio, algo de lo que caracteriza a una sociedad mercantil, cualquiera que esta sea.

La personalidad jurídica de una Asociación en Participación, bien puede ser el reconocerle como una sociedad no oculta, sino como una Sociedad Irregular, debido a que es notorio que no se le puede mantener en secreto debido a que el Código Fiscal de la Federación establece que deberá anotarse al lado de la razón social o denominación las palabras Asociación en Participación o sus siglas A. en P. siendo persona física o moral, y en el entendido de que sea de una persona moral.

Digamos un ejemplo, RELOJES DE MÉXICO S.A. A. en P. existiría una clara confusión, pues supongamos que esta persona moral vende y repara relojes de pulso, pero se ha unido a través de un contrato de Asociación en Participación, para transportar automóviles, es decir dos actividades distintas, que la ley no las limita siempre y cuando sean apegadas a derecho y a las buenas costumbres y la moral.

A simple vista las terceras personas no sabrán que esa Asociación en Participación se dedica a comerciar con artículos de piel al ver la primera denominación.

Entonces sentirán desconfianza al no estar inscritas ante el Registro Público del Comercio ni en una escritura pública, porque en ese supuesto anterior, el negocio de los relojes es muy aparte que el de transportar automóviles.

En numerosas ocasiones nos preguntamos acerca de cómo a un simple contrato asociativo se le dará personalidad jurídica, pero lo que se pretende con esta tesis no es eso, sino que a través de ese contrato crear un nuevo ente jurídico, como en una sociedad mercantil, a lo que se le otorga personalidad jurídica no es al contrato constitutivo, sino a la nueva sociedad o ente que se crea de él.

4.3.2 LA DENOMINACIÓN.

En lo que se refiere a la Denominación o Razón social, podemos decir que tiene gran relación en lo que respecta a la Asociación en Participación, que se le considera como una sociedad irregular o se le quiere dar el carácter de oculta, y justo como anteriormente lo hemos dicho, la Asociación en Participación al momento de no contar con una personalidad jurídica propia por ende no puede contar con una denominación o siquiera con alguna otra característica de cualquier tipo de sociedad mercantil.

Según como lo dispone el artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, agregado anteriormente.

En tal caso, la misma ley dispone que la denominación o razón social no existe porque el asociante actúa y lleva a cabo actividades mercantiles a su propio nombre, no al de la Asociación en Participación.

ARTÍCULO 256. - El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados.

Sin embargo, el maestro MANTILLA MOLINA nos explica que si se le llegara a dar una Denominación o Razón social a la Asociación en Participación, entonces, se comenzará a ostentar de una personalidad jurídica que no tiene, pero además nos dice que *"podemos decir que está excediéndose el asociante de sus atribuciones, está rompiendo el marco de la asociación en participación para crear una apariencia de sociedad, que en rigor, no existe, o cuando menos no está creada con las formalidades legales; lo cual pone en presencia de una sociedad irregularmente constituida"*⁹⁰

Precisamente lo que habla el maestro es lo que pretendemos llevar a cabo a través de esta tesis. Pero continuando con el tema, para la materia fiscal, la denominación se debe entender de la siguiente manera.

ARTÍCULO 17-B.- Para los efectos de las disposiciones fiscales....

... **La asociación en participación se identificará con una denominación o razón social, seguida de la leyenda A. en P. o en su defecto, con el nombre del asociante, seguido de las siglas antes citadas.** Asimismo, tendrán, en territorio nacional, el domicilio del asociante.

⁹⁰ MANTILLA Molina Roberto L. Op. Cit. Pp. 202.

De esta manera, podemos entender que una vez más el Código Fiscal de la Federación le concede características a la Asociación en Participación que no le concede la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Tal es el caso que la Asociación en Participación se parece no solamente a una sociedad en nombre colectivo, la cual en la Ley General de Sociedades Mercantiles le imponen como supletoria, sino que la Asociación en Participación se parece mucho a la figura de la Sociedad en Comandita Simple, como la ley de la materia societaria.

ARTÍCULO 51.- Sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

El motivo de la comparación es muy simple, al analizar la figura de la Asociación en Participación y la Sociedad en Comandita Simple, además de que comparten un ascendiente histórico, que es la *commenda*, vemos que al hacer una simple analogía, permitiéndonos hacerla al contemplar que la Ley General de Sociedades Mercantiles así también lo hace y simplemente no lo prohíbe.

Observamos lo siguiente, la Asociación en Participación, nos dice el Código Fiscal, va a tener denominación, razón social o bastará con el nombre del Asociante.

La Sociedad en Comandita Simple va a existir bajo una razón social, de tal modo que la razón social se forma con el nombre de uno o más socios comanditados y cuando en esta no figuren todos los nombres de los socios, lo que ha de hacerse es agregarse la palabra "y compañía" o bien, otras similares.

Los socios Comanditados, que en este caso lo cubre la figura del Asociante, van a responder los dos subsidiaria, ilimitada y solidariamente frente a terceros. Los socios Comanditarios al respecto de las responsabilidades solamente se van a cubrir hasta el monto de las aportaciones hechas.

De alguna manera la Asociación en Participación no por estar comprendida en la Ley General de Sociedades Mercantiles ni tampoco por encontrarse posicionada inmediatamente después de las mismas sociedades se va a pretender que sea una de ellas.

Pero si en el sentido de que a la Asociación en Participación se le compara analógicamente con las Sociedades Mercantiles, con la del Nombre Colectivo en el caso de la ley de sociedades, sino con cualquiera otra por el Código Fiscal de la Federación. Y con la Sociedad en Comandita Simple, por nosotros.

4.3.3 EL PATRIMONIO.

Como bien sabemos, el Patrimonio es una característica esencial de una sociedad mercantil, y a la Asociación en Participación no se le concede ese privilegio debido a la tan mentada falta de personalidad jurídica que padece, entonces se presume que el propietario de los bienes de la Asociación es el asociante o gestor.

Lo que sucede es que el asociado va a conceder a los asociantes bienes o servicios a cambio de una participación en las utilidades, así como también en las pérdidas derivadas de una o varias negociaciones de comercio.

Como sabemos la aportación puede consistir en un bien mueble o inmueble, en dinero o liquidez, también en trabajo como socio industrial, el goce de bienes o algún servicio.

De esa forma el propio artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles estipula que.

ARTÍCULO 257.- Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el Comercio. Aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.

Por lo consiguiente se piensa que no existe un patrimonio social, porque frente a terceros no se exterioriza el monto del patrimonio, aunque hay sociedades que tampoco lo exteriorizan, aunque si lo hacen en la escritura constitutiva, pero analógicamente comparemos el posible pacto que pueden realizar el Asociante y el Asociado al respecto de crear un patrimonio común o "social".

Pero en el caso en que no se llegue o realice el pacto al respecto por ende, las aportaciones llegarían a ser patrimonio o propiedad del gestor. Excepto si se estipula que la propiedad del bien no la dejará el Asociado.

De cualquier forma existe un patrimonio común que se forma independientemente de las aportaciones que hagan los asociados, ese patrimonio se forma de las ganancias y pérdidas, justo como en una sociedad mercantil regular e irregular, el activo y pasivo.

4.3.4 EL DOMICILIO.

Para efectos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no puede contar la Asociación en Participación con un domicilio propio, entonces deberá bastarle con utilizar el domicilio del Asociante.

El tratadista SOLÁ DE CAÑIZARES indica al respecto que *"no puede haber un domicilio común, ni la asociación en participación, como tal, no puede tener sucursales ni agencias, lo único que existe es el domicilio legal del gestor"*⁹¹

Sin embargo, el Código Fiscal de la Federación establece que la Asociación en Participación debe contar con un domicilio fiscal justo como el de las personas morales, desde luego estamos en el entendido que el mismo código, establece que a la Asociación en Participación la considera como una persona moral.

Artículo 10.- Se considera domicilio fiscal:

I. Tratándose de personas físicas:.....

.... II. En el caso de personas morales:

a) Cuando sean residentes en el país, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio.

b) Si se trata de establecimientos de personas morales residentes en el extranjero, dicho establecimiento, en el caso de varios establecimientos, el local en donde se encuentre la administración principal del negocio en el país, o en su defecto el que designen.

Las autoridades fiscales podrán practicar diligencias en el lugar que conforme a este artículo se considere domicilio fiscal de los contribuyentes, en aquellos casos en los que éstos hubieran designado como domicilio fiscal un lugar distinto al que les corresponda de acuerdo con lo dispuesto en este mismo precepto. Lo establecido en este párrafo no es aplicable a las notificaciones que deban hacerse en el domicilio a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 18 de este Código.

Mientras no se le brinde una personalidad jurídica propia a la Asociación en Participación su domicilio se entenderá con el Asociante.

⁹¹ SOLA Cañizares, de Felipe: Op. Cit. Pp. 128.

4.3.5 LA NACIONALIDAD.

Por consiguiente, la nacionalidad de la Asociación en Participación va a seguir la misma suerte que la nacionalidad del Asociante o gestor. Solo recordemos lo que anteriormente analizamos, como son los artículos relativos a la nacionalidad, el 17, 17-A de la ley de Inversión Extranjera y los relativos y vistos de la Ley de Nacionalidad.

Sin embargo, si el Asociante, es persona física o moral, es extranjero se le requerirá estrictamente que cumpla a su entera cabalidad con los dogmas establecidos en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así como lo dispuesto por la Ley de Nacionalidad, ambas legislaciones vigentes para el Estado Mexicano, además de las demás gestiones requeridas y necesarias para tal efecto.

En relación a la nacionalidad, el Código Fiscal de la Federación prevé.

ARTÍCULO 17-B.- Para los efectos de las disposiciones fiscales, se entenderá por asociación en participación al conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio y siempre que las mismas, por disposición legal o del propio convenio, participen de las utilidades o de las pérdidas, derivadas de dicha actividad. **La asociación en participación tendrá personalidad jurídica para los efectos del derecho fiscal cuando en el país realice actividades empresariales, cuando el convenio se celebre conforme a las leyes mexicanas o cuando se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 9o. de este Código. En los supuestos mencionados se considerará a la asociación en participación residente en México.**

Existen diversas teorías que dicen que la nacionalidad de las Sociedades Mercantiles depende básicamente de tres aspectos.

- 1) La Nacionalidad de los socios; o al menos de la mayoría de las partes sociales o de las acciones.
- 2) El país donde se encuentre o se haya constituido la Sociedad Mercantil. Y
- 3) Conforme a la nacionalidad de las leyes con que fue constituida.

Es preciso seguir esos lineamientos al no estar dispuesto entera y precisamente en la legislación aplicable, es decir, en el capítulo reservado para las Asociaciones en Participación.

4.4 EFECTOS JURÍDICOS CON TERCEROS.

Debido a la carente o falta personalidad jurídica propia, la Asociación en Participación no puede constituirse en un ente jurídico distinto de las personas que han decidido contratar para crearle, en nuestro país principalmente, el "socio" que aporta básicamente la mayoría de los bienes a la asociación, es decir, el Asociado, se va a mantener siempre oculto, pero el anonimato va a quebrarse, en el momento en el que el Asociante decida otorgarle un poder especial para realizar algún negocio mercantil.

Pero en nuestro derecho societario, principalmente el que exteriormente tiene contacto con las terceras personas, con las cuales va a llevar a cabo uno o más negocios jurídicos, es el Asociante, estos negocios, en México no se permiten efectuar a nombre de la Asociación, sino a nombre propio del Asociante, aún con el poder mismo otorgado, por el Asociante al Asociado donde se especifica que por tratarse de un poder o mandato, el Asociado actuará a nombre del poderdante.

Sin embargo, al respecto como Derecho Comparado, tengamos en cuenta que en Francia se establece que ambos contratantes, (Asociante y Asociado) puedan realizar actos u operaciones de comercio con terceros, a su propio nombre, como si fueran Asociantes, desde luego sin que la negociación mercantil de cualquiera de estos llegue a arriesgar el patrimonio de aquellos "socios" ya sean más asociados o el asociante, aquellos que fueron ajenos a tal negocio, en el entendido de que cada uno actúa y responde a nombre propio.

No obstante, en nuestra legislación mercantil no se prevé que si los terceros adquieren derechos y obligaciones solamente con el Asociante, porque este tiene un dominio exclusivo sobre el patrimonio propio y del Asociado, "*dominus a nomine proprio*"; en tal caso el Asociante ha de responder tanto de operaciones adquiridas por él mismo, como por las de consecuencia de la asociación.

Es entonces que es evidente el error, debido a que los mismos acreedores no obtienen una seguridad, ya que al momento en que el Asociante incurra en un error, dolo o mala fe y se responsabilice por más deuda que la que puede pagar, los acreedores no podrán ejercitar sobre el o los asociados o sobre un patrimonio social, porque a pesar de que exista un fondo común, ninguna ley prevé que la Asociación en Participación pueda tener un patrimonio social al cual echarle mano en caso necesario y para los fines que es creado el patrimonio de cualquier sociedad mercantil.

De igual forma, el Asociante se ha de representar él mismo, más no así a una Asociación de la cual es participe y tiene a cargo su gestión, en cuestiones jurídicas, en juicio, y como vimos ante terceros.

4.5 FORMAS DE TERMINACIÓN.

Según lo estipula el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la forma de disolverse y liquidarse, es decir, las formas de terminación de la Asociación en Participación, se van a dar de la siguiente manera.

ARTÍCULO 259.- Las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo.

No obstante, antes de ver las formas de terminación, debemos entender las causas por las cuales se da por terminada a la Asociación en Participación. Pero como no hay otras disposiciones aplicables, más las que por lógica le corresponden a todas las sociedades mercantiles, veamos que la ley general de la materia mercantil.

ARTÍCULO 229.- Las sociedades se disuelven:

- I.- Por expiración del término fijado en el contrato social;
- II.- Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado;
- III.- Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la Ley;
- IV.- Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona;
- V.- Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

Luego de ver las causas generales, en lo referente a las formas de terminación de la Asociación en Participación, se aplicarán las normas de la Sociedad en Nombre Colectivo, donde encontramos en la misma ley recientemente nombrada lo que a continuación se presenta.

ARTÍCULO 50.- El contrato de sociedad podrá rescindirse respecto de un socio:

- I.- Por uso de la firma o del capital social para negocios propios;
- II.- Por infracción al pacto social;
- III.- Por infracción a las disposiciones legales que rijan el contrato social;
- IV.- Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía;
- V.- Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.

Existen para la Asociación en Participación casi dos formas básicas de disolverse o de terminarse. La disolución y liquidación, decimos casi dos, porque como lo vimos anteriormente, la disolución y la liquidación van de la mano, son digamos, una sola forma, porque parten de un mismo proceso aunque dividido en dos etapas. Y casi la otra es la Quiebra, debido a que para la Asociación en Participación esta figura se vuelve un tanto anómala, pues no obstante que si se cae en quiebra, ésta se restablece a si misma, es decir, se recupera de inmediato de la quiebra, entonces significa que no hay quiebra como tal. Lo cual es un tanto confuso, pues como sabemos la Sociedad Colectiva prevé a la quiebra como forma de terminación.

Quiebra. En tal caso, la quiebra se manifiesta de la siguiente manera, según la Ley de Concursos Mercantiles, el Asociante al caer en quiebra, no puede producir la misma suerte hacia los Asociados, tiene el mismo efecto si la quiebra se produce de algún Asociado, es pues que la Asociación en Participación no quiebra.

ARTÍCULO 167 El Comerciante en concurso mercantil será declarado en estado de quiebra cuando:

- I. El propio Comerciante así lo solicite;
- II. Transcurra el término para la conciliación y sus prórogas si se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de lo previsto en esta Ley, o;
- III. El conciliador solicite la declaración de quiebra y el juez la conceda en los términos previstos en el artículo 150 de esta Ley.

De tal suerte que en la quiebra del Asociante los Asociados caén en cuenta como sus acreedores, después de sacar la diferencia resultante desde luego de haber pagado las cantidades que estuvieren obligados a aportar en lo que respecta a la función que tienen los Asociados.

En efecto, como dice el maestro GARCÍA RENDÓN, "*los asociados tendrán derecho a recuperar, en moneda de quiebra, las cantidades que hubieren aportado, más las utilidades que les correspondan.*"⁹²

Lo que nos trata de decir el maestro Manuel García es que la propiedad que debido a la naturaleza del contrato de Asociación en Participación, por ende se le trasladó al Asociante, en tal caso, el Asociado no figura como parte de la misma, sino como un acreedor que se le va a rembolsar las utilidades y capital que se produjeron con las operaciones mercantiles, excepto los bienes que aportó, porque estos pasaron al patrimonio del Asociante.

⁹² GARCÍA Rendón, Manuel. Op. Cit. Pp.613

Esto, realizando la operación de pagar sus deudas contraídas con el Asociante, para luego cobrar en moneda de quiebra las cantidades de las que resulte acreedor, estas desde luego, van a ser el resultado de los negocios mercantiles en los cuales se asoció. Pudiendo además presentarse como acreedor del importe de la cantidad que haya aportado a la asociación.

La quiebra se da al momento de no haber solvencia económica, o que las deudas o el pasivo sea superior a las ganancias o al activo. Además es debido que se declare por sentencia judicial. La quiebra desde luego tiene como finalidad, el que se liquide el patrimonio del deudor, para repartirlo legítimamente, según les corresponda entre los acreedores.

Disolución y Liquidación. Debido a que el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé que la Asociación en Participación, a falta de convenio expreso, se ha de disolver y liquidar conforme a las reglas de la Sociedad en Nombre Colectivo, es preciso nombrar las formas que tiene ésta última de hacerlo.

Por falta de estipulación específica para la Sociedad Colectiva, la disolución y liquidación se van a dar según lo dispuesto para las sociedades mercantiles en general. Sin embargo, como las hemos abarcado ya en el capítulo anterior, sólo lo mencionaremos a manera de remembranza.

Entonces, la Disolución es propiamente la resolución o el finiquito de un acto jurídico, el cual en este caso consiste en la creación de una sociedad mercantil, sin embargo la personalidad jurídica no se da por terminada, hasta que se resuelva el último paso que incuestionablemente va enlazado al primero, como sabemos ese segundo paso es la liquidación. De esta manera la forma de disolución que prevé la ley de sociedades mercantiles es, Total y Parcial, respectivamente los artículos que prosiguen.

ARTÍCULO 229 - Las sociedades se disuelven:

- I.- Por expiración del término fijado en el contrato social;
- II.- Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado;
- III.- Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la Ley;
- IV.- Porque el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo que esta Ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona;
- V.- Por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

ARTÍCULO 230.- La sociedad en nombre colectivo se disolverá, salvo pacto en contrario, por la muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios, o por que el contrato social se rescinda respecto a uno de ellos...

Acerca de la Liquidación, como bien lo vimos es el conjunto de operaciones o gestiones necesarias para llevar a cabo la terminación total y definitiva de la sociedad mercantil de que se trate, a través de convertir el capital social en liquidez y al estar en ese estado repartirla a quienes corresponde.

En efecto, la liquidación de las sociedades mercantiles se divide en dos clases, la liquidación judicial y la no judicial. La primera se refiere a que deviene de una sentencia emitida por un juez que declara la quiebra o nulidad de la sociedad, por tener un objeto ilícito o por realizar actos ilícitos y dolosos. La Liquidación no judicial, es simplemente la que tiene su fundamento en alguna de las causales de disolución vistas con antelación.

4.6 EL POR QUÉ RECONOCER A LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN COMO UNA SOCIEDAD MERCANTIL.

Este es quizá el tema que ha de competernos con una mayor fuerza, debido a que aquí llega el planteamiento hecho en la presente tesis, así como la humilde propuesta que se realiza.

El planteamiento que se ha realizado a lo largo de los capítulos, recae propia y directamente en que nuestro derecho societario pueda pretender dotarle de Personalidad Jurídica a la Asociación en Participación, o al menos el reconocimiento de que sea considerada como sociedad irregular, debido a que como hemos visto, tan solo basta de eso para que se le llegue a considerar o no como una Sociedad Mercantil. Al respecto, podemos decir que a las Sociedades Mercantiles no se les reconoce una personalidad jurídica propia, sino que distinta a la de los socios, no obstante, en efecto, se crea un nuevo ente a través del contrato de sociedad y a éste es al que se le dota de derechos y obligaciones.

Ahora bien, en lo que se refiere a las Sociedades Mercantiles Irregulares, la ley hace una excepción y les dota de personalidad jurídica aún sin cumplir con los requisitos estipulados por la ley para su nacimiento.

El maestro Mantilla nos dice que para determinados juristas, la Asociación en Participación es un peculiar tipo de Sociedad Mercantil, es entendida apropiadamente como una sociedad especial, o bien se le contempla si como un contrato, pero muy cercano a una sociedad mercantil.

Como lo explica el mismo MANTILLA MOLINA, *"Hoy en día la asociación en participación se encuentra regulada por la mayor parte de los códigos de comercio, y si bien perfilada de diversos modos, siempre conserva rasgos tales que permiten incluirla dentro del concepto genérico de sociedad, como su tipo más sencillo y menos formalista"*⁹³

Continúa diciendo Mantilla, que en si la Personalidad moral no es algo que sea tan importante, debido a que en algunos países como Italia, Alemania, Inglaterra y en la misma Roma, carecían las Sociedades Mercantiles de la tan preciada personalidad jurídica y aún así prevalecían y realizaban actos de comercio.

Al respecto, afirma éste jurista que, *"no puede considerarse como un carácter esencial de la sociedad la existencia de la personalidad moral; tampoco la que es el fundamento de ésta: la existencia de un fondo común, que constituye su patrimonio. La falta de esos caracteres en la asociación en participación no permite negarle de manera absoluta el carácter de sociedad, aunque si marca una clara línea de diferenciación entre este tipo de sociedad y las demás sociedades mercantiles."*⁹⁴

Con esa afirmación del doctrinario analicemos propiamente lo que compete a la legislación mercantil, ya que ésta nos dice que la Asociación en Participación, no está contemplada como una sociedad mercantil, porque no la reconoce dentro de éstas en su numeral primero.

Nosotros una vez mencionamos que la Asociación en Participación, ha de parecerse más a una Sociedad en Comandita, porque incluyen en sus antecedentes las mismas bases, la *commenda*, y el ahora decir que la Asociación es en si una Sociedad Colectiva o en Nombre Colectivo, no es retractarse de lo dicho, sino más bien reforzarlo, pues todas las sociedades mercantiles van a provenir a final de cuentas de la primera sociedad, la Sociedad en Nombre Colectivo. De cualquier modo, la Asociación en Participación se parece más a una sociedad mercantil que a cualquiera otra cosa.

Pero retomando, es ésta misma Ley de sociedades, la que regula a dicha asociación, y esta demostración aparenta que la norma mencionada, no pretende apartarla de las demás sociedades mercantiles, ya que en ese sentido, a falta de estipulación en el contrato, la Asociación en Participación ha de funcionar, se ha de disolver y liquidar según lo establecido para la Sociedad en Nombre Colectivo y por lo consiguiente la aplicabilidad a las estipulaciones de las Sociedades Mercantiles en general.

⁹³ MANTILLA Molina, Roberto L. Op. Cit. Pp. 195.

⁹⁴ MANTILLA Molina, Roberto L. Op. Cit. Pp. 198.

Asimismo, el Código Fiscal de la Federación emplea que las Asociaciones en Participación van a llevar el mismo sistema que las Personas Morales, nos permitimos repetirlo.

ARTÍCULO 17-B.- Para los efectos de las disposiciones fiscales, se entenderá por asociación en participación al conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio y siempre que las mismas, por disposición legal o del propio convenio, participen de las utilidades o de las pérdidas, derivadas de dicha actividad. **La asociación en participación tendrá personalidad jurídica para los efectos del derecho fiscal** cuando en el país realice actividades empresariales, cuando el convenio se celebre conforme a las leyes mexicanas o cuando se dé alguno de los supuestos establecidos en el artículo 9o. de este Código. En los supuestos mencionados se considerará a la asociación en participación residente en México.

La asociación en participación estará obligada a cumplir con las mismas obligaciones fiscales, en los mismos términos y bajo las mismas disposiciones, establecidas para las personas morales en las leyes fiscales. Para tales efectos, cuando dichas leyes hagan referencia a persona moral, se entenderá incluida a la asociación en participación considerada en los términos de este precepto.

Esto es sin duda importante, pues a pesar de que lo referido en este artículo citado, es en la forma de tributar de la Asociación en Participación, por el contrario a lo que se pudiera pensar, es un salto importante el que una ley diferente o ajena a la materia mercantil, opine y disponga acerca de dicha asociación y sobre todo que le otorgue el carácter de Sociedad Mercantil, algo que ni siquiera ha hecho su propia legislación. Por otro lado, lo que el maestro Mantilla nos afirmó acerca de la poca importancia que tiene la atribución de la personalidad a las sociedades, hay que poner en consideración que para nuestro derecho societario, de la personalidad jurídica dependen que los sujetos sean dotados de derechos y obligaciones, entonces es preciso que para contemplar a la Asociación en Participación como una persona moral, primero hay que reconocerla como tal brindándole como se hace con cualquier sociedad, la posibilidad de crear un ente a partir de un contrato que pueda ser propietario de derechos y obligaciones.

Un jurista más que está de acuerdo en que la Asociación en Participación no tenga inconveniente alguno en que se le considere como sociedad es el maestro SOLA DE CAÑIZARES el cual afirma que *"la única noción universal de sociedad es la de que es una forma jurídica que permite a un grupo de personas una finalidad común"*⁹⁵

⁹⁵ SOLA Cañizares, Felipe de; Op. Cit. Pp. 13.

No excluye a la Asociación en Participación de las sociedades, tal como lo hace MANUEL BROSETA que dice que la A. en P. es un "contrato de colaboración económica entre el gestor y los partícipes, ligados ambos por una comunidad de fin y de intereses, lo que la aproxima a la sociedad sin que pueda identificarse con ella"⁹⁶

No obstante, BARRERA GRAF nos dice que considera a la Asociación en Participación como un contrato próximo al de sociedad, entonces nos dice que "no se trata de una sociedad *stricto sensu*, porque, fundamentalmente, los recursos o los esfuerzos a los que alude la definición de el artículo 2688 C. C. no se combinan para formar un fondo común, sino que se transmiten al asociante; y porque la Asociación en Participación no constituye ni forma una organización específica con órganos propios, ya que el asociante es el único que figura y actúa"⁹⁷.

A pesar de eso, es propio pensar que el Asociante es el "administrador" de la "sociedad", el representante; al respecto del fondo social, está probado que no está prohibido tener un fondo común para las operaciones mercantiles que realizan el Asociado y el Asociante y que de hecho la Asociación en Participación si tiene un fondo común, a pesar de que el Asociante actúa a nombre propio, lo que no tiene es un fondo social, porque no está reconocida por la Ley correspondiente como tal, pero lo que cambia es el nombre, no la esencia de este. En cualquier caso el tratadista, solo nos dice que no se considera *stricto sensu* pero, en general no niega en considerar a la Asociación como una sociedad mercantil.

Entonces, podemos tratar de hacer las diferencias entre una Asociación en Participación y una Sociedad Mercantil, para ver que la primera no es tan ajena, ni tan distinta a la segunda, según nuestro punto de vista.

a. En el contrato de Asociación en Participación no se crea un ente jurídico, por lo mismo tampoco una persona moral distinta a la de las partes. A este respecto diversos tratadistas afirman que este contrato de asociación no puede dar vida a una Sociedad Mercantil, porque no se logra ninguna sociedad a partir de un contrato, no obstante, lo que se consigue en un contrato social es la creación de una nueva persona jurídica, es decir, el nacimiento de una Sociedad Mercantil. Es por eso que es preciso, cambiar a la Asociación en Participación, otorgándole reconocimiento y más atención por parte de la ley, los legisladores y la misma doctrina, porque, este tema no es precisamente muy considerado por nuestros tratadistas.

b. La Asociación en Participación a diferencia de cualquier Sociedad Mercantil, como lo acabamos de ver, carece de personalidad jurídica, por lo consiguiente de atributos de la personalidad, como denominación, nacionalidad, domicilio, etc.

⁹⁶ BROSETA Pont, Manuel: "Manual de Derecho Mercantil", 5ª edición, Edit. Tecnos: España 1983; Pp. 352.

⁹⁷ BARRERA Graf, Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil" Op. Cit. Pp. 243.

Sin embargo, como lo hemos planteado anteriormente, no es que la Asociación en Participación carezca de todo eso, sino que simplemente no se le reconoce como tal, por ejemplo, la nacionalidad, igual que en una sociedad, es posible que se defina a través de la nacionalidad de la mayoría de los socios, o de los socios fundadores, es entonces que bajo ese principio, es posible otorgarle una nacionalidad que en este caso sería la del administrador o Asociante, lo mismo pasa con el domicilio y los demás atributos de la Asociación en Participación.

c. Asimismo a la A. en P. le faltan órganos de funcionamiento como los tiene cualquier sociedad, como una asamblea de socios, administradores, u órgano de vigilancia. Problema que bien puede ser resuelto al hacer un simple acto, reconocerle u otorgarle personalidad jurídica.

d. Los requisitos formales para la constitución de una Asociación en Participación es que se celebre por escrito, sin ser forzoso que se registre en escritura pública, ni en el Registro Público de Comercio, ni el permiso o registro de la Secretaría de Relaciones Exteriores. En el caso de las Sociedades Mercantiles, su escritura constitutiva debe cumplir con lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Mercantiles los cuales ya vimos y de repaso son.

Pero si es debido registrar el contrato de A en P si es que los bienes del Asociado así lo requieren, entonces la misma ley no está muy de acuerdo con ella misma, porque entonces no está prohibido ni es indebido registrar el contrato.

ARTÍCULO 6.- La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

- I.- Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;
- II.- El objeto de la sociedad;
- III.- Su razón social o denominación;
- IV.- Su duración;
- V.- El importe del capital social;
- VI.- La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización. Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije;
- VII.- El domicilio de la sociedad;
- VIII.- La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;
- IX.- El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;
- X.- La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;

- XI.- El importe del fondo de reserva:
- XII.- Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y
- XIII.- Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente....

En el contrato de Asociación en Participación, no son ajenas las disposiciones del precepto anterior, porque como lo vimos anteriormente, todo deberá estar contemplado en el contrato de Asociación en Participación para llevar a cabo una idónea Asociación, tal cual se haría, solo que por ley decretado, en una Sociedad Mercantil, de la misma manera, se contempla la supletoriedad en caso de olvido o descuido de haber contemplado algún estatuto, como para cualquier sociedad, esta es en la Sociedad en Nombre Colectivo.

Es por eso que no es equivocada la idea de hacer que la Asociación en Participación salga de "anonimato" en el que se encuentra, para así poder realizar las operaciones comerciales estando de acuerdo las leyes federales que se contradicen, que en este caso son la Ley General de Sociedades Mercantiles y el Código Fiscal de la Federación, porque es incongruente que se piense que la Ley General, diga que la Asociación en Participación es solamente un simple contrato, mientras que el Código Fiscal de la Federación, nos dice que se le otorga personalidad jurídica como a cualquier sociedad mercantil y que de hecho, debe tributar de esa misma manera, pero la pregunta que surge es, ¿Cómo va a tributar un simple contrato?, eso es ilógico, si entendemos que un contrato es sólo un instrumento, no un ente jurídico, por este mismo principio, es que las leyes fiscales le otorgan personalidad jurídica propia o al menos idéntica a la de una persona moral o sociedad mercantil perfectamente constituida o bien irregular.

Al respecto también la Ley del Impuesto Sobre la Renta (L.I.S.R) nos hace alusión en su numeral 8, de que esta ley considera a la Asociación en Participación como una persona moral.

ARTICULO 8. Cuando en esta Ley se haga mención a persona moral, se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y la asociación en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México....

De tal suerte que, no solamente el Código Fiscal de la Federación es el que resuelve al respecto de la Asociación en Participación, sino que por ende de que este ordenamiento obliga a tomar a la Asociación como persona moral, esta Ley de igual forma federal así también hace lo propio.

De este modo al ser considerada como una Persona Moral, la Asociación en Participación que pague honorarios o arrendamientos a Personas Físicas, o bien adquiera desperdicios para ser utilizados como insumo de su actividad industrial o para su comercialización, o en el caso de servicios de auto transporte terrestre de bienes prestados por Personas Físicas o Morales o por servicios prestados por comisionistas, cuando estos sean Personas Físicas, debe efectuar las retenciones y enteros del IVA que establece la propia Ley.

Por su parte está la Ley del Impuesto al Activo vigente para la República mexicana, nos establece, que harán los pagos provisionales de las actividades realizadas en el último ejercicio fiscal.

El Artículo 7-BIS de esta Ley y 20 de su Reglamento, establece que la Asociación en Participación, por conducto del asociante, cumplirá con la obligación de efectuar pagos provisionales y por cuenta propia será la de los asociados, este consistirá por el activo correspondiente a las actividades realizadas por esta Asociación, considerando para tales efectos el activo que correspondió a dichas actividades en el último ejercicio fiscal del Asociante. De tal suerte que se entiende que han de pagar el Impuesto al Activo las personas que no se encuentren en el numeral 6 de la correspondiente ley. Que a final de cuentas dice que los que deben pagar Impuesto Sobre la Renta deberán pagar Impuesto al Activo, y entre estas personas se encuentran las morales, y como a la Asociación en Participación las legislaciones fiscales la consideran como una de ellas, pues también debe pagar ese impuesto.

Asimismo el asociante y cada uno de los asociados, según se trate, para determinar el valor de su activo en el ejercicio, entonces adicionarán al valor del activo en el ejercicio correspondiente a las actividades relacionadas por la Asociación en Participación y por ende podrá acreditar el monto de los pagos provisionales de este impuesto efectuados por el asociante, según corresponda a los asociados.

Para efecto de los pagos conjuntos del Impuesto Sobre la Renta y del Impuesto al Activo, tratándose de una Asociación en Participación a través de la cual se realicen actividades empresariales, los asociados podrán acreditar el Impuesto Sobre la Renta a su cargo contra el Impuesto al Activo del ejercicio que por su cuenta haya sido efectivamente pagado por el Asociante, en los términos de la Ley del Impuesto al Activo y su Reglamento.

Como puede observarse, las disposiciones relativas al Impuesto al Activo siguen considerando contribuyente al asociante y asociados, situación que ya no es congruente con el Código Fiscal de la Federación, con la Ley del Impuesto Sobre la Renta y con la Ley del Impuesto al Valor Agregado, donde se considera a la Asociación en Participación como a las demás Personas Morales.

Entonces podemos entender que por lógica, aquellas Asociaciones en Participación que surjan por motivo de la celebración de un contrato o convenio deberán solicitar su inscripción al Registro Federal de Contribuyentes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los mismos términos y plazos que para las Personas Morales.

De acuerdo con las disposiciones jurídicas y fiscales señaladas se concluye que aún y cuando la Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica propia o al menos es reconocida como sociedad irregular para el derecho común, así como ninguna de las características de la personalidad como la razón o denominación social; para efectos fiscales deberá tributar bajo los mismos términos que una Persona Moral.

La respuesta a la interrogante del presente capítulo, es el evitar la incongruencia de las legislaciones pues, esto genera una confusión tanto en el derecho tributario, como en el derecho societario y en el contribuyente.

Entonces hace falta un trabajo legislativo adecuado, para que las Asociaciones en Participación estén en posibilidad de cumplir con sus obligaciones fiscales adecuadamente, además de replantearse los preceptos relativos en la Ley del Impuesto al Activo vigente para la República mexicana; es además, para ello una propuesta es simple.

Otorgarle a la Asociación en Participación la característica esencial que le hace falta, la Personalidad Jurídica diferente de la del Asociante y del o los Asociados, ya sea reconociéndola como jurídicamente plena Sociedad Mercantil o bien como una Sociedad Mercantil Irregular, ya que no hay algún impedimento para que esto pueda suceder.

CONCLUSIONES.

1. Lo que he intentado proyectar en el presente trabajo de investigación es incentivar el estudio, la observación, el análisis y nueva regulación de la figura de la Asociación en Participación, debido a que es notorio que en nuestro país no es común que a esta figura se le haga este tipo de investigación, de hecho, en otros países principalmente europeos, si contemplan esta figura con una mayor seriedad, aunque de igual forma han dejado un tanto de lado el estudio y evolución de la Asociación en Participación. Para nuestra doctrina muchas veces no merece más que una simple mención o una que otra palabra somera al respecto, con nuestra legislación pasa lo mismo que en nuestra doctrina, es decir, que existe un completo olvido o descuido del tema, al menos en la legislación mercantil, pues en el Derecho tributario, actualmente si contemplan a la Asociación en Participación como una figura de importancia equivalente a cualquier Sociedad Mercantil o persona moral.

2. En la actualidad la Ley General de Sociedades Mercantiles se encarga de regularla, pero solamente se le contempla escasamente mencionándola, sin tener unos preceptos bien definidos acerca de la Asociación, ya que deja que las partes establezcan los términos convenientes a su respecto, haciendo solo una mención de que de no hacerse en el contrato se ha de recurrir a lo que la Sociedad en Nombre Colectivo determine. Esto es como consecuencia de la falta de estudio y análisis de esta figura, sin embargo, a las demás sociedades mercantiles se les precisa que de no haber determinado en su totalidad los estatutos, se hará lo mismo que la Asociación en Participación, es decir, se recurrirá a la Sociedad en Nombre Colectivo; es por eso que considero que es preciso después de haberla reconocido como Sociedad Mercantil, crearle un cúmulo de artículos dedicados a ésta figura tal cual se tratara de una Sociedad Mercantil.

3. La naturaleza jurídica de la Asociación en Participación significa un problema que no ha sido resuelto de manera uniforme, ni en la doctrina, ni en la legislación, inclusive en el extranjero, y como lo hemos visto en la presente investigación, existe un momento en el que el Código Fiscal de la Federación, y por ende las demás disposiciones fiscales como la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en su artículo B que ya vimos, y de la Ley del Impuesto al Activo en el numeral 6, que dice.

ARTÍCULO 6.- No pagarán el impuesto al activo las siguientes personas:

1.- Quienes no sean contribuyentes del impuesto sobre la renta...

Del cual se entiende que pagarán el impuesto al activo, los que paguen impuesto sobre la renta, de entre esos contribuyentes está la Asociación en Participación.

Porque como ya hemos dicho, se contempla a la Asociación en Participación como una persona moral y le otorgan personalidad jurídica como si se tratara de una sociedad mercantil o persona moral o sociedad irregular, entonces en el momento en el que se considere a la Asociación en Participación como una sociedad, se prevé que la aplicación de las disposiciones previstas para aquellas sociedades reconocidas, se apliquen para la Asociación en Participación.

4. Se precisa de una estipulación legal sustentable como cualquier otra Sociedad Mercantil para que al igual que estas tenga desarrollo y viabilidad jurídica – mercantil, además de la tributaria. Esto considerando que el contrato de Asociación en Participación es de naturaleza asociativa, donde como hemos visto, existe como en una sociedad combinación de recursos y esfuerzos, un fin común, un objeto, particular, sujetos, voluntad de hacer negocios mercantiles, además que el Código Fiscal de la Federación le pide un nombre o denominación, etc.

5. El reconocimiento, le va a quitar esa incertidumbre jurídica de la cual es víctima la Asociación en Participación, ya que si bien es cierto que el Código Fiscal de la Federación la reconoce como a una Persona moral o la hace tributar como Sociedad Mercantil, es porque además de funcionar como tal, lo que fundamentalmente se buscó fue evitar la evasión fiscal a través de esta figura, pues precisamente al considerársele como un contrato, se hace imposible hacerle acreedor de impuestos, pues como bien sabemos los contratos no pueden tributar, pero lo que propongo no es que se le otorgue Personalidad Jurídica Propia a un contrato, sino que al igual que en cualquier Sociedad Mercantil a través del contrato se pueda crear una nueva persona jurídica, pues los únicos que tributaban al respecto de esta figura son las partes, pero ahora con lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación bien pueden hacerlo a través de la Asociación en Participación, encargándose de eso su "representante" que en este caso es el Asociante; hecho que se da en cualquier Sociedad Mercantil, su representante o administrador se encargará de hacer los pagos tributarios de la sociedad que se trate.

6. Reconocerle significa que necesariamente va a haber un Registro Público de Comercio, una alta del Registro Federal de Contribuyentes completamente legítimo, y a través de esta figura bien se puede realizar diversos negocios que van a servir para lograr una recaudación exitosa y al promover el uso de esta figura versátil se podrá incentivar la inversión privada, hablando desde asociación de empresarios o empresas de grandes capitales, hasta una asociación de campesinos, incluso.

7. Las partes de este contrato bien pueden funcionar legalmente como en una Sociedad Mercantil, ya que no hay ningún impedimento para ello, salvo que la Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica para el Derecho Mercantil. Por eso, para brindar una mayor seguridad a las personas que inviertan o que deseen hacer negocios con ésta, inclusive se fomentan las inversiones y el flujo de capital de las empresas, es menester reconocerla como sociedad.

8. Por lo tanto, considero que la Asociación en Participación es una opción factible para convertirse en una Sociedad Mercantil considerando sus antecedentes históricos y evolutivos. Además de las determinaciones de diversas legislaciones de considerarla como tal al encontrar que no hay ningún impedimento para que pueda suceder.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- CERVANTES Ahumada, Raúl; "*Derecho Mercantil*" Primer Curso; Edit. Herrero S. A.; 1975.
- 2.- VILLEGAS, Carlos Gilberto; "*Tratado de las Sociedades*"; Edit. Jurídica de Chile; 1995
- 3.- SOLÁ Cañizares, Felipe de. "*El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado*"; Edit. Revista de Derecho Privado. España, Madrid 1954
- 4.- BARRERA Graf, Jorge. "Las Sociedades en Derecho Mexicano". Segunda Edición; Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983
- 5.- BARRERA Graf, Jorge; "*Instituciones de Derecho Mercantil*"; Edit. Porrúa; Segunda Edición; México D.F. 1991
- 6.- BARRERA Graf, Jorge; "*Tratado de Derecho Mercantil*" Edit. Porrúa. México 1957
- 7.- MANTILLA Molina, Roberto L.; "*Derecho Mercantil*"; Edit. Porrúa; 27ª Edición; México D.F. 1990
- 8.- ROCCO, Alfredo; "*Principios de Derecho Mercantil*"; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid; 1931
- 9.- CABANELLAS, Guillermo; "*Diccionario Jurídico Elemental*"; 11ª ed; Edit. Heliasta; Argentina 1993
- 10.- ACOSTA Romero, Miguel y LARA Luna Julieta "*Nuevo Derecho Mercantil*" Edit. Porrúa México 2000
- 11.- GARCÍA Rodríguez, Salvador; "*Derecho Mercantil*"; 2ª edición; Edit. Porrúa ; México 1997.
- 12.- URIA, Roberto; "*Derecho Mercantil*"; 10ª edición; Edit. Imprenta Aguirre; España, 1976.
- 13.- VIVANTE, César; "*Tratado de Derecho Mercantil*"; Vol. 1; Traducción César Sillio ; Edit. Reus S.A Madrid 1932
- 14.- *Diccionario Enciclopédico Grijalbo*; Editorial Grijalbo; tomo 3; Madrid 1983
- 15.- *Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales*; Tomo IV; edit. Planeta Agostini; Madrid, 1987
- 16.- CASO, Antonio; "*Sociología*"; Edit. Limusa Wiley ; México, 1967.
- 17.- HOUPIN et Bosviex; "*Traité Générale des Sociétés*"; Paris 1925. Tomo I
- 18.- ECHAVARRI y Vivanco, José María; "*Comentarios al Código de Comercio*"; Valladolid; 1927
- 19.- RODRIGUEZ Rodríguez, Joaquín; "*Curso de Derecho Mercantil*". Edit. Porrúa ; 1996. Vol 1
- 20.- SANCHEZ Calero, Fernando; "*Instituciones de Derecho Mercantil*"; tomo 1; Edit. Mc Graw Hill; 10ª edición; Madrid 1997
- 21.- BRUNETTI, Antonio; "*Sociedades Mercantiles*"; Edit. Jurídica Universitaria; Serie Clásicos del Derecho Societario; Vol 1; 2001
- 22.- GARCÍA Domínguez, José; "*Sociedades Mercantiles*"; Edit. Ogs Editores S.A. de C. V.
- 23.- GARRIGUES, Joaquín; "*Curso de Derecho Mercantil*"; 9ª ed.; Edit. Porrúa; 1993.

- 24.-ATHIÉ Gutiérrez, Amado: "*Derecho Mercantil*"; 2ª edición; Edit. Mc. Graw Hill: 2002.
- 25.-GARCÍA Rendón, Manuel: "*Sociedades Mercantiles*"; 2ª edición; Edit. Oxford: 1999.
- 26.-Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales; Vol. II; Edit. Planeta Agostini; 1987
- 27.-BENITO, José de; "*La Personalidad Jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles*"; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid.1923
- 28.-BONNECASE, Julien; "*Tratado Elemental de Derecho Civil*"; Biblioteca Clásicos del Derecho; Vol. 1; Edit. Oxford;1999
- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado; Tomo XI; Edit. Selecciones del Reader's Digest
- 29.-PLANIOL, Marcel y RIPERT, Gerorges: "*Derecho Civil*"; Biblioteca Clásicos del Derecho; vol. 8; Oxford, 1999
- 30.-Diccionario de la Lengua Española; tomo II; Espasa 1984
- 31.-MARTÍNEZ Martínez, Pedro Coordinador; Et. AI : "*Guía Práctica de las Sociedades Mercantiles*"; 3ª edición; Madrid 1998
- 32.-CARBONE, Nicolás A. "*Escisión Patrimonial de Sociedades Comerciales*"; Edit. La Ley S.A.; Argentina 1980
- 33.-CABANELLAS, Guillermo; "*Diccionario de Derecho Usual*"; 20ª edición; Tomo IV; Edit. Heliasta; 1981
- 34.-RODRÍGUEZ Rodríguez, Joaquín; "*Tratado de Sociedades Mercantiles*" Tomo II; Edit. Porrúa.
- 35.-PINA Vara de, Rafael: "*Derecho Mercantil Mexicano*"; Edit. Porrúa.
- 36.- Enciclopedia Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation.

Tesis y Jurisprudencias.

- 37.- Amparo directo 6071/57. Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV, Cuarta parte. Página 92. Francisco Rivera Ayala. 8 de Septiembre de 1958.
- 38.- Amparo directo 5688/60. Bulmaro Carranza Cervantes. 17 de octubre de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época 6ª, Volumen LXXVI, página 22, Instancia Tercera Sala.
- 39.- Tomo LXXIX, Página. 1665.Lampe Alberto A. Y coag. 24 de enero de 1994. 4votos. Fuente: semanario Judicial de la Federación, Época 5ª,Instancia Segunda Sala.
- BROSETA Pont, Manuel; "*Manual de Derecho Mercantil*"; 5ª edición; Edit. Tecnos; España 1983
- 40.- Amparo en revisión 335/94. Sonia Katia Rodríguez Campos. 31 de agosto de 1994. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIV-Noviembre. Tesis: III. 2o. C. 420 C. Página: 415. Octava Época.
- 41.- Amparo en revisión 451/89. La Luz, S.A. de C.V. 7 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tesis: Página: 484

43.- Amparo directo 2400/89. María Carolina Zapata Narváez. 17 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

Páginas Web.

- 44.- [www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/Delgadillo%20Felipe- DerMer.htm](http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/Delgadillo%20Felipe-DerMer.htm). Dic / 2004
- 45.- www.gestiopolis.com/recursos2/documentos/fulldocs/eco/socmercan.htm
- 46.- www.monografias.com/informacion/index.phtml?n=1085=15
- 47.- [www.cddhcu.gob.mx/ley info/](http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/)
- 48.- www.ordenjuridico.gob.mx/

Legislaciones.

- 49.- CÓDIGO DE COMERCIO. 2005.
- 50.- CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL. 2005
- 51.- CÓDIGO CIVIL FEDERAL. 2005
- 52.- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES. 2005
- 53.- CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACION. 2005
- 54.- LEY DE NACIONALIDAD. 2005
- 55.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2005
- 56.- LEY DE CONCURSOS MERCANTILES. 2005
- 57.- LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA. 2005
- 58.- LEY DEL IMPUESTO AL ACTIVO. 2005