

REPOSITORIO ACADÉMICO DIGITAL INSTITUCIONAL

***Regulación indebida de las sociedades mercantiles y la
asociación en participación por la Ley General de
Sociedades Mercantiles***

Autor: Jonathan Herrera Alanís

**Tesis presentada para obtener el título de:
Lic. En Derecho**

**Nombre del asesor:
Clara Romero Jaime**

Este documento está disponible para su consulta en el Repositorio Académico Digital Institucional de la Universidad Vasco de Quiroga, cuyo objetivo es integrar, organizar, almacenar, preservar y difundir en formato digital la producción intelectual resultante de la actividad académica, científica e investigadora de los diferentes campus de la universidad, para beneficio de la comunidad universitaria.

Esta iniciativa está a cargo del Centro de Información y Documentación "Dr. Silvio Zavala" que lleva adelante las tareas de gestión y coordinación para la concreción de los objetivos planteados.

Esta Tesis se publica bajo licencia Creative Commons de tipo "Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada", se permite su consulta siempre y cuando se mantenga el reconocimiento de sus autores, no se haga uso comercial de las obras derivadas.





M.R.

UNIVERSIDAD VASCO DE QUIROGA

ESCUELA DE DERECHO

RVOE ACUERDO No. 9510001 CLAVE 16PSU00160
FECHA 8 DE NOVIEMBRE DE 1995

“REGULACIÓN INDEBIDA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN POR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES”

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JONATHAN HERRERA ALANÍS

DIRECTOR DE TESIS

LIC. CLARA ROMERO JAIME

MORELIA, MICH., MÉXICO, NOVIEMBRE DEL 2004

A MI PADRE:

A él, que me dio las armas para ser un hombre honesto y de provecho, que me hizo crecer, y que estuvo siempre junto a mi, dándome sus consejos y su apoyo.

A él que a base de sacrificios, me dio una educación y, a su vez, la fuerza para seguir adelante y levantarme después de caer.

A él que siempre me inculco el seguir adelante y que nunca debo de decir "no puedo".

Gracias papá por todo lo que me has dado y Gracias a Dios por darme un padre como tu, que quiero y admiro.

A MI MADRE:

A ella que me dio la vida y que sembró en mi un destino, la que siempre tuvo tiempo para escucharme y brindarme el mejor de sus consejos.

A ella que nunca perdió las esperanzas en mí y que siempre me brindo su apoyo y cariño.

Gracias por que de ti aprendí a ser más fuerte y ha aprovechar el tiempo, y agradecer a Dios por tenerte como mi madre, y por la familia que somos los cuatro. Gracias!!!!!!!

Te quiero mucho mama!

DEDICATORIAS

**A mis Padres de quienes he recibido
Amor, cariño, y comprensión.**

**A mi Hermana: como fuente de
Estimulación.**

**A mis Abuelos y Tíos: por su sabiduría y por todo el
Cariño que me brindaron.**

INDICE

AGRADECIMIENTOS

A Todos aquellos que formaron parte importante

En mi vida, y en mi desarrollo como persona.

Y a todos aquellos que ayudaron en la

Realización de este trabajo de tesis.

A mis amigos gracias!!!!!!!!!!!!!!

INDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS SOCIEDADES

MERCANTILES.

1.-*Concepto de Sociedad Mercantil.*

1.1.-Definición de Sociedad Según la Ley General De Sociedades

Mercantiles.

1.2.-Definición de Sociedad Mercantiles

Según la Doctrina.

2.-*Antecedentes de las Sociedades Mercantiles en el desarrollo de la Humanidad.*

3.-*Concepto de Asociación en Participación.*

3.1.-Definición de Asociación en Participación Según la Ley General De Sociedades Mercantiles.

3.2.-Definición de Asociación en Participación

Según la Doctrina.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES SOBRE SOCIEDADES MERCANTILES.

- 1.-Constitución y Funcionamiento De las Sociedades en General.
- 2.-Definición Conceptual de la Asociación en Participación.
- 3.-Elementos Constitutivos de la Asociación en Participación.
- 4.-Elementos que Deberán de Ser Tomados en Cuenta Para su Constitución.

CAPITULO III

CARACTERISTICAS ESPECIALES DE LA ASOCIACIÓN EN

PARTICIPACIÓN

- 1.-Concepto de Contrato como Acto Jurídico fuente de Obligaciones.
- 2.-Naturaleza del Contrato.
- 3.-Formación de la Asociación en Participación como supuesto de obligaciones Derivadas de un Contrato Civil.

CAPITULO IV

- 1.-Propuesta de ley.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA..

INTRODUCCIÓN

A través de la historia hemos podido constatar la presencia de la creación de un sistema jurídico y a su vez de justicia con el propósito de lograr el bienestar común dentro de una sociedad que entre mas evoluciona va perdiendo la esencia de valores, para lo cual, hasta nuestros días, se ha venido creando una nueva forma de solución y aplicación de nuestro derecho, con el de lograr la mejor construcción y mejoramiento de un sistema normativo como herramienta de orden común y bienestar social.

Es indudable que desde los tiempos más remotos existió un sentimiento de solidaridad y ayuda, ya que el hombre es un ser sociable por naturaleza, se creó un derecho para regular esas posibles asociaciones personales con fines comunes consideradas así; esas asociaciones que evolucionan hasta crear sociedades civiles para luego especializarse en mercantiles e incluso en asociaciones en participación, mismas que en actualidad se encuentran en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las agrupaciones comerciales surgen con fines de cooperación, aportando así capitales y esfuerzos para lograr un desarrollo en el campo del comercio nacional o internacional. Pero a lo largo del estudio y del aumento de la actividad de desarrollo del individuo en este ente colectivo, en estas sociedades o asociaciones mercantiles, podemos decir que el derecho que regular esta clase de actividad, se fue viciando por la terrible ignorancia del legislador, ya que en el se puede encontrar una serie de errores en lo que compete a la regulación de las sociedades mercantiles y principalmente el considerar a estas, y a la Asociación de Participación, como un contrato ya que la asociación en participación así como toda sociedad mercantil no es un contrato ya que un contrato es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que éste a su vez produce ciertas consecuencias jurídicas como la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En tanto que el contrato de sociedad no genera obligaciones entre los socios y si con la sociedad ya que esta que cumple su función como simple persona moral.

Con esto nuestra legislación se muestra con poco carácter de aplicabilidad en lo que a sociedades mercantiles se refiere, por lo

mismo el problema que se nos plantea en el ámbito del Derecho Mercantil, deberá de ajustarse a las diversas necesidades sociales de las cuales requieren un adecuado orden normativo. Por lo mismo lo que trato en este trabajo de tesis es dar una propuesta de solución al problema planteado para lograr una mejor aplicación de la ley así como determinar su verdadera naturaleza jurídica tanto como de las sociedades mercantiles como de la asociación en participación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS SOCIEDADES

MERCANTILES.

1.-Concepto de Sociedad Mercantil.

1.1.-Definición de Sociedad Según la Ley General De Sociedades Mercantiles.

En la economía cada vez es mas importante, el papel que a desempeñado las sociedades mercantiles en el campo del comercio, actuando como sustituto del empresario individual por las de un empresario colectivo, esto surge como una necesidad progresiva de nuestra época, ya que cada vez es mas común que el comerciante individual se ve en la necesidad de ampliar su campo de comercialización ya que este no puede competir con las grandes empresas sociales.

En cambio, las formas colectivas, especialmente las modernas se están organizando bajo el nombre de sociedades mercantiles, para así lograr propósitos que beneficien mas a los socios que la integran.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su contenido no señala una forma específica para definir lo que es una sociedad mercantil, ya que sólo nos habla de la forma que pueden adoptar tomando en cuenta los elementos que la ley propone, sin embargo podemos decir que una sociedad mercantil es considerada 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 predominantemente económico".

La diferencia entre las sociedades mercantiles con las civiles es el carácter exclusivamente formal. Esto quiere decir que todas aquellas sociedades constituidas con arreglo a su actividad comercial, son mercantiles, pero no precisamente para constituirse en forma mercantil, señala que éstas deberán de dedicarse a una actividad meramente comercial. Estas formas de sociedad mercantil son aquellas que en su artículo primero la Ley General de Sociedades Mercantiles reconoce como las diferentes especies de las cuales puede constituirse como una sociedad mercantil y las que no adopten ninguna de ellas serán civiles.

1.2.-Definición de Sociedad Según la Doctrina.

A lo largo de la historia varios autores y doctrinarios del derecho han definido lo que es una sociedad mercantil, dejando así claro sus elementos, como su función.

“Sociedad proviene de la palabra latina societas (de secius) que significa reunión, comunidad, compañía.) La sociedad puede definirse metafísicamente como "la unión moral de seres inteligentes de acuerdo estable y eficaz para conseguir un fin conocido y querido por todos"¹.

“Sociedad, en sentido técnico jurídico, es un ente creado por un acto voluntario colectivo de los interesados, en aras de un interés común y con el propósito de obtener ganancias o un fin lucrativo. Los socios se comprometen a poner un patrimonio en común integrado por dinero, bienes o industria, con la intención de participar en las ganancias”.²

¹ Castelain, citado por Guzmán Valdivia

² Encarta 2000, Microsoft

"Sociedad, Proviene del latín (*societas*) y se define como un conjunto organizado de personas, familias, pueblos o naciones."³

Sociedad, es un contrato por el cual los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter predominantemente económico.

"Sociedad es aquélla que se somete al ordenamiento mercantil, susceptible de considerarse "comerciante colectivo" o empresario social."⁴

"Sociedad, es la asociación de personas que juntan capitales y esfuerzos para dedicarse al comercio, la industria, servicios públicos, etc."⁵

³ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Selecciones del Reader's Digest 1986 Encarta 2000, Microsoft

⁵ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Selecciones del Reader's Digest 1986

Sociedad, es el contrato social dividido en acciones con objeto social, denominación, y razón social cuyo socios tienen la responsabilidad mediante el importe de sus aportaciones a la sociedad.

2.-Antecedentes de las Sociedades Mercantiles en desarrollo de la Humanidad.

La convivencia humana se va generando de acuerdo a la misma evolución histórica del hombre y ésta no sería posible si desde la primera vez en que se reunieron los primeros individuos no hubieran establecido normas que los rigieran.

La sociedad se va formando de manera natural en pequeños grupos y va creciendo hasta formar pueblos y naciones. Al paso del tiempo el hombre se integra en sociedades pactadas. La infinidad de relaciones que se dan en ella, obligan a orientarlas de tal manera que quienes intervienen se deben ajustar a determinados mandatos, que son los que condicionan el buen funcionamiento de la sociedad. Esos mandatos serán los reglamentos o leyes que bajo un régimen de

derecho constituye el ordenamiento jurídico de la sociedad.⁶

El derecho mercantil mexicano es un derecho de los actos de comercio de los que lo son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante.

En 1833 el derecho mercantil adquirió en México carácter federal, al ser reformada la fracción x, del artículo 72 de la Constitución Política de 1857, que otorgó al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia comercial. Con base en esta reforma constitucional se promulgó el Código de Comercio de 1884 aplicado en toda la República. Posteriormente se promulgó la Ley de Sociedades Anónimas de 1888 y el 1º de enero de 1890 entró en vigor el Código de Comercio del 15 de noviembre de 1889. Actualmente se han dado modificaciones en varios de sus artículos.

La sociedad es mercantil cuando esta constituida de acuerdo con la legislación mercantil utilizando alguno de los tipos reconocidos por ella, independientemente de que tenga o no una finalidad comercial. Actualmente las empresas más importantes se organizan bajo algunas forma de sociedad mercantil.⁷

⁶ Universidad Abierta, Espinoza López Jorge Luis

⁷ Universidad Abierta, Espinoza López Jorge Luis

Las exigencias de la economía contemporánea imponen la asociación (de capitales o de capital y trabajo), en empresas de tipo social, lo cual ha provocado que el empresario colectivo o social desplace en forma acentuada al empresario individual.

La sociedad mercantil nace o surge a la vida jurídica como consecuencia de un contrato, es decir, la sociedad mercantil es el resultado de una declaración de voluntad contractual. En efecto nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles hace referencia constante a los conceptos de contrato de sociedad y contrato social.⁸

Aunque es indudable que desde los tiempos mas remotos existió entre los hombres un sentimiento de ayuda y solidaridad, de lo cual encontramos los antecedentes mas cercanos de una sociedad mercantil. El primer pueblo en que aparece consignado con carácter de oficial es el hebreo. Desde miles de años antes de Cristo. Los judíos consideraban que la tierra la tenia en usufructo y no en propiedad como un préstamo de Dios y, por lo tanto, cada agricultor dejaba una parte de sus campos para que fuera cultivada y aprovechada por los pobres, y destinaba además, una porción de los productos que obtenía de las parcelas que por si mismo trabajaba,

⁸ Universidad Abierta, Espinoza López Jorge Luis

para los ancianos e inválidos, que no podían ganarse el sustento; cada tres días se repartía a los necesitados el 10% de todas las cosechas y cada siete (año sabático) se le dejaba trabajar todas las tierras en su beneficio.

En Atenas se estableció la asistencia a los mutilados de guerra a partir de la guerra de Peloponesio y se extendió más tarde a los inválidos de cualquier clase. Nacieron entonces las sociedades mutualistas para ayuda a sus miembros en caso de enfermedad, vejez o incapacidad. En Esparta se ayudaba económicamente a los huérfanos de guerra. En Roma se hacían repartos frecuentes de comestibles a los menesterosos y también de dinero, en casos especiales. Los niños pobres eran alimentados por cuenta del estado. Aparte los organismos oficiales, había diversas sociedades benéficas, que se sostenían de legados y donaciones, y cuyo fin era ayudar a los niños, a las viudas y a los inválidos.

En los primeros tiempos de la era actual entre los cristianos reina entre ellos verdadera fraternidad. Los fieles que disponían de recursos los pusieron a disposición de los sacerdotes para que los disfrutara toda la comunidad. "todo entre ellos era común, menos las mujeres", según dice Tertuliano. Para administrar los fondos de ayuda se

instituyó el diaconado, bajo la vigilancia de los obispos. También se crearon juntas de auxilio en cada parroquia, que formaron listas de personas que tenían derecho a ser socorridas. La ayuda consistía en dinero o en alimentos y ropa.

A partir de Constantino (siglo IV) adquirió la iglesia carácter oficial y pudo organizar sus servicios de asistencia en forma mas amplia, para disponer de mayores medios.⁹

El antiguo Derecho no conoció la institución de la sociedad mercantil con personalidad jurídica, la que es una creación del derecho moderno. En Egipto, Grecia, Babilonia y Roma fue conocido el contrato de asociación. En Roma existieron las *societatis publicanorum*, que tenían por objeto la explotación de arrendamientos de impuestos, el abastecimiento de víveres y ropa para el ejercito, la explotación de salinas, la ejecución de obras publicas importantes. Hubo también sociedades de *argentarii*, para el ejercito del comercio bancario. Evidentemente, la finalidad de tales sociedades era mercantil, y su organización era semejante a la de la sociedad en comandita, pero eran entidades conectadas directamente con el sector publico.¹⁰

⁹ Nueva Enciclopedia Temática, Edit. Cumbre S. A:

¹⁰ Diccionario Jurídico 2002

El riesgo del comercio marítimo creó la necesidad de limitar la responsabilidad de los armadores o de compartir dicho riesgo. Para satisfacer tal necesidad, los comerciantes marítimos inventaron dos instituciones: el préstamo a la gruesa y el Contrato de Comenda. Por ejemplo, el prestamista entregaba al naviero prestatario una cantidad de dinero o de mercancía, y el derecho de cobrar lo prestado se condicionaba a la feliz terminación del viaje. El prestamista cobraba un fuerte interés, que era compensatorio del riesgo corrido. La comenda nace en el siglo XII en las ciudades marítimas italianas, como *societas maris*.

El comendador entregaba al comendatario o *socius tractarus* dinero o mercancía para la aventura marítima y ambos socios compartían las ganancias. La comenda evoluciona hasta que, en el siglo XIII, se convierte en sociedad en comandita con nombre propio y con personalidad jurídica distinta de los socios. Nace así uno de los grandes inventos en la historia del hombre.

El invento de la personalidad jurídica de las sociedades tuvo tal relevancia, que según hemos indicado fue acogido en los tiempos de Inocencio IV por la iglesia católica, la que fue concebida entonces no

solo como un *habeas mysticus*, sino como una persona distinta de los fieles integrantes de la iglesia.

La sociedad por acciones es también de origen italiano. Las primeras sociedades de este tipo se formaron por acreedores del estado o de las comunas, cuyos créditos se documentaban en títulos que representaban porciones iguales del crédito.

Con los grandes descubrimientos geográficos de fines del siglo XV y principios del siglo XVI los estados colonizadores tuvieron que afrontar la gran tarea de la colonización de las nuevas tierras descubiertas, y para esa labor no estaban suficientemente preparados. Entonces, la sociedad anónima se convirtió en el gran auxiliar del estado colonizador, y vemos surgir entidades como la real compañía de las Indias Holandesas y diversas sociedades inglesas, portuguesas y españolas, que auxiliaron a los estados en la tarea de la colonización.

Conviene tener presente que históricamente la sociedad con personalidad jurídica nace como una creación del derecho para satisfacer la necesidad de los comerciantes de limitar su responsabilidad frente a los riesgos que suponía el ejercicio del comercio, que la sociedad por acciones se convierte en recolectora de

capitales, para organizar entidades de gran potencia financiera que intervinieran en la vida social y económica, como auxiliares de los Estados; que no existía en los primeros siglos del XIII al XVIII, una ley general que autorizara a los particulares a formar sociedades con personalidad jurídica y que, por tanto, la atribución de la personalidad derivaba en forma directa del poder público.

Los particulares que trataban de organizar una sociedad acudían al soberano en solicitud de la expedición de la cedula real, que autorizara la constitución de la sociedad, le atribuyera la personalidad jurídica y aprobara sus correspondientes estatutos orgánicos.

Con las acciones, atomizadoras del capital social, que se distribuía en muchas manos, surge la sociedad anónima en su moderna función de formadora de grandes capitales por medio de la recolección de pequeñas aportaciones múltiples. Adquieren las acciones calidad circulatoria. En una cedula española del siglo XVIII vemos que por primera vez se atribuye a las acciones la calidad de papeles comerciales.

Y la sociedad anónima se convierte en la columna central del sistema capitalista.

El germen de la asociación en participación se encuentra en el contrato medieval de *comenda*, de compleja y rica evolución. Hoy en día la asociación en participación se encuentra regulada por la Ley General de Sociedades mercantiles, y si bien perfilada de diversos modos, siempre conserva rasgos tales que permiten incluirla dentro del concepto genérico de sociedad, como su tipo mas sencillo y menos formalista.

La mayoría de los autores coincide en considerar a la comenda como el origen y antecedente de la Asociación en Participación. Sus primeras manifestaciones se encuentran en los pueblos primitivos de Tchuktchos del norte de Asia y los bereberes del África Septentrional; también en el Código de Hammurabi (Art. 101 a 107) se encuentran vestigios de ella, aunque en realidad su origen tal vez se remonte al periodo Helénico; en la Edad Media gozó de gran importancia tanto en las ciudades italianas como en la península ibérica. Mediante la *commenda* una persona (*commendatore*) aportaba capital, generalmente pieles, y la otra (*tractator*) su trabajo que consistía en el viaje y trueque de los bienes, ambos participaban de las utilidades y pérdidas.

En el México independiente, el Código de Comercio de 1854, regula por primera vez a la Asociación en Participación como 'sociedad accidental o cuentas en participación' (artículo 265). En el Código de Comercio». de 1884, en cambio, la acoge con el nombre actual de asociación en participación, aun que también como sociedad. Por su parte el Código de Comercio actual regulaba a las 'asociaciones momentáneas y en participación' (Art. 269 y 270); con la Ley General de Sociedades Mercantiles (Art. 252) se derogan las disposiciones del Código de Comercio en materia de sociedades y asociaciones y se reúnen en un solo tipo las dos asociaciones adoptadas por éste, a partir de entonces la asociaciones en participación. comprende tanto una o varias operaciones de comercio, como la explotación de una negociación mercantil.¹¹

3.-Concepto de Asociación en Participación.

3.1.-Definición de Asociación en Participación Según la Ley General De Sociedades Mercantiles.

Tanto en el mundo, como en México, cada vez es mas común

¹¹ Diccionario Jurídico 2002

encontrar esta figura de organización; la asociación en participación podría decirse que es un conjunto de personas denominadas asociados con un representante llamado asociante sin personalidad jurídica.

Para efecto de esta figura jurídica, el carácter esencial de la sociedad como de la asociación es que ambas nacen con un fin común, ya que esta consiste principalmente en la realización de un negocio o negocios para cual se constituye.

Por lo cual las asociaciones en participación se encuentran reguladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 252 capítulo XIII el cual nos define como asociaciones en participación:

“Es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.”

Este contrato no está dotado de personalidad jurídica propia ni de denominación, por lo tanto, el asociante actúa en nombre propio no existiendo relación jurídica entre los asociados y los terceros.

Este tipo de organización mercantil se encontraba anteriormente regulada por el código de comercio de 1889 ya que esta tendencia se encontraba regulada bajo el nombre de asociación comercial.

El artículo 123 constitucional en su fracción XVI permite la creación de las llamadas asociaciones profesionales como una forma de coalición para la defensa de los intereses de tipo laboral de los asociados.

En la doctrina se discuten dos posiciones frente a este tipo de asociaciones. La primera que las inserta en las demás asociaciones, y la segunda que les da categoría propia.¹² "hablando de la asociación sindical, dentro de la que se comprende a los sindicatos y asociaciones profesionales, explica que es un derecho distinto al general de asociación, porque es producto de circunstancias históricas y de finalidades distintas, pero ambos están fundamentados en la naturaleza social del hombre".

En el derecho civil tanto la asociación como la sociedad civil es una persona jurídica con nombre, patrimonio y órganos propios originada en un contrato plurilateral en el que las partes se obligan a la realización de un fin determinado de carácter no preponderantemente

¹² Mario de la Cueva, El Nuevo Derecho Mexicano, Edt. Porrúa, 1984

económico, o bien económico, pero sin llegar a un fin de lucro. El acto constitutivo deberá de ser inscrito en el registro publico para que este surta efectos contra terceros, por lo mismo este deberá de constar por escrito.

3.2.-Definición de Asociación en Participación

Según la Doctrina.



La asociación mercantil es una especie del género asociación. En sentido *lato sensu* hay asociación siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común, dentro de este concepto quedan comprendidas las uniones de personas con fines de beneficencia, culturales, ideales, políticos, religiosos, deportivos, económicos, mercantiles o lucrativos: es decir, son asociaciones los sindicatos, partidos políticos, mutualistas, sociedades civiles o mercantiles y las asociaciones en sentido estricto, ya que constituyen uniones de personas para un fin común, y en la medida en que surge la regulación y características propias de cada una de ellas, unas y

otras se diferencian del grado de presentarse como entes independientes.¹³

En otras palabras, la institución 'asociación' (lato sensu) se divide en clases que son las sociedades y asociaciones, las cuales son de dos categorías: civiles o mercantiles; a su vez esas sociedades y asociaciones civiles o mercantiles presentan diversos tipos (González). En cuanto a las civiles, no existe una clasificación en el derecho mexicano de asociaciones o sociedades, por lo que toca a las mercantiles, la Ley General de Sociedades Mercantiles establece seis tipos legales, y en cuanto a las asociaciones mercantiles la misma reconoce uno solo, la asociación en participación.

Adviértase que la asociación, concebida como el fenómeno por el cual dos o más personas se encuentran jurídicamente vinculadas por la persecución de un fin común, es diferente de la comunidad incidental, en ésta falta el fin común, el cual para que exista requiere no sólo que varias personas persigan el mismo objeto, sino que ese fin único sea el resultado de una determinación consciente, concluida mediante acto voluntario de todos los copartícipes.

¹³ Diccionario Jurídico 2002

Ahora bien, la asociación, tal y como ha sido recogida por nuestro derecho civil, aparece como una institución cuyo contenido es más reducido y unitario, se trata de la reunión de dos o más personas con carácter permanente para la consecución de un fin común no lucrativo ni preponderantemente económico (artículo 2670 del C.C), se trata de una figura que nuestro derecho común desconocía, cuya única referencia se hacía en la ley penal para sancionar la participación de varias personas en un acto ilícito, y no fue sino a partir de nuestro Código de Comercio de 1989 cuando se regula al contrato de asociación, que anteriormente sólo podía existir mediante convenios privados de las partes, celebrados con fundamento en la libertad de asociación y autonomía de la voluntad, pilares éstos del liberalismo decimonónico plasmado en los códigos civiles.

Nuestro Código Civil establece en el artículo 2670 que se constituye una asociación en participación 'cuando varios individuos convienen en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico'. Este concepto, sin embargo, es demasiado estrecho y excluye la posibilidad de recurrir a él para definir a la asociación mercantil debido a que, primero,

presupone que los asociados han de ser 'individuos', es decir personas físicas, mientras que existen en la práctica y la Ley General Sociedades Mercantiles permite asociados personas morales, segundo, que no podrían existir asociaciones de carácter transitorio, es decir para la realización de una sola operación de comercio, y sin embargo la Asociación en Participación puede tener tal carácter y, tercero, que tampoco sería asociación aquella en la que el fin común de sus asociados fuera preponderantemente económico o lucrativo, de ahí que en la Asociación en Participación las asociaciones de productores y las mutualistas no serían asociaciones en participación.¹⁴

Por lo que toca al concepto del artículo 2688 del propio Código Civil respecto a sociedades, aunque más amplio, aún es limitado por cuanto a la clasificación de sociedades en civiles o mercantiles según que su finalidad sea o no lucrativa.

Que el propósito sea preponderantemente económico o en fin de lucro determinará que se trate, en el primer caso de una sociedad civil o bien de una asociación civil si dicho propósito no es especulativo (pero supone que no adoptó alguno de los tipos de las

¹⁴ Diccionario Jurídico 2002

sociedades mercantiles) y de una sociedad o asociación en participación si lo fuere, y en el segundo (fin no preponderantemente económico) de una asociación civil.

En este orden de ideas, la asociación en participación es una categoría del género o institución 'asociación' por virtud de la cual dos o más personas convienen en reunirse de manera que no sea transitoria sino permanente para la realización de una finalidad económica de carácter mercantil e inclusive especulativa, figura que como ya quedo señalado carece de personalidad jurídica y, por tanto, de los atributos propios de las personas morales.

Las asociaciones mercantiles son generalmente negocios atípicos e innominados en virtud de que no están regulados por la ley y ni siquiera designados por ella según lo señala.¹⁵ En el derecho mexicano, en cambio, existe un tipo de asociación en participación de cuyas características se pueden inferir que no es una sociedad mercantil pero tampoco similar a la asociación civil.¹⁶

¹⁵ Barrera Graf

¹⁶ Diccionario Jurídico 2002

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES SOBRE SOCIEDADES MERCANTILES.

1.-Constitución y Funcionamiento De las Sociedades en General

Si no se desea limitar la responsabilidad de todos los socios se pueda optar entre las siguientes sociedades:

Sociedad en Nombre Colectivo.

Sociedad en Comandita Simple.

Sociedad en Comandita por Acciones.

Si se desea limitar la responsabilidad de todos los socios la elección se centrará entre:

Sociedad Anónima.

Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, reconoce, los siguientes tipos de sociedades:

- a) a) Sociedad en Nombre Colectivo.
- b) b) Sociedad en Comandita Simple.

- c) c) Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- d) d) Sociedad Anónima.
- e) e) Sociedad en Comandita por Acciones.
- f) f) Sociedad Cooperativa.

Todas las sociedades mercantiles deberán de registrarse ante las autoridades de comercio.

TIPOS DE SOCIEDADES MERCANTILES

Sociedad de nombre colectivo. Sociedad mercantil que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.

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

Sociedad de responsabilidad limitada. Sociedad mercantil que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones sin que las partes sociales puedan ser

representadas por títulos negociables a la orden y al portador, siendo sólo cedibles en los casos y con los requisitos legalmente preestablecidos.

Sociedad anónima. Sociedad mercantil que existe bajo una denominación social y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

Sociedad en comandita por acciones. Sociedad mercantil compuesta 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 acciones.

Sociedad cooperativa. Sociedad integrada por individuos de la clase trabajadora con el propósito de, en calidad de productores o consumidores, obtener el beneficio de eliminación de intermediario.

La sociedad mercantil es una persona jurídica distinta de los de sus socios y en tal virtud, tiene un patrimonio, un nombre, un domicilio y una nacionalidad distintos de los de sus socios.

El reconocimiento de la personalidad jurídica determinada una completa autonomía entre la sociedad y la persona de sus socios. La atribución de personalidad de personalidad jurídica a las sociedades

mercantiles les confiere el carácter de sujetos de derecho, las dota de capacidad jurídica de goce y ejercicio, la capacidad jurídica, es la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones y para poder ejercitar éstos por sí mismo.

Es usual la expresión, proveniente de la legislación civil francesa, de la sociedad es un contrato, la sociedad es una persona, un comerciante, que no debe de confundirse con el acto jurídico del cual nace.¹⁷

Históricamente, la sociedad tiene como antecedente el contrato de asociación, y por ello suele ser confundida la naturaleza jurídica del acto constitutivo. Ya el Código de Comercio no calificaba de contrato a la sociedad, y así lo hace nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles; pero ésta, al referirse al acto constitutivo, si lo designa como contrato social, no obstante el acuerdo de voluntades, no puede ser igual a un contrato y por lo mismo igual a una sociedad mercantil.

El proceso de la integración de la sociedad mercantil se desenvuelve a lo largo de una serie de etapas, que son: redacción de los estatutos, declaración de voluntad, aportación y registro.

¹⁷ Universidad Abierta, Espinoza López Jorge Luis

La declaración plurilateral de la voluntad de los socios en la escritura constitutiva de las sociedades mercantiles en general, no surge en virtud de una auténtica contraprestación de voluntad. Se trata de una concordancia de generales que tienden a un solo fin común.

Por lo tanto, estas voluntades deben de ajustarse a las disposiciones generales del artículo 6 de la ley general de sociedades mercantiles.

ARTICULO 6º . La escritura constitutiva de toda sociedad mercantil deberá contener:

- I. I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyen las sociedad
- II. II. El objeto de la sociedad
- III. III. Su razón social o denominación;
- IV. IV. Su duración
- V. V. El importe del capital social;
- VI. VI. La expresión de la que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido

para su valorización. Cuando el capital sea variable así se expresará indicándose el mínimo que se fije;

- VII. VII. El domicilio de la sociedad;
- VIII. VIII. La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;
- IX. IX. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social; La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;
- X. X. El importe del fondo de reserva;
- XI. XI. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y
- XII. XII. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y del modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

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

Declaración de la voluntad de los socios y aportaciones. Esta segunda etapa tiene configuración análoga a la misma en la sociedad de responsabilidad limitada. Hay, no obstante la diferencia, ya que el artículo 63 de la ley general de sociedades mercantiles prohíbe que la creación de la sociedad de responsabilidad limitada pueda hacerse por suscripción pública.

La ley requiere el desembolso del cincuenta por ciento del capital social. Esta cantidad se entiende como mínimo y su abono deberá efectuarse, de no haberse ya hecho antes en el momento de la comparecencia ante notario, en un acto publico y solemne.

El capital social se constituye mediante las aportaciones de los socios, aportaciones que son a la vez el limite de su responsabilidad por las obligaciones sociales. La aportaciones suplementarias consisten en la entrega de dinero a otros bienes, a que los socios se comprometen, no obstante haber satisfecho ya las obligaciones que haya contraído para integrar el capital social.

Las partes sociales. En el capital de las sociedades de responsabilidad limitada se divide en partes, que pueden ser de valor y categorías desiguales. Las partes sociales solamente podrán cederse por el conocimiento de todos los socios.

Registro. La publicidad formal que se obtiene por la inscripción de las sociedades mercantiles en el registro publico de comercio. El articulo 198 del código de comercio mexicano y el Art. 2º de la ley general de sociedades mercantiles requieren la inscripción forzosa de las sociedades mercantiles y el registro publico de comercio de la sociedad, en donde la sociedad vaya a tener su domicilio.

Antes que la inscripción se efectúe, debe procederse a la calificación judicial de la escritura.

Obligaciones de los comerciantes. Tan pronto como la sociedad se inscriba en el registro público de comercio, debe cumplir con una serie de disposiciones de carácter administrativo como los es el anuncio de la calidad del comerciante, con las especificaciones que la ley y la práctica aconsejan, la inscripción en la Cámara de Comercio o de Industria que corresponda, darse de alta en las oficinas fiscales y, en el caso de tener socios en el extranjero, deberá inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones extranjeras, junto con los socios extranjeros.

Derechos y Obligaciones. Los socios tendrán la obligación de hacer aportaciones suplementarias en proporción a sus primitivas aportaciones. Dice Rodríguez y Rodríguez que la finalidad al

establecer estas aportaciones suplementarias es la de dotar a la sociedad de responsabilidad de un sistema de financiamiento ágil.

Las aportaciones suplementarias pueden consistir en la entrega de dinero u otros bienes de los socios que se comprometieron, así como de exigir la obligación de realizar las aportaciones suplementarias.

Status de socio. Los miembros de este tipo de sociedad, tienen derechos que exigir y obligaciones que cumplir, estos constituyen el status del socio.

Derechos. Son de dos tipos: El primero formado por los que tienen un contenido netamente patrimonial; y el segundo se constituye por los derechos que no tienen significación económica, y que son los medios o recursos con los que la ley dota a los socios.

Nombre. El nombre de la sociedad puede ser según de dos formas: razón social o denominación. Se llama razón social el nombre de la sociedad en el que figura el nombre completo o solo el apellido o los apellidos propios de alguno o algunos de los socios.

Objeto social. Es la actividad que la sociedad habrá de dedicarse, y ella deberá de expresarse en la escritura constitutiva.

El termino o duración. La sociedad mercantil tiene un termino de vida, que en la escritura constitutiva deberá de determinarse. Antes de su terminación, el termino podrá prorrogarse.

El domicilio social. También como toda persona, la sociedad deberá tener un domicilio, el cual deberá indicarse en la escritura constitutiva, bastara con que se indique la plaza en que la sociedad tendrá su domicilio, el domicilio mismo (calle y numero), podrá modificarse en cualquier tiempo sin alterar la escritura constitutiva. Se podrán establecer, además, domicilios convencionales, aunque no se indique tal facultad en la escritura social.

Los órganos sociales. Para integrar su voluntad y manifestarla frente a terceros, la sociedad requiere de órganos. Estos órganos pueden ser, por su función, de dirección suprema (asamblea de accionistas, juntas de socios), de administración (consejo de administración, directores, gerentes) o de vigilancia (comisarios).¹⁸

Nacionalidad. Como todas las personas, la sociedad mercantil tienen nacionalidad.¹⁹

¹⁸ Raúl Cervantes Ahumada, Derecho Mercantil Edit Porrúa 2000

¹⁹ Universidad Abierta, Espinoza López Jorge Luis



2.-Definición Conceptual de la Asociación en Participación.

En la Ley General de Sociedades Mercantiles lo encontramos tipificado bajo el nombre de asociación en participación, define la ley: "la asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aporten bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio." (salta a la vista la incorrección de la ley al decir que una persona concede a otras una participación. Pues el asociado puede ser también singular, como el asociante.)

Por ejemplo: un comerciante en granos ha contratado la compra de la cosecha de una región y como no tiene dinero para cubrir el importe total, invita a una o más personas que aporten el faltante y compartan las utilidades y en su caso las pérdidas.²⁰

Dos son los sistemas propuestos para caracterizar la asociación en participación: uno la considera como una sociedad momentánea; el otro, como una sociedad oculta.

Una Sociedad momentánea, es decir, sociedad constituida para la

²⁰ Raúl Cervantes Ahumda, Derecho Mercantil Edit Porrúa 2000

celebración de un solo acto jurídico o de un número determinado de actos jurídicos, realizados los cuales, desaparece la asociación que al efecto se constituyó . señalados por el artículo 252 de la Ley General

Asociación o sociedad oculta, es decir, asociación o sociedad constituida para un número indeterminado de actos comerciales; pero que no se revela como sociedad frente a terceros; que permanece como un simple pacto, válido entre los socios, inaplicable frente a terceros, porque se supone que ellos no lo conocen.

Nuestro código de comercio de 1889 recogió las dos tendencias y en el se regulan, bajo el nombre de asociación comercial, tanto la asociación momentánea como la sociedad oculta.

En Nuestra Ley de Sociedades Mercantiles ha completado la evolución que inició el Código de Comercio, y no sólo ha recogido las dos tendencias doctrinales antes señaladas, sino que ha reunido en un solo tipo los dos diversos adoptados por el Código.

De acuerdo con la ley, no es esencial para la asociación en participación el ser una asociación momentánea; puede, sí constituirse para una o varias operaciones de comercio, lo que la caracteriza como una asociación momentánea; pero puede también constituirse para repartir las utilidades o pérdidas de una negociación mercantil, lo cual

supone una permanencia que no es compatible con la asociación momentánea.

Los caracteres señalados por el artículo 252, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que permite que la asociación sea bien momentánea, bien permanente, están completados por diversos artículos, que la caracterizan como una sociedad oculta: artículo 253: "La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación"; artículo 256: "El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados."

21

Pueden los terceros conocer de hecho la existencia de una asociación en participación, como pueden conocer la existencia de multitud de contratos a los que son ajenos y que, por lo mismo, no surten efectos respecto de ellos. Este es el sentido de la caracterización de la asociación en participación como una sociedad oculta.

Respecto a terceros, los bienes pertenecen en propiedad al asociante a no ser necesaria alguna otra formalidad, o que estipule lo contrario y se inscriba cláusula relativa en el Registro Público de

²¹ Roberto Mantilla Molina, Derecho Mercantil, Edt. Porrúa 1992

Comercio. calidad el asociado

3.-Elementos Constitutivos de la Asociación en Participación.

Precisado así el concepto de asociación en participación, surge el problema de si puede o no considerarse como una verdadera sociedad. Al respecto, las opiniones de los tratadistas están divididas: para unos la asociación en participación es una clase particular de las sociedades; para otros, por lo contrario, es un contrato afín a la sociedad mercantil, pero que se distingue esencialmente de ella. Ya que la asociación en participación queda comprendida dentro del antecedente inmediato de la sociedades y por lo mismo, con caracteres que la diferencian de las demás sociedades.²²

- *Elementos personales:*

Asociante y Asociado: Es asociante el comerciante de la empresa mercantil en relación con la cual se celebra el contrato de asociación en participación , y es asociado el que, trayendo una aportación, entra a participar en el negocio o los negocios relativos a la asociación. El asociante será siempre un comerciante; pero no necesariamente

²² Roberto L. Matilla Molina, Derecho Mercantil, Edit Porrúa 1992

tendrá tal calidad el asociado.

Podrá darse el caso en que ambas partes sean, mutuamente asociantes-asociados.²³

- *Objeto:*

El objeto de las asociaciones en participación es que 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.

- *Fin común:*

En efecto, el carácter esencial de la sociedad es la existencia de un fin común; ahora bien, cabe considerar que este carácter existe normalmente en la asociación en participación y consiste en la realización del negocio o negocios para la cual se constituye.

Existe también la necesidad de hacer aportaciones para la realización del fin común: así, la Ley de Sociedades Mercantiles, en su artículo 252, dice que: la asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le *aportan bienes o servicios*, una participación en utilidades y en pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.”

²³ Raúl Cervantes Ahumada, Derecho Mercantil, Edt Porrúa 2000

Es decir, los asociados aportan bienes o servicios, que son los medios para la realización del fin común.²⁴

4.-Elementos que Deberán de Ser Tomados en Cuenta Para su Constitución.

La asociación en participación puede ser singular o de un sólo negocio, y plural, o sea de varios negocios. La asociación plural podrá ser parcial, cuando sea de algunos de los negocios de la empresa asociante, o total, cuando los comprenda todos, o sea cuando el asociante comparta con el asociado la empresa en su totalidad.

En primer lugar, el contrato de asociación en participación no es constitutivo de una persona jurídica por lo que la ley prohíbe que tenga razón social o denominación. Contra esa prohibición, en la práctica suelen verse razones sociales, en esos casos, no se trata de una asociación en participación, si no de una sociedad de hecho o de carácter irregular.

El asociante, como titular de la empresa, obrara siempre en nombre propio, y no existirá relación jurídica entre los terceros y los

²⁴ Roberto L. Mantilla Molina, Edit Porrúa 1992

asociados.

Los bienes que los asociados aporten se consideraran, en principio, aportados en propiedad al asociante; y si se pactare lo contrario, solo producirá efectos contra terceros el convenio de no trasladar la propiedad, si se inscribe en el Registro Publico de Comercio del domicilio comercial del asociante. Como el Registro tiene efectos meramente publicitarios en esta materia, los terceros que hayan conocido el convenio o estuvieren obligados a conocerlo, no podrán prevalerse de la falta de registro.

Si no se hubiere pactado forma especial para repartir las utilidades y las perdidas, el reparto se hará en proporción a lo que cada participante haya aportado en el negocio correspondiente; pero las perdidas del asociado no podrán ser superiores al valor de su aportación.

Es sabido que nuestra legislación, tanto civil como mercantil, existe el principio de que los contratos obligan por simple consentimiento de las partes, cuando la misma ley no disponga otra cosa; excepción que, de hecho, en la asociación en participación se deroga la regla del consentimiento como valido por si mismo para contraer obligaciones, puesto que el articulo 254 de la Ley General de

Sociedades Mercantiles que "el contrato de asociaciones en participación debe constar por escrito y no estar sujeto a registro" la forma, se prescribe solo *ad probationem*; pero su falta no invalidara al contrato, dada la naturaleza del mismo.

Con esto nuestra legislación se muestra mas rigurosa que la generalidad de aquellas en que se inspira, en las que basta el simple pacto verbal para crear la asociación en participación, y se admite su prueba, por todos los medios que al efecto establecen las leyes; en nuestro país podrían ser la confesión, la inscripción de libros, testigos, etc. Este formalismo es criticable pues el comercio busca libertad de formas y simplicidad de los contratos.

El contrato de Asociación en Participación se celebra entre el asociante y uno o mas asociados, que se encuentran en una misma situación jurídica. Estos últimos están obligados a entregar al asociante la aportación convenida, que puede consistir en bienes o servicios.

El asociante, a su vez, queda obligado a realizar en beneficio común los actos de comercio que constituyen la finalidad de la asociación, o a explotar la negociación respectiva, cuando ello sea el fin del contrato también esta obligado a reintegrar a cada asociado su

aportación, mas la parte que le corresponde en las utilidades obtenidas, una vez terminadas las operaciones previstas al celebrarse la asociación, o al expirar el plazo en el contrato.

El contrato de participación podrá establecer la forma como la asociación habrá de funcionar y, en su caso, las causas de terminación o de extinción.

Conforme al artículo 259 de la Ley General de Sociedad Mercantiles, la disolución y la liquidación de la asociación deben de hacerse siguiendo las reglas de la sociedad en nombre colectivo. Sin embargo debe de interpretarse el texto de la ley, en el sentido que la asociación en participación constituye una forma mucho mas simple, por lo cual habrá reglas de la liquidación de las sociedades, incluso de las sociedades en nombre colectivo, que no serán aplicables a la asociación en participación. Así, parece que no será necesario el nombramiento de un liquidador, puesto que no hay un patrimonio común que realizar, sino que se trata simplemente de un ajuste de cuentas que puede hacerse sin intervención de tal liquidador.

La quiebra del asociante, la circunstancia de que la propiedad se transfiera al asociante produce particulares efectos en caso de que

haya sido declarado en quiebra: el asociado no puede figurar en ella sino como simple acreedor al reembolso del capital y a las utilidades eventualmente obtenidas, sin que pueda pretender que se le devuelvan los objetos aportados.

El inciso c) de la fracción IV del artículo 128 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establece que: "los socios comanditarios, los de sociedades anónimas y los asociados en participación que a la vez sean acreedores de la quiebra, de la sociedad o del asociante, no figuraran en el pasivo de la misma, no por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuvieren obligados a aportar, en concepto de tales socios o asociados ya que esto debe de entenderse en el sentido de que el asociado debe de pagar íntegramente lo que deba al asociante, y cobrar en moneda de quiebra las cantidades de que resulte acreedor, que se determinará según el resultado del negocio o negocios a que hubiera estado asociado, estará facultado para presentarse como acreedor del importe de la cantidad que haya aportado, mas las utilidades del negocio. Juzgo equivocada la solución de la Ley de Quiebras en cuanto parece similar, en el precepto transcrito parcialmente, la situación del asociado en participación, con la

del socio comanditario, pues este no es, en ningún caso, acreedor por la cantidad que aporto. Y si eventualmente, es acreedor de la quiebra, lo es por un título completamente distinto a su carácter de socio comanditario, al paso que el asociado es acreedor del asociante.^{25 2627}

CAPITULO III

CARACTERISTICAS ESPECIALES DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN

1.-Concepto de Contrato como Acto Jurídico fuente de Obligaciones.

Históricamente la sociedad tiene como antecedente el contrato de asociación, y por ello suele ser confundida la naturaleza jurídica del acto constitutivo, ya que el Código de Comercio no calificaba el contrato de sociedad, y si lo hace nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles; pero ésta, al referirse al acto constitutivo, si lo designa como contrato social, parece que, en consecuencia, deberíamos concluir que el acto constitutivo de la asociación en participación tiene naturaleza contractual.

Debemos examinar el problema a la luz de nuestras

²⁵ Roberto L. Matilla Molina derecho Mercantil, Edit Porrúa 1992

²⁶ Diccionario Jurídico 2002

²⁷ Raúl Cervantes Ahumada Derecho Mercantil, Edit Porrúa 2000

disposiciones y conceptos legales. Según los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal, el contrato es una especie de convenio. Convenio es el acuerdo de voluntades que crea, modifica, transfiere o extingue obligaciones, y los convenios que crean o transfieren obligaciones toman el nombre de contratos.

El contrato como todo convenio es un acto jurídico, una manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Al consistir en una doble manifestación de voluntad, la de ambos contratantes que se ponen de acuerdo, es un acto jurídico bilateral o plurilateral: su integración y existencia depende forzosamente de la concertación de dos o más voluntades jurídicas, lo que en derecho se conoce como el consentimiento.

Cuando el acto jurídico se constituye solamente con una manifestación volitiva, como ocurre en el testamento, en la promesa de recompensa o en la suscripción de un título civil al portador, es conocido como un acto jurídico unilateral.

El contrato requiere: a) acuerdo de voluntades; y b) que tales voluntades sean encontradas, ya que la prestación de una de las partes es la causa de la correspondiente contraprestación.

Negamos la naturaleza contractual del acto constitutivo de la sociedad, primero, porque dicho acto no crea ni transfiere obligaciones. Lo principal en el acto constitutivo es la creación de la nueva persona jurídica, y si incidentalmente surgen obligaciones derivadas del acto, dichas obligaciones serán entre los socios y la nueva persona, y no entre los socios entre si. En segundo lugar, las voluntades de los participantes en el acto no son opuestas, sino concurrentes a la finalidad principal, o sea a la creación de la nueva persona.²⁸

El acto constitutivo de la sociedad mercantil es un acto de voluntad unilateral, que normalmente es de voluntades múltiples; pero que pueden ser voluntad singular.

Y si examinamos detenidamente nuestra ley, nos daremos cuenta de que no se aplica al acto constitutivo las normas propias de la relación contractual. Es usual, que una persona que desea construir una sociedad anónima, para la cual la ley requiere de dos socios, acude a otro prestanombres que aparecen participando en el acto constitutivo. Tal acto conforme a las normas generales de los contratos sería nulo; pero la ley lo salva, ya que determina que las

²⁸ Raúl Cervantes Ahumada, Derecho Mercantil, Edit Porrúa 2000

sociedades uni-membres inscritas en el Registro Publico de Comercio no podrán ser declaradas nulas sino en el caso de que tengan objeto ilícito.

Además, la existencia de las sociedades de un solo socio, es inoperante pues no pueden darse sociedades uni-membres o de un solo miembro lo que demuestra la naturaleza no contractual del acto constitutivo.

Ascarelli, con su genial agudeza, al ver que el acto constitutivo no encuadraba dentro del marco tradicional y legal del contrato, pretendió que tal acto era un contrato de tipo nuevo: el contrato plurilateral de organización cuya finalidad y cuyos efectos no consisten en la creación o transferencia de obligaciones, sino que su principal finalidad es la de organizar la nueva entidad jurídica que es la sociedad.

Distingue entre contratos de organización y contratos de cambio, pero si la finalidad y efecto del acto no son los propios de un contrato, no existe la razón de llamarlo así, y al hacerlo, introducimos confusión. Nada se opone a que le llamemos no contrato de sociedad, sino por el nombre que le corresponde: acto constitutivo de la sociedad, cuya naturaleza, es la de un acto unilateral de voluntad

de todos y cada uno de sus socios.

La doctrina germánica habla de acto complejo o colectivo de voluntades múltiples orientadas en un mismo sentido, como son las deliberaciones de las asambleas. Pero estos actos, evidentemente, son unilaterales, aunque sean múltiples las voluntades integrantes de la voluntad colectiva.²⁹

En los contratos mercantiles, las partes que intervienen están realizando un acto de comercio. Los actos de comercio son los que están enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio; y los intereses que inducen a su celebración son también privados.³⁰

El criterio para distinguir un acto de comercio de uno civil es el análisis sistemático de las fracciones de los citados preceptos legales que permite agruparlas en tres ordenes, los cuales no son sino otros tantos criterios de identificación del acto de comercio:

- Por los sujetos que intervienen, lo será el efectuado por comerciantes o banqueros, a menos que se trate de un acto de naturaleza estrictamente civil. El artículo 76 del Código de Comercio indica que:

No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que

²⁹ Raúl Cervantes Ahumada, Derecho Mercantil Edit Porrúa 2000

³⁰ Diccionario Jurídico 2002

para su uso o consumo o los de su familia, hacen los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la practica de su oficio.

- Por el objeto, si aquello a lo que se obliga el deudor es alguna “cosa” mercantil, como los buques o los otros títulos de crédito, o si la operación se documenta en esa clase de títulos.
- Por la finalidad del acto, si esta consiste en una interposición en el cambio de mercancías o servicios. El sujeto cuya empresa es intermediaria entre el que produce (o crea satisfactores) y el que los consume es el típico comerciante.³¹

El contrato como acto jurídico, entre los sucesos que el derecho toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos destaca el acto o negocio jurídico que es una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin es engendrar con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica en contra o en favor de una o varias personas un estado, es decir una situación jurídica permanente y general o por el contrario un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

³¹ Obligaciones Civiles Bejarano Sánchez Manuel, Edit Oxford

Se ha considerado al contrato como el tipo más característico del acto jurídico y el Código Civil Federal acepta esta postura pues dispone que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Determinar si todo acto jurídico bilateral (es decir cualquier acuerdo de voluntades con efectos jurídicos) es un contrato o si este concepto es aún más restringido es una cuestión que ha ocupado a la doctrina. Se han agrupado las diferentes definiciones en cuatro grupos. Así tenemos la "concepción amplia" que identifica al contrato con la convención o acto jurídico bilateral y que incluye todo acuerdo dirigido a crear, modificar, o extinguir relaciones de obligación y a constituir relaciones de derecho de familia. Luego estaría la "concepción estricta" en que se separa a la convención del contrato siendo la primera el género y el segundo la especie. Esta es la posición del Código Civil Federal que considera como convenios a los acuerdos que crean, transfieren, modifican o extinguen las obligaciones y derechos y como contratos sólo a los convenios que crean o transmiten dichas obligaciones y derechos.

Para esta concepción el contrato es un acuerdo dirigido a constituir una obligación patrimonial. La "concepción intermedia" acepta que el contrato, siempre con contenido patrimonial, no sólo se dirige a la constitución de derechos y obligaciones sino que además sirve para extinguirlos o modificarlos. Por último la "concepción novísima", proveniente del campo del derecho público, representada por Jellinek, Hauriou y Duguit que limita el concepto del contrato para encontrarlo solamente donde hay intereses opuestos. De acuerdo con estas teorías habría junto al contrato otros acuerdos de voluntades, como el acto colectivo y la simple convención.

El Código Civil establece las reglas generales sobre contratos por la razón histórica de que los contratos civiles fueron los primeros en aparecer. Ahora bien el contrato como todo acto jurídico debe reunir para ser existente ciertos elementos señalados en el artículo 1794 del Código Civil Federal y son: 1) El consentimiento, que se da cuando existe el concurso de voluntades de dos o más sujetos; por lo tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, pero no basta, es necesario además que concuerden. 2) Objeto que pueda ser materia de contratación (la doctrina ha distinguido entre objeto directo del contrato que es la creación o transmisión de derechos y

obligaciones y objeto indirecto que es el contenido de la obligación que se constituye en virtud de dicho contrato. A esta última acepción nos estamos refiriendo) es decir que sea posible tanto física como jurídicamente; de acuerdo al Art. 1828 del Código Civil, se entiende que hay imposibilidad cuando un hecho no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza (física) o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (jurídica). Además de estos elementos de existencia, es necesario que se den ciertos requisitos o presupuestos de validez para que el contrato produzca normalmente todos sus efectos jurídicos y no pueda ser invalidado.

Estos requisitos (establecidos en forma negativa en el Art. 1795 del Código Civil son: 1) La capacidad legal de las partes. Se entiende por ésta la capacidad de ejercicio, de la que están excluidas las personas señaladas en el Art. 450. 2) La ausencia de vicios del consentimiento. Estos vicios son el error, la violencia y el. 3) La licitud en el objeto, el motivo o el fin del contrato. La ilicitud es lo contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. 4) Y una determinada forma cuando la ley la establezca. El Código Civil es consensualista pues la forma siempre es una excepción.

La ausencia de estos requisitos produce la nulidad absoluta o relativa y también el contrato puede ser rescindido cuando alguien obtiene un lucro excesivo y desproporcionado a lo que el se obliga, aprovechándose de la ignorancia de otro. Esta es la figura de la lesión.

Si se dan estos elementos de existencia y requisitos de validez el contrato es obligatorio. Esta idea se ha expresado en el principio conocido como *pacta sunt servanda* (es decir, los pactos deben ser cumplidos).

Sin embargo frente a este principio la doctrina ha desarrollado últimamente la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad superveniente que consiste en que los contratos deben ser revisados cuando acontecimientos extraordinarios provocan un cambio en las condiciones que resiente injustamente una de las partes.

El antecedente de esta teoría es el principio de *rebus sic stantibus* (mientras las cosas así permanezcan) elaborado por los canonistas medievales.

Los civilistas han hecho una clasificación de los elementos del contrato diferenciando a los: 1) Esenciales que son (aparte de los dos existencia que ya vimos que tienen carácter general) los que cada figura típica contractual exige para configurarse, cosa y precio en la

compraventa. 2) Naturales que son las consecuencias implícitas en el contrato pero que se pueden eliminar por acuerdo expreso de las partes, el saneamiento por evicción en la compraventa. 3) Accidentales que son modalidades que sólo existen en el contrato si las partes así lo acuerdan, el término y la condición.

Existen múltiples criterios de clasificación de los contratos algunos de ellos son: 1) Civiles (el arrendamiento), mercantiles (el seguro), laborales y administrativos. 2) Bilaterales o sinalagmáticos, cuando existen obligaciones para ambos contratantes y unilaterales cuando sólo una de las partes está obligada. 3) Onerosos cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuitos cuando el provecho es de una sola de las partes.

No se deben confundir los contratos gratuitos con los unilaterales pues, en aquellos, una parte sólo tiene provecho si está obligada, en el comodato que es un préstamo gratuito de uso, el comodatario debe devolver la cosa.

Los onerosos se subdividen en A) conmutativos cuando las partes desde un principio pueden apreciar el beneficio o pérdida que el contrato les causa, y B) aleatorios cuando la existencia o monto de la prestación depende del azar 4) Nominados que son los tipificados en

la ley, e innominados los que no están y se rigen de acuerdo al por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor semejanza.

Cierto sector de la doctrina considera que existen muchas figuras a las que indebidamente se les da el nombre de contrato siendo en realidad actos jurídicos de naturaleza especial.

El matrimonio la sociedad, el contrato colectivo de trabajo y el contrato de adhesión.³²

2.-Naturaleza del Contrato.

El sistema contractual romano en una larga evolución histórica que va del formalismo al consensualismo ve aparecer las siguientes figuras: 1) Contratos verbis que se perfeccionaban (es decir adquirirían obligatoriedad) sólo mediante el uso de determinadas frases verbales, la stipulatio. 2) Contratos litteris que se perfeccionaban mediante la inscripción de un registro (codex accepti et expensi) de una deuda. Era una forma contractual que tuvo escasa importancia. 3) Contratos re que se perfeccionaban mediante el consentimiento de las partes aunado a la entrega (traditio) de una cosa (res), eran el mutuo,

³² Diccionario Jurídico 2002

el comodato, el depósito y la prenda; generalmente creaban obligaciones sólo para la parte que recibía la cosa (exigibles por una actio directa) pero eventualmente podían surgir para la otra parte (exigiéndose por una actio contraria) p.e. cuando un depositario hacía gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, el depositante debía reembolsarlos. 4) Contratos consensuales que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes y eran la compraventa o emptio-venditio, el arrendamiento o locatio-conductio, la sociedad y el mandato. 5) Contratos innominados eran aquellos que no encuadraban dentro de una figura típica y que resultaban obligatorios cuando concurrían el consentimiento y la prestación de una de las partes. 6) Pactos que eran los acuerdos que no producían ningún efecto jurídico (nada pacta), posteriormente para algunos de ellos se concedió acción para exigir su cumplimiento (pacta vestita).

La concepción romana del contrato subsiste prácticamente inalterada hasta la aparición del liberalismo a fines del siglo XVIII. Es en esta época que se otorga a esta figura jurídica un valor fundamental, pues incluso la existencia de la sociedad se quiere hacer depender de un pacto (como en las doctrinas de Rousseau).

Se estatuye el principio de la autonomía de la voluntad y el de una casi absoluta libertad de contratación. Actualmente con el auge de las ideas colectivistas el ámbito del contrato se va reduciendo paulatinamente.

Por ultimo, se debe considerar a la sociedad como un resultado de una declaración de voluntad contractual. La voluntad contractual de las sociedades se pueden clasificar en:

- *Contratos de organización:* Son las sociedades mercantiles o civiles o asociaciones. Es un grupo de gente que se juntan para reunir esfuerzos o bienes. Y ésta a su vez crea una personalidad diferente a la de sus socios ya que son intereses opuestos pero de satisfacción coordinada.
- *Contrato de Cambio:* Son regulados generalmente en los Códigos civiles y mercantiles, y presuponen un cruzamiento de prestaciones.

En las leyes mercantiles, no se encuentra una definición de contrato de sociedad; para hallarla hay que acudir al Código Civil, lo define diciendo que por los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de

carácter predominantemente económico, pero que no constituya una especulación mercantil.

En el derecho mexicano, el contrato de sociedad no es un autentico contrato. Cualesquiera que sean las dudas que se hayan expuesto sobre esta afirmación, lo cierto es que debemos considerar a la sociedad como resultado si de una declaración de voluntad unilateral, ya que de cada uno de los socios, pero de manera concatenada es cierto que esta tiene características especiales, que hacen merecer una calificación especial: la de negocio de organización.

Los contratos de cambio, que son generalmente regulados en los Códigos Civiles y mercantiles, presuponen, como su propio nombre lo indica, *un cruzamiento de prestaciones* ; en contraposición con ellos se habla de contratos de organización, de los que son ejemplo la sociedad, la asociación y otras formas asociativas que son la base de las diversas combinaciones industriales (sindicatos, Etc.), para indicar aquellos en los que las partes no se cambian prestaciones, ya que las mismas constituyen un fondo común.

El contrato de cambio se agota con la realización de las prestaciones; el contrato de organización crea generalmente una

personalidad jurídica, que persiste después y a causa de la realización de las prestaciones. En el contrato de cambio, la prestación que cada parte hace va dirigida a la otra, hay un intercambio de prestaciones; en los contratos de organización, las prestaciones no se intercambian, sino que lo que cada parte aporta constituye el patrimonio de un nuevo sujeto jurídico creado en virtud de la declaración unilateral de la voluntad de cada uno de los socios.

En el contrato de cambio los intereses de los contratantes son opuestos y de satisfacción contradictoria; en el contrato de organización los intereses podrán seguir siendo opuestos, pero de satisfacción coordinada, de manera que la atención del interés de una de las partes es paralela a la satisfacción de los intereses de los demás.

En el contrato de cambio solo hay dos partes. En el contrato de organización, puede haber mucha más.

En el contrato de cambio, la entrada o salida de partes en el contrato implica la novación del mismo, sin que en ningún caso pueda alterarse el número de dos; en los contratos de organización, la entrada o salida de socios se efectúa sin que se alteren las bases contractuales fundamentales, pudiendo aumentar o disminuir el

numero de las partes adheridas.

Por otro lado, la igualdad no existe tampoco entre un empleador y alguien que necesita trabajar para ganar su sustento o entre un banco y una persona necesitada de un préstamo. De todo ello se deduce que si bien la figura general del contrato sigue vigente, se han creado otras modalidades de acuerdo como son los contratos en masa, forzosos, normados o normativos.

También los legisladores han acogido esta problemática dictando leyes que en muchos aspectos limitan la antigua autonomía contractual donde sólo la voluntad dictaba el contenido de los pactos y compromisos, como las leyes en defensa de la competencia o las de protección de consumidores.³³

³³ Diccionario Jurídico 2002

3.-Formación de la Asociación en Participación como supuesto de obligaciones Derivadas de un Contrato Civil.

Las asociaciones mercantiles son generalmente negocios atípicos e innominados en virtud de que no están regulados por la ley y ni siquiera designados por ella.³⁴ En el derecho mexicano, en cambio, existe un tipo de asociación mercantil de cuyas características se pueden inferir las de las otras asociaciones atípicas o/e innominadas.

En efecto, se trata de la Asociación en Participación, reglamentada expresamente en la Ley General de Sociedades Mercantiles en sus artículos 252 a 259 inclusive (de ahí que más adelante únicamente nos ocupemos de esta asociación), fuera de esta asociación mercantil, existen otras que sólo se mencionan o infieren del texto legal, expliquemos cada una de ellas.

Asociación en participación, es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación

³⁴ Barrera Graf

mercantil o de una o varias operaciones de comercio, carece de razón o denominación social y de personalidad jurídica y no está sujeta a registro, aunque debe constar por escrito (Art. 252 LGSM).

Nuestra ley no se resuelve, sino de manera implícita, y un tanto contradictoria, si la asociación en participación es o no es una sociedad mercantil: el artículo 1º de la Ley hace una enumeración de las sociedades mercantiles, entre las cuales no figura la asociación en participación; de que pueda concluirse que no se trata de una sociedad. Pero en cambio, la circunstancia misma de que se regule en la Ley de Sociedades Mercantiles se empieza a mostrar de que no es éste, de manera absoluta, el criterio del legislador.

Es más: el artículo 258 declara aplicables las reglas de la sociedad al reparto de utilidades. Todavía el artículo 259 añade que las "asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las *sociedades en nombre colectivo*, en cuanto a las disposiciones de este capítulo". Es decir, los artículos 258 y 259 aplicables a las asociaciones los preceptos que rigen a las sociedades, lo que supone una naturaleza esencialmente análoga o sea, que se trata de una sociedad de un tipo distinto de las demás sociedades, pero, al fin y al

cabo, sociedad. La misma contradicción de los textos legales, o la misma falta de claridad de ellos, hizo que no intentara resolver el problema tomándolos como base, pues al no encontrar un argumento legal decisivo en pro o en contra del carácter de sociedad de la asociación en participación, el intérprete queda en libertad para decidir la cuestión doctrinalmente, y de aquí que las consideraciones apuntadas parezcan suficientes para tener como sociedad a la asociación en participación.

El contrato es una especie de convenio que crea, modifica, transfiere o extingue obligaciones. Por otro lado, la naturaleza contractual del acto constitutivo de la asociación en participación y de las sociedades en general, no crea ni transfiere obligaciones. En lo principal el acto constitutivo es la creación de una nueva persona jurídica y de ella incidentalmente surgen obligaciones derivadas del acto, dichas obligaciones serán entre los socios y la nueva persona y no entre los socios entre sí.

En segundo lugar, las voluntades de los participantes en el acto no son opuestas, sino concurrentes a la finalidad principal, o sea a la creación de una nueva persona ya que necesariamente el acto constitutivo de la sociedad mercantil es un acto de voluntad unilateral

que normalmente es de voluntades múltiples; pero que puede ser de voluntad singular.

Por ejemplo: para aclarar más el concepto de asociación en participación, conviene poner algunos ejemplos: un comerciante considera que sería buen negocio hacer venir del África un barco cargado de maíz, e invita a otros comerciantes para hacer en combinación el negocio, pues aunque está en relación con navieros, con comerciantes del país del que se hace la importación, etc. Carece del capital suficiente para realizarla, y acude a otros para que lo aporten. Con ellos se crea la asociación, como consecuencia de la cual habrán de celebrarse contratos de seguros sobre la mercancía, de fletamento, de compraventa, etc. De acuerdo con la terminología antes indicada, sería una asociación momentánea, porque tiene como propósito la realización de un acto de comercio, con la finalidad de repartirse las utilidades que la operación produzca, o soportar en común las pérdidas. Es de notar que, aunque la ley no lo dice, y aun parece contradecirlo, muchas veces la asociación en participación se realiza con el fin de afrontar un riesgo demasiado grande; piénsese en el mismo negocio del ejemplo: el comerciante puede tener fondos suficientes para ese negocio, pero si por cualquier circunstancia

fracasa, sufriría una pérdida demasiado grande, tal vez la pérdida total de su patrimonio, y para evitarlo es que se propone a otros la asociación den participación. Claro es que no van a repartirse las pérdidas sin repartir las ganancias; pero el propósito principal es compartir el riesgo con otras personas, a cambio de compartir también las ganancias respectivas.³⁵



³⁵ Roberto L. Matilla Molina, Derecho Mercantil Edit Porrúa 1992

CAPITULO IV

Único.- Propuesta de ley.

El comercio es una actividad que desarrolla el hombre en sociedad llegando así a estructurar organizaciones sociales jurídicas o políticas de las cuales el ser humano no ha alcanzado su perfección.

El comercio es una actividad al igual que cualquier otra supone consideración de valores, ya que el hombre es un sujeto de relación social que aspira a satisfacer sus necesidades y la busca la realización de los fines que supone, en lo esencial el cambio de satisfactores que consiste el comercio.

Desde los pueblos más antiguos se practicó el comercio, no sólo en sus relaciones internas sino de pueblo a pueblo, por lo que podemos decir, con Escarra, que “el derecho comercial desde sus orígenes es internacional”. Cuenta Herodoto como los pueblos Nor Africanos, aun siendo enemigos directos, como los oferentes de una mercancía la colocaban en la playa y se retiraban; a donde venían los presuntos compradores y ponían al lado lo que ofrecían a cambio, y se

retiraban también, y si los oferentes estimaban justa la contraoferta, recogían la mercancía y se retiraban para que los del otro bando recogieran la que se les dejaba en cambio.

El Código babilónico de Hammurabi, que data de veinte siglos antes de Cristo, reglamenta diversas instituciones mercantiles, como "el préstamo con intereses, el contrato de sociedad, el depósito de mercancías y el contrato de comisión"

Nuestro Derecho Constitucional mexicano es algo ambiguo en cuanto a la determinación de lo que el constituyente entendió por comercio. Pues las principales disposiciones en que la Constitución hace referencia a dicho concepto.

Es la fracción IX del artículo 73 que concede al Congreso de la Unión facultad "para impedir que en el comercio de Estado a Estado se establezcan restricciones". Creemos que en el supuesto de esta disposición no se quiso referir el constituyente a que los estados miembros de la Federación comercien entre sí, sino al tráfico mercantil que se realice del territorio de un estado al otro estableciendo aduanas.

La fracción X del mismo artículo 73 atribuye solo al Congreso Federal facultad "para legislar en toda la república sobre

hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, y Comercio, juegos con apuestas y sorteos, instituciones de crédito y energía eléctrica, para establecer el banco único de emisión...”

Parece indudable que, en la disposición transcrita, el legislador constitucional quiso ejemplificar, ya que la industria cinematográfica y las instituciones de crédito son, indudablemente, elementos comerciales, por lo que deben considerarse incluidos en la expresión comercio.

En el artículo 117 de la misma Carta Magna prohíbe a los Estados miembros de la Federación acuñar moneda, emitir papel moneda “gravar el tránsito de personas o cosas que atraviesen su territorio”, “gravar ninguna mercancía nacional o extranjera; o “emitir títulos de deuda pública, pagaderos en moneda extranjera o fuera del territorio nacional; contratar directa o indirectamente préstamos con gobiernos de otras naciones, o contraer obligaciones en títulos o bonos al portador a transmisibles por endoso”, y “gravar la producción, el acopio o la venta de tabaco en rama...”

Así mismo el artículo 131 constitucional establece, a favor de la Federación, la facultad exclusiva de “gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional,

así como reglamentar en todo tiempo u aun prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la republica de toda clase de efectos, cualesquiera que sea su procedencia....”

Todas estas disposiciones son, evidentemente, relativas al comercio, ya que la actividad comercial consiste precisamente en la intermediación en el proceso de producción e intercambio de bienes y servicios destinados al mercado general, por ello la materia de comercio, que constituiría el objeto esencial del Derecho Mercantil, no puede reducirse a solo uno o mas elementos de los que intervienen en el proceso de intermediación señalado, sino que debe de comprender todos los elementos de dicho proceso.

Por tanto, se considerarán comprendidos en la materia del comercio el comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero, títulos de crédito, mercancías, etc.) , los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes.

El primer Código de Comercio que existió en el mundo fue el Code de Commerce francés, del 1o. de enero de 1808, en cuanto al Código de Comercio mexicano que data de 1889, o bien de 1890.

Tiene como antecedentes en nuestro país dos códigos de comercio, el de 1854, llamado Código de Lares, por haber sido elaborado por Don Teodoro Lares el Ministro de Justicia del presidente Santa Anna, en cuyo tiempo entró en vigor, y el Código de Comercio de 1884, Código de Baranda, quien a su vez, ocupó el mismo cargo en el gobierno de Manuel González.

El Código de Comercio actual es federal dado que, según el artículo 73 fracción X, Constitucional. 'Es facultad (exclusiva) del Congreso de la Unión legislar en toda la República sobre... comercio'. Tal atribución no estaba contenida en forma tan amplia en la disposición respectiva (Art. 72 frac. X), de la Constitución Federal de 1857, antecedente del mencionado artículo.

En 1883 se modificó el texto del Art. 72, para atribuir al Congreso Federal tal facultad de dictar leyes en materia de comercio; de ahí, que de nuestros Código de Comercio.

El de 1854 era local (del Distrito y de los Territorios Federales) y el de 1884 ya tuvo vigencia en todo el país.

El Código de Comercio vigente fue influenciado por el Código italiano de 1882 y por el primer Código español de 1829, más por aquél que por éste. A su vez, el Código italiano fue influido por el

derecho belga, respecto a los actos de comercio y las sociedades y por el derecho alemán en cuanto al derecho sobre títulos de crédito y el transporte (Azara).

El antecedente más remoto, fue el Código de Comercio francés de 1808, que sirvió de modelo a todos los códigos de comercio europeos y latinoamericanos.

Refleja nuestro Código la idea y el contenido de la codificación en general, a saber, un ordenamiento único sobre la materia, que comprendía todas las instituciones jurídico-mercantiles existentes en la época de su vigencia. En forma sistemática se elaboró con un criterio unitario derivado del ordenamiento galo, o sea, el sistema objetivo de los actos de comercio, los cuales determinan el carácter del comerciante individual y colectivo (sociedades mercantiles).

Se trata de una ley especial, en contraposición con el derecho común o general contenido en los códigos civiles de todos y cada uno de los Estados de la República y del Distrito Federal; por lo que, dispone expresamente (Art. 2) que 'a falta de disposiciones de este Código, serán aplicables... las del derecho común'.

Es decir, que el derecho civil es supletorio del mercantil, en todo aquello que sea omiso el Código de Comercio, y actualmente, la legislación mercantil.

Se discute entre nosotros si antes de acudir a la fuente supletoria del derecho común, deben agotarse las fuentes que son propias del derecho mercantil. o sea, no sólo la ley, en sentido formal, sino también los usos y costumbres (de 1854, Art. 228 y de 1884, Art. 1o.) y extranjeros (Código italiano, Art. 1 y el Código español a 2); pero no nuestro código actual.

El Código de Comercio no sólo regula la materia sustantiva, sino también la adjetiva o procesal. De los cinco libros en que se divide el quinto regula los juicios mercantiles.

Al respecto mi punto de vista es que, pese al silencio de este ordenamiento, así debe procederse, hay que acudir a la costumbre comercial antes que a la ley civil, pero no faltan autores consagrados (Mantilla Molina) que opinan en contra.

Nuestro Código de Comercio de 1884 recoge y regula con el nombre de asociación comercial, la asociación en participación pero hacia el año de 1933 el Congreso de la Unión con fecha 28 de diciembre tuvo que expedir leyes especiales en materia de comercio

así como también un nuevo Derecho procesal mercantil, teniendo como resultado la Ley General de Sociedades Mercantiles publicada en el diario oficial de la federación el día 4 de agosto de 1934.

Como vemos tanto el Código de Comercio como la Ley General de Sociedades Mercantiles han tenido grandes cambios desde su constitución como norma reguladora de las actividades mercantiles y de comercio, pero estos importantes cambios no han sido suficientes, ya que vivimos en una sociedad que evoluciona y que entre mas lo hace, crecen más sus necesidades en el campo del derecho.³⁶

Por lo cual, una vez concluido este trabajo de investigación y tomando en cuenta el desarrollo del mismo, establezco y propongo:

“Que se derogue la Ley General de Sociedades Mercantiles en todos los artículos correspondiente a sociedades y asociación en participación, por la falta de una regulación inexacta, ya que se carece de una definición en cuanto a la naturaleza jurídica tanto de las sociedades mercantiles como de la asociación en participación pues de manera arbitraria se le denomina contrato cuando jurídicamente ya se analizo que el formado acuerdo de voluntades no puede ser igual a la de las sociedades mercantiles así como también a la de la

³⁶ Diccionario Jurídico 2002

asociación en participación, dado que no se da reciprocidad de contraprestaciones como en los contratos al igual que tampoco se trata de una declaración bilateral de voluntades sino una sola declaración de voluntad de todos y cada uno de los socios la cual por tanto, será plurilateral.

Por lo anterior, solo hay concentración de intereses que tienden a un solo fin, que es el fin común lícito que persigue la sociedad y la asociación en participación, que al adquirir personalidad jurídica se convierte en un ente jurídico diferente a las personas que la forman mismas que adquieren solo el status de socios, es decir, el carácter de socio con obligaciones y derechos frente a la sociedad o asociación de participación o frente a esa persona moral ficticia.

CAPITULO IV

ÚNICO.-CONCLUSIONES.

De lo anterior expuesto podemos deducir lo siguiente:

Primero: Podemos decir que la definición mas acertada y la que creemos que sea la mas correcta para definir una sociedad mercantil es: "Es la asociación de personas que juntan capitales y esfuerzos para dedicarse al comercio, la industria, servicios públicos, etc." (Gran Diccionario enciclopédico ilustrado, Selecciones del Readers Digest, 1986) de donde podemos decir también que los socios se obligan mutuamente a combinar recursos para la realización de un fin común lícito de carácter predominantemente económico y que en el caso de las sociedades mercantiles llega a ser de lucro.

Segundo: La doctrina en materia mercantil define en sentido técnico jurídico a la sociedad como: un ente creado por un acto voluntario colectivo de los interesados ,en aras de un interés común y con el propósito de obtener ganancias o un fin lucrativo. Los socios se

comprometen a poner un patrimonio en común integrado por dinero, bienes o industria, con la intención de participar en las ganancias”.³⁷

Tercero: La diferencia entre las sociedades mercantiles y las civiles es que todas aquellas sociedades constituidas con arreglo a su actividad comercial son mercantiles y las que no adopten algunas de las sociedades señaladas por la Ley General de Sociedades Mercantiles serán civiles.

Cuarto: La Ley General de Sociedades Mercantiles define a la Asociación en Participación 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” las asociaciones no están dotadas de personalidad jurídica propia ni de denominación, por lo cual las asociaciones actúan en nombre propio.



³⁷ Encarta 2000 Microsoft.

Quinto: La doctrina concibe a la asociaciones en participación como un fenómeno por el cual dos o mas personas se encuentran jurídicamente vinculadas por la persecución de un fin común.

Sexto: La legislación en materia civil también ha sido regulado a la asociación, ya que aparece como una institución cuyo contenido es mas reducido y unitario ya que se trata de la reunión de dos o mas personas con carácter permanente para la consecución de un fin común no lucrativo ni preponderantemente económico.

Séptimo: La Ley General de Sociedades Mercantiles, reconoce las siguientes tipos de sociedades:

Sociedad de nombre colectivo. Sociedad mercantil que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.

Sociedad en comandita simple. Sociedad mercantil que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditarios que responden de una manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales y uno o varios socios

comanditados que únicamente están obligados al pago de sus aportación.

Sociedad de responsabilidad limitada. Sociedad mercantil que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones sin que las partes sociales puedan ser representadas por títulos negociables a la orden y al portador, siendo sólo cedibles en los casos y con los requisitos legalmente preestablecidos.

Sociedad anónima. Sociedad mercantil que existe bajo una denominación social y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

Sociedad en comandita por acciones. Sociedad mercantil compuesta 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 acciones.

Sociedad cooperativa. Sociedad integrada por individuos de la clase trabajadora con el propósito de, en calidad de productores o consumidores, obtener el beneficio de eliminación de intermediario.³⁸

³⁸ Universidad Abierta Espinoza López Jorge Luis

Octavo: Los elementos que se deberán de tomar en cuenta para la constitución de la Asociación en participación son los sujetos que intervienen llamados el asociante y el asociado, el objeto de toda asociación será la participación de una persona que concede a otra que aporta bienes o servicios teniendo participación en las utilidades y en las perdidas de una negociación mercantil o varias operaciones de comercio. El fin común que tienen este tipo de asociaciones en participación consiste en la realización del negocio o negocios para la cual se constituye.

Noveno: El contrato como todo convenio es un acto jurídico, y una manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionado por la ley, ese acto jurídico puede ser bilateral o plurilateral ya sea por su integración y existencia depende forzosamente de la concentración de dos o mas voluntades jurídicas, lo que en derecho se conoce como consentimiento.

Por otro lado podemos negar la naturaleza contractual del acto constitutivo de las Sociedades Mercantiles como de la Asociación en Participación, primero, porque dicho acto jurídico no crea ni transfiere

obligaciones. Lo principal en el acto constitutivo es la creación de la nueva persona jurídica, y si incidentalmente surgen obligaciones derivadas del acto, dichas obligaciones serán entre los socios y la nueva persona, y no entre los socios entre si.

En segundo lugar, las voluntades de los participantes en el acto no son opuestas, sino concurrentes a la finalidad principal, o sea la creación de una nueva persona.³⁹

Décimo: Por lo cual propongo que se deberá de derogar los artículos de la Ley General de Sociedades Mercantiles correspondientes a las sociedades y asociación en participación, en el sentido de que se debe de referirse a la naturaleza jurídica de las agrupaciones llamadas sociedades o asociaciones en participación de las cuales según la ley indebidamente señala como contrato teniendo un contenido contrario a la naturaleza jurídica de los mismos, ya que estos son negocios jurídicos, de carácter atípico, es decir, que a través de ellos no hay acuerdo de voluntades sino por el contrario existe una declaración unilateral de voluntad de cada uno de los

³⁹ Joaquín Rodríguez Rodríguez Derecho Mercantil Edit Porrúa 1999

BIBLIOGRAFIA. MERCANTIL**DERECHO MERCANTIL. T. I y II**

Rodríguez Rodríguez. Joaquín

Editorial Porrúa

DERECHO MERCANTIL

Sariñana Olavaria. Enrique.

Edit. Trillas. 1999

DERECHO MERCANTIL

Calvo Marroquín Octavio y otros.

Edit. Porrúa

COMPENDIO DE DERECHO CIVIL

Rojina Villegas Rafael

Edit. Porrúa

CUADERNOS DE DERECHO PRIVADO ILUSTRADO

Martínez Nadal, A.

COLECCIÓN MERCANTIL

Ley General de Sociedades Mercantiles

Código DE Comercio

Edit. Porrúa.

DERECHO MERCANTIL

Cervantes Ahumada Raúl

Edit. Porrúa

DERECHO MERCANTIL

Molina Mantilla Roberto L.

Edit. Porrúa

DICCIONARIO DE DERECHO

De Pina Rafael y De Pina Vara Rafael

Edit. Porrúa

OBLIGACIONES CIVILES

Bejarano Sánchez Manuel

Edit. Oxford

NUEVA ENCICLOPEDIA TEMÁTICA

Edit. Cumbre S. A.

GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO

Edit. Reader's Digest Mexico

ENCARTA 2000

Microsoft.

DICCIONARIO JURIDICO 2002UNIVERSIDAD ABIERTA

Espinoza López Jorge Luis

