



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN
MAESTRÍA EN DERECHO

TEMA: “LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN
Y SU INCLUSIÓN COMO CONTRATO
EN EL CÓDIGO DE COMERCIO”

MAESTRANTE: MENES SALINAS CLAUDIA ZULIAM

ASESOR: MTRO. ÁNGEL MUNGUÍA SALAZAR.





Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO PRIMERO	1
MARCO CONCEPTUAL	1
1. ACTO DE COMERCIO	1
1.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 75 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE ACUERDO AL CRITERIO OBJETIVO Y SUBJETIVO	5
1.2 SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL	7
1.2.1 Comerciante	7
1.2.1.1 Comerciante Persona Física	9
1.2.1.2 Comerciante Persona Moral	16
1.2.1.3 Comerciante Anómalo o Accidental	17
1.2.1.4 Auxiliares Mercantiles	19
1.3 OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES	21
1.4 SOCIEDAD MERCANTIL	25
1.4.1 Concepto	25
1.4.2 Personalidad Jurídica	29
1.4.3 Atributos de la personalidad	32
1.4.3 Estatutos del Acta Constitutiva y Estructura Orgánica de la Sociedad Mercantil	34
1.4.3.1 Los socios	35
1.4.3.2 Nombre	37
1.4.3.3 Objeto Social	38
1.4.3.4 Duración	39
1.4.3.5 Aportación social	40
1.4.3.6 Capital social	42
1.4.3.6.1 Clases de capital social	43
1.4.3.7 Fondo de reserva	44
1.4.3.8 Órganos Sociales	47

1.4.3.8.1 Asamblea de socios	47
1.4.3.8.2 Órgano de administración	49
1.4.3.8.3 Órgano de vigilancia	51
1.4.4 Procesos de Constitución	52
1.4.4.1 Proceso Simultáneo	52
1.4.4.2 Sucesiva o Suscripción Pública	53
1.4.5 Sociedades de Personas	54
1.4.5.1 Sociedad en Nombre Colectivo	56
1.4.5.2 Causas de Recisión del contrato de sociedad respecto de un socio	58
1.4.5.3 Causas de disolución	59
1.5 SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE	60
1.6 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES	61
1.7 CONTRATOS MERCANTILES	65
1.7.1 Concepto	66
1.7.2 Reglas Generales de los contratos mercantiles	67
1.7.3 Formación del Contrato	74
1.7.3.1 Elementos de Existencia	75
1.7.3.1.1 Consentimiento	75
1.7.3.1.1.2 La Oferta	76
1.7.3.1.1.3 La Aceptación	78
1.7.3.1.2 Objeto	80
1.7.3.1.3 Solemnidad	83
1.7.3.2 Elementos de Validez	84
1.7.3.2.1 Capacidad	84
1.7.3.2.2 Forma	86
1.7.3.2.3 Licitud	88
1.7.3.2.4 Ausencia de vicios en el consentimiento, objeto o fin.	89
1.7.3.2.4.1 Error	90
1.7.3.2.4.2 Dolo	91

1.7.3.2.4.3 Lesión	93
1.7.3.2.4.4 Violencia o temor	94
CAPÍTULO SEGUNDO	97
LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN	97
2. CONCEPTO	97
2.1 NATURALEZA JURÍDICA	99
2.2.1 <i>Carácter contractual</i>	100
2.2 CARACTERÍSTICAS	101
2.2.1 <i>Ausencia de personalidad</i>	101
2.2.2 <i>Falta de patrimonio propio</i>	103
2.2.3 <i>Carácter oculto de la asociación en participación</i>	104
2.2.4 <i>Carácter asociativo</i>	106
2.2.5 <i>Carácter bilateral</i>	109
2.2.6 <i>Contrato de colaboración</i>	110
2.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO	112
2.3.1 <i>Consentimiento</i>	112
2.3.2 <i>Objeto de la asociación en participación</i>	114
2.3.3 <i>Motivo de la asociación en participación</i>	114
2.3.4 <i>Forma</i>	115
2.3.5 <i>Capacidad</i>	116
2.4 ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO	116
2.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	117
2.5.1 <i>Obligaciones del asociado</i>	118
2.5.2 <i>Obligaciones del asociante</i>	120
2.5.3 <i>Derechos del Asociado y Asociante</i>	121
2.5.3.1 <i>Entrega de la aportación</i>	121
2.5.3.2 <i>Rendición de cuentas y derecho de control</i>	122
2.5.3.3 <i>Restitución de los bienes aportados</i>	123
2.5.3.4 <i>Percepción de utilidades y pérdidas</i>	124

2.5.3.5 Relaciones con terceros	124
2.5.3.6.1 El asociado y los terceros	126
2.5.3.6.2 Obligación solidaria del asociado	127
2.5.3.6.3 Obligación directa del asociado	128
2.5.3.6.3.1 Acción subrogatoria	128
2.5.3.6.3.2 Acción pauliana	129
2.6 EXTINCIÓN DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN	130
2.6.1 Extinción de la asociación conforme a la ley	130
2.6.2 Expiración del término fijado en el contrato	131
2.6.3 Imposibilidad de cumplir con el objeto	131
2.6.4 Acuerdo de las partes	132
2.6.5 Supuesto de la facción IV del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.	132
2.6.6 Muerte de alguna de las partes	133
2.6.7 Exclusión del asociado	133
2.6.8 Rescisión de la asociación en participación	134
2.6.9 Denuncia del contrato	134
2.6.10 Otras causas de extinción	135
2.6.7 Liquidación de la Asociación Participación	136
CAPÍTULO TERCERO	139
DERECHO COMPARADO	139
3.1 TERMINOLOGÍA	139
3.2 ESPAÑA	140
3.3 FRANCIA	147
3.4 ITALIA	147
3.5 GUATEMALA	148
3.6 BRASIL	148
3.7 COLOMBIA	148
3.8 CHILE	152

3.9 ARGENTINA	154
CAPÍTULO CUARTO	158
PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN PARA SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO	158
CONCLUSIONES	165
BIBLIOGRAFÍA	170

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda la problemática doctrinal, normativa y pragmática identificada en el contrato de Asociación en Participación (en adelante A. en P.) el cual, actualmente esta regulado en el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM) como un contrato de carácter asociativo en donde a una de las partes que aporta bienes o servicios se le hace participe de las pérdidas o ganancias de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

De tal descripción se deriva la cuestión por resolver, pues como es de observarse, la A. en P. está contemplada dentro de una ley que regula a las sociedades mercantiles mezclando en su reglamentación normas que son contradictorias, pues para algunos supuestos es tratada como una sociedad y en otros como un contrato.

Es por ello, que al desentrañar en esta investigación su naturaleza jurídica planteamos las siguientes hipótesis: primera, que de acuerdo a la Teoría Alemana del Acto Jurídico el contrato de A. en P., es un negocio jurídico completamente distinto al de sociedad; segunda, que no tiene elementos suficientes para considerarla sociedad mercantil, tercera que su regulación actual no obedece a la realidad contractual que se vive en estos tiempos y cuarta que su regulación actual provoca una incertidumbre jurídica para quienes la celebran.

Y una vez que se hayan demostrado las hipótesis enunciadas, es que se propone que deje de estar regulada dentro del capítulo XIII de la LGSM y se incluya como un contrato típico en el Título Sexto, adicionando un Capítulo V denominado de la Asociación en Participación al Código de Comercio vigente.

Para cumplir con ese propósito, nos posicionamos en la Teoría Tridimensional de Miguel Reale el cual postula una concepción integral del derecho, donde se interrelacionan el hecho, la norma y los valores.

Visión que compartimos pues explica que el Derecho debe ser entendido como una unidad que esta integrado por los tres elementos citados, y esta triple

dimensión de hecho, valor y norma constituye un verdadero complejo fáctico, axiológico y normativo.

Es hecho porque el hombre esta metido en una realidad de hombres, relaciones y objetos, valor por cuanto a lo axiológico es una dimensión humana específica que lo proyecta a lo valioso, a lo justo y norma porque estas relaciones están reguladas por reglas o pautas emanadas del Estado con carácter imperativo-atributivo.¹

Por lo expuesto, es que compartimos la síntesis planteada por el autor pues creemos que el Derecho no puede ser estudiado ni constituido desde solo una corriente epistemológica, y los elementos que tomamos para construir esta investigación son los tres que expone Miguel Reale; pues como es de observarse en el desarrollo de la presente, éstos se interrelacionan entre sí y conllevan a una propuesta de regulación integral.

Y es así que en la investigación se abordan los supuestos normativos que regulan a la A. en P. dentro de la LGSM Vigente, para dar un marco normativo sobre nuestro objeto de estudio, que es elemento de la norma; se hace referencia de las conductas que realizan los comerciantes sobre sus prácticas en lo que respecta a sus obligaciones y de los usos que utilizan para llevar a cabo sus negociaciones, para cumplir con el elemento del hecho y por último apuntaremos los elementos axiológicos que tienen o faltan en las actuales normas comerciales, y en específico nos referiremos a la de seguridad jurídica y la de libertad contractual.

Es de hacer notar que si bien fundamentamos este trabajo en la teoría antes mencionada y por los motivos que han quedado asentados, seguimos el eje epistemológico del realismo sociológico escandinavo porque las normas que tratamos en el presente son vividas y aceptadas por los comerciantes.

¹ Cfr. Alejandro Ramos, Nestor, *La filosofía de Miguel Reale*, en línea, Argentina, 2011, 20 de septiembre del 2012. Disponible en la web: <http://www.ufasta.edu.ar/biblioteca/files/2011/04/la-filosofia-de-miguel-reale.pdf>

Bajo ese contexto, en el primer capítulo utilizando el método analítico y deductivo se brinda un marco conceptual del derecho comercial: desde acto de comercio hasta generalidades de los contratos mercantiles; recurriendo a la doctrina, a la legislación y a la jurisprudencia; asimismo se utiliza el método analítico y sintético en lo que respecta al tema de sociedades mercantiles pues se estudia cada parte que integra a la persona moral y se vuelven a integrar sus elementos para una mejor comprensión del tema; sin dejar de lado el método sociológico pues se puntualiza lo que pasa en la realidad comercial.

Es de hacer notar que este primer capítulo es el que contiene los elementos doctrinarios, jurídicos y prácticos que hacen comprender mejor la naturaleza jurídica del derecho mercantil de la cual se ha hecho mención a lo largo de esta presentación, pues de ello deviene la formulación de las hipótesis mencionadas.

En el segundo capítulo haciendo uso del método descriptivo, deductivo y analítico, se estudia exhaustivamente a la A. en P.; analizando cada uno de sus elementos constitutivos que como se afirma la hacen un negocio jurídico distinto al de sociedad.

En el tercero, auxiliándonos del método descriptivo y comparativo, se revisa la regulación de la A. en P. en otros sistemas jurídicos y se compara con nuestra legislación; esto, con la intención de identificar plenamente las similitudes y diferencias que guarda respecto a otras legislaciones y así poder adoptar y adaptar algunos de los lineamientos a nuestra propuesta de regulación.

Y por último, una vez que se hicieron las descripciones y análisis correspondientes; con el método sintético y exegético, es que hacemos el modelo de una propuesta de regulación que sea acorde a la realidad contractual en la que vivimos, en donde se reflejen los elementos que anunciamos, el supuesto normativo, el valor axiológico de la misma y tomando en cuenta los hechos de la práctica comercial.

Pues la intención que persigue esta investigación, es contribuir a que el derecho mercantil continúe formándose de la realidad comercial, tal y como nació; pues pese a que el normativismo ha intentado frenarla con un formalismo que contraria esa naturaleza, sigue siendo una materia que se alimenta de la buena fe,

del crédito, del uso comercial, del buen nombre y de otras tantas figuras que se explican en este trabajo y por tanto, lo menos que se puede hacer para ellos es construir una normatividad clara y cierta, pues no hay que olvidar que la seguridad jurídica es un derecho que debe estar protegido tal como la libertad contractual, derechos que hacen del contenido de la norma algo valioso.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO CONCEPTUAL

Para empezar con la descripción de los conceptos fundamentales de la materia hay que recordar que el Derecho Mercantil, es la rama del derecho que se encarga de regular al comercio, a los comerciantes y los actos que de ellos emanen; pues hay que tener presente que de la evolución histórica que ha tenido esta rama, es que se puede afirmar que es un derecho que surge en un primer momento para regular sólo a los comerciantes, esto es, que la normatividad que existía hasta la Edad Media, era hecha por comerciantes y para comerciantes; no es sino hasta con Napoleón y el movimiento codificador, que deja de ser un derecho exclusivo de carácter subjetivo y se vuelve un derecho que regula los actos en sí, es decir, los actos de comercio; independientemente de los sujetos que intervinieran en esas operaciones.

De tal contexto, es que iniciamos con el estudio de los actos de comercio, pues de él devienen los siguientes subtemas por desarrollar y es la piedra angular de la materia, posteriormente trataremos lo referente a los sujetos de derecho mercantil y concluiremos esta primera parte con los contratos mercantiles; lo anterior, para que estemos en la posibilidad de fundamentar nuestra hipótesis sobre la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación.

1. ACTO DE COMERCIO

El maestro Jorge Barrera Graf, en su obra Derecho Mercantil explica: “Nuestro Código de Comercio vigente sigue la corriente objetiva de los actos de comercio (en adelante, A. de C.), a través de la influencia del C. de Co., francés de 1808, de los C.Co. españoles de 1829 y de 1885 y principalmente, del C. Co italiano de 1882 (del cual copio nuestro a. 75, los aa. 3, 4, 5, y 6, mal traducido este último). El sistema objetivo se adoptó en México, tímidamente primero, en el Decreto de Fomento Industrial, y Organización de Tribunales de 1841 (Ley Santa

Anna), después en nuestro primer C. Co. de 1854 (Código de Lares); y en forma más amplia en el C. Co de 1884, anterior al vigente.

“La doctrina nacional y extranjera (francesa e italiana), a pesar de meritorios esfuerzos, no han logrado una definición aceptable del A. de C. Lo único que procede, de la amplia enumeración del a. 75, es la clasificación de ellos. Sin embargo, sí resulta procedente y conveniente partir de la afirmación, primero de que el A. de C. es una variedad meramente del acto o negocio jurídico, y segundo, de que su clasificación general y puede y debe hacerse en función de los elementos característicos de este negocio, a saber: a) el consentimiento de quien lo ejecute; b) el objeto en que recae el acto o negocio; c) su causa o finalidad, y d) sus formalidades.”²

Para hacer más claro lo expuesto por Barrera, retomamos la síntesis que hace Rocco respecto a las etapas que han aparecido en el desarrollo del derecho mercantil; la primera etapa es la subjetiva, en donde era preciso ser comerciante para ser sujeto de esta rama del derecho y la etapa objetiva, donde ya no se exige ser comerciante para que intervengan las normas comerciales a regular un determinado acto, sin importar a qué clase de persona se trataba.³

De lo anterior se colige que en nuestro derecho positivo no es posible definir que es acto de comercio, primero por cuestiones históricas y segundo porque la mayoría de los mercantilistas proporcionan características y elementos diferentes para definirlo y por consiguiente no se pueden poner de acuerdo en un concepto que englobe todos los aspectos, por lo que atienden a las etapas del derecho mercantil y de ahí derivan sus clasificaciones, aunque, ha habido doctrinarios que aun y con lo dificultoso que parece definir al acto de comercio, proporcionan una definición, tal es el caso de Rocco y de Tena, a continuación las apuntamos:

Tena lo definió (aunque después se retractó y adoptó un sistema de clasificación): “Acto de comercio es todo contrato por el que se adquiere a título

² Barrera Graf, Jorge, *Derecho Mercantil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 40 y 41.

³Cfr. Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931, p. 155.

oneroso un bien de cualquiera especie con la intención de lucrar mediante su transmisión, así como el contrato, también oneroso, a cuya esa transmisión se verifica.”⁴

El doctrinario Rocco, después de analizar el código de comercio italiano concluye: “constituye un acto mercantil por sí todo aquel en que se ejecuta un cambio indirecto, o, lo que es lo mismo, todo acto de interposición en el cambio, sea cual sea el objeto y la forma de ese cambio”⁵

Retomando lo establecido por Barrera Graf, en la obra antes citada, basándose en los elementos característicos del negocio (los cuales quedaron establecidos en líneas anteriores) brinda una clasificación de los actos de comercio la cual se resume en: ⁶

1. Principales. Son los que adquieren tal carácter en función de los elementos del acto jurídico; la cual se subdivide en:

- a) Acto de Comercio, por el consentimiento del sujeto que los lleva a cabo;
- b) Acto de Comercio porque su objeto recaiga en una cosa mercantil;
- c) Acto de Comercio por su finalidad, (el lucro en sentido amplio) y
- d) Acto de Comercio por la forma que deben revertir y en que deben manifestarse.

2. Accesorios o conexos. Son los que derivan su naturaleza comercial de la que tenga el negocio principal o el negocio con el que estén conectados.

Por su parte Mantilla Molina Roberto, inspirado en la clasificación de Arcangeli, clasifica a los actos de comercio de siguiente manera:⁷

- a) Actos esencialmente civiles;
- b) Actos absolutamente mercantiles
- c) Actos de mercantilidad condicionada, que a su vez se dividen en:

1. Actos principales de comercio, los cuales para identificarlos se atiende: al sujeto, al motivo o fin y al objeto; y

⁴ Tena, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, 9ª ed., México, Porrúa, 1978, p. 26.

⁵ Rocco, Alfredo, *Op. Cit.*, nota 2, p. 200.

⁶ Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 1, pp. 41 y 42.

⁷ Cfr. Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos Fundamentales Sociedades*, 26 ed., México, Porrúa, 1989, pp. 60-62.

2. Actos de mercantilidad condicionada por su conexidad, que sólo se derivan su mercantilidad de la relación en que se encuentran con otro acto mercantil.

De lo anterior se deduce que ambos autores se inspiran en la clasificación del italiano Arcangeli (y no solo ellos sino también Tena), el cual distingue a los actos absolutamente mercantiles de los actos relativamente mercantiles.

Los actos relativamente comerciales los subdivide en cuatro grupos:

- a) Actos que responden a la noción económica de comercio;
- b) Actos realizados por empresas;
- c) Actos que se relacionan con otros actos de comercio y
- d) Actos que se refieren a un ejercicio profesional

Como se observa, los doctrinarios mexicanos parten de la aportación hecha por el autor italiano y proporcionan una propia, difiriendo en uno o dos elementos; por lo que después de analizar tales circunstancias ultimamos y adhiriéndonos parcialmente a la proporcionada por Barrera Graf, podemos identificar un acto de comercio atendiendo en si a dos criterios: el objetivo y el subjetivo.

Atendiendo al criterio subjetivo, el acto será de comercio, cuando la persona que realiza determinada actividad es comerciante y por consiguiente los actos que realice serán de comercio.

El criterio objetivo, en cambio, pretende desligarse del sujeto que realiza el acto y atiende al acto mismo, que si es de naturaleza comercial (incluye el lucro), entonces será de comercio.

1.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 75 DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE ACUERDO AL CRITERIO OBJETIVO Y SUBJETIVO

A continuación se enumeran los actos que nuestra legislación mercantil en su artículo 75 considera actos de comercio y se clasifican de acuerdo a los criterios que hemos proporcionado, para que se observe claramente nuestra postura de que bastan sólo los dos criterios para determinar el acto de comercio.

Artículo 75.- La Ley reputa actos de comercio:

I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados; (objetivo)

II.- Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial; (objetivo, que para Barrera son los actos que atienden a la finalidad)

III.- Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles; (objetivo)

IV.- Los contratos relativos y obligaciones del Estado ú otros títulos de crédito corrientes en el comercio; (objetivo)

V.- Las empresas de abastecimientos y suministros; (subjetivo)

VI.- Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados; (subjetivo)

VII.- Las empresas de fábricas y manufacturas; (subjetivo)

VIII.- Las empresas de trasportes de personas o cosas, por tierra o por agua; y las empresas de turismo; (subjetivo)

IX.- Las librerías, y las empresas editoriales y tipográficas; (subjetivo)

X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales, casas de empeño y establecimientos de ventas en pública almoneda; (subjetivo)

XI.- Las empresas de espectáculos públicos; (subjetivo)

XII.- Las operaciones de comisión mercantil; (objetivo)

- XIII.- Las operaciones de mediación de negocios mercantiles; (objetivo)
- XIV.- Las operaciones de bancos; (subjetivo)
- XV.- Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior; (objetivo)
- XVI.- Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas; (objetivo)
- XVII.- Los depósitos por causa de comercio; (objetivo)
- XVIII.- Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos; (subjetivo)
- XIX.- Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas; (objetivo)
- XX.- Los vales ú otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio; (objetivo)
- XXI.- Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil; (subjetivo)
- XXII.- Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio; (subjetivo, para Barrera Graf serían los actos conexos)
- XXIII.- La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo; (subjetivo y son los llamados comerciantes accidentales)
- XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; (objetivo)
- XXV.- Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código. (Subjetivo u Objetivo)

Como señalamos, los actos enumerados se pueden clasificar con base al criterio objetivo o subjetivo y es interesante ver que en nuestro derecho positivo predomina el sistema objetivo.

Concluimos que un acto de comercio deviene de la teoría del acto jurídico y para poder reconocerlo como de comercio, además de apoyarnos en lo establecido expresamente por el artículo 75 del Código de Comercio, que describe que actos se reputan de comercio debemos auxiliarnos de los criterios objetivo y subjetivo, entendiendo que al primero lo que le interesa es el objeto en si del acto, es decir que sea de naturaleza mercantil, (como son los contratos mercantiles) ya que no importa la calidad de los sujetos que intervengan y en el segundo si importa la calidad que tenga la persona que realiza el acto, pues si es comerciante entonces sus actos serán de comercio; profundizando nuestra concepción, examinaremos el elemento que constituye el criterio subjetivo, es decir, los sujetos del derecho mercantil.

1.2 SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL

Como en cualquier actividad que se realice, se necesitan actores para llevarla a cabo, pues bien, en el presente apartado se estudiarán los elementos subjetivos del derecho mercantil, es decir, los sujetos que se necesitan para realizar la actividad comercial, comenzando por el comerciante, actor principal de esta profesión.

Pues como se verá en el desarrollo de este tema, los doctrinarios que se mencionan, coinciden en que son sujetos del derecho mercantil, en un principio, los comerciantes, sin embargo, hay personas que accidentalmente realizan alguna operación de comercio, y por tanto también se les considera sujeto mercantil; así que partimos exponiendo el concepto de comerciante para finalizar con una clasificación de lo que consideramos son sujetos del derecho mercantil.

1.2.1 Comerciante

Gutiérrez Amado Athié, nos explica que al “hablar en derecho comercial del sujeto, implica necesariamente referirse a la...persona que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación habitual y por su cuenta...

al frente de una empresa; se trata de la persona que se interpone en los procesos del cambio económico movida por un interés también económico, por un ánimo de lucro; en suma, el comerciante.⁸

De Pina Vara Rafael afirma, “En el lenguaje común y corriente se conoce como comerciantes a las personas que negocian comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías. Es decir, a aquellas personas que realizan operaciones de compraventa o de permuta, con propósito de lucro.

El concepto jurídico de comerciante (como también lo es actualmente el concepto técnico, económico), es más amplio que la noción vulgar. En efecto, son calificadas también como comerciantes, desde el punto de vista jurídico, además de las personas que habitualmente realizan operaciones de compraventa o de permuta, aquellas otras que se dedican a actividades completamente distintas, de carácter industrial y agrícola inclusive.”⁹

Dicha referencia encuentra su sustento legal en lo instaurado por el artículo 3º del Código de Comercio vigente; que instauro:

Artículo 3o.- 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.

Como vemos, del numeral se desprende que comerciante es aquella persona física o moral que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hace de él su ocupación habitual, y distingue dos tipos: comerciante persona física y comerciante persona moral ya sea nacional o extranjera. Ahora analizaremos cada uno:

⁸Athié Gutiérrez, Amado, *Derecho Mercantil*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 1997, p. 14.

⁹ De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, 28 ed., México, Porrúa, 2002, pp. 47 y 48.

1.2.1.1 Comerciante Persona Física

El jurista Cervantes Ahumada Raúl reafirma que: “Son dos requisitos que se requieren para adquirir la calidad de comerciante: 1º tener capacidad legal para ejercer el comercio, y 2º hacer del comercio su ocupación ordinaria.”¹⁰

De Pina Vara puntualiza: “Son comerciantes las personas físicas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria.”¹¹

Barrera Graf, coincide en que: “Por lo que toca a personas naturales, a los seres humanos, la fracción I exige que tengan capacidad para ejercer el comercio y hagan de él su ocupación ordinaria,…”¹²

De lo anterior se aprecia que los doctrinarios toman de referencia lo establecido por el artículo 3º del Código de Comercio para poder definir lo que es el comerciante persona física, sin embargo, lo único que se limitan a declarar son los requisitos que deben cumplir para ser considerados comerciantes personas físicas, por lo que adhiriéndonos a lo expuesto por el maestro Barrera Graf, podemos definir que el comerciante persona física o individual es aquel sujeto natural, es decir, el ser humano; que teniendo capacidad para ejercer el comercio hace de éste su ocupación habitual.

Para ahondar nuestro concepto haremos una referencia de lo que señalan nuestros autores respecto a la capacidad de ejercicio y la ocupación habitual del comercio.

Mantilla Molina; hace una anotación precisa referente a la capacidad para ser comerciante y la capacidad para actuar como comerciante; señala:

“La capacidad para ser comerciante, la tiene, como regla general, cualquiera persona, sin que a ella obsten las incompatibilidades y prohibiciones que la ley establece tomando en consideración la persona misma del presunto

¹⁰ Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho Mercantil. Primer curso.*, 4ª ed., México, Editorial Herrero, 1982, p. 31.

¹¹ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, nota 8, p. 49.

¹² Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 1, p. 28.

comerciante, ni las restricciones que las leyes especiales imponen para determinados ramos de la actividad mercantil.

La capacidad para ejercer el comercio, es preciso distinguir la situación del mayor de edad que no ha sido declarado en estado de interdicción, que la tiene plena (art. 5º), y la situación de los incapacitados y de los emancipados.”¹³

Athie después de hacer un análisis de los artículos 5º y 81 del Código de Comercio, hace conclusiones que son relevantes para entender mejor lo expuesto por Mantilla Molina, a continuación se describen:

“Las disposiciones antes dichas, establecen la regla de la capacidad jurídica para el ejercicio del comercio, en los mismos términos o dentro de los lineamientos generales del derecho civil; por el contrario, habrá que buscar las incapacidades en forma excepcional y desde luego, primero deben colocarse las incapacidades del derecho común y posteriormente las específicamente señaladas por el derecho mercantil.

“Para el derecho civil las incapacidades se clasifican en naturales y legales, siendo las primeras las que resultan de las condiciones generales de la persona en el orden natural: la minoría de edad y la carencia de facultades mentales; por otro lado, han de citarse las que el mismo derecho común establece ya por conveniencias sociales, ya por constituir verdaderas sanciones. Todas estas incapacidades, claro está, determinarán a su vez incapacidad para el ejercicio del comercio, atento lo dispuesto por los precitados artículos 5º y 81 del Código de Comercio; de consiguiente los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia, aun cuando tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio. Los funcionarios públicos, jueces, magistrados, etc., quedarán excluidos de la posibilidad de ejercer el

¹³ Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, nota 6, pp. 87 y 88.

comercio, unos por causas naturales, otros por prohibición expresa de la ley o por conveniencias sociales indudables, ya que algunas actividades son francamente incompatibles con el ejercicio del comercio, como sucede con los notarios, los militares, etc. Aun cabe citar en forma especial o concreta los numerosos casos en que la incapacidad deriva de la situación especial de los condenados a cumplir sentencia, puesto que ésta puede afectar la libertad del hombre en ocasiones o simplemente limitar la esfera de acción, como sucede cuando la sanción consiste en la privación de ciertos y determinados derechos.

Concluye analizando las incapacidades en materia mercantil y dice: “La incapacidad puede situarse en dos planos diferentes: de una parte, en orden al ejercicio del comercio como actividad habitual; y de otra, la incapacidad puede circunscribirse en los casos en que por la realización de determinados actos y operaciones mercantiles, se niega la capacidad como regla general y se exigen condiciones especiales en la persona...”¹⁴

Por su parte Cervantes Ahumada nos explica brevemente que: “La capacidad se rige por el derecho común. Quienes conforme a la Ley Civil tengan capacidad para contratar y obligarse, tendrán capacidad mercantil.

Y citando a Pallares expresa: “El Código establece ciertas prohibiciones para el ejercicio del comercio, que llama limitaciones a la capacidad (art. 3º y 12). Hay en esta expresión falta de técnica, pues como ya Pallares lo expresó, no se trata de limitaciones a la capacidad, sino de incompatibilidades que originan la prohibición.

“La capacidad es una y no admite grados: se es capaz o se es incapaz. No debe confundirse la capacidad con la legitimación para obrar. Se puede ser capaz y no estar legitimado para realizar determinados actos”¹⁵

Y finaliza diciendo: “En realidad, para adquirir tal calidad, lo que se requiere es ser titular de un empresa mercantil. El comercio sólo puede ejercerse, en la actualidad, a través de una empresa que produzca o adquiera bienes u organice prestaciones de servicios destinando tales bienes y servicios al mercado general.

¹⁴Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.*, nota 7, pp. 19 y 20.

¹⁵ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 32.

Sólo es comerciante el titular de una empresa mercantil si tiene capacidad para el ejercicio del comercio.”¹⁶

De lo antes expuesto concluimos que el requisito de tener capacidad legal para ser considerado comerciante encierra por su puesto la capacidad de ejercicio tal y como manifiestan los autores citados, pues es necesario que el sujeto sea capaz de obligarse y ejercitar por si los derechos que se le confieren y por otro lado estando de acuerdo con Cervantes Ahumada podemos establecer que la capacidad es una y deviene de la capacidad establecida en el Código Civil, es decir, que si se tiene la capacidad de ejercicio, por regla general se puede ser comerciante; sin embargo como bien apunta, la capacidad a la que hace alusión nuestro ordenamiento mercantil, es la capacidad para ejercer el comercio, o sea que se pueden dar situaciones en las que por determinadas circunstancias se limite esa capacidad, tal y como lo expresa Athié.

Concluimos, que por regla general todas las personas que tengan capacidad de ejercicio tienen por consecuencia la capacidad para ejercer el comercio, tal y como lo establece el artículo 5º del Código de Comercio vigente que señala:

Artículo 5o.- 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.

Sin embargo, tal ejercicio puede ser limitado si se realizan conductas que deriven en una inhabilidad o incompatibilidad para ejercerlo, esto es, que para limitar el ejercicio del comercio por inhabilidad, se presume que en un principio se tenía la capacidad para ejercer tal actividad y que por realizar alguna de las conductas tipificadas en el artículo 12 del Código de Comercio vigente se sanciona al comerciante limitando su capacidad comercial y para recaer en la limitación por incompatibilidad, es porque la profesión del sujeto no es compatible con la actividad del comercio, como es el caso de los notarios y corredores públicos, agentes aduanales o los funcionarios públicos, pues se presume que por su

¹⁶*Ibidem*, pp. 33 y 34.

ocupación tendrían una ventaja frente a una persona que no es un profesional del derecho o del comercio.

Lo postulado nos ha generado una cuestión interesante, ¿De verdad se limita al comerciante para ejercer su actividad por ser inhábil en materia comercial o tener una incompatibilidad? Pues como apuntamos, el actual Código de Comercio en su artículo 12 nos establece que no pueden ejercer el comercio los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados y los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos patrimoniales.

Pero como hemos observado, en nuestro entorno social, esto no se aplica del todo, pues como bien se sabe, en el caso de los quebrados es necesario que medie una declaración judicial para que sean considerados como tal, sin embargo, aunque sea declarado quebrado, el comerciante sigue realizando su actividad en otra zona o en otro giro comercial, de igual manera pasa con los que son sentenciados por delitos patrimoniales, pues aunque la ley mercantil los sancione para no ejercer el comercio, vemos que dentro de su estadía en prisión la mayoría se dedica al comercio, pues es una forma de subsistir, es más, la autoridad ejecutiva vende en un establecimiento las artesanías que hacen, dándoles su ganancia respectiva no importando el delito que hayan cometido y con mayor razón cuando salen de su internación, la generalidad se dedica al comercio, por diversas causas que son motivo de otro estudio.

Por el lado de la incompatibilidad, aunque como señala la ley el corredor público y de manera análoga podemos decir que el notario o cualquier funcionario público no pueden desempeñar la actividad comercial de forma profesional, también es una situación que ha sido rebasada pues, hemos encontrado que en el caso de los agentes aduanales, muchos tienen establecimientos mercantiles y por consiguiente celebran contratos como el que es objeto de nuestra investigación, sin que encuentren en realidad algún inconveniente legal.

Lo anterior para que pudiera ser acorde a lo que pasa en realidad, tendría que haber un órgano de control que vigilará tales circunstancias, aunque propiamente el Registro Público del Comercio lleva un padrón de los comerciantes y de los actos que realizan, no hay que olvidar que solo es obligatorio para

comerciantes personas morales y respecto al comerciante persona física ni siquiera esta obligado a inscribirse; por lo que ese es uno de los inconvenientes para llevar dicho control; sin embargo y entendiendo que el actuar comercial se basa en la buena fe de las partes y que no sería posible materialmente tener registrados a todos los comerciantes que existen (formales e informales) no esta demás puntualizar esta situación.

Ahora, referente al segundo requisito para ser comerciante, que es: que la persona haga del comercio “su ocupación ordinaria”, Cervantes Ahumada nos aclara que “... para que la persona física adquiera la calidad de comerciante, requiere el Código que tal persona haga del comercio “su ocupación ordinaria”. Quiere esto decir que el comerciante debe estar dedicado, profesionalmente, al ejercicio del comercio.

“Dedicarse profesionalmente a ejercer el comercio no quiere decir dedicarse exclusivamente a tal menester.”¹⁷

Athié, pronuncia en relación a este requisito, que cuando se habla de hacer del comercio su ocupación ordinaria debe entenderse como “habitualidad en el ejercicio del comercio” esto es: “Por habitualidad en el sentido del Código, ha de entenderse precisamente: la realización sistemática de actos de comercio, pero aunada a condiciones que son supuestos doctrinales y que los hechos mismos explican fácilmente...”¹⁸

Para Mantilla Molina la ocupación ordinaria se cumple “con la reiteración de actos mercantiles aptos para conferir la calidad de comerciante”, él postula que no es necesario que el sujeto se consagre a la actividad comercial sino que basta que se ocupe en él de manera accesoria.

César Vivante, jurista español, argumenta que: “para ser comerciante es menester proponerse hallar una fuente habitual de ganancias en el ejercicio de los

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.*, nota 7, p. 25.

actos de comercio. No se necesita que constituyan la fuente principal, ni aun la única de sus ganancias.”¹⁹

Aclara que cualquiera puede efectuar actos de comercio, pero deben efectuarse de forma continuada y sistemática, pues cualquier especulación realizada de forma aislada o accidental no debe bastar para atribuirle a la persona el carácter de comerciante, es necesario que el ejercicio de los actos de comercio sea efectivo y profesional.²⁰

Atendiendo lo establecido por nuestros doctrinarios, para que se cumpla con el requisito de “hacer del comercio su ocupación ordinaria”, coincidimos con lo expuesto por Vivante y Cervantes Ahumada y de forma parcial con Athié y Mantilla Molina, pues bien, es cierto que para ser considerado comerciante, la persona debe hacer del comercio su ocupación ordinaria, esto implica realizarlo de forma sistemática y profesional, como bien señala Vivante además de que debe ser continuo y no sólo sistemática como alude Athié o como expresa Mantilla que con realizar actos mercantiles de forma reiterada es motivo suficiente para ser considerado comerciante.

Por lo que coincidiendo como se dijo con Ahumada y Vivante, concluimos que el elemento subjetivo de “hacer del comercio su ocupación ordinaria, para cumplirlo se deben atender a 3 peculiaridades, estas son:

- a) Que los actos de comercio se realicen de forma continuada
- b) Que se hagan de forma profesional
- c) Que se realicen de forma sistemática
- d) Que lo realice a nombre propio

Es decir, no debe perderse de vista que deben cubrirse estos elementos para configurar el segundo requisito tipificado en el artículo 3º fracción I del Código de Comercio y constituir así la regla general, ya que de manera excepcional si se realizan actos de comercio de forma accidental, es decir sin ser la ocupación ordinaria de la persona, en estricto sentido para el derecho no son comerciantes

¹⁹Vivante, César, *Derecho Mercantil*, traductor Francisco Blanco Constans, Argentina, Valleta Ediciones S.R.L., 2005, p. 33.

²⁰Cfr. *Ídem*.

sin embargo son sujetos a la ley mercantil; situación que da origen a otro sujeto del derecho mercantil, los llamados comerciantes accidentales o anómalos, los cuales se estudiarán en un apartado más adelante.

1.2.1.2 Comerciante Persona Moral

Para el siguiente estudio, nos limitaremos a definir al comerciante persona moral y cómo se adquiere tal calidad, pues se profundizará su análisis más adelante.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 3º del Código de Comercio fracción II y III, encontramos, que se consideran comerciantes a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mexicanas y a las sociedades extranjeras o a las agencias y sucursales de éstas que dentro de territorio nacional realicen actos de comercio, pues examinemos ahora estas fracciones.

Barrera Graf, al tocante, menciona: “Las sociedades mercantiles a que se refiere la fr. II, adquieren el carácter de comerciantes al constituirse e inscribirse en el Registro de Comercio. Es en virtud de dicha inscripción como adquieren personalidad moral y el carácter de personas y de comerciantes.

“En cuanto a las sociedades extranjeras (fr.III), para ser calificadas como comerciantes no sólo se requiere estar constituidas conforme a leyes extranjeras, o bien, caso más teórico que real, que señalen su domicilio en el extranjero, sino también que ejerzan el comercio en la República.”²¹

Mantilla considera que: “Las personas morales organizadas conforme a alguno de los tipos de sociedades mercantiles tienen la consideración legal de comerciante, cualesquiera que sean las actividades a que se dediquen, e independientemente de la nacionalidad que a las propias sociedades se atribuya.”²²

²¹ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 1, p. 25.

²² Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, nota 6, pp. 100 y 101.

Se ultima, que las personas morales comerciantes, son las sociedades mercantiles ya sean nacionales o extranjeras y para que adquieran tal calidad, deben reunir los siguientes requisitos:

a) Tener capacidad legal para ejercer el comercio

b) Hacer del comercio su ocupación ordinaria y

c) Constituirse conforme a las leyes mercantiles mexicanas, requisito que encuadraría en el primer enunciado, pues como se verá más adelante, para que sea persona moral comerciante debe tener personalidad jurídica propia y la adquirirá una vez que se inscriba en el Registro Público del Comercio.

1.2.1.3 Comerciante Anómalo o Accidental

Regulado por nuestro Código de Comercio vigente, el cual a la letra indica:

Artículo 4o.- 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.

Y para hacer el análisis respectivo, nos posicionamos en lo afirmado por el maestro Barrera Graf en su obra Derecho Mercantil que hace ver de manera clara que el Código de Comercio regula además de los comerciantes propiamente dichos a los comerciantes accidentales y a los anómalos, que aun cuando no nos proporciona una definición expresa de lo que son, ha quedado establecido en líneas anteriores que se entienden a estos como aquellos sujetos que realizan actos de comercio de forma accidental o esporádica, es decir, no cumplen con el requisito de “hacer del comercio su ocupación ordinaria”, sin embargo esta definición que proporcionamos puede ser considerada genérica por lo que

coincidiendo con el autor, podemos ver que los comerciantes de este supuesto se clasifican en accidentales y anómalos; a continuación con base en lo postulado por el autor en comentario ubicamos cada supuesto en la clasificación brindada.

Primero, los comerciantes accidentales serán aquellos a los que alude el artículo 4º del Código de Comercio en sus dos supuestos, o sea, los agricultores y los fabricantes que planteen almacén o tienda, respecto a las operaciones de comercio que se celebren en ellos.

Segundo, los anómalos, que serían:

a) los menores de edad que adquieran por herencia o por otro acto gratuito una negociación mercantil,

b) los menores emancipados por voluntad del padre o por matrimonio;

c) los corredores públicos

d) las personas que ejerzan actividades de comercio, que les esté prohibido legalmente y

e) los funcionarios públicos que hagan del comercio una ocupación ordinaria

f) para quienes la costumbre, la moral y las buenas costumbres lo prohíban,

g) las personas morales de derecho público, como son el Estado, y órganos de éste, como son las empresas descentralizadas o de participación estatal y las empresas públicas como Pemex, Comisión Federal de Electricidad, Ferrocarriles Nacionales de México.²³

De lo anterior se deduce, que los accidentales propiamente dichos, serán los que no hagan del comercio su ocupación ordinaria y los anómalos (entendiendo esta palabra como aquello que sale de lo normal o de lo habitual), vemos que se sitúan los que tienen una limitación para ejercer el comercio ya sea por inhabilidad o incompatibilidad además de las personas de derecho público.

²³Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 1, pp. 23 y 24.

1.2.1.4 Auxiliares Mercantiles

Como bien se señaló al iniciar el desarrollo de este numeral, se estableció que el propósito de este apartado era estudiar a los sujetos del derecho mercantil, pues bien hasta ahora hemos revisado lo concerniente al sujeto propio y característico del derecho mercantil –como lo califica Barrera- el comerciante, sin embargo, aun cuando en la doctrina no se encuentran ubicados dentro del rubro de sujetos del derecho mercantil, los auxiliares mercantiles, atendiendo a sus funciones y características nos parece apropiado considerarlos un sujeto más de nuestro derecho comercial, esto al tenor de las siguientes consideraciones.

Barrera al referirse a ellos afirma: “Son las personas que realizan o facilitan la conclusión de negocios mercantiles ajenos, y que, por no obrar a nombre propio, no son comerciantes (en cuanto sean meramente auxiliares, sí, en cuanto fueran titulares de empresas).”²⁴

Por su parte Cervantes Ahumada puntualiza: “El empresario no podría, por sí mismo, realizar todas las actividades de la empresa. Requiere, en su ejercicio profesional, de la colaboración de múltiples elementos personales, que lo auxilien permanente o esporádicamente, es decir, a los llamados auxiliares...”²⁵

De Pina manifiesta al respecto: “El comerciante, en el ejercicio de su empresa, requiere la colaboración de otras personas; de la actividad y servicios ajenos.

“Precisamente aquellas personas que, además de prestar su actividad material o intelectual, colaboran jurídicamente con el comerciante, actuando en menor o mayor grado, en su representación, son los llamados auxiliares del comerciante.”²⁶

De lo anterior se deduce que el comerciante para llevar a cabo exitosamente su profesión se allega de personas que le presten sus servicios ya sean de carácter intelectual o material y de forma temporal o permanente.

²⁴ *Ibidem*, p. 31.

²⁵ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 291.

²⁶ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, nota 8, p. 191.

Hay que mencionar que la doctrina clasifica a estos auxiliares en dependientes e independientes, veamos entonces lo que se establece:

Athié apunta que los auxiliares independientes serán los que auxilien al comercio, puesto que prestan sus servicios de forma general, es decir, no dependen directamente de algún comerciante y al contrario de los dependientes, ellos, prestan sus servicios bajo la dirección de un comerciante y a su vez dependen de económicamente de éste.²⁷

Como auxiliares independientes encontramos a:

1. El comisionista. Es quien desempeña la realización de actos concretos de comercio, mediante la instrucción de un comerciante llamado comitente quien le manda por escrito lo que debe realizar.

2. Agentes de comercio. Personas que auxilian al comercio de manera autónoma, encargándose de fomentar los negocios del comerciante

3. Corredores. Personas que proponen, ajustan y otorgan los contratos mercantiles

4. Agentes aduanales. Intervienen tramitando la importación y exportación de mercancías teniendo una autorización expresa denominada patente.

5. Contadores públicos. Son los profesionales que auxilian al comerciante, examinando la situación de sus empresas, pues llevan un sistema de contabilidad.

Y dentro de los dependientes situamos a los:

1. Factores. Son los que tienen la dirección de alguna empresa o bien están autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichas empresas por cuenta y nombre del propietario de las mismas.

2. Dependientes. Son las personas que desempeñan constantemente algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste.

3. Contadores privados. Son los auxiliares encargados de llevar a contabilidad del comerciante del cual dependen.

²⁷ Cfr. Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.*, nota 7, pp. 40 y 41.

4. Agentes de ventas. Realizan la venta y pedidos de mercancías del comerciante en determinadas plazas.

5. Viajantes de ventas. Son vendedores foráneos y su función es levantar pedidos sobre muestras de mercancías del comerciante.

6. Empleados. Son los que colaboran directamente con el comerciante y están sujetos a una relación de subordinación.

Se ha de aclarar que esta sistematización ha sido objeto de estudio por los diversos doctrinarios de nuestra materia coincidiendo en lo apuntado y que a manera de síntesis se ha ofrecido, para justificar como se menciona en un principio del análisis, al ser personas que auxilian ya sea al comercio o al comerciante, deben considerarse sujetos del derecho mercantil, pues como bien se ha postulado dichos sujetos no pueden ser considerados comerciantes, sin embargo son un elemento personal importante para el desarrollo de su actividad y como consecuencia del comercio en general.

1.3 OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES

Ahora bien, para complementar este apartado y sin perder de vista nuestro objeto de estudio en este punto -que es el comerciante-, sólo se examinarán de manera breve y genérica las obligaciones que tienen todos los comerciantes, pues en su oportunidad se profundizarán las que sean necesarias para nuestra investigación.

Las obligaciones que haremos referencia son las que se encuentran establecidas en el numeral 16 del Código de Comercio, pues son las que exige la ley, ya que los doctrinarios que hemos utilizado para este apartado convienen en adicionar otras obligaciones que son potestativas y por tal motivo no se citan.

Como se dijo, es en nuestro Código de Comercio vigente dentro de los numerales 16 hasta el 50 se enlistan las obligaciones que debe cumplir todo comerciante, y para no transcribir literalmente dichos ordenamientos, se presenta una síntesis de los mismos.

1. Publicación de su calidad mercantil. En relación con el artículo 17 del mismo ordenamiento, se da cumplimiento a esta obligación cuando el comerciante anuncia no sólo por medio de prensa sino por cualquier medio de comunicación de la apertura del establecimiento mercantil en la plaza donde tenga su domicilio o sus sucursales; en tal anuncio debe dar a conocer como mínimo el nombre del establecimiento, su domicilio, su objeto social o giro comercial; la persona que fue designada como administrador, señalando su nombre y firma; su razón o denominación social; sus gerentes y la ubicación de sus casas, sucursales o agencias.

En resumen debe proporcionar todos los datos que hagan fácil su identificación, pues si bien es cierto que no hay una sanción directa por parte de la autoridad por no hacerlo, la recibe de manera indirecta de los comerciantes del gremio en el que se desenvuelve pues no los hace participe de su apertura cerrándose así las puertas de intercambio.

Ahora, hay que aclarar, que la publicidad referida en dicho numeral no sólo es para el público en general o los demás comerciantes, sino que conlleva la responsabilidad (también) de avisar a la autoridad correspondiente de dicha apertura, pues en si, esa sería la intención de imponerlo como obligación, ya que como veremos más adelante, esta obligación esta vinculada con la de inscripción en el Registro Público del Comercio, que para el caso específico de las personas morales comerciantes, si no cumplen con dicha obligación acarrearán una sanción que no sólo es social sino jurídica.

Por tal, consideramos que la publicidad mercantil conlleva no sólo el comunicar de la apertura del establecimiento mercantil al público en general sino también a la autoridad correspondiente.

2. Inscripción en el Registro Público del Comercio, de los documentos y actos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios. Esto es, que todos los actos mercantiles, así como los que se relacionen con los comerciantes y que conforme a la ley requieran inscribirse deben hacerlo a través del procedimiento informático y sistematizado que se ha instaurado y que esta a cargo de la

Secretaría de Economía, es propio señalar que este imperativo lo deben cumplir forzosamente las sociedades mercantiles y no así los comerciantes individuales.

3. Mantener un sistema de contabilidad. Nos parece pertinente primero conceptualizar que es contabilidad, para tal tarea se adopta lo manifestado por el maestro Barrera Graf, quien dice: "... es por un lado, una relación continua, permanente, ordenada cronológicamente de las operaciones patrimoniales del comerciante, desde el origen hasta la clausura de la empresa; y por otro lado, un modo o sistema de registrar y de mostrar todas esas operaciones patrimoniales en que participa el comerciante, a través de documentos, de inscripciones (asientos, partidas) en ciertos libros o en folio, que "mejor se acomoden a las características particulares del negocio"²⁸

Luego, el comerciante debe llevar y mantener un sistema de contabilidad que sea adecuado; estando en libertad de utilizar los instrumentos necesarios para llevarlo a cabo, pues el objetivo de llevar una contabilidad es tener una mejor perspectiva del curso del negocio, anotando todas las operaciones patrimoniales de la actividad que realiza, pero por lo menos debe contar con los requisitos que se mencionan en el artículo 33 y 34 del Código de Comercio, los cuales se resumen en:

a) Que el sistema debe permitir identificar las operaciones individuales y sus características vinculados con sus documentos originales.

b) Debe permitir seguir la huella desde las operaciones individuales a las acumulaciones que den como resultado las cifras finales de las cuentas.

c) Permitirá la preparación de los estados financieros del negocio.

d) Permitirá seguir la huella entre las cifras de esos estados con cuentas y operaciones individuales.

e) Incluirá los sistemas de control y verificación internos para impedir la omisión del registro de operaciones, para asegurar la corrección de las cifras resultantes.

²⁸ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 1, p. 31.

f) El sistema de registro debe estar encuadernado, empastado y foliado el libro mayor y en caso de las personas morales el libro de actas.

Cabe señalar que en la actualidad se debe contar con una máquina registradora de comprobación fiscal; entendiendo a ésta como un aparato que emite comprobantes fiscales simplificados y los cuales están obligados a utilizar los contribuyentes que realicen operaciones con el público en general.²⁹

4. Conservar la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante. Tal y como se instaura en el numeral 38 y 47 de nuestro ordenamiento mercantil, los comerciantes deben conservar debidamente archivados la correspondencia que tengan relación con su giro comercial, como son: cartas, telegramas, mensajes de datos, etc. Sin embargo nos parece oportuno mencionar que no sólo la correspondencia es la que se debe conservar sino todos los documentos relacionados a la empresa como son: facturas, notas, comprobantes fiscales, contratos, memorándums, faxes, convenios, etc., pues los puede utilizar como documentos probatorios en el momento que los necesite, por eso, se les impone la obligación de conservarlos por el término de 10 años, previendo cualquier controversia en la que necesite dichas documentales.

Finalizando esta segunda parte de nuestra investigación podemos afirmar que los sujetos del derecho mercantil son: en primer lugar los comerciantes, que a su vez pueden ser personas físicas o morales, nacionales o extranjeras; luego los llamados comerciantes accidentales o anómalos y por último los auxiliares del comercio o del comerciante; todos en razón de que participan en la actividad comercial de alguna u otra manera y por tanto son los elementos personales o subjetivos de nuestra rama del derecho.

Además que como vimos por el hecho de ser comerciantes deben cumplir con las obligaciones que la ley les impone, las cuales son: la publicidad mercantil, la inscripción el Registro Público, llevar un sistema de contabilidad y conservar la correspondencia.

²⁹ Gobierno Federal, "Glosario del portal tuempresa.gob", en línea, México, 2012, 05 de septiembre del 2012. Disponible en la web <http://www.tuempresa.gob.mx/portal/comun/publico/file.do?llave=glosario>

1.4 SOCIEDAD MERCANTIL

En este apartado, se analizan las generalidades de la sociedad mercantil, comenzando por definirla, explicando sus elementos; desde su proceso de constitución hasta su liquidación, esto, con la intención de fundamentar una de nuestras hipótesis: que la A. en P. no puede seguir siendo considerada ni regulada parcialmente como una Sociedad Mercantil.

1.4.1 Concepto

Para poder definir que es sociedad mercantil primero nos ocuparemos de la figura de sociedad y como se verá, la cuestión por resolver en este punto, es determinar si la sociedad mercantil es un contrato o bien una persona, ello a razón de no caer en una confusión y por tal es que primero se tiene que analizar el término asociación.

Hay asociación de acuerdo con el artículo 2670 del Código Civil Federal Vigente: cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico.

Y respecto a sociedad, el artículo 2688 establece: 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

Manuel García Rendón define sociedad como: “una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica”³⁰

³⁰ García Rendón, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., México, Oxford, 1999, p. 3.

Cervantes Ahumada señala que: “La sociedad es una estructura jurídica que, ontológicamente, tiene una existencia ideal, es una persona jurídica; un sujeto de obligaciones y derechos, un ser generador de voluntad; capaz de realizar actos jurídicos; titular de un patrimonio, responsable frente a terceros de las consecuencias de su actividad jurídica.”³¹

Mantilla Molina expresa: “... la nota determinante del negocio constitutivo de una sociedad es la vinculación recíproca de las partes para la realización de un fin común.”³²

Tapia Ramírez Javier, nos explica que: “... persona moral son todas las agrupaciones, sociedades y asociaciones de carácter público y privado...”

Además justifica su existencia señalando que “hay fines que el individuo desea alcanzar y debido a que son superiores a sus capacidades físicas, económicas o de cualquier otra naturaleza, no le es posible hacerlo por lo que se asocia con otros individuos para que de manera conjunta alcancen metas que por sí solos no podrían llevar a cabo.”³³

De todos los elementos proporcionados, podemos ultimar que, asociación es la reunión permanente de dos o más personas con el propósito de realizar un fin común y lícito sin que ello signifique que se vuelva persona moral y en cambio sociedad es el contrato por el cual dos o más personas combinan sus recursos y esfuerzos para realizar un fin común que es preponderantemente económico más no lucrativo.

Ahora, sociedad mercantil es definida por Mantilla como: “el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil.”³⁴

Uria citado por De Pina, en su obra *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, considera que la sociedad mercantil es la “asociación de personas que

³¹ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit*, nota 9, p. 37.

³² Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, nota 6, p. 185.

³³ Tapia Ramírez, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 2002, p. 212.

³⁴ Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, nota 6 p. 189.

crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan.”³⁵

Acosta Romero la concibe como: “una persona jurídica colectiva formada por dos o más personas físicas o naturales y que también pueden ser colectivas, organizadas para 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.”³⁶

Por su parte Rodríguez y Rodríguez a la sociedad mercantil la aprecia como: “un contrato por el cual los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico.”³⁷

Entonces, con los elementos aportados expondremos nuestra postura; y tal como se anuncio en el inicio de este apartado en donde señalamos las cuestiones por resolver respecto a la sociedad mercantil, es de confirmar que la sociedad mercantil es una persona moral y que el contrato de sociedad es solo el instrumento ideal para concebirla y así darle nacimiento a la vida jurídica; siempre y cuando se haga su inscripción respectiva.

Y como consecuencia de ello, tiene personalidad jurídica propia diferente a la de sus socios, así que no estamos del todo de acuerdo con la apreciación de Rodríguez y Rodríguez al manifestar que es un contrato, por el razonamiento alegado, asimismo concordamos plenamente con la postura de Acosta Romero y Cervantes Ahumada, ya que como bien afirman la necesidad que tienen las personas físicas e incluso las colectivas de llevar a cabo determinadas actividades que dentro de sus posibilidades no pueden hacerlas por su cuenta, buscan asociarse con otras para así concretizar el fin común que se persigue, de ahí que se celebre el contrato de sociedad, pues tal celebración presume que combinaran esfuerzos y sus bienes, para llevar a cabo no sólo una actividad

³⁵ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, nota 8, p. 54.

³⁶ Acosta Romero, Miguel, *Nuevo derecho bancario*, México, Porrúa, 2003, p. 269.

³⁷ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 16 ed., México, Porrúa, 1982, p. 44.

preponderantemente económica como afirma Rodríguez, sino especulativa, pues su objetivo es obtener un lucro, de ahí deviene la clara diferencia con la asociación y la sociedad civil, pues si sólo se realizan actividades preponderantemente económicas se estaría frente a una sociedad civil y no una mercantil, pues atendiendo a lo expresado en el numeral primero de esta investigación, no hay que perder de vista que la persona que está naciendo al mundo jurídico es un comerciante y por tanto los actos que realiza no son preponderantemente económicos sino lucrativos.

Por lo que definimos a la sociedad mercantil como la persona moral comerciante que adopta para su constitución alguno de los tipos sociales previstos en las leyes mercantiles, dotada de una personalidad jurídica propia y distinta a la de sus socios y que como consecuencia se le confieren atributos jurídicos.

Analicemos nuestro concepto al tenor de lo que establecen los diferentes doctrinarios y las diferentes legislaciones que la abordan.

Afirmamos que es una persona moral, porque la ley así lo establece el artículo 25 fracción III del Código Civil Federal.

Además que encontramos el sustento doctrinario en lo que afirma Tapia Ramírez en su libro *Introducción al Derecho Civil*, pues explica:

“Para que una persona moral exista se requieren dos elementos: a) la participación de una o varias personas físicas para que se dé origen a una identidad independiente de los elementos que la componen, “incluso de los individuos que la constituyen”, y b) que dicha entidad se le reconozcan derechos y obligaciones “que no sean de los elementos o miembros componentes.

Continúa diciendo: “Los elementos de la persona moral son: un ente distinto de la persona humana, reconocido por la ley; un patrimonio destinado para el logro del fin que persigue dicho ente, independiente del patrimonio de las personas físicas; y una finalidad lícita, querida o deseada por un grupo de personas físicas alcanzable a través de la persona moral.”³⁸

³⁸ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 32, p. 212.

Entonces, la sociedad mercantil, cuenta con esos dos elementos necesarios para ser considerada una persona moral, pues es un ente distinto al de las personas humanas que la constituyen, cuenta con un patrimonio propio y persigue un fin común.

Expresamos que es comerciante, por que el Código de Comercio así lo dispone en su artículo 3º fracción II; y recordemos que ya se hizo el respectivo análisis de esta consideración.

Apuntamos que adopta para su constitución alguno de los tipos sociales previstos en las leyes mercantiles, pues como se enlista en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se reconocen seis tipos societarios y como afirma Barrera Graf "...basta que la sociedad adopte uno de los seis tipos que enumera el art. 1º., L.S.M., para que sea mercantil,..."³⁹ afirmación que no es necesaria redundar , sólo aclaramos que expresamos leyes mercantiles pues, hay tipos sociales que están regulados en otros ordenamientos, como es la Ley General de Sociedades Cooperativas.

Y por último aseguramos que tiene personalidad jurídica propia y como consecuencia se le confieren atributos jurídicos para individualizarla, y tal aseveración merece ser detallada a continuación.

1.4.2 Personalidad Jurídica

Continuando con el estudio de nuestro concepto, expresamos que la sociedad mercantil tiene personalidad jurídica propia diferente a la de sus socios y por tanto se le confieren atributos propios.

Por lo que primero delimitaremos que es personalidad jurídica y tomamos de referencia lo expresado por Tapia Ramírez el cual dice que es el reconocimiento que hace la ley.⁴⁰

Por su parte los demás doctrinarios que hemos aludido en el presente trabajo se limitan a expresar en qué momento la sociedad mercantil obtiene ese

³⁹ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 1, p. 31.

⁴⁰ Cfr. Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 32, p. 29.

reconocimiento y coinciden en determinar que es cuando se inscribe en el Registro Público del Comercio, puntualicemos sus observaciones:

Barrera Graf manifiesta que: “Nuestro derecho atribuye personalidad a toda clase de sociedades civiles y comerciales; sin embargo, respecto a éstas, la atribución de la personalidad se da en función de su inscripción en el Registro Público de Comercio (artículo 2º, párrafo I. L.S. M.), o en su defecto, de la exteriorización ante terceros (párrafo 3, *ibid*).”⁴¹

De Pina coincide con Barrera y agrega: “La atribución de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles les confiere el carácter de sujetos de derecho, las dota de capacidad jurídica de goce y de ejercicio. Esto es, en tanto que personas morales, las sociedades mercantiles, son sujetos de derecho y obligaciones: puede ejercitar todos los derechos y asumir todas las obligaciones que sean necesarios para la realización de la finalidad de su institución.” Y citando a Ferri apunta que la personalidad jurídica “determina una completa autonomía entre la sociedad y la persona de los socios. La sociedad posee organización, un patrimonio y una voluntad propios; tiene, además denominación y domicilio también propios.”⁴²

Tapia Ramírez quien nos advierte que: “Si se trata de sociedades y asociaciones civiles de derecho privado, éstas adquieren su personalidad en el momento en que el acto constitutivo ha sido inscrito en el Registro Público del domicilio que les corresponde, para que surta efectos contra terceros y demás consecuencias legales.

Un requisito esencial para la afirmación de la personalidad lo constituye la inscripción registral, sin la cual la sociedad, o la asociación o corporación, no nace a la vida con personalidad distinta de la de sus socios”⁴³

Colegimos que la personalidad jurídica es el reconocimiento legal de existencia que hace el Estado, y que en el caso de la persona moral comerciante se adquiere una vez que el acto que le dio nacimiento –el contrato social- se

⁴¹ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 1, p. 33.

⁴² De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, nota 8, p. 63.

⁴³ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 32, pp. 217 y 219.

inscribe en el Registro Público del Comercio, pues aunado de lo que señalan los autores, encontramos el sustento legal en el artículo 2º párrafo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles que en relación al artículo 18 del Código de Comercio vigente que se menciona en el tema de las obligaciones de los comerciantes, vemos, que dicha obligación no es potestativa para las sociedades mercantiles pues si no cumplen con dicho ordenamiento entonces no podrán ser reconocidas legalmente como sujetos autónomos que cuenten con atributos diferentes a la de sus socios, por tal, encontramos de suma importancia que se cumpla con dicha obligación, pues si bien la sanción que se acarrea de tal omisión es no tener personalidad jurídica también lo es que el párrafo tercero del artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que aun cuando no se inscriban pero se hayan exteriorizado como tal, también se les reconocerá la personalidad, situación que deriva en el incumplimiento de dicho imperativo pues los comerciantes prefieren celebrar otro tipo de actos antes de inscribirse, como es el contrato que pretendemos regular adecuadamente en esta investigación, así que es creemos firmemente que no se les debería reconocer dicha personalidad si no cumplen con las exigencias normativas planteadas.

Hecho que ahora se ve reflejado con la iniciativa del gobierno federal que a través de la Secretaría de Economía y a partir del mes de enero de este año, implemento el portal denominado “tu empresa.gob”⁴⁴, donde ahora para constituir una persona moral comerciante de tipo anónima o de responsabilidad limitada se exige no solo hacer el proyecto de estatutos en el portal sino que para concluir con dicho trámite se debe escoger un notario de una lista que se despliega para que éste protocolice el proyecto e inscriba tal acto en el Registro Público del Comercio, manifestando de esta manera que la intención es que nazcan a la vida jurídica sólo sociedades mercantiles regulares.

⁴⁴ Gobierno Federal, “Guía del usuario: tuempresa.gob”, en línea, México, 2012, 05 de septiembre del 2012. Disponible en la web <http://www.tuempresa.gob.mx/portal/comun/publico/file.do?llave=guiaUsuario>.

1.4.3 Atributos de la personalidad

Como consecuencia de que se reconozca la existencia legal de la sociedad mercantil se le confieren los siguientes atributos: nombre, domicilio, capacidad, patrimonio y Tapia Ramírez afirma que también estado civil: el político⁴⁵, por lo que siguiendo esa tesisura, examinaremos cada uno:

1. Nombre. Es un atributo que se confiere para evitar confusiones en cuanto a su individualización e identidad, cuyo objetivo es evitar daños y perjuicios durante el desarrollo de las actividades de la persona moral.

El nombre es un requisito de forma, cuya denominación es variable, así como su elección, siempre que no contravenga la ley, el orden público, la moral, las buenas costumbres o afecte intereses de terceros.

Las características del nombre en las personas morales residen en que tiene un contenido patrimonial, pues es transferible y es mutable porque se puede cambiar en cualquier momento.

Al respecto hay que puntualizar que el nombre es un signo inequívoco, que se otorga precisamente para identificar e individualizar a la persona moral comerciante y que para el caso de las sociedades mercantiles se traduce en la denominación y razón social, formando la primera de manera libre pero haciendo alusión a su objeto social⁴⁶ y la segunda se forma por el nombre o apellido de uno o varios de los socios.

2. Domicilio. De acuerdo con los artículos 33 y 34 del Código Civil Federal, las personas morales tienen su domicilio en donde se encuentre su administración y en los casos en que se encuentre fuera del Distrito Federal se consideran domicilias en él, además de que pueden designar un domicilio convencional para el cumplimiento de sus obligaciones.

⁴⁵ Cfr. Tapía Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 31, pp. 217 y 219.

⁴⁶ Gobierno Federal, "Glosario del portal [tuempresa.gob](http://www.tuempresa.gob.mx)", en línea, México, 2012, 05 de septiembre del 2012. Disponible en la web <http://www.tuempresa.gob.mx/portal/comun/publico/file.do?llave=glosario>.

Es decir, el domicilio es el lugar en donde a la sociedad mercantil se le pueden exigir el cumplimiento de sus obligaciones y donde ella hacer valer sus derechos, hay que aclarar que la jurisprudencia señala que el domicilio social es el que se encuentra establecido en el acta constitutiva.

3. Capacidad. Desde el momento en que una persona moral es constituida con las formalidades requeridas y reconocidas por la ley, adquiere personalidad independiente de la de sus creadores y por tanto goza de capacidad para contraer obligaciones y ejercitar sus derechos a través de sus representantes.

Pues tienen una capacidad de goce limitada por el objeto de su institución, por lo que sólo pueden ejercer los derechos que sean necesarios para alcanzar esa finalidad.

Consideramos que las sociedades mercantiles en estricto sentido carecen de capacidad de ejercicio y sólo tienen capacidad de goce, pues bien, es cierto que son titulares de derechos y obligaciones, sin embargo, no los pueden ejercitar por sí, y por tanto necesitan forzosamente de una representación, la cual recaerá en su órgano de administración y que como señala el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, están autorizados para realizar todas las operaciones inherentes al objeto social, entre ellas representar a la sociedad.

4. Estado Civil. Tapia Ramírez, considera que las personas morales carecen de estado civil familiar, pero no de estado civil político, es decir, de la calidad de nacional o extranjero.

En otras palabras, el atributo al que se alude es el de la nacionalidad, entendiendo a este como el vínculo existente entre un Estado y sus nacionales, y es cierto las personas morales comerciantes pueden ser nacionales o extranjeras, sólo que no hay que olvidar que las sociedades extranjeras deben cumplir con determinados requisitos para poder ejercitar el comercio en nuestro país, tal como se constituyan conforme a la ley de su Estado y sujetarse al ordenamiento mercantil mexicano, de lo contrario no es posible que se reconozcan como legalmente constituidas.

5. Patrimonio. Se entiende como patrimonio de las personas morales, el conjunto de bienes, deberes, derechos y obligaciones, destinados al cumplimiento

y logro de su objeto o finalidad expresada en su acta constitutiva; dicho patrimonio recalcamos una vez más, es independiente del patrimonio de sus socios; pues es importante que no se pierda esto de vista, ya que como veremos más adelante en el momento de que existan deudas sociales hay que determinar quién va a pagarlas, y por eso hay que dejar claro que uno es el patrimonio social y otro es el que tiene el socio como persona física.

Entonces, la sociedad mercantil en el momento que se inscribe en el Registro Público del Comercio adquiere personalidad jurídica propia por tanto se le confieren los siguientes atributos:

- a) Nombre, que es la denominación o razón social
- b) Domicilio, que es donde tiene establecido el órgano de administración
- c) Capacidad, sólo tiene la de goce, pues tiene que ser representada por su órgano de administración
- d) Nacionalidad o Estado Político, esto es que puede ser nacional o extranjera
- e) Patrimonio, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que servirán para hacer frente a las deudas sociales y cumplir con su objeto.

1.4.3 Estatutos del Acta Constitutiva y Estructura Orgánica de la Sociedad Mercantil

En el presente rubro, analizaremos los elementos que deben constar en el acta constitutiva de cualquier sociedad mercantil (Art. 6º LGSM), esto, con el propósito que se facilite la comprensión de nuestra investigación pues son conceptos que deben quedar claros desde este momento ya que son fundamentales en materia comercial aunado a que como bien apunta Cervantes Ahumada, la estructura de toda sociedad mercantil debe estar conforme a lo establecido en su acta constitutiva por lo que debe contener los siguientes elementos.

Es de resaltar que si bien el artículo 6º de la LGSM describe cuáles son los estatutos que debe contener el acta constitutiva de cualquier sociedad mercantil;

actualmente y debido al implemento de los medios electrónicos en el comercio; cuando se quiera constituir una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, la Secretaría de Economía, -como ya se había mencionado- a través del portal antes referido, facilita a través de formas pre codificadas la redacción de los estatutos, sin embargo, solicita datos adicionales y complementarios a los ya requeridos por la ley, con la finalidad de integrar un expediente electrónico, el cual no solo contiene el proyecto de los estatutos sino también el permiso y aviso de uso de nombre o denominación social, boleta de inscripción en el Registro Público de Comercio que corresponda, la inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes; en su caso, cita ante la subdelegación del IMSS para recoger el aviso de registro patronal y tarjeta de identificación patronal y el aviso de apertura de establecimiento mercantil para el caso que realice operaciones en el Distrito Federal.

Entonces, podemos afirmar que la regulación de la LGSM sobre los estatutos es solo una guía para su redacción, pues como vemos el propósito es que en un futuro el resto de los tipos societarios se constituyan como ahora las anónimas o las de responsabilidad limitada; a través del portal y así homologar los procedimientos de constitución, que estudiaremos en el siguiente punto.

1.4.3.1 Los socios

Entendiendo que son el elemento personal de la sociedad mercantil, comenzaremos por definirlos, por lo que nos auxiliaremos de las distintas acepciones hechas por los doctrinarios.

De acuerdo con Guillermo Cabanellas, socio es “un afiliado a cualquier agrupación. Es cada una de las partes en un contrato de sociedad, vínculo que origina numerosos derechos y deberes entre sí, con relación a la sociedad y con respecto a terceros en las variedades diversas de sociedades civiles y mercantiles. El autor clasifica a los socios en diferentes tipos:

1) Capitalista. El que formando parte de una sociedad aporta a la misma, bienes para conseguir ganancias o responder de las posibles pérdidas. Se contrapone a socio industrial.

2) Colectivo. El que en la sociedad colectiva o en la sociedad en comandita responde ilimitadamente con lo aportado y con los bienes propios.

3) Industrial o de Industria. El que aporta a una sociedad, sea civil o mercantil, sus conocimientos especiales o sus servicios, pero no capital a fin de participar en las ganancias que puedan obtenerse. Por lo común, el socio industrial está excluido de las pérdidas, ya que bastante es haber trabajado de balde. Se contrapone al socio capitalista.⁴⁷

Por otra parte, Rodríguez citado por García Rendón señala que los socios son aquellas personas con capacidad legal para ejercer el comercio, que dan su conformidad para poner en común los bienes o actividades convenidas, así como las bases generales establecidas para la constitución y funcionamiento de la sociedad.⁴⁸

Luego, podemos decir, que el socio es cualquier persona física o moral, que se afilia a una sociedad para poder junto con otros combinar sus bienes y esfuerzos, para concretizar un proyecto, y de esta manera recibir los provechos que éste genere. No coincidimos totalmente con la definición aportada por Rodríguez pues en estricto sentido no es necesario que el socio tenga la capacidad legal de ejercitar el comercio, pues como veremos en las sociedades de capital, la calidad que tenga el socio no interesa, por eso nos concretizamos a señalar que socio, será cualquier persona que quiera combinar sus bienes y esfuerzo con otros que tengan un fin común.

⁴⁷Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta, p. 852.

⁴⁸Cfr. García Rendón, Manuel. *Op. Cit.*, nota 29, p. 31.

1.4.3.2 Nombre

El doctrinario Barrera Graf manifiesta al respecto: ⁴⁹ “la fracción I del art. 21 alude al nombre, razón social o título del comerciante. Estos datos son importantes, tanto para los efectos positivos de la publicidad registral (conocimiento por parte de tercero), como por los negativos (la omisión del registro no es oponible a terceros de buena fe). En relación al art. 6° LGSM que enumera los requisitos de la escritura constitutiva que debe inscribirse en el Registro de Comercio (art. 260), su fracción III se refiere al nombre de las sociedades: “su razón social o denominación”. A las dos formas de nombrar a las sociedades se refiere la fracción I, así como al nombre de pila y al apelativo de los comerciantes individuales que opten por registrarse o que se registren oficialmente. En cuanto a la palabra “título”, que nuestro C. Com. heredó del español, no le encuentro sentido alguno.”

Para García Rendón⁵⁰, “el nombre de las sociedades mercantiles se expresa mediante su razón o denominación social.

“La razón social se forma con los nombres completos o con los apellidos de uno o varios socios y, cuando en ella no figuren los de todos, se añaden las palabras y compañía u otras equivalentes. El uso de la razón social es obligatoria para las sociedades en nombre colectivo y la sociedad de comandita simple y optativo para la sociedad de responsabilidad limitada y para la sociedad en comandita por acciones.

“La denominación social se forma con palabras que denotan su objeto social o con expresiones de la fantasía. El uso de la denominación social es obligatorio para la sociedad anónima y optativo para la sociedad de responsabilidad limitada y para la sociedad en comandita por acciones.”

⁴⁹Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades.*, 4ª reimpresión, México, Porrúa, 2000, pp. 183 y 184.

⁵⁰ García Rendón, Manuel, *Op. Cit.*, nota 29, p. 72.

Mantilla Molina⁵¹ expone: “El nombre de la sociedad puede formarse con el de uno o varios socios, y entonces es una razón social, o libremente, y entonces es una denominación.

“El nombre de la sociedad, excepto si se trata de una colectiva, debe ir siempre seguido de la indicación del tipo social adoptado, siendo válido el empleo de siglas. La falta de indicación da a entender que se trata de una colectiva, por lo cual es inútil y no esta prevista por la ley, la indicación empleada en algunos casos: S. en N. C. (Sociedad en Nombre Colectivo).

“La Ley no exige que se haga constar en la escritura el tipo de sociedad que se ha elegido: ello se debe, probablemente, a que del nombre resulta implícitamente tal elección, que en la mayoría de los casos encontrará clara confirmación en las demás cláusulas del acta.”

De lo anterior, se desprende, que el nombre de las sociedades se refieren al signo inequívoco que tendrán; el cual se formará dependiendo del tipo social del que se trate, es decir, si hablamos de una sociedad de personas como son las de Nombre Colectivo y las Comanditas, (atendiendo a su naturaleza jurídica), se utilizará una razón social, la cual se forma con el nombre o apellidos de uno o varios socios y si es una sociedad de capital como la Anónima, entonces se empleará una denominación, la cual se forma libremente pero haciendo alusión a su objeto social.

1.4.3.3 Objeto Social

Juzgando que es uno de los elementos constitutivos de la sociedad y que debe constar en la escritura social, se hará un breve análisis del mismo.

El jurista Cervantes Ahumada concretamente puntualiza: “Se llama objeto social a esa actividad a que la sociedad habrá de dedicarse, y ella deberá

⁵¹ Mantilla Molina, Manuel L., *Op. Cit.*, nota 6, pp. 236 y 237.

expresarse en la escritura constitutiva, según manda la fracción II del artículo 6º antes citado”⁵²

García Rendón al respecto menciona: “El objeto social, a nuestro juicio, es un elemento esencial del negocio social de manera que, si no se determinara, el contrato carecería de sentido;...mediante su determinación, los socios fijan los límites de la capacidad jurídica de la persona moral y, consecuentemente, su marco legal de acción, dentro de la esfera de capacidades generales y limitaciones establecidas por la ley.”⁵³

Luego, el objeto social lo dividimos en dos rubros: objeto directo y objeto indirecto; el primero como señalan los autores es la actividad que va a realizar la sociedad mercantil y que debe describirse de manera extenuante en el acta constitutiva, pero también encontramos que su objeto indirecto es obtener ganancias por realizar dicha actividad, por eso, el objeto indirecto será el lucro (en sentido amplio).

1.4.3.4 Duración

Es uno de los elementos al que no se le da tanta importancia como a los demás pues son pocos los doctrinarios que aportan una verdadera definición de lo que es la duración, pues en el acto de constitución por inercia quien protocoliza el acta se limita ahora anotar “indefinido”, sin que realmente se analice qué es ese elemento. Así que trataremos de definirlo, pero primero veamos que expresan los autores.

Athié, aclara que la duración de la sociedad esta íntimamente relacionado con el objeto para el cual se constituyo y que debe constar en la escritura social, pues debe precisarse en la misma el objeto ha realizar y en qué tiempo lo llevará a cabo.⁵⁴

⁵² Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 44.

⁵³ García Rendón, Manuel, *Op. Cit.*, nota 29, p. 115.

⁵⁴ Cfr. Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.*, nota 7, p. 244.

Cervantes Ahumada argumenta: “Como toda persona, la sociedad mercantil tiene un término de vida, que en la escritura constitutiva deberá predeterminarse. Antes de su terminación, el término podrá prorrogarse”⁵⁵

Así que con lo apreciado, podemos definir a la duración de la sociedad como la vida jurídica que tiene una sociedad mercantil, la cual comienza con la inscripción de su nacimiento y terminando con la liquidación de la misma, es decir, que el lapso de tiempo que debe considerarse como duración de la sociedad es el que transcurre desde la inscripción del acta de constitución en el Registro Público del Comercio hasta el registro de su muerte que es el acto de la liquidación, la cual también debe ser anotada; pues de no hacerlo, se considera viva jurídicamente, aunque ya se haya disuelto.

Además que para determinar ese lapso de tiempo coincidimos con Athié debe tomarse en cuenta la actividad por realizar y proyectar cuánto tiempo se tardará en realizar, en otras palabras, es planear correctamente su cumplimiento, de lo contrario se tendrá que estar modificando la escritura social, generando gastos adicionales, razón que creemos impulso la reforma de la fracción IV del artículo 6º de la LGSM que ahora contempla que la duración puede ser indefinida.

1.4.3.5 Aportación social

Considerado como uno de los principales elementos constitutivos, procederemos a examinar esta figura a la luz de dos juristas de nuestra rama.

Barrera Graf entiende por aportación social como “... la cosa que el obligado (el socio) debe dar” o el “hecho que debe hacer” (art. 1824 del C.C.); o sea la aportación de bienes o derechos en aquél caso (aportaciones de capital), y su trabajo o servicios en este caso (aportaciones de industria). Impropiamente, la LGSM habla del “objeto de la sociedad” para referirse a la finalidad de ella (art. 6º gr. II).

⁵⁵ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op Cit.*, nota 9, p. 45.

“En ambos casos, se trata de la aportación que una persona debe hacer para ingresar como socio a la sociedad, o para incrementar su participación en ella en casos de aumentos ulteriores del capital social. Son obligaciones de dar o de hacer, nunca obligaciones de no hacer o abstenerse, las que cuando más pueden dar lugar a prohibiciones legales o convencionales que se impongan a la sociedad misma (en los casos de pactos o convenios consorciales, en que cada consorte suele renunciar a realizar una actividad determinada) y a quienes ya sean socios, y cuya violación no constituye una causa de invalidez o nulidad, sino de incumplimiento, que sólo provoca el derecho de la sociedad de demandar de la otra u otras, o del socio, el pago de daños y perjuicios, e inclusive de expulsarlo del seno de la sociedad (art. 35 LGSM).”⁵⁶

Manuel García Rendón, hace un profundo análisis de este tema por lo que transcribiremos sus consideraciones, para después comentarlas:

“Las aportaciones constituyen el llamado objeto indirecto del negocio social; son las cosas que el socio está obligado a transmitir a la sociedad o los hechos que debe prestarle. Por ende, si las aportaciones no se realizan, el contrato de sociedad no llega a existir (arts. 1824 y 1794, CCDF).

“Las aportaciones pueden consistir en numerario, en otros bienes distintos de numerario, inclusive derechos, y en servicios. Las aportaciones distintas de numerario, también llamadas de especie, por regla general son traslativas de dominio (art. 11, LGSM) y es requisito indispensable que se valoricen y que se declare el criterio seguido para su valorización según dispone el art. 6 frac. VI LGSM.

“Si las aportaciones en especie consisten en créditos, con arreglo a lo previsto por el art. 12 LGSM, el socio responde a la sociedad de la existencia y legitimidad de ellos, así como de la solvencia del deudor en la época de la aportación. Como se puede apreciar, este último dispositivo legal deroga la regla general de la cesión mercantil de créditos estatuida en el art. 391, C. Com.,

⁵⁶Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 48, p. 272.

conforme a la cual el cedente no responde de la solvencia del deudor, sino tan solo de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión.

“Asimismo, si la aportación consiste en títulos de crédito, el socio tendrá idéntica responsabilidad y, además, garantizará que éstos no han sido objeto de la publicación que previene la LGTOC para los casos de pérdida de valores de tal especie, sin que, en ambos casos, valga el pacto en contrario (art. 12)”.⁵⁷

Se concluye que las aportaciones son los bienes (muebles e inmuebles), derechos, créditos, obligaciones (de dar, hacer y no hacer) y esfuerzos materiales o intelectuales, que el futuro socio se compromete a entregar a la sociedad mercantil para su constitución o cuando ya está en funcionamiento, lo hace para incrementar sus rendimientos, esto con el propósito de formar lo que llamamos capital social (o aumentarlo) y por consiguiente obtener las ganancias que se generen en proporción a lo aportado, es decir, mientras más aporte a la sociedad más ganancias obtendrá; por eso como bien dice García Rendón hacen alusión al objeto indirecto de la sociedad y sin ellas la sociedad no puede nacer.

1.4.3.6 Capital social

Siguiendo con el autor anterior, nos dice que: “Se llama capital social a la suma de los valores de aportaciones en el momento de la constitución de la sociedad”⁵⁸

Por su parte García Rendón expone: “El capital social se forma con la suma de las aportaciones, en numerario y otros bienes, que realizan los socios.”⁵⁹

De Pina puntualiza: “El capital social es el monto establecido en el acto constitutivo de la sociedad y expresado en moneda de curso legal, como valor de las aportaciones realizadas por los socios.”⁶⁰

Athie nos manifiesta que: “El capital social es la suma de los bienes que aportan quienes forma parte de la sociedad o que se obligan a aportar, ya sea en

⁵⁷ García Rendón, Manuel, *Op. Cit.*, nota 29, pp. 118 y 119.

⁵⁸ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 45.

⁵⁹ García Rendón, Manuel, *Op. Cit.*, nota 29, p. 117.

⁶⁰ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, nota 8, p. 64.

dinero o en otros bienes (a excepción del trabajo personal); bienes que se estiman por los mismos socios, han de arrojar un valor cierto y determinado.”⁶¹

1.4.3.6.1 Clases de capital social

Hay que puntualizar que el capital social como bien señala el maestro Cervantes Ahumada, seguido por García Rendón, se clasifica atendiendo a la función que va a cumplir ⁶² y en el glosario proporcionado por el portal se define al capital social como: “La suma de aportaciones de los socios, que pueden ser realizadas en numerario (dinero), bienes y créditos, siempre expresadas en moneda nacional. Está representado por las partes sociales o acciones. Conjunto de bienes y derechos de la sociedad con deducción de sus obligaciones. Inicialmente, se forma con el conjunto de aportaciones de los socios. Constituido por el valor inicial en dinero de las aportaciones de los accionistas que lo forman; su valor permanece inmutable durante la vida de la sociedad, salvo los aumentos y disminuciones acordados por los socios. El capital es elemento esencial e indispensable de toda sociedad mercantil. Ninguna sociedad podrá, pues, constituirse a menos que los socios aporten un capital determinado, fijando al efecto su cuantía en la escritura constitutiva. La existencia de dicho capital es presupuesto necesario para el nacimiento y para el funcionamiento de la sociedad.

Y en el mismo, se brinda una clasificación atendiendo precisamente a la función que cumple, los cuales son:

Capital autorizado: Es aquél que se podrá representar por las acciones llamadas de tesorería, esto es, que estarán en la caja o tesorería de la sociedad, para irse colocando cuando los administradores lo dispongan. Con esta modalidad de capital con acciones de tesorería, existen en la práctica algunas sociedades anónimas.

⁶¹Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.*, nota 7, p. 245.

⁶²*Cfr.* Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 46 y García Rendón, Manuel, *Op. Cit.*, nota 29 p. 118.

. Capital pagado: Porción del capital suscrito que pagan los socios al momento de la constitución de la sociedad.

Capital suscrito: Suma de aportaciones que los socios se comprometen a entregar a la sociedad, el cual puede efectuarse al momento de la constitución o dentro del plazo establecido como máximo.

Capital variable: Modalidad de capital social que permite el aumento del capital por los socios, nuevos socios o la baja de socios, sin mayor trascendencia que la creación o amortización de las partes del capital de que sean titulares.”⁶³

Como vemos el capital social es la suma de las aportaciones hechas por los socios en el acto de constitución y se clasifica atendiendo a su función en: fundacional, suscrito, exhibido, fijo, y variable; aunque otros autores añaden el: autorizado, mínimo y máximo; sin embargo, los últimos se incluyen en los primeros es por eso los dejamos fuera de la clasificación expuesta, así podemos concluir que el capital social es la suma total de las aportaciones hechas en numerario y bienes diferentes a éste, pues como la ley mercantil establece, las aportaciones de industria no conforman capital.

1.4.3.7 Fondo de reserva

Acorde con el maestro Barreralela reserva legal “se desprende del art. 20 primer párrafo de la LGSM: fondo que se constituye con el desvío o detracción del cinco por ciento como mínimo del monto de las utilidades netas que anualmente obtenga la sociedad, hasta que importe la quinta parte del capital social. De este concepto se desprenden las siguientes notas:

Primera. Su constitución es obligatoria;

Segunda. Su formación, su incremento y su reconstitución se basa en la existencia de utilidades brutas, que, son frutos eventuales que la sociedad obtiene en el ejercicio (anual) de sus actividades, y que pueda repartir entre sus socios

⁶³Gobierno Federal, “Glosario del portal tuempresa.gob”, en línea, México, 2012, 05 de septiembre del 2012. Disponible en la web <http://www.tuempresa.gob.mx/portal/comun/publico/file.do?llave=glosario>.

como dividendos si así lo prevén los estatutos o lo acuerda la junta o asamblea de socios, independientemente de que, en efecto, se repartan, o que la sociedad las reporte en un renglón del pasivo del balance, que se indique como utilidades pendientes de aplicación.

Tercera. La cuantía de la reserva legal se fija con un mínimo que se detrae de dichas utilidades netas anuales con un máximo que se determina en función del capital social.

Cuarta. La LGSM habla de un “fondo de reserva” (art. 6 fracción. XI). Esto no implica que su monto tenga que ser conservado por la sociedad en dinero, o en bienes o en derechos determinados, sino que, como la cuantía misma del capital social, sólo se trata de un concepto, de un *nomen iuris*, que no corresponde a ningún renglón específico del patrimonio social; es también un cifra de retención, que impone a la sociedad tener valores equivalente en el activo del balance.

Quinta. Por provenir la reserva legal de las utilidades que genere la sociedad, no constituye un incremento alguno del patrimonio social; y tampoco del capital social. Está destinada solamente a la protección de éste y, en consecuencia, se prohíbe que pueda repartirse entre los socios, y sí se permite que pueda capitalizarse (arts. 21, párrafo tercero LGSM y 39 LIS).

Sexta. Los acreedores de la sociedad tienen acción para exigir la constitución de la reserva legal (art. 22) y tienen derecho a considerarla como un renglón activo con una finalidad específica (aplicarla en casos de pérdidas sociales).

En el caso de liquidación de la sociedad, todos los socios tienen derecho a una parte de la reserva que sea proporcional a su contribución en el capital social, después de que se cubra el pasivo social: si la liquidación es del socio, no de la sociedad, y supone reducción del capital social, éste participará en la proporción que le corresponda, pero sólo de lo que exceda, entonces, la reserva legal del monto del nuevo capital; si no hay reducción del capital, dentro del monto de la cuota de liquidación que corresponda al socio se deberá considerar la parte

proporcional que le toque del total de la reserva legal, la que deberá constituirse a partir de entonces.”⁶⁴

De acuerdo con De Pina Vara⁶⁵ “las reservas son aquellas inmobilizaciones de las utilidades, impuestas por la ley (reservas legales) o por los estatutos de la sociedad (reservas estatutarias), o que eventualmente acuerdan los socios (reservas voluntarias), para asegurar la estabilidad del capital social frente a las oscilaciones de valores o frente a las pérdidas que puedan producirse en algún ejercicio.”

Según Mantilla Molina “El legislador no solamente ha procurado que no disminuya el capital social, sino que ha buscado consolidar la base del patrimonio de la sociedad, y al efecto ha exigido que un 5% de las utilidades sea llevado a una cuenta de reserva, que por su origen se califica de legal; de modo que la sociedad sólo puede disponer libremente del 95% de las utilidades de cada ejercicio, excepto cuando el monto de la reserva haya llegado a ser igual a la quinta parte del capital social (art. 20), caso en el cual queda cumplida la obligación de constituir la reserva, y la sociedad puede emplear, del modo que estime conveniente, la totalidad de las utilidades.”⁶⁶

Entonces, entendamos por fondo de reserva, como aquella cantidad que se separa del capital social, con el propósito de hacerle frente a las eventualidades que surjan en el desarrollo de la vida social, en palabras más sencillas, es un ahorro que hace la persona moral comerciante.

Y aunque puede parecer que es un acto que las sociedades realizan de forma voluntaria, no es así, pues lo crean, porque así se los exige la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 20.

Luego, el monto que deben cubrir, como mínimo, es la que represente el veinte por ciento de su capital social, formándolo de la separación del cinco por ciento de las utilidades netas anuales.

⁶⁴ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 45, pp. 295 y 296.

⁶⁵ De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, nota 8, pp. 66 y 67.

⁶⁶ Mantilla Molina, Manuel, L., *Op. Cit.*, nota 6, p. 215.

1.4.3.8 Órganos Sociales

Considerando lo que expresa Cervantes Ahumada, afirmamos que la sociedad mercantil para que pueda funcionar correctamente y lo más importante pueda integrar su voluntad y manifestarla frente a terceros, requiere de órganos. Estos órganos pueden ser; atendiendo a su función: de dirección suprema (asamblea de accionistas, juntas de socios); de administración (consejo de administración, directores, gerentes); o de vigilancia (comisarios) y por su composición pueden ser colegiados, (asambleas, juntas, consejos) o individuales o unipersonales.⁶⁷

Por lo que atendiendo a este razonamiento ahondaremos de forma genérica dichos órganos, apuntando su concepto, su integración, la función que cumple dentro de la estructura orgánica y sus facultades.

1.4.3.8.1 Asamblea de socios

Esta se constituye por los socios, personas físicas o morales, y es el máximo órgano de la sociedad, del cual emanan las decisiones para el funcionamiento de las sociedades.

García Rendón⁶⁸ nos explica que la asamblea de socios, como su nombre lo indica, es la reunión de éstos, legalmente convocados para conocer y decidir respecto de los asuntos que la ley tiene reservados en su ámbito de competencia.

Barrera⁶⁹ siguiendo esa tesis, nos refiere que la asamblea general es el órgano máximo de la sociedad y podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que ella designe, o a falta de designación por el administrador o por el Consejo de Administración.

⁶⁷ Cfr. Cervantes Ahumada Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 46.

⁶⁸ Cfr. GarciaRendon, Manuel, *Op. Cit.*, nota 29, p. 237.

⁶⁹ Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 48, p. 545.

Es decir, la Asamblea de Socios o Junta de Socios, (dependiendo del tipo social que se trate), es el órgano supremo de toda sociedad; ésta a su vez se divide en general y especial, esto, atendiendo a la forma que se integra; o sea, si se integra por todos los socios, estamos frente a una Asamblea General de Socios y si se compone por determinada calidad de socios, entonces, será una Asamblea Especial.

A su vez, la General se divide en: Ordinarias y Extraordinarias, esto, tomando en consideración los asuntos que se vayan a tratar en la asamblea y el momento en que deben reunirse, si se dentro de la asamblea se tratan asuntos de la vida cotidiana de la sociedad, es ordinaria y por tanto, se reunirán por lo menos una vez al año, dentro de los primeros cuatro meses del año; y si se convoca para discutir asuntos que son de tal relevancia que afectan o trasciendan a la vida jurídica de la sociedad, es extraordinaria y por consiguiente se reunirán en cualquier tiempo.

No hay que olvidar, que para que se pueda llevar a cabo la asamblea, se tiene que hacer el llamado a los socios (convocatoria), por los medios que se estimen pertinentes, la cual contendrá la orden del día; luego, se tiene que verificar el quórum requerido para que se considere legalmente establecida, así como el quórum que se necesite para la toma de decisiones y por último inscribir las resoluciones tomadas, que para las ordinarias será en el libro de actas y para las extraordinarias en el Registro Público del Comercio.

Así, la función que cumple dentro de la sociedad mercantil es la de toma decisiones, ya sean relevantes o las concernientes a la vida ordinaria de la sociedad.

Sus facultades se pueden deducir de lo instaurado por los artículos 181 y 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; las cuales son:

1. Discutir, aprobar o modificar el informe de los otros dos órganos sociales
2. Nombrar a los administradores y comisarios
3. Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores y comisarios.
4. Decidir sobre la prórroga de la duración de la sociedad;

5. Declarar la disolución anticipada de la sociedad;
6. Resolver sobre el aumento o reducción del capital social;
7. Lo concerniente al cambio de objeto de la sociedad;
8. Cuando quiera hacerse el cambio de nacionalidad de la sociedad;
9. Resolver cuando se pretenda transformar la sociedad;
10. Declarar si se fusiona con otra sociedad;
11. Determinar la emisión de acciones privilegiadas;
12. Resolver sobre la amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;
13. Determinar cuando se hará la emisión de bonos; y
14. En general cualquier otra modificación del contrato social,

1.4.3.8.2 Órgano de administración

Como lo anticipamos al inicio de este apartado, este órgano es el encargado de realizar las gestiones para la actividad de la sociedad. La administración puede estar a cargo de un administrador o gerente o por un consejo de administración que lo integran dos o más personas.

Siguiendo con lo postulado por Barrera Graf, que manifiesta: “por administración social, para los efectos de las fracciones VIII y IX del art. 6°, se entiende tanto la gestión interna de organización de la sociedad, como la actividad externa de representación.

“Se indica que la escritura social, “deberá contener la manera conforme a la cual haya de administrarse ésta”; y por otro lado, el art. 8° establece que si se omite este requisito en la escritura, “se aplicarán las disposiciones relativas de la ley”; o sea, que la escritura puede no indicar la manera de administrar (y las facultades de los administradores), y en tal caso se acudirá, según el tipo de sociedad de que se trate, a las disposiciones legales, que son varias.”⁷⁰

⁷⁰Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 48, p. 312.

Pero no hay que perder de vista que ahora con la implementación del formato pre codificado ya no hay cabida para que se deje designar la forma de administración además del resto de los estatutos, lo establecido en las fracciones aludidas solo operaría para el caso de la sociedad en nombre colectivo y las comandas.

De acuerdo con De Pina Vara, quien afirma: “las sociedades mercantiles como personas morales que son, obran y se obligan por medio de los órganos que las representan (art. 27 C. Civil).

La representación de la sociedad, de acuerdo con el artículo 10 de la LGSM corresponde a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones y actos inherentes a la finalidad social, salvo lo que expresamente establezca la ley o la escritura constitutiva.”⁷¹

Entonces, la administración es el órgano ejecutor de la asamblea cumpliendo de esta forma con la función de llevar a cabo las decisiones tomadas por dicho órgano y la principal que es la de representación.

Se integra de manera unipersonal o colegiada, dependiendo del tipo de sociedad que se trate y pueden ser socios o personas ajenas a la misma.

Sus facultades se encuentran establecidas en el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles en relación con los artículos 41 al 44; las cuales se pueden enlistar de la siguiente manera:

1. Representar a la sociedad
2. Realizar todas las operaciones inherentes al objeto social;
3. Otorgar poderes;
4. Uso de la razón o denominación social;
5. Uso de la firma social;
6. Enajenar y gravar los bienes inmuebles de la sociedad, siempre que cuente con la autorización expresa de la asamblea y
7. En general endeuda y libera a la sociedad.

⁷¹De Pina Vara, Rafael, *Op. Cit.*, nota 8, p. 70.

1.4.3.8.3 Órgano de vigilancia

Este órgano es el encargado de ejercer la vigilancia dentro de la sociedad e informa a la Asamblea de Socios sobre el buen o mal manejo de las operaciones realizadas por el órgano ejecutor.

El maestro Barrera considera que “la LGSM habla de consejo de vigilancia, lo que implica, primero, que sea un órgano plural, y segundo, de carácter colegiado. Esto excluiría que sólo un miembro –comisario- se previese en el contrato, y se eligiese por la asamblea; como también, que siendo los comisarios dos o más pudieren, como en el caso de la S.A., actuar aislada e individualmente, y no a través de juntas que convocaran y dentro de las que se deliberara y votara.

Pues bien, pese al nombre de consejo, en la práctica sólo a un comisario se nombra, y si fueren dos o más no actúan necesariamente en forma colegial y por voto mayoritario o unánime. El pacto social, sin embargo, podrá determinar todos esos pormenores: número de comisarios, calidad del o de los que se designaran, actuación individual o colegiada, etc.”⁷²

García Rendón al respecto dice: “son los órganos integrados por los socios o personas extrañas a la sociedad, necesarios, permanentes, temporales y revocables, encargados de vigilar la gestión de negocios sociales, con independencia de los administradores, en interés de los socios y de la sociedad, frente a los cuales responden individualmente.”⁷³

Se colige, que el órgano de vigilancia es quien se encarga de vigilar al órgano de administración, se integra según sea el caso, de manera colegiada o unitaria y pueden ser socios o personas ajenas a la misma.

Ha de aclararse que en ciertas sociedades es un órgano potestativo, es decir, puede o no existir y además de que se exige que no sean socios.

Para finalizar este apartado, afirmamos, que la sociedad mercantil al ser una persona moral, necesita de órganos para poder manifestar su voluntad y

⁷²Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 48, p. 384.

⁷³García Rendón, Manuel, *Op. Cit.*, nota 29, p. 456.

funcionar plenamente; los cuales son: la Asamblea de Socios, el Órgano de Administración y en algunas sociedades el Órgano de Vigilancia.

1.4.4 Procesos de Constitución

Una vez que han quedado asentados los elementos que debe contener el contrato social y la forma en la que funciona cualquier sociedad mercantil, en este punto, haremos referencia a los dos procesos tradicionales que permiten que nazca a la vida jurídica, pues si bien hemos referido que se ha instaurado el pre codificado, no hay que olvidar que solo es para sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, por ello es que solo se apuntan los procesos regulados en la actual LGSM; para lo cual nos apoyamos en las consideraciones hechas por Jorge Barrera Graf, en su obra Instituciones del Derecho Mercantil.

1.4.4.1 Proceso Simultáneo

El autor nos explica que “El sistema prevaleciente de constitución de las sociedades mercantiles reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, es aquel en que todos los socios y sus representantes acuden ante notario público (arts. 5 y 90) a firma la escritura constitutiva. A esta forma de constitución se denomina simultánea, porque todas las partes comparecen en un solo acto ante el notario, manifiestan su consentimiento y ante él firma el contrato social. Este es el sistema prevaleciente, porque generalmente los socios fundadores ya se conocen y están vinculados por relaciones familiares, de amistad o de negocios previos. En contraposición con ella, pero sólo para S.A., existe la constitución pública o sucesiva.”⁷⁴

⁷⁴ Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 48, pp. 321 y 322.

1.4.4.2 Sucesiva o Suscripción Pública

Este proceso se encuentra descrito en los artículos 92 al 101 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y se caracteriza por el llamado o invitación que hacen los fundadores al público en general para que formen parte de la sociedad como socios.

Para evitar la transcripción de dichos numerales, nos concretizamos a realizar una síntesis de este proceso por medio de las etapas que se enuncian a continuación:

a) La primera, la denominamos: De redacción y depósito del programa (artículo 92); la cual consiste en que los llamados socios fundadores deben redactar y depositar en el Registro Público del Comercio un proyecto o programa de escritura social que contenga todos los requisitos del artículo 6º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

b) La segunda es la de Adhesiones; en esta, todas las personas del público que estén interesadas en ser socios, deberán acudir al lugar indicado por los fundadores y suscribir por duplicado el programa, debiendo hacerse constar en cada suscripción lo siguiente:

- Nombre, nacionalidad y domicilio del suscriptor.
- El número expresado con letras de las acciones que suscriba, así como su naturaleza y el valor de las mismas.
- La forma y términos en que el suscriptor se obligue a pagar la primera exhibición.
- Las especificaciones de los bienes con los que, en su caso, deban pagarse las acciones.
- La forma de hacer la convocatoria para la Asamblea General Constitutiva y las reglas conforme a los cuales debe celebrarse.
- La fecha de suscripción
- La declaración de que el suscriptor conoce y acepta el proyecto de los estatutos.

Hay que señalar, que uno de los ejemplares de la suscripción quedará en poder de los fundadores y el otro será devuelto al suscriptor.

c) La tercera es la de Aportaciones; aquí, los suscriptores del programa deben depositar, como primera exhibición o pago parcial, en la institución de crédito que designen los fundadores, las cantidades que se hubieren comprometido a entregarle a la sociedad y el pago de sus respectivas aportaciones, que generalmente es el equivalente al 20% del importe total de su correspondiente aportación.

La diferencia entre ambos procesos radica en que: “En la constitución simultánea, estamos en presencia de un contrato de ejecución instantánea, y en la sucesiva, de un contrato de ejecución diferida. En ambos caso, al perfeccionarse el contrato surge la sociedad, la que por disposición de la ley adquiere, al inscribirse o al exteriorizarse, personalidad jurídica, distinta a la de los socios y con patrimonio, deberes, derechos y obligaciones propios.”⁷⁵

Para comprender mejor estos procesos brindamos un cuadro sinóptico de los mismos, en donde señalamos, las etapas de cada uno....

1.4.5 Sociedades de Personas

El presente estudio tiene el propósito de brindar un análisis de las sociedades de personas, pues el objeto de nuestra investigación tiene estrecha relación con esta clase societaria; así que siguiendo con las aportaciones hechas por el doctrinario Barrera Graf, encontraremos nuestro sustento teórico y posteriormente abordaremos sus generalidades a la luz nuestra normatividad mercantil.

Así, el autor nos aclara: “Las sociedades de personas y las de capital, se distinguen tradicionalmente las unas de las otras en función de la importancia y trascendencia de la persona de los socios que forman la sociedad en las personales, o de su función secundaria y hasta intrascendente en las de capitales,

⁷⁵ *Ibidem*, p. 323.

en las cuales, como su nombre indica, la característica predominante consiste en las cantidades (capitales) que los socios aportan para constituir el ente.

A las primeras se les llama sociedades personalistas o *intuitus personae* a las segundas, *intuitus* capitales. Ambas son especies del negocio social genérico, o sea, del contrato de sociedad, y de unas y otras se predicen los elementos a que alude la definición legal del art. 2688 C. Civ.; obligación de los socios de combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común.”⁷⁶

“Las sociedades personales, cuyos antecedentes se rastrean en Roma, a través de la *societas vectigalium* y *publicanorum*, se reconocieron y practicaron en la Edad Media, a través de la “compañía” y de la sociedad general.

Mientras las sociedades personales se utilizaban y aún se utilizan en círculos familiares, y se establecían para normar relaciones entre parientes y amigos, las capitalistas se crearon para atender necesidades más amplias, que exigen grandes capitales y agrupaban intereses económicos y heterogéneos.”⁷⁷

Entonces, de lo anterior, se observa que se llaman sociedades de personas porque lo que interesa es el socio en sí, mientras que en las capitalistas lo que importa es lo que ese socio aporta y para identificar las diferencias entre ambas clases societarias se toman en cuenta diversos factores como son; el tipo de socios que la integran, las cantidades de las aportaciones; en su interior identificamos que en la de personas se confía plenamente en sus integrantes volviéndola de un carácter privado y cerrado; mientras que en las de capital, son de un carácter abierto y público y esto se ve reflejado en la organización de sus órganos, al igual que en su nombre, pues en la de personas se utilizara una razón social (por la importancia de la persona) y en las de capital una denominación y sobre todo la responsabilidad que tienen los socios, pues en las personales responden: solidaria, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales y en las capitalistas solo hasta por el monto de su aportación.

Una vez que ha quedado asentado que es una sociedad de personas, se examinarán en el siguiente punto los dos tipos societarios que la integran.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 345.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 346.

1.4.5.1 Sociedad en Nombre Colectivo

Es la primera sociedad regulada dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles (Artículos 25-50) y profundizaremos su estudio a razón de que la actual regulación de la A. en P. nos remite a disposiciones relacionadas con este tipo societario y con la comandita simple, de ahí que se haga necesario su estudio.

Concepto Legal. Es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada de todas las obligaciones sociales. (Artículo 25)

Nuestro Concepto. Es una persona moral comerciante que existe bajo una razón social, en la que todos los socios responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas u obligaciones sociales.

Razón social y sus supuestos. Se formará con el nombre de uno o más socios y cuando no aparezca en ella los nombres de todos, se deberá agregar las palabras “y compañía” u otras equivalentes.

Cuando un socio cuyo nombre aparezca en la razón social, se separe o sea excluido de la sociedad se le deberán agregar las palabras “y sucesores”. Lo mismo se hará cuando la razón social sea la que hubiere utilizado otra sociedad cuyos derechos y obligaciones se transmitan a una nueva sociedad que utilice esa misma razón social (Artículos 29 y 30)

Cuando una persona extraña a la sociedad permita que su nombre figure en la razón social, quedará sujeto a la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada a que están sujetos los socios (Artículo 28)

Responsabilidad de los socios

a) Solidaria. Significa que cada socio en lo personal responde del pago total de las deudas que adquiera la sociedad frente a terceros, es decir, que cuando exista una deuda social, el acreedor tiene la facultad de elegir a uno de los socios para que éste responda de forma integral de la misma.

b) Subsidiaria. Quiere decir que los socios responden por la parte de las deudas que no alcance a cubrir la sociedad lo cual lo harán incluso con sus bienes personales.

c) Ilimitada. Esto es, que todos los socios responden incluso con los bienes que le pertenezcan, aún cuando no los hayan aportado a la sociedad e independientemente del monto de su aportación, en otras palabras, responderán de la deuda hasta con su patrimonio.

Órganos Sociales.

a) Junta de Socios. Por regla general se compone de todos los socios y es el órgano supremo de la sociedad.

Facultades:

- Nombrar a los integrantes del órgano de administración y en su caso en el Órgano de Vigilancia.

- Deducir sobre la admisión o exclusión y cesión de derechos de los socios.

- Acordar la forma de hacer la convocatoria para las asambleas y sobre el ejercicio del derecho de voto.

- Modificar el contrato social.

- Discutir y aprobar los informes de los administradores.

- Fijar las cantidades que deben percibir los socios industriales y los administradores.

b) Órgano de Administración. Puede conformarse de forma unitaria (Administrador único) o colegiada (Consejo de Administración) que pueden ser socios o personas ajenas y en caso de que falte este órgano concurrirán todos en la misma.

Facultades:

- Representar a la sociedad;

- Uso de la firma social;

- Delegar ciertas funciones a terceros;

- Enajenar y gravar los bienes de la sociedad con el consentimiento de todos los socios;

- Informar a la Asamblea de socios sobre la marcha de los negocios sociales; y

- Realizar todas las operaciones o actividades inherentes al objeto social.

c) Órgano de Vigilancia. En esta sociedad su creación es potestativa, y en el caso de que exista; debe ser ejercida de forma unitaria y se le denomina interventor, lo nombra los socios no administradores y sus facultades son:

- Vigilar al órgano de administración
- Examinar la contabilidad
- Informar a la asamblea de cualquier irregularidad que encuentre.

1.4.5.2 Causas de Rescisión del contrato de sociedad respecto de un socio

En esta sociedad se contempla que el contrato social se rescinda a cualquier socio que incurra en alguna de las siguientes causas:

- Por uso de la firma o del capital social para negocios propios; esto es dirigido en específico para quien ejerza la administración, pues como vimos, el administrador es quien tiene esas facultades.

- Por infracción al pacto social; se aplica a cualquiera de los socios que integren a la persona moral comerciante, de igual forma los dos supuestos que siguen.

- Por infracción a las disposiciones legales que rijan el contrato social; es decir, que violente cualquier estatuto descrito en la escritura social.

- Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía; es de obvias razones el motivo por el cual se le rescindirá el contrato y solo al respecto hay que apuntar que además de separarlo se puede hacer acreedor de sanciones penales por dicho actuar.

- Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio; esto, porque ya no tendría la capacidad legal para ejercer el comercio.

Ahora, el hecho que se le rescinda el contrato a cualquier socio tiene graves consecuencias, pues de acuerdo al numeral 230 es una causa para que se disuelva la sociedad, cuestión que nos remite al último subtema de este apartado.

1.4.5.3 Causas de disolución

Al respecto hay que recordar que como cualquier persona física que nace, crece, se desarrolla y muere, de igual forma pasa con las personas morales; y pues bajo esta premisa en este acto revisaremos las causas por las que esta sociedad se disuelve (muere), haciendo notar, que se examinará a fondo este suceso más adelante,

Por lo que nos limitaremos a enunciar las causas de disolución de este tipo social; y para lo cual nos remitimos al artículo 229 en relación con el 230 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que expresan:

“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.

En caso de muerte de un socio, la sociedad solamente podrá continuar con los herederos, cuando éstos manifiesten su consentimiento; de lo contrario, la sociedad, dentro del plazo de dos meses, deberá entregar a los herederos la cuota correspondiente al socio difunto, de acuerdo con el último balance aprobado.”

De lo transcrito, observamos que la Sociedad en Nombre Colectivo se disuelve por las causas instauradas para cualquier sociedad mercantil, sin embargo, también por causas específicas, las cuales atienden a su naturaleza jurídica, o sea, que al ser una sociedad de personas, basta con que un socio se retire, muera, se le rescinda el contrato o tenga alguna limitación para ejercer el comercio para que se de pie a su disolución (salvo pacto en contrario).

1.5 SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

Es el segundo tipo societario que integra a las sociedades de personas, esta regulada dentro de los artículos 51 al 57 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y la examinaremos de la misma forma que a la sociedad anterior.

Concepto Legal. 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. (Artículo 51)

Nuestro concepto. Es la persona moral comerciante, que adopta para su constitución, el tipo de Comandita Simple, la cual existe bajo una razón social y se integra de uno o varios socios comanditarios y uno o varios comanditados; en donde los primeros responden de forma limitada y los segundos responden de forma solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales.

Razón Social y supuestos. La razón social debe formarse con el nombre de uno o varios comanditados y cuando en ella no aparezcan los nombres de todos, se le deben agregar las palabras “y compañía” o sus equivalentes, seguido de las palabras “Sociedad en Comandita” o su abreviatura “S en C”.

Cuando algún socio comanditario o cualquier persona, permita que figure su nombre en la razón social, quedarán sujetos a la responsabilidad de los socios comanditados y de igual forma sucederá si los comanditarios omiten agregar el tipo social o su abreviatura al nombre de la sociedad.

Órganos Sociales.

Al respecto, se le aplican las mismas disposiciones que a la Sociedad en Nombre Colectivo. Por lo tanto, en la S. en C. deben existir en forma obligatoria una Junta de Socios, que se integra por las dos calidades de socios y un Órgano de Administración integrado, por regla general de socios comanditados y de forma excepcional por comanditarios cuando el administrador muera o tenga alguna incapacidad.

Además y de forma potestativa tendrá un Órgano de Vigilancia, integrado por un interventor que será nombrado por los socios que no sean administradores.

En cuanto a las facultades de cada órgano serán las mismas que se describieron en el apartado anterior, por lo que omitimos repetirlas.

De igual forma se le aplican las causas de rescisión del contrato social respecto a alguno de los socios y las de disolución.

1.6 DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES

Para finalizar, examinaremos la forma en que una sociedad mercantil termina su vida jurídica, por lo que plantearemos las diversas concepciones de disolución y liquidación, para después fundamentarlo con la multicitada Ley General de Sociedades Mercantiles y así dar por terminado el estudio sobre los conceptos generales utilizados en las Sociedades Mercantiles.

Hay que aclarar que la terminación de la vida jurídica de la sociedad mercantil, (como cualquier persona moral) implica un procedimiento a seguir, el cual inicia con la disolución y finaliza con la liquidación, así lo expresa Tapia Ramírez:

“El proceso de disolución de la persona moral consta de dos etapas a saber: a) la disolución, y b) la de liquidación. Así: “La personalidad moral de las asociaciones y sociedades civiles y mercantiles se extingue al concluir la liquidación. La personalidad queda extinguida, cuando después de que hayan sido satisfechos los créditos a cargo de la sociedad, se aprueba la gestión de los liquidadores y se distribuye entre los socios aquella parte del patrimonio social que

sobre después de cubierto el pasivo. El acta final de liquidación deberá ser inscrita en el Registro Público del domicilio de la sociedad.”⁷⁸

Respecto a la disolución de las personas morales comerciantes; el autor García Rendón, expresa: “La palabra disolución es utilizada por nuestro legislador y aceptada por la doctrina mexicana, en la acepción que significa resolver un acto jurídico.”⁷⁹

El jurista Cervantes Ahumada, de forma concreta refiere: “A la muerte de la sociedad se le llama disolución.”⁸⁰

Por su parte, Athié puntualiza: “En el pacto social deben consignarse los casos en que sus otorgantes estimen conveniente llevar a cabo la disolución anticipada de la sociedad, esto es, previamente a que concluya el término para el que se constituyó...”⁸¹

En cuanto a liquidación, el mismo autor la concibe como: “El conjunto de actos jurídicos encauzados a concluir los vínculos establecidos por la sociedad con terceros y con los socios y por éstos entre si. Los actos en cuestión reciben el nombre genérico de operaciones de liquidación y se desarrollan en dos etapas sucesivas: 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

Para Ripert “Es el conjunto de operaciones que consiste, después de cubierto el pasivo con los elementos del activo, en convertir estos elementos en dinero para poder realizar la partición.”⁸³

Una vez que han quedado establecidos los conceptos aludidos, en las siguientes líneas proporcionaremos nuestras concepciones y explicaremos con base a lo instaurado dentro de los numerales 230 al 249 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el procedimiento para declarar por “muerta” a la persona moral comerciante.

⁷⁸ Tapia Ramírez, Javier, *Op. Cit.*, nota 32, p. 226.

⁷⁹ García Rendón, Manuel, *Op. Cit.*, nota 29, p. 556.

⁸⁰ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 196.

⁸¹ Athié Gutiérrez, Amado, *Op. Cit.*, nota 7, p. 260.

⁸² *Ibidem*, p. 565.

⁸³ Ripert, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, trad. Felipe de Solá Cañizares, tomo II Sociedades, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 2ª ed., 1954, p. 99.

Concebimos a la disolución como la extinción de la vida jurídica de una sociedad mercantil, por una causa prevista en la ley y que le impide continuar realizando su objeto social; subsistiendo su personalidad jurídica solo para efectos de la liquidación.

Dichas causas las encontramos establecidas en los artículos 229, 230 y 231 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y para su estudio las clasificamos como causas genéricas de disolución y causas específicas de disolución; además hay que apuntar que dichas causas se invocan siempre que los socios no deciden otra cosa, o sea, se aplican salvo pacto en contrario.

a) Causas Genéricas de disolución: las llamamos así, porque son causas que se aplican a todos los tipos societarios, enunciados en el artículo 1º de la LGSM las cuales ya se puntualizaron.

b) Causas Específicas de disolución: Denominación que le damos, debido a que son dirigidas para ciertas sociedades mercantiles, como son: las de nombre colectivo, las comanditas y las cooperativas, estas a su vez las ubicamos de la siguiente manera:

- Sociedad en Nombre Colectivo: por muerte, incapacidad, exclusión, retiro y rescisión del contrato social, respecto de alguno de los socios. (Art. 230)

- Sociedad en Comandita Simple y por Acciones: por muerte, incapacidad, exclusión, retiro y rescisión del contrato social respecto de los socios comanditados. (Art. 231)

- Sociedades Cooperativas: se encuentran instauradas en el artículo 66 de la Ley General de Sociedades Cooperativas y son por mencionar algunas: por voluntad de las 2/3 partes de los socios, porque el número de socios sea inferior a cinco, por consumación del objeto social y por sentencia ejecutoriada dictada por un órgano jurisdiccional que contiene la declaración de disolución.

En cuanto hace a la liquidación, la entendemos como: el conjunto de actos jurídicos realizados por él o los liquidadores, tendientes a extinguir de manera definitiva la vida de la sociedad mercantil que se trate y que comprenden la conclusión de las operaciones sociales pendientes, tales como el cobro de lo que se debe a la sociedad, el pago de las deudas que ésta tenga, el reparto del haber

social entre los socios, la practica del balance final y finalmente la cancelación de la inscripción del contrato social.

El procedimiento a seguir, se encuentra comprendido del artículo 234 al 249 y lo sintetizamos así:

Una vez que se ha tomado la decisión de disolverse en la asamblea extraordinaria, se procede al acto de la liquidación, el cual se realiza de la siguiente forma:

a) Nombramiento de los liquidadores. La designación de liquidadores se puede hacer desde el momento en que se constituye la sociedad o bien darse las bases con arreglo a los cuales se efectuará la designación del o los liquidadores.

En defecto de lo anterior la designación de los liquidadores se hará por los socios en el mismo momento en que se reconozca la causa de disolución respectiva, esto es, que los liquidadores serán nombrados en la misma asamblea general extraordinaria en que se declaro la disolución.

En los casos en que la sociedad se disuelva por expiración del plazo fijado o por sentencia ejecutoriada que así lo ordene, el nombramiento se hará inmediatamente que concluya el plazo o que se dicta la sentencia.

Cuando no se efectúe el nombramiento de los liquidadores en los términos antes señalados, su designación se hará por la autoridad judicial competente a petición de un socio.

b) Operaciones que deben realizar los liquidadores. Una vez que hayan sido nombrados, deben realizar la liquidación conforme a las bases que para tal efecto se encuentren previstas en el contrato social, o en su caso, conforme a las que acuerden los socios en la asamblea general extraordinaria antes descrita.

En todo caso, los liquidadores deben realizar las siguientes operaciones:

Concluir los negocios sociales que hayan quedado pendientes al momento de darse la disolución.

Cobrar lo que se le deba a la sociedad y a su vez pagar por lo que ésta adeude.

Vender los bienes de la sociedad.

Repartir entre los socios el haber social.

Practicar el balance final de la liquidación y someterlo a la discusión y aprobación de los socios, y una vez aprobado inscribirlo en el Registro Público del Comercio.

Obtener la cancelación del Registro Público de Comercio

c) Etapa final. El procedimiento de la liquidación tiene el objetivo de obtener del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, por lo que con ese acto se da por terminado el proceso de liquidación.

d) Conservación. Aunque ya se haya concluido la liquidación, quien la realizo debe conservar en su poder todos los documentos relacionados a ella, durante 10 años después de la fecha en que se finiquito la misma.

1.7 CONTRATOS MERCANTILES

Ya que se ha analizado el primer criterio del acto de comercio, ahora toca el turno de ahondar en el segundo, que es el objetivo, el cual atiende al objeto del acto, es decir, no importan los sujetos que intervienen en él, sino su naturaleza mercantil, por tanto, encontramos que el contrato mercantil es un acto de comercio por el criterio objetivo; y debido a que es necesario establecer sus nociones generales, para poder resolver las cuestiones planteadas al inicio de este trabajo, es por tal razón que lo abordaremos.

Advertimos, que como en nuestro Código de Comercio no hay una regulación minuciosa de la teoría de los contratos mercantiles, nos tenemos que remitir a las disposiciones generales hechas en el derecho común y a lo postulado por su doctrina; pues las disposiciones mercantiles solo complementan la teoría general de los contratos.

Así las cosas y para evitar hacer repeticiones sobre los contratos civiles, solo se apuntarán las diferencias que hacen “especiales” a los contratos mercantiles respecto de los primeros.

1.7.1 Concepto

No es posible definir propiamente al contrato mercantil, pues como bien advertimos al inicio de este numeral, se retoma el concepto establecido en la ley civil (Art. 1793 CCF) y solo se puede afirmar que el contrato será mercantil si su naturaleza así lo determina, es decir, que el objeto del contrato recaiga sobre cosas mercantiles y también lo será si uno de los contratantes es sujeto del derecho mercantil; lo anterior encuentra sustento teórico con lo expresado por los diversos doctrinarios de la rama, revisemos algunos:

El jurista Joaquín Garrigues en su obra *Curso de Derecho Mercantil* nos explica que cuando hablamos de contrato mercantil la cuestión no está en el sustantivo “mercantil”; pues en fin de cuentas, el concepto de contrato mercantil vuelve a plantear el problema de acto de comercio y la distinción entre acto de comercio y acto civil. Los contratos se califican de mercantiles cuando estén regulados en el Código de Comercio.

Es decir, si se quiere definir el contrato mercantil, se debe hacer atendiendo su naturaleza específica y se podría decir que es el contrato que produce una empresa mercantil.

Hace claro que para que un contrato sea mercantil se requiere la intervención de un comerciante y la destinación al comercio.⁸⁴

Por su parte el maestro Barrera Graf, al igual que Garrigues, estima que no es necesario brindar un concepto de contrato mercantil, pues la mercantilidad del contrato se determinará: por los sujetos que intervengan, si recaen en cosas mercantiles o se persiga un fin de lucro; es decir, será mercantil si es un acto de comercio; asimismo, resalta la concepción de que no es necesario que todos los que celebren el contrato sean comerciantes, pues para alguno puede ser un acto de naturaleza civil, dando origen a lo denominado acto mixto.⁸⁵

Cervantes Ahumada coincidiendo con los antecesores, postula: “Como el contrato mercantil, es un acto de comercio, constituye una categoría jurídica

⁸⁴ Cfr. Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 6ª ed., México, Porrúa, 1981, pp. 12 y 13.

⁸⁵ Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Op. Cit.*, nota 1, p. 62.

formal; serán mercantiles, según indicamos ya, los contratos a los que la ley atribuya la mercantilidad. Y conviene repetir que el legislador atribuye la mercantilidad a los contratos cuando recaen sobre cosas mercantiles.”⁸⁶

Con lo expuesto, ratificamos lo que apuntamos en un inicio, por lo que ahora se abordarán de forma breve los aspectos relevantes de los contratos mercantiles.

1.7.2 Reglas Generales de los Contratos Mercantiles

Esos aspectos los estudiaremos bajo las reglas establecidas en el Código de Comercio vigente comprendidas desde el artículo 77 al 88; sin perder de vista que lo que se expondrá es porque difiere de lo regulado en la ley civil federal al respecto, sin que esto signifique que con ellas se satisfaga la reglamentación general de los contratos mercantiles pues de ello se sigue encargando el derecho común al cual se recurrirá en atención a la supletoriedad instaurada en los artículos 2 y 81 del Código de Comercio vigente; asimismo nos apoyamos en tesis jurisprudenciales y jurisprudencias para exponer mejor el tema.

Es decir, en el capítulo denominado “De los contratos mercantiles en general” del Código de Comercio, se establece un conjunto de normas que se aplica a cualquier contrato mercantil, pero se vuelven normas especiales frente a las normas del Código Civil Federal, las cuales son:

- *Pacta Sunt Servanda*. Se refiere a la fuerza vinculatoria y a las consecuencias del acuerdo de voluntades entre las partes; esto se ve reflejado en el artículo 78 del ordenamiento citado, el cual establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados; en relación con el artículo 1796 del Código Civil Federal el cual previene que desde que se perfecciona el contrato, éste obliga a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente

⁸⁶ Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 510.

pactado, sino también a las consecuencias que conforme a la buena fe, al uso o la ley (*pacta sunt servanda*) se afirma que dicho principio es aplicable a los contratos mercantiles.

- Supletoriedad de la ley civil. Con base a lo establecido en el artículo 2º del Código de Comercio, se aprecia que los actos comerciales se rigen por lo dispuesto en dicho código y en las demás leyes mercantiles que deban aplicarse, y sólo a falta de disposiciones se aplicarán las normas del derecho común. Es decir, que cuando no exista regulación expresa en el Código de Comercio se debe aplicar el Código Civil Federal, esto como regla general.

En relación con el artículo 81 del C.Co., hay excepciones referente a la aplicación supletoria en materia de contratos, pues se establece que con las restricciones instauradas en dicho código se utilizarán las disposiciones comunes acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos; esto es, que cuando exista una regulación expresa en el Código de Comercio se aplicará este y no la ley común.

Al respecto, la siguiente tesis aislada nos explica en que consiste la supletoriedad.

“APLICACIÓN SUPLETORIA DE LEYES. EL HECHO DE QUE UN ORDENAMIENTO LEGAL NO LA PREVEA EXPRESAMENTE, NO LO TORNA INCONSTITUCIONAL. La supletoriedad es una institución jurídica que sirve para la integración normativa, cuya finalidad es llenar el vacío legislativo de la ley. En esa medida, la inconstitucionalidad de una norma no puede derivar del hecho de que la ley que la contiene no la prevea expresamente sino, en su caso, de la circunstancia de que la inexistencia o deficiencia en la regulación de determinada institución jurídica en ella contenida viole algún precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Debe tomarse en cuenta, además, que por mandato del artículo 14 constitucional, las autoridades están obligadas, a falta de

disposición expresa, a tomar en cuenta los principios generales del derecho que rigen para las diferentes instituciones jurídicas.”⁸⁷

Y para poder aplicar la supletoriedad la siguiente tesis aislada indica:

“SUPLETORIEDAD DE LAS LEYES. REQUISITOS PARA QUE OPERE. La aplicación supletoria de una ley respecto de otra procede para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integren con otras normas o principios generales contenidos en otras leyes. Así, para que opere la supletoriedad es necesario que: a) el ordenamiento legal a suplir establezca expresamente esa posibilidad, indicando la ley o normas que pueden aplicarse supletoriamente, o que un ordenamiento establezca que aplica, total o parcialmente, de manera supletoria a otros ordenamientos; b) la ley a suplir no contemple la institución o las cuestiones jurídicas que pretenden aplicarse supletoriamente o, aun estableciéndolas, no las desarrolle o las regule de manera deficiente; c) esa omisión o vacío legislativo haga necesaria la aplicación supletoria de normas para solucionar la controversia o el problema jurídico planteado, sin que sea válido atender a cuestiones jurídicas que el legislador no tuvo intención de establecer en la ley a suplir; y, d) las normas aplicables supletoriamente no contraríen el ordenamiento legal a suplir, sino que sean congruentes con sus principios y con las bases que rigen específicamente la institución de que se trate.”⁸⁸

De lo anterior se colige que, la supletoriedad es una institución jurídica que sirve para complementar o integrar un vacío que presenta cualquier norma, es decir, que puede presentarse una norma jurídica con un vacío legislativo o bien tenga una deficiencia en su regulación y por ello es necesario llenarlo y el medio para hacerlo es la supletoriedad.

Y es el caso que si las normas de comercio presentan lo antes referido, se pueden suplir, pero cumpliendo con los siguientes parámetros.

⁸⁷ Tesis 2a. CXIX/2009, 2a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, octubre de 2009, p. 129.

⁸⁸ Tesis 2a. XVIII/2010, 2a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 1054.

Que el Código de Comercio o cualquier ley general o especial de carácter mercantil, indique expresamente la posibilidad de suplirla;

Que la misma ley indique con que otras leyes o normas se puede suplir y si es de forma total o parcial;

Que la ley objeto de suplencia no presente la institución o la cuestión jurídica por aplicar;

Si es que existe la institución o la cuestión jurídica por aplicar, estas deben presentar lagunas o tener una regulación deficiente; sin que ello signifique que se tenga que atender a las cuestiones que el legislador no pretendió regular.

Que las normas con las que se supla no vayan en contra de la ley por suplir; esto es, que deben ser congruentes con la institución o cuestión jurídica que son objeto de suplencia.

●**Consensualismo y formalismo.** El artículo 78 del Código de Comercio vigente dispone que en los contratos mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados; esto quiere decir, que la manifestación de la voluntad de las partes por regla general no necesitan de forma alguna en especial (consensual), sin embargo, el artículo 79 nos brinda la excepción a la regla pues previene que los contratos para los cuales la ley exige escritura pública o de alguna forma necesaria para que el acto sea eficaz, así como los celebrados en país extranjero con las mismas exigencias y no se cumplan, entonces, no producirán obligación ni acción en juicio.

Al respecto, en la siguiente tesis aislada se señala:

“CONTRATOS MERCANTILES. VALIDEZ DE LOS. Una correcta interpretación del artículo 78 del Código de Comercio, lleva a la convicción de que, si bien es verdad que la validez del acto comercial no depende de la observancia de formalidades o requisitos determinados, ello no releva a las partes de la

obligación que tienen de demostrar en el juicio la manera y términos en que quisieron obligarse en el acto comercial.”⁸⁹

Es decir, que la forma que se exige cumplir en los contratos mercantiles es solo para probar que el contrato se celebró y no así para darle nacimiento, pues solo basta con la manifestación de voluntad de las partes, por eso se afirma que los contratos mercantiles son por regla general consensuales.

- Término de cumplimiento. El Código Comercio en su numeral 83, sólo se refiere al cumplimiento de las obligaciones derivadas de actos mercantiles en las que no se fijó plazo de cumplimiento, las cuales serán exigibles a los diez días después contraídas, si sólo produjeren acción ordinaria, pero si llevaren aparejada ejecución al día inmediato.

- Términos de Gracia. Conforme al artículo 84 del ordenamiento invocado, en materia mercantil no se reconocen términos de gracia ni de cortesía.

Sin embargo, la siguiente tesis aislada postula que aunque tal numeral señale que no se reconocen los términos de gracia ni de cortesía en los contratos mercantiles, ello no implica que las partes contratantes estén impedidos de concederlos, atiendo pues a su libertad contractual.

“CONTRATOS MERCANTILES. EL CONVENIO ENTRE LAS PARTES RESPECTO A CONCEDER TÉRMINOS DE GRACIA, NO CONTRAVIENE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 84 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Del contenido del artículo 84 del cuerpo de leyes citado se deduce que en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía. Sin embargo, tal prohibición no debe entenderse en el sentido de que las partes se encuentran impedidas para celebrar contratos en que pacten términos de gracia para el caso de incumplimiento de sus obligaciones. Ello, porque la fuente de dicho numeral es el artículo 61 del Código de Comercio Español de 1885, que tuvo por objeto evitar todas las dilaciones extracontractuales que en España permitían las ordenanzas de Bilbao. Dicho precepto, de mayor amplitud que el recogido por el código expedido por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos

⁸⁹Tesis I.5o.C.6 C, T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, p. 354.

Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del siete de octubre al trece de diciembre de mil ochocientos ochenta y siete, distingue a los términos de gracia, cortesía u otros, de los que las partes hubiesen fijado de antemano en el contrato mismo; lo cual no se recoge en nuestra legislación. Sin embargo, dado que nuestro código tiene el mismo objeto que su homólogo español -evitar las dilaciones extracontractuales-; es claro que una exégesis del numeral en cuestión lleva a concluir que la prohibición de conceder términos de gracia o cortesía, atañe al plazo que es concedido por el juzgador que deba conocer del juicio donde se solicite el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato mercantil. Por ende, si las partes, en la celebración de un contrato mercantil convienen que una de ellas otorgará un periodo razonable a la otra para cumplir con lo pactado, ese acuerdo de ninguna manera contraviene el numeral 84 del Código de Comercio; sobre todo porque en términos del diverso numeral 78 del propio ordenamiento legal, en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que quiso obligarse.”⁹⁰

- Mora. Relacionado al punto anterior, podemos decir que el incumplimiento de las obligaciones por una de las partes implica su responsabilidad frente a otra, esto es, que la parte que no cumpla a tiempo su obligación incurre en mora; por tanto y de acuerdo al artículo 85 los efectos de la morosidad comenzarán, en los contratos que tuvieren día señalado para su vencimiento, por voluntad de las partes o disposición de la ley, al día siguiente de su vencimiento y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, ya sea judicialmente, ante notario o frente a testigos.

- Pena convencional. El artículo 88 del C.Co., admite la pena convencional, para exigir indemnización por causa de incumplimiento, pero al reclamar la pena excluirá la posibilidad de demandar el cumplimiento del contrato.

- Lugar de pago. El artículo 86 del mismo ordenamiento jurídico instauro por regla general que las obligaciones mercantiles se cumplirán en el lugar donde las partes hayan pactado y por excepción, si no se señalo lugar, se hará en donde la

⁹⁰Tesis III.2o.C.103 C T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, octubre de 2005, p. 2320.

naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o por arbitrio judicial.

Al respecto, en la siguiente tesis aislada proporciona una interpretación del numeral invocado:

“LUGAR DE PAGO DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES, SI NO SE DESIGNA POR LAS PARTES (Interpretación del artículo 86 del Código de Comercio). En conformidad con el artículo 86 del Código de Comercio, en cuanto al lugar de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, cuando las partes no lo han consignado en el contrato y han sometido su litigio a la autoridad jurisdiccional, la ejecución debe llevarse a cabo en el sitio que resulte más adecuado para el efecto, de acuerdo a la naturaleza del negocio o la intención de las partes que revelen los términos de la relación contractual, mediante la aplicación del arbitrio judicial. La naturaleza de un contrato radica en el conjunto de elementos que lo integran y de sus peculiaridades más destacadas, tales como los sujetos, el objeto, la causa y los fines perseguidos por los contratantes, pues este conjunto caracteriza al acto jurídico y lo distingue de los demás de su especie, además de revelar los mecanismos de su funcionamiento en la realidad a la que están destinados. Por ejemplo: de los sujetos puede tomarse en cuenta su calidad de personas físicas o jurídicas, su género, su edad, su domicilio, si son entidades gubernamentales o particulares, si son comerciantes o no lo son, etcétera; en cuanto al objeto, cabe poner atención en la clase del contrato, según las distintas clasificaciones de la ley y la doctrina, y a los principios propios de cada clase, como su carácter unilateral o bilateral, oneroso o gratuito, etcétera; asimismo, debe sopesarse la especie de obligación contraída, si es de dar, de hacer o de no hacer; las características particulares de la obligación de que se trate, pues no es lo mismo entregar un inmueble que un mueble, un mueble voluminoso y pesado que otro ligero, no implica la misma actividad rendir cuentas sujetas a verificación con las constancias de un expediente, que hacerlo con la simple entrega de documentos, etcétera; la causa y la finalidad pueden aportar elementos para revelar la intención no manifestada de los contratantes, pues si en la ciudad de México se vende un equipo de cocina, y el vendedor se obliga a su

instalación en la ciudad de Querétaro, esto arroja indicios de que los contratantes fueron conscientes de que el cumplimiento se llevaría en la segunda ciudad; finalmente, el modo de operar de los contratos de cada clase en la realidad de los hechos, puede servir para el cometido propuesto, mediante la aplicación del principio ontológico de la prueba, relativo a que lo ordinario se presume y lo extraordinario se prueba, para considerar que si en el contrato no se previó algo especial, las partes se atuvieron a lo que sucede ordinariamente con esa clase de actos jurídicos.”⁹¹

De lo expuesto, consideramos importante resaltar la consideración que se brinda sobre –la naturaleza de un contrato- pues puntualiza aspectos en los que posicionamos la hipótesis sobre la naturaleza jurídica de la A. en P., y que será en el siguiente capítulo donde se van puntualizando a detalle y estos son:

Los elementos personales del contrato (sujetos)

El objeto del contrato (clase de contrato, especie de prestación y sus características)

La causa y fin de los contratantes (revela la intención no manifestada de los contratantes y la forma de operación del contrato)

●Contratos entre ausentes. Los contratos mercantiles que se celebren entre ausentes, se perfeccionarán desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fue modificada, de acuerdo con el artículo 80 del C.Co., difiriendo así con la materia civil.

1.7.3 Formación del Contrato

Ya que han quedado apuntadas las particularidades del contrato mercantil, ahora, referiremos los elementos que deben integrarse para formarlo, para lo cual adoptamos lo expuesto por el maestro Manuel Bejarano Sánchez en su obra *Obligaciones Civiles*, por ser el doctrinario que correlaciona sus manifestaciones con lo instaurado por el Código Civil Federal y además que en su obra cuenta con

⁹¹Tesis I.4o.C.176 C T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, febrero de 2009, p. 1977.

la opinión de los más destacados doctrinarios que coinciden con sus observaciones; sin perder de vista que deben tener presentes las reglas que expusimos en el apartado anterior.

Por tal, primero se reproducen dichas consideraciones y concluiremos con nuestras apreciaciones al respecto.

1.7.3.1 Elementos de Existencia

A continuación enunciamos los elementos que son indispensables para que se produzca el contrato: consentimiento y objeto

1.7.3.1.1 Consentimiento

“El consentimiento es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades: dos querereres que se reúnen y constituyen una voluntad común.

“Requiere dos emisiones de voluntad sucesivas, dos declaraciones unilaterales: la oferta (o propuesta) y la aceptación.

“El acuerdo de voluntades se forma cuando una oferta vigente es aceptada lisa y llanamente.

“Determinar el momento en que se logra el acuerdo es de sumo interés, ya que a partir de entonces surge el consentimiento, nace el contrato y empieza a producir sus efectos legales, pues antes de su formación no hay contrato ni obligaciones.

“La comunicación de las partes puede establecerse de manera expresa o tácita. La expresa consiste en manifestarse por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos. La tácita se exterioriza por una conducta que autorice a inferir de ella la voluntad negocial, la intención de contratar. El consentimiento tácito es el que previene no de una declaración por medio del lenguaje o de un signo

inequívoco, sino de una actitud o conducta que revela la intención de contratar. El art. 1803 del Código Civil así lo prescribe”.⁹²

1.7.3.1.1.2 La Oferta

“La propuesta de contratar es una manifestación unilateral de voluntad negocial que contiene los elementos esenciales característicos del acto jurídico que se desea celebrar. Se dirige a otra persona determinada (a alguien en particular) o indeterminada (a cualquiera que desee aceptarla y reúna los requisitos fijados), se encuentre ésta presente (en comunicación inmediata con el oferente) o no presente (en comunicación mediata).

“La oferta es una voluntad negocial. Es una propuesta de celebrar un negocio jurídico, lo cual significa que se tiene propósito de engendrar derechos y obligaciones.

“La oferta debe contener los elementos característicos del contrato que se pretende celebrar.

“La oferta siempre se dirige a otra persona que la debe recibir y complementar para integrar un acuerdo o consentimiento, por ello se dice que es *recepticia*. Esa persona puede ser alguien especialmente elegida, una persona determinada, o cualquier persona que conozca la propuesta, una persona indeterminada que desee contratar y reúna los requisitos impuestos.

“El destinatario de la oferta puede hallarse en comunicación inmediata con el proponente (contrato entre presentes), sea que se hallen ambos en el mismo sitio o encontrándose distantes puedan conversar y discutir de inmediato las condiciones del presunto contrato.

“También es posible que las partes contratantes establezcan entre sí una comunicación mediata, sea por vía epistolar o telegráfica (contrato entre no presentes)”.⁹³

⁹² Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*. 5ª ed., México, Oxford, 1999, pp. 47-54.

⁹³ *Ibidem*, pp. 48-54.

1.7.3.1.1.3 La Aceptación

“La aceptación es también una declaración unilateral de la voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta. La conformidad condicionada o sujeta a modificaciones será, a lo más, una contraoferta y no una aceptación propiamente dicha.

“Primero, hay que ver si la oferta tiene plazo o si no se sujetó a término alguno. Si se trata de una oferta con plazo, su vigencia se prolonga por todo el plazo previsto. El art. 1804 de Código Civil dispone: “Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

“Por otro lado, si se trata de una oferta sin plazo debe hacerse una subdistinción, pues cuando se trata de una oferta entre presentes, su duración es muy efímera. El autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente (art. 1805 del Código Civil). Su vida dura un instante.

“En cambio, si la propuesta es entre no presentes (oferta por carta o telegrama), su eficacia se prolonga todo el tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público más tres días o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones (art. 1806 del Código Civil). La contratación por telegrama es válida solamente si las partes habían convenido su uso con anterioridad y por escrito; si obra su firma en los originales, lo mismo que los signos convencionales establecidos entre ellos (art. 1811 del Código Civil).

“La oferta se extingue si muere el proponente antes de ser aceptada, a menos que en el momento de la aceptación el aceptante ignore el hecho (art. 1809 del Código Civil).

“Excepcionalmente, la propuesta produce por sí sola una obligación a cargo de su autor en los dos casos señalados: oferta con plazo y oferta entre no presentes. En ambos obliga a su autor a mantener su promesa durante los plazos convencional o legal indicados.

“La Retracción. La aceptación útil deberá ocurrir durante la vida de la oferta y sólo entonces habrá consentimiento y contrato. Si la propuesta fuera retirada antes de la aceptación, o antes de que el destinatario conociera la oferta, no habría contrato; asimismo, la aceptación también puede ser retirada, haciendo llegar al proponente la retractación antes que la aceptación (art. 1808 del Código Civil).

“Precisar el momento de la formación del consentimiento es importante para definir cuál será la ley aplicable al acto, determinar el momento en que se transmite la propiedad y decidir quién sufre la pérdida de una cosa ocurrida por caso fortuito. La doctrina ha considerado diversas posibilidades que sustentan sendas teorías.

“Cuando el destinatario de la oferta (aceptante) declara, en cualquier forma, aceptarla (Teoría de la declaración).

“Cuando el destinatario de la oferta contesta al proponente y expide su carta por correo o remite su respuesta telegráfica (Teoría de la expedición).

“Cuando el proponente *recibe* en su domicilio o buzón la respuesta del aceptante. (Teoría de la recepción).

“Cuando el proponente se informa de la respuesta que contiene la aceptación (Teoría de la información).

“El Código Civil admite la teoría de la recepción

“Art. 1807. El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.”⁹⁴

De lo anterior, concluimos que para que pueda formarse un contrato se necesita de este primer elemento, pues los contratantes emitirán una declaración de voluntad para celebrar el acto, es decir, hay un concierto de voluntades; formando así el consentimiento. Por una parte habrá una oferta, entendiendo esta como la propuesta de celebrar el negocio jurídico y por otra una aceptación que será la declaración de voluntad en concordancia con los términos de la oferta.

⁹⁴ *Ídem.*

No hay que olvidar que la oferta puede ser con plazo o sin plazo y respecto al consentimiento entre no presentes recalcamos que en los contratos mercantiles se adopta la teoría de la recepción –por regla general- pues encontramos que en el de seguro se aplica la de la información.

1.7.3.1.2 Objeto

“El objeto directo del contrato, que es el de crear o transferir derechos y obligaciones;

“El objeto indirecto del contrato, que es el objeto de las obligaciones engendradas por él, consiste en dar, hacer o no hacer, y la cosa misma que se da.

“Por tanto, el objeto de todo contrato es el objeto de la obligación creada por él. De ahí que el contrato tendrá tantos objetos como obligaciones haya engendrado: cada obligación tiene su propio objeto, el cual consistirá en el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se comprometió o que debe efectuar.

“Ese objeto puede consistir en dar algo (o prestaciones de cosa), hacer algo (o prestaciones de hecho) o no hacerlo(o abstenciones).

“El Código Civil señala, en el art. 1824, que:

“La cosa que el obligado debe dar;

“El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

“En el caso de las obligaciones de dar, aún cuando todas ellas implican la entrega de una cosa, dicha tradición puede presentar diversos temperamentos: se puede dar en propiedad, en aprovechamiento temporal o en restitución.

“El art. 2011 de Código Civil enumera los casos de obligaciones de dar:

“En la traslación de dominio de cosa cierta;

“En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;

“En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

“El contrato debe tener un objeto posible, pues de lo contrario dicho acto no llega a existir.

“Será objeto imposible aquella cosa, hecho o abstención que no tenga facticidad real, porque la impida una ley natural o una ley jurídica. Por tanto, hay dos clases de imposibilidad: la imposibilidad natural y la imposibilidad jurídica.

“La cosa objeto del contrato debe ser posible. La cosa es físicamente imposible cuando no existe ni puede llegar a existir, por impedirlo una ley natural que debe regirla necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. La cosa es jurídicamente imposible cuando no es realizable, por oponerse a ello una norma jurídica que debe regirla necesariamente.

“Cualquier acto jurídico que tuviera por objeto lo que la naturaleza no tiene, no podría ser cumplido. La imposibilidad física del objeto provoca la inexistencia del contrato.

“Las cosas futuras, que no existen en el momento de la celebración del contrato pero tienen factibilidad de ser creados más adelante, sí constituyen un objeto posible de contratación. Son muy comunes los actos jurídicos que se refieren a cosas futuras, cuya fabricación es precisamente el propósito fundamental del trato.

“El art. 1826 del Código Civil prescribe: “Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato.

“Las precisiones anteriores revelan que la inexistencia del objeto en la naturaleza impide el contrato, sólo cuando produce una imposibilidad de cumplimiento. De ahí que el contrato que tiene por objeto cosas de existencia futura, cierta o factible, tiene un objeto posible.

“Además de la posibilidad física, el objeto debe ser posible jurídicamente. La ley señala que consiste en la reunión de dos requisitos:

“Debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y

“Debe estar en el comercio

“El cumplimiento del contrato es jurídicamente imposible si no es factible determinar cuál es su objeto. La imprecisión sobre la especie de la cosa, o sobre su medida, número o cantidad (cuando se trata de bienes genéricos), impide el cumplimiento serio del contrato y por ello no llega a existir.

“Aún sin proporcionar el número y medida, el contrato puede contener las bases para precisarlos y hacer determinable su objeto.

“El derecho considera que sólo es objeto posible el que ha sido individualizado por su especie y cantidad, pues solamente así puede contraerse un consentimiento o acuerdo de voluntades a su respecto.

“La cosa debe estar en el comercio.

“Hay bienes que no pueden ser objeto de apropiación por parte de los particulares, cosas que no pueden ingresar en su patrimonio: son bienes intransferibles.

“Los bienes del dominio público del Estado y los del dominio originario de la nación (los que no han salido de la propiedad de la Federación por un título primordial otorgado por el Estado) no son susceptibles de propiedad de los particulares, mientras no sean sustraídos del régimen jurídico especial al cual se hallan sometidos. Cualquier acto o transferencia a su respecto es imposible.

“El art. 747 del Código Civil establece: Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio”, a su vez, el art. 748 dice: “las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”, el 749 dispone: “están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara intransferibles a propiedad particular.

“No pueden ser poseídos por los particulares el aire, el mar, la luz del sol, que son intransferibles por naturaleza, así como los bienes fuera del comercio por disposición de la ley; y no siendo objeto posible de un contrato, el que se conviniere a su respecto sería inexistente por falta de objeto.

“Cosas que, si bien pueden ser objeto de apropiación individual (son transferibles), no son susceptibles de transmisión por parte de su beneficiario, quien las puede aprovechar, pero no enajenar: se trata de bienes inalienables, que puede gozar el dueño o titular, pero no transmitir a otro.

“En las obligaciones de hacer y no hacer, el hecho o abstención objeto del contrato deben ser también posibles: física y jurídicamente posibles; y aquí

también es físicamente imposible aquél que no puede acaecer porque una ley natural, la cual debe necesariamente regirlo, impide su realización.

“Por otra parte, es jurídicamente imposible aquél irrealizable porque contraría los presupuestos lógico-jurídicos de una norma que necesariamente debe regirlo y constituye un obstáculo insuperable para su ejecución.

“Los contratos que tuvieran tales conductas serían inexistentes por falta de objeto posible.

“El art. 1828 de Código Civil establece:

“Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.”⁹⁵

Entonces, se colige, que el objeto de los actos jurídicos tiene tres acepciones: objeto directo, que es crear o transferir derechos y obligaciones; objeto indirecto, que es a lo que se obliga el deudor y la tercera hace alusión a la cosa misma.

Coincidimos que el objeto del contrato es la segunda acepción, es decir, a lo que se obliga el deudor (dar, hacer o no hacer), pues en la primera todos los contratos tendrían el mismo objeto y en la tercera se atiende a la especie del contrato.

1.7.3.1.3 Solemnidad

“La importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de celebrarlos con determinados ritos que son condición de su existencia.

“Adviértase que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir, es inexistente. Es así una verdadera solemnidad que complementa al acto; el un elemento necesario para su creación.”⁹⁶

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 57-64.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 65.

Esto se refiere a que los actos jurídicos se tienen que realizar con determinados ritos, que son condición de su existencia; aunque hay que recordar, que en nuestra legislación solo se enumera al consentimiento y al objeto, por tanto no es tan necesario que se cubra este elemento.

De lo anteriormente expuesto se concluye que si falta algún elemento esencial del acto jurídico, -que exprese la ley- ese acto es inexistente.

1.7.3.2 Elementos de Validez

Ahora analizaremos los elementos que se necesitan para producir los efectos jurídicos del contrato y así sea considerado como perfecto; por lo que siguiendo con lo apuntado por el autor se describirán las características de estos elementos y se apuntarán las consecuencias que atrae no cumplirlos.

1.7.3.2.1 Capacidad

“Para que el acto jurídico se perfeccione y valga es necesario que el agente o los agentes (autor o partes) sean capaces. La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones para ejercitarlos. En principio, todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional, son incapaces.

“Hay dos clases de capacidad: Las de *goce* (aptitud de ser titular de derechos y obligaciones), y b) La de *ejercicio* (aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos). Como se ve, bajo el título de la capacidad se agrupan situaciones muy diferentes.

“En primer lugar, la llamada capacidad de goce es una verdadera vocación para tener derechos, para ser titular de ellos. Es un atributo de la personalidad y la poseen todos los hombres, sin excepción, en los países civilizados.

“Sin embargo, sí hay incapacidades parciales de goce. A una persona determinada o a un grupo de sujetos se les vedan ciertos derechos; sólo respecto de tales derechos son incapaces, pues no pueden gozarlos.

“Hay incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona.

“En segundo lugar, la incapacidad de ejercicio, cuyas reglas se imponen por razones muy diversas. Se exige que el acto jurídico sea realizado por una persona capaz de ejercicio con el propósito de proteger a ciertos grupos de personas que, por varias causas (minoridad, locura, adicción a las drogas o a las bebidas embriagantes, o falta de posibilidad de comunicar su voluntad), podrían ser víctimas de abusos: se les veda obligarse por acto jurídico para salvaguardar sus propios intereses. En principio, cualquiera puede hacer valer por sí mismo sus derechos, salvo los incapaces de ejercicio señalados en el art. 450 del Código Civil.

“La incapacidad y la falta de legitimación para obrar.

“Por último, no debe confundirse la capacidad de ejercicio con la legitimación para obrar, pues para ejercitar ciertos derechos no basta tener capacidad de actuar, sino debe tenerse también la facultad para disponer de esos derechos, tener la legítima disposición de los mismos.

“La legitimación es la específica posición de un sujeto respecto de ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de éstos. Es una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico.

“La representación. Es una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona (llamada representante) repercutan y surtan efectos de derecho en la esfera jurídica de otro sujeto (llamado representado) como si este último los hubiera realizado, y no afectan para nada la del representante, el cual queda ajeno a la relación de derecho engendrada por su acción.

“Podemos conferir nuestra representación por un acto de voluntad y conseguir que otro (u otros) realicen por cuenta y en nombre nuestro diversas actividades, que se reputan efectuadas por nosotros. El representante actuará por nosotros y multiplicará las posibilidades de nuestra actividad; adquiriremos le don

de la ubicuidad: estaremos operando simultáneamente en diversas partes, aunque fueren muy distantes.

“De la misma manera y gracias a la representación, las personas morales disponen de un medio para actualizar su voluntad colectiva y consumir sus actividades. El Estado mismo sólo puede realizar sus funciones y lograr sus fines a través de la acción y de la voluntad comunes expresadas por sus representantes. Recuérdese que suele aludirse al presidente de la República como "primer mandatario" (art. 1800 del Código Civil)".⁹⁷

Al respecto no se ahondará más pues ya hemos plasmado nuestras consideraciones en la primera parte de este trabajo.

1.7.3.2.2 Forma

“La forma es la manera como se exterioriza dicha voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven a la expresión de voluntad; en tal sentido, todo trato tiene necesariamente una forma.

“Pero hay algunos que valen con sólo exteriorizar la voluntad de cualquier manera –se les llama consensuales- y otros que valen solamente si se manifiestan con determinada forma legal.

“En éstos, la forma es un requisito de validez (contratos formales). La forma tiende a preservar un medio de prueba de la realización del acto (*ad probationem causa*).

“La forma únicamente es requisito de validez del acto: su falta no impide que éste sea creado, constituido, pero es causa de nulidad.

“No es forzosamente nulo porque puede convalidarse dándole la forma legal, pues se trata de una nulidad relativa que puede compurgarse con la ratificación formal del acto.

“El Código Civil actual consagra un régimen equilibrado entre el consensualismo y el formalismo, exigiendo la forma sólo como un medio de

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 102-111.

prueba del acto, la cual, por otra parte, no es imprescindible si por otros elementos de convicción se puede demostrar su celebración.

“En ambos casos, cualquiera de las partes podrá exigir a la otra el otorgamiento del contrato en la forma legal y convalidar así el acto.

“El Código Civil en vigor sostiene en el art. 1832 una posición consensualista como principio general:

“En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

“Pero al regular los contratos en especial, asigna a casi todos ellos una forma legal, sin la cual el acto es anulable (arts. 1833 y 1795, frac. IV del Código Civil) e impone como requisito general de los contratos escritos, que ostenten la firma de los comparecientes o, en su defecto, su huella digital y la suscripción por otro a su ruego: Art. 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

“Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó”.⁹⁸

Se concluye que la forma es un elemento para probar la existencia del contrato, pues solo valen si se plasman en la manera que prevenga la ley, aunque su falta no impide que el acto sea creado pero esta adolecido de una nulidad relativa pues se puede convalidar.

Por lo que podemos afirmar que al cumplir con la forma se obtendrán las ventajas antes expuestas y que por regla general los contratos mercantiles son consensuales y por excepción son formales.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 67-72.

1.7.3.2.3 Licitud

“La ley exige que el objeto y el motivo o fin del acto sean lícitos (art. 1795, frac. III).

“Pues bien, para que el contrato sea válido es indispensable que tanto a lo que se obligó el deudor como el por qué de su proceder sean lícitos, es decir, no contrarios a lo dispuesto por las leyes de interés público (que no quebranten una prohibición o mandamiento legal). El contenido de las cláusulas contractuales y el propósito de las mismas deben respetar las normas legales, pues en su acatamiento se sustentan el orden jurídico y la paz social; es por ello que un contrato contradictorio de lo establecido en las leyes no habrá de tener validez, será nulo.

“El art. 1830 del Código Civil dispone que "es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

“El derecho concede a los particulares la facultad de crear actos jurídicos y regular con ellos su propia conducta, así como el poder de modificar su esfera jurídica-económica por el ejercicio de su voluntad autónoma, gozando de cierta libertad de acción. Esa autonomía tiene por límite la ley, el orden jurídico, pues el objeto de los actos jurídicos, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos se impongan, no deben contradecir o contrariar a las normas contenidas en la ley, sino que deben armonizarse a ella.

“Ninguna conducta o finalidad que viole la ley prohibitiva, o imperativa, tendrá la protección del orden jurídico; por el contrario, suscitará la repulsa y represión del mismo. Esta razón evidente es la que explica y confiere sentido lógico a la sanción de nulidad que sigue a todo contrato con un objeto y motivo o fin ilícitos: Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos", dice el art. 8º del Código Civil. El fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres", dispone el art. 1831.

“Las buenas costumbres. Con esta expresión se entiende el concepto de moralidad prevaleciente en una comunidad, en un tiempo y un espacio

determinados. Es lo que el consenso general de los habitantes de una sociedad humana determinada juzga moral. No se trata de la moral individual, sino de la moral social. Tampoco es la de cierto credo religioso, sino la conciencia que predomina como el común denominador. Por tanto, será contraria a las buenas costumbres toda conducta que la opinión prevaleciente repruebe como inmoral, la que es ofensiva al sentido público de la moralidad y que por ello suscita reprobación; de ahí que se trate de una idea que varía de un lugar y de una época a otros. Para ser lícitos, los actos jurídicos deben ser congruentes con las buenas costumbres.

“El motivo o fin lícito. Adviértase así que los fines perseguidos por los contratantes matizan y dan sentido al acto, para calificarlo y estimularlo concediéndole validez, o proscribirlo privándolo de efectos de derecho, de donde los negocios jurídicos con objeto o motivo o fin ilícitos son nulos.”⁹⁹

En resumen la licitud se refiere a que no sea contrario a lo dispuesto por las leyes, y que sea lícito en el objeto es que no sea contrario a la ley la conducta del deudor, al igual lo que le impulso a realizar el acto jurídico.

Los actos jurídicos con objeto, motivo o fin ilícitos están bajo pena de nulidad absoluta.

1.7.3.2.4 Ausencia de vicios en el consentimiento, objeto o fin.

“La voluntad del autor o de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos o vicios.

“La voluntad, elemento fundamental del acto jurídico, debe ser cierta y libre: debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida.

“Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia o temor), entonces es una voluntad viciada que anula el contrato (art. 1812 del CC).

⁹⁹*Ídem.*

“En tales casos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el acto se habría realizado; al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad.”¹⁰⁰

1.7.3.2.4.1 Error

“En lenguaje común es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la verdad.

“En ocasiones, el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto; pero no todo error produce tal consecuencia jurídica; es decir, no todo error tiene trascendencia para el derecho. No cualquier error es relevante; hay algunos que dejan incólume al contrato.

“Hay, por tanto, error que no tiene repercusión alguna sobre la vida del contrato, y otro que provoca la nulidad del mismo al viciar la voluntad. Al primero se le llama error indiferente, al segundo, error nulidad. Este es el vicio de la voluntad regulada del artículo 1813 del C.C.

“A esas categorías, la doctrina agrega una tercera: los errores que impiden la formación del consentimiento, o error obstáculo.

“Clasificación del error por sus consecuencias jurídicas:

“Error indiferente. No ejerce influencia alguna sobre el acto. Recae sobre circunstancias accidentales o sobre los motivos personales secretos que no trascienden en la celebración del acto, por lo cual es indiferente para la vida de dicho negocio.

“Otro caso de error indiferente es el de cálculo, el cual sólo da lugar a que se rectifique (art. 1814 del CC).

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 73.

“Error nulidad. Es el que vicia la voluntad. Produce la nulidad relativa del acto jurídico. En nuestro derecho, el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente (art. 1813 del CC).

“El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

“Error obstáculo. Impide la reunión de las voluntades. Produce la inexistencia del contrato porque recae sobre un aspecto tan importante y trascendente para la volición, que impide la formación del acuerdo de voluntades de los contratantes y obstaculiza la integración del consentimiento (de ahí su nombre).

“Tal será el error sobre la cosa misma, objeto del contrato, llamada, en Roma, *error in corpore*.

“El art. 1813 del Código Civil dice a la letra: El error de derecho de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”¹⁰¹

1.7.3.2.4.2 Dolo

“El art. 1815 del Código Civil señala:

Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y, por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

“El error pudo haber sido provocado o mantenido deliberadamente por maniobras o artificios realizados por la otra parte contratante o por un tercero con

¹⁰¹ *Ibidem*, 74-78.

anuencia de ella. La actitud malévola de pretender aprovecharse de un error ajeno, ya provocándolo, ya manteniéndolo engañosamente, se llama dolo en materia civil. El dolo asume una conducta activa.

“Ahora bien, por mala fe se conoce la actitud pasiva del contratante que, habiendo advertido el error en que se encuentra la otra parte, se abstiene de alertarlo sobre dicho error, lo disimula y se aprovecha de él. El dolo y la mala fe califican al error y agravan el acto afectado por ellos.

“Tanto el dolo como la mala fe producen la nulidad relativa del contrato al que afectan (art. 2228 del CC). Se les sanciona con la nulidad del acto, no sólo porque agravan un error que vicia la voluntad, sino porque constituyen ambos una conducta malévola que debe ser reprimida por el derecho; el acto jurídico no debe ser un medio para la consagración y legitimación de actos consumados por intenciones maliciosas e inmorales.

“En resumen, el dolo es activo (son todas aquellas sugerencias o artificios usados para inducir o mantener a otro en error); la mala fe es pasiva: es sólo abstenerse de alertar al que padece el error; únicamente es disimular el error de otro (reparar el art. 1815 del CC). No son vicios propiamente de la voluntad, sino formas de inducir, mantener o disimular el error padecido por la otra parte. Son conductas ilícitas que causan o explotan un error y anulan el contrato o acto unilateral.

“Dolo principal y dolo incidental. El dolo que no ha decidido a contratar (dolo incidental) no produce la nulidad, sino aquel que ha sido determinante para la realización y ejecución del acto (dolo principal). El art. 1816 del Código Civil lo establece con claridad al exigir que haya sido la causa determinante del contrato.

“Autores del dolo. El dolo vicia la voluntad cuando procede del co-contratante. Si los artificios engañosos provienen de un tercero, no invalidarán el acto, a menos que fueran conocidos por el co-contratante, evento en el cual éste habrá incurrido en mala fe: “El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico” (art. 1816 del CC).

“Dolo malo y dolo bueno. Ello no significa que toda afirmación inexacta realizada por uno de los contratantes constituya dolo, pues debe recordarse que el dolo bueno no vicia el contrato. El *dolus bonus* consiste en las exageraciones evidentes que a modo de propaganda o reclamo se efectúan para la recomendación de algún objeto o de los servicios de alguna persona, ponderación excesiva que no entraña engaño alguno.

“Dolo recíproco. Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones” (art. 1817 del CC). Ambos contratantes incurrieron en la comisión de un hecho ilícito y ninguno merece la protección de la ley.

“En resumen, el acto jurídico puede ser anulado por dolo o por mala fe, cuando su concertación hubiese sido determinada por maquinaciones, artificios o sugerencias del co-contratante que hagan incurrir en error o mantengan en él, o bien, por la disimulación del error conocido.”¹⁰²

1.7.3.2.4.3 Lesión

“La desproporción exagerada que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico; es un vicio del contrato que engendra prestaciones recíprocas (bilateral y oneroso) que no dependen del azar (conmutativo).

“Si uno de los contratantes concede al otro beneficios que son sumamente superiores al valor de las prestaciones que recibe y hay una notoria equivalencia entre lo que se da y lo que se obtiene, existe lesión.

“El art. 17 del Código Civil dispone, que:

“Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 78-80.

“Sólo existe lesión cuando el desequilibrio de las prestaciones es contemporáneo a la celebración del contrato; es decir, coexiste en el mismo momento en que éste se concierta. Los desajustes posteriores a la celebración no dan causa para la nulidad.”¹⁰³

1.7.3.2.4.4 Violencia o temor

“Otro de los vicios de la voluntad es el temor: el Código Civil lo denomina violencia, al aludir a la causa que lo produce.

“El art. 1819 establece: Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

“La fuerza física o amenazas sobre una persona, para debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea, es *la violencia*, que se divide así en física (*vis absoluta*) y moral (*vis compulsiva*). Ambas producen el temor, elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir la libertad de decisión que debe presidir a todo acto volitivo.”¹⁰⁴

Sintetizamos, que la voluntad como elemento del consentimiento debe de otorgarse sin defectos o vicios es decir debe ser cierta y libre; por tanto si la decisión proviene de: error, dolo o amenazas se dice que es una declaración viciada y produce una nulidad relativa en el contrato.

Entendiendo que el error es una creencia equivocada de la realidad, el dolo como cualquier conducta que se utilice para provocar o mantener en el error a la persona, la mala fe es la conducta dirigida a disimular el error y la violencia engloba fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad o los bienes, por tanto al emplearse cualquiera de estas conductas para obtener la voluntad de contratar coarta a todas luces la libertad contractual por lo

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 84, 86 y 89.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 80 y 81.

que se produce una nulidad relativa volviendo ineficaz el acto jurídico que se haya celebrado.

Entonces, después de todas las inferencias hechas, estamos en condiciones de dar por concluido este capítulo que como lo planteamos al inicio, el propósito era brindar y analizar con base a la legislación, la doctrina, la jurisprudencia, los usos y las fuentes reales; los conceptos necesarios que sustentan nuestra hipótesis.

Por tal es que se comenzó por describir que era un acto de comercio y que ahora se sabe que es un acto que no se puede definir; pero que si se puede identificar a través de dos criterios: el subjetivo que hace alusión a los sujetos del derecho mercantil como son las sociedades mercantiles y el objetivo en donde queda comprendido el contrato mercantil.

Lo anterior, con la intención de estar en la posibilidad de contestar la siguiente cuestión: ¿La A. en P. es una sociedad mercantil por el solo hecho de estar regulado dentro de la LGSM o es un contrato al que se le aplican normas de sociedades mercantiles? Interrogantes que originaron esta investigación y que ahora forman parte de nuestras hipótesis.

Y hasta el momento, nos atrevemos afirmar que no es una sociedad mercantil y que difiere del contrato de sociedad, es decir, todavía no estamos en posibilidades de contestar en su totalidad la interrogante planteada, pues es necesario examinar a detalle dicha figura, para que entonces, una vez concluido su estudio podamos confrontar ese resultado con lo que ahora concebimos, por tanto finalizamos de esta manera lo referente a Sociedades Mercantiles y Contratos Mercantiles e iniciaremos el estudio en particular de la A. en P.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Después de que en el capítulo primero quedaron establecidos las características y elementos de las sociedades y contratos mercantiles; en este capítulo se analizará la Asociación en Participación, con el objetivo de desentrañar su naturaleza jurídica, pues es necesario estudiar la misma para que al final de este apartado estemos en la posibilidad de identificar si es un contrato o una sociedad mercantil, tal y como se anuncio al final del capítulo antecesor.

Pues como se ha venido advirtiendo, postulamos que la Asociación en Participación no puede seguir siendo considerada como una sociedad mercantil, por el solo hecho de que esta regulada dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Es por ello, que tomando de fundamento lo postulado por diversos doctrinarios de nuestra materia y la Ley que rige nuestro objeto de estudio; se desarrollaran sus características, elementos personales, derechos y obligaciones de las partes, elementos de existencia y de validez, causas por las que se termina la asociación; así como las particularidades que hacen de la A. en P. una figura compleja de estudio y que como se apreciara es necesario una regulación concreta que atienda a su naturaleza jurídica.

Y por último atendiendo a lo expuesto, pretendemos identificar las semejanzas y diferencias entre sociedad mercantil y asociación en participación, motivando así nuestra hipótesis.

2. CONCEPTO

De acuerdo a la Ley General de Sociedades Mercantiles en su numeral 252 la define como 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.

César Vivante, la define como: "...un contrato por el cual una persona concede parte a otra en las ganancias y pérdida de sus operaciones mercantiles. Llamaremos asociante al que dirige la operación y asociado al que sigue su suerte participando en los resultados"¹⁰⁵

Retomando el concepto legal, Oscar Vásquez del Mercado añade: "La característica principal de este contrato estriba en que una de las partes dirige la empresa o realiza los actos en nombre propio y las otras únicamente reciben un porcentaje de las utilidades, aunque si bien, con carácter secundario, se reservan un derecho de control sobre la gestión de la propia empresa."¹⁰⁶

Y Soyla León Tovar la define como: "Un contrato de colaboración económica, de carácter bilateral, en virtud del cual una persona llamada asociado colabora con otra llamada asociante mediante la aportación de bienes o servicios, para la realización de una o más operaciones de comercio, con el fin de participar en sus resultados, pero no en la gestión, la cual es realizada exclusivamente por el asociante en su nombre, aunque por cuenta de ambas partes."¹⁰⁷

Como se observa tanto la ley como los autores expuestos consideran a la A. en P. como un contrato, en el cual una de las partes llamada asociante le concede a otra denominada asociado que le aporta bienes o servicios una participación en las pérdidas y utilidades de la negociación mercantil o de una o varias operaciones mercantiles.

Presumiendo de esta forma, que no existe problema alguno por resolver; sin embargo, aunque al parecer es claro que es regido como contrato las contrariedades se manifiestan a lo largo de su regulación, pues veremos que en varios aspectos, la Ley General de Sociedades Mercantiles la normaliza como si fuera una sociedad mercantil, desatendiendo de esta forma su naturaleza jurídica y la propia presunción que la ley proporciona.

Es por ello que comenzamos por desentrañar la naturaleza jurídica de la A. en P. atendiendo a los elementos que el concepto legal proporciona de la figura;

¹⁰⁵Vivante, César, *Tratado de Derecho Mercantil*, traductor Ricardo Espejo de Hinojoza, Reus, Madrid, volumen II, p. 576.

¹⁰⁶Vásquez del Mercado, Óscar, *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 2006, p. 561.

¹⁰⁷León Tovar, Soyla H., *Contratos Mercantiles*, México, Oxford University Press, 2004, p. 368.

los cuales son: que es un contrato, que existen dos elementos personales, hay aportaciones de bienes o servicios, la finalidad es celebrar una negociación mercantil o una o varias operaciones mercantiles y como consecuencia una de las partes participa de las ganancias o de las pérdidas de esos actos.

2.1 NATURALEZA JURÍDICA

La doctrinaria Soyla León Tovar sostiene que: “se ha discutido si la A. en P. es una sociedad o incluso si es un contrato *sui generis*, pues algunas legislaciones la califican de sociedad, como la Argentina y la francesa; otras como las de España, Honduras, Colombia y México establecen que se trata de un contrato, y otras más la denominan simplemente asociación, como en Perú e Italia. Las dudas afloran frente a las legislaciones que la regulan inmediatamente después de las sociedades mercantiles y que le niegan tal carácter y aún más cuando no obstante la calificación de contrato, determinan expresamente aplicables las reglas de las sociedades en nombre colectivo, de comandita o de las sociedades en general.”¹⁰⁸

Por tal, es que parte de nuestra investigación, esta destinada a descubrir la naturaleza de la Asociación en Participación, pues hemos preconcebido que es un negocio jurídico distinto al de sociedad y que en definitiva no es una sociedad mercantil; hipótesis que se ha y continuara sustentándose con los criterios de diversos doctrinarios mexicanos y extranjeros, pues aun en nuestro derecho positivo hay autores como Mantilla Molina que afirma que es un tipo de sociedad; concepción que no compartimos; pues como se expondrá en el presente capítulo, de acuerdo nuestro derecho positivo, ni siquiera podemos considerar que es una asociación.

Bajo ese tenor empezamos a analizar la naturaleza jurídica de la A. en P. y continuaremos con sus elementos particulares.

¹⁰⁸ León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 353.

2.2.1 Carácter contractual

Para el presente estudio retomamos lo apuntado por la maestra Soyla León Tovar, la cual nos instruye: “Como nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles califica de contrato a la A. en P.; se trata de un acuerdo de voluntades que produce o transfiere obligaciones y derechos entre las partes para cuya existencia, además del consentimiento, es indispensable el objeto que pueda ser materia del mismo. En la A. en P. una de las partes conviene en aportar bienes, servicios y la otra en darle una participación en las utilidades o pérdidas de una o varias operaciones de comercio o de una negociación mercantil.

Se trata de un negocio contractual diverso del de sociedad, porque aunque la Ley General de Sociedades Mercantiles determina que le son aplicables las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo, su aplicación sólo es parcial, en tanto no contravenga la naturaleza contractual de la A. en P. reconocida por el legislador, quien intentó dejar clara dicha naturaleza y régimen jurídicos, oscuros en nuestro Código de Comercio de 1890.”¹⁰⁹

En el mismo sentido, Víctor Castrillón y Luna sostiene: “Algunos sistemas jurídicos la regula en una ley que ha sido creada para sociedades, de ahí su indebida y censurable ubicación. De ese modo, tratándose de un contrato, la asociación en participación debiera estar regulada en el Código de Comercio y no en la Ley General de Sociedades Mercantiles como sucede en nuestro país.”¹¹⁰

Mantilla Molina, después de apuntar el concepto legal de A. en P., la considera solo como un contrato afín a la sociedad mercantil, es decir, postula que es una clase particular de las sociedades.¹¹¹

Adhiriéndonos a lo postulado por los primeros autores y no así con lo afirmado por Mantilla, se afirma que el carácter contractual de la asociación es diverso al de sociedad, pues si bien es cierto que la ley le da la calificación de asociación lo cierto es, que no puede alcanzar ese calificativo, por las razones que

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 355 y 356.

¹¹⁰ Castrillón y Luna, Víctor M., *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 2002, p. 77.

¹¹¹ *Cfr.* Mantilla Molina, Roberto L., *Op. Cit.*, nota 6, p. 197.

se exponen más adelante, aunado al hecho que al predominar el carácter contractual, pues existe el acuerdo de voluntades que produce o transfiere obligaciones y derechos para las partes; no es compatible que se le intenten aplicar disposiciones de una figura en donde si existe el carácter asociativo y no solo contractual; por las características que se enuncian a continuación.

2.2 CARACTERÍSTICAS

De acuerdo con lo regulado por nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles vigente, encontramos los siguientes rasgos característicos:

2.2.1 Ausencia de personalidad

La A. en P. carece de personalidad jurídica conforme el art. 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y el art. 25 del CCF, y como consecuencia de todos los atributos de la personalidad, nombre, nacionalidad y domicilio, a pesar de que para efectos fiscales la Ley del Impuesto sobre la Renta (art. 8º) establezca que para sus efectos es persona moral cuando tenga por objeto la realización de actividades empresariales. Incluso, si el asociante contrata en nombre de la A. en P. como si fuera una persona moral, a pesar de que no lo es, por aplicación del art. 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles se consideraría, en relación con ese acto, la existencia de una sociedad irregular y la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada del asociante, en cambio si el asociante contrata en nombre propio y da a conocer la existencia del contrato de A. en P., dicho evento no cambia la naturaleza del contrato puesto que no es ni puede ser clandestino, pues como expresa Vivante, no habría por qué sancionar la publicidad de la A. en P. si es un contrato perfectamente válido. Pero no obstante la uniformidad de las legislaciones en negar personalidad jurídica a esta figura, quienes sostienen su naturaleza social indican que es una sociedad sin personalidad, ya que la falta de ésta no es una característica peculiar de la A. en

P. en aquellos países que admiten sociedades incluso comerciales sin personalidad jurídica.¹¹²

Siguiendo con lo afirmado por León Tovar, nos dice: “Consecuentemente, el contrato de la A. en P., no da lugar a una sociedad, ni aun internamente, ya que el asociado no se obliga a desarrollar actividad común alguna con el asociante, ni siquiera a participar en la gestión como sí lo hace en las juntas y asambleas el socio.

En la A. en P. no existe la *affectio societatis*, característica de las sociedades y que es uno de los elementos más importantes para diferenciar nuestra figura con la sociedad mercantil, pues no existe colaboración en una actividad común para consecución de un fin.

El elemento “participación”, que parece calificar la A. en P. tiene alcance diverso del de las sociedades, en éstas consiste en el poder de formación de una voluntad colectiva social, en el poder más o menos amplio de injerencia, en una posición de paridad de los socios y en el derecho igual a las utilidades frente al ente social, salvo pacto en contrario; en tanto que la A. en P. la participación se concreta y se agota en derecho a las utilidades y la sujeción a las pérdidas, es decir, en el mero derecho de crédito del asociado frente al asociante, y no a un ente social.”¹¹³

Al respecto, Vásquez del Mercado opina: “La asociación en participación no constituye una persona distinta de la de los contratantes, por lo que no existe frente a terceros. Con justa razón se ha dicho que la asociación, no teniendo personalidad moral y siendo oculta, no debe tener ni una razón social o un nombre que derive de su objeto y bajo el cual obre públicamente, ni un domicilio social atributivo de jurisdicción”¹¹⁴

Opinión compartida por Castrillón y Luna, quien afirma que la asociación en participación, no da lugar a un ente jurídico distinto de los miembros que la componen; por ello aunque su operación se asemeja al de una sociedad, ello no

¹¹²Cfr. León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, pp. 356 y 357.

¹¹³*Ibidem*, p. 358.

¹¹⁴Vásquez del Mercado, Óscar, *Op. Cit.*, nota 105, p. 561.

significa que cumpla con las exigencias y formalidades de éstas; pues no cuentan con un patrimonio, nombre, ni registro.¹¹⁵

De lo expuesto, afirmamos, en primer lugar, que es un negocio contractual pero diverso al de sociedad, segundo, que no es una persona moral ni comerciante ni civil por consiguiente carece de cualquier atributo de la personalidad y finalmente que su ubicación actual en la Ley General de Sociedades Mercantiles difiere con su carácter contractual aunque no asociativo.

Entonces, al seguir contemplándola y aplicándole la regulación -aunque sea de forma parcial- de las sociedades mercantiles a este contrato, se ha provocado una incertidumbre jurídica para los que la celebran; pues no hay disposiciones concretas y expresas que regulen el actuar de los contratantes; aunado al hecho de que ello conlleva a que se quiera considerar como una sociedad irregular u oculta provocando con ello que los contratantes actúen de forma ventajosa obteniendo solo los beneficios que les pueda producir y evadan la responsabilidad que esto implica.

2.2.2 Falta de patrimonio propio

La A. en P. carece de patrimonio propio, como se desprende del artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual estipula, que respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad del asociante. En efecto, puesto que nuestra figura carece de personalidad y que no es una sociedad, es natural que carezca también de patrimonio propio, que es un atributo de las personas físicas y morales; los bienes aportados con ocasión del contrato no pueden transferirse a la A. en P., por la ausencia de personalidad no se configura un patrimonio o un fondo común porque, como ya se dijo, el único patrimonio que existe ante terceros es el de asociante.

Así también lo afirma León Tovar, quien manifiesta: “En virtud de que el asociante es el único que se obliga con terceros, en nombre propio y no de otra

¹¹⁵Cfr. Castrillón y Luna, Víctor M., *Op. Cit.*, nota 109, p. 77.

persona, y que él compromete todo su patrimonio, no se puede hablar ni de patrimonio de la A. en P., ni de deudas o créditos de grupo referidos a un patrimonio y un fin de una persona moral.”¹¹⁶

Lo expuesto reafirma nuestra postura de que la A. en P. al no contar con una personalidad jurídica y por consiguiente de patrimonio propio con el que pueda hacer frente de las obligaciones que adquiera frente a terceros, hace más evidente de que no es una persona moral comerciante, pues quien hace frente de las obligaciones, es el asociante como persona física, esto es, con su propio patrimonio.

2.2.3 Carácter oculto de la asociación en participación

Nuestra autora nos aclara que la A. en P. es un contrato de carácter oculto, pero esta característica que deriva del hecho de que no se manifiesten frente a terceros y de que en la ley no se exija su registro, no significa que se trate de una sociedad oculta. En efecto, no existe la *affectiosocietatis* tampoco una comunidad de bienes, ni aun de manera interna como acontece con la sociedad oculta, que implica también la aportación de bienes y servicios para el ejercicio en común de una actividad económica; en la A. en P., en cambio, la aportación del asociado, como ya se dijo, pasa al patrimonio del asociante y no existe el ejercicio en común de dicha actividad económica.

La peculiaridad de este contrato se fundamenta principalmente en que como otros negocios permanece desconocido para terceros. Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece que la A. en P. no está sujeta a registro (art. 254), que el asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre el asociado y los terceros (art. 256), y que respecto a éstos los bienes aportados por dicho asociado pertenecen en propiedad al asociante (art. 257). De todas estas disposiciones se advierte el carácter oculto de la A. en P., pero para nuestra legislación dicha característica no es esencial de la figura, porque puede darse a

¹¹⁶ León Tovar Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 362.

conocer sin que ello obligue al asociado frente a terceros que contraten con el asociante, y la notoriedad y publicidad no la convierten en sociedad.¹¹⁷

Sigue diciendo: “aunque para que surtan efectos frente a terceros las transmisiones de propiedad de las aportaciones del asociado al asociante deban inscribirse, y con ello darse a conocer el contrato, tal circunstancia no transforma a la A. en P., en sociedad porque no se manifiesta como sociedad ni se actúa en su nombre, sino en nombre y por cuenta del asociante.

De manera que en México el carácter oculto del contrato no entraña la responsabilidad limitada del asociado, porque aunque se dé a conocer, sigue manteniendo dicha responsabilidad; quien responde frente a terceros es el asociante y no existe relación alguna entre dichos terceros y el asociado; éste únicamente tiene derechos y obligaciones con el asociante, quien realiza las operaciones como dueño exclusivo que es de ellas y sólo participa de dichos resultados al asociado.”¹¹⁸

De lo anterior podemos decir que el carácter oculto del contrato versa sobre la responsabilidad del asociado frente a terceros y no para que adquiera el calificativo de sociedad oculta, esto es; que el asociado -que es quien aporta los bienes para la celebración de la negociación mercantil o de las operaciones por realizar- no es conocido por los terceros; pues quien negocia y se obliga en nombre propio es el asociante.

Esto, es importante aclararlo, porque también se ha pretendido hacer ver a la A. en P. como una sociedad oculta, al afirmar de que no cubre con el deber de la publicidad y la característica de lo oculto, no es sobre si se le da publicidad o no al contrato, sino en la identidad y sobretodo la obligación del asociado.

Pues como se expondrá más adelante los derechos y obligaciones que surgen en este contrato, en sentido estricto; es entre las partes que lo celebren, es decir, entre asociante y asociado y no con los terceros; de ahí el calificativo de oculto.

¹¹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 362 y 363.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 363 y 364.

2.2.4 Carácter asociativo

Para este punto, reproducimos el estudio de nuestra autora y posteriormente brindaremos nuestra opinión; la cual manifiesta que al no existir una definición en la ley mercantil de asociación y después de analizar los significados de dicha palabra, concluye: “la asociación es una convención o un convenio por el cual dos o más personas ponen en común sus conocimientos, sus bienes o su actividad con cualquier objeto.”¹¹⁹

Afirmando que por dicha omisión en la Ley General de Sociedades Mercantiles es necesario recurrir al Código Civil Federal, que en su artículo 2670 dispone que constituye una asociación civil cuando varios individuos convienen en reunirse de manera que no se enteramente transitoria, para realizar un fin común de carácter preponderantemente económico pero no especulativo que no esté prohibido por la ley, y siempre que no se adopte alguno de los tipos de sociedades que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Sin embargo, en la A. en P., a diferencia de la asociación civil, puede ser transitoria, es decir, para una sola operación de comercio, o más menos permanente si se trata de la participación de los resultados de una negociación mercantil, y ambas tienen carácter preponderantemente económico y especulativo, sin que por ello sean sociedades civiles o mercantiles.

De ahí que la definición del art. 2670 citado sólo se aplique a las asociaciones civiles, porque en cuanto a las mercantiles y en especial a la A. en P. no encuadran en aquella definición, ya que sólo se contempla la relación permanente, mientras que por virtud de la A. en P, puede existir una relación permanente y también transitoria. Que sea el propósito preponderantemente económico determinara que se trate de una sociedad civil si dicho propósito no es especulativo y de una sociedad comercial si lo fuere; y de una asociación civil si dicho fin no es preponderantemente económico. En efecto, el art. 2688 del CCF define el contrato de sociedad civil como la reunión de dos o más personas con el

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 365.

objetivo de combinar sus recursos o sus refuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico; y agrega que éste no constituya una especulación comercial. Luego, si el fin constituye una especulación comercial se estará en presencia de una sociedad mercantil, al igual que si dicha sociedad adopta alguno de los seis tipos de sociedades enumerados en el art. 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, independientemente de su finalidad.

Lo que sucede es que con la expresión Asociación en Participación se hace referencia a una figura diversa de la establecida en el derecho común, puesto que la asociación del derecho civil no puede tener propósito preponderantemente económico ni especulativo.¹²⁰

La asociación mercantil existe, y particularmente la A. en P., en cuanto que la Ley General de Sociedades Mercantiles la regula, aunque, por supuesto, no es la única ya que las hay atípicas e innominadas como podría ser la que se establece entre el principal y el factor. Pero las asociaciones mercantiles distan en mucho de las civiles entendidas como lo establece el derecho común, por lo que en principio podría decirse que la A. en P. de asociación únicamente tiene su nombre, porque dista tanto del concepto como de su funcionamiento. Sin embargo, aun cuando al parecer, no cabría en la definición de asociación en nuestro derecho común la de la A. en P., para la realización de una o varias operaciones mercantiles, en virtud de su transitoriedad, ello no es óbice para considerarla una asociación, porque no sólo desde un punto de vista terminológico, sino también en virtud de la finalidad que se persigue por el contrato (común para las partes) existe una asociación de personas en busca de una finalidad común.

En sentido amplio, hay asociación siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común, dentro de este concepto quedan comprendidas figuras jurídicas como los sindicatos de accionistas, consorcios de empresarios, sociedades mutualistas, sociedades civiles y mercantiles y las

¹²⁰Cfr., *Ídem*.

asociaciones en sentido estricto; todas ellas constituyen uniones de personas para un fin común, pero a medida que surge la regulación de cada una de ellas y sus características propias, unas y otras van diferenciándose hasta presentarse como instituciones independientes.

En vista de que muchos fines no podrían realizarse o conseguirse con eficacia y prontitud, sin necesidad de recurrir a trámites jurídicos para la constitución de una sociedad mercantil, con los formalismos y los trámites jurídicos que ellas requieren, y en parte para evitar caer en la irregularidad de las sociedades, alejándose de una finalidad que es la propia de las asociaciones civiles, el derecho, que no puede permanecer a la zaga del desarrollo económico y del tráfico mercantil, recogió y estableció el régimen jurídico de la A. en P., cuyo fin no es sólo preponderantemente económico, sino también especulativo.

La A. en P. es un contrato de colaboración diverso del de asociación civil y al de sociedad civil. El concepto del art. 2670 del CCF es demasiado estrecho y excluye la posibilidad de recurrir a él para definir a la A. en P. porque por dicha disposición no puede existir una asociación de carácter transitorio ni con propósito especulativo y por lo que toca al concepto del art. 2680 del CCF, respecto a las sociedades civiles, aun cuando su definición es mas amplia todavía, resulta estrecha por cuanto hace a la clasificación de las sociedades, y si en principio parece superflua la disposición del art. 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que expresa que carece de patrimonio y personalidad jurídica propios, no es tal, ya que si no existiere dicha disposición, por virtud de la supletoriedad de las normas del derecho común podría válidamente considerarse persona moral, ya que el art. 25 del CCF en su fracción VI prescribe que son personas morales las asociaciones distintas de las enumeradas en las fracciones I a V que se propongan cualquier fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley; la ley mercantil establece que carece de personalidad y, por ende, no es persona moral.¹²¹

¹²¹ Cfr., *Ibidem*, p. 366.

“La A. en P. es un contrato diverso del de sociedad, ya que no existe *afectio societatis*, personalidad, patrimonio, nombre o razón social. La A en P. presupone solamente la gestión exterior personal, no social, de negocios singulares o de un negocio comercial, con una responsabilidad exclusivamente personal del asociante, con una voluntad personal de él, cuyos resultados determinan los derechos de crédito de los partícipes.”¹²²

Por lo expuesto, la autora conceptualiza a la A. en P. como un contrato de colaboración económica, de carácter bilateral en virtud del cual una persona llamada asociado colabora con otra llamada asociante mediante la aportación de bienes o servicios, para la realización de una o más operaciones de comercio, con el fin de participar en sus resultados, pero no en la gestión, la cual es realizada exclusivamente por el asociante en su nombre, aunque por cuenta de ambas partes.¹²³

A continuación se describirán los elementos que constituyen esta definición y presentamos la reflexión al final de la misma.

2.2.5 Carácter bilateral

“La A. en P. es un contrato bilateral porque sólo existen dos partes, lo que no impide que cada una de ellas esté integrada por varias personas con un interés común, pero sólo existen el asociado, por una parte, y el asociante, por la otra, tampoco existe la gestión colectiva para la realización de un fin común. Sin embargo, se ha considerado que la A. en P. no es un contrato de cambio, porque en éste la prestación de cada una de las partes se realiza en beneficio de la otra, mientras que en el contrato de A. en P, las prestaciones recíprocas se efectúan en beneficio común, es decir, las prestaciones del asociado benefician a éste, porque el asociante debe cumplir la actividad o negocio en vista del cual se celebró el contrato, y además hace partícipe de las utilidades al asociado. No obstante, aun cuando la A. en P. pudiera ser calificada como un contrato asociativo, no puede

¹²² *Ibidem*, p. 368.

¹²³ *Cfr. Ídem*.

ser plurilateral, abierto o de organización, porque nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles pone a la portación del asociado como la atribución correspondiente de su participación en las utilidades y pérdidas de las operaciones del asociante, excluyendo, de esta manera, a la A. en P. de los contratos plurilaterales, en los que las prestaciones de las partes van dirigidas no sólo a la consecución de un fin común, sino también a la formación de un patrimonio diverso del particular de cada contratante y (socio) y a su organización para la realización del fin propuesto, patrimonio y organización que no se dan en la A. en P.”¹²⁴

En el mismo sentido Vásquez del Mercado apunta: “La relación entre asociante y asociado sólo es bilateral, mediando entre asociante por un lado, y el asociado y los asociados, por el otro. Esta relación es meramente interna e irrelevante para los terceros, los cuales contraen obligaciones y adquieren derecho sólo con respecto a aquél con quien han contratado.”¹²⁵

2.2.6 Contrato de colaboración

Continuando con la autora, expresa: “La A. en P. es un contrato de colaboración económica habida cuenta del interés común que existe entre las partes, ya que si bien se dan intereses encontrados, antagónicos, entre ellas, como ocurre también en las sociedades en el momento de la celebración del contrato social, también aparecen prestaciones paralelas cuya finalidad consiste precisamente en la consecución de un fin que es el mismo para ambas, y esto no es obstáculo para considerarla bilateral.

En efecto, en las sociedades se presentan dos momentos diferentes: la celebración del contrato social y su organización; es decir, en las sociedades se dan dos fases, que son la constitutiva y la de funcionamiento, en esta última los socios presentan interés común en lograr y cumplir el fin para el que la sociedad fue creada. En cambio en la A. en P. aparece únicamente la celebración pero no el

¹²⁴ *Ibidem*, p. 369.

¹²⁵ Vásquez del Mercado, Óscar, *Op. Cit.*, nota, 105, p. 570.

ejercicio en común de una actividad económica, ni la organización para tal ejercicio, y si el art. 252 de nuestra ley citada establece que se trata de un contrato en que una de las partes concede a la otra una participación, parecería superflua la disposición de la norma del art. 253, que prescribe que la A. en P. carece de personalidad jurídica, de razón y denominación social. La explicación de esta norma es histórica, ya que nuestro primer ordenamiento mercantil (Código de Comercio de 1854) le otorgaba carácter de sociedad, dispensándola de las formalidades requeridas para las sociedades mercantiles.

Desde su constitución y en su funcionamiento la A. en P. es un contrato de colaboración económica porque existe en ella la colaboración en recursos o esfuerzos para la realización de una o varias operaciones de comercio, o en la explotación de una negociación mercantil por una de las partes y la colaboración económica para obtener resultados y participar en ellos.”¹²⁶

Compartiendo lo expuesto por nuestros autores y al compararlo con lo regido por nuestra legislación civil y mercantil, podemos observar que hasta el nombre del contrato es erróneo, pues no existe el carácter asociativo en la A. en P.; esto, en razón de que el contrato puede ser de carácter transitorio, especulativo y lucrativo y conforme a nuestro derecho positivo para que sea considerada asociación no puede tener esas características.

Ahora si bien es cierto que no tiene un carácter asociativo también lo es que si tiene un carácter colaborativo diverso al de sociedad, pues no tiene el presupuesto para constituir la, que es la *affectio societatis*; entendiéndola como la voluntad que tienen las partes de unirse con otros u otro con el propósito de constituir una sociedad y además de que el socio tiene un estado de ánimo continuo y permanente no solo de ingresar sino de permanecer dentro de la misma; que como se aprecia este último elemento es que le falta a la A. en P. por ello no tiene el carácter asociativo.

Afirmamos que tiene el carácter colaborativo por lo que se refiere a que existe un fin común entre las partes y para llevarlo a cabo el asociado transmite

¹²⁶ León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, pp. 370 y 371.

bienes o servicios al asociante; el cual al hacerlo suyos es el que responderá de las obligaciones contraídas, así, ambos adquieren derechos y obligaciones por cumplir, es decir, existe una colaboración económica para desarrollar el fin común.

Por último nos adherimos en la consideración que es un contrato bilateral y no plurilateral; pues los efectos del contrato así como los derechos y obligaciones están establecidos para el asociante y asociado no así para entes colectivos, mostrando de esta forma otra diferencia con las sociedades mercantiles.

Por lo expuesto podemos observar que la A. en P. no cuenta ni con los elementos ni con las características necesarias para ser considerada sociedad mercantil, por lo que a continuación se analizarán los elementos que se necesitan para tipificarla como contrato.

2.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO

Debido a que en el capítulo anterior se describieron las generalidades de los contratos; en este rubro delimitaremos el estudio a los elementos de existencia y de validez que se aplican a la A. en P., y son los que se describen a continuación.

2.3.1 Consentimiento

Para la existencia del contrato de A. en P., como para la de cualquier otro se requiere el acuerdo de voluntades, es decir, la concurrencia de la voluntad del asociante y del asociado, el ánimo, o sea, la intención o resolución del asociado para dar una cosa o prestar un servicio al asociante y la voluntad de éste para realizar las operaciones mercantiles, aportar, en su caso, bienes y hacer participe a aquél de las utilidades y pérdidas de las mismas.

León Tovar, postula que: “Basta el acuerdo de voluntades de las partes, su consentimiento, para la existencia del contrato, sin que se requieran formalidades, es decir, aunque no se otorgue por escrito, porque la forma escrita en la A. en P. constituye un medio de prueba, pero no un elemento de existencia.

Además no se requiere la tradición de los bienes en que consistan las aportaciones y tampoco la presencia de las partes en el momento de la celebración del contrato, ya que puede quedar perfeccionado desde el momento en que el oferente recibe la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fue modificada.”¹²⁷

Apreciación que no compartimos, pues de acuerdo con el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles el contrato debe constar por escrito, aunque no así de registro y en relación con los artículos 78 y 79 fracción I del Código de Comercio, en donde, por regla general, en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, exceptuando de ello a los contratos que con arreglo a este Código ú otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; y como se aprecia, es el caso que nos ocupa.

En el mismo sentido se colocan Castrillon y Luna y Vásquez del Mercado, los cuales coinciden en decir que es un contrato formal, puesto que la ley mexicana exige la forma escrita. La regla del consentimiento como válido por sí mismo para contraer obligaciones, queda en este caso derogada. De ahí que las estipulaciones contenidas en el contrato sean obligatorias para los contratantes; por eso los autores han afirmado que la A. en P. tiene lugar bajo las condiciones convenidas entre las partes.¹²⁸

¹²⁷ *Ídem.*

¹²⁸ *Cfr.* Vásquez del Mercado, Óscar, *Op. Cit.*, nota 105 p. 562 y Castrillón Luna, Víctor M., *Op. Cit.*, nota 109 p. 75.

2.3.2 Objeto de la asociación en participación

El objeto del contrato constituye otro de sus elementos de existencia y está constituido por la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer, tal y como se establece en el artículo 1294 del CCF y se trata de una prestación cuyo contenido es dar bienes o prestar servicios destinados al cumplimiento del fin o causa del contrato de Asociación en Participación.

Soyla León Tovar, al respecto apunta: “En materia de A. en P., la prestación de la cosa consiste en la transmisión del dominio, uso o goce de bienes que el asociado transfiera al asociante para participar en la negociación u operación comercial del asociante, y respecto a la prestación de éste consiste en emplear los bienes a que se comprometió para la realización de las operaciones de comercio, en la restitución de aquellos bienes de los que el asociado no transmitió la propiedad y en la entrega del porcentaje de utilidades o de pérdidas que le correspondan al asociado en la actividad económica realizada.”¹²⁹

Entonces, como objeto indirecto del contrato se deduce que consiste en un dar por parte del asociado y que el elemento real de la prestación son toda clase de bienes, transmitiendo su dominio, goce o uso.

Y por parte del asociante la prestación consiste en hacer y dar, por un lado realizar las operaciones de comercio a las que se comprometió y por otra devolver al asociado el porcentaje de utilidades o pérdidas, así como los bienes que no utilice o que no se le haya transmitido el dominio.

2.3.3 Motivo de la asociación en participación

“El fin que las partes de la A. en P. buscan alcanzar por medio de ella consiste en la realización de las operaciones mercantiles por el asociante, en los medios de que se valga para ello y en la participación de las utilidades y pérdidas de éstas por ambos.

¹²⁹ León Tovar Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 372.

Esta finalidad del contrato será normalmente de carácter económico, lucrativo, pues se trata de un contrato mercantil. La causa de la A. en P. debe ser una actividad comercial en virtud de su carácter mercantil.

En términos generales, el fin o causa de la A. en P. puede serlo tanto la ejecución de una o más operaciones de comercio determinadas como la explotación de un negocio permanente y la participación en las utilidades y pérdidas. No sería suficiente aludir a un comercio cualquiera, o una especulación sobre las mercancías genéricas, sino que debe precisarse el género y la especie de las operaciones materia de la A. en P., con lo que no sería posible extender el alcance y la aplicación de esa A. en P. a otras actividades diversas de las previstas, salvo que las partes modifiquen el pacto. Es decir, el asociante no está facultado para ampliar el objeto o fin de la A. en P. sin contar para ello con la anuencia del asociado.”¹³⁰

De lo anterior se colige, que el contrato es formal en oposición a real pues es necesario que el consentimiento de las partes conste por escrito para que se perfeccione; y no así la entrega real de las aportaciones; el objeto como en cualquier contrato y atendiendo a nuestro estudio previo; se identifica como objeto indirecto las prestaciones a las que las partes se obligan, consistentes en dar, hacer o no hacer; mismas que se estudian a detalle más adelante y por último podemos decir que el motivo o fin del contrato, es realizar las operaciones mercantiles que el asociante vaya a realizar y que como resultado de estas, ambos perciban utilidades pero también soporten las pérdidas.

2.3.4 Forma

De conformidad con el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la A. en P. es un contrato formal, que debe constar por escrito y no está sujeto a registro. El principio de la forma escrita hace inaplicable la regla del consentimiento como válido por sí mismo para contraer obligaciones, pero dicha

¹³⁰ *Ibidem*, p. 374.

forma escrita no es un elemento esencial para su existencia, sino únicamente un medio de prueba del contrato y un requisito de validez: el acto existe aunque los formalismos legales no hayan sido observados.

Y como lo afirma Soyla León Tovar, “en todo caso, le son aplicables las disposiciones del CCF (art. 228) respecto a la nulidad relativa, y aun cuando no se hubiere celebrado por escrito la A. en P. las partes tienen derecho a pedir ante tribunales que se otorgue la forma omitida.”¹³¹

Esto significa, que no es obligatorio que el contrato sea revestido de alguna forma en particular para que produzca consecuencias jurídicas; sino que la exigencia de que se realice por escrito es solo para utilizarlo como medio de prueba, es decir, que es un contrato consensual en oposición a formal; pues como ya se dijo basta el consentimiento para que se perfeccione.

2.3.5 Capacidad

Por regla general, cualquier persona que tenga capacidad legal para contratar puede celebrar un contrato de A. en P., de acuerdo a lo establecido por el artículo 5 del Código de Comercio basta que los contratantes tengan capacidad legal para ser asociante o asociado. Sin embargo, no hay que olvidar que de acuerdo al artículo 12 del Código de Comercio, el cual establece las limitaciones para ejercer el comercio; no podría ser asociante, los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, ni los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad.

2.4 ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO

Cervantes Ahumada nos explica: “Los elementos personales del contrato son asociante y asociado. Es asociante el comerciante titular de la empresa mercantil en relación con la cual se celebre el contrato de asociación en

¹³¹ *Idem.*

participación, y es asociado el que, trayendo una aportación, entra a participar en el negocio o los negocios relativos a la asociación.”¹³²

Castrillón y Luna los identifica así: “Sus elementos personales son el asociante que recibe del o los asociados una participación en bienes o servicios y estos a su vez constituirían el otro elemento del contrato.”¹³³

Entonces, tenemos dos elementos personales que intervienen en la contratación; el asociante que es quien realiza la negociación o las operaciones mercantiles y el o los asociados que son los que le proporcionan los bienes o servicios para realizar dichas operaciones.

2.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Como se manifestó anteriormente, las obligaciones de las partes constituyen el objeto indirecto de nuestro contrato; por ello, iniciaremos con el estudio en particular de las mismas y posteriormente haremos alusión a los derechos que se les confieren, apuntando primero lo que manifiestan los autores y después versaremos nuestras opiniones.

Hay que aclarar como bien afirma Vásquez del Mercado que: “Las obligaciones y derechos derivados del vínculo jurídico creado entre asociante y asociado, deben cumplirse de conformidad con las especificaciones del contrato de asociación en participación y los terceros son ajenos a ellas.”¹³⁴

Por lo anterior, es que en este numeral se analizan los derechos y obligaciones que nacen entre las partes de la A. en P. y posteriormente estudiaremos las que nacen frente a terceros.

¹³² Cervantes Ahumada, Raúl, *Op. Cit.*, nota 9, p. 552.

¹³³ Castrillón y Luna, Víctor M., *Op. Cit.*, nota 109, p. 76.

¹³⁴ Vásquez del Mercado, Óscar, *Op. Cit.*, nota 105, p. 570.

2.5.1 Obligaciones del asociado

Conforme nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles (art. 252), la obligación del asociado consiste en aportar bienes, servicios o ambas cosas. Puede aportar cualquier bien y derecho que pueda constituir el objeto de un contrato de cambio, y que implique la transmisión de la propiedad o del uso de tales bienes o derechos, como la venta o el arrendamiento.

Al respecto apuntaremos lo postulado por la autora Soyla León Tovar, la cual afirma: “Tratándose de bienes, el asociado puede aportar dinero, bienes muebles e inmuebles que estén en el comercio (arts. 747 a 749 CCF); créditos, derechos y acciones que tengan por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (art. 754 del CCF y 384 C.Co), en cuyo caso deberá responder no sólo de la existencia y legitimidad del bien, sino también de la solvencia del deudor en la época de la aportación (art. 12 Ley General de Sociedades Mercantiles); acciones de sociedades (art. 755 del CCF), títulos de crédito (art. 2 LGTOC); derechos reales sobre inmuebles como el usufructo; etc.

La Ley General de Sociedades Mercantiles exige que las aportaciones se valoricen en el momento de su entrega o que se determine el procedimiento seguido para dicha valoración (art. 6) y añade que salvo pacto en contrario las aportaciones se entenderán traslativas de dominio (art. 11). Situación similar ocurre en la A. en P., y respecto a terceros, los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante. Cuando el asociado no es propietario del bien, confiere los derechos más limitados que tiene sobre una cosa. Ese derecho será el objeto de la aportación, porque este puede consistir en hacer posible el goce de un bien mueble o inmueble por parte del asociante.”¹³⁵

Vásquez del Mercado opina sobre los bienes aportados que: “Si bien para unos, los bienes aportados pasan en propiedad al asociante, en cambio para otros, la propiedad la conserva el asociado. Sin embargo, aquéllos que consideran

¹³⁵ León Tovar Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 378.

que la propiedad se transmite, lo admiten sólo para los bienes muebles y no para los inmuebles.

Por ello nos aclara que: “En la asociación en participación la transmisión de los inmuebles aportados se rigen por las disposiciones del derecho común, es decir, la transmisión se opera, sólo mediante el cumplimiento de ciertas formalidades.

En esa virtud, cuando en una asociación en participación los asociados aportan bienes inmuebles, y se desea que pase en propiedad del asociante, deberá estipularse en el contrato y además deberá cumplirse con los requisitos formales de transmisión, pues en caso contrario, la presunción a favor de terceros, de que los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, no operará.”¹³⁶

Respecto a la prestación de trabajo y de servicios León Tovar nos refiere: “El asociado puede aportar únicamente su trabajo como una obligación de hacer contraída en el contrato de A en P. y la prestación de servicios puede hacerse en forma directa o por un tercero.

En el primer caso, el obligado realiza personalmente los trabajos que se comprometió a realizar, sin que por esto medie alguna relación de trabajo, ya que la aportación tiene por objeto participar en él de las operaciones del contrato, no sólo en sus ganancias sin sujeción a pérdidas como ocurre en la relación de trabajo, sino también en las pérdidas. En un contrato de A. en P. no existe una relación de subordinación ni de dependencia económica, sino una relación de coordinación.

En el segundo caso, o sea, la prestación de servicios del asociado realizada por un tercero (art. 2064 del CCF) es posible siempre que no se hubiere pactado el cumplimiento personal del obligado o que se hubieren elegidos sus conocimientos especiales sus cualidades personales. Pero aunque un tercero preste los servicios a que estaba obligado el asociado, el contrato de A. en P. sólo se celebra y surte sus efectos entre asociante y asociado; y la injerencia de un tercero, como en este supuesto, no afecta la relación; en todo caso, dicho tercero

¹³⁶ Vásquez del Mercado, Óscar, *Op. Cit.*, nota 105, p. 572.

serían un dependiente económico (trabajador) y subordinado del asociado, o su prestador de servicios, pero no de la A. en P. ni del asociante.

Además de la obligación de aportar que pesa sobre el asociado, éste tiene obligación de sufrir las pérdidas de las operaciones en la proporción convenida. Sin embargo, si nada se convino, nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles expresa que deberá observarse lo dispuesto en el art. 16 de la propia ley, pero las pérdidas que correspondan al asociado no podrá ser superior al valor de su aportación. De lo anterior se desprenden varios supuestos: a) Si el asociado aportó dinero o bienes responde de las pérdidas de la asociación en proporción a su aportación (art. 16 fracción I), b) Si aporta industria, no reporta pérdidas, salvo pacto en contrario y todas corren a cargo del asociante, aun fueren varios los asociados, si todos éstos hubieren aportado industria (art. 16 fracción II) y c) Si el asociado aportó capital y el asociante sólo industria, aunque frente a terceros el único que responde será el asociante, en sus relaciones internas el asociado respecto hasta el momento de su aportación.”¹³⁷

2.5.2 Obligaciones del asociante

“En primer lugar, el asociante tiene obligación de realizar en su nombre las operaciones o negocios pactados afectando los recursos o servicios comprometidos. Frente a terceros es el único dueño del negocio o de la operación y como tal actúa directamente o por medio de un representante, mandatario, que incluso puede ser el propio asociado, encargado de la dirección y administración de la negociación mercantil, sin que éste quede obligado personalmente con aquellos terceros, sino que obliga directamente al asociante, incluso por los actos ilícitos que cometiera dicho mandatario y de los que surgieran por mantenerle en su puesto después de cometidos los actos perjudiciales para las operaciones o los terceros.

¹³⁷ León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 378.

La gestión corresponde al asociante, lo que significa que la iniciativa económica está determinada por él y aunque no actúa en representación de algún ente con personalidad jurídica, ni a nombre del asociado, en sus relaciones internas y ocultas con éste deberá observar la normal diligencia del mandatario.

El asociante debe realizar las actividades convenidas en el contrato y está obligado a hacer todo lo posible para dar impulso a las operaciones de cuyos resultados participa el asociado y obrar en su propio nombre, con voluntad individual, pues se confía a su diligencia el éxito del negocio. Es el exclusivo *dominus* y gestor de la empresa, de la misma manera que si no existiese asociado, en virtud de que la titularidad del negocio y consecuentemente la responsabilidad frente a terceros son del asociante.

También tiene la obligación de rendir cuentas al asociado de las operaciones pactadas, obligación que deberá prestar semestralmente, por aplicación supletoria de las normas de la sociedad en nombre colectivo (art. 43), salvo que se hubiere pactado otra cosa. Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles no establece obligación del asociante de permitir al asociado un control sobre las operaciones y gestiones, sino únicamente la obligación de realizar las operaciones, rendir cuentas y participar de las utilidades y pérdidas.”¹³⁸

2.5.3 Derechos del Asociado y Asociante

Ahora revisaremos que esas obligaciones en algún momento se vuelven derechos.

2.5.3.1 Entrega de la aportación

El asociante tiene derecho de exigir al asociado la entrega de la aportación pactada y éste tiene a su vez el derecho a exigir al asociante la realización de las operaciones y si no las realiza, tiene derecho a pedir la resolución y, como consecuencia, la liquidación de la A. en P. (arts. 50 fracción II y 230 de la Ley

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 379 y 380.

General de Sociedades Mercantiles). Si se ha pactado una pena contra el incumplimiento, podrá exigirse la indemnización convenida o bien el cumplimiento de la obligación, pero no ambos.

2.5.3.2 Rendición de cuentas y derecho de control

El asociado tiene derecho a saber y conocer el desarrollo y los resultados de las operaciones realizadas por el asociante, a observar y verificar las operaciones que éste realiza, y puede hacerlo incluso si se pacta que actúe como mandatario, gerente o administrador del asociante o de la negociación de éste, lo que le permitiría ejercer un control no sólo de la voluntad comercial del asociante, sino también de la observación de los actos de gestión que éste haya cumplido, lo anterior con base en el artículo 255 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que otorga libertad a los contratantes para que el contrato de A. en P. fijen los términos, proporciones de interés y demás condiciones que deban realizarse.

Al respecto León Tovar, opina: “Dicho control, sin embargo, no deriva de la participación del asociado en la titularidad del negocio, porque externamente ella corresponde en forma exclusiva al asociante, sino del pacto entre las partes no del hecho de la aportación y la consiguiente participación en las utilidades y pérdidas de los mismos negocios y operaciones.”¹³⁹

“La obligación de concretar la certeza de las cuentas y de suministrar los comprobantes del “debe” y “haber” de la negociación corresponden precisamente al asociante porque él es quien los rinde y quien ha realizado las operaciones; por lo que el asociante debe entregar cuenta justificada de los resultados con participación al asociado de las ganancias o pérdidas que le corresponda; esto es, el asociante, en virtud de los estados financieros, debe establecer el saldo final a favor del asociado o bien la cantidad que éste debe abonarle. Se trata de un

¹³⁹ *Ídem.*

balance de determinación de resultados del ejercicio que debe establecer el resultado total de acuerdo con la verdadera situación.”¹⁴⁰

2.5.3.3 Restitución de los bienes aportados

Cuando el asociado aportó únicamente el uso o goce de un bien y no transmitió la propiedad, tiene derecho a que tal bien se le restituya o, en su defecto, tiene derecho al resarcimiento de daños.

Tal restitución obedece a que se aporta el uso de bienes para una negociación mercantil, pero una vez concluida ésta y no absorbidos aquellos bienes por las pérdidas, deben reingresar al patrimonio de su propietario. Lo que acontece es que el asociante no se convierte en propietario del bien porque si lo fuera podría disponer de él, lo cual no puede hacer en aquellos bienes de los que el asociado sólo aportó su uso o goce, y quien tiene la facultad de disponer de ellos es su propietario.

Ni interna ni externamente el asociante tiene la propiedad del bien aportado, cuando este bien no se transmitió con las debidas formalidades. Si la simple tradición de los bienes implicara la transmisión de la propiedad, el asociante no tendría obligación de restituir dichos bienes al asociado y los terceros acreedores de aquél podrían ejercitar sus acciones contra el asociante y obtener sus créditos con los bienes aportados por el asociado, lo cual no pueden sino, en todo caso, en bienes muebles e inmuebles no registrables o en aquellos sobre los que el asociado hubiera transmitido la propiedad.¹⁴¹

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 381.

¹⁴¹ *Cfr. Ibidem*, p. 382.

2.5.3.4 Percepción de utilidades y pérdidas

La participación en las utilidades y en las pérdidas constituye un derecho y a la vez una obligación de las partes. El asociante debe participar al asociado en las utilidades y en las pérdidas que resulten de la A. en P. en la proporción convenida en el contrato, pero si nada se ha pactado la distribución se hará en la forma establecida en la Ley General de Sociedades Mercantiles (arts. 16 y 17); en todo caso, el asociado responde hasta el monto de su aportación.

Cuando uno de los contratantes aportó únicamente su industria, tiene derecho a obtener la mitad de las utilidades y para la distribución de las pérdidas, se estipula en el ordenamiento citado que, salvo pacto en contrario, el socio “industrial” no reportará las pérdidas, pero este postulado surte efectos entre los contratantes y respecto del asociado, ya que el asociante responde ilimitadamente frente a terceros.

2.5.3.5 Relaciones con terceros

De acuerdo al artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el asociante como titular de las operaciones o los negocios que se celebran en virtud de la A. en P. es el único que tiene vínculos jurídicos con terceros, frente a los cuales responde con todo su patrimonio.

De lo anterior se desprende que el asociante obra en nombre propio y es el único que responde frente a terceros, ese obrar en nombre propio entraña que los actos que realiza el asociante, directamente o por medio de representante, deben cumplirse en su nombre y responsabilidad; lo que implica también que sólo él tiene capacidad procesal, tanto activa como pasiva para todos los actos que realiza, en consecuencia, los acreedores que resulten de dichos actos podrán dirigirse solo en su contra y viceversa; y que responde frente a terceros con todo su patrimonio.

León Tovar, nos explica: “...si dicho tercero ignoraba la existencia del contrato o no tenía por qué conocerlo y los bienes fueron transmitidos en propiedad, en cuyo caso, no existe distinción entre aquéllos actos de la A. en P. y

acreedores particulares, por lo que en caso de concurso del asociante tienen preferencia: 1. Sus acreedores singularmente privilegiados; 2. Los hipotecarios; 3. Los que tiene privilegio especial, y 4. Los acreedores comunes de operaciones mercantiles (arts. 217 a 228 de la LCM). Ello significa que incluso los acreedores particulares del asociante pueden tener preferencia sobre aquellos derivados de la negociación mercantil. Si se trata de operaciones mercantiles, no hay distingo entre los acreedores que son por operaciones propias del asociante y los que resultan de las operaciones de la A. en P.¹⁴²

En el mismo tenor Vásquez del Mercado, expresa: “El asociante no actúa como administrador ni como representante de los asociados, sino como un comerciante que administra sus asuntos propios y puede disponer de los mismos como le plazca.

Él solo contrae vínculos jurídicos con terceros y él solo es acreedor y deudor de éstos. Por eso todos los acreedores del asociante hacen valer su derecho sobre todo su patrimonio y también sobre los bienes que en realidad constituyen el fondo distinto de la asociación, sin distinguir quién resulta acreedor por operaciones atinentes a la misma y quien por asuntos particulares.”¹⁴³

Por ello, en el ejercicio de sus acciones los terceros pueden perseguir y ejecutar todos los bienes que constituyen el patrimonio del asociante, incluidos los bienes aportados por el asociado, salvo aquellos que requieran para su transmisión alguna formalidad y ésta no se hubiere cumplido, sin que dicho asociado pueda oponer la existencia del contrato o la titularidad de la propiedad, independientemente de que se trate de acreedores por créditos que hubieren surgido de la explotación de la negociación en que se participa o de que se trate de acreedores particulares del asociante. A su vez, el o los asociados tienen acción contra el asociante si éste no respeta las instrucciones y los límites de la A. en P.¹⁴⁴

¹⁴² *Ibidem*, p. 388.

¹⁴³ Vásquez del Mercado, Óscar, *Op. Cit.*, nota 105, p. 566.

¹⁴⁴ *Cfr.* León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 388.

Esto significa que los acreedores no pueden tratar de ejecutar un patrimonio social que no existe, ni solicitar el concurso mercantil de una persona moral que tampoco existe; es decir, los acreedores que surjan, no pueden intentar exigirle el cumplimiento de obligaciones que se adquirieran como si la A. en P. fuera un ente social.

Asimismo no podrían ejecutar el patrimonio del asociado, pues este permanece oculto; ya que como lo hemos señalado el que actúa frente a los terceros; vinculándose, ejercitando los derechos adquiridos en virtud de los negocios jurídicos que celebre y realiza las operaciones mercantiles en nombre propio y no en representación como sucedería si la A. en P. tuviere personalidad jurídica propia; es el asociante.

Por tal motivo en el numeral siguiente, analizaremos las relaciones que las partes mantienen con los terceros, delimitando su actuar al igual que las obligaciones y derechos que adquieren frente a los mismos.

2.5.3.6.1 El asociado y los terceros

Vásquez del Mercado infiere: “Los asociados no tienen relación jurídica alguna con los terceros que contratan con el asociante y que, por lo mismo, ni los asociados tienen acción en contra de los terceros, ni éstos en contra de aquéllos, se reconoce unánimemente que los terceros no entran en relación con los asociados, por ello se dice que la asociación no crea una persona, sino simplemente es un contrato que sujeta a las relaciones de los contratantes.”¹⁴⁵

Tal opinión es compartida por Castrillón y Luna, al expresar: “...las relaciones jurídicas y comerciales se establecen solamente entre el asociante y los terceros, pero nunca entre estos y los asociados, ya que según vemos, el asociante actúa ante ellos como comerciante titular de una negociación mercantil, sin ostentar, o cuando menos sin deber ostentar la existencia de un ente social.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ Vásquez del Mercado, Óscar, *Op. Cit.*, nota 105, p. 566.

¹⁴⁶ Castrillón y Luna, Víctor M., *Op. Cit.*, nota 109, p. 79.

Coincidentemente, León Tovar afirma: “Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones exclusivamente frente y con el asociante; no hay relaciones entre ellos y el asociado, quien permanece oculto o no realiza las operaciones la A. en P., de ahí que éste no responda frente a dichos terceros, aun cuando ellos conozcan su condición de asociado, excepto en los casos en que éste como tal asociado actúa en las operaciones con los terceros, o bien que la ley prevea su responsabilidad solidaria. Sin embargo, dichos terceros pueden ejercitar la acción oblicua o subrogatoria, por la contribución que adeude aquél al asociante, y solamente cuando llegaran a conocer la relación de A. en P., salvo el caso de que el asociante fraudulentamente dispensa al asociado de la entrega de su aportación de parte de ella, porque entonces los terceros, al conocer tal actuación fraudulenta, tendrían derecho a invocar la acción pauliana.”¹⁴⁷

Concluimos que él o los asociados, no tienen relación jurídica alguna con los terceros que contratan con el asociante y que por lo mismo, ni los asociados tienen acción en contra de ellos, ni éstos en contra de aquellos; pues como señalábamos anteriormente el carácter oculta versa en la identidad del asociado y por tanto los terceros, solo entablan relaciones comerciales con el asociante.

2.5.3.6.2 Obligación solidaria del asociado

Para complementar el estudio, es importante referir sobre la obligación solidaria del asociado y las acciones que pueden ejercitar contra él los terceros en el caso de que se dé a conocer, para lo cual retomamos lo expuesto por Soyla León Tovar.

“En nuestro derecho positivo, con excepción de las operaciones de crédito (art. 5º de la LGTOC), la solidaridad no se presume; resulta de la ley o de la voluntad de las partes (arts. 1988 CCF), por lo que en materia de A. en P. tampoco existe la obligación solidaria del asociado, ni aun cuando haya dado a conocer su participación o realice actos de la negociación, ya que en este último

¹⁴⁷ León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 389.

caso respondería directamente por ellos de la misma manera que responde el gestor o, en su caso, el representante.”¹⁴⁸

2.5.3.6.3 Obligación directa del asociado

“Sin olvidar que, en principio, el asociado no entra en relación con los terceros y que no tiene responsabilidad frente a ellos de las obligaciones asumidas por el asociante, se debe precisar que si ese asociado contratará en su nombre propio como único dueño de los negocios dados en A. en P., se obligaría, en los mismos términos del asociante y respondería directamente con su patrimonio individual frente a quienes hubiere contratado, y en este caso también podría accionar directamente en contra de dichos terceros.”¹⁴⁹

2.5.3.6.3.1 Acción subrogatoria

“Los acreedores del asociante por operaciones de la A. en P. están en posibilidad de ejercitar la acción subrogatoria en contra del asociado y éste en contra de los terceros deudores del asociante en las mismas situaciones. El ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores del asociante puede operar cumplidos ciertos requisitos: a) que conste en un título ejecutivo, b) que el deudor haya sido compelido para deducir sus deudas y descuide o rehúse hacerlo, y que las acciones que ejercite no sean derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor.

Si se satisfacen tales requisitos, los acreedores del asociante, que en principio sólo tienen acción contra él, pueden hacer valer sus derechos, primero frente al asociante en virtud de las operaciones que los ligan, y después contra el asociado, si conocen su participación, a quien pueden exigir que cumpla con el asociante, es decir, pueden exigir que entregue la aportación que no entregó o que asuma la participación que le corresponda en las pérdidas de la negociación.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 390.

¹⁴⁹ *Ídem*.

La utilización de la acción subrogatoria por el asociado o por los terceros no contradice el art. 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles porque, ciertamente, señala que los acreedores del asociante sólo tienen acción contra él y no contra el asociado. Si bien el contrato tiene efectos limitados a las partes, la acción subrogatoria aparece como una excepción para hacer efectivo el pago de las deudas del asociante deudor a los terceros sus acreedores. Pero para que pueda ejercitarse dicha acción subrogatoria es necesario que se haya hecho previa persecución de todos los bienes del deudor, de forma tal que sólo por la acción subrogatoria los acreedores puedan hacer efectivos sus créditos.”¹⁵⁰

2.5.3.6.3.2 Acción pauliana

Otra excepción al principio de que el asociante es el único que responde frente a terceros y que no existen relaciones jurídicas entre el asociado y los terceros la constituye la acción pauliana de los acreedores del asociante para impugnar los reembolsos, quitas, remisiones y compensaciones otorgadas por él al asociado, cuando de éstos resulte la insolvencia del asociante y siempre que el crédito de aquello fuere anterior a dichos actos (art. 2163 CCF). Y si el asociante es un comerciante y como consecuencia de haber dispensado al asociado de la obligación de cumplir sus obligaciones con terceros, éstos pueden solicitar su concurso y, a su vez, ésta puede ser fraudulenta de conformidad con el art. 113 y siguientes de la LCM.¹⁵¹

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, si bien es cierto que por regla general el único que debe hacer frente a las deudas que se contraigan, es el asociante, también lo es, que por excepción también el asociado puede recaer en ese supuesto, siempre que se cumplan los requisitos citados, es decir, que actúe como si fuera el asociante o bien que los terceros conociendo al asociado y haber intentando primero sus acciones contra el deudor principal, intente exigirle el pago al asociado mediante las acciones subrogatoria y pauliana.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 391.

¹⁵¹ *Cfr. Idem*.

2.6 EXTINCIÓN DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Para concluir con este estudio, se analizarán las causas por las que el contrato se termina, para lo cual hay que atender primeramente a lo establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles y después a lo postulado por la doctrina.

2.6.1 Extinción de la asociación conforme a la ley

La extinción de la A. en P., como la de cualquier otro contrato bilateral, puede tener lugar por las causas comunes a éstos, como el vencimiento del término pactado, el acuerdo de voluntades, la disconformidad del contrato con las normas que lo regula o por hechos sobrevenidos con posterioridad a la celebración del acto que provoquen la cesación de sus actos.

Además, la A. en P. se extingue por las otras causas previstas para la disolución y liquidación de las sociedades en nombre colectivo, tal y como lo establece el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y en relación con los artículos 50, 229 y 230; podemos decir, que termina por la rescisión del contrato respecto a uno de los contratantes, por las causas genéricas de disolución de las sociedades y por las causas específicas de las sociedades personalistas, pues el legislador al remitirnos a estas disposiciones no solo da la oportunidad de aplicar lo referente a la S. en N. C. sino también a la Comandita Simple.

Hay que recordar que dichas causas se describieron y analizaron en el capítulo anterior; por tanto sólo se apuntarán las que pueden aplicarse al contrato a la luz de lo instruido por la maestra Soyla León Tovar.

2.6.2 Expiración del término fijado en el contrato

Este supuesto de expiración esta regulado en el artículo 229 fracción I de la Ley General de Sociedades Mercantiles y es el más común para la terminación del contrato; por tanto podemos inferir, que la A. en P. se extingue por el vencimiento del término establecido en el pacto, siempre que no hubiere acuerdo de prórroga.

Y al respecto, rescatamos la opinión de León Tovar, "...la prórroga puede darse ya sea porque no se hubiere conseguido el fin o causa del mismo, porque siendo inicialmente para una operación aislada de comercio se convenga en prorrogar su existencia para la ejecución de otras operaciones o la explotación de una negociación mercantil."¹⁵²

2.6.3 Imposibilidad de cumplir con el objeto

Continuando con nuestra autora nos explica que: "La imposibilidad de seguir realizando el objeto del contrato o su consumación provocan la extinción de la A. en P.; en efecto, cuando es imposible continuar con la realización de las operaciones mercantiles y la participación de las utilidades y en las pérdidas de las mismas, procede la extinción del contrato, que se registraría en el registro público si se hubiere inscrito el contrato o la cláusula en la que se determinó la calidad de la transmisión de los bienes aportados (art. 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Esta imposibilidad del objeto la define nuestro CCF como hecho imposibles, es decir, como aquel que impide la subsistencia del contrato, porque resultaría incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (art. 1828); por supuesto, se excluye el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado pero sí por otra persona en su lugar; esto es, que el asociante no

¹⁵² *Ibidem*, p. 392.

podría argumentar la imposibilidad de realizar el objeto de la A. en P. porque hubiera caído en quiebra o concurso, si el síndico o conciliador declara que puede continuar el contrato (art. 92 de la LCM)”¹⁵³

2.6.4 Acuerdo de las partes

“La A. en P. puede extinguirse por el acuerdo de voluntades del asociado y del asociante. Este mutuo disenso puede manifestarse expresa o tácitamente (art. 1803 del CCF), es decir, porque las partes otorguen su consentimiento verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, o bien de manera tácita, cuando dicho consentimiento resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, como sería el traspaso de las negociación objeto de la A. en P., con la aquiescencia del asociado. Este mutuo acuerdo para extinguir el contrato de manera anticipada puede operar ya sea porque se haya establecido en el contrato o bien porque medie el consentimiento posterior de las partes.”¹⁵⁴

2.6.5 Supuesto de la facción IV del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

“En rigor, este supuesto opera en la A. en P. en virtud de que es un contrato bilateral y como tal requiere un mínimo de dos voluntades. La A. en P. no sólo requiere ese mínimo, sino que también exige que sean sólo dos partes, el asociante el asociado; de tal manera que si el número de partes se reduce a una, tendrá lugar la extinción de la A. en P. en virtud de que no habrá acuerdo de voluntades para que exista el contrato. Lo mismo sucede si se reúne en una sola persona el asociante y asociado, ya que no habrá A. en P. porque nadie participaría de las operaciones de comercio, y porque para que exista contrato se

¹⁵³ *Ibidem*, p. 393.

¹⁵⁴ *Idem*.

requiere el consentimiento, el cual, a su vez, necesita el acuerdo cuando menos de dos voluntades”¹⁵⁵

2.6.6 Muerte de alguna de las partes

En materia de A. en P., la muerte del asociante produce la extinción del contrato a menos que por pacto se haya establecido la continuación del contrato con sus herederos, porque se trata de un contrato bilateral y éste no podría existir si una de las partes desapareciera. En cambio, si hubiere varios asociados y uno de ellos falleciera, la A. en P. puede continuar con los otros asociados y el asociante; en tal supuesto se produciría únicamente la disolución parcial respecto a ese asociado muerto, y el asociante, salvo nuevamente un pacto de continuación con sus herederos y el otorgamiento del consentimiento de éstos. Si no existe dicho pacto, se procede a la liquidación de la parte correspondiente al asociado muerto para entregarla a su sucesión, y los herederos tendrán derecho a las utilidades que correspondan a este asociado al momento de su muerte. En lo sucesivo sólo tendrán derecho en lo que dependa necesariamente de los derechos adquiridos o de las obligaciones contraídas por su causante. (Art. 2722 CCF)

2.6.7 Exclusión del asociado

En materia de sociedades, la exclusión de uno de los socios acarrea la disolución parcial del contrato social respecto de ese socio y la sociedad (art. 230 Ley General de Sociedades Mercantiles) o bien, la disolución total del contrato si con dicha exclusión el número de socios es inferior al exigido por la ley (arts. 89 fracción I y 229 fracción IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles), o se trata de una sociedad personal (arts. 230 y 231). En la A. en P. no opera carácter bilateral, por el que no se crea algún ente distinto del asociado o del asociante.

¹⁵⁵ *Idem.*

Por ello, no se puede excluir a alguien de un ente que no existe, y más que proceder la exclusión de alguna de las partes procede su resolución, si alguna de ellas incumple con sus obligaciones se solicita la rescisión o en su caso el cumplimiento forzoso, más el pago de daños y perjuicios (arts. 88 y 376 Código de Comercio).¹⁵⁶

2.6.8 Rescisión de la asociación en participación

Tal y como anunciamos al iniciar este punto también en materia de rescisión de la A. en P. se prevé la aplicación supletoria de las disposiciones establecidas para la sociedad en nombre colectivo (art. 50 y 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Y al respecto, la autora opina: “Se trata de un procedimiento dirigido a hacer ineficaz el contrato válidamente celebrado, obligatorio en condiciones normales a causa de situaciones externas susceptibles de accionar en juicio económico de alguno de los contratantes o de sus acreedores, cuyo fundamento es el equilibrio perturbado de las prestaciones y su objeto es impedir tal efecto lesivo. La acción de rescisión corresponde a la parte perjudicada y a sus herederos, e incluso a sus acreedores, pero a diferencia de la nulidad no anula los efectos jurídicos producidos por el acto, e incluso los efectos restitutorios pueden paralizarse si se repara el daño causado; es decir, si se paga la indemnización prescrita (art. 88 del Código de Comercio) como consecuencia del cumplimiento defectuoso de la otra parte.”¹⁵⁷

2.6.9 Denuncia del contrato

Esta causa si es propia del contrato y se resume en que; la denuncia extingue una relación duradera como tal, aunque puede subsistir una relación de obligación simple cuando no se hayan cumplido ciertas prestaciones o subsistan

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 394.

¹⁵⁷ *Idem*.

derechos de indemnización fundados en infracciones al pacto. En lo que concierne a la A. en P. la denuncia o retiro del asociado o del asociante, es causa de extinción del contrato; ello acontece cuando no se pactó por tiempo determinado, y como a nadie se puede condenar a permanecer por vida en una relación contractual, existe el derecho de retirarse del contrato y, consecuentemente, de extinguirlo.¹⁵⁸

2.6.10 Otras causas de extinción

“La pérdida de la calidad de comerciante y la prohibición de comerciar, que no están directamente relacionadas con las causas previstas para la extinción de las sociedades en nombre colectivo acarrearán también la extinción del contrato de A. en P., siempre que quien haya perdido la calidad de comerciante, sea el asociante y la A. en P. tenga por objeto todo un negocio mercantil. No ocurriría la extinción si se tratara de un acto aislado, o si en tales supuestos se encontrara el asociado, porque éste no requiere ser comerciante, ni su escasa actuación en la A. en P. supone ejercicio alguno de comercio; participa en las operaciones pero no en la ejecución de ellas; en cambio, la pérdida de la calidad de comerciante del asociante trae como consecuencia la extinción del contrato de A. en P. por cuanto que se trata de la realización de actividades lucrativas, de actos de comercio. Para que el contrato de A. en P. se extinga por la imposibilidad de comerciar del asociante, se requiere que las operaciones relativas a su cargo sean retiradas y hagan de él su ocupación ordinaria; si éste fuera el caso y pierde la calidad de comerciante, no podrá realizar el fin del contrato, por la imposibilidad de comerciar, lo que hará que el contrato se termine. En cambio, si se trata de una A. en P. para una operación aislada de comercio, el contrato no se extinguiría porque no se requeriría de dicha calidad (comerciante) para realizar el objeto del contrato.”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 397.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 397 y 398.

2.6.7 Liquidación de la Asociación Participación

“A diferencia de la liquidación de las sociedades, la extinción de la A. en P. no da lugar a una liquidación propiamente dicha, ya que ésta supone un patrimonio por liquidar y repartir, así como relaciones entre terceros y una persona moral; en cambio, en la A. en P. se trata de liquidación de operaciones, que se concreta con una rendición de cuentas del asociante al asociado, a fin de determinar los derechos y obligaciones de cada uno de ellos y, en su caso, el pago de utilidades. Este procedimiento debe hacerse, a falta de estipulaciones especiales, según las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo, pero por no tratarse de una sociedad de manera mucho más sencilla, e incluso algunas disposiciones previstas para dichas sociedades podrán no serle aplicables.

En efecto, que la consecuencia obligada de la extinción de la A. en P. sea su “liquidación” no significa que deba procederse como en materia de sociedades; la terminación del contrato no tiene influjo sobre el resto de los negocios mercantiles que pueda explotar el asociante, porque éste tiene libertad para la consecución de sus otros negocios particulares. En tal sentido habrá “liquidación” normal a la de una empresa individual, o de un negocio separado, pero no de una sociedad que supone la existencia de un ente, no se trata propiamente de una liquidación, en el sentido de realizar operaciones jurídicas procedentes con terceros, sino de un arreglo de cuentas limitado a la relación interna entre asociante y asociado, cuya consecuencia será la liberación en lo futuro de toda obligación contractual entre ellos.”¹⁶⁰

Por lo expuesto, concluimos que conforme a nuestro derecho positivo la Asociación en Participación, puede ser terminada, primero por las disposiciones que a cualquier contrato se le aplican y que están reguladas en nuestro Código de Comercio y en el Código Civil Federal. Sin embargo y por esta dualidad de su

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 399.

naturaleza jurídica, también se insta que se disuelvan y liquiden como las sociedades personalistas, es decir, por las causas de disolución de la Sociedad en Nombre Colectivo y Comandita Simple.

Situación que no es viable ni compatible, pues como ya quedo establecido la A. en P. al ser un contrato y no crear un ente social como son las sociedades mercantiles, no es posible tratar de aplicarle causas que están destinadas para terminar con la vida de una persona moral comerciante, pues aunque se intente aplicarlas de forma parcial, hemos visto que se complica su ejecución.

Ya que no existe en primer lugar un patrimonio que se pueda liquidar, en segundo el asociante actúa en su nombre y varias de las causales que se describieron son dirigidas a quién representa a la sociedad mercantil, en tercero no hay un capital social que se pueda reducir ni socios en los que recaiga la mayor parte del mismo; por tanto, la única manera que corresponde a su naturaleza para terminar el contrato es por las disposiciones encuadradas en la teoría general de los contratos.

Entonces, una vez que se ha quedado claro, en qué consiste el contrato, sus características, elementos personales, derechos y obligaciones de las partes y por último las causas por las que se termina; identificando dentro de su estudio sus similitudes y diferencias con las sociedades mercantiles al tenor de nuestro estudio previo, podemos dar contestación a las cuestiones planteadas en el inicio de esta investigación y fijar nuestra concepción sobre la naturaleza de esta figura jurídica.

Y como lo venimos advirtiendo y motivándolo con las diversas concepciones doctrinarias que proporcionamos, podemos afirmar que la Asociación en Participación no es Sociedad sino un Contrato Mercantil y que solo por una cuestión histórica es que se encuentra regulada dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles y al desatender por parte del legislador esta naturaleza, es que se altera la libertad contractual de las partes aunado al hecho de que no se les brinda certeza jurídica en su actuar, pues como vimos, no hay una regulación congruente que garantice esa libertad contractual.

Por ello, es que en el capítulo cuarto y atendiendo a lo que hemos desarrollado y a los ordenamientos jurídicos de los países que analizaremos a continuación, es que se propondrá una regulación congruente no sólo a su naturaleza jurídica sino a la realidad social de este tipo de contratación, pues como resultado de esta incongruencia; las partes toman, celebran y llevan a cabo de forma ventajosa esta convención.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO COMPARADO

En este capítulo, haremos una comparación de la Asociación en Participación mexicana, respecto a lo regulado en los países de España, Francia, Italia, Guatemala, Brasil, Colombia, Chile y Argentina; con el propósito de identificar las diferencias y similitudes que existen en dichos ordenamientos y de esa forma retomar ciertos elementos que pueden auxiliarnos en la elaboración de la propuesta que haremos en nuestro último capítulo.

Para poder desarrollar este apartado, nos apoyaremos en los Códigos de Comercio de ciertos países y de la opinión doctrinaria de Soyla León Tovar y Joaquín Garrigues.

Asimismo, de cada país se identificarán los siguientes elementos a comparar: la denominación que recibe la A. en P.; ordenamiento jurídico que la regula; naturaleza jurídica; elementos personales; obligaciones internas y externas; responsabilidad de las partes y por último la forma de terminar el contrato.

3.1 TERMINOLOGÍA

Para iniciar la comparación de la regulación jurídica de nuestro país sobre la A. en P. respecto a la de otros; retomamos lo descrito por Soyla León Tovar¹⁶¹, la cual expone lo siguiente: “La A. en P. es denominada de diversas maneras. Así, en nuestra ley se le llama asociación en participación (art. 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), al igual que en Venezuela (art. 339 del Código de Comercio del 23 de julio de 1955); en España, cuentas en participación (art. 239 del Código de Comercio 22 de agosto de 1885); epíteto que adoptan legislaciones como Perú (art. 232 del Código de Comercio del 2 de agosto de 1932), Cuba (art. 239 del Código de Comercio), y Colombia (art. 507 del Código

¹⁶¹ Cfr. León Tovar, Soyla H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 353.

de Comercio del 23 de noviembre de 1865) y Ecuador (art. 400 de la Ley de Compañías, del 15 de febrero de 1964) la denominan asociación o cuentas en participación.

En Argentina (art. 361 de la Ley de Sociedades de 1972) y Uruguay (art. 444 del Código de Comercio del 24 de enero de 1966) recibe el nombre de sociedad accidental o cuentas en participación; en Brasil (art. 325 del Código de Comercio del 5 de julio de 1934) sociedades *emconta de participacáo*.

Francia (art. 1871 del CC, Ley núm. 78-9 del 4 de enero de 1978) la llama *société en participatatió*; Italia, por su parte la denomina *associazione in partecipazione* (art. 2549 de 1942), y en Guatemala (art. 452 del Código de Comercio del 15 de septiembre de 1942) se utiliza la expresión contrato de participación.”

Para facilitar el primer rasgo de comparación, se enlistan las diversas nomenclaturas que recibe nuestro objeto de estudio:

- Asociación en Participación: Italia, México y Venezuela;
- Cuentas de Participación: España, Perú, Cuba y Colombia;
- Asociación o Cuentas en Participación: Ecuador;
- Sociedad Accidental o en Participación: Argentina y Uruguay
- Sociedades *emconta de participacáo*: Brasil
- *Société en participatatió*: Francia; y
- Contrato de Participación: Guatemala

Así que comenzamos este análisis comparativo con los países de la península ibérica, para después continuar con los países latinoamericanos.

3.2 ESPAÑA

En el Código de Comercio español se le denomina Cuentas de Participación y el artículo 239 prescribe: “Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellos con la parte del capital que convienen y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determine.” Este ordenamiento no exige formalidad

alguna para su celebración (art. 240), no hay razón social y no puede usarse más crédito directo que el del asociante, quien obra bajo su nombre y responsabilidad personal y los terceros únicamente tienen acción contra éste.

Joaquín Garrigues¹⁶² al respecto postula: “El concepto legal de este contrato se formula en el art. 239 del C. de c.; de esta definición resulta: 1º. Que se trata de una contribución al negocio de otro, con participación de sus resultados. Pero no se deduce de la ley si la participación se refiere a un solo negocio u operación mercantil (asociación ocasional o asociación tácita).

Ambas modalidades de participación están incluidas, sin duda, en el concepto legal, dado que el Código habla de “operaciones” (arts. 239, 241 y 243) y de “negociación” (art. 242). Y esta interpretación amplia es la que mejor concuerda con las necesidades de la vida mercantil, en la que constantemente se recurre por los comerciantes al capital ajeno para financiar operaciones determinadas y concretas.

2º. Que se trata de un acto de comercio eminentemente subjetivo, como si sólo fuesen los comerciantes los que pueden interesarse en las operaciones de un comerciante.”

Y nos proporciona las características principales de este contrato; las cuales son:

1. No se crea un ente colectivo;
2. En cuanto a los requisitos de constitución, no se exige ni escritura pública ni inscripción en el Registro mercantil (art. 240);
3. Se excluye que tenga una razón social;
4. En cuanto a las relaciones frente a terceros, este contrato no actúa en el tráfico como una individualidad en su propio nombre, no tiene capacidad para contratar, no es comerciante y no aparece como un sujeto con derechos y obligaciones propios; y
5. Su patrimonio no goza de autonomía

¹⁶²Cfr. Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 9ª ed., México, Porrúa, 1998, pp. 58 y 59.

Respecto al contenido del contrato nos refiere: “Todas las relaciones jurídicas derivadas de este contrato están dominadas por la idea de que se trata de una sociedad cuya existencia no se revela al exterior. Las relaciones internas entre los contratantes son las propias del contrato de sociedad. Pero en las relaciones con terceros no hay necesidad de representar a ninguna persona jurídica social, porque ésta no existe y es el gestor el único que en su propio nombre actúa, vinculando su individual responsabilidad (art. 241 in fine). Hay, por tanto, posibilidad de aplicación analógica de las normas sobre el contrato de sociedad mercantil a la relación interna e imposibilidad de aplicar esas normas a las relaciones jurídicas externas.”¹⁶³

Sobre las relaciones jurídicas internas, expresa: “La gestión de la cuenta en participación, no contiene nuestro C. de c. reglas directas sobre la gestión de la cuenta en participación, aunque al emplear en los artículos 242 y 243 precisamente el vocablo “gestor” designa ya cuál es el contratante a quien corresponde la gestión.

Y que esta gestión tiene carácter exclusivo y excluyente se desprende también la norma en la que el Código establece la prohibición de adoptar una razón comercial común y usar de más crédito directo que “el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual” Por tanto, el único que tiene facultades de gestión es el comerciante que lleva el nombre de la negociación, y esta gestión unilateral es la que corresponde perfectamente a las motivaciones económicas del contrato.

Sigue diciendo, “Ahora bien, esta gestión no es la gestión normal que por definición corresponde al empresario en su propia empresa, sin necesidad de calificarle como gestor. Si se habla de gestor es justamente para expresar la idea de que se están administrando no sólo los intereses propios, sino los intereses ajenos y esta realidad es la que justifica lo que en otro caso no tendría

¹⁶³ *Ibidem*, p. 60.

justificación, y es el calificar como gestor de su propia empresa a un empresario independiente”.¹⁶⁴

También nos describe los derechos y obligaciones que surgen entre las partes, las cuales son:

1. La primera obligación que lógicamente incumbe al gestor es la de continuar la explotación de su empresa en el supuesto de que la cuenta en participación se refiera a todas las operaciones de la empresa y no a una determinada.

2. El gestor tiene la obligación de emplear la aportación del partícipe de manera adecuada a la naturaleza y finalidad del negocio.

3. El gestor no puede transformar por su sola voluntad el objeto de la empresa.

4. Del mismo modo le está prohibido al gestor enajenar su empresa sin consentimiento del partícipe, porque esta enajenación hace imposible la subsistencia del contrato al faltarle su base económica.

5. También le está prohibido al gestor detraer elemento de la explotación de su empresa para llevarlos a otra, aunque estos elementos no sean los aportados por el partícipe.

6. Finalmente, el gestor no puede establecer otra empresa de objeto similar, siempre que el establecimiento de la nueva empresa tenga como consecuencia la desaparición o disminución de la productividad de la empresa objeto del contrato de cuenta en participación.

Sobre la distribución de las ganancias y pérdidas, manifiesta: “Nuestro C. de c., al regular las cuentas en participación, parece contemplar exclusivamente la hipótesis de la participación, en una o varias operaciones determinadas de un comerciante. Por ello, la distribución de ganancias y pérdidas coincide normalmente con la liquidación final del contrato, y así se establece en el artículo 243. Mas si la cuenta en participación se refiere a todas las operaciones de una empresa, es claro que la distribución de las ganancias y pérdidas habrá de tener

¹⁶⁴ *Idem.*

carácter periódico y repetido a lo largo de la vida del contrato. Y puesto que el empresario establecerá sus cuentas al final de cada ejercicio anual, estas mismas cuentas serán las que establezcan la ganancia o la pérdida del negocio.”¹⁶⁵

De las relaciones jurídicas externas, apunta: “El gestor se muestra frente a terceros como el único dueño del negocio. Actúa en su propio nombre y, consiguientemente, adquiere los derechos y las obligaciones nacidos en el ejercicio del comercio. El artículo 241 del C. de c. establece claramente el régimen de actuación en lo externo al condicionar la gestión por una doble prohibición: adoptar una razón comercial común a todos los partícipes y usar más crédito directo que el del comerciante gestor. Consecuencia de esta situación exclusiva del gestor en su propio nombre es que los terceros contratantes sólo tendrán acción contra él y no contra los demás interesados (art. 242).

Esa acción de los terceros no tendrá ninguna preferencia sobre las demás acciones de otros acreedores del comerciante que lleve el nombre de la negociación y deriven de negociaciones distintas.

Tampoco los participantes o interesados en la cuenta tendrán acción contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser que éste les haga cesión formal de sus derechos (art. 243)

No hay, por tanto, deudas propias de las cuenta en participación, sino deudas propias del gestor.”¹⁶⁶

Por último, nos reseña sobre la extinción de la cuenta en participación: Que las causas para terminarla son:

1. Por mutuo consentimiento, el cual se manifiesta de forma expresa o tácita;
2. Por el transcurso del tiempo fijado en el contrato, si es que no se conviene en prorrogarla;
3. Denuncia del contrato; el cual se ejerce cuando en el contrato no se estableció un tiempo de duración y en el caso que se haya pactado se puede denunciar antes, si existe una causa justificada;

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 61 y 62.

¹⁶⁶ *Idem*.

4. Por concluir con el objeto del contrato;

5. Cuando muera el comerciante gestor, si es que no se pacto expresamente que continuaba con los herederos del mismo, pues la muerte del participante no lo extingue; y

6. Por quiebra del gestor.¹⁶⁷

Así el efecto que provoca la extinción del contrato conlleva a la liquidación de la cuenta, la cual debe hacerla el gestor (art. 243). Aunque propiamente no es una liquidación, pues el artículo 228 del C. de c. establece el sentido de realizar las operaciones jurídicas pendientes con terceros, por ello, se habla más bien de un arreglo de cuentas, limitada a la relación contractual entre el gestor y el participante. La cual se limita a la liquidación a este aspecto interno y su consecuencia es la liberación en lo futuro de toda obligación contractual. El comerciante gestor, entonces, queda en completa libertad para prosecución de sus negocios.

Ahora, la forma de hacer la liquidación, se rige por las disposiciones del contrato. Y del artículo 243 del C. de c. se desprende que el gestor tiene que terminar las operaciones pendientes al tiempo de la disolución. Una vez hecho esto, se rinde por el gestor una cuenta justificada de los resultados, otorgándole al participante la porción de la ganancia o pérdida que le corresponda.¹⁶⁸

De lo anterior se observa que la regulación del contrato de cuentas en participación se encuentra recogida en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio y la define como el acuerdo suscrito entre una entidad gestora y entidad no gestora, recibiendo la primera aportaciones de capital por parte de la segunda con el fin de dedicarlas al negocio o actividad económica en que esta última está interesada. Así, la entidad no gestora no tiene intervención alguna en el negocio o actividad salvo la derivada de la retribución que pretende obtener con la contribución de capital que efectúa.

Las características principales de este contrato son:

1. No se crea una persona jurídica con razón social determinada,

¹⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 63.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 63 y 64.

2. No se forma un fondo común de bienes a que, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de Sociedad, los cuenta-partícipes se interesan en la proporción que convengan en un negocio ajeno que continúa.

3. Pertenecen privativamente al gestor las aportaciones que efectúa para dedicarlas al negocio en cuyas operaciones no tienen los terceros intervención alguna.

4. No requiere para su constitución el otorgamiento de escritura pública

5. Su régimen de actuación externo, está condicionado por una doble prohibición: La adopción de una razón comercial común a todos los partícipes y el uso de más crédito directo que el del comerciante gestor.

6. Se trata de un contrato bilateral, de forma que si el gestor necesitase de varios inversores habría de estipular un contrato para cada uno o uno sólo con todos ellos. No se exigen requisitos esenciales de forma, no siendo necesario que conste por escrito por lo que lo habitual es que se formalice en un documento de carácter privado. Como en todo contrato, los suscriptores asumen una serie de derechos y obligaciones que determinan el alcance tanto de sus relaciones internas como externas de cara a terceros. Desde el punto de vista de las relaciones entre partícipe y gestor, el primero ellos asume como obligación principal la realización de la aportación debiéndose mantener al margen de la gestión de los negocios que es de competencia exclusiva del gestor, adquiriendo el derecho a participar en los resultados prósperos o adversos de la operación o actividad de que se trate. Por su parte el gestor asume la obligación de destinar la aportación recibida al fin estipulado, adquiriendo la titularidad de los bienes aportados debiendo rendir cuentas de los resultados de la misma.

Consecuencia de todo lo anterior, es que el gestor contrata y realiza las operaciones en nombre propio no pudiendo utilizar el nombre del partícipe aún con el consentimiento de éste, dado que se desvirtuaría la esencia del contrato. En sus relaciones con terceros éstos sólo tendrán acción contra él y no contra los demás interesados, quienes tampoco la tendrán contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser que éste les haga la cesión formal de sus derechos, de forma que

sólo podrán dirigirse contra el partícipe mediante el ejercicio de una acción subrogatoria para que éstos realicen el desembolso de la aportación prometido.

3.3 FRANCIA

El Código Civil francés dispone en su artículo 1871 que la A. en P. es una sociedad (*société en participation*) cuya existencia no se revela a terceros; que no constituye una persona moral y en la que cada socio contrata con tercero en su nombre personal; que no está sujeta a las formalidades prescritas para las “otras” sociedades y que no pueden emitir títulos cesibles o negociables en provecho de los socios. Se trata de una sociedad de personas, distintas de las comerciales, por cuanto que no goza de personalidad jurídica, los partícipes permanecen ocultos y carece de patrimonio propio.¹⁶⁹

3.4 ITALIA

El Código Civil italiano de 1942 determina que con el contrato de *associazione in partecipazione* (art. 2549) el asociante atribuye al asociado una participación en las utilidades de su empresa o de uno o más negocios, a cambio de la aportación correspondiente, y que salvo pacto en contrario, el asociando participa en las pérdidas en la misma proporción en que participa en las utilidades, aunque las pérdidas que le correspondan no pueden superar el valor de su aportación (art. 2553). Su denominación (*associazione in partecipazione*) hace mantener la idea de que se trata de un contrato asociativo y su colocación en el Código, junto a las sociedades, la asimila a éstas; sin embargo, las diferencias subsisten e incluso parecen más claras que en el antiguo Código de Comercio. Carece de patrimonio propio y de personalidad jurídica, y no hay ejercicio en

¹⁶⁹ Cfr. León Tovar, Soyía H., *Op. Cit.*, nota 106, p. 354.

común de una actividad económica, que es una característica esencial del contrato de sociedad.¹⁷⁰

3.5 GUATEMALA

Se establece que la A. en P. es un contrato, pero declara aplicables las reglas de las sociedades colectivas, salvo las que deriven de su naturaleza jurídica (art. 456), y que está sujeta a inscripción en escritura pública.¹⁷¹

3.6 BRASIL

En Brasil, aunque el Código de Comercio (arts. 325 a 328) denomina a la A. en P. como Sociedad accidental, momentánea o anónima, dicha figura no está sujeta a las formalidades prescritas para las sociedades comerciales y puede probarse por cualquier medio; el asociante es el único que se obliga frente a terceros (art. 326); compromete los fondos sociales incluso en obligaciones personales, si el tercero con quien contrató ignoraba la existencia de la sociedad (art. 327).¹⁷²

3.7 COLOMBIA

Denominado Contrato de Cuentas en Participación, se encuentra regulada dentro de los numerales 507 al 514 del Código de Comercio Colombiano,

En Colombia, se establece que es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

¹⁷⁰ Cfr. *Ídem*.

¹⁷¹ Cfr. *Ídem*.

¹⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 355

El contrato no está sujeto a las formalidades de las sociedades mercantiles, no constituye una persona moral, carece de patrimonio social y domicilio, el asociante se reputa único dueño del negocio y las partes requieren la calidad de comerciantes.

Sin embargo, se establece que salvo las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la participación, ella producirá entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí.

A continuación se brinda un análisis de lo establecido en su Código de Comercio.

El artículo 507 dice: La participación es un contrato por el cual 2 o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

En síntesis, la participación es un contrato por medio del cual dos o más personas hacen aportes destinados a uno o varios negocios adelantados por uno de ellos en su propio nombre y bajo su responsabilidad exclusiva ante terceros, con la obligación de rendir cuentas a los demás copartícipes y de repartir con todos ellos las utilidades obtenidas en la forma pactada o convenida en el contrato.

Coincidiendo con las legislaciones apuntadas, este contrato se caracteriza por tener los siguientes rasgos:

Es un contrato bilateral y existe la falta de personalidad jurídica; esta carencia está expresamente dispuesta en el artículo 509 del C. de Co. cuyo tenor dice: “La participación no constituirá una persona jurídica”. Como consecuencia, y así lo sentencia el mismo artículo, no poseen ni domicilio social ni nombre propio. Cabe precisar que de acuerdo con los artículos 499 y 500 del mismo código, las sociedades de hecho y las irregulares tampoco generan personería jurídica, con lo cual podría asegurarse que el contrato de cuentas en participación es una forma de este tipo de sociedades.

No se crea un patrimonio común entre gestor y partícipes, y la creación de éste fondo común sería inútil, por cuanto la garantía general de los acreedores es el patrimonio del gestor, a cuyo seno ingresan los aportes de los partícipes, pues el mismo artículo 509 lo define en forma clara.

Respecto a su administración en las cuentas en participación sólo hay una gestión exclusiva y excluyente por parte del gestor, esto implica que el gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación (artículo 510 C. de Co) e igualmente, al no considerarse un ente social no pueden los contratistas emitir acciones o cuotas sociales.

Sobre los derechos y obligaciones que nacen entre las partes por ser un contrato bilateral, están normadas las siguientes:

Para el partícipe, surge la obligación positiva de realizar la aportación y la negativa de no inmiscuirse en la gestión del negocio. El gestor está obligado a invertir el aporte en el objeto pactado, explotar el negocio estipulado, rendir cuentas y permitir la revisión de los documentos relativos al negocio por parte de los partícipes.

Eventualmente todos los contratantes estarán obligados a soportar las pérdidas en la proporción convenida cuando éstas se produzcan.

El gestor ejecuta las operaciones propias de la participación en su solo nombre y sin utilizar más crédito directo que el propio (artículo 507 C. de Co) y por lo tanto su patrimonio es la garantía general de los acreedores en los negocios que realice, por tanto y conforme al artículo 511 del C. de Co, la responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación.

También existe por parte del gestor la obligación de rendir cuentas, tal y como se establece en el artículo 512 del C. de Co.; la cual estipula en forma genérica y sin ningún detalle esta obligación: “En cualquier tiempo el partícipe inactivo tendrá tiempo a revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuenta de su gestión”.

Otro factor común que se encuentra, es que existe la obligación común de soportar las pérdidas en la proporción convenida cuando estas se produzcan, esto por lo instaurado en el art. 511 del C.de Co., el cual señala: “La responsabilidad

del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe.”

De este artículo se desprende en forma clara, en consonancia además con la naturaleza misma del contrato, que el socio gestor, reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación, y sujeto pasivo exclusivo de las acciones de los terceros, responde ilimitadamente, esto es con todo su patrimonio, por estas obligaciones, soportando sin límites las pérdidas del negocio. Contrario-sensu, el partícipe inactivo, en tanto conserve su calidad de oculto, su responsabilidad está limitada al valor de la aportación.

Por último, hay que anotar, que la forma de terminar este contrato es similar a la de nuestro derecho; pues el Código de Comercio Colombiano no regula en forma particular la manera de terminarlo; sino que el artículo 514 hace una remisión a la norma sobre las sociedades comanditarias simples, que indirectamente vincula también las de las sociedades colectivas y las de responsabilidad limitada (artículo 341 del Código de Comercio); por ello, podemos afirmar que este contrato termina por:

a) La desaparición de una de las categorías de los partícipes (el Gestor o el Inactivo);

b) Las pérdidas que reduzcan el patrimonio a una cifra igual o inferior a la tercera parte del capital o de las sumas aportadas a la negociación, impondrán la terminación del contrato;

c) En relación al socio gestor o Partícipe Activo: su muerte, incapacidad sobreviniente, quiebra, enajenación forzosa del aporte, y renuncia o retiro injustificado; y

d) Por la imposibilidad de desarrollar las operaciones propuestas, o la terminación de las mismas; la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye el objeto del contrato, el vencimiento del término de duración, la

confusión en una misma persona de la calidad de Partícipe Inactivo y de Gestor, y la decisión de los Partícipes o de autoridad competente.

3.8 CHILE

De acuerdo a su legislación en materia comercial, encontramos los siguientes elementos.

Concepto legal. La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida (art. 507)

Forma. De acuerdo al artículo 508, la participación no está sujeta en su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades. Asimismo infiere que el convenio de los asociados determina el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación.

Características. La participación es esencialmente privada, no constituye una persona jurídica, y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio. Su formación, modificación, disolución y liquidación pueden ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos y cualquiera otra prueba legal. (Art. 509)

Relaciones con terceros. El gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación.

Los terceros sólo tienen acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecen de ella contra los terceros. Unos y otros, sin embargo, podrán usar de las acciones del gerente en virtud de una cesión en forma (art. 510)

Y sobre las relaciones internas en el artículo 511 se establece que salvo las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la participación, ella produce entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que confieren e imponen a los socios entre sí las sociedades mercantiles.

Ahora analizaremos este contrato a la luz de lo establecido en los numerales antes apuntados.

El legislador define la asociación o cuentas en participación como un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida. Existe en este tipo de contratos dos clases de socios, por una parte el socio gestor que lleva a cabo el negocio y contrata con terceros, y por otra el socio partícipe, quien toma interés en el negocio pero se mantiene oculto.

Dentro de las características de este contrato destaca su calidad de contrato consensual y donde prima fuertemente la autonomía de la voluntad. En efecto, la ley establece que la formación de un contrato de asociación o cuentas en participación no se encuentra sometida a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades. Además señala que los asociados son libres de determinar el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación. En este mismo sentido, y como corolario de lo expresado en este párrafo, el legislador declara que la cuenta en participación es un contrato esencialmente privado.

Pero tal vez una de las normas más relevantes, es lo que dice en relación con la caracterización del contrato de participación y es que señala que este carece de personalidad jurídica, razón social, patrimonio propio y domicilio.

En cuanto a su constitución observamos que es absolutamente desformalizada y como se señaló, la asociación o cuentas en participación es un contrato consensual por lo que en términos estrictos se perfecciona por el acuerdo entre las partes sin ninguna formalidad. Obviamente para resguardar los intereses de las partes y por un tema probatorio es recomendable escriturarlo, sin embargo, para esto bastaría un documento privado.

Respecto a su operación, el legislador establece que el gestor se reputa como único dueño del negocio en las relaciones externas, consecuencia de lo cual los terceros sólo tienen acción contra él. Por lo tanto, es el socio gestor quien

llevará a cabo el negocio y será la cara visible del contrato ante terceros, respetando los términos del contrato suscrito entre las partes.

Sobre las relaciones internas, si bien prima la autonomía de la voluntad, el legislador hace aplicable a la asociación o cuentas en participación en lo que no se oponga a su naturaleza las normas de las demás sociedades mercantiles, poniendo especial énfasis en las sociedades en comandita.

Otro punto a tener en consideración, derivado directamente de la normativa legal, es el hecho que la participación es un contrato que debe celebrarse entre quienes tienen el carácter de comerciantes.

3.9 ARGENTINA

Y de la legislación argentina, podemos expresar lo siguiente:

Concepto Legal. El contrato de asociación accidental o de cuentas en participación, dos o más personas toman interés en una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes, llevándose a cabo las operaciones por uno o más o todos los asociados, según se convenga en el contrato.

Este tipo de asociación no tiene personalidad jurídica propia y carece de denominación social. (Art. 365)

Forma. La asociación accidental o de cuentas en participación no está sometida a los requisitos que regulan la constitución de las sociedades comerciales ni requiere de inscripción en el Registro de Comercio; por tanto su existencia se puede acreditar por todos los medios de prueba (art. 366)

Relaciones con terceros, de acuerdo con el artículo 367, el o los asociados, encargados de las operaciones, actuarán en su propio nombre. Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones solamente con respecto de dichos asociados, cuya responsabilidad es solidaria e ilimitada.

Los asociados no encargados de las operaciones carecen de acción directa contra terceros.

También existe el carácter oculto del contrato pues se normaliza que cuando, contando con el consentimiento de los demás asociados, el o los encargados de las operaciones hacen conocer los nombres de éstos, todos los asociados quedan obligados, ilimitada y solidariamente, frente a terceros (art. 368).

Sobre los derechos y obligaciones de las partes, se insta que todo asociado no encargado de las operaciones tiene derecho a pedir la rendición de cuentas de las mismas. Al término de la asociación accidental o de cuentas en participación, el o los socios encargados de las operaciones serán liquidadores y rendirán cuentas a los demás asociados.

Sin perjuicio de que el contrato designe al o los asociados para que ejerzan el control de la gestión, todos los demás tendrán derecho a examinar, inspeccionar, verificar y vigilar las operaciones encomendadas al o los asociados encargados de la operación.

Podemos concluir que en Argentina el contrato se caracteriza como una sociedad cuyo objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, y que opera mediante aportaciones comunes y en nombre personal del socio gestor.

Esta asociación accidental, no es una persona jurídica, carece igualmente de denominación social, no necesita alguna forma ni de registro, se considera una sociedad oculta y sobretodo transitoria.

De lo expuesto, podemos concluir que aunque es diversa la terminología que se utiliza para nombrar a la Asociación en Participación, diversos elementos guardan similitud con nuestro derecho positivo.

Esto es, que aunque se regule dentro del capítulo de Sociedades Comerciales en nuestro caso Mercantiles, la mayoría coincide en que no se forma una persona moral o colectiva y por tanto carece de personalidad jurídica conllevando así a las características que se analizaron, es decir, no existe un patrimonio social, no pueden adoptar una denominación o razón social, un domicilio, etc.

Asimismo, encontramos que los derechos y obligaciones surgen de forma interna para las partes, siendo que el único que va tener responsabilidad frente a terceros es el asociante o gestor; quien siempre actúa por nombre propio y con su patrimonio.

Otro factor que es similar, es el carácter oculto con el que debe desarrollarse el contrato; siendo que hasta de ser descubierta se incurre en responsabilidad ilimitada, así como la falta de forma y de inscripción en algún registro.

Igualmente, se puede percibir que, por la escasa regulación en los distintos ordenamientos que se analizaron, se adolecen de las mismas lagunas que nuestro derecho positivo y la constante es el problema de determinar la naturaleza jurídica de la figura; y no tanto la naturaleza jurídica, pues es claro que es un contrato. Sin embargo, esta regulado dentro del capítulo de sociedades comerciales o de hecho, consiguiendo así una confusión e incertidumbre para los contratantes.

Por último, para terminar el contrato y regular lo que no esta expresamente normado en el capítulo que le corresponda del Código de Comercio; se hace una remisión a las disposiciones de las sociedades mercantiles o comerciales, coincidiendo una vez más con nuestro sistema normativo.

CAPÍTULO CUARTO
PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN PARA SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Como resultado de lo postulado en los tres capítulos anteriores, a continuación se proporciona un modelo de regulación respecto del contrato objeto de investigación, para que sea incluido en el Título Sexto del Código de Comercio agregando el Capítulo V que se denominaría “De la Asociación en Participación” y se derogue el Capítulo XIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

TITULO SEXTO

De la Compraventa y Permuta Mercantiles, de la Cesión de Créditos Comerciales, de la Consignación Mercantil y de la Asociación en Participación

CAPÍTULO V

De la Asociación en Participación

Artículo. La asociación en participación es el contrato bilateral y de colaboración; en virtud del cual una persona llamada asociado le aporta bienes a otra denominada asociante, para que realice una negociación mercantil o una o varias operaciones de comercio y le participe de las utilidades o pérdidas que surjan.

Artículo. La asociación en participación no constituirá, en ningún momento, una persona jurídica; por tanto no se le concede personalidad jurídica propia.

Artículo. La asociación en participación no posee domicilio social, nombre propio ni patrimonio en común entre asociante y asociado.

Artículo. Para que el contrato surta los efectos plasmados en el mismo, debe constar por escrito e inscribirse en el Registro Público del Comercio.

Artículo. En los contratos de asociación en participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.

De los Derechos y Obligaciones del Asociado

Artículo. El asociado es la persona física o moral que aporta bienes para la realización de la negociación mercantil o de las operaciones mercantiles que se hayan pactado.

En el caso del asociado será aplicable aún cuando no sea comerciante lo estipulado en el artículo 12 del Código de Comercio.

Artículo. El asociado puede aportar toda clase de bienes al asociante, los cuales deberán ser transmitidos en propiedad. Sin embargo, y siempre que se establezca en el contrato se puede transmitir el uso o disfrute de los mismos.

Artículo. La entrega de los bienes se hará real, jurídica o virtual. Y en el momento que se tengan por entregados, el asociante responderá de los menoscabos o pérdidas que sufran.

Artículo. Para el caso de que el asociado haya aportado únicamente el uso o goce de un bien y no transmitió la propiedad, tiene derecho a que tal bien se le restituya o, en su defecto, tiene derecho al resarcimiento de daños.

Artículo. Tal restitución debe realizarse a más tardar tres días después de que haya concluido la negociación mercantil o las operaciones objeto del contrato, siempre que no hayan sido absorbidos por las pérdidas.

Artículo. En el caso de que se aporten bienes inmuebles, se deben cumplir con las formalidades prescritas en la ley común para la transmisión del mismo, escritura que se deberá anexar al contrato.

Artículo. El asociado tiene el derecho a exigir al asociante la realización de las operaciones pactadas y en caso de que no las realice, tiene derecho a pedir la rescisión del contrato o el cumplimiento forzoso, además del pago de daños y perjuicios

Artículo. El asociado tiene derecho, al finalizar la negociación mercantil objeto del contrato, a la parte proporcional convenida de las utilidades y a participar de las pérdidas que resulten.

En caso de no existir disposición alguna en el contrato, las utilidades y pérdidas se distribuirán de forma supletoria a lo estipulado en el artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Artículo. El asociado no puede en ningún momento o motivo, interferir en la dirección del negocio o de las operaciones que tenga que realizar el asociante, en caso contrario, éste tendrá derecho de exigir la rescisión del contrato además del pago de daños y perjuicios.

Artículo. La responsabilidad del asociado se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, aquellos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de asociado, responderán ante terceros en forma solidaria con el asociante.

Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del asociado.

De los Derechos y Obligaciones del Asociante

Artículo. El asociante es el comerciante persona física o moral que colabora dirigiendo las operaciones objeto del contrato.

Artículo. El asociante tiene derecho a recibir en tiempo la aportación comprometida por el asociado y en caso de que no la reciba a más tardar a los

cinco días de celebrado el contrato, podrá exigir el cumplimiento forzoso o su rescisión además del pago de daños y perjuicios.

Artículo. El asociante será reputado único dueño del negocio o de las operaciones que tenga que realizar, pudiendo actuar directamente o por medio de mandatario, agente o comisionista.

Artículo. El asociante es el único que se obliga con terceros, en nombre propio y no de otra persona.

Artículo. La responsabilidad frente a terceros es carga exclusiva del asociante, respondiendo de las deudas y de todas las obligaciones contraídas hasta con su patrimonio.

Artículo. El asociante debe realizar las actividades convenidas en el contrato y está obligado a hacer todo lo posible para dar impulso a las operaciones de cuyos resultados participa el asociado, respetando siempre los límites contenidos en el contrato.

Artículo. El asociante es el exclusivo administrador del funcionamiento del contrato.

Artículo. El asociante debe rendir un informe al asociado de las operaciones pactadas, el cual debe prestar semestralmente y por escrito.

De la terminación del contrato

Artículo. El contrato de A. en P. se termina por:

I. El vencimiento del término establecido en el contrato, siempre que no hubiere acuerdo de prórroga.

II. Por mutuo acuerdo de las partes para extinguir el contrato de manera anticipada, siempre que se haya pactado en el contrato

III. Si se reúne en una sola persona la calidad de asociante y asociado

IV. Por muerte del asociante; salvo que se pacte la continuación del contrato con sus herederos

V. Porque el asociante pierda la calidad de comerciante

VI. Por imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato

VII. Por cumplir el objeto del contrato

Como se observa, la regulación propuesta esta diseñada para atender verdaderamente a la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación así como a los principios y reglas de nuestra materia comercial, conllevando de esta forma a cumplir con la finalidad de dar certeza jurídica a quien celebre este tipo de negociaciones.

Entonces, de lo plasmado se desprenden los siguientes elementos que hacen de esta figura, un contrato puramente mercantil con lineamientos y características propias, atendiendo a:

a) Que es un contrato bilateral, de colaboración y formal

b) Que no se crea en ningún momento una persona moral comerciante

c) Que por su naturaleza contractual, la A. en P. no tiene personalidad jurídica propia

d) Que existen dos elementos personales: asociado y asociante

e) Se exige que el asociante sea comerciante por la naturaleza de las operaciones que va a realizar

f) Que el asociado solo puede aportar bienes, porque de aportar algún tipo de servicio, entonces se tendría que regular tal situación como si fuera un socio industrial y no es un contrato asociativo

g) Que se respete la identidad oculta del asociado, pues en caso contrario se atentaría una vez más con la naturaleza de la A. en P.

h) Se exige que el contrato conste por escrito y se inscriba en el Registro Público del Comercio para cubrir las siguientes situaciones:

Primero: Aun cuando el Código de Comercio expresamente señala que por regla general los contratos mercantiles son consensuales y solo se exige la forma como medio probatorio, es el caso que por el estado de derecho que nos rige, todo se debe probar –aún la costumbre- así que en el supuesto de que la obligación no se plasme en un instrumento ¿cómo prueban las partes su dicho?, por ello, es que se propone que se celebre por escrito.

Segundo: Que con la publicidad del contrato, se le dé certeza al asociante de que los bienes que esta recibiendo no sean de procedencia ilícita y por parte del asociado la seguridad de saber que su aportación si bien puede reportar pérdidas, al menos sabe en que se invirtió. Con lo anterior se pretende combatir el lavado de dinero, la evasión fiscal y sobre todo permitirle al asociante de alguna manera probar la buena fe con la que recibe los bienes objeto de la aportación.

i) Que el contrato se termine por las cuestiones naturales con las que se extingue cualquier otro, pues es incompatible de que se termine como una sociedad mercantil por los todos motivos expuestos.

Concluyendo, la investigación ha contestado a la interrogante planteada en el inicio de la misma, pudiendo entonces afirmar que la Asociación en Participación no puede ni debe seguir siendo considerada y regulada como una clase de sociedad o que se le dote de personalidad jurídica –ni para efectos fiscales- pues sostenemos que es un negocio jurídico diverso al de sociedad, por tanto, hasta el nombre entraría en debate.

En relación al punto anterior la investigación también ha arrojado, que el nombre idóneo para nuestro contrato sería Cuentas de Participación o solamente Contrato de Participación, pues ese es el objeto que se regula, no la asociación en sí, esto es, que es un contrato de colaboración y no asociativo.

Además hemos percibido que la materia comercial en nuestro sistema de derecho esta sumergida en una regulación que atiende solo a cuestiones históricas, siendo superada por lo que pasa en realidad; pues encontramos una serie de lagunas, figuras y contratos faltos de una verdadera regulación, como son la agencia, la distribución, la suscripción, la edición, entre otros contratos que se

celebran en el mundo comercial pero que en nuestro país no son tipificados en nuestro Código de Comercio; tal y como el que fue nuestro objeto de estudio.

Lo anterior conlleva a que no tenemos tribunales especializados en nuestra materia, pues se le sigue relacionando con la materia civil; tan es así que las controversias en materia mercantil las tiene que conocer y resolver un juzgado en materia civil; desatendiendo así a que la materia Mercantil es completamente autónoma y con principios propios y diferentes de la materia civil.

Por ello es que pugnamos por una reforma integral a nuestra materia comercial que atienda a la naturaleza jurídica de cada figura por reglamentar, para que no siga en un rezago de regulación, atendiendo así a las nuevas formas de contratación y a la tan preciada libertad contractual que en nuestro derecho positivo es difícil de apreciar. No importando solamente figuras que son incompatibles a nuestro sistema de derecho y por tanto se generen más problemas, de los que se intentan resolver.

Reformas que vemos que poco a poco se han ido gestando, tal y como lo señalamos a lo largo de este trabajo, pues con los programas impulsados por el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Economía ha tratado de trabajar de forma coordinada con otras dependencias que están encargadas de regular el derecho económico y comercial de este país, buscando de esta forma que los empresarios y comerciantes cuenten con herramientas idóneas para desempeñar su actuar; sin embargo, todavía muestran un atraso nuestras leyes mercantiles.

Es por ello, que contribuyendo un poco para que exista ese cambio, es que se ha producido esta investigación, para que se fomente entre los estudiosos del derecho esta iniciativa, pues si bien es cierto que existen graves problemas por resolver, hay que voltear los ojos a otras ramas del derecho que han sido olvidadas por esos graves problemas.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Un acto de comercio deviene de la teoría del acto jurídico y para poder reconocerlo como de comercio, además de apoyarnos en lo establecido expresamente por el artículo 75 del Código de Comercio, que describe que actos se reputan de comercio debemos auxiliarnos de los criterios objetivo y subjetivo, entendiendo que al primero lo que le interesa es el objeto en si del acto, es decir que sea de naturaleza mercantil, (como son los contratos mercantiles) ya que no importa la calidad de los sujetos que intervengan y en el segundo si importa la calidad que tenga la persona que realiza el acto, pues si es comerciante entonces sus actos serán de comercio

SEGUNDA. Que son sujetos del derecho mercantil; los comerciantes, los comerciantes anómalos o accidentales y los auxiliares del comercio o del comerciante.

TERCERA. Que comerciante; es toda persona física o moral que hace del comercio su ocupación ordinaria y tienen capacidad legal para hacerlo.

Se entiende que hace del comercio su ocupación ordinaria cuando se realiza de forma continuada, profesional y sistemática.

CUARTA. Que sociedad mercantil, es la persona moral comerciante que adopta para su constitución alguno de los tipos sociales previsto en la Ley General de Sociedades Mercantiles y que tienen personalidad jurídica propia diferente a la de los socios que la integran. Por ello cuentan con un nombre social, domicilio y patrimonio social.

QUINTA. Que el contrato mercantil es un acto de comercio de acuerdo al criterio objetivo y aunque no es posible definirlo se retoma el concepto establecido en el numeral 1793 del CCF vigente y solo se puede afirmar que el contrato será mercantil si su naturaleza así lo determina, es decir, que el objeto del contrato

recaiga sobre cosas mercantiles y también lo será si uno de los contratantes es sujeto del derecho mercantil.

SEXTA. Que los contratos mercantiles tienen normas propias para la formación, desarrollo y terminación del mismo; aunque se aplique de forma supletoria el derecho común.

SÉPTIMA. Que la naturaleza de un contrato, radica en el conjunto de elementos que lo integran y de sus peculiaridades más destacadas, tales como los sujetos, el objeto, la causa y los fines perseguidos por los contratantes, pues este conjunto caracteriza al acto jurídico y lo distingue de los demás de su especie, además de revelar los mecanismos de su funcionamiento en la realidad a la que están destinados.

OCTAVA. Que la definición actual de la asociación en participación, describe que 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

NOVENA. En relación con la conclusión séptima postulamos que la asociación en participación no es una sociedad mercantil, sino un contrato; porque precisamente no esta investida de personalidad jurídica, esto es, que al no crear un ente jurídico con una personalidad diferente a la de las personas que la integran no es posible que se le apliquen disposiciones que rigen el comportamiento de una persona moral comerciante pues contradice la naturaleza jurídica no solo de las sociedades mercantiles sino de la propia Asociación en Participación.

DÉCIMA. Que en relación con la conclusión séptima, afirmamos que la A. en P. tiene un carácter contractual pero no asociativo sino colaborativo pues existe un fin común entre las partes –diverso a la sociedad- y para llevarlo a cabo el

asociado transmite bienes o servicios al asociante; el cual al hacerlo suyos es el que responderá de las obligaciones contraídas, así, ambos adquieren derechos y obligaciones por cumplir, es decir, existe una colaboración económica para desarrollar el fin común

DÉCIMA PRIMERA. En relación a la conclusión anterior, la investigación confirmó las hipótesis formuladas en un inicio, pero también arrojo que al entender ahora que es un contrato colaborativo y no asociativo, el nombre del mismo es incorrecto, no acorde a su naturaleza jurídica por tal también sería necesario nominarlo de forma correcta y con mayor razón, ubicarlo en el Código de Comercio como contrato y no seguirlo contemplando en la LGSM por la errónea concepción de que es una clase de contrato asociativo.

DÉCIMA SEGUNDA. Por lo anterior, hemos percibido que al no existir una correcta regulación sobre la A. en P. provoca una incertidumbre jurídica para quienes la celebran; vulnerando de esta manera su derecho humano de la seguridad jurídica, además del de libertad contractual, pues las nuevas formas de contratación no encuentran cabida en nuestro derecho positivo mexicano.

Por tal, es que en la *praxis* utilizan este contrato de forma ventajosa obteniendo solo los beneficios que les pueda producir, o bien, lo confunden con una sociedad oculta o irregular.

DÉCIMA TERCERA. Que en lo que respecta al análisis del derecho comparado de la A. en P. encontramos que aunque es diversa la terminología que se utiliza para nombrar a la Asociación en Participación, diversos elementos guardan similitud con nuestro derecho positivo, pues la mayoría de los ordenamientos revisados coinciden en: que no se forma una persona moral o colectiva y por tanto carece de personalidad jurídica, que los derechos y obligaciones surgen de forma interna para las partes, siendo que el único que va tener responsabilidad frente a terceros es el asociante o gestor; quien siempre actúa por nombre propio y con su patrimonio; pero que también adolecen en

algunos países de la incorrecta concepción sobre su naturaleza jurídica, tal y como en nuestro derecho positivo.

DÉCIMA CUARTA. Que la regulación propuesta en nuestro último capítulo esta diseñada para atender verdaderamente a la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación así como a los principios y reglas de nuestra materia comercial, conllevando de esta forma a cumplir con la finalidad de dar certeza jurídica a quien celebre este tipo de negociaciones y de esta forma contribuir para que el derecho mercantil mexicano salga del rezago en el que se encuentra, en lo que respecta a la falta de regulación de diversos contratos entre ellos nuestro objeto de estudio, pues nos allegamos no solo de la opinión de los juristas que expusimos, sino también de la legislación, de las tesis jurisprudenciales y de la práctica comercial; integrando en esta propuesta todos esos elementos, para obedecer así nuestro eje epistemológico que se menciona en un inicio.

DÉCIMA QUINTA. Que proponemos una serie de aspectos que difieren a lo postulado en la doctrina que analizamos y con el derecho positivo; en síntesis concluimos:

- a) Que la A. en P. es un contrato bilateral, de colaboración y formal;
- b) que no se crea en ningún momento una persona moral comerciante;
- c) que por su naturaleza contractual, la A. en P. no tiene personalidad jurídica propia;
- d) que existen dos elementos personales: asociado y asociante;
- e) se exige que el asociante sea comerciante por la naturaleza de las operaciones que va a realizar;
- f) que el asociado solo puede aportar bienes, porque de aportar algún tipo de servicio, entonces se tendría que regular tal situación como si fuera un socio industrial y no es un contrato asociativo;
- g) que se respete la identidad oculta del asociado, pues en caso contrario se atentaría una vez más con la naturaleza de la A. en P.;

h) se exige que el contrato conste por escrito y se inscriba en el Registro Público del Comercio y

i) que se termine por las causas generales por las que se termina cualquier contrato.

DÉCIMA SÉXTA. Por tanto, es que estamos convencidos que mientras la regulación en materia mercantil no sea acorde a la realidad comercial en la que vivimos persistirán las practicas irregulares por parte de algunos comerciantes, pues la norma actual no brinda seguridad jurídica, ni atiende a las nuevas formas en la que se lleva a cabo el comercio, provocando con ello un rezago en materia comercial, pero sobre todo incertidumbre a la hora de ejercer el comercio, por eso es que pugnamos porque esta materia se adecue a las nuevas necesidades comerciales.

Ya que como vimos, primero se necesita hacer todo un análisis sobre la naturaleza jurídica de las figuras e instituciones que se traten, para que el resultado de la regulación sea congruente con ello; por tal, es que creemos que esta propuesta cumple con ese fin, pues tratamos de integrar el derecho natural, el derecho positivo y el realismo social; dando como resultado una propuesta integral que atiende y resuelve el problema desde la raíz.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta Romero, Miguel, *Nuevo derecho bancario*, México, Porrúa, 2003.
2. Athié Gutiérrez, Amado, *Derecho Mercantil*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 1997.
3. Barrera Graf, Jorge, *Derecho Mercantil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
4. Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la empresa. Sociedades*, 4ª reimpresión, México, Porrúa, 2000.
5. Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*. 5ª ed., México, Oxford, 1999
6. Castrillón y Luna, Víctor M., *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 2002
7. Cervantes Ahumada, Raúl, *Derecho Mercantil. Primer curso.*, 4ª ed., México, Editorial Herrero, 1982
8. De Pina Vara, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, 28 ed., México, Porrúa, 2002.
9. García Rendón, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., México, Oxford, 1999.
10. Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 9ª ed., México, Porrúa, 1998.
11. León Tovar, Soyla H., *Contratos Mercantiles*, México, Oxford University Press, 2004.
12. Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos Fundamentales Sociedades*, 26 ed., México, Porrúa, 1989.
13. Ripert, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, trad. Felipe de Solá Cañizares, tomo II Sociedades, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 2ª ed., 1954, p. 99.
14. Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1931.
15. Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, 16 ed., México, Porrúa, 1982.

16. Tapia Ramírez, Javier, *Introducción al Derecho Civil*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 2002.

17. Tena, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano*, 9ª ed., México, Porrúa, 1978.

18. Vásquez del Mercado, Óscar, *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 2006.

19. Vivante, César, *Derecho Mercantil*, traductor Francisco Blanco Constans, Argentina, Valleta Ediciones S.R.L., 2005.

20. Vivante, César, *Tratado de Derecho Mercantil*, traductor Ricardo Espejo de Hinojoza, Madrid, Reus, volumen II, 1932.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Código de Comercio

Ley General de Sociedades Mercantiles

Código Civil Federal

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Código de Comercio Español

Código Civil Italiano

Código de Comercio Colombiano

INTERNET

Gobierno Federal, “Glosario del portal tuempresa.gob”, en línea, México, 2012, 05 de septiembre del 2012. Disponible en la web <http://www.tuempresa.gob.mx/portal/comun/publico/file.do?llave=glosario>

Gobierno Federal, “Guía del usuario: tuempresa.gob”, en línea, México, 2012, 05 de septiembre del 2012. Disponible en la web <http://www.tuempresa.gob.mx/portal/comun/publico/file.do?llave=guiaUsuario>