

# UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR ACUERDO No. 3213-09  
CON FECHA 16-X-1979 DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

## EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA  
ROBERTO CARLOS MORENO QUEZADA

MÉXICO, D.F.

2009



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR ACUERDO No. 3213-09  
CON FECHA 16-X-1979 DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

## EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

TESIS  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA  
ROBERTO CARLOS MORENO QUEZADA

ASESOR DE TESIS  
LICENCIADO EMILIO FELICIANO PACHECO RAMÍREZ  
CÉDULA PROFESIONAL No. 1348936

MÉXICO, D.F.

2009

## **AGRADECIMIENTOS**

*Existir, crecer y desarrollarse son privilegios únicos en la vida y, al pensar en ellos me lleva a Dios. Gracias Dios por darme la oportunidad de ser humano y otorgarme lo más valioso en el mundo, la vida y la salud para contemplar tu grandeza.*

*Las almas buenas y los ángeles solo pertenecen al cielo, y yo tengo el privilegio de tener a Josefina Cortés quien me cuida y me da fuerza día a día, gracias Abuelita siempre he dicho que fuiste y sigues siendo un ángel. También, existe un alma en el cielo que significa un ejemplo de vida y superación, gracias prima Paulina Moreno por enseñarme a pensar que todo es posible sin importar las adversidades, eres y fuiste un ejemplo para la familia.*

*Actualmente la sociedad mundial y mexicana carece de valores esenciales en el hombre, sin embargo existen personas o ángeles terrenales que trazan nuestro camino orientándonos hacia la verdad, lo correcto y lo humano, a tales ángeles terrenales los llamo PADRE y MADRE, Gracias mami, Susana Quezada Ramírez, por darme la vida y lo máspreciado para un hijo, Amor incondicional, comprensión, protección y cariño; gracias papá, Roberto S. Moreno Cortés, por todo lo que me has dado, sabes que eres mi guía y que te admiro, los amo en demasía, sinceramente las palabras quedan cortas para agradecerles y expresar lo que siento, por ustedes sigo aquí disfrutando de esta vida, con sus esfuerzos han formado a un niño y a un hombre privilegiado con la fuerza necesaria para hacer algo bueno por este mundo y por mi Nación.*

*La familia es vital en mi vida, por ello, gracias Adriana y Susana Moreno Quezada, ustedes como mis hermanas son las personas en las que puedo confiar hasta el final, las amo, simplemente su presencia y su sonrisa son un motivo más para vivir.*

*La amistad es un sentimiento indescriptible, cada día resulta más complicado encontrar a alguien quien brinde amistad pura, sin embargo, me siento privilegiado al tener verdaderos amigos, Gracias: Miguel Ángel Limón DellaRocca, Lic. Gabriela Camey Rueda, Lic. Dolores Rueda Aguilar (Suprema Corte de Justicia de la Nación), Jonathan García Flores, Alfonso Leal, Jonathan Álvarez Tostado, Lic. Suleiman Meráz, Alexis Treviño, Lic. Rodrigo Penichet Robles, Lic. César Zamarripa, Lic. Ulises Váldez Apipilhuasco, Ricardo Sánchez López, César Suárez, José Luis Rodríguez, Lic. Juan Carlos Fajardo Cano y Lic. Yolanda Villareal Colmenares, así como, aquellos que significaron un cambio trascendental; ya que tienen los mejores momentos de mi vida, ¡qué siga la fiesta amigos!*

*Gracias Dr. Emilio Feliciano Pacheco Ramírez, por su gran ayuda y motivación en la elaboración de la presente tesis, por su paciencia e iluminación intelectual en estos momentos de gran trascendencia en mi vida.*

*Gracias a la C. Magistrada Adriana Escorza Carranza y al C. Juez José Manuel Villeda Ayala, por dejarme ser parte de sus órganos jurisdiccionales, otorgándome conocimientos y criterios jurídicos práctico-novedosos; gran parte de mi formación como Abogado pertenece a Ustedes.*

*El ser universitario representa un estilo de vida, gracias Universidad del Tepeyac por ser mi alma matter y dejarme un sello imborrable en mis pensamientos y calidad humana, nunca te olvidaré te llevo en mi actuar ético y profesional.*

*Gracias a la Escuela de Derecho por darme sabiduría en la ciencia del Derecho y en las ciencias Humanistas, me siento con un gran privilegio por ser parte de un sistema universitario clásico, tradicional, modélico, ejemplar y destacado, del cual pocos salen avante, incorporado a la máxima casa de estudios de nuestra nación, la Universidad Nacional Autónoma de México.*

*Durante mi carrera profesional conocí verdaderos catedráticos en diversas ramas del Derecho que formaron en mí un criterio jurídico y veraz, ya sea con su amistad o cátedra, Gracias a aquellos profesores que pasaron o siguen en las aulas impartiendo clases a los futuros Abogados: Lic. Everardo Flores Torres (descanse en paz), Lic. Emilio Feliciano Pacheco Ramírez, Lic. Ignacio Garrido Ovín, Lic. Iván Olivares, Lic. Couto, Lic. Frias, Lic. Rodríguez Puig, Lic. Manuel Rabade Fernández, Lic. Enrique Morales, Lic. Andrés Ledesma, Lic. Sergio Aguilar Méndez, Dr. Contla, Lic. Israel Trujillo Márquez, Lic. José Luis Cárdenas Rodríguez y Lic. Héctor Huitrón.*

*“Siempre en busca de una entelequia social mediante la verdad, justicia y amor”*

*Roberto Carlos Moreno Quezada*

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. ii
CAPÍTULO 1.- RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL EN MÉXICO.	
1.1. México Independiente.	2
1.2. México Revolucionario.	9
1.3. México Contemporáneo	10
1.4. Posición actual del Derecho Mercantil en México.	14
a) Derecho Mercantil como un derecho sui generis.	14
b) Derecho Mercantil como derecho natural.	20
c) Derecho Mercantil electrónico.	24
CAPÍTULO 2.- LOS CONTRATOS EN EL DERECHO MERCANTIL.	
2.1. Conceptos doctrinales y legales.	30
2.2. Naturaleza jurídica.	37
2.3. Normatividad aplicable.	43
2.4. Elementos.	51
2.5. Clasificación.	60
2.6. Teorías aplicables a nuestra legislación.	67
CAPÍTULO 3.- EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN. SU ACTUAL REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL MEXICANA.	



3.1. Concepto.	78
3.2. Elementos.	91
3.3. Celebración y formalismos.	106
3.4. Marco legal aplicable.	108
3.5. La interpretación jurídica y de derecho.	121
3.6. El derecho comparado.	128

#### CAPÍTULO 4.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL.

4.1. Fuentes del contrato de Asociación en Participación.	136
4.2. Sujetos en el contrato de asociación en participación, relación jurídica principalmente mercantil.	140
4.3. Incorporación del contrato de asociación en participación al Código de Comercio.	143
4.4. Propuesta sobre la incorporación del contrato de asociación en participación en el código de comercio.	148

CONCLUSIONES	156
--------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	163
--------------	-----

ANEXOS	170
--------	-----

# **INTRODUCCIÓN**

Actualmente nuestra nación posee una vida económica basada en actos de comercio, por lo que el Derecho Mercantil cobra relevancia en la sociedad, y el análisis de las figuras jurídicas que rigen la economía, son de suma importancia, tal es el caso de los contratos mercantiles.

Es importante conocer el origen, naturaleza y aplicación práctica de dicho acto jurídico, ya que su estudio proporciona un panorama sobre su funcionamiento y alcances; como en el caso que nos ocupa, el denominado contrato de Asociación en Participación.

El objetivo primordial de la presente investigación radica esencialmente en el análisis de uno de los contratos *sui generis* en el Derecho Mercantil Mexicano; a través de dicho razonamiento se pretende conocer las peculiares características que posee el contrato de Asociación en Participación, como su origen y su inminente naturaleza contractual, y en base a lo anterior, crear una propuesta de regulación adecuada de dicha figura en la legislación mercantil idónea.

La determinación de la naturaleza contractual de la Asociación en Participación ha representado un tema controversial, toda vez que algunos puntos de vista doctrinales lo han llegado a considerar como una sociedad mercantil, debido a que su actual regulación en la ley General de Sociedades Mercantiles es imprecisa; por tal motivo, es necesario se profundice en dicho tema y que la afirmación de que la Asociación en Participación posee una naturaleza contractual, sea complementada con base en sus características, con una adecuada y eficaz regulación.

En la presente investigación, la cual presento en cuatro capítulos, estudio el origen del referido contrato, es decir, empezando por el Derecho Mercantil en la etapa

Independiente, Revolucionaria y contemporánea, hasta la actualidad como un Derecho *sui generis*. Teniendo dicha referencia, continúo analizando los contratos mercantiles, incluyendo su concepto, naturaleza jurídica, normatividad y elementos. Posteriormente, me adentro en la figura a estudio analizando conceptos doctrinarios, legales, elementos, relaciones, derechos y obligaciones que se generan a partir de la asociación de aquellos individuos que deciden contratar, formalismos, marco legal aplicable, interpretación jurídica y de derecho, naturaleza jurídica, así como la propuesta sobre la incorporación del contrato de Asociación en Participación en el Código de Comercio.

El contrato de Asociación en Participación en la actualidad lo regula la ley General de Sociedades Mercantiles, un cuerpo normativo que refiere las sociedades mercantiles, sin embargo, en el presente estudio considero que por tratarse de un contrato mercantil, respetando su naturaleza jurídica, debe encontrarse reglamentado en la norma general de comercio (Código de Comercio) tal y como acontece en los diversos contratos de índole mercantil, es decir, su funcionamiento no es comparable a la sociedad mercantil porque desde mi perspectiva es incorrecto jurídicamente que funcione como sociedad en Nombre Colectivo, por tratarse de figuras jurídicas con más diferencias que semejanzas, tanto en su origen, naturaleza y funcionamiento.

El objetivo que planteo en la presente investigación mediante el estudio del contrato de Asociación en Participación, es reconocer y respetar el origen, así como su naturaleza jurídica, para efecto de crear una regulación funcional e idónea en el Derecho Mercantil Mexicano dentro de la sociedad, lo que se traduce en un sistema jurídico aplicable a la economía actual y la mejor forma de lograrlo es a mi juicio, enmarcándolo en la legislación que regule con claridad a los contratos mercantiles, por que la Asociación en Participación lleva a la consecución de fines específicos que pueden lograrse mediante ningún otro contrato o asociación, en términos generales procura el concurso de una persona con otra en el que una de ellas aporta el capital y

la otra aporta su trabajo y donde una de ellas permanece ajena a terceros y a la ejecución de las operaciones mercantiles que llevará a cabo la otra.

Considerando que el contrato de Asociación en Participación posee naturaleza jurídica de contrato y no de sociedad mercantil, en aras de una mejor o bien correcta regulación en nuestro estado de derecho del citado contrato, estimo oportuno adaptar dicha figura contractual a nuestra legislación mercantil, ya que al regularla en una ley de sociedades mercantiles, propicia a mi entender, confusión jurídica y material, en virtud de que su funcionamiento, disolución y liquidación como sociedad mercantil, resulta en mi estimación inadecuada; por lo sustentado, debe encontrarse regulado en el Código de Comercio requiriéndose para ello una reforma legislativa respetando su naturaleza contractual, en vísperas de un marco normativo propicio en el sistema jurídico mexicano.

Ahora bien, en relación a la interrogante consistente en: ¿el contrato de Asociación en Participación debe regularse en el Código de Comercio?, es dable mencionar que dicha hipótesis es viable, toda vez que dicha figura contractual actualmente está regulada en la ley General de Sociedades Mercantiles, sin embargo, por tratarse de un contrato mercantil no cumple con los requisitos que la propia ley de sociedades establece, por lo que resulta necesario ingresarlo con su capitulado y disposiciones especiales al Código de Comercio vigente, en respeto a su naturaleza contractual; por lo que, la presente propuesta radica en la regulación del contrato de Asociación en Participación en el Código de Comercio dentro del capítulo de “contratos mercantiles”, lo anterior por ser un contrato de naturaleza jurídica contractual y funcionamiento material, y no una sociedad mercantil, por tanto, resulta necesario adecuar dicha figura contractual a la legislación mercantil idónea, que refleje un respeto tanto a su origen como a su funcionamiento actual; ya que la presente regulación genera confusión jurídica, legal y material.

## RESUMEN

A consecuencia de diversos acontecimientos mundiales, la economía de nuestra nación está basada en el comercio, la sociedad mexicana ha buscado la manera de obtener ingresos a través de su esfuerzo individual, y como consecuencia, la celebración constante de actos jurídicos de índole mercantil. El Derecho Mercantil debe ir a la par de dicho crecimiento, teniendo como premisa mayor el regular adecuadamente una de las figuras jurídicas con mayor importancia en México, “el contrato mercantil”. Considero que el análisis del contrato mercantil es vital, toda vez que gran parte de la sociedad depende de ellos y requieren de una normatividad adecuada que proteja sus intereses, en donde la ley sea un apoyo real, no un conflicto. Uno de los contratos menos estudiados por su naturaleza jurídica *sui generis* es el “contrato de Asociación en Participación.” Dicho contrato actualmente está regulado en la ley General de Sociedades Mercantiles, sin embargo ¿el contrato de Asociación en Participación debe regularse en el Código de Comercio?. El objeto de estudio esencialmente es el contrato de Asociación en Participación y su aspecto es la propuesta de regularlo adecuadamente en el Código de Comercio, implantando como procedimiento de investigación el análisis de su naturaleza jurídica contractual, basado en su origen, fuentes doctrinarias comparativas y por supuesto, la legislación mercantil aplicable de Derecho Positivo y Vigente en México y otras naciones. Lo anterior se traduce en la inadecuada regulación de dicho contrato en la ley General de Sociedades Mercantiles, ya que propicia confusión legal y material en su celebración, toda vez que a pesar de conceptualizarlo como un contrato, lo rige como una sociedad mercantil, situación por demás incongruente. Por los referidos motivos, es viable una reforma legislativa en cuanto a dicha figura contractual.

**CAPÍTULO 1**  
**RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO MERCANTIL EN**  
**MÉXICO**

En el presente capítulo, desde una perspectiva evolucionista, se estudian los antecedentes más importantes del Derecho Mercantil en México, comenzando por nuestra cultura prehispánica, para posteriormente adentrarnos en el momento en que nuestra nación logró independencia y soberanía, eliminando monopolios dirigidos por la monarquía en la etapa colonial. De igual forma, se analiza mercantilmente lo acontecido en el segundo movimiento más importante de trascendencia nacional “La Revolución Mexicana de 1910”, en el que se constituyó un cambio radical en nuestro sistema jurídico, toda vez que no existían leyes mercantiles, no obstante, el cinco de febrero de 1917 nace la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y con ello la facultad del Congreso para legislar en materia de comercio. Por otra parte, en la etapa contemporánea surgen diversas leyes especiales en materia de comercial, por ello, dicha etapa reviste de gran importancia, en razón de creación de leyes que rigen actualmente al comercio en México. Finalmente, en una postura actual del Derecho Mercantil en México, nos introducimos en la peculiaridad y naturalidad de dicha rama, así como, lo relevante del comercio electrónico en nuestros días.

### **1.1. México Independiente**

El Derecho Mercantil Mexicano surge en la denominada época antigua, inmersa en ésta, se encuentra el periodo azteca que al igual que otras culturas que habitaron en la Tierra, desarrolló la actividad mercantil de manera relevante. En la cultura azteca, los comerciantes gozaban de un puesto privilegiado, tenían la característica de ser herederos con rasgos militares y solamente ofrecían sus mercancías en lugares oficiales, además de contar con una reglamentación mercantil, un control oficial de



precios, así como la existencia de una regulación especial primordialmente basada en la costumbre para los que hacían del comercio su actividad. Quintana Adriano refiere: “Existían espacios dedicados al *tianquiztli* o tianguis, en estos tianguis podían comerciarse toda clase de productos; estando prohibido comerciar fuera del perímetro dedicado al tianguis cualquier producto no comestible y no existían tiendas de menudeo” (Quintana Adriano, 2002, p.127).

Al igual que en otras culturas latinoamericanas, el ámbito comercial contaba con sus propios tribunales integrados por diez o doce jueces encargados de la reglamentación propia de los mercados, *v.gr.*, el robo en el mercado era castigado más severamente que el robo en común. Posterior a esta etapa, el periodo colonial se basó en el comercio dirigido y monopolio, al respecto Quintana Adriano argumenta: “existían dos clases principales de comercio en la Nueva España: el que provenía de la metrópoli y el que provenía de otras tierras americanas.” (Quintana Adriano, 2002, p.127) y las Ordenanzas regían el aspecto jurídico de manera general.

Lo descrito proporciona la pauta para exponer con mayor claridad los antecedentes directos de nuestro Derecho Mercantil, partiendo de la Independencia de nuestra Nación.

En el México independiente, existieron cambios radicales en la vida mercantil, uno de ellos consiste en la eliminación de monopolios dirigidos por la monarquía en la etapa colonial, pero con la consumación de la independencia surgieron incertidumbres en la nueva regulación y libertad para ejercer la actividad comercial. Por otra parte, el derecho español siguió vigente debido a la inexistencia de leyes nacionales en diversas materias (entre ellas la mercantil) y en base al Decreto de 15 de Noviembre

de 1841, las Ordenanzas de Bilbao fueron reformadas, sin embargo, continuaron aplicándose.

Con la promulgación de la Constitución de 1824, México logró soberanía, estabilidad y consolidación en la vida independiente, inició una apertura comercial con otras naciones y a consecuencia el inicio de un nuevo período comercial, celebró tratados comerciales con Colombia y Gran Bretaña; en el año de 1823 el Congreso Constituyente publicó diversas reformas mercantiles, destacando las nuevas tarifas arancelarias y con la supresión de los consulados surgen los tribunales especiales, al caso Vázquez del Mercado (2003) menciona: “(...) la supresión tuvo lugar ese mismo año, estableciéndose en el decreto relativo de 16 de octubre, que los pleitos que se susciten en los territorios sobre negocios mercantiles se determinarán por los alcaldes o jueces de letras en sus respectivos casos, asociándose con dos colegas que escogerán entre cuatro que propongan los contendientes, dos por cada parte y arreglándose a la leyes vigentes en la materia” (p. 20). Al respecto Barrera Graf (2003, p.21) señala: “Por decreto del congreso del 16 de Octubre de 1824 se abolieron los consulados; los tribunales de minería se suprimieron el 20 de marzo de 1826”. En consecuencia, el congreso del estado de Veracruz en el año de 1827 decretó la organización de juntas de comerciantes de carácter general y particular que constituyeron el antecedente inmediato del juzgado mercantil, creado tres años después.

Los antecedentes de nuestro Código de Comercio comprenden el código español de 1829 redactado por don Pedro Sainz de Andino y promulgado por Fernando VII en ese mismo año, dicha compilación regulaba con precisión materias que habían sido excluidas o escasamente reguladas en el Código Francés Napoleónico, sin embargo, nunca rigió en nuestro país. Posteriormente, se dictaron algunas leyes mercantiles, como la “Ley sobre Derechos de Propiedad de los Inventores o Perfeccionadores de

algún ramo de la Industria” de 7 de mayo de 1832, el “Reglamento y Arancel de Corredores de la Ciudad de México”(1834) y la “Ley sobre Bancarrotas”(1853); aparte de las citadas leyes, el gobierno federal a través del presidente provisional Santa Ana, con el objeto de sustituir a los antiguos consulados españoles, crea por decreto los tribunales especiales para conocer la materia mercantil y administrar justicia. Más tarde, en la República Mexicana se elaboró un proyecto de Código de Comercio, sin embargo, no prosperó por tener una marcada influencia del código español y francés, resultando ser una copia.

El 27 de mayo de 1854, la nación Mexicana que gozaba de soberanía e independencia, adquiere finalmente autonomía legislativa en distintas materias, entre ellas la mercantil; la obra de Teodosio Lares, ministro de Santa Ana, es el primer Código de Comercio Mexicano conocido como “Código Lares”. Esta recopilación se formó como menciona la destacada jurista: “tomando como base el código francés de 1808 y el español de Sainz Andino. Este código al poco tiempo perdió su vigencia y fue derogado; sin embargo, fue con Maximiliano cuando volvió en vigor por decreto de 15 de julio de 1863. Este ordenamiento suprimió también los tribunales de mercantiles creados por Santa Ana, atribuyendo la jurisdicción a los tribunales comunes” (Quintana Adriano, 2002, p.33). Como puede observarse, la legislación mercantil de 1854 se abrogó rápidamente debido a movimientos políticos y militares, en concreto el triunfo de la revolución de Ayutla en donde cae el régimen de Santa Ana, sin embargo, el código Lares contribuyó en muchos aspectos comerciales, y superó a las extintas ordenanzas de Bilbao por tener como base el decreto de 1841, los negocios mercantiles regulados en la Ley para la administración de justicia en los negocios de comercio del estado de Puebla (1853) y el Código de Comercio español de 1829.

El referido Código Lares aportó nuevos conceptos comerciales, entre los que destacan los “mercaderes en pequeño”, “la publicidad registral” (actualmente regido por nuestro sistema), “el detalle de los actos o negocios mercantiles”, “el principio de la buena fe referente a la interpretación de las obligaciones mercantiles”, “la equidad y los usos del comercio”, la “aprobación en cuanto a la supletoriedad de algunos preceptos del derecho común”, “la administración de justicia en los negocios de comercio”, además de los negocios mercantiles consagrados en la ley como “...los especialmente determinados en el Art.218 y demás contenidos en este código”(Art. 943). En lo concerniente a sociedades mercantiles y su liquidación cabe destacar que su regulación quedó por debajo del español.

En el año de 1857 nació jurídicamente la nueva Constitución Política y con su proclamación, se estableció en la fracción IX del artículo 72 la facultad del Congreso para expedir aranceles sobre comercio exterior e impedir que la actividad comercial entre las naciones se afectara por el establecimiento de restricciones gravosas, de la misma manera, prohibió monopolios, se abolieron alcabalas y aduanas internas de nuestro país, logrando dos años después la expedición de una ley que determinaba el Derecho Mexicano en relación a los cónsules extranjeros. En los años de 1861 a 1867 en los que Benito Juárez consolidó su gobierno, se tomaron medidas fuertes en la deuda exterior, se suspendieron los pagos cerrándose el comercio en el puerto de Veracruz, viéndose afectados los extranjeros y lógicamente la actividad mercantil en México. Con la muerte de Juárez en 1872, con el objeto de proponer medidas que beneficiaran al país, se crearon reformas en materia mercantil, marítima y arancelaria, nombrando una Comisión concedora en la materia.

En el gobierno Porfirista destacó el sufragio manipulado por el poder ejecutivo que llevó a la reelección repetida de Porfirio Díaz en el periodo comprendido de 1876 a

1910 con un intervalo entre 1880 y 1884. Cuando Díaz llegó al poder, el capital extranjero había perdido la confianza de invertir en México, por lo que antes de pretender atraer el capital extranjero, debía existir un orden de la deuda pública en materia impositiva, por lo que se sustituyó el impuesto sobre la minería, por un impuesto directo sobre las utilidades de cada empresa, se luchó en contra de las alcabalas y sobre esta base se logró que el capital extranjero invirtiera nuevamente en México. Entre estas inversiones destaca el estímulo a la construcción de ferrocarriles que tenía especial importancia para la unificación del país.

En el Derecho Mercantil Mexicano del año 1883, existió una enmienda constitucional al artículo 72, fracción X, que otorgó a la Federación facultad de legislar en esta materia; en 1884 surgió un primer Código de Comercio federal, inspirado en el italiano, en el que derogó todas las disposiciones mercantiles incluyendo las ordenanzas de Bilbao. Entre las propuestas del Código aludido, cabe destacar un nuevo concepto de “actos mercantiles” consagrado en el artículo 13, que a la letra regulaba: “los que constituyen una operación de comercio o sirven para realizar, facilitar o asegurar una operación o negociación mercantil”, otra aportación importante radica en una lista de operaciones, entre ellas “la compra de un establecimiento dedicado a arrendar bienes muebles” (inciso 2º), agregando la sociedad en comandita por acciones y la sociedad de responsabilidad limitada, así como, la reglamentación de la “propiedad mercantil” (propiedad inmaterial sobre patentes, créditos, aviamiento, marcas de fábrica y nombres mercantiles). Con la elaboración del Código de Comercio de 1884 se promulgaron varias leyes como la ley de sociedades anónimas del 10 de abril de 1888.

En cuanto al Código de Comercio Mexicano vigente, cabe mencionar que según Fierros Farrell (1996) fue “promulgado por el General Porfirio Díaz por decreto de 4

de junio de 1887, con innovaciones y alteraciones continua vigente, conjunta a su vez, los criterios objetivos, (Art. 1º, 3º, 4º en especial mención, 5º, etc. Todos del Código de Comercio) y los subjetivos (Arts. 16,17, 19, etc. Todos del Código de Comercio) según señala el mismo profesional. Este código está inspirado, en gran parte, en el Español de 1885, aún cuando en ocasiones recurre al código italiano de 1882 influenciados ambos a su vez, del código francés” (p. 6). Cabe precisar que efectivamente el decreto corresponde al 4 de junio de 1887, sin embargo su promulgación fue el 15 de septiembre de 1889, entrando en vigor el 1º de enero de 1890 y la mayoría de las materias que originalmente regían en el Código de Comercio de 1890 fueron derogadas y sustituidas en leyes especiales. Anteriormente, en un solo ordenamiento se comprendían las limitaciones a la capacidad de la mujer casada, y a los menores de veintiún años, emancipación, sociedades de comercio, depósito en almacenes generales, seguros, letras de cambio, libranzas, pagarés, cheques y cartas de crédito; moneda, instituciones de crédito, comercio marítimo y quiebras. A pesar de las diversas materias derogadas en el código vigente los principios del derecho mercantil aun presiden, entre ellas el acto de comercio (Art.75), clases de comerciantes (Art.3º), la regulación procesal de los juicios mercantiles, obligaciones de los comerciantes y la regulación de obligaciones comerciales así como de los contratos mercantiles (compraventa, permuta, comisión, depósito mercantil y préstamo), asimismo, existieron derogaciones y modificaciones a la minoridad de edad, quedando de veintiuno a dieciocho años y se reconoció la capacidad plena de la mujer; complementos en materia del registro de Comercio, obligaciones mercantiles y compraventa.

En la actualidad coexisten diversas leyes en materia mercantil como la Ley General de Sociedades Mercantiles, ley general de títulos y operaciones de crédito, ley de concursos mercantiles, entre otras de igual importancia, de ahí la trascendencia

de la paridad de la ley con su evolución mercantil, en caso contrario traería aparejado ciertas lagunas en nuestro sistema legal.

## **1.2. México Revolucionario**

La Revolución Mexicana de 1910 constituyó un cambio radical en nuestro sistema jurídico, especialmente en la materia mercantil. En el año de 1913 surgió un proyecto de reformas al Código de Comercio referente al abordaje y salvamentos marítimos, así como el establecimiento de un gravamen del 10% sobre el valor del oro que se exportaría, lo anterior con el objeto de poner a la actual legislación comercial de acuerdo con los resultados en la conferencia internacional de Bruselas. En ese mismo año, el proyecto de reforma elaborado por la cámara de diputados, consistente en la modificación de la fracción VII del artículo 75 del Código de Comercio, catalogó como comerciantes a todos los agricultores, sin embargo, el referido proyecto no alcanzó la categoría de ley debido a los sucesos bélicos frecuentes en la época, por lo que la cámara legislativa se vio perjudicada debido a la retirada de varios de sus firmantes a los campos y montañas para combatir en la revolución.

En 1914 se propuso una revisión al Código de Comercio, al respecto Mantilla Molina (2004, p. 20) señala: “En el artículo 2º de las adiciones al Plan de Guadalupe, que Venustiano Carranza expidió el 12 de diciembre de 1914, en Veracruz, se proponía entre otras cosas, la revisión del Código de Comercio. Sin embargo, no parece que se haya dado ningún paso encaminado a cumplir tal propósito”. Debido a situaciones políticas tensas que imperaban en la época, aún no existían leyes de carácter mercantil, no obstante, el año de 1917 simboliza en nuestra nación un cambio radical en su política y legislación, ya que, Venustiano Carranza al reunirse con el congreso constituyente en Querétaro, el cinco de febrero de ese mismo año promulga

la nueva Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitiendo el 7 de junio la circular que tenía por objeto que la actividad comercial entre Estados Unidos de Norteamérica y los Estados Unidos fuera más fácil, provocando que las relaciones mercantiles se suspendieran.

Los frecuentes conflictos internacionales repercutieron de manera directa en nuestro país a nivel comercial, debido a que las naciones participantes en la primera guerra mundial pusieron restricciones en el comercio exterior, logrando que el Ejecutivo estableciera acciones mercantiles con aquellos Estados que no tenían restricciones en el comercio con México.

Con base en lo estudiado, es de suma importancia mencionar que la Constitución de 1917 (vigente en 2008) rige actualmente en nuestra República y la base del Derecho Mercantil Mexicano es la Sección III *De las Facultades del Congreso*, Artículo 73, fracción X”, que dispone: “El Congreso tiene la Facultad: ... X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, **comercio** (lo subrayado es mío), juego con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123.”

### **1.3. México Contemporáneo**

En el año 1920, durante el régimen de Adolfo de la Huerta se estudiaron modificaciones a diversos Tratados Internacionales en materia de comercio y navegación. Como bien menciona Quintana Adriano (2002, p. 139) “Se eximieron de derechos de importación las máquinas dedicadas a la industria y a las artes”. Situándonos en el mismo año, acontece en México el primer congreso internacional



de comerciantes, que trajo como consecuencia en el año 1924 el comienzo legislativo en materia mercantil regulado de manera especial. Internacionalmente también existieron avances, el 8 de octubre de ese año México suscribió un tratado con Japón concerniente al comercio y la navegación, basado en un principio de respeto mutuo de legislaciones y renunciando a reclamaciones provenientes de disturbios sociales.

Derivado de lo anterior, surge un interesante movimiento legislativo que comprende diversas leyes mercantiles de índole primordial, *v.gr*, el 24 de diciembre de 1924 se dictó la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, creadas por la Comisión Nacional Bancaria; sucesivamente estas leyes se abrogaron y dieron paso a la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios en agosto de 1926, esta última ordenanza centralizaba en su contenido las leyes bancarias que estaban vigentes como la de almacenes generales de depósito; suspensión de pagos, de bancos y establecimientos bancarios, bancos refaccionarios; Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, creada por la Comisión Nacional Bancaria; Ley sobre Compañías de Fianzas y Ley de Bancos de Fideicomiso del 30 de junio de 1926. Con el paso del tiempo siguieron promulgándose leyes, es el caso de la Ley General de Sociedades de Seguros de 25 de mayo de 1926 y su reglamento data del 25 de noviembre del mismo año, leyes que tuvieron vigencia hasta el 16 de agosto de 1935 cuando se promulgaron dos ordenamientos significativos en materia de industria aseguradora: la Ley sobre el Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones de Seguros.

Siguieron los avances en varias ramas mercantiles, expidiéndose la Ley sobre Ferrocarriles (22 abril de 1926), que anteriormente poseía una fuerte tendencia intervencionista por parte del Estado en la industria ferrocarrilera; en el rubro minero se promulgó la Ley de Industrias Mineras (1926) y en el aduanero, en abril de 1928 se

expide la Ley de Aduanas que en su texto contenía procedimientos de la materia, facilitación en la tramitación y actualización en la actividad comercial. Dos meses después se expiden leyes relativas a patentes de invención, marcas, avisos y nombres comerciales, derogando las anteriores de 1903.

El año de 1929 es importante debido a la publicación de proyectos para un nuevo Código de Comercio, Mantilla Molina (2004, p. 20) refiere: “En el año de 1929 se publicó un proyecto para el nuevo Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, redactado por una comisión nombrada por la entonces Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, compuesta no solo por juristas sino también por comerciantes y...por un ingeniero civil. Tal proyecto, bajo la influencia de uno de los primitivos comisionados, daba gran importancia al concepto de cosa de comercio”. El destino de estos proyectos no fue bueno y debido a que la extensión de sus artículos solo se enfocaban a cuestiones doctrinales, no poseía un proceder adecuado para la resolución de problemas, por tanto fue rechazado y no obtuvo el grado de norma jurídica, es decir, solo se trataba de una serie de leyes aisladas. Dos años después se promulgó la Ley de Vías Generales de Comunicación y Medios de Transporte, que abarcaba todas las vías generales de comunicación, lo que dio como resultado que las leyes especializadas en ferrocarriles, en aeronáutica y en caminos y comunicaciones eléctricas quedaran abrogadas.

Para ese tiempo la industria y el comercio en nuestro país obtuvo grandes avances, resultado de ello fue la formación de la junta de los tratados de comercio dependiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores, encargada de establecer normas regulatorias de comercio internacional en México junto con otros países. En 1941, ocho años después de que la junta cesó sus funciones, se creó el consejo superior del comercio exterior, generando una estrecha cooperación continental; posteriormente, mientras

Ávila Camacho gobernaba la República Mexicana existieron fenómenos comerciales como el alza de precios, aumento de la circulación monetaria y la desarticulación del comercio exterior, asimismo, con el objeto de proteger a las industrias mexicanas, la Secretaría de Hacienda elaboró listas de artículos o mercancías de importación restringida, a efecto de crear competencia de productos similares extranjeros.

El año de 1943 cobra importancia en materia mercantil por publicarse nuevamente un anteproyecto de un nuevo Código de Comercio, del que fue ponente el jurista español Joaquín Rodríguez Rodríguez, en el que se toma como criterio de mercantilidad a la empresa comercial, concepto poco preciso e insuficiente para agotar el campo que tradicionalmente se ha considerado mercantil. El anteproyecto fue objeto de diversas observaciones y no llegó a tener vigencia de ley.

Con el paso de los años se elaboraron diversos anteproyectos de Código de Comercio, pero ninguno pasó por la Cámara Legislativa para ser analizado por los congresistas a pesar de haber sido escritos por juristas renombrados como Barrera Graf, Mantilla Molina, Cervantes Ahumada, Díaz Bravo entre otros, es decir, ninguno alcanzó el rango de proyecto de ley, sólo se entregó al congreso un proyecto de Ley de Quiebras y un anteproyecto de Ley de Sociedades Mercantiles, pero no se presentaron como iniciativas. En 1989 Salvador Rocha Díaz presentó un proyecto que trajo como consecuencia la creación de una comisión encargada de recomendar los cambios necesarios de la legislación mercantil, sin embargo, al igual que los anteriores proyectos no tuvo vigencia. Cabe destacar que dentro de esta época se promulgó la ley de instituciones de crédito y se pensó en modificar la ley orgánica del Banco de México.

Se hicieron varios anteproyectos y proyectos de Código de Comercio, pero a ninguno de ellos se le otorgó el estudio debido, por tal motivo, al pasar de los años su existencia es menor.

El crecimiento desmedido del comercio en nuestro país genera la necesidad de una reforma mercantil de trascendencia, es decir, nuestro Código de Comercio vigente es muy antiguo y posee demasiadas lagunas legales por lo que se requiere de una reforma radical en el ámbito comercial.

#### **1.4. Posición actual del Derecho Mercantil en México**

a) DERECHO MERCANTIL COMO UN DERECHO SUI GENERIS. Al hablar del Derecho Mercantil especial, es necesario referirnos al vocablo anglosajón característico de esta rama y entender su significado. En la Enciclopedia Práctica Jurídica Justina, en su módulo de diccionarios jurídicos dentro de los términos jurídicos de inglés a español (1998-2004 LEJR) *Sui generis* simboliza: “Sui generia, de su género, peculiar”, con esto se entiende que en la actualidad el Derecho Mercantil es catalogado como un derecho *sui generis* o propio, distintivo, característico, particular; lo que da pauta para conocer y estudiar la evolución de la citada rama del derecho, así como la autonomía en algunos sectores que posee en la actualidad.

El derecho mercantil no se crea como un derecho común general como es el caso del derecho civil, el derecho mercantil nace como un derecho especial de carácter consuetudinario y uniforme, fue creado por los propios comerciantes con el objeto de regular diferencias entre ellos con motivo de su profesión conocida como el comercio, lo distinguieron diversos principios base *v.gr*, el lucro, la celeridad, el carácter

universal o internacional de las reglas uniformes y principios basados en la reiteración, es decir, la utilización de esquemas, tratos y contratos parecidos o iguales. Este conjunto de normas jurídicas de carácter mercantil podía definirse como el derecho del comercio, que regulaban los actos de intermediación entre productores y consumidores y para estudiarlo es necesario tomar en cuenta los aspectos desde los cuales es vista esta rama del derecho, existe un enfoque subjetivo, un aspecto plenamente objetivo y finalmente uno mixto.

El primero de ellos (subjetivo) tiene su base en la figura del comerciante, esto es, que todo debe estar relacionado con los sujetos que ejercen el comercio, de lo anterior surgen diversas definiciones de juristas como Heinsheimer, César Vivante, Fernando Vázquez entre otros, en donde el punto coincidente radica en que es considerado como un derecho privado que regula las relaciones que nacen del comercio (incluyendo en sus definiciones a los comerciantes). En este enfoque las personas que no ejercen el comercio, no corresponden a los principios del derecho mercantil.

Los objetivistas Joaquín Garrigues, Alfredo Rocco, Pradier-Fodere, entre otros, pensando en esta problemática deciden tomar una postura que incluya tanto a las personas que ejercen habitualmente el comercio como a aquellos sujetos que no hacen de ella su actividad primordial, basando sus definiciones en el llamado acto de comercio, sin incluir la calidad de las personas; manifiesta Quintana Adriano (2002, p. 66) “el Derecho Mercantil, siempre ha sido una combinación de ambos, en atención a que unas veces ha girado en torno a personas y otras en torno a la actividad mercantil que servía según el enfoque para definir la materia”. Derivado de dicha postura, diversos sistemas jurídicos como el español, francés y algunos hispanoamericanos deciden tomar como base la objetividad del acto de comercio.

Por otro lado, existen partidarios de un sistema mixto que toman en cuenta la necesidad de regular a los sujetos y actos que derivan del comercio, con ello se trata de que no subsistan lagunas legales en la materia, que excluyan la regulación de alguna institución. El maestro Mantilla Molina (2004) coincide con este aspecto doctrinario y define al derecho mercantil como “el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos” (p. 23). Otros juristas de renombre tienen afinidad con la citada postura como Cervantes Ahumada, Rafael de Pina Vara y Jorge Barrera Graf, este último con una clara tendencia hacia la empresa, al igual que el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez.

La postura adquirida en la presente tesis encuadra un aspecto mixto, debido a que la materia mercantil en la actualidad es muy extensa y sería demasiado arriesgado limitarse a unas cuantas figuras, de ahí que realizo una definición de **Derecho Mercantil** tratando de abarcar todos los elementos que componen esta rama jurídica, por lo tanto, *lo defino como aquel sistema de normas jurídicas tendientes a regular las figuras e instituciones que se originan o derivan del comercio, partiendo de su origen hasta su evolución con el transcurso del tiempo, así como los procesos o procedimientos judiciales y administrativos destinados a la solución de conflictos de carácter comercial.*

Al hablar del término evolución me refiero a un progreso, un desarrollo de una figura o institución mercantil, es inconcebible pensar que quede estática, se ha comprobado con el transcurso de los siglos que el ámbito mercantil evoluciona constantemente, cada día se busca la manera de obtener ingresos, lucrar y comerciar, de ahí que el sistema legal vaya a la par de esa evolución. Todo aquello que sea susceptible de circulación entra en el ámbito del derecho mercantil, ya sean cosas corporales o incorporales *v.gr*, créditos, moneda, billete, etc. Menciona un destacado

maestro “la nota distintiva para que los actos sean considerados dentro de la materia que nos ocupa es la intermediación, con fines de especulación y por ello quien los realiza, se dice, intermedia para llevar las cosas de quien las produce a quien las consume, ya sea, para su uso particular o bien para volver a realizar esa función de intermediación, y logra con ello generalmente una utilidad” (Vásquez del Mercado, 2003, p.27). Retomando anterior, la materia comercial o mercantil comprende a los comerciantes, actos de comercio, auxiliares y actos accesorios; el derecho mercantil no solo se basa en la idea del comercio, comprende aspectos que rigen leyes que no son mercantiles como hechos referibles a cualquier sujeto, objeto o negocio de comercio. Es importante mencionar el derecho mercantil se aplica a la materia mercantil, pero sólo a parte de ella, porque el derecho no rige situaciones que rigen otras leyes que sin embargo, caen en la materia mercantil como hemos visto.

Al haber analizado las posturas anteriores se tiene una idea más clara de derecho mercantil, ahora podemos hablar del porqué se le considera como un derecho especial y distinto al común. En nuestro sistema jurídico, la legislación desde sus orígenes (refiriéndonos al Código Lares de 1854) se caracterizó por incluir en su contenido una tendencia objetiva, esto es, que desde el Código de 1854 (artículo 6º), pasando por el de 1884 (artículo 3º) y finalmente el actual que data de 1889 (artículo 1º, 4º y 75) le son aplicables las normas mercantiles a cualquier operación, sin importar el sujeto que realizó la misma. Cabe destacar que en nuestro Código de Comercio vigente no existe una definición de acto de comercio, la legislación sólo se limita a enumerarlos y catalogarlos, de ahí el porque se puede considerar como incompleta la ley, ya que podrían existir actos que no comprendiera, pero existen actos de otras materias que tienen aplicación en la actividad comercial y que regulan normas propias de otras instituciones, asimismo hay actos que sin ser mercantiles y encontrarse regidos por otras leyes caen en la materia mercantil, por tal motivo el criterio objetivo en nuestras normas puede resultar en algunos ámbitos incompleto.

Existe controversia en cuanto a que el derecho mercantil debe ser catalogado como un derecho especial o como un derecho excepcional, con relación a dicha controversia el maestro De Pina Vara (2003) manifiesta “dentro del derecho privado, el derecho mercantil es, frente al civil un derecho especial, ya que del conjunto de las relaciones privadas del hombre rige singularmente aquellas que constituyen la materia mercantil” (p. 5). La postura del citado autor va encaminada a que el derecho civil regule las relaciones jurídicas entre personas limitado al ámbito particular, en cambio el derecho mercantil se encarga de regular relaciones, personas y cosas particulares, pero dichas figuras deben encuadrarse en lo que la ley mercantil establece. Por otra parte, no se puede catalogar a la materia mercantil como un derecho excepcional, debido a que existen figuras en el derecho mercantil que no son conocidas en el campo civil y por tanto, no se considera como una excepción ya que no existen esas figuras en la rama civil, es decir, no existe una regla general, por lo que, no se puede concebir una excepción a algo inexistente. Pero la controversia posee un antecedente, debido a que en la antigua Roma el *jus civile* era insuficiente, su legislación no tenía el alcance para regular los actos o relaciones que nacían del tráfico comercial, ya que al surgir nuevas figuras e instituciones de carácter mercantil como la sociedad anónima, títulos de crédito, etc., la norma civil quedó corta y surgieron lagunas legales. Existen principios básicos para sostener que la materia en estudio (mercantil), es de carácter especial y autónoma, el jurista Arturo Díaz Bravo (2002) lo sintetiza de la siguiente manera “ la existencia autónoma del derecho mercantil se explica porque, a diferencia del civil, es dinámico, ágil, no formalista, flexible, universalista y de fácil adaptación a las cambiantes necesidades del comercio, caracterizado desde siempre por su aptitud para aplicarse a la realización masiva de actos con propósito de lucro, expresiones todas ellas que no se dan en el ámbito de las relaciones civiles” (p. 6).

Lo citado en el párrafo anterior, muestra de manera clara y precisa porqué el derecho mercantil debe ser catalogado como *sui generis*, sus principios son muy



distintos al civil, en la solución de conflictos existen procedimientos mercantiles en los que su ejecución es de manera ágil, pronta, económica, tal es el caso del juicio ejecutivo mercantil, por citar alguno, en donde su ejecución se da con el autoadmisorio de demanda. El derecho mercantil actualmente es un derecho privado, autónomo de cualquier otra rama del derecho y *sui generis* o especial, distinto del común, nació y fue evolucionando debido a que un sector de la sociedad requería de lineamientos que regularan su actividad así como su organización interna y con las demás personas. En su legislación existieron polémicas trascendentales entre juristas doctrinarios, de un lado se encontraban los que estaban en pro de la unificación del derecho civil con el mercantil (entre ellos el italiano César Vivante), y por el otro lado los que opinaban que la unificación no era viable (Rocco, Vidari, Sacerdoti), a consecuencia de esto, algunos países como Suiza e Italia adoptaron la unificación creando un código único de obligaciones. Con base en lo estudiado decimos que el derecho mercantil para que logre autonomía total debe cumplir con tres aspectos importantes, el primero de ellos una autonomía doctrinaria, que en México actualmente se ha logrado ya que existen autores nacionales que han escrito grandes obras; en segundo término una autonomía legislativa, la cual se ha consolidado y con la evolución de las figuras jurídicas, la ley ha tratado de ir a la par, sin embargo, aún subsisten diversas lagunas legales. En nuestro país no se podrían unificar las legislaciones civiles y mercantiles, sólo en caso de una reforma constitucional, y toda vez que la facultad para legislar en materia de comercio (mercantil) corresponde al Congreso de la Unión (artículo 73 fracción X de la Carta Magna) ello da como resultado que sea materia federal, en cambio la materia civil es materia común debido a que las legislaturas de cada Estado de la Federación legisla sobre esta materia; por dichos motivos resulta a todas luces improcedente la unificación de los ordenamientos civiles y mercantiles; y finalmente una autonomía jurisdiccional, de la cual hablaremos y analizaremos a continuación. La esencia de que en nuestra República no

exista autonomía jurisdiccional radica en que adoptó el sistema italiano surgido en 1882 terminando en 1942, a *contrario sensu* del sistema argentino y francés donde existe autonomía y los jueces de primera instancia y tribunales de apelación de lo comercial conocen y resuelven solamente contiendas de tal naturaleza. Debido a esto, el legislador proclama la llamada jurisdicción concurrente plasmada en el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (vigente en 2008), en su fracción primera: “Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. **Cuando dichas controversias solo afecten solo intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal...**”.

Con relación a otras autoridades de carácter administrativo federal como la Procuraduría Federal del Consumidor, Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial poseen facultades jurisdiccionales mercantiles.

Cabe mencionar que existen grados de separación entre la materia mercantil y la civil, una de ellas se da cuando las normas sustantivas civiles y mercantiles son diversas, además de ser distinto el procedimiento judicial comercial del procedimiento civil. Es trascendente mencionar que en cuanto a leyes federales que se tratan, nuestro derecho mercantil tiene su base en el Código de Comercio vigente y en su artículo 75 enumera los considerados actos comerciales a efecto de poder catalogarlos.

b) EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO NATURAL. Al hablar de Iusnaturalismo es necesario referir sus antecedentes y autores que crearon polémica debido a las fuertes controversias que existen sobre si el derecho es natural o positivo, la principal polémica o cuestión radica en la relación entre derecho y moral; algunos

filósofos mencionan que el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está. Contrario a lo postulado por los iusnaturalistas, los llamados iuspositivistas basan su ideología en un argumento “lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales”, esto se traduce en algo concreto descrito por el pensador Guastini (2000, p. 112) “el positivismo jurídico es, dicho muy simplemente, una concepción según la cual las normas jurídicas nacen de actos humanos de voluntad (en última instancia de actos de lenguaje) y no de cosas ni del conocimiento de cosas.” Los positivistas jurídicos argumentan que solo existe el derecho que se cumple en una determinada época y en una determinada sociedad, los partidarios de la otra doctrina (iusnaturale) utilizan un término en su corriente: la “justicia”, en cambio el positivo se caracteriza por su valor formal sin tomar en consideración la justicia en su contenido. Con lo expuesto se tiene una idea clara de la postura iuspositivista y así entender el papel del iusnaturalismo en nuestra materia mercantil.

En Europa y en el mundo hispano se ha vinculado al iusnaturalismo con ciertas posturas políticas, la base propia del derecho natural dice un ilustre pensador “el derecho no está constituido sólo por lo que así se ha dispuesto por la sociedad o por sus autoridades, sino que hay ‘algo’ jurídico cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente” (L. Vigo, 1998, p.156). Los pertenecientes a esta postura le han llamado de diversas formas a ese algo, v.gr, Aristóteles “dikaion phisikon”, en Roma “ius naturale”, el escolástico “derecho o ley natural”, Nino “derechos humanos”, Villey “justicia”, Dworkin “principios jurídicos o principales”, Finnis “bienes humanos básicos”. Todos los fundamentos transcritos poseen algo en común el Ius naturale surge del humano, de algo parte de su ser como persona que posee solo por el hecho de pertenecer a la raza humana, sin ello no podría considerarse como tal, es una necesidad interna para poder convivir con los de su especie y con el mundo que lo rodea, no es algo creado por su inteligencia con el

objeto de obtener beneficios ya sean personales o sociales. Al respecto el maestro García Maynes (2004, p. 40) expone “se dice que el natural es el único auténtico, y que el vigente sólo podrá justificarse en la medida en que realice los dictados de aquél”.

En cuanto a los autores originarios o fuentes inspiradoras del derecho natural están las obras de Aristóteles y Tomás de Aquino, sus escuelas fueron denominadas de diversas maneras entre ellas “aristotélica tomista”, “realismo jurídico clásico”, “iusnaturalismo ontológico” o “iusnaturalismo católico”. Existen otros pensadores que tratan de explicar el origen o la definición del derecho por ejemplo Kalinowski menciona que el derecho es la conducta que le da al otro o no le saca lo que es suyo por autoridad humana o por naturaleza, Bender, Lachance, Greda entre otros argumentan que el derecho es la relación entre dos o mas personas, Urdanoz insiste en que el derecho en sentido propio es el derecho subjetivo, y Villey tomando una postura totalmente de justicia iusnaturalista reconoce que el derecho es la justa proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad. Teniendo los principios básicos de la postura Iusnaturalista comencare a relacionarlo con la materia mercantil, Aristóteles describe que en un orden donde la razón determina el obrar del hombre, los fines de éste serán el promover la justicia en la sociedad o su bien común.

El derecho mercantil como se ha estudiado surge de una necesidad de justicia, de regulación, de un bien común, de un orden social entre los comerciantes, el comercio es algo natural en el hombre desde sus orígenes ha tenido la necesidad de comerciar con sus semejantes, el derecho tiene por objeto lo justo o sea lo debido al otro. Desde los inicios de la humanidad siempre ha existido la justicia natural, esto es, el predominio de los fuertes sobre los débiles, así surge la materia mercantil, quien tiene mayor poder era y es el que puede lucrar en mayor grado en relación al comercio, es

decir, no nace netamente de normas, el regir conductas por medio de normas es propio de la moral y no del derecho, el derecho debe hacerse lo que es justo, debe omitirse lo que es injusto y a cada uno lo suyo, los anteriores son principios básicos del derecho mercantil. Pero no podemos cerrarnos a las posturas doctrinarias que explican el origen del derecho mercantil, su origen es muy distinto al funcionamiento del derecho mercantil, el origen es natural pero como se sabe y coincido con la postura de Hervada, todo derecho positivo deriva de un derecho natural, del que es desglose, extensión o complemento, solamente existe la raíz y el tronco, lo implícito y lo explícito, el origen y lo permanente, derecho escrito y no escrito (época sofista), es decir, lo “natural” y lo “positivo”. Afirmo que el derecho mercantil es natural debido a que lo constituye un conjunto de normas o reglas anteriores (por así decirlo) a toda ley escrita y nace de la conciencia de los individuos, antiguamente la humanidad contaba con grupos humanos que se regían por reglas de derecho natural que nacieron de la propia conciencia individual, no existía distinción general en los antiguos pueblos en el comercio, es decir, era aplicable a todos los hombres en Europa, América, Asia, etc., no cambiaba de pueblo a pueblo ni de una época a otra, poseía algunas modificaciones pero en esencia el comercio era el mismo, todo se basaba en lo justo, a darle a cada quien lo que pertenecía. Las personas tenían derechos y deberes dentro de la organización social (mercantil), etc., es decir, eran principios generales del derecho a que se debían recurrir a falta de disposiciones aplicables, los principios eran los mismos para todos y absolutamente inmutables, algunos en la actualidad los denominarían como derechos fundamentales o derechos humanos, lo anterior es plenamente *Ius Naturale*.

Retomaré tres posturas o definiciones de derecho natural elaboradas por tres grandes juristas, en primer término el destacado filósofo jurista García Maynes (2004) expone que “en el derecho natural la regulación justa de cualquier situación concreta, presente o venidera, y admite, por ende, la variedad de contenido del mismo derecho,

en relación con las condiciones y exigencias, siempre nuevas, de cada situación especial; sin que lo dicho implique la negación de una serie de principios supremos, universales y eternos, que valen por sí mismos y deben servir de inspiración o pauta para la solución de los casos singulares y la formulación de las normas a éstos aplicables” (p. 48), posteriormente Moto Salazar (2007) lo define como “conjunto de máximas fundamentales en la equidad, la justicia y el sentido común, que se imponen al legislador mismo y nacen de las exigencias de la naturaleza biológica, racional y social del hombre” (p. 9), por último Rafael de Pina (2003) lo conceptúa como un “Conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado.” (p. 236).

Las tres descripciones son suficientes para entender a grandes rasgos la doctrina natural, poseen todos los elementos o principios base, en la actualidad el derecho mercantil es natural y positivo a la vez, su origen es natural, pero lógicamente se complementa con normas creadas por el legislador con el afán de solucionar conflictos con mayor eficacia y quedar plenamente establecidos derechos y obligaciones no solo de los comerciantes sino de todos aquellos individuos que están inmersos en el derecho mercantil. Debido a que el comercio en nuestros días es fuente de ingresos y de vida de la mayoría de las personas, cabe precisar que el derecho natural se complementa con el positivo y viceversa.

c) DERECHO MERCANTIL ELECTRÓNICO. La materia mercantil ha evolucionado constantemente, desde su nacimiento han existido cambios radicales en cuanto a su forma de operar y en la actualidad el derecho mercantil posee distintas herramientas para su funcionamiento, entre ellas el comercio.

El comercio es una actividad ancestral del ser humano, ha evolucionado de muchas maneras, pero su significado y fin es siempre el mismo. Moto Salazar (2007) describe que: “El comercio, en su acepción económica, consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro.” (p. 9). El comerciante es aquella persona que ejerce el comercio y como establece el Código de Comercio en su artículo 3º “Se reputan el derecho de comerciantes: I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria”. De Pina Vara Rafael (2003, P. 167) concluye “La denominación de Derecho Mercantil o Derecho Comercial únicamente tiene en la actualidad un significado convencional, que encuentra su razón de ser en la tradición y en el reconocimiento de la ley”. Teniendo una idea general de lo que se entiende por comercio, podemos hablar de una rama del comercio, el llamado comercio electrónico.

El desarrollo de la tecnología en las últimas décadas y en especial la de la información, la telecomunicación y como consecuencia la utilización de las redes de telecomunicaciones, la amplia difusión y aplicación de internet, federación de redes de acceso general, una infraestructura compartida, constituida por protocolos, que enlaza computadoras esparcidas en todo el mundo, ha permitido a las personas comunicarse desde cualquier punto geográfico casi o instantáneamente y de diferentes maneras, lo que ha hecho posible realizar operaciones a distancia, ofrecer bienes y servicios, ingresar en una biblioteca, copiar imágenes, etc.

León Tovar (2007, p. 87) define al comercio electrónico como: “el conjunto de actos de intermediación de bienes y servicios por mensajes de datos transmitidos por medios electrónicos, ópticos o similares, comprende tanto las ofertas de contrato como los actos y contratos comerciales que se celebran a través de medios

electrónicos, ópticos o similares (como internet, correo electrónico, intercambio electrónico de datos (EDI), facsímil, telegrama o télex, tales como la agencia, compraventa, concesión de licencias, comisión, consignación, consultoría, etc., que se celebran por mensajes de datos; así como los contratos celebrados para la venta de bienes o prestación de servicios relacionados con medios electrónicos de información, y los actos y obligaciones ejecutados a través de mensajes.”

El comercio electrónico no reemplazará al comercio tradicional, en todo caso, el comercio tradicional puede reforzarse con comercio electrónico. El gran comercio electrónico es un objetivo restringido a unos pocos empresarios, sólo aquellos que en el mundo real son capaces de poner en marcha y mantener una superficie comercial. Esta rama se ha definido como cualquier forma de transacción comercial en la que las partes (clientes, empresas y administración gubernamental) interactúan y hacen negocio de forma electrónica; específicamente, el comercio electrónico empresa-consumidor es aquel que se refiere a las relaciones de negocio entre el productor y el consumidor final. Dichas relaciones se pueden describir en términos de canales que tanto productos como servicios pueden tomar en el camino para llegar a su destino, en este caso a los clientes. Los canales pueden ser de diferentes tipos; canales de publicidad (anuncios de productos y/o servicios que se ofrecen), canales de procesos de pedido (órdenes bajo pedido, comentarios, información), y canales de soporte (actividades post-compra, atención al cliente).

Las empresas que no sean capaces de modificar su organización y sus procesos de comercialización para explotar los beneficios de esta forma de hacer comercio, no podrán sobrevivir, o bien sus beneficios serán muy limitados. Conjugando estas definiciones podemos decir que el comercio electrónico es una metodología moderna para hacer negocios que detecta la necesidad de las empresas, comerciantes y consumidores de reducir costos, así como mejorar la calidad de los bienes y servicios,



además de mejorar el tiempo de entrega; por lo tanto, no debe seguirse contemplando al comercio electrónico como una tecnología, sino que es el uso de la tecnología para mejorar la forma de llevar a cabo las actividades empresariales.

En cuanto a sus antecedentes cabe mencionar que a principios del año 1920 en los Estados Unidos de América apareció la venta por catálogo, impulsado por las grandes tiendas de mayoreo. A mediados de 1980, con la ayuda de la televisión, surgió una nueva forma de venta por catálogo, también llamada venta directa, de esta manera, los productos son mostrados con mayor realismo, y con la dinámica de que pueden ser exhibidos resaltando sus características, dicha venta directa es concretada mediante un teléfono y usualmente con pagos de tarjetas de crédito en el sector público el uso de estas tecnologías para el intercambio de datos tuvo su origen en las actividades militares.

A fines de los años setentas el ministerio de defensa de Estados Unidos de América inicio un programa de investigación destinado a desarrollar técnicas y tecnologías que permitiesen intercambiar de manera transparente paquetes de información entre diferentes redes de computadoras, el proyecto encargado de diseñar esos protocolos de comunicación se llamo "Internetting project" (de este proyecto de investigación proviene el nombre del popular sistema de redes), del que surgieron el TCP/IP (Transmission Control Protocol)/(Internet Protocol) que fueron desarrollados conjuntamente por Vinton Cerf y Robert Kahn y son los que actualmente se emplean en Internet. A través de este proyecto se logró estandarizar las comunicaciones entre computadoras y en 1989 aparece un nuevo servicio, la WWW (World Wide Web, Telaraña Global), cuando un grupo de investigadores en Ginebra, Suiza, ideo un método a través del cual empleando la tecnología de Internet enlazaban documentos científicos provenientes de diferentes computadoras, a los que podían integrarse recursos multimedia (texto, gráficos, música, entre otros). Lo más importante de la

WWW es su alto nivel de accesibilidad, que se traduce en los escasos conocimientos de informática que exige de sus usuarios. El desarrollo de estas tecnologías y de las telecomunicaciones ha hecho que los intercambios de datos crezcan a niveles extraordinarios, simplificándose cada vez más y creando nuevas formas de comercio, por lo que en este marco se desarrolla el comercio electrónico.

En México desde la ley reglamentaria del servicio público de Banca y crédito del 14 de enero de 1995, se admitió la validez de cierta información contenida en sistemas informáticos. Posteriormente, antes del 29 de mayo de 2000 no existía en nuestro país ninguna norma que reconociera expresamente la validez a las operaciones realizadas por medios electrónicos o similares, a pesar de que dichas operaciones ya se venían practicando; por lo que fue hasta el 29 de abril de 2000, cuando dos iniciativas de reforma se aprobaron en el Código de Comercio, para establecer un título especial dedicado al comercio electrónico, tomando en cuenta la necesidad de regular de manera específica la contratación a distancia, o aquellas en que las partes no están físicamente presentes, reconocer dichas operaciones y dar valor probatorio al uso de medios electrónicos en los procesos administrativos y judiciales, sin que quede al arbitrio del juez considerar su validez probatorio en caso de controversia.

Actualmente el comercio electrónico se encuentra regulado en el Código de Comercio dentro del libro segundo “Del comercio en general”, en el Título Segundo “Del comercio electrónico”.

**CAPÍTULO 2**  
**LOS CONTRATOS EN EL DERECHO MERCANTIL**

En el capítulo que nos ocupa, abordamos una de las figuras jurídicas más utilizadas y prácticas en el Derecho comercial en México, “el contrato mercantil”. Para entender su creación y funcionamiento, es necesario estudiar la supletoriedad que opera en el Derecho Mercantil; la materia común o civil, por ser la rama del Derecho que da origen al contrato mercantil, otorga un amplia gama de conceptos doctrinales y legales, por lo que es de vital importancia, conocer sus elementos de existencia y validez. Como se ha mencionado, no se podría analizar jurídicamente la figura contractual, sin conocer su origen, por tal motivo, en el presente capítulo continuo con la naturaleza jurídica de este tipo de convenio y la normatividad aplicable. Por último, el contrato se define como mercantil, debido a los elementos que lo conforman, logrando su propia clasificación y teorías que lo rigen actualmente en nuestra legislación.

## **2.1. Conceptos doctrinales y legales**

Con el propósito de vislumbrar y estudiar con mayor claridad el concepto de contrato mercantil, es necesario abordar el tema de las obligaciones civiles. El contrato es un derecho personal consistente en que una persona puede exigir de otra una prestación, hecho o abstención, es decir, estamos en presencia de una obligación civil que en voz De Pina Vara Rafael (2003, p. 385) es: “La relación jurídica establecida entre dos personas, por la cual una de ellas (deudor), queda sujeta para otra (acreedor), a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor”. Así pues, las obligaciones civiles son la base de nuestro derecho mercantil, únicamente lo que delimita su naturaleza (mercantil) es el acto de comercio o relación entre particulares (actos que producen efectos jurídicos dentro del ámbito de la realidad reservada a la regulación de la legislación comercial); en tales circunstancias

no existe un concepto de obligación mercantil, se rige por la obligación civil porque posee los mismos elementos, existen cuando menos dos obligados y el vínculo jurídico, con la salvedad que la obligación mercantil trata de prestaciones o abstenciones de tal naturaleza.

El contrato en el Derecho Romano antiguo fue denominado con el término *contractus* (latín) participio pasado del verbo *contrahere*, los romanos manifestaban que el contrato era el origen del *vinculum juris*, en la actualidad considerado como un acto jurídico típico o atípico (por no tener regulación o disciplina en la legislación) proveniente del vocablo *contractum*, *coherente* que significa asumir, contraer una carga u obligación, en el que existe un acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones que produce efectos de derecho. Para Galindo Garfias (1996) “el convenio es un simple acuerdo de voluntades, es un sinónimo de pacto.” (p. 69). El artículo 1793 del Código Civil del Distrito Federal vigente establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Para la existencia en un contrato se requieren los siguientes elementos:

- a) El **consentimiento** que puede ser tácito (resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que lo presuman, con excepción legal o por convenio de voluntad expreso) o expreso (la voluntad se manifiesta verbalmente, ya sea por escrito, medios electrónicos, ópticos, signos inequívocos u otra tecnología) y consiste en una declaración de voluntad común de ambos contratantes para celebrar el acto, es decir, que exista un acuerdo de manera clara. El consentimiento no es válido si media el error, el dolo o la violencia.
- b) **Objeto.**- Prestación de dar bienes o prestar servicios que sean traducidos en el cumplimiento de la causa del contrato, es decir, la cosa materia del

contrato y para que este objeto sea válido necesita existir en la naturaleza y en el comercio, ser determinada o poderse determinar en un momento dado, tendrá que ser lícito y posible física y jurídicamente. Dentro del objeto encontramos una subdivisión: el directo e indirecto. El directo es aquella prestación de hacer, que se traduce en entregar un bien o servicio, en cambio el indirecto es la cosa misma, los bienes y servicios. Algunos autores como Bejarano Sánchez (2000) afirman: “existe un tercer elemento de existencia, la solemnidad, al respecto señala, en México, en principio no existen actos solemnes y por ello el legislador no incluyó la solemnidad entre sus requisitos de existencia, sin embargo, sí hay otros actos jurídicos solemnes, como el matrimonio” (p. 43).

Aparte de contar con requisitos de existencia, la configuración del contrato requiere de elementos de **validez** como:

- a) **La capacidad.**- Es la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones y con ello ejercitarlos, el Código Civil Federal (CCF) en su artículo 1798 presume la capacidad al regular que solo los que no se exceptúan por la ley son capaces (artículo 450 CCF de la incapacidad de ejercicio) lo anterior si se trata de personas físicas, en caso de las morales por medio de representantes legales. Aunque existen casos de inhabilitación para ejercer el comercio y con ello no pueden contratar comercialmente, el Código de Comercio no exige una capacidad especial para contratar, mucho menos que sean comerciantes, basta con que tengan capacidad legal para ello; existe la capacidad de goce (la poseen todas las personas) y de ejercicio (se adquiere con la mayoría de edad a los dieciocho años cumplidos).

- b) **Forma.-** Son las exigencias que determina la ley para la realización del contrato.
- c) **Ausencia de vicios** en el consentimiento, es decir, que no medie el error (creer en verdadero lo que es falso y viceversa, una falsa apreciación de la realidad, se tiene el conocimiento pero equivocado); dolo (todo lo que se emplee para inducir al error o mantener en él a algún contratante); violencia (amenazas o fuerza física sobre una persona con el objeto de que exprese su voluntad aunque no la desee) ésta puede ser física o moral; lesión (cuando se obtiene un lucro excesivo explotando la ignorancia, inexperiencia o miseria de otro) y mala fe (aunque se conozca el error, se disimula), si no el acto será afectado de nulidad.
- d) **Licitud** en el objeto (a lo que se obliga el deudor), motivo o fin (el propósito de la obligación) del acto. Lo anterior se encuentra regulado en el libro cuarto “De las Obligaciones” del Código Civil para el Distrito Federal (vigente en 2008), así como en nuestro Código Civil Federal vigente que es la norma que reconoce al Código de Comercio como ley supletoria en su artículo segundo. “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicables en materia federal.”

Nuestra legislación mercantil actualmente no regula estos elementos de existencia y validez, pero existe la supletoriedad de la ley, al remitirnos a la legislación común tal como lo expresa el artículo 81 del Código de Comercio vigente al señalar que se aplicarán a los actos de comercio las disposiciones del derecho civil en lo concerniente a la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescindirán o invalidarán los contratos. Lo que distingue al contrato de otros actos jurídicos radica en los siguientes elementos característicos: a) es un negocio jurídico

bilateral; b) nace del consentimiento entre partes; c) posee como principal objeto la creación o transmisión de derechos, d) creación de normas jurídicas individualizadas, y, por último, un destacado civilista añade: “e) relaciones jurídicas que surgen del contrato deben ser estimadas en dinero.” (Galindo Garfias, 1996, p. 87) El efecto primordial de un contrato reviste en crear situaciones jurídicas pero especialmente en su cumplimiento, ya sea que se trate de la entrega de un objeto, la prestación de algún servicio o una abstención.

El Código de Comercio vigente, regula a los contratos mercantiles en el libro segundo denominado “Del Comercio en General”, Título Primero “De los Actos de Comercio y de los Contratos Mercantiles en General”, Capítulo II “De los Contratos Mercantiles en General”, a partir del artículo 77 al 88. En dichos preceptos no existe un concepto de contrato mercantil, en los dos primeros numerales emplea el término “convención”. Algunos autores distinguidos como Von Savigny señala que la convención es la reunión de varias declaraciones en una concordante de voluntad que determina relaciones legales de derecho público o privado, la convención puede ser o no jurídica; ella es el género y el contrato la especie, de modo que para que sea contrato se requiere que produzca obligaciones jurídicas. En resumen, el contrato se puede definir diciendo que es una convención jurídica productiva de una obligación civil.

El artículo 77 del citado código regula que “Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio,” asimismo el siguiente artículo a la letra apunta: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”, dicho artículo reitera que todos los actos contrarios a la ley son nulos y que no exige formalidad alguna para que los contratos mercantiles tengan validez.



Por lo tanto, entendemos a la convención como un acuerdo de voluntades que se pacta con libertad entre partes, o a los actos jurídicos ya sean bilaterales o plurilaterales, se trate de convenios o contratos, es decir, el negocio jurídico.

En los artículos siguientes sí se emplean los términos jurídicos convenio y contrato mercantil para abarcar otros temas como solemnidad, supletoriedad de la ley común, morosidad, cómputos, domicilio o lugar en donde se generaron las obligaciones mercantiles para efecto de cumplimiento, especie, calidad de mercancías y pena de indemnización por incumplimiento. Lo anterior demuestra que posiblemente en la legislación mercantil mexicana no existe un concepto preciso de contrato mercantil, pero utiliza el término convención mercantil como un tipo de sinónimo en algunos casos, aún así el legislador no define el vocablo, de ahí la importancia de remitirse al derecho común, como anteriormente lo señalé.

Al no existir una definición legal de contrato mercantil, es necesario establecer que el contrato es de carácter mercantil por el **sujeto** que lo realiza, específicamente el comerciante, aunque cabe aclarar que existen actos mixtos como más adelante se estudiará, *v.gr.* compraventa, depósito bancario, franquicia, etc.; por su **objeto**, esto es, que se trate de una obligación sobre cosas mercantiles, por ejemplo una cesión de créditos, de títulos o de empresa, una comisión, reporto de títulos, etc.; por su **finalidad**, es decir, que exista una interposición en el cambio de mercancías y servicios, y una especulación comercial *v.gr.* un préstamo mercantil; por último que simplemente se trate de un **negocio mercantil**. La distinguida jurista León Tovar (2007) analiza al respecto “No se puede dar una definición de contrato mercantil, los contratos son intrínsecamente mercantiles cuando su mercantilidad es inherente a la naturaleza misma y a la función económica característica de la operación.” (p. 8). En este tipo de contratos las partes que intervienen realizan un acto de comercio los cuales se encuentran enumerados en el Código de Comercio en los artículos 4º, 75 y

76. Mantilla Molina (2004) refiere que en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y otras leyes de carácter económico también encuadran actos de comercio, al igual De Pina Vara (2003) expresa que en los artículos 358 y 576 del mismo ordenamiento se encuentran actos de comercio. Es importante mencionar que puede existir confusión en la naturaleza del contrato o acto jurídico, tal es el caso de los actos mixtos en donde una de las partes realiza un acto de comercio y la otra un acto meramente civil, es donde surge la cuestión en caso de un litigio ¿qué legislación aplicar? ¿mercantil o civil? por ejemplo, al realizar una compraventa de un pantalón, el comerciante está especulando económicamente con esa transacción, a contrario del consumidor, para él será solo de carácter civil. El artículo 1050 del Código de Comercio (vigente en 2008) señala que se regirá conforme a las Leyes mercantiles en razón de lo siguiente: “Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.”

Habiendo analizado los conceptos doctrinales y legales del contrato mercantil sostengo que doctrinariamente no existe un concepto universal de contrato mercantil, la mayoría de los juristas remiten al derecho común, tal como lo establece el artículo segundo de nuestro Código de Comercio al regular la supletoriedad en materia civil, sin embargo, toman como concepto el consagrado en el artículo 1793 del Código Civil Federal o para el Distrito Federal, solamente lo encuadran en relación al sujeto que lo celebra, su objeto y finalidad. Existen autores que en sus obras ni siquiera intentan definir el contrato mercantil, dan por sabido que la definición de esta fuente del derecho es la que establece la legislación civil. Al igual que en nuestra doctrina el contrato mercantil no tiene definición cierta en el Código de Comercio vigente, el capitulado “De los Contratos Mercantiles en General”, solo establece ciertas especificaciones, pero no un concepto, utiliza términos como convención, contratos y

convenios, que en algunos casos parece utilizarlos como sinónimos. En esa tesitura y tratando de abarcar todos los elementos legales y doctrinarios posibles defino al contrato mercantil como sigue: *El contrato mercantil es el acuerdo celebrado entre dos o más personas, que crea o transfiere derechos y obligaciones de carácter comercial, ya sea para ambas partes o solo para una de ellas, caracterizado por asumir un objeto y una finalidad lucrativa.*

## **2.2. Naturaleza Jurídica**

En párrafos anteriores se comentó un poco del origen de los contratos, pero en lo sucesivo se estudiará más a fondo la naturaleza jurídica de este tipo de convenios. Al hablar de un contrato ya sea mercantil o de otra índole, es necesario conocer el origen, es decir, la naturaleza de ese acto jurídico tan trascendental en nuestra sociedad y nuestra legislación. El contrato proviene inicialmente de los derechos que poseemos los individuos en general, los cuales pueden ser objetivos y subjetivos; el primero de ellos es menciona un jurista “el conjunto de las normas que forman el sistema jurídico positivo de una nación” (De Pina Vara, 2003, p. 238), y el segundo es aquel que constituye un interés, un derecho o una facultad de un sujeto de obtener algo, un resultado que se encuentra jurídicamente protegido. Estos dos tipos de derechos se encuentran íntimamente ligados debido a que el origen y alcance de los derechos subjetivos provienen del derecho objetivo, en concreto de las normas jurídicas. De estos derechos subjetivos inicialmente deriva el contrato, pero en esta división doctrinaria de derechos patrimoniales se encuentra otra subdivisión, los derechos reales y personales o de crédito.

Al caso Bejarano (2000) indica que: “El derecho real es la facultad o poder de aprovechar autónoma y directamente una cosa (del latín res: ‘cosa’),” (p. 3) es decir,

una facultad o poder directo que posee el derechohabiente sobre una cosa, ya sea en totalidad o en ciertos aspectos. En cambio, el derecho personal no se ejerce sobre ciertas cosas sino sobre personas, es decir, es la facultad que corresponde a una persona (sujeto activo) para poder exigir a otra (sujeto pasivo) una determinada conducta ya sea que se trate de un hacer (hecho), de un no hacer (abstención) o entregar una cosa. El contrato independientemente del tipo que lo caracteriza, ya sea mercantil, civil, administrativo, etc. es un derecho personal que consta de tres elementos estructurales: los sujetos, el objeto y la relación jurídica. Al derecho personal se le denomina también derecho de obligación, existen juristas que los catalogan como sinónimos, pero la contraparte manifiesta que en sentido estricto no significan lo mismo, este es el caso de Gutiérrez y González (2000) quien señala: “la obligación en sentido lato es un derecho de crédito o personal, pero no en sentido estricto, ya que a la especie se le puede designar con el nombre del género, pero que a una obligación que nace de una declaración unilateral de voluntad no puede llamársele derecho de crédito o personal, pues éste precisa de un deudor y un acreedor” (p. 145), es viable lo que manifiesta el distinguido autor, debido a que el derecho personal se puede ver desde dos puntos de vista y dependiendo de ese enfoque, se le puede denominar de distinta manera, por ejemplo, los que lo aprecian desde la perspectiva del acreedor lo perciben como la simple facultad de exigir a otro sujeto una prestación, es decir, el simple derecho de exigencia, pero desde el enfoque del deudor, o sea un enfoque pasivo, sí se le puede considerar como una obligación o una necesidad de cumplir algo, una prestación. Considero que el concepto de obligación es sinónimo de derecho personal ya que ambos enfoques conforman la unidad del vínculo jurídico entre partes, independientemente del enfoque que se tenga siempre existirá ese lazo entre sujetos ya sea de exigir o de cumplir una prestación, tal como se demuestra con los siguientes conceptos de obligación. Citare diversos conceptos con el objeto de entender mejor esta figura jurídica, comencemos con un

concepto romano de Justiniano que cita Bejarano (2000) “es el vínculo jurídico, que constriñe a la necesidad de entregar alguna cosa a otro según el derecho de la ciudad (*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*)” (p. 4), tal definición es muy adecuada pero al parecer incompleta debido a que sólo la enfoca a la entrega de la cosa, dejando a un lado el hacer o no hacer, aún así para la época funcionaba, de ahí que siempre los conceptos jurídicos deben ir a la par de la evolución del derecho y a las necesidades de la sociedad. Efraín Moto Salazar (2007) la define como “ el vínculo jurídico en virtud del cual una persona llamada deudor está constreñida (obligada) a dar a otra, llamada acreedor, una cosa, o a realizar un hecho positivo o negativo”. (p. 231)

Vásquez del Mercado (2003, p. 149) considera: “el vínculo jurídico por el que una persona está sujeta respecto de otra, a una prestación, a un hecho o a una abstención y esta otra, no es sino aquella que tiene un derecho personal”. De igual forma De Pina (2003) citando a Borja Soriano la conceptúa como: “la relación jurídica establecida entre dos personas, por la cual una de ellas (llamada deudor), queda sujeta para otra (llamada acreedor), a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor.” (p. 385). García Maynes (2004, p. 195) hace una reflexión acerca de las obligaciones, dividiéndolas en naturales y civiles señalando “en el caso de las civiles, el titular del derecho correlativo posee, además de la facultad de reclamar la prestación, la de pedir la ejecución forzosa; en el de las naturales, tiene únicamente el derecho a determinada prestación” tal reflexión no especifica un concepto pero abarca el aspecto activo (derecho personal) y pasivo (obligación) del vínculo jurídico. León Tovar (2007, p. 35) define a la obligación de una manera concreta y completa “vínculo jurídico por el cual una persona llamada deudor se constriñe frente a otra denominada acreedor a cumplir una prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer.”

Retomados los conceptos de diversos juristas distinguidos, defino la *obligación como la relación o vínculo jurídico existente entre un sujeto acreedor de algún derecho o prestación de dar, hacer o no hacer que se hace exigible ante el sujeto deudor.*

El anterior concepto comprende los elementos principales de una obligación como son:

1. Los Sujetos: Acreedor y Deudor.
2. El objeto: Dar, Hacer y No Hacer (ya sea una prestación económica o no económica).
3. La relación Jurídica o vínculo de Derecho.

La obligación produce o genera un contrato, pero seguiré con la auténtica naturaleza jurídica del contrato mercantil, esto es la obligación mercantil. Autores como De Pina Vara (2003, p. 386) la define lisa y llanamente como “aquella que tiene por objeto una prestación de naturaleza mercantil”, Vásquez del Mercado (2003, p. 150) como “la obligación mercantil constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil”. Como quedó establecido con estos conceptos, no existe una definición de obligación mercantil diferente a la civil, solamente es adecuar los elementos esenciales y darles un enfoque meramente mercantil, debido a que el acto que la origina es de esa naturaleza. Lo anterior al parecer es sencillo, pero no lo es, debido a que en la materia mercantil existe la supletoriedad del derecho común en lo que concierne a la materia de obligaciones, tal situación crea incertidumbre legal y un vacío en cuanto se refiere a un capitulo especial de obligaciones mercantiles.

El Derecho Mercantil posee peculiaridades muy distintas a las del derecho civil, son más las diferencias que semejanzas entre ambas ramas del derecho. Es necesario que los legisladores de nuestra República tomen en cuenta esta inquietud general ya que diversos juristas como Sánchez Calero, Arce Gargollo, Vázquez del Mercado, Castrillón Luna, entre otros han hecho extensos análisis sobre este tema. Por ello esta reforma es necesaria debido a que como nos hemos percatado, la evolución del comercio o del derecho mercantil ha sido constante y muy rápida y aparejada a esta evolución surgen nuevos conflictos de naturaleza jurídica mercantil.

El Código de Comercio en materia de obligaciones no regula nada al respecto, de ahí que sea necesario una regulación exacta de las obligaciones mercantiles con sus respectivas peculiaridades que abarca la materia mercantil; en dicha legislación mercantil no hay separación entre disposiciones sobre obligaciones y sobre contrato o convenio. Al respecto Castrillón y Luna (2006) realiza una propuesta adecuada, al manifestar lo siguiente: “con el afán de resolver de una manera integral y definitiva el problema que nos ocupa, nos pronunciamos por la adopción de un sistema en el que se incorpore al Código de Comercio una teoría general de las obligaciones mercantiles, que resulte completa y adecuada a las necesidades tanto del comercio como de carácter financiero, que haga ya innecesario utilizar la contenida en la legislación civil.” (p. 33).

Las obligaciones civiles por lo general quedan estáticas y tranquilas en comparación con las obligaciones de tipo mercantil ya que éstas siempre se encuentran en constante y perfecto movimiento, se podría decir que es un medio de cambio. Las obligaciones mercantiles poseen sus propias fuentes, entre ellas las fuentes formales como la Ley, la costumbre, los usos mercantiles y la jurisprudencia, las fuentes reales y los principios generales del derecho (la teoría de la imprevisión). Tan importantes son las obligaciones mercantiles que existen modalidades como la

solidaridad, la onerosidad, la moneda de pago, la cláusula de ajuste, el término y la mora, la cláusula penal, el lugar de pago, especie y calidad, la adhesión mercantil, la prescripción y la caducidad, la consensualidad mercantil y el pacto de exclusiva. En la legislación vigente las obligaciones mercantiles no poseen un capitulo específico o alguna teoría general o especial de las obligaciones y en el aspecto doctrinal existen algunos conceptos aunque son pocos los juristas que estudian con especial atención el tema de obligaciones mercantiles.

En la formación de los contratos mercantiles se aplicarán las mismas normas generales de la materia común ya que forman parte del derecho general de las obligaciones, esto sucede basándonos en los elementos de existencia (se requieren para que surja o nazca el acto jurídico) y validez (el acto ya nació, se enfocan a su perfeccionamiento y que no posea vicios) de los contratos mercantiles.

El contrato mercantil es considerado un acto jurídico, según la doctrina nacional y la teoría general del contrato existen hechos jurídicos que para su existencia requieren una declaración legal que esté vinculada a que produzca un determinado efecto jurídico o consecuencia de derecho. Estos hechos jurídicos se clasifican en de estricto sentido (*stricto sensu*) y actos jurídicos o como lo maneja la doctrina germano-italiana negocios jurídicos (cabe destacar que nuestro Código Civil Federal o para el Distrito Federal no reconoce el término negocio jurídico).

Algunos autores coinciden en que los hechos jurídicos *stricto sensu* son los acontecimientos de la naturaleza o relacionados con el hombre en los que no interviene su voluntad o aunque intervenga, es irrelevante para la producción de consecuencias de derecho, pues basta que tal hecho se ubique dentro del supuesto de la norma para que produzca las consecuencias previstas en ella. Así en el contrato mercantil interviene la voluntad del hombre, de ahí que se le considere como un acto jurídico ya que éste consiste en un acontecimiento llevado a cabo por el hombre a



través de su voluntad directa que produce consecuencias de derecho, esta voluntad siempre tiene como objetivo primordial llegar a un fin jurídico que se traduce en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, o ya sea la constitución de una situación jurídica general y permanente que implique el nacimiento de derechos y obligaciones, hay que recordar que este acto jurídico debe ser efectivo. Díaz Bravo (2002, p. 23) menciona que “los actos jurídicos son fruto de la voluntad humana desplegada con la intención de producir consecuencias jurídicas. Un buen ejemplo son los contratos.” Cabe destacar lo que alude al respecto Bejarano Sánchez (2000) “los actos jurídicos hacen nacer obligaciones; por eso se dice que son fuente de las obligaciones.” (p. 121).

### **2.3. Normatividad aplicable**

El Código de Comercio es una de las normas que poseen relación o que regulan de manera especial a los contratos mercantiles, en él existe un capitulo específico de contratos mercantiles; el capítulo Segundo denominado “De los Contratos Mercantiles en General” está inmerso en el Libro Segundo “Del Comercio en General” en su Título Primero titulado “De los Actos de Comercio y de los Contratos Mercantiles en General”. Este Capítulo Segundo consta de doce artículos que van del 77 al 88, aunque hay juristas que incorporan el Título Segundo “Del Comercio Electrónico” como contratos mercantiles abarcando dieciocho artículos, a mi parecer es dable incorporarlos a contratos mercantiles, sin embargo ahora me enfocaré al sentido literal de los capítulos recordando que con esta reglamentación sólo abarca una pequeña parte de los contratos mercantiles, sin dejar a un lado la supletoriedad del Código Civil Federal (Art. 2º y 81 Código de Comercio).

Estos artículos regulan de manera muy general y hasta cierto punto incompleta a los contratos mercantiles, debido a que no utiliza términos específicos, en algunos de estos preceptos legales llega a utilizar términos como convención, convenio, obligaciones y contrato mercantil como una especie de sinónimos o los utiliza de forma indistinta, aún cuando sabemos que cada término posee su propia naturaleza jurídica y significado distinto. En sus primeros artículos denota claramente lo comentado, al establecer la ilicitud de las convenciones mercantiles regulando que éstas no producirán obligación ni acción aunque se trate de operaciones de comercio, cabe precisar que este precepto suena un poco innecesario debido a que todos los actos que sean contrarios a la ley son ineficaces. Dicho artículo reconoce al acto jurídico mercantil relacionado a su existencia y consecuencia, en el derecho común lo anterior se encuentra regulado en el artículo 8º del Código Civil Federal. León Tovar (2007) interpreta el artículo 77 de la siguiente manera: “de acuerdo con los artículos 2º, 77 y 81 del Código de Comercio un contrato mercantil contrario a las normas de orden público o las buenas costumbres no producirá obligación ni acción en juicio: será nulo; pero para determinar su nulidad habrá necesidad de precisar esos conceptos difíciles de “orden público”, “buenas costumbres”, leyes prohibitivas” o de “interés público.”

El siguiente artículo establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, dicho numeral es discutido por diversos juristas entre ellos Arturo Díaz Bravo (2002) que expone: “solo como fruto de un inconcebible desconocimiento de la vida comercial podría pretenderse la vigencia práctica del artículo 78, del Código de Comercio; a nadie escapa que la arrolladora formalidad documental casi no admite excepciones en la práctica.” (p. 34) En primer término el artículo citado no distingue entre convenio, contrato o convención, al parecer pretende abarcar cualquier acto

jurídico mercantil ya sea bilateral o plurilateral y algunos autores como León Tovar manifiesta que también incluye negocio jurídico, aunque no lo regule el derecho mercantil mexicano, pero sí en el Código Fiscal de la Federación en diversos artículos (3060, fracción III y 3061 frac. VI), la libertad de las partes para contratar es muy importante pero debido a la nueva vida comercial en algunas ocasiones (o en la mayoría) las partes no tienen posibilidad de discutir las cláusulas, en algunas situaciones se ven forzadas a contratar en condiciones que no precisamente van de acuerdo con su voluntad. Regula al respecto el Código Civil Federal en los artículos 6° (la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley), 7° (renuncia de derechos privados sin afectar intereses sociales o públicos), 8° (nulidad de actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas o interés público) y 1831 (ilicitud de hechos contrarios a las leyes de orden público o buenas costumbres).

Con la regulación de los contratos mercantiles en general, sigue el artículo 79, el cual previene que aquellos contratos a los que la ley exige cierta formalidad o solemnidad (la escritura pública) necesaria para su eficacia y los que se celebren en país extranjero con ciertos requisitos exigidos por la ley, no producirán obligación ni acción en juicio, esto es, que ante la falta del requisito de escritura pública se hablaría de un nulidad absoluta del contrato, debido a que se trata de una restricción legal encuadrada en el Código de Comercio. Este artículo se relaciona directamente con el artículo 82 regulando lo concerniente a los corredores que intervienen en el contrato, en donde los contratos se perfeccionarán cuando los contratantes firmen la minuta correspondiente.

El artículo 80 menciona a los contratos y convenios mercantiles desde otro punto de vista ya que regula contratos por correspondencia, telégrafo, medio electrónicos, ópticos u otra tecnología, pero lo relevante de este precepto es su forma de perfeccionamiento, surge la duda por lo general ¿en qué momento queda

perfeccionado el contrato?. Si el mensaje de datos contiene la aceptación de una oferta, el contrato se forma en el momento de su recepción; si se tratara de una oferta de contrato surtirá sus efectos desde el momento de la recepción en el lugar que designe el destinatario o en el momento en que tiene conocimiento cuando no fue designado lugar, en ambos casos el oferente se desliga de la oferta si no recibe inmediatamente su aceptación (Artículo 1805 Código Civil Federal), lógicamente este artículo se encuentra íntimamente ligado con el Título Segundo “Del Comercio Electrónico” (Art. 89 Código de Comercio). Lo anterior en cuanto a la teoría de la aceptación fue modificada con la reforma del veintinueve de mayo de dos mil, con anterioridad a la reforma mencionaba que el contrato se perfeccionaba desde que se contesta aceptando la propuesta, de ahí surgieron dos posturas jurídicas: la teoría de la expedición y declaración. La teoría que era aplicable a este artículo se refería a los contratos mercantiles entre no presentes, que se perfeccionaba hasta que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de su oferta. Con la reforma del año dos mil se dejó atrás la controversia de si los contratos mercantiles entre no presentes se perfeccionaban desde la declaración o en la expedición, en la actualidad se recoge el sistema del Código Civil Federal y los contratos mercantiles se perfeccionan en el momento de la recepción de la aceptación de la oferta.

Posteriormente el artículo 81 es catalogado como uno de los dos artículos que hablan de la supletoriedad de la ley civil en nuestro Código de Comercio, tanto el artículo 2º como el 81 del Código de Comercio juegan un importante papel, debido que estos preceptos remiten directamente al derecho civil. Este artículo 81 refiere la supletoriedad de la ley en razón de la capacidad de los contrayentes y de sus excepciones, así como las causas que hacen que los contratos se invaliden o se rescindan, es decir, las causas que invalidan o anulan los contratos civiles también invalidan a los mercantiles, sin olvidar las modificaciones y restricciones que el

Código de Comercio impone. El artículo 82 contempla a los corredores públicos que intervienen en los contratos, este precepto se explicó en líneas anteriores.

En cuanto al artículo sucesivo (artículo 83 Código de Comercio) regula a los términos, los cuales son un elemento básico debido a que el derecho mercantil posee más celeridad y seguridad en la ejecución que el derecho civil, de ahí la importancia que se regule en la Ley mercantil los términos en las relaciones mercantiles. Se tienen diez días para exigir el cumplimiento de una obligación mercantil, según el artículo 83, en caso de que no hubiere término prefijado por las partes o por la ley (Código de Comercio) sí solo éstas produjeran acción ordinaria y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución, esta norma, que fija el término de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, se justifica por la exigencia de la rapidez en el planteamiento y liquidación de las relaciones mercantiles. Es decir, este precepto señala en forma general que las obligaciones mercantiles son exigibles, según la acción judicial a que tenga derecho el acreedor, el plazo de 10 días solo opera cuando las partes y la ley no han señalado plazo para su cumplimiento, *v.gr.* en la compraventa mercantil señala un plazo de veinticuatro horas siguientes al contrato para que el vendedor ponga a disposición del comprador las mercancías, lógicamente si las partes no tuvieran algún acuerdo de término. Otro precepto legal del Código de Comercio que habla de los términos es el artículo 84 que no reconoce en materia mercantil en específico en los contratos mercantiles, plazos de gracia o de cortesía, es decir, algún término de amabilidad o alguna consideración, no obstante que la ley procesal exige al juzgador conceder algún término de gracia al deudor para cumplir con lo que ordena la sentencia. Además de mencionar lo que se considera como día, que no es más que veinticuatro horas, a los meses según el calendario gregoriano y el año se computará como trescientos sesenta y cinco días, León Tovar (2007) indica: “este artículo es letra muerta, sin que por ello se olvide que contra la observancia de la ley no se puede alegar uso o costumbre en contrario.” (p. 41)

La morosidad en los contratos mercantiles también se encuentra regulado dentro del capítulo multicitado, pero ¿Qué se entiende por mora? la respuesta en forma sencilla y simple de entender, es cuando el deudor retrasa o retarda el cumplimiento de una obligación, en este caso mercantil, pero cabe aclarar que existe la mora del acreedor que se da cuando el deudor ofrece el cumplimiento y el acreedor no ha querido aceptarlo. La mora genera responsabilidad en pago de daños y perjuicios para cualquiera de las partes que incurra en ellas (artículo 2104 Código Civil Federal), el artículo 85 señala que los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comenzarán en los contratos que tuvieren día señalado para su vencimiento y, cuando no lo tuviere será por voluntad de las partes o por ley al día siguiente de su vencimiento, sino existiere será a partir del día cuando el acreedor le reclame a su deudor judicialmente ante la presencia de fedatario o testigos. Si la obligación es a plazo será cuando se venció, el deudor no podrá atrasar el cumplimiento de la obligación ni un día más, en caso contrario, incurrirá en mora y el deudor debe cumplir los términos establecidos en el contrato.

El lugar de pago es relevante, por ejemplo el artículo 86 del Código de Comercio establece que el lugar donde se realizará el pago o el cumplimiento de la obligaciones mercantiles será el establecido por las partes en el contrato y el juez del lugar señalado por las partes en su contrato será el competente para resolver las controversias suscitadas con motivo del acto jurídico (artículo 1104, fracción II Código de Comercio). Posteriormente si el lugar no se estableció previamente en el contrato, será el de la naturaleza del negocio o la intención de las partes por su consentimiento o arbitrio judicial; generalmente la naturaleza del negocio va referido al domicilio del deudor, es decir, el juez competente será el de dicho domicilio, tal como lo establece el artículo 1105 del Código de Comercio en relación con el 1093.

El penúltimo precepto del capítulo relacionado a los contratos mercantiles (Artículo 87 Código de Comercio) regula la especie y calidad de las mercancías objeto de las obligaciones mercantiles; si en el contrato no se determinara con precisión la especie y calidad de las mercancías ha entregarse, el deudor sólo se obliga a entregar la mercancía de especie y calidad media, lo anterior va referido a mercancías que sean fáciles de determinar, en caso contrario sería muy complicado; menciona Vásquez del Mercado (2003, p. 161) “diverso es cuando se fija con toda precisión la especie y calidad de las cosas, en cuyo caso no puede obligarse al acreedor a recibir algo distinto a lo establecido en el contrato.”

El Artículo 88 del Código de Comercio comprende de forma general a los contratos mercantiles y va referido a la cláusula penal en el contrato mercantil, al establecer una pena de indemnización para cualquiera de las partes que incurra en el incumplimiento del acto (contrato) y la parte perjudicada podrá hacerla valer por medio del cumplimiento del contrato o una pena prescrita, cabe aclarar que no se pueden utilizar ambas, sólo una de ellas, por tanto la otra quedará extinguida. Este artículo posee relación con el derecho común toda vez que el artículo 1949 del Código Civil Federal establece que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no llegare a cumplir lo que le incumbe.

La cláusula penal sólo opera cuando las partes lo convienen expresamente, esta cláusula consiste en una prestación pactada entre ambas partes con el objeto de hacer cumplir la obligación mercantil convenida en el contrato, no sólo indemniza al acreedor de daños y perjuicios sino que presiona al deudor para cumplirla, la pena no puede exceder del importe del capital, en caso contrario de los intereses moratorios. Si excede la cuantía de la obligación principal, el excedente será nulo (Artículo 8° Código Civil Federal) por ser contraria a una ley prohibitiva y se relacionan con la

cláusula penal los artículos 1840 (estipulación de las partes de la pena), 1842 (comprobación de daños y perjuicios), 1843 (no exceder la pena convencional de la cuantía principal), 1844 (modificación de la pena proporcional), 1845 (facultad del juez para reducir la pena de forma equitativa) y 1847 (casos fortuitos o fuerza insuperable en cuanto al cumplimiento de la pena).

Otros preceptos relacionados con los contratos mercantiles son los de contratos típicos, estos contratos por su gran diversidad se encuentran regulados en el Código de Comercio como la compraventa, el depósito, transporte, permuta, comisión, consignación, cesión y préstamo; en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito están la prenda, apertura de crédito, crédito confirmado, descuento, reporto, depósito y fideicomiso; en la Ley Sobre el Contrato Seguro se encuentran el seguro de personas, seguro de cosas, seguro de responsabilidad; en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos se regula el seguro marítimo; en la Ley de Navegación, el fletamento y el transporte marítimo; en la ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, el arrendamiento financiero, factoraje financiero, depósito en almacenes; en la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Asociación en Participación (que será nuestro tema a tratar) y en la Ley Federal de Instituciones y fianza, la fianza de empresa, entre otras. Cabe aclarar que también existen contratos mercantiles atípicos y son aquellos que no se encuentran expresamente regulados en las leyes, De Pina Vara (2003, p. 188) al respecto manifiesta: “es el que no se encuentra regulado por la ley, y por tanto, no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos” estos contratos se regularán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisas por las disposiciones del contrato reglamentado con el que tengan mayor analogía (artículo 1858 del Código Civil Federal).



## 2.4. Elementos

Tanto en el campo del derecho mercantil como en las relaciones comerciales y en los contratos, intervienen diversos sujetos o elementos personales. El principal de ellos es el comerciante. El Código de Comercio vigente los reconoce en su Libro Primero, Título Primero “De los Comerciantes” (artículos 3° al 15) en ellos especifica a las personas que se consideran o reputan la calidad comerciantes y las exceptuadas. Cabe aclarar que no sólo los comerciantes son catalogados como personas de derecho mercantil, lo anterior en razón de que en el texto del artículo 4° del Código de Comercio se aprecia que los sujetos del derecho mercantil lo son tanto los comerciantes como aquellos que realizan accidentalmente actos de comercio aunque no tengan establecimiento fijo (labradores, fabricantes, etc.) por tanto, a cualquiera de estos sujetos les serán aplicables las normas mercantiles. Un ejemplo claro de lo anterior se encuentra en los actos mixtos, *v.gr*, en una compraventa mercantil (por el sujeto que lo realiza), el vendedor de calzado tiene la calidad de comerciante porque hace del comercio su ocupación ordinaria (especula comercialmente) se dedica al negocio de venta de calzado (por su objeto), en cambio el consumidor solo paga el precio del producto para satisfacer una necesidad personal pero a pesar de lo anterior el acto jurídico y los sujetos los regirá el derecho mercantil (legislación).

Para poder intervenir o ejercer actos jurídicos comerciales (ya sean los comerciantes o los no comerciantes) en específico un contrato mercantil, es necesario tomar en cuenta los elementos de validez y consentimiento, en este caso, la capacidad es un elemento de importancia radical; cualquier persona que posea capacidad de ejercicio o legal en el derecho civil, la tiene en la rama mercantil para realizar actos de comercio, aunque existen excepciones a la regla debido a que en ocasiones se requiere que reúnan ciertos requisitos, el punto es que mientras no se tenga incapacidad civil o legal se podrán celebrar actos de comercio (Artículo 5° del Código de Comercio). Al

respecto señala el distinguido jurista Pallares (2003, p. 787) “la ley mercantil, al ocuparse de la capacidad para ejercer el comercio, no tiene por objeto limitar la libertad de los individuos respecto de los actos civiles que envuelven actos mercantiles; pues esos actos quedarán en todo caso regidos por la ley civil, que ni los nulifica absolutamente, ni menos los prohíbe como ilícitos.”

Para que una persona sea catalogada como comerciante es necesario que tenga capacidad de goce y de ejercicio, cabe resaltar que en el caso de la incapacidad natural la persona puede actuar a través de un representante legal, será la autoridad judicial quien decida sobre la continuación de los negocios, y en el caso de los menores emancipados podrán administrar sus bienes de forma libre sin representante, con la salvedad de una autorización judicial previa para poder enajenar, gravar o hipotecar, asimismo necesitará un tutor para negocios judiciales con el objeto de obtener una protección legal y las personas morales, así como los incapaces podrán participar en actos comerciales a través de sus representantes legales.

El comerciante es una de las figuras más importantes de la ciencia mercantil, su concepto deriva del término comercio, que en latín es *commercium*, de *cum*, con y *merx*, *-cis*, mercancías; es decir, el individuo que comercia con mercancías. En la antigüedad en específico en el siglo XIX, las codificaciones lo denominaban de distintas formas por ejemplo mercader, negociante negociador, empresario, etc. El concepto de comerciante era muy limitado por solo enfocarlo a dos aspectos: a la compraventa y la permuta de mercancías, tal como lo ejemplifica la historia, en el lenguaje común y corriente se conoce como comerciantes a las personas que negocian comprando y vendiendo o permutando géneros y mercancías, es decir, a aquellas personas que realizan operaciones de compraventa o de permuta, con propósito de lucro, tal es el concepto originario de comerciante (mercader, traficante).

En la actualidad por la constante evolución del comercio, estos términos no abarcan en su totalidad las actividades realizadas por el comerciante. Con el objeto de tener una idea más amplia de la definición de comerciante retomaremos diversos conceptos de distinguidos autores; Quintana Adriano (2002, p. 254) define al comerciante desde el punto de vista de la Ciencia Mercantil: “son comerciantes los sujetos que participan en toda relación de carácter mercantil; sean personas físicas o personas morales, jurídicas, que practiquen habitual o profesionalmente, como ocupación ordinaria, actos de comercio, teniendo capacidad legal para hacerlo. También son comerciantes, para efecto de aplicar la legislación mercantil, las personas que accidentalmente realicen alguna operación comercial.” El concepto citado es de los más completos debido a que abarca puntos importantes, uno de ellos es la relación mercantil, el siguiente son las personas que ejercen el comercio ya sea habitualmente o no, y por último, la capacidad legal para ejercer el comercio. De Pina Vara (2003, p. 163) lo define como “persona física que realiza habitualmente, con carácter profesional, actos de comercio”, al parecer dicho concepto resulta un poco incompleto por no abarcar todos los elementos, además de encontrarse demasiado apegado a la definición legal del artículo 3º, fracción I (se reputan en derecho comerciantes: I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria).

Mantilla Molina (2004) en una postura crítica sobre lo regulado en el artículo 3º manifiesta “se podría pretender deducir que sólo las personas que tienen capacidad legal para ejercer el comercio pueden ser comerciantes. Pero ésta sería una afirmación tan errónea como la de que sólo las personas que tienen capacidad legal para realizar actos jurídicos pueden ser propietarios.” (p. 87) Como se aprecia de las anteriores citas, el concepto de comerciante en el aspecto doctrinal no coincide en su totalidad con el aportado por la Ley mexicana, al parecer la norma jurídica no es específica, deja lagunas en el concepto y se presta interpretar en sentido erróneo. Al respecto

señala Díaz Bravo (2002) “el concepto es inexacto por incompleto, porque en él no se abarcan otras posibilidades.” (p. 37).

Atento a lo anterior, defino al comerciante apegado al concepto de Quintana Adriano y con base en el Código de Comercio, como sigue: ***El comerciante es aquella persona física o moral jurídica regulada por la legislación mercantil, con capacidad legal para intervenir en cualquier vínculo de carácter mercantil con el objeto de practicar el comercio habitualmente o profesionalmente y que haga de éste su ocupación ordinaria (criterio objetivo), incluyendo a los sujetos que eventualmente realicen alguna operación comercial que serán regulados por la ley mercantil (criterio subjetivo).*** La habitualidad se traduce en que el comerciante deberá actuar de manera profesional y ordinaria, es decir, actuar comercialmente en forma reiterada para catalogarlo como comerciante, el celebrar un acto aislado no lo convierte en este tipo de sujeto (comerciante).

Como se aprecia en los contratos mercantiles, los comerciantes y los sujetos que eventualmente realizan el comercio, son parte primordial en la relación jurídica, debido a que el objeto de los contratos mercantiles es lucrar o beneficiarse sin importar el sujeto (comerciante o sujeto no comerciante), no sólo los comerciantes se regularán por la ley mercantil, sino también aquellas personas que accidentalmente ejercen el comercio, Quintana Adriano (2002) opina sobre el comerciante accidental lo siguiente: “que no constituye más que una definición subjetiva de comerciante, pues aún cuando no exista incluso la intención de realizar una operación de comercio, pero llegue a materializarse en cualquiera de sus modalidades, será considerado como comerciante, siempre que se realice una operación de comercio, y por ende, se le aplicará la legislación mercantil.” (p. 270). Dentro de la categoría de comerciantes accidentales o sujetos accidentales de comercio como los denomina el maestro Barrera Graf, se encuentran las personas físicas, principalmente labradores o

agricultores (como lo menciona el Código de Comercio), su carácter accidental radica en la naturaleza estacional de las cosechas que venden en las tiendas o almacenes. En una crítica sobre los comerciantes accidentales Barrera Graf (2003) expone:

“es un error de ese artículo (artículo 4º Código de Comercio) comprender a los fabricantes, en cuanto a productos ya elaborados de su industria, por que ellos independientemente de que planteen almacén o tienda, e independientemente de que vendan ahí o fuera de ahí dichos productos laborados de su industria, son comerciantes plenos, porque hacen del comercio, su ocupación ordinaria.” (p.160).

En la doctrina italiana se posee calidad de comerciante si se cumplen dos requisitos: el ejercicio objetivo de actos de comercio en nombre propio y la profesión habitual, pero en el artículo 3º del Código de Comercio mexicano sólo abarca la capacidad y el comercio como ocupación habitual, en la ciencia del derecho mercantil se complementa con un elemento más, en total son tres elementos: la capacidad, el ejercicio ordinario del comercio y el ejercicio del comercio en nombre propio (adquirir derechos y obligaciones con motivo del ejercicio del comercio). El artículo 3º del Código de Comercio vigente no sólo regula a los comerciantes en general, sino que dentro de sus tres fracciones abarca a los comerciantes individuales, que no son más que personas físicas y a los comerciantes o personas morales.

La persona jurídica es aquella entidad que existe en el mundo jurídico, con obligaciones, facultades, derechos subjetivos y responsabilidades jurídicas; este tipo de personas se dividen en personas físicas y morales. Para definir a la persona física retomo el concepto dado por García Maynes: “se da el nombre de personas físicas a los hombres, en cuanto sujetos de derecho” (2004, p. 274), a estos sujetos se les denomina sujeto o persona jurídica individual, que en nuestra materia se maneja como comerciante individual. Por persona moral de Pina Vara (2003, p. 405) dice que “es una entidad formada para la realización de los fines colectivos y permanentes de los

hombres, a la que el derecho objetivo reconoce capacidad para tener derechos y obligaciones.” Como ejemplo de estas personas tenemos a las asociaciones con personalidad, sociedades mercantiles, etc. que en sentido general se denominan sujetos o personas jurídicas colectivas, por lo que es de notarse que la persona física es un ente individual con sus propias obligaciones y derechos, en cambio la persona colectiva se conforma de una o varias personas físicas y ese carácter de asociación o sociedad forma una persona jurídica independiente, con obligaciones y derechos propios, no solo ante ellos mismos, sino ante terceros también.

En esa tónica, la definición que otorga el Código de Comercio vigente de persona física con carácter de comerciante no es del todo correcta y completa, deja diversas dudas, una de ellas radica en emplear el término ocupación ordinaria el cual puede tener acepciones distintas, no establece con claridad si el comerciante debe dedicar todo o la mayor parte de su tiempo al comercio, o si necesita ser la fuente principal de ingresos o depender de esta actividad; pero al parecer la doctrina mercantil disipa algunas de estas lagunas obteniendo una idea más clara y concreta de lo que se considera comerciante.

En otro orden de ideas, las personas morales o colectivas al igual que los individuales son un elemento personal más que interviene en los contratos mercantiles; siguiendo con el artículo 3º, las personas morales o sociedades mercantiles están reguladas en dos fracciones, la fracción segunda va referida a las sociedades mexicanas por decirlo de esa forma, debido a que regula sociedades que se constituyan con arreglo a las leyes mercantiles. La siguiente fracción (tercera) encuadra a las sociedades extranjeras o agencias y sucursales de éstas que dentro de nuestra nación ejerzan o practiquen actos de comercio. La existencia de sociedades mercantiles en nuestra legislación y en el mundo jurídico comercial es de gran relevancia debido a que se han vuelto figuras jurídicas tan importantes que sería

imposible imaginar al derecho mercantil sin ellas y con la evolución comercial han ido perfeccionándose cada vez más para estar a la par. En cuanto a la regulación mercantil aplicable, las sociedades mercantiles solo están reguladas en cuanto a su constitución y existencia en tres leyes de nuestro sistema legal mercantil: Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Sociedades Cooperativas y Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros; en estas leyes reconocen a la sociedad colectiva, la comandita simple, la de responsabilidad limitada, la anónima, la comandita por acciones, la cooperativa y la mutualista. Dentro de las sociedades mercantiles o personas colectivas se pueden catalogar tres tipos: las sociedades de personas o *intuitu personae*, sociedades de capitales o *intuitu capitalis* y sociedades irregulares.

Enríquez Rosas (2001) manifiesta al respecto que: “una sociedad es una corporación y, por tanto, para la ley, es una persona muy diferente de los individuos que la componen. Como persona independiente, la sociedad posee propiedades, tiene derechos y está sujeta a responsabilidades.” (p. 4 y 5).

En las sociedades de personas la identidad de los socios es de trascendental importancia en razón de sus atributos pecuniarios y personales, sus principales características radican en que por lo general tratan de sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, actúan bajo una razón social formada con el nombre de uno o varios socios. En la sociedad colectiva y de comandita simple sus socios responden de sus obligaciones sociales subsidiariamente, pero dentro de ellos en forma solidaria e ilimitada y el capital social se divide en partes sociales. Cabe resaltar que en el mundo jurídico la existencia de estas sociedades es de poca presencia a comparación de las sociedades de capitales que generan la creación de grandes empresas y buscan aportaciones pasando a segundo término la identidad de los socios, como las sociedades anónimas que en la actualidad son por mucho las figuras jurídicas

colectivas más importantes en la vida jurídica comercial en México. Sus principales características son:

1. Se constituyen y actúan bajo una denominación social (no figuran los nombres de los socios).
2. El capital social se divide en acciones y la responsabilidad de los socios está limitada al pago de sus aportaciones al capital social.
3. El comerciante colectivo se puede constituir en sociedades irregulares, también conocidas como sociedades de “hecho”. Díaz Bravo (2002, p. 40) menciona al respecto “se les llama así por razón de que, constituidas o no ante notario o corredor público, no están inscritas en el Registro Público de Comercio y por tanto, *stricto sensu*, carecen de personalidad jurídica.”

A pesar de no poseer personalidad jurídica, nuestra ley las sujeta a un régimen especial, es decir, cuando se exterioricen como sociedades frente a terceros tendrán personalidad jurídica (Artículo 2º, tercer párrafo Ley General de Sociedades Mercantiles) sus relaciones internas rigen por estatutos y si no hubiere, por disposiciones generales y especiales según el tipo social (Artículo 2º, cuarto párrafo Ley General de Sociedad Mercantiles); quienes actúen como representantes obligarán a la sociedad y tendrán responsabilidad ante terceros de modo subsidiario, aunque entre ellos será solidaria e ilimitadamente (Artículo 2º, quinto párrafo Ley General de Sociedad Mercantiles); y finalmente, los socios que no sean culpables de irregularidades pueden exigir ante los que sean el pago de daños y perjuicios (Art. 2º, sexto párrafo Ley General de Sociedad Mercantiles).

Con base al artículo 5º constitucional los comerciantes poseen libertad de comercio pero a pesar de ello la sociedad y la ley imponen ciertas restricciones y condicionan la calidad de comerciante. Legalmente los quebrados no rehabilitados (Artículo 12 fracción II Código de Comercio) no pueden ejercer el comercio, asimismo los



condenados por delitos patrimoniales y de falsedad (Artículo 12 fracción III Código de Comercio) y por cuestiones de migración algunos extranjeros no podrán ejercerlos.

Resumiendo, los comerciantes individuales o colectivos son sujetos de derecho mercantil regulados en nuestro Código de Comercio y, por tanto, son considerados como sujetos que pueden ejercer el comercio libremente (salvo restricciones legales expresas), intervienen en negocios jurídicos de carácter comercial, un ejemplo claro un contrato mercantil, el *modus vivendi* de estos sujetos es el comercio y lucrar comercialmente. Estos elementos personales son los más importantes dentro del conjunto de normas jurídicas mercantiles, sin ellos el comercio no existiría, sin embargo, existe otro tipo de comerciantes denominados accidentales que son de similar importancia a los anteriores, la coexistencia entre ellos es base, los comerciantes no podrían ejercer de manera completa su oficio si no fuera por ellos, ambos necesitan coadyuvar para cubrir necesidades mutuas.

El comerciante tiene ciertas obligaciones comunes, entre ellas la publicación de la calidad de mercantil que comprende el domicilio y la nacionalidad, otra obligación es la inscripción en el Registro Público de Comercio en el que para quedar inscrito debe conocerse su funcionamiento y objeto, y llevar a cabo el procedimiento establecido para la inscripción de actos mercantiles, así como la documentación que son sujetos de inscripción y consecuencias de la omisión del registro. La contabilidad es parte importante del comerciante, generando con esto la creación de obligaciones fiscales para con el Estado.

## 2.5. Clasificación

En la doctrina mercantil es complicado encontrar algún jurista que desarrolle el tema en forma general o en específico la clasificación de los contratos mercantiles, pero el maestro Javier Arce Gargollo desarrolla la clasificación de los contratos mercantiles de una forma detallada. Al igual que la aplicación supletoria en materia legal, la aplicaremos en materia doctrinaria al remitirnos al derecho Civil y adecuar la clasificación que hace el derecho común de los contratos a la naturaleza mercantil, tal como se hizo al definir al contrato mercantil, sin embargo, como menciona el jurista Arce (2004) “por el distinto carácter que tienen los negocios jurídicos comerciales, se han ideado como clasificación complementaria a las de los contratos civiles, algunas particularmente aplicables a los mercantiles, que atiende a su función económica.” (p. 58). En primer término dividimos a los contratos mercantiles en cuanto al criterio civil por supletoriedad de la materia mercantil. Con relación a las partes que intervienen pueden ser bilaterales o plurilaterales; los contratos bilaterales o sinalagmáticos (significa obligatorio para ambas partes) son aquellos que generan recíprocamente obligaciones para ambos contratantes, el uno hacia el otro, es decir, todos quedan obligados a conceder alguna prestación, *v.gr.* la compraventa mercantil, es bilateral debido a que las partes tienen obligaciones y derechos recíprocos, el vendedor tiene que entregar la cosa vendida y el comprador pagar el precio respectivo o pactado.

Aunque son pocos los casos en que los contratos son plurilaterales, estos contratos son aquellos donde pueden intervenir un gran número de partes en el acto jurídico, al igual que el bilateral tienen obligaciones y derechos recíprocos como sucede en el contrato atípico surgido de la práctica norteamericana denominado *joint venture* o empresa conjunta, el cual consiste según Castrillón y Luna (2006, p. 471) en el “contrato por cuya virtud dos o más comerciantes unen sus recursos y esfuerzos para la creación de una empresa conjunta y permanente, en función de la realización de un

proyecto, creando un ente jurídico, o bien comprometiendo la realización de actos futuros de comercio y asumiendo riesgos conjuntos así como una participación mutua en la utilidades y pérdidas que se produzcan.”

Ahora bien, el contrato mercantil es:

- a) **Oneroso** debido a que se estipulan derechos y gravámenes recíprocos, es decir, las partes se obligan a dar o hacer alguna cosa y por ende se crean mutuamente provechos y cargas, como ejemplo tenemos al contrato de depósito en donde el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, salvo pacto en contrario (Artículo 333 Código de Comercio). Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios, los primeros son aquellos donde el resultado económico se conoce desde el momento de que el acto se celebra, lo que se traduce para la partes en la apreciación desde un principio si habrá algún beneficio o pérdida, existe certidumbre de inmediato como sucede en la comisión mercantil que es conmutativo debido a que el comitente y el comisionista conocen plenamente las prestaciones, provechos y gravámenes derivados del contrato desde su celebración. Los segundos son aquellos en que las cargas y ventajas o la prestación debida para una de las partes o para ambas dependen de algún acontecimiento de realización futura o incierta, lo que hace imposible conocer las ganancias o pérdidas que tendrán los contratantes, tal es el caso del contrato de consignación o estimatorio en donde a excepción de ser conmutativo es aleatorio debido a que con la venta del bien materia del contrato a tercero no puede establecerse de manera definitiva al celebrarse.
- b) **Consensual**, son consensuales los contratos que necesitan únicamente para su perfeccionamiento la exteriorización ya sea por consentimiento o voluntad de las partes, *v.gr.* el contrato de fianza de empresa en donde el acuerdo de voluntades del fiado, el obligado ante un tercer acreedor y la empresa fiadora,

se otorga por la exteriorización verbal de la voluntad y la ley no exige la forma escrita.

- c) Son **reales** los contratos mercantiles cuando aparte del consentimiento otorgado por las partes, requiere de la entrega de la cosa (*res*) materia del contrato, con ambos elementos se perfecciona el contrato, lo apreciamos así en el contrato de préstamo mercantil, manifiesta al respecto Castrillón y Luna (2006) “siendo un contrato real para su perfeccionamiento requiere que el bien objeto del préstamo se entregue al prestatario de manera real, jurídica y virtual.” (p. 169).
- d) Los contratos de **tracto instantáneo** y **sucesivo** se encuentran inmersos en los contratos reales. Los de ejecución instantánea van referidos a la inmediatez, se agotan en un solo acto (pago) y su creación así como su extinción son una sola cosa, tal es el caso de la comisión mercantil porque el mandato otorgado es para la realización de actos concretos de comercio. En los contratos de ejecución sucesiva una de las partes o ambas se obligan a ejecutar prestaciones periódicas dentro de cierto lapso de tiempo, estos actos están sujetos a término (momento en que un acto jurídico debe comenzar a producir o dejar de producir sus efectos característicos). Como ejemplo de lo anterior ésta el contrato de cuenta corriente, toda vez que se extiende durante un lapso de tiempo en el que los cuentacorrentistas ejecutan sus remesas recíprocas hasta su ajuste.
- e) Los contratos mercantiles **formales** se definen como aquellos actos jurídicos donde el legislador exige o asigna una forma para su validez, la voluntad deberá ser exteriorizada tal como lo establece la ley y la falta de forma legal se traducirá en la afectación de su eficacia generando nulidad en el acto jurídico. El arrendamiento financiero es un ejemplo en virtud de que su perfeccionamiento se otorga por escrito, ante la fe de notario público, corredor público titulado o cualquier fedatario público.

f) Contratos **principales** y los **accesorios**.- Los primeros son aquellos que existen por sí mismos, tienen vida propia, surgen de manera independiente y no dependen de la existencia de otro contrato para surtir efectos jurídicos o se perfeccionen. El contrato de seguro ejemplifica lo anterior debido a que el asegurador y el asegurado no necesitan de otro acto jurídico para poder concretar el acuerdo de voluntades, el seguro subsiste por sí mismo; otro ejemplo claro es el contrato de asociación en participación que al igual que el anterior no requiere de otro contrato para crear la relación jurídica. Así también existen los accesorios que requieren de la existencia y validez de otro contrato, no tienen existencia independiente, se justifican como parte complementaria de un contrato principal, *v.gr*, la fianza es accesorio porque requiere de la existencia de una obligación principal por parte del fiador a la cual garantizar.

La doctrina alemana clasifica a los contratos en típicos y atípicos, en nuestra legislación se le denominan generalmente **nominados** e **innominados** (carecen de un *nomen iuris*), existen en nuestro Derecho contratos mercantiles de las dos clases. Un contrato nominado o típico es el fideicomiso por encontrarse regulado, reglamentado o instituido en las leyes (en este caso mercantiles). El fideicomiso se encuentra regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley del Mercado de Valores, Ley Federal de Instituciones y Fianzas, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualista de Seguros, Ley de Instituciones de Crédito y Código de Comercio (en cuanto a los procedimientos de ejecución). El contrato de Agencia es un contrato atípico por carecer de una regulación particular debido a que en su aspecto mercantil no se encuentra regulado como tal, a pesar de encontrarse en otras leyes, menciona Castrillón y Luna (2006, p. 436) al respecto: “es atípico si consideramos que no obstante que es referido en diversas normas mercantiles, no se regula por ley alguna como contrato de manera integral.”

- 1) El contrato mercantil es **preparatorio** o **preliminar** cuando tiene por objeto la celebración de un contrato futuro, es un pacto previo a la celebración del contrato definitivo, las partes se comprometen en él a celebrar otro contrato que será el definitivo dentro de cierto plazo. Moto Salazar (2007, p. 258) señala “tienen un carácter provisional, pues sólo tienen por objeto asegurar el cumplimiento del contrato definitivo.” Este tipo de precontrato se enfoca en las obligaciones de hacer y si uno de los contrayentes lo incumple se hace acreedor a pagar daños y perjuicios que se podrán cuantificar en una cláusula penal; la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que la naturaleza del acto depende de su contenido obligacional no del nombre que le designen las partes. En materia mercantil podemos encontrar contratos preparatorios como el de corretaje consistente en el compromiso del corredor con el comitente de indicarle la oportunidad de concluir un negocio jurídico o a servir de intermediario, a cambio de una comisión y se dice que es preparatorio porque precede a la celebración del contrato por cuya virtud se tramita.
- 2) Existen también contratos mercantiles por **adhesión**, De Pina Vara (2003, p. 193) los define como “aquellos cuyas cláusulas, redactadas unilateralmente por una de las partes, no dejan a la otra más que la posibilidad de suscribirlas íntegramente, sin modificación alguna por lo que su consentimiento constituye, en realidad, una simple aceptación de condiciones impuestas por la voluntad ajena”, el contrato de fianza de empresa es de adhesión porque sus condiciones son establecidas de manera unilateral por la compañía fiadora y éstas son plasmadas en la póliza que se expide.
- 3) Siguiendo con la clasificación de los contratos mercantiles, nos toca estudiar al contrato **traslativo de dominio**. Incorporado a esta clasificación encontramos al préstamo, considerado así porque la cosa prestada lleva el destino de ser consumida, y la obligación del deudor en el tiempo que se convino, se cumple

cuando entrega al acreedor otros bienes de la misma especie, calidad y cantidad por tratarse de bienes fungibles. El arrendamiento financiero es un ejemplo de los contratos traslativos de uso debido a que sólo la arrendadora financiera otorga el uso y goce temporal de bienes a una persona física o colectiva que se obligará a pagar en parcialidades una cantidad de dinero determinada o determinable.

- 4) Existen contratos de **garantía** que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de obligación, es decir, protege a los acreedores de la insolvencia de sus deudores. La Enciclopedia Práctica Jurídica Justina en su módulo de Diccionarios Jurídicos (1998-2004 LEJR) lo define como “contrato que tiene por objeto proporcionar al acreedor la obligación de un deudor accesorio.” Estos contratos surgen por la constante necesidad de asegurar el cumplimiento de los compromisos que contrae el deudor, estas garantías pueden ser reales o personales, un ejemplo de garantía real es la prenda que consiste en que el deudor o un tercero entregue al acreedor o a un tercero, una cosa mueble con el objeto de asegurar el crédito para que en caso de que no se cumpla la obligación se pueda hacer efectiva la garantía.
- 5) Existen contratos mercantiles con la naturaleza *intuitu personae*, esto es que los contratos se celebran en consideración a la calidad de la persona(s), por ejemplo, el contrato de consignación o estimatorio. En este tipo de contrato la muerte de cualquiera de las partes provoca la terminación.
- 6) Por último los contratos mercantiles de **asociación** son aquellos en que las partes canalizan su actividad a la realización de un fin común.

Después de haber estudiado a los contratos desde el punto de vista del derecho civil aplicado supletoriamente a la materia mercantil, nos enfocamos a una clasificación meramente mercantil. Según su función, causa o finalidad económica, los contratos mercantiles se dividen en:

1. Contratos de cambio. Estos procuran la circulación de la riqueza, entregando un bien por otro o dando un bien con el objeto de recibir algo a cambio como un servicio, ejemplo de lo anterior lo constatamos en una cesión de crédito o en el contrato de transporte.
2. Contratos de colaboración. Su nombre lo describe perfectamente, se trata de una participación o cooperación de una parte para desarrollar una actividad económica adecuada o crear una empresa, *v.gr.* contratos de comisión o de concesión.
3. Contratos de prevención de riesgos. Consistente en cuando una de las partes cubre las consecuencias de carácter económico por la suscitación de un determinado riesgo. Por ejemplo, el contrato de seguro.
4. Contratos de conservación o custodia de cosas, es decir el depósito.
5. Contratos de crédito. Cuando una de las partes mediante un acto jurídico, concede algún crédito a la otra. Tal es el caso del préstamo o en general los contratos bancarios.
6. Contratos de garantía. Tienen como objetivo primordial asegurar el cumplimiento de las obligaciones, como la fianza, la prenda o la hipoteca.

La anterior clasificación tiene su base en la teoría de los distinguidos jurisconsultos Uría y Broseta Pont, salvo algunas pequeñas diferencias o distintas denominaciones entre ambas, pero en esencia con el mismo significado y alcance jurídico.

También existen los llamados contratos de duración basados en la moderna teoría mercantil, en específico los contratos de empresa, en donde las partes buscan relaciones contractuales permanentes. Al respecto señala Arce Gargollo (2004, p. 60) “en los contratos de duración se producen relaciones obligatorias continuadas o duraderas, por oposición a los contratos de contrato único, cuyas obligaciones se cumplen en forma inmediata.”



## **2.6. Teorías aplicables a nuestra legislación**

El comercio no sólo tiene trascendencia económica y cultural a nivel de una nación o de un sector determinado de la sociedad, sino que el comercio es en la actualidad un importante tema a tratar a nivel internacional desde el punto de vista social y jurídico. Debido a la importancia mundial del comercio, a la facilidad de las comunicaciones, a la interdependencia de las economías nacionales y a la intervención de organismos jurídicos en la materia, se genera la creación de un nuevo derecho mercantil internacional y la aplicación de nuevas teorías o principios aplicables a la materia mercantil. Desde la antigüedad se buscaron alternativas a la forma de comerciar, tal es el caso del descubrimiento de América donde uno de sus objetivos era buscar rutas comerciales; en la edad media surge la vocación internacional del derecho mercantil, a pesar de no existir naciones como tales, las ciudades y centros comerciales en Europa regían el comercio. Las principales ciudades eran Italia, Francia, España, Alemania e Inglaterra, en ellas se organizaban gremios y corporaciones siendo una de las más importantes la Liga Hanseática (Alemania); en España, antes del Código de Comercio Francés de 1808, destacan las Ordenanzas de Burgos y el Consulado de Barcelona (en nuestro país los Consulados de México de 1592 los de Guadalajara y Veracruz de 1795 son antecedentes inmediatos de nuestra nación); Francia fue una nación que aportó mucho a la internacionalización de la materia en comento, el derecho mercantil marítimo y terrestre se tradujo en las Ordenanzas de Luis XIV y sirvieron como precedente del Código de Comercio de Napoleón, la internacionalización del comercio generó cambios a nivel social pero en el campo jurídico existió y siguen existiendo grandes aportaciones, Mantilla Molina (2004) señala al respecto que: “en el terreno jurídico, ha originado instituciones como la letra de cambio; en el comercio internacional cobran extraordinaria importancia contratos como el de transporte y seguro marítimo.” (p. 40).

Con la proliferación del derecho mercantil internacional, sólo queda la opción de que el derecho local se una íntimamente a él, de manera que surja una coadyuvancia entre ambas materias. Tomando en consideración los antecedentes y dándole una importancia primordial al derecho mercantil internacional, la configuración de mercados comunes multinacionales; la proliferación de los tratados de libre comercio son, entre otras, las razones que explican y aun justifican la caudalosa corriente unificadora internacional del derecho mercantil en todas sus expresiones, a tal punto que el mundo moderno ya no es posible referirse a un derecho mercantil puramente nacional o doméstico. Los organismos jurídicos poseen un papel básico en la internacionalización de la materia comercial, ya sea a nivel mundial como las Naciones Unidas o regionalmente como la Comisión Económica Europea (CEE) la función de estos organismos es preparar y redactar textos de aplicación internacional.

No solo estas organizaciones jurídicas poseen un papel primordial en el derecho mercantil internacional, también existen convenciones internacionales de relevancia, entre las más importantes se encuentra la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías o los términos comunes denominados INCOTERMS, de igual forma, existen actividades económicas en la actualidad que prácticamente se encuentran reguladas o regidas por convenciones y ordenamientos externos, *v.gr.* el transporte marítimo, el arbitraje comercial, la compraventa internacional de mercaderías, por citar algunas; igualmente actividades bancarias, aduanales y monetarias se rigen por el Derecho Internacional e intervienen organismos autónomos integrados por varios países, tal es el caso del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, conocido como el GATT.

Con todo lo anterior se ha buscado en la actualidad la unificación total de la legislación mercantil, aunque existen opiniones sobre la autonomía e independencia

de esta rama del derecho internacional, en relación con el derecho mercantil nacional, aunque hemos visto casos como la Unión Europea donde con el transcurso de los años se está logrando la unificación internacional en diversas materias y varias naciones que mediante procedimientos sistematizados internacionales buscan la unión total de un continente. En la mencionada labor legislativa de unificación mercantil han intervenido organismos gubernativos internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT) y la conferencia permanente de la Haya. La CNUDMI ha elaborado cinco convenciones sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías (formación, obligaciones y derechos de las partes, prescripción, etc.) y una sobre el contrato de transporte marítimo, en todas ellas México ha sido parte; la Convención de Viena, entró en vigor durante 1988, y la Convención sobre el contrato de transporte marítimo se adoptó en la conferencia de Hamburgo (6-31 marzo 1978) donde setenta y ocho países intervinieron. Por último, en la Asamblea General de las Naciones Unidas (9 diciembre 1988) se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Letra de Cambio Internacional y sobre el Pagaré Internacional, a la que México se adhirió.

El campo del Derecho Mercantil Internacional, abarca en estos días un ámbito básico en el derecho al grado que cualquier persona que se encuentre en el campo de esta ciencia, ya sea doctrinariamente o ejerciéndola, necesita conocer y dominar esta rama por la constante globalización del mundo y en especial de nuestra nación. El no poseer conocimientos en materia mercantil internacional, es ir un paso atrás del derecho mercantil, las sociedades y capitales extranjeros cada vez son más en México y por ello se crea la necesidad de estar en constante estudio de esta amplia materia para estar a la par con otros países de mayor desarrollo que el nuestro. Quintana Adriano (2002) señala al respecto:

“En la actualidad, las fuertes tendencias de integración de mercados como resultado de la mecánica globalizadora, los acuerdos comerciales y las prácticas comerciales internacionales, demandan una solución a los conflictos desde una perspectiva supranacional que se ve materializada en tratados o convenios internacionales para dar solución a la problemática.” (p. 176).

Como se mencionó, las convenciones más importantes en derecho mercantil son tres: La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas cuyo objetivo, según Contreras Vaca (2001, p. 154), es “establecer normas de conflicto uniformes, para elegir, tanto a la ley de fondo aplicable al asunto, como para determinar al juez competente para conocer las acciones derivadas de aquellos títulos de crédito con circulación internacional.” Otra convención de igual importancia es la Convención interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles creada por la necesidad de negociar tratados internacionales para uniformar los criterios existentes en materia de reconocimiento extraterritorial, tanto la capacidad de goce como de ejercicio de las sociedades mercantiles. Por último; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial que se agiliza la solución de conflictos, flexibiliza las reglas del procedimiento, ofrece amplia confidencialidad, permite una mayor especialización y favorece la imparcialidad.

Los temas tratados en líneas anteriores dejan muy claro que el derecho mercantil en la actualidad se complementa con el derecho internacional, configurándose la ciencia del derecho mercantil internacional. Esta rama del derecho posee principios aplicables a los contratos mercantiles o comerciales internacionales, en específico de un instituto u organización Internacional denominada Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado conocida por sus siglas como UNIDROIT. Este organismo también conocido como el Instituto de Roma deriva de las palabras francesas unión (*ounión*): unión y *droit* (*drua*): derecho; se creó en 1926 y derivó de

un tratado concluido bajo el patrocinio de la sociedad de naciones, después de disolverse esta sociedad se reconstruyó el 15 de marzo de 1940 debido a la suscripción de un acuerdo multilateral llamado Estatuto Orgánico del UNIDROIT que ha poseído varias reformas hasta la fecha. La UNIDROIT está configurada jurídicamente como una organización intergubernamental independiente que tiene su domicilio en Roma cuyo objetivo primordial, es decir, estudiar los medios para armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados y preparar gradualmente la adopción de una legislación de derecho privado uniforme; la mayoría de los integrantes son europeos y algunos países latinoamericanos, entre ellos México. Otro punto clave del porque es importante la internacionalización del derecho mercantil radica en que los documentos oficiales de la UNIDROIT son redactados únicamente en francés e inglés.

Esta Organización ha trabajado desde su creación, por los principios sobre los contratos comerciales, en 1971 el consejo de Dirección introdujo los principios en su programa de trabajo y desde la tradición romanista pasando por el *Common Law*, hasta el socialista instauró un comité de juristas con una postura jurídica distinta por cada uno de ellos. A principios de los ochenta constituyó un grupo de trabajo presidido por Michel Joachim Bonnell, con el objeto de redactar diversos proyectos de capítulos de los principios, en él participaron juristas con cargos de jueces, funcionarios o profesionales de la materia que tenían un amplio conocimiento en contratos y comercio internacional. Después de varios años de estudio y propuestas de los principios de la UNIDROIT, a finales del año 1994 y principios de 1995 se crean y publican los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” o también denominados “Principios de UNIDROIT” editados en varios idiomas incluyendo el español.

Antes de entrar en el estudio de los citados principios, es corolario considerar que se entiende por contrato internacional y comercial. El contrato internacional es cualquier contrato que no sea estrictamente nacional, tomando en cuenta la nacionalidad de las partes, su domicilio o que el contrato afecte al comercio internacional o surja de un conflicto de leyes y el carácter de un contrato comercial radica en que no haya sido suscrito con fines de exclusivo consumo inmediato, sin importar el carácter o no de comerciantes de las partes, basándonos en el derecho nacional. Los principios sobre contratos comerciales Internacionales son una recopilación de normas legales, generales en algunos aspectos que contienen diversos conceptos e instituciones jurídicas intervinientes en el tráfico comercial aplicables a los contratos internacionales mediando la voluntad de las partes a través de convenio. Castrillón y Luna (2006, p. 48) manifiesta que “son solamente recomendaciones cuya obligatoriedad se encuentra supeditada a su necesaria adopción en cada caso particular frente a una convención de carácter internacional.” No se trata de convenciones, leyes modelos, tratados o códigos, a pesar de dividirse en capítulos o secciones cada uno con sus respectivos artículos numerados como si tratara de una ley, sino que es una publicación de carácter privado a que se someten las partes, previo acuerdo donde se celebran contratos mercantiles y se estipulan cláusulas contractuales internacionales. El propósito de los multicitados principios es establecer un conjunto equilibrado de reglas para ser utilizadas en todo el mundo, con independencia de su tradición jurídica y sus condiciones económicas o políticas.

El destino de los principios UNIDROIT es la aplicación a los contratos mercantiles internacionales, aquellos en los que conforme a las soluciones adoptadas por las legislaciones y los tratados, se celebran entre partes residentes en Estados diferentes o cuando se incorpora un tercer Estado, o aquellos contratos en que las partes convienen la aplicación de la ley de un tercer Estado. En cuanto a los principios generales de

contratación, su contenido básico se refiere a la formación del contrato, su validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento.

Para entenderlo de una forma clara, los principios sobre contratos comerciales internacionales establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, incluyen operaciones de inversión, concesiones, prestación de servicios profesionales, etc. excluyendo operaciones de consumo, no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables; los particulares pueden utilizarlos, pero en principio, por no ser un tratado internacional no obligan a nadie.

En su ámbito de aplicación los principios contienen un preámbulo (propósito del texto) y señala que los principios se aplicarán a los contratos mercantiles internacionales y a las partes cuando exista un acuerdo mutuo entre ellos en el que manifiesten someterse a las disposiciones de los principios; también cobran aplicación cuando las partes acuerden mutuamente que se rija por los principios generales del derecho, *lex mercatoria* (ley especial que rige las relaciones del comercio internacional) o expresiones a fines; para proporcionar solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar la regla de derecho aplicable a dicho contrato; para interpretar textos internacionales de derecho uniforme y para servir de modelo a la legislación en los ámbitos nacional e internacional.

La interpretación es un tema relevante en los principios UNIDROIT y para ello se toman en cuenta diversos conceptos, entre ellos los siguientes: su carácter internacional y sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y en lo posible, de acuerdo con sus principios generales subyacentes. Como he venido mencionando, la libertad contractual entre las partes es un elemento básico en la aplicación en los principios de los contratos mercantiles internacionales, pero esta libertad se encuentra limitada a que exista buena fe, lealtad negocial, nulidad

del contrato, determinación del precio, pago por incumplimiento o error. Lo anterior con base en lo regulado en los propios principios, en las leyes nacionales e internacionales imperativas o prohibitivas, el orden público y las buenas costumbres, en cuanto a esta libertad de contratación León Tovar (2007) expresa lo siguiente: “como consecuencia de la libertad de contratación, los Principios reconocen que las obligaciones asumidas válidamente por las partes deben cumplirse en sus términos (*pacta sunt servanda*), que el contrato sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún otro modo dispuesto en estos Principios (*rebus sic stantibus*).”(p. 133)

Existen reglas de interés que deben de ser tomadas en cuenta, en relación con la aplicación de los Principios de la UNIDROIT, los enumeramos a continuación:

1. Intención de las partes. El someter un determinado contrato a los Principios de UNIDROIT, puede generar diversas confusiones, de ahí la importancia que la intención de las partes de someterse a los citados principios internacionales sea muy clara. Si se llegan a utilizar términos de *lex mercatoria* o principios generales del derecho en un contrato, sin que se establezca claramente que las partes se regularán por los Principios, generará confusiones, a pesar de que se señale en el preámbulo del acto jurídico.
2. Inexistencia de impedimento de aplicación de Principios. Las partes podrán aplicar los principios de los contratos mercantiles internacionales, a los contratos que se celebren dentro de su país (internos). Sin embargo se tomarán en cuenta las normas jurídicas del país cuyo ordenamiento sea aplicable al contrato.
3. Arbitraje. Cuando las partes adoptan los principios como su derecho aplicable, se aconseja adoptar el arbitraje, mediante un acuerdo que se



establecerá con un comentario en el preámbulo. El artículo 1.10 de los principios de la UNIDROIT establece que a los fines de estos principios: tribunal incluye tribunal arbitral. Es conveniente la cláusula de arbitraje en los contratos internacionales, salvo sus excepciones.

4. No restricción de reglas imperativas. Los principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, ya sean nacionales o internacionales (supranacionales) que resulten aplicables conforme a las normas de Derecho Internacional Privado.
5. Modificación o derogación de principios. Una vez más la libertad de las partes interviene en este punto a tratar. Se posee libertad para excluir la aplicación de los Principios, o si las partes lo deciden derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones.
6. Naturaleza de los principios. Al respecto un respetado jurista citando al jurista Abascal Zamora, manifiesta lo siguiente: “Un juez o un árbitro, al considerar los principios a la luz contractual, los pueden considerar como un código de normas legales aplicables al contrato o como un clausulado que se incorporó, por referencia, al contrato.” (Arce Argollo, 2004, p. 65).

Lo que caracteriza a los principios de UNIDROIT es la buena fe y la lealtad negocial (principios éticos) el no actuar con base en estos principios trae aparejada una sanción, además el que incurre en mala fe es responsable de los daños causados.

En cuanto a la formación del contrato, los Principios se basan en las normas previstas en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, lo que se traduce en que todo contrato podrá celebrarse mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes demostrando la existencia del mismo, y los Principios admiten que las partes puedan convenir la expedición en lugar de la aceptación como momento de formación del contrato. Existe una diferencia referente

al lugar de pago en nuestro derecho mercantil en comparación con el derecho mercantil internacional (Principios UNIDROIT). León Tovar (2007) lo expone de la siguiente manera: “los Principios establecen, para el caso de que las partes no hayan fijado lugar del cumplimiento, que dicho pago deberá hacerse en el establecimiento del acreedor cuando se trate de obligaciones de dinero, y en el propio establecimiento del deudor cuando se trate de cualquier otra obligación.” (p. 133). La validez en el contrato no tiene lugar cuando alguna de las partes sufra de incapacidad (se trató el tema en capítulos anteriores), falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad.

Cabe destacar la importancia que toma en nuestros días el derecho mercantil Internacional aplicado a los contratos mercantiles, la aplicación de nuevas tendencias jurídicas internacionales tienen el objeto de crear en el derecho mexicano un sistema de normas único a fin de que el derecho mundial sea uno sólo, por ejemplo, la Unión Europea ha tenido un gran avance a nivel regional, pero nuestra nación está muy atrasada en este ámbito, por tal circunstancia surge la necesidad de adentrarnos más al campo del derecho internacional, ya que el gran avance de otras naciones en la materia ha dejado a nuestra República Mexicana en desventaja en relación a otros países.

**CAPÍTULO 3**  
**EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.**  
**SU ACTUAL REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN**  
**MERCANTIL MEXICANA**

Este capítulo simboliza la esencia de la presente investigación, ya que en él se estudia y analiza la figura del contrato de asociación en participación, esto es, una vez que en los capítulos anteriores referimos al origen y naturaleza de la complicada figura del contrato, es momento de conocer las peculiaridades tan interesantes que posee dicho contrato mercantil. En las siguientes líneas, partiremos de los conceptos legales y doctrinarios, para con ello, formar un concepto propio del contrato de asociación en participación. Al tratarse de un contrato sui generis, posee elementos y formalismos característicos que lo distinguen, lo que da pauta para referirnos al marco legal aplicable e interpretarlo jurídicamente, a efecto de crear un criterio particular. Finalmente en este capítulo, no podemos dejar a un lado al Derecho comparado, ya que tales referencias internacionales proporcionan una visión más amplia para analizar al contrato de asociación en participación.

### **3.1. Concepto**

El contrato mercantil de asociación en participación (A en P), se integra por dos vocablos, el primero de ellos, “Asociación”. Según la Enciclopedia Práctica Jurídica Justina en su módulo de diccionarios jurídicos. Términos jurídicos de inglés a español (1998-2004 LEJR), “deriva de *associer*, latín *associare*, reunir (compuesto de *socius*, compañero)”.

Eduardo J. Couture (1997) define a la asociación como el: “conjunto de personas agrupadas con arreglo a una organización estatutaria, con el objeto de lograr determinados fines materiales o espirituales.” (p. 112).

Desde la antigüedad el ser humano ha tenido como uno de sus fines primordiales el asociarse con otros de su misma especie, con el objeto de obtener beneficios o simplemente alcanzar fines de diversa índole (cultural, ideal, político, etc.). De Pina Vara (2003) sostiene al respecto “la inclinación del hombre a agruparse con sus semejantes para el cumplimiento de fines que no podrían ser alcanzados convenientemente con su esfuerzo individual, aislado (o, por lo menos, no podrían serlo de manera tan eficaz como lo permite la agrupación de personas y medio) tiene muy diversas manifestaciones, siendo una de ellas la asociación.” (p. 110). Esta asociación se puede concretar mediante la unión de personas físicas o morales, y con ello lograr los fines propuestos con una mayor certeza. Rizzo Fuentes (2001) manifiesta que “se puede afirmar que del fenómeno asociativo, lo que representa mayor interés es que éste surge cuando se agrupan personas, ya sean físicas o morales, con el objetivo de realizar una actividad económica con el fin de repartirse los resultados obtenidos (ganancias o pérdidas).” (p. 1).

En la legislación francesa se considera a la asociación como una agrupación permanente de personas que ponen en común sus conocimientos, actividad y recursos, con una finalidad que no es primordialmente patrimonial, es decir, la asociación se opone a la sociedad. Nuestra ley suprema (Constitución Política Estados Unidos Mexicanos) reconoce en su artículo 9º el derecho de asociarse para cualquier objeto lícito al disponer que éste “no se podrá coartar”. Las asociaciones pueden clasificarse dependiendo de su naturaleza en civiles y mercantiles, por ser de nuestro interés, las asociaciones de carácter mercantil son las que estudiaremos, aunque cabe aclarar que por razones de supletoriedad legal, se tocará el tema de las civiles. Este tipo de figura jurídica (asociación mercantil), se compone por dos vocablos, “asociación y “mercantil.” El primero de ellos referido esencialmente a los compañeros, es decir, a la unión misma, y la mercantilidad de la asociación deriva de mercante, perteneciente

o relativo al mercader, mercancía o comercio. En consecuencia, la asociación mercantil sólo es un género de la asociación, que tiene fines lucrativos como por ejemplo la asociación en participación. La ley mercantil mexicana no establece definición alguna de este tipo de unión mercantil (asociación mercantil), por dicha razón, existe la obligación de remitirnos al derecho común nuevamente, tal como se ha hecho con la figura del contrato. El ordenamiento jurídico supletorio en materia mercantil o sea el Código Civil Federal, regula a las asociaciones en el título decimoprimer denominando “De las Asociaciones y de las Sociedades”, que va desde el artículo 2670 al 2687.

La definición legal del artículo 2670 (vigente en 2008) regula lo siguiente: “Cuando varios individuos convinieren en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación”. Este concepto es difícil de adecuar a la asociación mercantil por diversas razones, la primera consiste en que presupone en estricto sentido que los asociados serán individuos (personas físicas) dejando a un lado a las personas morales, que en la actualidad comercial juegan papel importante; otra de las razones radica en que no podrán existir asociaciones de carácter transitorio, lo que se traduce en realizar una sola operación de comercio, lo que no coincide con la asociación en participación y por último según el concepto civil, 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. Reafirmando lo dicho Barrera Graf (2003) manifiesta lo siguiente:

“el tipo de asociación en participación se aparta de la definición general de dicho artículo (2670 Código Civil), en primer lugar, porque puede referirse a una reunión transitoria si la aportación de bienes o de servicios se efectúa para una sola operación de comercio,

como lo permite el Art. 252 LGSM; y en segundo lugar, sobre todo porque la asociación en participación siempre tiene un carácter preponderantemente económico”. (p. 234)

Las asociaciones mercantiles son por lo general negocios atípicos e innominados, debido a que no están regulados por la ley, ni designados por la misma, pero en nuestro derecho sí existe un tipo de asociación mercantil de cuyas características se pueden inferir las de las otras asociaciones atípicas o innominadas, estamos hablando de la complicada figura jurídica de la asociación en participación. También existen otro tipo de asociaciones mercantiles de importancia, con la excepción de que este tipo de asociaciones no se encuentran reguladas en el marco legal mexicano, es decir, son atípicas, tal es el caso de las instituciones asociadas al Banco de México y aquellas para los efectos de compensación, a cargo del mismo banco, otro ejemplo se encuentra en ciertos consorcios formados para el ejercicio de actos de comercio no lucrativos y las asociaciones para compras en común así como las de crédito de comerciantes en pequeño.

El contrato de asociación en participación es un contrato de carácter mercantil, bilateral y asociativo, que tiene como antecedentes en la época medieval al contrato naval de *commenda* (mandato de dos). Esta clase de contrato que evolucionó de una forma muy compleja, se celebraba entre los pueblos del norte de Asia denominados *tschukchos* y los del África septentrional llamados *bereberes*, en los viajes y expediciones mercantiles. El acto de comercio se centraba en el tráfico de pieles de reno y consistía de esta manera: era una encomienda o encargo en donde una de las partes denominada *commendator* participaba aportando capital, generalmente pieles y la otra parte o persona *commendatario* ponía su trabajo en el viaje y con esto ambos salían beneficiados porque participaban de los beneficios obtenidos por el trueque que se había llevado a cabo; en este tipo de cooperación o colaboración económica presuponía la suma de aportaciones o en determinados momentos de servicios, a

efecto de participar en los beneficios que se obtuvieran de una actividad o empresa, pero limitando el riesgo de pérdida de cada miembro a lo aportado o comprometido.

Retomando las ideas expresadas, el contrato de *commenda* en forma general consistía en poner en las manos de otra persona, que era generalmente un comerciante, una determinada cantidad de dinero u otros bienes para que los explotara, compartiendo las utilidades generadas, y las operaciones se hacían a nombre del comerciante y no del verdadero dueño del bien. Como afirma Rizzo Fuentes (2001) “La prosperidad del comercio y de las actividades navales repercutió hacia tierra firme y es entonces cuando la *commenda* en lugar de desaparecer, se generalizó de manera tal, que los eclesiásticos y nobles trataron de aprovechar la expansión del comercio para especular, invirtiendo grandes capitales en las industrias italianas, así como en las establecidas en las colonias y en otros continentes.” (p. 3).

En Babilonia existía una figura semejante a la comandita simple, lo regulaba el Código de Hamurabi (artículos 101 a 107), y en él se reconocía a esta figura como una relación jurídica existente entre dos personas, en la que una de ellas entregaba a otra dinero o géneros para obtener un cierto beneficio, pero con el estudio que se ha hecho de este tipo de asociación, se llegó a la conclusión de que más bien se trataba del conocido contrato de *commenda*.

En el Derecho Romano la asociación en participación tiene su origen con la *admissio o assumptio*. León Tovar (2007, p. 222) citando al jurista italiano Navarrini manifiesta que consistía en: “la admisión de un tercero a la sociedad de desconocimiento de los otros socios y que quedaba a los resultados relativos a su aportación, sin convertirse por ello en socio de la misma; o en las sociedades vectigales, en donde la asociación tenía más forma administrativa que jurídica.” Lo



que se obtenía se destinaba a la percepción de impuestos (vectigal), a los derechos de puerto y a la explotación de bienes públicos. Existen juristas distinguidos con dos posturas encontradas en cuanto al origen de la asociación en participación, Garrigues presenta dos derivaciones, en donde en una ellas, el capitalista (o el que aporta el dinero), se manifiesta al exterior como si fuera parte del negocio, en este caso se estaría en presencia de una sociedad mercantil denominada sociedad en comandita. La otra postura se centra en que el negocio se manifiesta al exterior como propiedad del comerciante, es decir, como una compañía secreta. La pasada postura es el antecedente directo de la asociación en participación. Broseta Pont (2003), afirma que la relación que daba origen a la *commenda* se mantenía oculta al igual que el contrato, por ello se le denominaba *compagnia* secreta, que es la predecesora de la asociación en participación.

Al tener una noción historial del contrato de asociación en participación, comenzaremos a analizar el concepto de este tipo de asociación mercantil, tanto en la legislación mercantil vigente, doctrinariamente y en legislaciones mercantiles de la historia del derecho mexicano y extranjero (se estudiará a fondo dentro del Capítulo Segundo). La asociación en participación surge al mundo comercial y jurídico por una necesidad de comenzar un negocio que no fuera necesariamente una sociedad mercantil, por la falta de capital para crearla. Al no existir una figura que se adecuara a lo requerido, los capitales inactivos del clero, la milicia y la magistratura no podían utilizarse en operaciones de comercio; con la creación de este contrato se realizaron más operaciones de esta índole y, por lo tanto, con el paso del tiempo ha tomado mucha fuerza, y en la actualidad es uno de los contratos más importantes en el aspecto financiero, industrial o de construcción en donde se obtienen financiamientos sin necesidad de emitir bonos u obligaciones, de otorgar garantías o de erogar (pagar) fuertes sumas de dinero. Como lo señalamos con anterioridad, la asociación en

participación es un contrato regulado por la norma mercantil mexicana, en específico la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008).

Dentro de la estructura de la citada ley, se encuentra reglamentada en el capítulo XIII, artículo 252 (vigente en 2008) lo define de la siguiente manera: “La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”. El concepto anterior lo complementa Barrera Graf (2003) desde un enfoque empresarial, señalando: “A virtud de la asociación en participación una persona llamada asociante recibe de otra (o de otras) que se le asocia, y que se llama asociada, bienes o servicios, a cambio de una participación en las utilidades y en las pérdidas que aquélla obtenga, ya sea al explotar su empresa o negociación o al realizar uno o varios negocios mercantiles.” (p. 233).

Asimismo, los juristas Erick Carvallo Yañez y Enrique Lara Treviño (2007) conceptúan al contrato de asociación en participación como: “el contrato en virtud del cual una persona en forma voluntaria aporta bienes o servicios a otra, a quien le participará por este hecho, de las utilidades y, en su caso, de las pérdidas que genere una negociación mercantil o una o varias operaciones de comercio.” (p. 84 y 85).

En cuanto al marco legal que regulaba a la asociación en participación en otras naciones, el derecho español lo empezó a reconocer en el código de las costumbres de Tortosa, lo regulaba como una forma de negociación entre los comerciantes y funcionaba cuando un empresario o naviero (*parsoners*), aceptaba capitales de varios asociados para traficar con dichos capitales y después regresara a los asociados o *inversoners* el beneficio obtenido. Posteriormente en el libro del consulado del mar se

regula a la *commenda* en varios capítulos como un uso o costumbre del mar y consistía en que una persona llamada *commendatore* entregaba al tractor, con escritura o sin ella, una determinada cantidad de dinero o mercancías, las cuales recibía a uso y costumbre de mar y a riesgo de mar y corsarios, con el objeto de venderlos o emplearlos en cualquier lugar en donde hiciera puerto la nave (*commenda* unilateral). El código español de 1829 (Sainz de Andino) regulaba a la asociación en participación pero con distinta denominación. La “sociedad accidental o cuentas en participación” se regulaba en los artículos 354 a 358, comprendida en el Título II De las compañías mercantiles y desde el punto de vista del renombrado jurista “el precepto no diferenciaba las dos partes que intervienen, ni el carácter preponderante del asociante, lo que no obstante, se indica en el artículo 357; sólo se refería a operaciones, no a la empresa.” (Barrera Graf, 2003, p. 235).

El artículo 354 la regulaba de la siguiente manera “pueden los comerciantes interesarse los unos en la operación de los otros contribuyendo para ello con la parte de capital que convengan y haciéndose partícipes de sus resultados propios o adversos bajo la proporción que determinen”. Otras características de este contrato eran que prohibía el uso de una razón comercial común, y que no existían formalidades para realizar el contrato. Apegándonos a las fechas de aparición de la asociación en participación, en el derecho mexicano, toca el turno del Código de Comercio de 1854 (código Lares).

Cabe resaltar que del código español de 1829 se retomaron algunas ideas, pero solo fueron similares, no idénticas, ya que solamente reguló a la asociación en participación en tres artículos, dentro del libro segundo, sección quinta, artículos 265 al 267. A la asociación en participación se le denominó de la misma forma que en el derecho español, al respecto el artículo 265 del código reconoció a la asociación en

participación como “compañía mercantil” en participación pero en la sección segunda, “De las compañías de comercio”, artículo 234, sólo reconoció tres compañías de comercio: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad anónima”. De este código sigue vigente lo referido a la gestión única del administrador y su legitimación frente a tercero en caso de juicio. En el código de 1854 la asociación en participación no poseía formalidades frente a las requeridas para las sociedades y tenía lugar para las operaciones mercantiles, con las condiciones estipuladas entre partes y señalaba que la responsabilidad de la asociación en participación recaía sobre el comerciante que la dirigía en su nombre particular, quien era reconocido ante terceros.

El código italiano de 1882, incluyó en el concepto de la asociación en participación “a una o varias operaciones de comercio”, cuestión por de más importante.

En México en el año de 1884, el Código de Comercio fue el primer ordenamiento de orden federal, y ubicaba a la asociación en participación dentro del libro segundo “De las operaciones de comercio”, Título Segundo “De las compañías de comercio”, capítulo XI, artículos 620 a 628. Este ordenamiento es de gran relevancia, debido a que la denominación que se adapta en el Código es el de “asociación en participación”, como se le conoce en la actualidad dentro del derecho mercantil mexicano; dentro del capítulo que regulaba a la asociación en participación se reglamentaban los contratos y obligaciones mercantiles, en donde conforme al artículo 620 dice León Tovar (2007) lo siguiente:

“las asociación en participación eran “sociedades” internas entre los “socios”, formadas por dos o más personas, de las que por lo menos una era comerciante, con el objeto de realizar uno o más negocios determinados. No estaban sujetas o requisitos ni

formalidades legales y cada una de las partes podía en la parte que le correspondiera en nombre propio y bajo su responsabilidad personal, conservando la propiedad de los bienes que hubiere aportado” (p. 352).

Es decir, el asociante tiene la obligación de comprobar las cuentas.

Posterior al código de 1884, la legislación mercantil de 1890 (Código de Comercio) reconoce a la asociación en participación en el libro Segundo relativo al comercio terrestre, Título “De las asociaciones” que contenía una parte general respecto a los actos de comercio y a los contratos mercantiles y partes especiales donde se regulan las sociedades, dentro del cual se encuadra a la asociación en participación. En el artículo 270 establecía que la asociación en participación es aquella en la cual se interesan dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que éstas constituyan una sola entidad jurídica. Conforme a lo establecido en este Código, no existe relación ni acción directa entre los asociados y los terceros, el asociante sólo actúa en nombre propio, en consecuencia, los asociados no se exteriorizan ni poseen obligación ante terceros.

El año de 1934 posee relevancia en cuanto a la asociación en participación se refiere, debido a que se derogan los artículos del Código de Comercio de 1890 que regulaban a la asociación en participación, para dar cabida a la creación de la Ley General de Sociedades Mercantiles en donde se regula a la asociación en participación como un contrato, sin reconocerla como sociedad ni otorgarle personalidad jurídica y patrimonio propios. La situación jurídica anterior en cuanto a regulación se refiere, no coincide con mi postura, debido a que a pesar de que la ley le otorga el carácter de contrato mercantil, lo regula en una ley de sociedades mercantiles, estableciendo en uno de sus artículos que la asociación en participación en cuanto a su funcionamiento, disolución y liquidación se regulará por lo preceptuado en la sociedad en nombre

colectivo, situación por más contradictoria a la naturaleza jurídica de la asociación en participación y de las sociedades mercantiles, porque como bien se sabe, cada figura jurídica posee sus propios elementos característicos y naturaleza propia, sin embargo, con el objeto de que no exista confusión por el momento, lo dicho en líneas precedentes se estudiará más a fondo en el capítulo posterior.

En Centro y Sudamérica no existe unificación de criterios para definir o catalogar a la asociación en participación, algunos la consideran como sociedad mercantil, regulándola en una ley de sociedades y otros que lo definen como contrato mercantil, lo regulan en sus respectivos códigos de comercio (más adelante se hará referencia al tema).

Se puede afirmar que habiendo analizado los distintos ordenamientos jurídicos mercantiles de otras naciones, se llega a la conclusión de que no existe una regulación ideal de la asociación en participación, que se pueda tomar como base o principio, ya que cada nación a adecuado a este tipo de asociación de acuerdo a sus necesidades, es decir no existe uniformidad de conceptos, algunas la consideran sociedad y otros un mero contrato mercantil, por tal motivo es necesario aclarar las lagunas legales existentes en nuestro sistema jurídico actual, ya que como se afirmó anteriormente a la asociación en participación se le define como contrato, legalmente hablando, pero no existe la regulación adecuada.

Para efectos de comprensión del análisis de la figura asociativa estudiada (asociación en participación), establecemos el concepto de sociedad momentánea y asociación o sociedad oculta, según Mantilla Molina (2004):

“Sociedad momentánea, es decir, sociedad constituida para la 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; Asociación o sociedad oculta, es decir, asociación o sociedad constituida para un número indeterminado de actos comerciales, pero que no se revela como tal sociedad a los terceros, que permanece como un simple pacto, válido entre socios, inaplicable frente a terceros, porque se supone que ellos no lo conocen.” (p.195)

Centrándonos en el concepto que da la vigente Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato con la siguiente clasificación (de la que no hace mención el Código de Comercio): es bilateral, principal, de carácter mercantil, típico, formal, de tracto sucesivo o instantáneo, conmutativo, aleatorio, oneroso, traslativo de dominio y de carácter oculto, la anterior clasificación se profundizará en un capítulo en específico. No existe duda al respecto que la asociación en participación es solo un contrato mercantil, al respecto afirma León Tovar (2007, p. 356) “se trata de un negocio contractual diverso del de sociedad (...) y dista mucho del concepto y funcionamiento que de asociación prescribe nuestro Código Civil Federal en su artículo 2670.” La postura anterior concuerda con mi postura y refuerza la cita anterior la opinión del maestro Vásquez del Mercado (2003), en la que maneja a la asociación en participación como un contrato, la cita es la siguiente:

“la característica principal de este contrato estriba en que una de las partes dirige la empresa o realiza los actos en nombre propio y las otras únicamente reciben un porcentaje de las utilidades, aunque si bien, con carácter secundario, se reservan un derecho de control sobre la gestión de la propia empresa.” (p. 561)

Retomando las posturas de autores distinguidos y la definición legal del artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se puede concluir que a la asociación en participación se le considera y está regulada como un contrato mercantil, se muestra su bilateralidad en dicho concepto debido a que existe voluntad de ambas partes para celebrarlo, lo que se traduce en un acuerdo de aportar bienes o

servicios y otorgar participación en las pérdidas y ganancias; posteriormente es un contrato en donde ambas partes adquieren derechos y obligaciones, y en cuanto a la aportación, se pueden otorgar bienes muebles, inmuebles o cualquier tipo de servicios, y con ello distinguir entre los asociados a los industriales (servicios) y los capitalistas (muebles o inmuebles). La asociación en participación no posee personalidad moral o jurídica propia, en razón de tratarse de un acuerdo de voluntades que produce o transmite derechos y obligaciones entre asociado y asociante, por lo tanto, no tiene una razón o denominación social, no constituye una persona distinta de la de los contratantes, es inexistente ante terceros, y el domicilio social que atribuya jurisdicción es inexistente. Fierros Farell (1996) opina sobre la definición legal de la asociación en participación “el propio artículo (art. 252 Ley General de Sociedades Mercantiles), a su vez, establece que el contrato puede ser general o particular, es decir, es general cuando el objeto sea participar en las utilidades o pérdidas de una negociación mercantil y particular cuando se trate de una o varias operaciones de comercio.” (p. 112).

Habiendo analizado el concepto legal y doctrinario del contrato de asociación en participación, puedo concluir que *la asociación en participación es un contrato de carácter mercantil en virtud del cual una persona, ya sea moral o física, denominada asociante recibe a manera de aportación de otra persona(s) (física o moral) designada como asociado, aportaciones en bienes o servicios a cambio de obtener una participación en las utilidades y pérdidas provenientes de una negociación mercantil o de una o varias operaciones comerciales realizadas por el asociante.*



### 3.2. Elementos

Dentro de los elementos que conforman al contrato de asociación en participación existen tres tipos: los **personales** consistentes en **asociante** y **asociado**; los elementos **reales** que radican en las obligaciones recíprocas entre partes, y por último los **formales**.

Refieren al respecto Erick Carvallo Yáñez y Enrique Lara Treviño (2007): “Los elementos personales son el asociante y el asociado, no existiendo limitación en el número de asociantes o asociados, siendo el asociante el que concede a los asociados que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades o en las pérdidas de la negociación mercantil, o de una o varias operaciones de comercio.” (p. 85).

Como se señaló con anterioridad, en el contrato de asociación en participación intervienen dos partes: el asociante y el asociado. El concepto de **asociante** lo podemos deducir de la definición legal del contrato de asociación en participación consagrada en el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por lo que se deduce que es aquella persona que a virtud del contrato de asociación en participación, concede que le aporten bienes y/o servicios para comprometerlos en una negociación mercantil o una o varias operaciones de comercio, y a su vez, entregar las ganancias o las pérdidas.

El asociante puede tener la calidad de persona física o moral (jurídica), y requiere capacidad de ejercicio, es decir, la capacidad para contratar consagrada en el derecho común (materia supletoria del derecho mercantil), en el artículo 1798 del Código Civil Federal. El asociante siempre será la persona que se ostentará ante terceros al momento de efectuar operaciones con fines destinados en el contrato, y actuará en

nombre propio y no a nombre de los asociados, ni a nombre de la asociación en participación, pero el actuar del asociante es en representación de los asociados, quienes permanecen ocultos ante terceros, e incluso estos últimos desconocen la existencia de los asociados, dicho con otras palabras, la relación entre asociante y asociados es meramente interna y no posee relevancia para los terceros, éstos solamente contraen obligaciones y derechos con aquel con quien han contratado, es decir, el asociante.

De lo anterior, cabe aclarar que el asociante al obrar en nombre propio se responsabiliza frente a los terceros. Vásquez del Mercado (2003) afirma lo siguiente: “como el asociante obra en nombre propio, sólo a él se le atribuye la capacidad procesal, activa y pasiva, por todos los actos que realiza y en consecuencia, los acreedores que resultan de dichos actos, únicamente podrá dirigirse en su contra, así como el será el único con facultades suficientes para hacer valer los créditos derivados de los actos que realiza” (p. 565). Se dice que el asociante actúa con el fin de realizar los actos de la asociación y a consecuencia de esto tiene amplios poderes, con sus límites respectivos, para la disposición de los inmuebles aportados por la asociación, así como para administrar los negocios y los bienes de la misma. El asociante deberá corroborar de que la entrega de aportaciones, sea real, es decir, física, en caso contrario no se podría perfeccionar el contrato, por lo tanto, el actuar del asociante siempre deberá ser con diligencia y prudencia en el compromiso de las aportaciones, ya que el no cumplir estas obligaciones podría configurar algún tipo de ilícito penal, como por ejemplo, el abuso de confianza.

El comprometer las aportaciones en la negociación mercantil o en la(s) operación(es) comercial(es) pactada(s) en el contrato, es otra obligación importante

del asociante, en razón de que la omisión de la misma podría configurar un fraude o la rescisión del contrato de asociación en participación.

A continuación se establecen las funciones del asociante centradas en tres principios básicos, enumerados de la siguiente manera:

1. Conceder que se le aporten bienes o servicios.
2. Entregar las ganancias o en su caso las pérdidas.
3. Comprometer las aportaciones en la negociación mercantil o en una o varias operaciones de comercio.

Otro punto que destacar sobre el asociante lo hace notar el jurista Barrera Graf (2003, p.239) al afirmar que “...es posible que un asociante celebre varias A en P, y que en cada contrato se pacte una distribución de utilidades al asociado respectivo; esto impondría que al hacerlo no se afectasen los derechos concedidos a asociados anteriores de otra u otras A en P, con tal de que el contrato previo no prohíba la celebración de otra u otras posteriores”.

A modo general esa es la persona del asociante, es necesario aclarar que solamente nos enfatizamos a lo realizado esencialmente en el contrato de asociación en participación, pero sus obligaciones y derechos, así como su relación con terceros, se estudiarán más a fondo dentro de los elementos reales.

Siguiendo la fórmula anterior, toca el turno de conocer al asociado. El **asociado** al igual que el asociante, se encuentra comprendido en la definición contractual de la asociación en participación dentro del artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y de ahí podemos deducir su concepto y obligaciones básicas. El asociado es la persona física o moral que participa, colabora o interviene en el

contrato de asociación en participación, mediante la aportación de bienes y servicios que habrán de aplicarse a la realización de los actos u operaciones de comercio o de una negociación mercantil, por virtud de los cuales se pretenden obtener beneficios o utilidades. La obligación principal del asociado versa sobre la entrega real de los bienes o servicios, lo que se traduce en las aportaciones mismas, esta entrega real es uno de los principios básicos del contrato de asociación en participación, ya que la inexistencia de este requisito propicia la no perfección del contrato.

Existen en la práctica dos tipos de asociados: los **originales** y los **adherentes**. De su propia denominación podemos saber cuáles son los unos y los otros, los primeros son los que participan en el contrato de asociación en participación compareciendo desde la celebración del contrato; y los segundos son aquellos que ingresan con posterioridad a la celebración del contrato, mediante sus aportaciones de bienes y servicios, mediante previo consentimiento de las partes originales de la asociación en participación (asociante y asociado), y al igual que los primeros asociados, obtienen ganancias o pérdidas derivadas de las operaciones comerciales o negociaciones, es decir, tienen los mismos derechos y obligaciones que los originales, solamente se distinguen en el momento de adquirir la calidad de asociados. Fierros Farell (2001, p. 123) afirma que: "...es una obligación abstenerse de intervenir en los asuntos en los que las aportaciones fueron comprometidas, ya que al ser este un contrato *intuito* personas, es evidente la confianza en la pericia del asociado, lo anterior no implica que el asociado no pueda vigilar el funcionamiento debido a los asuntos." Los asociados por no tener relación jurídica con los terceros, están imposibilitados de ejercer algún tipo de acción en contra de ellos.

Habiendo conocido a grandes rasgos a ambas partes que conforman al contrato de asociación en participación, seguiremos con sus elementos reales, pero antes de esto,

con el afán de obtener una mayor claridad de estos conceptos, Barrera Graf (2003, p. 239) sostiene lo siguiente:

“Por el carácter bilateral de la asociación en participación, habrá sólo dos partes, el asociante que siempre será singular (un individuo o una sociedad), y el asociado, que puede estar constituido por una o varias personas físicas o jurídicas (pluralidad de asociados), pero que aun siendo dos o más constituirán una sola parte, frente a la cual el asociante se obligue a compartir las utilidades que obtenga”.

Quedando especificadas las funciones básicas del asociante y asociado en el contrato de asociación en participación, estableceremos sus derechos y obligaciones principales, dentro de sus elementos reales.

Los elementos reales del contrato de asociación en participación consisten como bien se dijo, en las obligaciones recíprocas entre las partes, y con ello derivan los derechos del asociante y asociado. Pero antes de conocer a lo que se obligan las partes, hay que hacer mención de los elementos reales propios de la asociación en participación, estos son dos: el primero se traduce en la aportación que el asociado se obliga a entregar al asociante, en términos del contrato quiere decir los bienes o servicios que le son entregados al asociante por medio de los cuales se pretende obtener una ganancia o pérdida; y el segundo consiste en el derecho de participar en las utilidades o pérdidas, cumpliendo el fin común pactado, que realiza el asociante mediante las negociaciones necesarias. Ahora nos enfatizaremos a los elementos reales de las partes del contrato de asociación en participación, a la situación jurídica del asociante y asociado. En primer término el **asociante** se **obliga** a lo siguiente:

1. A realizar en su nombre ya sea directamente o por medio de un representante o mandatario, las operaciones de comercio establecidas o pactadas entre las

partes, o a explotar la negociación mercantil que constituyan el fin del contrato de asociación en participación, siempre a beneficio o interés común.

2. Responsabilizarse frente a terceros, en razón de actuar a nombre propio.
3. Ejercer los derechos adquiridos en virtud de los negocios jurídicos que por cuenta de la asociación ha celebrado.
4. Hacer partícipe al asociado de las utilidades y de las pérdidas que el asociante tenga, de manera que la operación se ejecute y se cumpla en forma debida, lo que se traduce en darle a la cosa o al bien aportado el destino adecuado, salvo consentimiento del asociado. De Pina Vara (2003, p. 223) establece esta obligación como “entregar a los asociados la participación que se haya convenido sobre las utilidades.”
5. El asociante deberá actuar y gestionar con juicio, así como ordinariamente, conforme a lo establecido en el contrato, ya que es el único gestor. En caso de negligencia o conducta dolosa, incurrirá en responsabilidad frente al asociado. Al respecto León Tovar (2007) aclara: “la iniciativa económica está determinada por él y aunque no actúa en representación de algún ente con personalidad jurídica, ni a nombre del asociado, en sus relaciones internas y ocultas con éste deberá observar la normal diligencia del mandatario”. (p. 379).
6. Deberá realizar las actividades convenidas en el contrato de asociación en participación y hacer todo lo posible para promover o impulsar a las operaciones establecidas.
7. Rendir cuentas al asociado de las operaciones pactadas, con lo que deberá de otorgarlas semestralmente, por supletoriedad del artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, remitiéndolos a lo establecido para la sociedad en nombre colectivo consagrada en el artículo 43 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo anterior salvo pacto en contrario.

8. Permitir al asociado revisar el examen de los actos de administración y de los papeles, libros o documentos de contabilidad que tiene a su cargo el asociante.
9. Reembolsar o restituir al asociado los bienes o derechos que hubiese aportado, dependiendo de la naturaleza y alcance de la aportación, lo anterior salvo pacto en contrario.
10. Las anteriores obligaciones se centran en la principal obligación de realizar las operaciones, rendir cuentas y participar en las utilidades y pérdidas.

Mantilla Molina (2004) establece lo siguiente:

“Es obvio que entre el asociante y cada asociado existe un vínculo jurídico bilateral: las obligaciones de uno son correlativas de los derechos del otro; el asociante tiene derecho a exigir la aportación del asociado, éste la tiene a la adecuada gestión de los negocios por parte del asociante y a que la reintegre el valor de su aportación, más la respectiva cuota de las ganancias obtenidas.” (P. 200)

Siguiendo con el tema de los deberes que tienen las partes en el contrato de asociación en participación, el **asociado** tiene las siguientes **obligaciones**:

1. Aportar a favor del asociante los bienes, servicios o ambas cosas, que se hayan estipulado en el contrato. Esta aportación puede consistir en un dar (entregar dinero, bienes o titularidad de derechos), o en un hacer (aportaciones de industria o comercio).

León Tovar (2007) comenta acerca de la aportación que: “puede aportar cualquier bien y derecho que pueda constituir el objeto de un contrato de cambio, y que implique la transmisión de la propiedad o del uso de tales bienes o derechos, como la venta o el arrendamiento” (p. 274). Si se trata de bienes, puede aportar bienes muebles, inmuebles, dinero, créditos, derechos, acciones con el objeto de cosas

muebles o cantidades exigibles derivadas de una acción personal, lo cual dependerá de la solvencia del deudor. Hay que aclarar que los bienes aportados deberán encontrarse dentro del comercio tal como lo el libro segundo “De los Bienes”, artículos 747 a 749 del Código Civil Federal. También podrá ser materia de aportación las acciones de sociedades, títulos de crédito, derechos reales sobre inmuebles (*v.gr.* usufructo), frutos naturales, industriales o civiles y capitales impuestos a réditos. La aportación puede ser de dominio o de uso o goce. Según la ley, las aportaciones deben valorizarse en el momento de su entrega o en el procedimiento seguido para la valorización, y las aportaciones se entenderán traslativas de dominio, salvo pacto en contrario (Art. 11 Ley General de Sociedades Mercantiles).

- a) El asociado está obligado a sufrir o contribuir en las pérdidas de las operaciones en la proporción convenida, es decir, en la medida, términos y condiciones que establezca el contrato. En caso de que no exista convenio en el contrato, se aplicará el artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en donde las pérdidas del asociado no podrán ser mayores a su aportación.
- b) El asociado deberá abstenerse de hacer competencia al asociante.

No podrá realizar actividades similares a las planteadas en el contrato de asociación en participación, ya que en caso contrario puede disminuir o quebrantar la productividad del fin u objeto de la asociación en participación, lo anterior salvo pacto en contrario estipulado en el contrato. De lo anterior se deduce que el artículo 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no posee aplicación automática en la asociación en participación.



Rizzo Fuentes (1996) manifiesta con relación a las obligaciones de ambas partes que:

“Como consecuencia natural de todo acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas, nacen entre ellas determinadas relaciones jurídicas. El contrato de asociación en participación no es la excepción, y por ser éste un contrato que posee cualidades y notas especialmente peculiares, dichas relaciones merecen un análisis especial, no solo de aquellas surgidas entre los contratantes, sino de las que pudieran llegar a darse con los terceros” (p. 97).

Apoyando lo citado, el contrato de asociación en participación otorga grandes libertades a ambos contratantes, como cualquier otro acuerdo de voluntades, existen cláusulas base o necesarias que lo distinguen de otros, pero el establecimiento de las cláusulas se otorga con plena libertad contractual entre partes.

Las obligaciones que tienen las partes en el contrato de asociación en participación generan los derechos de su contraparte, por lo tanto, el **asociante** tiene los siguientes **derechos**:

1. Exigir u obtener del asociado la entrega de la aportación pactada, lo que trae como consecuencia la participación de él y del asociado en las utilidades y pérdidas que se obtengan con la realización del fin de la asociación en participación, o de las operaciones de comercio realizadas.

Derivado del derecho principal precedente se surgen distintos tipos de derechos:

- A. El derecho a la propiedad de los bienes aportados por el asociado, salvo pacto en contrario y que por la naturaleza de los bienes requieran de cierta formalidad para su transmisión. Vásquez del Mercado (2003, p. 565) opina: “El asociante no tiene un derecho absoluto de disposición, puede frente a los terceros,

disponer de las cosas aportadas por el asociado y que son de la propiedad del asociante. Puede también disponer de las cosas muebles aportadas por los asociados, y sobre los cuales se presume que tiene la propiedad, exceptuando las mercancías que el asociado le hubiese entregado para venderlas”. El derecho de administrar lo aportado por el asociado a la asociación en participación. Lo anterior referido a la aportación que haga el asociado. Este derecho que ostenta el asociante es lo que permite que los objetivos planteados en el contrato sean cumplidos, ya que así lo convinieron las partes, debe cuidar los intereses del asociado, actuar con diligencia de comerciante, como si se tratara de él propiamente, aclarando que los asociados no intervendrán en la realización de los fines planteados, su participación será solamente a través de sus aportaciones. Es importante reafirmar que el asociante no es apoderado, ni un administrador del asociado, tampoco de la asociación en participación como tal, por carecer de una personalidad jurídica, solamente es en relación a las aportaciones.

- B. Pero en el caso de que exista un nombramiento o poder para gestionar a nombre del asociante, otorgado por el asociado, el asociante tiene derecho a revocar libremente dicho nombramiento o apoderamiento, salvo disposición contraria estipulada. Barrera Graf (2003, p. 244) lo ejemplifica de la siguiente manera: “que se le nombrará con carácter de gerente inamovible de la empresa del asociante, caso en el cual se aplicaría la regla del artículo 39 en materia de sociedad en nombre colectivo (art. 259), o sea, que sólo será removido judicialmente por dolo, culpa o inhabilidad”.

Los **derechos del asociado** básicamente son:

1. El derecho principal e irrenunciable de participar en las utilidades (o pérdidas) derivadas del cumplimiento de los fines del contrato de asociación en participación, que previamente se pactaron en los términos del mismo.

2. Tiene el derecho de exigir al asociante la realización de la o las operaciones comerciales convenidas en el contrato de asociación en participación.

3. En caso de incumplimiento del punto anterior, tiene el derecho de pedir la resolución y a consecuencia de esto, la liquidación de la asociación en participación, conforme a los artículos supletorios 50, fracción II, que habla de la sociedad en nombre colectivo y 230 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que habla de la disolución de las sociedades.

4. El derecho a participar directamente en las negociaciones o administración de la empresa, según sea el caso, mediante nombramiento o poder que para tales efectos se le conceda, siempre y cuando actúe en nombre propio.

5. El asociado puede exigir una indemnización convenida o que se cumpla una obligación (no ambos), si se pactó en el contrato alguna pena por incumplimiento del mismo.

6. Derecho de reembolso de los bienes o derechos que hubiere aportado el asociante para obtener los resultados deseados en la asociación en participación, según su naturaleza y el alcance de la aportación que hubiera hecho, salvo previa disposición contraria.

7. Tiene derecho a la restitución de la aportación, en caso de que únicamente haya aportado el uso y goce de un bien y no la propiedad, así como al resarcimiento de daños.

8. Derecho a saber y conocer la evolución de los resultados que haya obtenido o esté obteniendo el asociante derivado del contrato de asociación en participación.

9. Tiene derecho a pedir concurso en caso de que existan otros acreedores del asociante. Tiene derecho si éste se ha hecho deudor de las utilidades y del capital, y

no las paga puntualmente y ha incurrido en incumplimiento generalizado de sus deudas (artículo 11 de la ley de concursos mercantiles).”

10. A observar y verificar las operaciones que este realizando el asociante.

11. Derecho a examinar el estado de la administración, de la contabilidad y la documentación de la empresa, opinando acerca de la situación y reclamar lo necesario con el objeto de salvaguardar los intereses de ambos contratantes, conforme a lo regulado en el artículo 47 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, aplicado supletoriamente al 259 de la misma ley, haciendo referencia a los derechos de los socios en la administración y contabilidad, en la Sociedad en nombre colectivo.

12. Derecho a nombrar interventor que vigile el actuar del asociante, salvo previo pacto en contrario.

Las relaciones que tiene el asociante con el asociado y viceversa, son de carácter bilateral e interno y se derivan de la aportación de bienes o servicios que habrá de utilizar el asociante en la realización del objeto principal de la asociación y a su vez, el asociado se relaciona directamente con el asociante al recibir de éste una participación en las utilidades o pérdidas que se obtengan. Vásquez del Mercado (2003) sostiene: “las obligaciones y derechos derivados del vínculo jurídico creado entre el asociante y los asociados, deben cumplirse de conformidad con las especificaciones del contrato de asociación en participación y los terceros son ajenos a ellas” (p. 569 y 570). Existen algunas notas sobre estas relaciones que es necesario dejar claras, una de ellas es que el asociante no actúa frente a terceros, como administrador del asociado, pero en la relación que guarda con el propio asociado sí lo es; en relación a la solidaridad, queda claro que ésta no se presupone a la asociación en participación (artículo 256 Ley General de Sociedades Mercantiles). Sobre el patrimonio y las relaciones que pudieran darse entre el asociante y asociados, cabe aclarar que la aportación es diversa en una sociedad que en una asociación en

participación en virtud de que en la primera, la aportación constituye un fondo social o patrimonio común y en la segunda, la aportación entra a formar parte del patrimonio del asociante. Por ello, al patrimonio nunca será común, por tratarse de un contrato, cada una de las partes poseerá un patrimonio independiente una de la otra, sin existir interrelación entre ellas, a excepción, claro está de las prestaciones debidas entre sí.

Habiendo conocido a lo que se obliga y lo que puede exigir cada contratante dentro de la asociación en participación, seguiremos con la relación que posee cada uno con los terceros. Los terceros juegan un papel importante ya que es con ellos con quien se realizarán las operaciones comerciales o negociaciones mercantiles.

La relación entre asociante y terceros consiste en que el asociante por ser el titular de las operaciones o los negocios celebrados en virtud de la asociación en participación, es el único en poseer relación jurídica con los terceros y responde frente a ellos (artículo 256 Ley General de Sociedades Mercantiles). En virtud de la administración de un contrato de asociación en participación corresponde de manera exclusiva e individual al asociante, sin que en dichas actividades pueda involucrarse el asociado, quedando claro de nueva cuenta que quien se ostenta frente a terceros es precisamente el asociante. De lo cual se deduce que los terceros no contratan directamente con la asociación, sino que lo hacen con el asociante en su carácter de comerciante y obrando en nombre propio. El asociante es el único que tiene capacidad procesal, activa y pasiva, para los actos que realiza, León Tovar (2007, p. 388) señala que “incluso los acreedores particulares del asociante pueden tener preferencia sobre aquellos derivados de la negociación mercantil. Si se trata de operaciones mercantiles, no hay distingo entre los acreedores que son por operaciones propias del asociante y los que resultan de las operaciones de la asociación en participación.” En caso de que los terceros quieren ejercer algún tipo de acción,

pueden perseguir y ejecutar al asociante, incluyendo los bienes aportados por el asociado, salvo los que requieran para su transmisión alguna formalidad y ésta no se hubiere cumplido; también el o los asociados pueden ejercer acción en contra del asociante, en caso de que éste no respete lo estipulado en el contrato de asociación en participación.

De lo antes expuesto se infiere que los acreedores o terceros no pueden dirigirse en contra de un patrimonio social inexistente, ni solicitar concurso mercantil de una persona jurídica que no existe, tampoco podrían actuar en caso de juicio, en contra del asociado por razones de carecer oculto ante ellos, exclusivamente tendrán que conducirse con el asociante que actúa como gestor de los actos realizados por él, y que responderá hasta con su patrimonio del cumplimiento de las obligaciones que asuma. Los terceros no se conducirán con los asociados ni con la asociación en participación.

La relación jurídica de los asociados con los terceros es inexistente, en razón de que como quedó apuntado, el asociante es el único en contratar con los terceros y por lo tanto, los asociados no tienen acción en contra de los terceros, ni éstos contra los asociados. La adquisición de derechos y obligaciones de los terceros solo surgen exclusivamente frente y con el asociante, aunque se conozca la intervención de los asociados en el contrato de asociación en participación, exceptuando los casos en que los asociados actúen en las operaciones con los terceros o que la ley prevea su responsabilidad solidaria. León Tovar (2007) asevera que:

“En principio, todo asociado carece de legitimación pasiva para responder de las acciones deducidas por actos del asociante, y de la misma manera falta la correspondiente legitimación activa de los terceros para invocar dichos actos frente al asociado (artículo

256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), quien ordinariamente sólo responde de manera limitada por el valor de su aportación, frente al asociante.” (p. 390)

Los acreedores del asociante no poseen una acción propia para obligar al asociado a entregar lo prometido, sino que sólo podrán ejercitar las acciones que correspondan a su deudor (asociante), un ejemplo de lo anterior se presenta cuando el deudor (asociante) no ha recibido las aportaciones a las que tiene derecho y con respecto de las cuales se encuentra obligado el asociado, los terceros (acreedores del asociante) pueden impugnar los reembolsos no verificados por el asociante, a través de la acción pauliana (acción revocatoria que tiene por objeto la nulidad de los actos o contratos celebrados por el deudor en fraude de su acreedor). Para ejercer esta acción por los terceros, será necesario que el acto que los perjudica (*v.gr.* la no recepción de la aportación), tenga por efecto la disminución del patrimonio del asociante y por ello se cause la insolvencia del mismo, o bien que el asociante descuide su reclamo o se rehúse a hacerlo. Si el asociado contratara en su nombre propio como único dueño de los negocios dados en asociación en participación, se obligaría, en los términos del asociante y respondería directamente con su patrimonio individual frente a quienes hubiere contratado, y en este caso también podría accionar directamente en contra de dichos terceros.

Los elementos **reales** consisten básicamente en lo establecido por el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles al establecer que el contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro. La falta de estos elementos no producirá la inexistencia, ni la nulidad absoluta del acto, solamente acarrea la nulidad relativa que podrá ser subsanada mediante la ratificación del acto. Las formalidades del contrato de asociación en participación se estudiarán más a fondo en el tema siguiente (3.3. Celebración y formalismos).

### **3.3. Celebración y formalismos**

Es de vital importancia recordar la clasificación del contrato de asociación en participación, con el objeto de identificar que en una de sus características es que se trata de un contrato formal. La asociación en participación es un contrato típico porque se encuentra regulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles; es principal porque existe por sí mismo y no requiere de otro para su subsistencia; es formal porque en el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que el contrato de asociación en participación debe constar por escrito; puede ser de tracto instantáneo o sucesivo, dependiendo de las obligaciones que del compromiso de asociación se derivan, se ejecutarán en un solo acto o bien en varios; es bilateral, porque las partes tienen obligaciones y derechos recíprocos; es oneroso, porque contiene derechos y gravámenes recíprocos; y es conmutativo porque las prestaciones, provechos y gravámenes que derivan del contrato son plenamente conocidas por las partes desde la celebración del contrato. Como lo establece su clasificación el contrato de asociación en participación al igual que otros contratos posee determinadas formalidades para su celebración.

Lo dispuesto por el 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles expone dos de sus especiales características, la primera es que el contrato debe constar por escrito, y la otra es la no sujeción a registro. León Tovar (2007, p. 405) comenta que “la asociación en participación se constituye por escrito privado y está exenta de registro. Basta que el contrato de asociación en participación conste por escrito y que se exprese en él el acuerdo de voluntades, el objeto del contrato y el motivo o fin del mismo, para que el contrato sea válido.” El que no conste por escrito y se celebre verbalmente no trae como consecuencia la inexistencia del acto jurídico, por no tratarse de una solemnidad, solamente estaríamos en presencia de un tipo de nulidad



denominada relativa. Esta situación se fundamenta en lo indicado por el Capítulo II “De los Contratos Mercantiles en General” en el artículo 78 del Código de Comercio, el cual señala que “en las convenciones mercantiles, cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.” En complemento a lo anterior, en el Título Sexto “De la Inexistencia y de la Nulidad” en su artículo 2228 del Código Civil Federal se establece que “la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes (...) produce la nulidad del mismo”, y de acuerdo al artículo 2231 del mismo ordenamiento, “la nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida”.

En el derecho comparado surgen distintas situaciones, en el código español permite la celebración de este contrato “de palabra”, en el Código de Comercio Italiano de 1882, establecía que la asociación en participación esta exenta de formalidades establecidas para la sociedad, pero debe ser probado por escrito; por lo tanto en el derecho mercantil mexicano la forma escrita no constituye un requisito de existencia en el contrato de asociación en participación, dicho requisito se puede subsanar, pero se recomienda siempre como todo acto jurídico elevarlo a la categoría escrita, por razones de seguridad, certeza jurídica y establecimiento claro y preciso de la distribución de utilidades y pérdidas, así como derechos de las partes y obligaciones entre las partes. Rizzo Fuentes (2001) expone:

“la forma que debe revestir este contrato es que conste por escrito. Sin embargo, podría pensarse que nos encontramos frente a una contradicción en virtud de la naturaleza oculta que posee la asociación en participación. No obstante lo anterior, el hecho de que el contrato de asociación en participación deba constar por escrito no implica que le haga perder su naturaleza oculta pues, aún y cuando el acuerdo de voluntad de las partes sea exteriorizado por escrito, el contrato permanece oculto frente a terceros pues el asociado

o asociados no tienen relación o responsabilidad alguna frente a los terceros que contraten con el asociante.” (p.43)

En relación a la no sujeción registral del contrato de asociación en participación, es importante referir que por el carácter oculto de este acuerdo de voluntades, no debe ser público y por ello no se sujetará a registro, aún y cuando la asociación en participación deba otorgarse por escrito, no es necesaria la escritura pública ni procede que se inscriba en el Registro Público de Comercio, pero aclarando que existen casos que dependiendo de su naturaleza procede la inscripción de ciertos actos provenientes del contrato de asociación en participación, por ejemplo la traslación de dominio de algún bien inmueble, y de otros como el de transferencia de tecnología, tratándose de bienes de la propiedad industrial como patentes, marcas, denominaciones de origen, nombres comerciales y derechos de autor.

Retomando lo anterior, en la aportación de bienes inmuebles, el propietario será quien aparezca inscrito en el registro correspondiente, por esta razón para los terceros el propietario de los bienes de la participación será aquél que sea su legítimo titular y por lo tanto la asociación en participación conserva su carácter oculto. Lo anterior no debe entenderse como que la asociación en participación deba ser inscrita, sino solamente las operaciones que así lo requieran, y si se llegare a conocer el contrato por los terceros, éstos no tienen ningún derecho frente a los asociados y no pueden exigirles el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las negociaciones mercantiles realizadas con el asociante.

### **3.4. Marco legal aplicable a la asociación en participación**

Como se ha venido señalando, el contrato de asociación en participación se encuentra regulado dentro de la estructura de la Ley General de Sociedades Mercantiles

(LGSM) expedida por el Congreso de la Unión el veintiocho de diciembre de 1933, estando a cargo del Ejecutivo Federal como sustituto constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, el Presidente Abelardo L. Rodríguez. La ley mercantil referida se encuentra aún vigente y la asociación en participación se regula dentro del capítulo XIII denominado “De la asociación en participación”. El mencionado capítulo consta de ocho artículos a partir del 252 al 259. A continuación se transcribirán los artículos de la Ley, para posteriormente comentarlo en líneas posteriores.

El artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008) dispone “La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.” En el citado artículo se precisa el concepto de la asociación en participación, en el que queda establecida con claridad su naturaleza jurídica de contrato mercantil y las obligaciones principales de las partes, a saber, el asociante concede una participación en las utilidades y en las pérdidas y el asociado aporta bienes o servicios. El mismo establece la bilateralidad del contrato, la preponderancia económica, la onerosidad y limitaciones del mismo.

La bilateralidad va referida a que ambas partes al celebrarlo manifiestan su voluntad de contratar, esto se refleja en un acuerdo de voluntades en donde uno aporta bienes o servicios y otro a su vez otorgar participación en pérdidas y ganancias y la onerosidad radica en la adquisición de derechos y obligaciones de las partes. El artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se refiere a las cosas susceptibles de aportación, me refiero a los bienes (muebles e inmuebles) y cualquier tipo de servicios, lo que da pauta a distinguir entre dos tipos de asociados, en primer término los industriales, destinados a aportar servicios y los capitalistas, destinados a

la aportación de bienes muebles e inmuebles (cabe aclarar que se puede tener ambas calidades de asociado en uno solo). Otra característica de este precepto es que el contrato puede ser general o particular en cuanto a la participación, es decir, es general cuando solo participe en las utilidades o pérdidas de una negociación mercantil, en cambio es particular cuando se trate de una o varias operaciones de comercio.

El artículo 253 de la citada ley de sociedades (vigente en 2008) establece “La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación.” Este principio legal reafirma la ausencia de elementos para asegurar que la asociación en participación es una sociedad de carácter mercantil, al negarle la personalidad jurídica, le da plena categoría de contrato mercantil. Una agrupación de personas para que funcione como sociedad mercantil requiere de una personalidad jurídica y denominación, para que realice actos de comercio a nombre propio a través de sus representantes, a *contrario sensu* la asociación en participación sólo las realizará el asociante que de ninguna forma es representante de los asociados o del propio contrato o relación jurídica. De Pina Vara (2003, p. 223) manifiesta al respecto “la asociación en participación aun cuando se encuentra regulada por la LGSM, no es una sociedad mercantil.” El jurista Castrillón y Luna (2006) haciendo alusión a lo expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada con título “ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN, CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE.”, manifiesta “en congruencia con la doctrina más aceptada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció que siendo en el contrato la relación de las partes secreta y no creando un ente jurídico distinto de ellas, carece de personalidad jurídica.” (p. 84). El artículo 253 proporciona dos de varios elementos básicos que diferencian a un contrato mercantil de una sociedad, el numeral citado expresa con

claridad esos elementos, no existe laguna legal que propicie confusión, precisa puntualmente la situación jurídica de la asociación en participación.

El artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008) regula lo siguiente: “El contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro.” (p. 42). La consensualidad del contrato de asociación en participación se presupone en este precepto. El contrato mercantil de asociación en participación se perfecciona con el mero consentimiento, sin que se requiera la entrega o tradición, lo que se traduce en que desde que existe acuerdo de voluntades entre el asociante y asociado, se perfecciona el vínculo. La formalidad es parte de la asociación en participación, debe constar por escrito; resulta conveniente formular por escrito el contrato aludido, en caso contrario estaríamos en presencia de la nulidad relativa del acto, aunque cabe mencionar que por la relevancia de la asociación en participación comúnmente las partes lo hacen constar por escrito, con el objeto de obtener una mayor seguridad y certeza jurídica en lo referente a la distribución de utilidades y pérdidas, así como con el carácter no traslativo de lo aportado por el asociado. En razón de no sujetar a registro al contrato de asociación en participación, se le ha considerado como un contrato secreto, en el que las relaciones jurídicas y comerciales se establecen solamente entre el asociante y los terceros, pero nunca entre estos y los asociados. Castrillón y Luna (2006) sostiene que “el asociante actúa ante ellos como comerciante titular de una negociación mercantil, sin ostentar, o cuando menos sin deber ostentar la existencia de un ente social”. (p. 85). En el caso de que las partes se ostenten o se lleguen a exteriorizar ante terceros como sociedad mercantil, sin que se haya formalizado como tal, provocará que la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo segundo, le otorgue la calidad de sociedad mercantil irregular.

Lo dispuesto por el artículo 255 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008) establece que “En los contratos de asociación en participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.” (p. 42). En forma general el pasado precepto establece las cláusulas o términos esenciales del propio contrato, que deberán establecerse claramente entre las partes que lo otorgan, así como las proporciones de interés. Barrera Graf (2003, p. 246) comenta acerca de este artículo lo siguiente: “El artículo 255 alude, asimismo, a contrato escrito, sin embargo el contrato escrito puede carecer de formalidades, y podrá sólo desprenderse de cartas o correspondencia, con tal de que consten los extremos del mencionado art. 255.” Lo anterior va en referencia a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que admite la “minuta de contrato”, y que “no son atendibles las objeciones a dichos documentos, basadas en la ausencia de formalidad para la constitución de la asociación.” La voluntad de las partes es primordial en este artículo, cada elemento personal del contrato de la asociación en participación tendrá que establecer las condiciones del acto jurídico, es decir, la ley otorga libertad para el establecimiento de términos, proporciones, intereses y condiciones a las que deseen sujetarse el asociante y asociado dentro del contrato de asociación que celebrarán. Posterior al artículo 255, el numeral 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008), establece que “El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados.” (p. 42). Este artículo reviste de una especial importancia, al establecer la naturaleza jurídica de contrato mercantil a la que pertenece la asociación en participación, dejando a un lado el criterio de catalogarla como sociedad mercantil, debido a que en una sociedad participan los socios directamente, a *contrario sensu* del contrato de asociación en participación en donde el asociante es el único que se reconoce al actuar en nombre propio.

En él (artículo 256 Ley General de Sociedades Mercantiles), se establece la relación entre asociante y terceros, así como entre terceros y asociados. Fierros Farell (1996) lo ejemplifica de la siguiente manera: “el asociante obrará siempre a nombre propio, y en apoyo a lo anterior basta decir que el asociante podría otorgar un poder a un asociado para que lo represente (al asociante no al contrato), frente a un asunto del contrato de asociación en participación. (juicio civil, negociación de un contrato, o un arbitraje laboral entre otros, como ejemplo).” (p. 13). El asociante al obrar en nombre propio, está actuando dentro de la asociación en participación como dueño del negocio, es decir, ostentarse como comerciante titular de una negociación mercantil, pero en cierta forma también deberá actuar por cuenta del asociado, ya que debe respetar, preservar y tomar en cuenta los derechos de éste en el contrato. El asociante será quien lleve a cabo las operaciones comerciales ante los terceros, respecto de los cuales los asociados no deberán establecer relación jurídica alguna, tal como lo regula el artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y una vez realizadas estas operaciones en uno o varios actos de comercio por el asociante con los terceros, se le otorgará a los asociados una participación en las ganancias o en las pérdidas conforme a lo establecido en el contrato. Al tener el asociante el derecho y la obligación de tener a su cargo las gestiones comerciales, es él quien realiza la explotación comercial actuando en el interés común y debe llevar la cuenta de la asociación. Mantilla Molina (2004) opina sobre el precepto legal estudiado que:

“el asociante cuando ha obrado en nombre propio, es únicamente él quien puede ejercer los derechos adquiridos en virtud de los negocios jurídicos, que por cuenta de la asociación ha celebrado, como es a él a quien puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones por tales negocios creadas.” (p. 203).

A pesar de la clara naturaleza jurídica de la asociación en participación, el maestro Mantilla Molina tomando en cuenta la falta de relación jurídica entre los asociados y

quienes han contratado con el asociante, la califica como una sociedad oculta, postura que no comparto por lo expuesto con anterioridad. Finalmente lo establecido en el precepto legal mercantil al que nos estamos refiriendo (artículo 256 Ley General de Sociedades Mercantiles), resalta uno de sus principales efectos, el cual radica en la exclusión de cualquier responsabilidad de los asociados frente a los terceros y viceversa.

Siguiendo con la regulación de la asociación en participación, el artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008) dispone: “Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio. Aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.” (p. 42).

En líneas anteriores se interpreta la presunción, respecto de terceros, de que los bienes son propiedad del asociante, pero esta presunción sólo opera respecto de terceros, y entre los contratantes es válido el pacto de reserva de propiedad del bien aportado. Fierros Farell (1996) manifiesta al respecto que “el artículo 257 no le otorga el dominio de las aportaciones al asociante, como erróneamente se piensa, por ministerio de ley; en realidad, este dominio existe frente a terceros, mientras que la inscripción a que se refiere el propio artículo, es potestativa o cuando así se estipule.” (p. 13). En cuanto a la naturaleza de aportación de bienes, puede variar entre bienes fungibles, no fungibles, muebles, inmuebles, etc. Existen restricciones legales en cuanto a la transmisión de la propiedad; para transmitir la propiedad requiere la coincidencia de la forma para la asociación en participación y la requerida para la



transmisión de los bienes aportados; si se trata de bienes inmuebles requieren para su transmisión la formalidad de la escritura pública o que se encuentre ratificado el contrato ante determinados funcionarios, y su inscripción en el Registro Público, si la asociación en participación no se constituye conforme a los requisitos anteriores, no operará la transmisión de propiedad respecto de terceros. Si se tratare de bienes muebles, las partes podrán recurrir a la inscripción del pacto en que se establece la reserva de la propiedad a favor del asociado, ante el Registro Público de Comercio. El maestro Mantilla Molina (2004) establece otra excepción al principio, estableciendo que:

“cabe considerar como aplicación de estos principios la otra excepción que el mismo artículo 257 establece: la reserva de propiedad respecto del asociante no ha sido inscrita en el Registro Público de Comercio; pero, de hecho, ha sido conocida por terceros. Tampoco en este caso operará la presunción legal, porque también en él falta el interés legítimo que trata de proteger la ley; el de los terceros que consideran al poseedor como propietario.” (p. 201).

Realizando una pequeña síntesis de la interpretación del artículo 257, cabe aclarar en primer lugar que presuntamente los bienes que aporta el asociado al asociante, son propiedad del segundo únicamente frente a terceros; en segundo lugar se puede inscribir la cláusula, disposición o condición referente a los bienes aportados, no necesariamente en todos los casos, sólo en aquellos en que los bienes materia de aportación posean una naturaleza que obligatoriamente requiera la inscripción ante el Registro Público de Comercio; este registro deberá encontrarse dentro del lugar en donde ejerza el comercio el asociante. Por último, en dado caso de que no se haya realizado el registro del pacto, los terceros que tenían el derecho de conocer la cláusula, podrán exigir que surta efectos, salvo previa comprobación.

Lo que dispone el artículo 258 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008) es lo siguiente: “Salvo pacto en contrario, para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo dispuesto en el artículo 16. Las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación.” (p. 42). Uno de los puntos característicos del contrato de asociación en participación radica en la libertad de las partes de establecer las condiciones que sean más convenientes para ambas partes; en lo establecido por el artículo 258 se pone de manifiesto esta libertad para la distribución de las utilidades y pérdidas derivadas de la asociación en participación, al hacer mención de un “pacto en contrario” convenido por asociante y asociado. Dado sea el caso que no exista en el acuerdo de voluntades el aludido pacto, las partes en el contrato se someterán a lo regulado por el artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Dicha situación es de nueva cuenta contradictoria y confusa en cuanto a la siguiente cuestión: ¿en qué figura jurídica se está encuadrando a la asociación en participación y qué naturaleza tiene?.

El legislador mexicano reitera en aplicarle disposiciones de sociedad mercantil a lo que el mismo está denominando en el artículo 252 Ley General de Sociedades Mercantiles “contrato de asociación en participación”, ya que el numeral 16 de la ley en comento se encuentra en el capítulo I “De la Constitución y Funcionamiento de las Sociedades en General.”

El artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008) regula lo siguiente: “En el reparto de las ganancias o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes:

- I. La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones;

- II. Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esta mitad se dividirá entre ellos, por igual; y
- III. El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.” (p. 5).

De lo citado cabe resaltar algunos puntos básicos. A pesar de que algunos consideran como sinónimo de asociación a la sociedad, en *stricto sensu* no lo es, como se estudió en temas anteriores. En la ciencia del Derecho Mercantil no se puede considerar la igualdad de elementos de una asociación y de una sociedad, a pesar de que es difícil de encuadrar conceptos del derecho común al mercantil, el mismo Código Civil Federal como materia supletoria a la mercantil nos otorga la diferencia (Artículo 2670 y 2688). El mismo legislador está diferenciando ambos conceptos (sociedad y asociación), al definir a la asociación en participación como contrato: por tales motivos el remitir a la asociación en participación a sociedades mercantiles es un error, el contrato de asociación en participación debería poseer su capitulado completo en el Código de Comercio reconociéndolo como lo que es, un mero contrato mercantil y abarcando todos los elementos que comprende la figura *v.gr.* las aportaciones, distribución utilidades y pérdidas, funcionamiento, disolución, liquidación, etc.

Posterior a esto, el artículo 258 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que las pérdidas de los asociados no serán mayores a sus aportaciones. Al respecto Mantilla Molina (2004, p. 204 y 205) opina que “en efecto, no hay un interés social, ni un interés de terceros, que resulten lesionados con él. Se trata simplemente de los intereses de los asociados, quienes, en el supuesto normal de que gocen de la plenitud de capacidad, pueden obligarse a responder más allá de sus aportaciones.”

Por último, el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (vigente en 2008) dispone “Las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y

liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este Capítulo.” (p. 42). La supletoriedad de aplicar reglas de sociedades mercantiles a un contrato mercantil se aprecia en este precepto.

Por las características tan especiales de la asociación en participación resultaría muy complicado adecuarla al funcionamiento de la sociedad en nombre colectivo (S en NC). La sociedad en nombre colectivo se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles y comprendida en el Capítulo II “De la sociedad en nombre colectivo” y los artículos que la regulan van del 25 al 50. El artículo 25 la define como “...aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales”. Con la definición anterior nos percatamos de la falta de elementos para adecuar legalmente a la asociación en participación con la sociedad en nombre colectivo, primeramente en razón de tratarse se un sociedad mercantil caso contradictorio a la naturaleza de la asociación en participación debido a que se le cataloga como un contrato, en segundo término menciona que tiene una razón social, la asociación en participación no la posee y finalmente habla de obligaciones sociales, término inexistente en la asociación en participación.

Los principios anteriores otorgan razón suficiente para no regular a la asociación en participación conforme a lo estipulado en el numeral 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, Barrera Graf (2003) lo explica de una manera clara expresando que “no estamos aquí en presencia de un contrato de organización, ni hay una persona moral distinta, ni aportación a favor de la asociación en participación, ni pluralidad de socios. Las reglas del funcionamiento social son propias y peculiares de aquella.” (p. 247). Pueden aplicarse algunas reglas de la sociedad en nombre

colectivo, pero no todas y con ello podría generarse confusión, al no aplicar los artículos de causas de disolución consistentes en el retiro de un socio comprendidas en los preceptos 33, 34, 38 y 42, porque sólo la disolución por retiro, y también por exclusión corresponden solo a los negocios plurilaterales como la sociedad. La liquidación tampoco resulta aplicable a la asociación en participación, debido a que los preceptos que regulan a la sociedad en nombre colectivo no se pueden adecuar a la naturaleza de figura contractual de la asociación en participación, y no existe patrimonio alguno que liquidar, por no poseer un patrimonio común y un activo social. Como bien sabemos las aportaciones pertenecen al patrimonio del asociante y cuando se extingue la asociación en participación las utilidades y pérdidas que le correspondan al asociado se las otorgará el mismo asociante, no existe un nombramiento de liquidador o figura afín.

A pesar de tener una postura distinta el maestro Mantilla Molina (2004, p. 205) reconoce que “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.” Tomando en cuenta lo anterior es necesario que exista certeza jurídica en la ley que regula a la asociación en participación, los preceptos que deban regularla, deben ser completos, con el objeto de poseer una regulación adecuada y no prestarse a confusiones legales, porque como bien se ha visto la asociación en participación posee sus antecedentes propios que van desde la era medieval y su evolución ha sido trascendental internacionalmente y en nuestro Derecho, por ello requiere de una normatividad correctamente aplicable.

Las codificaciones y leyes mercantiles regulan al contrato de asociación en participación, la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

(SCJN) juega un papel trascendente al interpretar dicha figura en sus diversos aspectos, ya que aclara determinadas lagunas existentes en los preceptos legales y lo complementa de cierta forma en cuanto a su naturaleza, elementos, características, formalidades, liquidación, etc. Desde la creación del Semanario Judicial de la Federación, por decreto de 8 de diciembre de 1870, siendo presidente de los Estados Unidos Mexicanos el licenciado Benito Juárez, las tesis de jurisprudencia y precedentes han sido publicados por épocas, todas ellas de diversa duración, de las cuales se han concluido ocho y actualmente se integra la novena.

Las Épocas pueden dividirse en dos grandes periodos constitucionales: antes y después de 1917; es dable precisar que dicha división obedece a que un gran número de tesis de jurisprudencia que fueron publicadas en las épocas Primera a la Cuarta, antes de 1917, hoy son inaplicables, es decir, no son vigentes actualmente, y por ello se agrupan dentro de la denominada “jurisprudencia histórica”. Por tanto, las épocas Quinta a la Novena, de 1917 a la fecha, comprenden lo que se considera el catálogo de la “jurisprudencia aplicable” o vigente.

Precisado lo anterior, es dable referir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de la creación de la Quinta Época Semanario Judicial de la Federación y hasta la Novena Época (actual), ha analizado los diversos aspectos que comprenden el contrato de asociación en participación entre ellos:

1. Definición
2. Liquidación
3. Requisitos
4. Relación con el contrato de trabajo
5. Utilidades
6. Forma del contrato en relación con la comisión mercantil

7. Existencia
8. Pruebas
9. Formalidades
10. Propiedad de los bienes aportados
11. Características
12. Elementos
13. Validez
14. Nulidad
15. Cuestiones fiscales
16. Prescripción de acciones
17. Rescisión

De las tesis que se han publicado al respecto, se concluyen diversos elementos concordantes, entre ellos los siguientes:

- Por los elementos y características que componen a la asociación en participación, se trata de un contrato mercantil.
- Carece de personalidad jurídica propia.
- Se deriva la necesidad de regular adecuadamente la figura de la asociación en participación, toda vez que sigue siendo un tema actual.

### **3.5. La interpretación jurídica y de derecho**

La interpretación en general, según la definición del maestro De Pina Vara (2003, p. 329) en su Diccionario de Derecho es la “Actividad intelectual encaminada al esclarecimiento del verdadero sentido de una norma legal, de un contrato, de un

testamento y, en general de cualquier acto o hecho jurídico.” Existen dos tipos de interpretaciones que podrían parecer sinónimos, estamos hablando de la interpretación del Derecho y la interpretación jurídica, pero no lo son, ya que ambas expresiones no poseen contenido idéntico. El concepto de interpretación jurídica es mucho más amplio que el de interpretación del Derecho, entendiendo por este último la totalidad de las normas del Derecho Positivo de un determinado país. De Pina Vara (2003) complementa que:

“el objeto de la interpretación jurídica no son exclusivamente las normas de esta naturaleza, sino también los hechos y los actos jurídicos, la doctrina de los jurisconsultos, los resultados de la práctica de las pruebas en el proceso, los proyectos legislativos, etc...la interpretación jurídica es el género y la interpretación del derecho una especie de la interpretación jurídica.” (p.329).

Hablando particularmente de la asociación en participación, ésta puede interpretarse desde el punto de vista legal (Ley General de Sociedades Mercantiles vigente), contractual (derechos y obligaciones, cláusulas), y en general, interpretarla como cualquier otro acto jurídico. También al contrato de asociación en participación se le puede interpretar doctrinariamente, ya que entendemos por ésta, la interpretación en las actividades científicas de los tratadistas o técnicos del Derecho, en los dictámenes y comentarios de los juristas. Retomando el punto 3.4. de la presente tesis, se hizo referencia a la interpretación judicial (aquella que realizan los órganos de la jurisdicción) del contrato de asociación en participación, al estudiar la jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que es de vital importancia por ser una actividad imprescindible para aplicar el Derecho en nuestra Nación. Resumiendo lo visto, la interpretación jurídica es la idónea para esclarecer la naturaleza jurídica de la asociación en participación, su regulación y su aplicación en el mundo mercantil.



Diversos juristas distinguidos han interpretado jurídicamente a la asociación en participación, algunos resaltando su verdadera naturaleza jurídica y reconociéndola, complementando con aportaciones de reformas legales, y otros solamente estudiándola en apego a lo establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente, sin otorgarle un estudio profundo (aunque son pocos). La controversia existente en nuestro Derecho, versa sobre diversos puntos, en primer término en considerar a la Asociación en participación ¿cómo un contrato mercantil? o ¿cómo una Sociedad de la misma índole?, y por lo tanto si su regulación en la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente es adecuada. De acuerdo a la citada norma jurídica, la Asociación en participación es un contrato mercantil, es ahí donde surge la duda para algunos tratadistas, comerciantes y personas que intervienen en el Derecho Mercantil, debido a que se encuentra en una Ley de Sociedades Mercantiles y además existen disposiciones que la reglamentan como Sociedad, al remitirnos a los preceptos de la sociedad en nombre colectivo.

De lo anterior surge confusión jurídica y con ello una serie de lagunas legales que deben erradicarse, con el objeto de poseer una certeza jurídica veraz, con respecto al contrato en comento. A continuación citaré diversos autores de obras sobre Derecho Mercantil, que han estudiado a la asociación en participación, ya sea de una forma especializada y otros solo abarcando elementos básicos de la misma, sin entrar en complejidades jurídicas. Empezaré con juristas con los que comparto opinión e interpretación jurídica (que son la mayoría). El maestro Walter Frisch Philipp (2002) interpreta jurídicamente a la Asociación en participación y sostiene lo siguiente:

“Es conveniente una referencia al art. 252, LGSM, según el cual la asociación en participación podrá tener por objeto una sola operación de comercio. Aquí se manifiesta claramente que el legislador mexicano no concede carácter societario a dicha asociación, a diferencia de otros legisladores como el alemán y el austriaco, en cuyos códigos de comercio (art.335) se define la sociedad oculta...lo anterior confirma la postura del

legislador mexicano, que niega cualquier carácter societario a la asociación en participación, por lo que no se aplica el concepto de sociedad interna.” (p. 4).

Lo citado con anterioridad muestra de la naturaleza jurídica de contrato de la asociación en participación y no de sociedad, al analizar e interpretar el citado jurista, el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que regula el concepto del mencionado contrato, destacando que la intención del legislador no es definirlo como Sociedad, a pesar de que sabemos que con posterioridad se contradice. Una postura que posee gran interés es la del maestro Castrillón y Luna, ya que no sólo deja en claro que la asociación en participación es un contrato, sino que complementa con una reforma legal, que tenga por objeto respetar y darle certeza legal al contrato (asociación en participación), estableciendo que:

“Algunos sistemas jurídicos la regula en una ley que ha sido creada para sociedades, (en el caso del derecho mexicano, en el Capítulo XIII, denominado ‘De la asociación en participación’) de ahí su indebida y censurable ubicación. De ese modo, tratándose de un contrato, la asociación en participación debiera estar regulada en el Código de Comercio (como ocurre por ejemplo en el caso del Derecho Español), y no en la Ley General de Sociedades Mercantiles como sucede en nuestro país. Aún y cuando la asociación en participación, no da lugar a la creación de un ente jurídico distinto de los miembros que la componen (asociante y asociados) y que es criticable por ello su ubicación normativa, existen sin embargo, razones que explican aún cuando no justifican su incorporación en la ley societaria.” (Castrillón y Luna, 2006, p. 83).

La propuesta del jurisconsulto Castrillón coincide con la nuestra, ya que lo que se busca con esta tesis es proponer una adecuada regulación de la asociación en participación en el Código que le pertenece, en este caso el de Comercio, simplemente por ser un convenio que crea o transfiere derechos y obligaciones, entre asociante y asociado. Díaz Bravo Arturo (2002, p. 268) es otro jurista que apoya lo anterior al

manifestar que “A ello ha contribuido, en gran medida el que sin ser una sociedad, su operación se asemeja mucho a la de las sociedades, pero no supone las exigencias y formalidades de ésta en cuanto a constitución, nombre patrimonio, registro y otras.” Barrera Graf Jorge, (2003) jurista con postura inclinada hacia la empresa, interpreta a la asociación en participación de la siguiente manera:

“se comprende a la A en P dentro del género de negocio asociativo; no obstante, las dos partes del contrato carecen de la *affectio societatis*, en cuanto que es el asociante el único que figura...en efecto, la A en P, por su carácter privado y oculto, no funciona ni puede funcionar como la sociedad en nombre colectivo...por lo que se refiere a la liquidación, pese a lo que indica el art. 259 (‘las A en P[...]se disuelven y liquidan[...]’) ninguno de los preceptos del cap. XI, arts. 234 a 249 resultan aplicables a la A en P, porque todos ellos “pugnan” con la naturaleza y con los caracteres de la A en P.” (p. 248).

En la cita anterior se destaca la no aplicación de algunos artículos que presuntamente regulan al contrato de asociación en participación, de ahí que esos preceptos sean innecesarios para el contrato que nos ocupa, por carecer de elementos que hagan posible su aplicación. León Tovar Soyla (2007) coincide con las citas anteriores ubicando a la asociación en participación con un carácter contractual y manifiesta que “En la asociación en participación no existe la intención de las partes de constituir una sociedad, sino de establecer una mera relación contractual que accidentalmente hace nacer una comunidad de intereses o una copropiedad de bienes por disposición de la ley o de los contratantes, pero en la que no hay una participación en la gestión y en la administración del patrimonio.” (p. 401); De Pina Vara Rafael también expresa que la asociación en participación a pesar de encontrarse regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles, no se le considera una sociedad mercantil. Fierros Farell Angel Arsenio (1996) dentro de sus conclusiones de su tesis profesional en donde analiza la naturaleza jurídica de la asociación en participación sostiene que:

“La asociación en participación es un contrato, y no una modalidad de Sociedad Mercantil[...]la asociación en participación debería regularse en el Código de Comercio dentro del capítulo de contratos mercantiles y no dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles pues como ya se estableció no es una Sociedad Mercantil ya que no cumple con los requisitos que la propia LGSM establece...el artículo 259 de la LGSM viola la libertad de contratar de las partes al establecer que la asociación en participación funciona, se disuelve y liquida conforme a las reglas de la sociedad en nombre colectivo, toda vez que al ser un contrato este funciona de acuerdo a la voluntad de las partes y como tal se termina o se rescinde.” (p. 85).

Opinión acertada, ya que establece la necesidad legal de una reforma con respecto a la asociación en participación. Rizzo Fuentes Fiamma (2001) asevera que:

“La asociación en participación tiene una naturaleza eminentemente contractual y son precisamente sus características esenciales las que no nos permiten considerarla como sociedad, pues carece de dos aspectos fundamentales que toda sociedad debe poseer: personalidad jurídica y patrimonio común,[...]es un instrumento legal de múltiples y prácticas aplicaciones, no sólo por el hecho de ser un mecanismo ideal de asociación, sino precisamente por su carácter oculto, lo que permite que el asociante obtenga la inversión necesaria para iniciar un negocio o bien, para llevar a cabo operaciones mercantiles que nunca podría llegar a concretar por sí solo.” (p. 119).

El destacado jurisconsulto Vásquez del Mercado Óscar (2003) interpreta el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, manifestando lo antes dicho, la:

“no aplicación de determinados artículos de la S en NC al contrato de A. en P” y expresa lo siguiente: “Si bien es cierto, que el artículo 259 de la ley citada, remite a las reglas establecidas para la sociedad en nombre colectivo, en cuanto al funcionamiento, disolución y liquidación de la asociación en participación, no es menos cierto que hace la salvedad de que dichas reglas se aplicarán en cuanto no pugnen con las disposiciones propias de la asociación en participación. Si los artículo 25 y 26 de la Ley General de

Sociedades Mercantiles, establecen la solidaridad de los socios en las obligaciones sociales, es patente que pugnan, con el artículo 256, que establece precisamente lo contrario, esto es, la no solidaridad del asociado en las obligaciones contraídas por el asociante. En consecuencia, dichos artículos, no son aplicables a la asociación en participación.” (p. 569).

La diversidad de las citas coinciden en puntos análogos, primeramente a la asociación en participación la interpretan con un carácter contractual, y difieren de la regulación que le otorga la Ley General de Sociedades Mercantiles, por contradecirse en artículos que la reglamentan como la sociedad en nombre colectivo, y algunos tratadistas le dan énfasis a que exista una adecuada regulación correcta de la asociación en participación.

Pero no todos los autores concuerdan con los anteriores, ni con mi postura, el maestro Mantilla Molina Roberto L. (2004) expone su criterio e interpretación jurídica en sentido contrario, argumentando lo siguiente:

“Precisado así el concepto de asociación en participación, surge el problema de si puede o no considerarse como una verdadera sociedad[...]para unos la asociación en participación es una clase particular de sociedades; para otros, por lo contrario, es un contrato afín a la sociedad mercantil, pero que se distingue esencialmente de ella[...]la primera solución es la correcta: la asociación en participación queda comprendida dentro del concepto general de sociedades, si bien, claro es, con caracteres que la diferencian de las demás sociedades *stricto sensu*. El criterio de distinción es paralelo y completamente armónico al aplicado a las sociedades civiles.” (p. 188).

La interpretación de Mantilla Molina se basa en catalogar a la asociación en participación como un tipo o clase de sociedad, de la que no especifica, a pesar de que los elementos que conforman a la asociación en participación comprueban que se trata

de un mero contrato mercantil, de ahí la importancia de la cita anterior. A pesar de la existencia de otros actos jurídicos semejantes a la asociación en participación, ésta conserva su naturaleza jurídica propia. El contrato de asociación en participación tiene semejanzas con las sociedades mercantiles, Sociedades Irregulares, un tipo de contrato de aparcería y el contrato de *joint venture* (por tratarse de una colaboración económica similar a la asociación en participación). Concluyendo el tema de la interpretación jurídica de la asociación en participación, es necesario dejar en claro esta interpretación. La asociación en participación es un contrato de carácter mercantil bilateral, celebrado entre asociante y asociado, y que por la falta de elementos característicos que componen a la sociedad mercantil, no se le considera como tal, ni como una especie o subespecie de la misma. Por la naturaleza contractual de la asociación en participación su regulación en la Ley General de Sociedades Mercantiles es incorrecta, ya que no proporciona certeza jurídica y crea lagunas legales en la celebración, funcionamiento, liquidación y disolución del contrato de asociación en participación, así como en general en el campo del Derecho Mexicano. Al otorgarle preceptos legales como si se tratara de una sociedad en nombre colectivo, genera incertidumbre jurídica en todos sus ámbitos. Por lo anterior es importante otorgarle regulación adecuada y respetar su naturaleza jurídica con el afán de que nuestro Derecho sea eficaz y seguro.

### **3.6. El Derecho comparado**

Resulta necesario examinar a la figura de la asociación en participación en las distintas naciones del mundo, tenemos que verificar cómo la regulan y cómo funciona en el campo jurídico. La denominación que le atribuyen es muy relevante, ya que a partir de ahí podemos empezar a darnos cuenta de si es una sociedad o un contrato

mercantil; analizaremos países Europeos y de América con el objeto de tener un marco más amplio de la asociación en participación.

En Francia, a la asociación en participación la conceptúan como una sociedad y se encuentra codificada civilmente. El Código Civil Francés en su artículo 1871 la nombra *société en participation*, y posee sus propias características, entre ellas se encuentran que no se revela ante terceros; no constituye una persona moral y cada socio contrata con terceros en su nombre personal; no está sujeta a las formalidades que se establecen para las otras sociedades y no pueden emitir títulos cesibles o negociables en provecho de los socios. La asociación en participación en Francia es catalogada como una “sociedad de personas” con diferencias en cuanto a las comerciales, en razón de carecer de personalidad jurídica y patrimonio propios y los partícipes permanecen ocultos; como se aprecia con lo anterior, los legisladores franceses parecen precisar que la asociación en participación es una sociedad oculta de personas, es decir, es la sociedad constituida para un número indeterminado de actos comerciales pero que no se revela como tal ante terceros, permanece como un simple pacto válido entre los socios que no se aplica ante terceros, en suposición de desconocimiento de los mismos. Lo anterior parece contradictorio, ¿cómo se puede catalogar a una figura jurídica como sociedad, si no posee los elementos básicos?, estamos hablando de la personalidad y el patrimonio propio.

Dentro del Derecho Italiano, el Código de Comercio Albertino de 1848 es el primero que reglamentó a la asociación en participación la consideró como una asociación pasajera, momentánea, pero ajena a terceros. Esta operación de comercio (asociación en participación) quedó regulada dentro del Capítulo “De operaciones de comercio especiales y determinadas” y regulaba a grandes rasgos que los asociados, que eran aquellos individuos que entregaban a otro ciertos bienes para su explotación,

no se manifestaban frente a terceros y la relación que se originaba de las negociaciones entre los asociados y el comerciante o el encomendado de realizar las gestiones, sólo duraba mientras dichas negociaciones eran llevadas a cabo. Posterior a la norma Albertina, el Código Italiano de 1882. La figura más afín de este Código en relación con la asociación en participación fueron las cuasi-asociaciones que surgieron entre los marineros y el capitán, y estos a su vez, con el armador, cuando las grandes expediciones a ultramar y la apertura de nuevas rutas comerciales promovieron el comercio internacional. De lo anterior, se puede deducir que eran empresas marítimas de gran importancia, que contaban con las siguientes características según Fierros Farell (1996):

“El armador aportaba el barco, pudiendo a su vez, comprometer mercancías en el viaje, así mismo, la tripulación también aportaba mercancías y su fuerza de trabajo a bordo de la embarcación. Se da principalmente en Inglaterra, Holanda, España y Portugal, la figura a que nos referimos.” (p. 9).

Con relación al contrato de asociación en participación, contribuye de manera importante debido a que incluyó en su concepto “a una o varias operaciones” y la actividad empresarial del asociante, así como la calidad de comerciantes no era indispensable para llevar a cabo operaciones de comercio, es decir, existía una calidad mixta, regulaba lo concerniente a la restitución de bienes o resarcimiento de daños, y preveía que el derecho del asociado comprende el valor de lo aportado, utilidades y pérdidas. La disposición anterior no se incorpora a nuestra ley, porque como bien nos podemos percatar, no se hace referencia a derecho de restitución o de pago del valor de los bienes o derechos aportados al término del contrato.

Ubicándonos en el año de 1942 dentro de la misma nación italiana, el Código Civil Italiano (norma que unifica las ramas civil y mercantil) califica y regula a la



asociación en participación como un contrato asociativo, denominándola *associazione in partecipazione*, colocándola junto a las sociedades en los artículos 2549 a 2554, y hace una asimilación de la asociación en participación a las sociedades. Las diferencias quedan un poco más claras que en el antiguo Código de Comercio. León Tovar (2007, p. 354) afirma “carece de patrimonio y personalidad jurídica, y no hay ejercicio en común de una actividad económica, que es una característica esencial del contrato de sociedad.” Es decir, que en Italia sí se le considera como contrato asociativo, pero lo asimila más a una sociedad oculta y momentánea, pero a pesar de ello, no le da en su totalidad las características primordiales de una sociedad. En Italia la asociación en participación consiste según el artículo 2549, en que el asociante atribuye al asociado una participación en las utilidades de su empresa o de uno o más negocios, a cambio de la aportación correspondiente, y que salvo pacto contrario, el asociado participa en las pérdidas en la misma proporción en que participa en las utilidades, aunque las pérdidas que le correspondan no pueden superar el valor de su aportación.

En Argentina dentro de la Ley de Sociedades Comerciales, caracteriza a la asociación en participación como una sociedad cuyo objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, que opera mediante aportaciones comunes y en nombre personal del socio gestor. La denominada “sociedad accidental” o “en participación” en Argentina, no es considerada sujeto de derecho, no es persona jurídica, por lo tanto, carece de una denominación social y no posee requisitos de forma, ni es necesario el registro de la misma. León Tovar (2007) afirma “se trata de una sociedad oculta, transitoria y para una o más operaciones determinadas. (p. 355). Otro país sudamericano en regularla como sociedad es Brasil en su Código de Comercio de 1934, dentro de los artículos 325 al 328 y denomina a la asociación en participación como “sociedad accidental”, “momentánea” o “anónima” (*sociedades*

*em conta de participacáo*). Este tipo de sociedad no está prevista en las formalidades prescritas para las sociedades comerciales, además el asociante es el único que se obliga ante terceros y el asociante compromete los “fondos sociales” incluso en obligaciones personales, si el tercero con quien contrató ignoraba la existencia de la sociedad.

En Chile (uno de los países con mayor avance en América) la postura contractual comprende a la asociación en participación, y su Código de Comercio la define como “un contrato por el cual dos o más comerciantes participan en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su nombre y bajo su crédito personal, con la obligación de rendir cuenta y dividir con sus asociados en la forma convenida, las ganancias o pérdidas”. Al igual que en Chile, Colombia legisló a la asociación en participación como un contrato denominado cuentas en participación, en el que dos o más personas con calidad de comerciantes, toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida. Al ser un contrato no tiene patrimonio social, ni domicilio propio, las formalidades de las sociedades mercantiles no operan con la asociación en participación, el asociante es el único dueño del negocio y se requiere que las partes tengan la calidad de comerciantes. En cuanto a la participación de la partes, nos remite a sociedades mercantiles, manifestando que los derechos y obligaciones de las partes se regirá por lo establecido en la sociedad en comandita simple. Situación que resulta similar a nuestro Derecho, con la excepción de que en el Derecho Mexicano se remite a la asociación en participación a la sociedad en nombre colectivo, en razón de su funcionamiento, disolución y liquidación, pero la supletoriedad se suscita de la misma manera.

En Guatemala se presenta una situación parecida a la anterior, porque a pesar de considerar a la asociación en participación como un contrato legislado en el Código de Comercio de 1942, en su artículo 452, bajo el nombre de contrato de participación, declara aplicables las reglas de las sociedades colectivas, salvo las que deriven de su naturaleza jurídica y la formalidad es parte importante porque se requiere la inscripción en escritura pública.

La asociación en participación ostenta diversas denominaciones, por ejemplo en Perú (Código de Comercio de 1932) y Cuba (Código de Comercio) se les nombra, *cuentas en participación*, bajo la influencia de la legislación española. En Ecuador, se le regula en la Ley de Compañías de 1964 bajo el calificativo de asociación o cuentas en participación, y en Uruguay en el Código de Comercio de 1966 bajo el nombre de “sociedad accidental” o “en participación”, igual que en Argentina.

En relación a España actualmente se regula a la asociación en participación como “cuentas en participación”, dentro del Código de Comercio de 1884 y modificado por las Leyes 19/1989, 24/2001, 34/2002, 22/2003 y 62/2003. Dentro del Título Segundo “De la Cuentas en Participación” y los artículos que la norman son los siguientes:

*Artículo 239.* Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.

*Artículo 240.* Las cuentas en participación no estarán sujetas en su formación a ninguna solemnidad, pudiendo contraerse privadamente de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.

*Artículo 241.* En las negociaciones de que tratan los dos artículos anteriores no se podrá adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, ni usar de más crédito directo

que el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual.

*Artículo 242.* Los que contraten con el comerciante que lleve el nombre de la negociación sólo tendrán acción contra él, y no contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser que éste les haga cesión formal de sus derechos.

*Artículo 243.* La liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas que sean las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados.”

Con el análisis del Derecho comparado, cabe concluir, la inexistencia de unificación de criterios legales en cuanto la asociación en participación se refiere, los legisladores de cada nación estudiada lo regulan de acuerdo a las necesidades de cada país, el Derecho Mexicano mercantil como otros califica a la asociación en participación como un contrato mercantil, situación que desde mi punto de vista es adecuado, el problema surgió al encuadrarlo en una ley inadecuada. En códigos de comercio mexicanos anteriores se encontraba debidamente establecida, se respetaba su naturaleza jurídica de contrato mercantil, pero debido a las semejanzas con la figura de sociedad mercantil (que son más diferencias que semejanzas), al legislador se le hizo fácil normarla en una ley de sociedades y todavía aplicarle artículos que regulan a la sociedad en nombre colectivo.

**CAPÍTULO 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL  
CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN EN  
LA LEGISLACIÓN ACTUAL**

Dentro de este capítulo, el origen, esencia, naturaleza jurídica, finalidad práctica y legislación mercantil conforman un todo que se traduce en el análisis sobre la incorporación del contrato de asociación en participación en el Código de Comercio, por lo que, resultó necesario estudiar en los subsecuentes párrafos, las fuentes civiles y mercantiles como la Ley General de Sociedades Mercantiles y el Código de Comercio; los sujetos que intervienen, como el asociante, el asociado y su relación sui generis ante terceros; culminando con la propuesta de regulación en el Código de Comercio, es decir, las figuras jurídicas (contrato de asociación en participación) deben regularse adecuadamente en respeto a su origen y naturaleza jurídica, en aras de una normatividad ideal aplicable en nuestra nación.

#### **4.1. Fuentes y origen del contrato de asociación en participación**

Al haber estudiado el origen jurídico de la figura contractual de la asociación en participación, cabe acentuar y recordar, que en cuanto a su fuente legal, posee antecedentes que emanan del Derecho Civil, no resulta ocioso, retomar lo más esencial de los referidos antecedentes.

A efecto de poseer una visión concreta de los elementos básicos que dan origen al tema en estudio –asociación en participación–, es necesario aludir a los siguientes conceptos de Derecho:

- Obligación (concepto genérico).- Deriva de un derecho subjetivo- personal; mismo que da origen a una relación o vínculo jurídico relativo a una prestación, nacida entre acreedor y deudor, mediante el cual el deudor se constriñe a dar al acreedor una cosa,

o a ejecutar un hecho positivo o negativo. Posee tres elementos: sujetos (acreedor y deudor), objeto (cosa o hecho) y el vínculo jurídico (lo que une a ambos sujetos).

Existen obligaciones de: dar.- Entrega de una cosa.

Hacer.- Obligan a realizar un hecho.

No hacer.- Implica una abstención.

- Obligación de carácter civil.- Dichas obligaciones ostentan un significado amplio, pero en razón de lo que nos interesa, sus hechos y actos jurídicos que las originan (fuentes), son los que a continuación se indican:

1. **Contrato.**
2. Declaración unilateral de la voluntad.
3. Enriquecimiento ilegítimo.
4. Gestión de Negocios.
5. Hechos ilícitos.
6. Riesgo creado.

Ahora bien, la figura de la obligación civil tiene dos acepciones; por una parte se le denomina convenio y por otra, contrato. La asociación en participación tiene su origen en una obligación, lo que trae como consecuencia un contrato, que posteriormente y con funcionamiento adquiere el carácter de mercantil. Apegándonos a lo regulado por el Código Civil Federal y del Distrito Federal, un contrato es aquel convenio que produce o transfiere derechos u obligaciones. Tal concepto es genérico, en virtud de no existir concepto alguno de “obligación mercantil”, es cuestión de adecuarlo a la materia de interés; por tal motivo, es necesario allegarse de la supletoriedad de la ley, en virtud de lo establecido por los artículos 2º y 81 del Código de Comercio, mismos que nos remiten a la materia común Federal.

La naturaleza jurídica de la asociación en participación, es un tema controvertido, a pesar de que su definición legal y doctrinaria es muy clara.

La asociación en participación simplemente es un contrato de carácter mercantil, en el entendido de que la mercantilidad del contrato radica en la especulación comercial que realizan los sujetos que participan en el acto jurídico, es decir, el contrato se realiza sobre un acto de comercio con la intervención de los sujetos denominados comerciantes, sin importar que solo uno de ellos, tenga dicha calidad, el hecho radica en la existencia de una especulación de carácter mercantil, para una o ambas partes.

Al haber retomado conceptos básicos del Derecho civil y mercantil, cabe precisar de manera puntual, la verdadera naturaleza jurídica de la asociación en participación (A en P). La figura en estudio posee las características que a continuación se indican:

1. Un acto jurídico.
2. Una obligación de carácter mercantil.
3. Un contrato mercantil (nunca una sociedad).

Las características citadas, traen como consecuencia que el contrato de asociación en participación debiera de regularse en el Código de Comercio, más no es así actualmente, en virtud de que el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, al no analizar el fondo de la figura referida, la asimiló a una sociedad mercantil, legislándola dentro de una ley especial mercantil denominada Ley General de Sociedades Mercantiles.

La sociedad mercantil dista mucho del contrato mercantil, a pesar de tener su origen en un contrato. De igual forma, retomaremos el tema de la sociedad en el



Derecho Mexicano, con el objeto de tener una visión concreta del funcionamiento de ambos conceptos de Derecho.

La sociedad, al igual que el contrato tiene su origen en la materia Común; tal concepto se encuentra regulado en los artículos 2668 a 2738 del Código Civil Federal, definiéndola como un contrato mediante el cual los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter meramente económico, pero no generan una especulación comercial, porque en caso contrario su naturaleza cambiaría a mercantil. A diferencia de las sociedades civiles, las de carácter mercantil si tienen la finalidad de lucro y están regidas por las leyes federales, la principal de éstas es la Ley General de Sociedades Mercantiles, misma que se aplica de manera supletoria a las sociedades regidas por leyes especiales en todo aquello que no se encuentre previsto en las citadas leyes, con la salvedad de que dicha aplicación no sea contraria a la naturaleza y estructura de la sociedad especial de que se trate.

Existe diferencia entre sociedad y asociación; en nuestra legislación mercantil solo existe un tipo de asociación comercial, denominada asociación en participación. La asociación en el Derecho civil se forma 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 (Artículo 2670 Código Civil Federal). Tal concepto no se adecua a las asociaciones mercantiles en razón de que, éstas por su naturaleza siempre tendrán un fin económico o especulativo, asimismo su integración se conforma por el asociado y asociante, quienes no son siempre individuos. Derivado de lo anterior, las diferencias de ambas figuras radican en lo siguiente:

1. Personalidad jurídica propia. (se adquiere por la inscripción en el Registro de Comercio o de su exteriorización).

2. Capital y patrimonio propio.
3. Ostentarse con nombre propio.
4. Son comerciantes.
5. Manifestación Exterior.
6. Relación meramente contractual.

Las características anteriores, son propias de una sociedad mercantil, es decir, las asociaciones que tienen el mismo carácter adolecen de las mismas.

A consecuencia de lo anterior, se deduce que la asociación mercantil, y en el caso específico la asociación en participación, posee una naturaleza jurídica **mixta**, esto es, que la figura jurídica como tal, deriva de la asociación civil, pero en razón de sus características y funcionamiento adquiere naturaleza meramente mercantil por tener un fin especulativo o comercial.

#### **4.1. Sujetos en el contrato de asociación en participación, relación jurídica principalmente mercantil**

La calidad de los sujetos que intervienen en cualquier acto jurídico es de primordial importancia, en razón de que de ellos depende la naturaleza del acto.

Como se ha estudiado, las personas (físicas o morales) que intervienen en el contrato de asociación en participación tienen el carácter de comerciantes, ya sea uno de ellos o ambos. El Código de Comercio en su artículo 3º nos hace mención de quienes se reputan como comerciantes:

1. Las personas con capacidad legal, que se dedican al comercio ordinariamente.

2. Las sociedades mercantiles legalmente constituidas, y las sociedades extranjeras, agencias o sucursales de éstas, que operen comercialmente dentro del territorio nacional.

Como se aprecia, la legislación mercantil le da una importancia relevante a la ocupación habitual del comercio, es decir, a las personas físicas les exige tal requisito, pero a las sociedades mercantiles las califica como comerciantes en todo caso, aunque no cumplan con esta exigencia, y a las sociedades extranjeras les requiere que realicen actos de comercio dentro del territorio mexicano.

Las personas físicas con el carácter de comerciantes, pueden intervenir en el contrato que nos ocupa, siempre y cuando tengan capacidad de ejercicio, misma que deriva del Derecho Común, (numeral 5° del Código de Comercio) de ahí que cualquier persona pueda celebrar actos de comercio, teniendo capacidad para obligarse y contratar, salvo disposición expresa que prohíba lo anterior. El caso de las personas morales o colectivas, sociedades mercantiles o empresas, actualmente cobra gran trascendencia ya que han jugado un papel relevante en la vida comercial, siendo parte básica en la economía de los países, tan es así, que la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 4°, establece que se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas enumeradas en el artículo 1° de la citada Ley, *v.gr.* sociedad en nombre colectivo, Comandita Simple, Anónima, etc., sin olvidar que para que estas personas colectivas funcionen o puedan intervenir en los actos de comercio, requieren de un representante que posea determinadas facultades otorgadas por la empresa.

Retomando lo dicho en líneas anteriores, en el contrato de asociación en participación intervienen personas con calidad de comerciantes, más no es una

obligación (artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) ya sean físicas o colectivas. Dicha calidad la otorga el Código de Comercio, aunado a lo establecido por la materia común, en cuanto a la capacidad de ejercicio. Al haber estudiado en capítulos anteriores, a las personas con carácter de comerciantes, se hablará a *grosso modo* de los elementos personales que intervienen en el contrato de asociación en participación: asociante y asociado (ambos pueden ser personas físicas o jurídicas), pero antes es preciso retomar el concepto del contrato de asociación en participación, mismo que es del tenor siguiente: Contrato *intuito personas*, en virtud del cual una de las partes denominada asociante concede a otra parte nombrada asociado, que le aporte bienes o servicios, o ambos, concediéndole una participación en las pérdidas o ganancias generadas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

**a) Asociante.**

Persona física o moral.

Si es persona física, que tenga capacidad de ejercicio en base al Derecho Civil.

Es quien aparece como dueño de las aportaciones que gestiona ante terceros.

Tiene derecho a obtener una aportación del asociado.

Otorga las ganancias o las pérdidas, en su caso.

Compromete las aportaciones en la negociación mercantil o en una o varias operaciones de comercio.

**b) Asociado.**

Realiza la entrega real de los bienes o servicios, lo que se traduce en las aportaciones, toda vez que dicha entrega es necesaria para el perfeccionamiento del contrato.

Debe abstenerse de intervenir en los asuntos en los que las aportaciones fueron comprometidas, sin embargo puede vigilar el funcionamiento debido de los asuntos.

Aceptar la participación en las pérdidas o ganancias.

Por tanto, entre las partes que conforman el contrato en estudio, existe una relación jurídica principal de carácter mercantil, es decir, un vínculo jurídico que relaciona al asociante con el asociado, que se integra por las aportaciones en sentido real, lo que se traduce en bienes y/o servicios que se van a aportar, la forma de aportarlos, la entrega de las mismas y el porcentaje de la participación en las pérdidas o ganancias, toda vez que se deriva de un acto de comercio, en donde intervienen sujetos de Derecho Mercantil (generalmente), es decir, el objeto del contrato y de una o ambas partes radica en una especulación comercial.

### **4.3. Incorporación del contrato de asociación en participación al Código de Comercio**

El Código de Comercio vigente, tiene su origen en el Decreto de cuatro de junio de 1887, expedido por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Porfirio Díaz, cuya estructura se compone por:

- a. Libros.
- b. Títulos.
- c. Capítulos.

Derivado del estudio íntegro del Código de Comercio, se advierte la inclusión de actos de comercio, contratos y procedimientos mercantiles.

Es necesario que en cualquier sociedad donde impere un estado de derecho, exista una lógica jurídica y legal en cuanto a la regulación de las diversas figuras que coexisten en el ámbito del Derecho Mercantil, es decir, la comprensión de la naturaleza jurídica de dichos actos mercantiles es básica, a efecto de plasmarlas en la legislación mercantil adecuada; tal es el caso de los contratos, que por ser uno de los actos jurídicos que con mayor frecuencia son celebrados en el comercio en México, requiere de una certeza veraz en todos sus aspectos.

El caso que nos ocupa -asociación en participación- en nuestros días está regulado en una Ley que refiere a las sociedades mercantiles (*sic*), siendo lo correcto que por tratarse de mero contrato mercantil debería encontrarse contemplado en la norma general de comercio, por ejemplo el préstamo mercantil, la compraventa, permuta, seguros, prenda mercantil, etc.

Existen diversas razones por las que es de considerarse lo comentado, tales argumentos esencialmente son los que a continuación se indican:

1. La asociación en participación es un contrato mercantil, es decir, existe una relación contractual entre asociante y asociado.
2. Su funcionamiento es incomparable a la Sociedad Mercantil.
3. La asociación en participación requiere de un capitulado especial, con lineamientos bien establecidos en el Código de Comercio.
4. Es incorrecto jurídicamente que funcione como la sociedad en Nombre Colectivo.
5. Resulta erróneo que el contrato mercantil de mérito, sea regulado conforme a los numerales que norman a la sociedad en nombre colectivo.

En ese orden de ideas, debe precisarse que las diferentes posturas de los Juristas estudiados coincidían esencialmente en los razonamientos vertidos en el párrafo anterior, con excepción del maestro Roberto L. Mantilla Molina, quien considera que la regulación del contrato de asociación en participación en la Ley General de Sociedades Mercantiles es adecuada. No obstante que en capítulos anteriores, se realizó un estudio de los diversos pensamientos de los más destacados jurisconsultos en la materia mercantil, debe puntualizarse a manera de resumen los conceptos de dichos autores.

En las relatadas circunstancias, procede realizar un análisis de los conceptos jurídicos más adecuados que coinciden con la postura encaminada a regular al contrato de Asociación referido, en el Código de Comercio vigente, tales autores son:

**1. *Soyla H. León Tovar.* (2007)**

“Se trata de un negocio contractual diverso del de sociedad, porque aunque la LGSM determina que le son aplicables las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo, su aplicación solo es parcial, en tanto no contravenga la naturaleza contractual de la asociación en participación reconocida por el legislador, quien intentó dejar en claro dicha naturaleza y régimen jurídicos, oscuros en nuestro Código de Comercio de 1890, puesto que se trata de un contrato de colaboración, y para algunos es una asociación mercantil debido a su objeto, la explotación de una negociación mercantil, pero dista mucho del concepto y funcionamiento que de asociación prescribe nuestro CCF en su art.2670.” (p. 356).

**2. *Víctor M. Castrillón y Luna.* (2006) Refiriéndose a la asociación en participación manifiesta que:**

“Siendo regulada por la Ley de Sociedades Mercantiles, sin ser un ente distinto de sus miembros, bien podríamos calificarla como un contrato que en sus características regula aun tipo asociativo... - - - Algunos sistemas jurídicos la regula

en una ley que ha sido creada para sociedades, (en el caso del derecho mexicano, en el Capítulo XIII, denominado ‘De la asociación en participación’) de ahí su indebida y censurable ubicación. De ese modo, tratándose de un contrato, la asociación en participación debiera estar regulada en el Código de Comercio (como ocurre por ejemplo en el caso del Derecho Español), y no en la Ley General de Sociedades Mercantiles como sucede en nuestro país.” (p. 83 y 87).

### **3. *Óscar Vásquez del Mercado.* (2003)**

“La característica principal de este contrato estriba en que una de las partes dirige la empresa o realiza los actos en nombre propio y las otras únicamente reciben un porcentaje de las utilidades, aunque si bien, con carácter secundario, se reservan un derecho de control sobre la gestión de la propia empresa.” (p. 561).

### **4. *Jorge Barrera Graf.* (2003)**

“A virtud de la A en P una persona llamada asociante recibe de otra (o de otras) que se le asocia, y que se llama asociada, bienes o servicios, a cambio de una participación en las utilidades y en la pérdidas que aquella obtenga, ya sea al explotar su empresa o negociación o al realizar uno o varios negocios mercantiles. - - Características esenciales de esta figura, son: primera, tratarse de un contrato bilateral, con una finalidad que es común a las dos partes y que, por ello, se considera como de carácter asociativo (de ahí el nombre de asociación); segundo, que para la realización de dicha finalidad, el asociado aporta bienes propios o su trabajo; tercero, que como contraprestación de dicha aportación, el asociado participe en los resultados favorable o adversos (utilidades y pérdidas) de la empresa o del negocio respectivo; cuarto, que en cualquiera de estos supuestos, la gestión o administración de los bienes o de los servicios aportados pertenezca exclusivamente al asociante, quien se ostenta ante terceros como dueño de los bienes o como beneficiario del trabajo prestado por el asociado.” (p. 233).

### **5. *Erick Carvallo Yáñez y Enrique Lara Treviño.* (2007)**

“El objetivo primordial en este tipo de contratos es participar en las utilidades de un negocio, haciendo aportaciones que no representan parte del capital social de una



sociedad mercantil, ni del negocio en sí mismo, no obstante que en ocasiones resulten pérdidas, las que de acuerdo a la ley de la materia, también deben asumirse. Esto quiere decir que cualquier persona física o colectiva, puede aportar recursos ya sean humanos o materiales, para que en conjunción con los recursos de otra u otras personas, puedan llevarse a cabo una o varias operaciones mercantiles, sin necesidad de establecerse como socios o como sociedad mercantil...”

6. En una postura coincidente en *la Ley General de Sociedades Mercantiles comentada* por *Castrillón y Luna* (2008) afirma: “Al no constituir un ente jurídico diferente de los miembros que lo componen, y carecer por ello de personalidad jurídica también distinta de sus integrantes, además de no tener patrimonio propio independiente del de sus asociados, ni órganos sociales, la asociación en participación no puede ser considerada como sociedad mercantil” (p. 296).

Tomando en consideración lo anterior, es dable concluir que la figura contractual de la asociación en participación se regule en el Código de Comercio, toda vez que los argumentos lógico-jurídicos contenidos en los conceptos doctrinarios de los juristas descritos coinciden entre sí, por tanto, también la doctrina coincide con el punto de vista controvertido en este apartado; en consecuencia, tal y como se ha destacado, resulta necesario sacar de la ley de sociedades el contrato mercantil en cuestión y legislarlo en el Código de Comercio, respetando su naturaleza jurídica otorgándole su capitulado especial, cubriendo todo lo que implica la celebración del mismo.

#### **4.4. Propuesta sobre la incorporación del contrato de asociación en participación en el Código de Comercio**

No podemos hablar de una propuesta de proyecto o reforma de ley, sin hacer mención del Derecho Constitucional Mexicano; por tanto, resulta de esencial importancia retomar una parte de esta amplia rama del Derecho.

Los juristas Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, (2006) opinan que “México tiene un sistema federal. Por tanto, se puede hablar de un derecho constitucional local o de las entidades federativas. Los principios básicos de la organización política del Estado mexicano se encuentran en el derecho constitucional en general (...)” (p. 5).

Por otro lado, el reconocido constitucionalista Ignacio Burgoa señala que:

“debe decirse que el Derecho Constitucional estudia la Constitución; pero no la Constitución *in abstracto* como ente ideal carente de juridicidad, o sea, como un conjunto de principios deontológicos sin consagración positivo-normativa, sino una Constitución específica, particular de un Estado determinado. En su objeto de investigación radica la diferencia entre el Derecho Constitucional y la Teoría Constitucional; pues en tanto que ésta formula explica los citados principios que pueden tener o no acogida en alguna Constitución *in concreto*, aquel según dijimos analiza un cierto orden jurídico-constitucional.” (Burgoa Orihuela, 2006, p. 24).

Asimismo, Quiroz Acosta sostiene que al Derecho Constitucional como: “...la parte del derecho que regula las instituciones políticas del Estado, por lo tanto, su objeto será estudio de las instituciones políticas desde una óptica jurídica, o bien, del derecho que regula las instituciones política del Estado.” (Quiroz Acosta, p. 10)

Siguiendo con el estudio del Derecho Constitucional, es dable mencionar que esta rama del Derecho cuenta con diversas fuentes como:

1. La Constitución.
2. La Jurisprudencia.
3. La costumbre.
4. Las leyes que reglamentan preceptos constitucionales o en su caso que precisan los órganos creados por la ley Suprema; y,
5. La doctrina.

Ahora bien, la Constitución Federal dentro de su Título Tercero, Capítulo Primero denominado “*De la División de Poderes*”, específicamente en su numeral 49 rige el principio general de la división de poderes, que a la letra dice: “El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. - - - No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.”; posteriormente el artículo 50 de dicho ordenamiento establece que el Poder Legislativo mexicano, está conformando por dos Cámaras: la de Diputados y la de Senadores; la primera de ellas representa a uno de los elementos del Estado (sociedad), y la segunda representa a las unidades subnacionales.

El Congreso de la Unión es un organismo de tipo bicameral depositado en el poder legislativo federal, es decir, la función de imperio del Estado Mexicano consistente en crear normas jurídicas abstractas generales e impersonales (leyes) en sentido material y por lo tanto, posee diversas facultades enumeradas en el artículo 73 de la Carta Magna, que en su fracción X rige que para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, (lo subrayado es mío) juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica

y nuclear, y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123. Lo anterior se refiere a la creación de distintos ordenamientos de carácter mercantil, o sea, de normas jurídicas que rijan las relaciones entre particulares en relación a los actos de comercio en sus distintas y diversas manifestaciones, tal es el caso del contrato de asociación en participación.

Es de hacer notar, que no deben considerarse dentro de dicha materia las relaciones en que, a propósito de alguna actividad mercantil, intervengan los órganos del Estado como elementos reguladores o controladores de la misma en el desempeño del poder público mediante diferentes actos de autoridad, es decir, las relaciones en que tales órganos no sean sujetos comerciales sino autoritarios.

Esta facultad se refleja en un procedimiento legislativo previamente establecido en la ley aplicable, Jorge Carpizo (2006) menciona que:

“La tarea sustantiva que tiene a su cargo el Poder Legislativo es la de crear leyes, es decir, normas generales y abstractas generadas por un procedimiento que reúne ciertas características: la publicidad (se lleva a cabo de forma pública y no secreta) y la posibilidad de discutir (lo cual supone el derecho de las minorías parlamentarias a participar, a hacerse oír, a intentar convencer a la mayoría de su propio punto de vista. Desde luego, el hecho de que sea público y permita la realización de ejercicios reales de pluralismo parlamentario supone que los legisladores adopten un nivel de debate y de respeto importante durante los procedimientos de creación legislativa.” (Carpizo, Jorge, p. 123)

Asimismo, es de referir el pensamiento del maestro Burgoa en dicho sentido: “Si el poder público equivale a actividad de imperio del Estado, y si una de las funciones en que se desarrolla es la legislativa, ésta consiste, por ende, en la elaboración de leyes.” (Burgoa Orihuela, 2006, p. 609).

El procedimiento legislativo en México está regulado por el artículo 72 constitucional, y consta de las siguientes fases:

- 1) **Iniciativa.** Acto por el cual un sujeto legitimado para ello (Presidente de la República, Cámara de Diputados, Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, las legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal) somete a consideración del Poder Legislativo un proyecto de ley, de reforma a una ley o de reforma constitucional. Es importante recalcar el hecho de que cualquier ciudadano en ejercicio de su derecho público subjetivo consagrado en el artículo 8º constitucional (derecho de petición) puede dirigirse al Congreso de la Unión por cualquiera de sus Cámaras integrantes o de la Comisión Permanente, para solicitar que sea considerado un anteproyecto determinado de ley o reforma. La iniciativa puede presentarse en cualquiera de las Cámaras del Congreso, con la excepción de las relacionadas con empréstitos, contribuciones o impuestos de reclutamiento de tropas, de las cuales conocerá la Cámara de Diputados; en consecuencia, la Cámara que recibe la iniciativa se le denomina Cámara de origen o de inicio.

Ignacio Burgoa (2005) la define como: “la facultad de presentar proyectos de ley o de decretos ante cualquiera de las Cámaras que componen el Congreso de la Unión, para que discutidos y aprobados sucesivamente en una y otra, se expidan por éste como ordenamientos jurídicos incorporados al derecho positivo.” (p. 238).

- 2) **Discusión.** Se fija el contenido definitivo del proyecto de ley y se reconocen las posturas de cada uno de los grupos parlamentarios, y se resuelve a través de un quórum que deberá contar con la presencia de la mitad más uno de los legisladores.

- 3) **Aprobación.** El maestro Raúl González Schmal manifiesta al respecto que: “Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen pasará a discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente” (González, 2003, p.283), es decir, se llega a esta instancia cuando la votación es favorable.
- 4) **Sanción.** La realiza el Ejecutivo a través de su conformidad, una vez que el proyecto ha sido aprobado por ambas Cámaras, o caso contrario, si hay desacuerdo, el Ejecutivo Federal interpondrá el derecho de veto. La facultad de veto no puede ejercitarse respecto de las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado.

Jorge Carpizo (2000) menciona al respecto: “conforme al inciso b) del artículo 72, el presidente puede hacer observaciones a proyectos de ley que le envíe el congreso, dentro de diez días hábiles posteriores a aquel en que los recibió. A esta figura se le ha denominado veto. Veto significa la acción de prohibir.” (p. 85).

- 5) **Publicación.** Requisito indispensable de existencia para que el proyecto aprobado por las Cámaras y sancionado por el Titular del Ejecutivo pueda entrar en vigor. La publicación de las leyes federales o sus reformas en nuestro país, se realiza en el Diario Oficial de la Federación.
- 6) **Inicio de la vigencia.** Última etapa del proceso legislativo en la entrada en vigor de la ley, que trae como consecuencia su obligatoriedad. El término que transcurre entre la publicación en el Diario Oficial y la entrada en vigor, se conoce como *vacatio legis*; en dicho lapso la ley no ha entrado en vigor, por lo que no es jurídicamente vinculante.

Las últimas dos etapas expone González Schmal (2003) habrán: “... terminado propiamente la actividad legislativa del Congreso para iniciarse la actividad administrativa del Ejecutivo, en términos complementarios de división y colaboración de poderes.” (p. 285)

De lo hasta aquí expuesto, se entiende que previo a materializar el planteamiento de reforma en cuestión, en particular del contrato de asociación en participación, debe sujetarse al procedimiento legislativo descrito, en virtud de que su aplicación encuadra en diversas ramas del Derecho incluyendo la mercantil, por tanto el procedimiento a seguir para la reforma propuesta es adecuado.

En esa tónica, preciso el estudio y las consideraciones que se han hecho sobre el contrato mercantil referido, resulta oportuno concretizar la reforma planteada, misma que reza de la siguiente manera:

*“La asociación en participación posee naturaleza jurídica de contrato y no de sociedad mercantil, por tanto, resulta necesario adecuar dicha figura contractual a la legislación mercantil idónea, que refleje un respeto tanto a su origen como a su funcionamiento actual; ya que al regularla en la Ley General de Sociedades Mercantiles, genera confusión jurídica, legal y material; asimismo, su funcionamiento, disolución y liquidación como una sociedad mercantil, resulta inadecuada, en virtud de que, al no encuadrarlo en un ordenamiento adecuado, afecta su naturaleza contractual y rompe con un esquema de Derecho apropiado en toda sociedad; en consecuencia, el contrato de asociación en participación debe encontrarse regulado en el Código de Comercio, tal y como acontece con los demás contratos mercantiles, es decir, se requiere de una reforma legislativa consistente en suprimir de la Ley General de Sociedades Mercantiles el contrato de asociación*

*en participación, e ingresarlo con su capitulo y disposiciones especiales al Código de Comercio vigente, respetando su naturaleza contractual.*

*Lo anterior debe acontecer, en aras de un marco normativo propicio para obtener mayor certeza jurídica en nuestro sistema de Derecho Mexicano.”*

Por las relatadas consideraciones el contrato de asociación en participación debe encontrarse estructurado en el Código de Comercio de la siguiente forma:

ESTRUCTURA DEL CÓDIGO DE COMERCIO

(...)

LIBRO SEGUNDO

DEL COMERCIO EN GENERAL

TÍTULO PRIMERO

DE LOS ACTOS DE COMERCIO Y DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL.

(...)

TÍTULO (Número que se le asigne)

DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

CAPÍTULO I

DE LAS ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN EN GENERAL.

(...)

- Dentro de este capitulo se establecería el concepto, características, formalidades y condiciones del contrato en estudio.

CAPÍTULO II

DEL ASOCIANTE Y DEL ASOCIADO

(...)



- Inserto en este capítulo, se incluiría todo lo que implica ser parte en el contrato, es decir, los derechos y obligaciones del asociante y asociado, como su relación frente a terceros, asimismo, se regularía en lo concerniente a los bienes aportados.

### CAPÍTULO III

#### DE SU FUNCIONAMIENTO, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.

- Finalmente en el presente capítulo, se codificaría todo lo que implica la operación jurídica del contrato de asociación en participación, *v.gr.* cláusulas del contrato, estipulaciones, forma de terminación o disolución, y como lo menciona el rubro, la liquidación del mismo.

## **CONCLUSIONES**

Al tenor de lo considerado con anterioridad, debe señalarse que con base en el estudio minucioso realizado al contrato mercantil de asociación en participación se cumplió con el objetivo general ya que, de dicho análisis se derivan aspectos concretos que dan respuesta al propósito y a la hipótesis planteada en la presente investigación; por ende, teniendo en consideración si el objeto de la propuesta se ha concretado y ha sido respondida la pregunta consistente en ¿La asociación en participación debe regularse en el Código de Comercio?, es dable remitirnos de manera contundente y objetiva a lo siguiente:

- Como se advierte del capítulo XIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente y de conformidad con los artículos 252, 253 y 254, la asociación en participación es un contrato de naturaleza jurídica y origen eminentemente mercantil que debe constar por escrito, en virtud del cual una persona, ya sea moral o física, denominada asociante recibe a manera de aportación de otra persona(s) (física o moral) designada como asociado, aportaciones en bienes o servicios a cambio de obtener una participación en las utilidades y pérdidas provenientes de una negociación mercantil o de una o varias operaciones comerciales realizadas por el asociante.

Bajo ese contexto, dicha asociación posee naturaleza contractual, por carecer de dos aspectos fundamentales que toda sociedad tiene: personalidad jurídica propia y patrimonio propio.

- Al ser una característica esencial de la asociación en participación, la falta de personalidad jurídica; por tratarse de un contrato mercantil, no constituye una

persona distinta de los contratantes, es decir, no posee razón social o denominación propias (artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente).

- Toda vez que la asociación en participación no constituye una persona distinta a la de los contratantes, ésta carece de patrimonio propio, por lo que no existe patrimonio común entre el asociante y asociado, en virtud de que se trata de un contrato de naturaleza mercantil que no crea una persona moral o jurídica independiente del asociante que obra en nombre propio.
- El contrato de asociación en participación es de carácter asociativo, ya que al celebrarlo, el objetivo primordial de los contratantes es obtener utilidades de ciertas operaciones comerciales y como lo regula el referido artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las partes aportan bienes o servicios a cambio de obtener una participación en las utilidades y pérdidas provenientes de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio; es decir, tienen indudablemente la inclinación de asociarse con el objeto de cumplimentar un fin que no podría ser alcanzado de manera individual.
- El término “sociedad oculta” no es apropiado para denominar al contrato de asociación en participación, toda vez que en base a su actual definición legal (artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) y naturaleza jurídica no se trata de una sociedad, ni es oculta, es meramente un contrato mercantil en el que el asociante obra en nombre propio, comparece frente a terceros como el propietario de las aportaciones y no existe relación jurídica entre terceros y asociados (artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente).
- En la asociación en participación, el asociante es el único elemento activo y su voluntad es individual porque no es órgano de ninguna voluntad colectiva; se confía en su diligencia, en su pericia y en su éxito; lo único que se participa es

el resultado de su actividad. La actividad del asociante es autónoma y solamente en el resultado de ella participan los asociados. No existe fondo común ni actividades comunes, la unión es sólo para dividir los resultados; por ello no tiene personalidad jurídica y el asociante obra en nombre propio (artículos 253 y 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles vigente).

- Como lo dispone el artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, frente a terceros los bienes aportados a la asociación en participación pertenecen en propiedad al asociante, a menos que por la naturaleza de la aportación, se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio, y aun cuando no haya sido registrada tal estipulación, surtirá efectos, si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.

En esa guisa, como cuestión previa indiqué en los citados puntos, los elementos característicos de la figura contractual de la asociación en participación, con la finalidad de retomar los puntos fundamentales obteniendo una visión sintetizada de lo hasta aquí estudiado, por lo que a manera de comprobación es corolario precisar lo que a continuación se indica:

a) En el marco normativo del contrato de asociación en participación se percibe la falta de preceptos legales que precisen de manera clara y específica su funcionamiento, disolución y liquidación; lo que trae como necesidad legislar dicho contrato adecuadamente, a efecto de dar cuerpo y contenido a esta figura mercantil, es decir, el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles regula de manera imprecisa la figura de la asociación en participación, ya que establece que su funcionamiento, disolución y liquidación será en base a lo dispuesto en el capítulo de la sociedad en nombre colectivo (Capítulo II, artículos 25 al 50 de la Ley General de

Sociedades Mercantiles), situación confusa en el sistema jurídico Mexicano Mercantil desde una perspectiva legal y material.

b) La asociación en participación, funciona de acuerdo a la voluntad de las partes y como tal termina o rescinde, siguiendo los lineamientos contractuales; por lo que tomando en consideración lo estudiado, dicho contrato debe encontrarse regulado en el Código de Comercio, materializándolo mediante una reforma, siguiendo el procedimiento legislativo previamente establecido en el artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (el cual se estudió en el cuarto capítulo de la presente tesis) esto es, el contrato de asociación en participación debe suprimirse de la Ley General de Sociedades Mercantiles, e ingresarlo con su capitulado y disposiciones especiales al Código de Comercio vigente, respetando su origen y naturaleza contractual.

c) Lo más importante de analizar una figura jurídica, es su esencia y finalidad práctica, tanto en el ámbito social como en el jurídico; en esa semblanza, el contrato de asociación en participación es un instrumento legal de múltiples y prácticas aplicaciones, por tratarse de un contrato poseedor de un mecanismo ideal de asociación, generador de operaciones mercantiles que nunca podría llegar a concretar por si sola una persona, es decir, surge como una respuesta a las necesidades del comercio.

En casos prácticos, puede acudirse a la asociación en participación, a falta de capital suficiente para emprender una negociación o instituir una sociedad mercantil, por lo que resulta una figura *adecuada* para la obtención de financiamientos sin necesidad de emitir bonos u obligaciones, de otorgar garantías o erogar fuertes sumas

de dinero; su aplicación encuadra en diversas ramas del comercio, pero esencialmente en la financiera, industrial o de construcción.

Lo hasta aquí expuesto, revela el propósito de la presente investigación, en atención que con lo analizado queda demostrado la necesidad de una reforma (artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), siguiendo el procedimiento legislativo en sus diferentes etapas (Iniciativa, Discusión, Aprobación, Sanción, Publicación e Inicio de la vigencia) consistente en suprimir de la Ley General de Sociedades Mercantiles el contrato de asociación en participación, por no cumplir con los requisitos que la propia ley de sociedades establece, e ingresarlo con su capitulado y disposiciones especiales al Código de Comercio vigente; por lo que, propongo la regulación del contrato de asociación en participación en el Código de Comercio dentro del capítulo de “contratos mercantiles” respetando su naturaleza jurídica contractual y funcionamiento material, toda vez que la Asociación en participación posee naturaleza jurídica de contrato y no de sociedad mercantil, por tanto, resulta necesario adecuar dicha figura contractual a la legislación mercantil idónea, que refleje un respeto tanto a su origen como a su funcionamiento actual; ya que al regularla en la Ley General de Sociedades Mercantiles, genera confusión jurídica, legal y material; asimismo, su funcionamiento, disolución y liquidación como una sociedad mercantil, resulta inadecuada, en virtud de que, al no encuadrarlo en un ordenamiento *adecuado*, afecta su naturaleza contractual y rompe con un esquema de Derecho apropiado en toda sociedad; en consecuencia, reitero que el contrato de Asociación en participación debe encontrarse regulado en el Código de Comercio, tal y como acontece con los demás contratos mercantiles.

Lo anterior, en aras de un marco normativo propicio en el que se obtenga mayor certeza jurídica en nuestro sistema de Derecho y en afán de un Derecho Mercantil Mexicano ideal.



## **BIBLIOGRAFÍA**

## Legislación

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (versión electrónica). México: Autor. Recuperado el 10 de noviembre de 2008 de intranet del Poder Judicial de la Federación <http://portalconsejo>.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Código Civil para el Distrito Federal*. (versión electrónica). México: Autor. Recuperado el 10 de noviembre de 2008 de intranet del Poder Judicial de la Federación <http://portalconsejo>.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Código Civil Federal*. (versión electrónica). México: Autor. Recuperado el 10 de noviembre de 2008 de intranet del Poder Judicial de la Federación <http://portalconsejo>.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Código Federal de Procedimientos Civiles*. (versión electrónica). México: Autor. Recuperado el 10 de noviembre de 2008 de intranet del Poder Judicial de la Federación <http://portalconsejo>.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Código de Comercio*. (versión electrónica). México: Autor. Recuperado el 21 de noviembre de 2008 de intranet del Poder Judicial de la Federación <http://portalconsejo>.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Ley General de Sociedades Mercantiles*. (versión electrónica). México: Autor. Recuperado el 10 de noviembre de 2008 de intranet del Poder Judicial de la Federación <http://portalconsejo>.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: SISTA.

Honorable Congreso de la Unión. (2005). *Código de Comercio*. México: ISEF.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Código de Comercio*. México: ISEF.

Honorable Congreso de la Unión. (2005). *Ley General de Sociedades Mercantiles*. México: ISEF.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Ley General de Sociedades Mercantiles*. México: ISEF.

Honorable Congreso de la Unión. (2008). *Ley General de Sociedades Mercantiles comentada por Castrillón y Luna, V.M.* (4ª ed.). México: ISEF.

### **Fuentes Bibliográficas**

Azúa Reyes, T. (2001). *Los principios generales del Derecho*. (3ª ed.). México: Porrúa.

Baena, G. (1998). *Manual para elaborar trabajos de Investigación documental*. (15ª ed.). México: Editores Mexicanos Unidos, S.A.

Barrera Graf, J. (2003). *Instituciones de Derecho Mercantil*. (5ª reimpresión). México: Porrúa.

Bejarano Sánchez, M. (2007). *Obligaciones Civiles*. (5ª ed.). México: OXFORD, University Press.

Burgoa Orihuela, I. (2006). *Derecho Constitucional Mexicano*. (18ª ed.). México: Porrúa.

Burgoa Orihuela, I. (2005). *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. (8ª ed.). México: Porrúa.

Cáceres Nieto, E. (2002). *¿Qué es el Derecho?*. México: Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial UNAM.

Carpizo, J. (2000). *El Presidencialismo Mexicano*. (15ª ed.). México: Siglo veintiuno editores.

Carpizo, J. y Carbonell (2006). M. *Derecho Constitucional*. (3ª ed.). México: Porrúa.

Carvallo Yáñez, E. y Lara Treviño, E. (2007). *Formulario Teórico-Práctico de Contratos Mercantiles*. (5ª ed.). México: Porrúa.

Castrillón y Luna, V.M. (2006). *Contratos Mercantiles*. (3ª ed.). México: Porrúa.

De Pina Vara, R. (2003). *Diccionario de Derecho*. (31ª ed.). México: Porrúa.

De Pina Vara, R. (2003). *Derecho Mercantil Mexicano*. (29ª ed.). México: Porrúa.

Díaz Bravo, A. (2002). *Derecho Mercantil*. México: IURE editores.

*Diccionario Santillana del Español*. (1993). España: Santillana.

Enríquez Rosas, J. D. (2001). *La personalidad jurídica societaria*. México: OXFORD.

Fierros Farrell, A. A. (1996). *La naturaleza jurídica de la Asociación en Participación*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad Anáhuac del Sur, México, D.F.

Galindo Garfias, I. (1996). *Teoría General de los Contratos*. México: Porrúa.

García Maynes, E. (2004). *Introducción al Estudio del Derecho*. (57ª ed). México: Porrúa.

J. Couture, E. (1997). *Vocabulario Jurídico*. (6ª ed.), México: Palma.

Kelsen, H. (2002). *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*. (E. Garzón, Trad. ) (9ª ed.). México: BÉFP.

L. Vigo, R. (2003). *El Iusnaturalismo actual De M. Villey a J. Finnis*. Argentina: BÉFDP.

Larousse. (2000). *Diccionario de sinónimos antónimos e ideas afines*. (35ª ed.) México: Larousse.

León Tovar, S. H. (2007). *Contratos Mercantiles*. México: OXFORD.

Mantilla Molina, R.L. (2004). *Derecho Mercantil*. (29ª ed.). México: Porrúa.

Moto Salazar, E. (2007). *Elementos de Derecho*. (50ª ed.). México: Porrúa.

Quintana Adriano, E. A. (2002). *Ciencia del Derecho Mercantil*. México: Porrúa.

Rizzo Fuentes, F. (2001). *El contrato de Asociación en Participación*. Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad Anáhuac, México, Estado de México.

Vásquez del Mercado, O. (2003). *Contratos Mercantiles*. (12ª ed.). México: Porrúa.

### **Fuentes Hemerográficas**

Barrera, J. (1992). Convenios y documentos internacionales. *Revista de Derecho Privado*, 9, III, 471-500.

Reyes, A. (2003). Últimas reformas de carácter mercantil. *Jurispericia*, 4, I, 3-9.

### **Fuentes electrónicas**

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado el 10 de noviembre de 2008, de [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx).

Consejo de la Judicatura Federal. Recuperado el 10 de noviembre de 2008, de Librero intranet <http://portalconsejo>.

Justina (2004), Enciclopedia Práctica Jurídica, (Versión 2004), (CD-ROM). México: Voxerudita.

## **ANEXOS**



## **CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.**

CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN QUE SE CELEBRAN POR UNA PARTE EL LIC. \_\_\_\_\_, A QUIEN EN LO SUCESIVO Y PARA EFECTOS DEL PRESENTE INSTRUMENTO SE LE DENOMINARÁ “EL ASOCIANTE” Y POR OTRA PARTE EL LIC. \_\_\_\_\_ Y EL C.P. \_\_\_\_\_ A QUIEN EN LO SUCESIVO Y PARA LOS EFECTOS DEL PRESENTE CONTRATO SE LE DENOMINARÁ “LOS ASOCIADOS”, SUJENTÁNDOSE EN TODO TIEMPO Y LUGAR AL TENOR DE LOS SIGUIENTES ANTECEDENTES:

### **A N T E C E D E N T E S:**

- I. Declara “el ASOCIANTE”, ser mayor de edad, con capacidad legal para contratar, don domicilio en \_\_\_\_\_, dedicado a la fabricación, venta y distribución de materiales eléctricos y de manera específica a la fabricación, venta y distribución de cable conductor de electricidad de diversas medidas.
- II. Declara “el ASOCIANTE”, contar con experiencia, capacidad técnica, administrativa y legal para la comercialización de cable conductor de electricidad y encontrándose celebrando actos de comercio de comercialización de dichos materiales eléctricos, pero que no se encuentra en la posibilidad de adquirir por compra materiales para seguir fabricando y comercializando cable conductor de electricidad.
- III. Declaran “LOS ASOCIADOS”, ser mayores de edad con capacidad legal para contratar, domiciliados en \_\_\_\_\_, encontrándose en la posibilidad económica de suministrarle capital al asociante con la finalidad en que realice los negocios señalados en el antecedente que precede, para lo cual se celebra el presente instrumento, a cambio de los porcentajes de utilidades que se obtengan y se fijen en el clausulado siguiente.
- IV. Declara “EL ASOCIANTE” y “LOS ASOCIADOS”, señores \_\_\_\_\_, que para la formalización de las adquisiciones de materias primas para la fabricación de cable conductor de electricidad en sus diversas especies, celebrarán con \_\_\_\_\_, un contrato de compraventa el cual será registrado en las dependencias que así lo requieran por disposición legal o reglamentaria, que deben tener conocimiento sobre el aprovechamiento que

se realizará, el cual se agregará como apéndice del presente instrumento una vez expresado su consentimiento, formando parte integral del mismo.

- V. En virtud de los antecedentes que preceden, las partes convienen en celebrar el presente contrato de Asociación en Participación, por lo que se suscriben y se sujetan al contenido de las siguientes:

## CLÁUSULAS

PRIMERA. DE LAS OBLIGACIONES DEL ASOCIANTE. “EL ASOCIANTE”, se obliga a desarrollar la actividad necesaria para la gestión de los negocios de la sociedad, obrando en nombre propio, teniendo como finalidad la realización de los negocios señalados en el capítulo de antecedentes.

SEGUNDA. “EL ASOCIANTE”, está obligado a reintegrar a cada asociado su aportación, más la parte que le corresponde en las utilidades obtenidas una vez terminadas las operaciones sucesivas, previstas, o en su defecto al expirar el plazo del contrato de compraventa a celebrarse ya que se hace referencia en el antecedente marcado con el número IV.

TERCERA. “EL ASOCIANTE”, se obliga a distribuir las utilidades y pérdidas que correspondan a “LOS ASOCIADOS”, en los términos que se fijan en el capítulo respectivo del presente instrumento, renunciando expresamente a lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

CUARTA. DE LOS DERECHOS DEL ASOCIANTE. “EL ASOCIANTE” tendrá derecho una vez formalizado el presente instrumento, a exigir la aportación de “LOS ASOCIADOS”.

QUINTA. DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ASOCIADOS. “LOS ASOCIADOS”, se obligan a entregar al “EL ASOCIANTE”, las aportaciones que se detallarán en el capítulo siguiente:

SEXTA. “LOS ASOCIADOS”, se obligan a participar no solo en las utilidades, sino también en las pérdidas de las operaciones de comercio que se realicen con base el presente instrumento, como lo establece el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

SÉPTIMA. DE LOS DERECHOS DE LOS ASOCIADOS. “LOS ASOCIADOS”, tienen derecho a exigir “AL ASOCIANTE”, la adecuada gestión de

los negocios que se contraten y, en su caso, de exigir la devolución de su aportación por el porcentaje correspondiente de utilidades.

OCTAVA. “LOS ASOCIADOS”, tienen derecho a exigir “AL ASOCIANTE”, les rinda cuentas de su administración en forma mensual, quedando obligado el propio “ASOCIANTE”, a repartir y entregar a éstos las utilidades que en ese periodo sean a favor de ellos de acuerdo a su aportación.

NOVENA. DE LAS APORTACIONES DEL ASOCIANTE Y DE LOS ASOCIADOS. “EL ASOCIANTE”, independientemente de las gestiones comerciales que realice, derivadas del presente instrumento, en nombre propio como lo establece el artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

DÉCIMA. “LOS ASOCIADOS”, hacen entrega a la firma del presente instrumento “AL ASOCIANTE”, de las siguientes aportaciones, en dinero en efectivo del curso legal (Moneda Nacional):

- a) La cantidad de Un millón de pesos a la fecha de firma del presente contrato.
- b) La cantidad de un millón de pesos en la fecha en que se cumplan 30 días naturales siguientes a la de la firma del presente contrato.

DÉCIMA PRIMERA. DE LA PARTICIPACIÓN DE GANANCIAS O PÉRDIDAS. Las partes convienen de común acuerdo que la repartición de las ganancias o pérdidas de realizará mensualmente de acuerdo a los siguientes porcentajes:

- a) La cantidad que corresponda al 30% de las utilidades que obtenga el asociante por la fabricación, venta y distribución de los bienes a que se refieren los antecedentes del presente contrato.

DÉCIMA SEGUNDA. Las partes están de acuerdo en que la administración de Esta asociación sea a cargo de “EL ASOCIANTE”; sin embargo, para el caso de que este no la administre adecuadamente cumpliendo con los compromisos que se adquieran, rindiendo cuentas mensualmente de su manejo, enterando las utilidades en los plazos convenidos o contraviniendo de cualquier otra manera las obligaciones que le derivan de éste instrumento, expresa su más amplio consentimiento para que sea removido de la administración, designándose en su lugar a cualquiera de los demás asociados, el que será elegido por mayoría de votos en sufragio que se llevará a cabo entre ellos.

Para proceder a la remoción del administrador, bastará con que se le requiera de sus faltas, levantándose al efecto un acta, que deberán suscribir la totalidad de los asociados en donde se expresen las causas de tal acto.

DÉCIMA TERCERA. DOMICILIOS. Las partes señalan como sus domicilios para oír y recibir notificaciones y emplazamientos y para las demás efectos previstos en el presente instrumento los siguientes:

El asociante: \_\_\_\_\_ El asociado: \_\_\_\_\_.

DÉCIMA CUARTA. TÍTULOS DE LAS CLÁSULAS. Las partes convienen en que los títulos que aparecen en cada una de las cláusulas es este contrato, son exclusivamente para facilitar su lectura y, por consiguiente no se considerará que definen, limitan o describen el contenido de las cláusulas del mismo, ni para efectos de su interpretación o cumplimiento.

DÉCIMA QUINTA. JURISDICCIÓN Y COMOPETENCIA. Para la interpretación y cumplimiento del presente contrato, así como para el caso de cualquier controversia, litigio o reclamación de cualquier tipo, en contra de cualesquiera de las partes de este contrato, todos aceptan someterse expresamente a la jurisdicción y competencia de los tribunales competentes de la Ciudad de México, Distrito Federal, y renuncian expresamente a cualquier fuero distinto, que por razón de sus domicilios presentes o futuros pudiera corresponderles.

Para la interpretación y cumplimiento del presente contrato, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio y en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y se aplicará supletoriamente a los ordenamientos mencionados, solamente en el caso de falta de disposiciones expresas, el Código Civil Federal.

Leído que fue el presente contrato por las partes, quienes enteradas del contenido, valor y consecuencias legales de todas y cada una de sus cláusulas, lo firman conjuntamente con sus Anexos en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los veinticinco días de noviembre de dos mil ocho.

“EL ASOCIANTE”

“LOS ASOCIADOS”

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_