



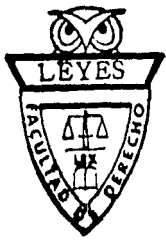
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

LA ASOCIACION EN PARTICIPACION COMO
FIGURA JURIDICA EN EL DERECHO MERCANTIL
MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE;
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
TAFOLLA LOPEZ PATRICIA



ASESOR: LIC. MOISES GUTIERREZ GOMEZ



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 NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E.

La alumna, PATRICIA TAFOLLA LOPEZ, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado "LA ASOCIACION EN PARTICIPACION COMO FIGURA JURIDICA EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO", con la asesoría del LIC. MOISES GUTIERREZ GOMEZ, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El mencionado asesor nos comunica que el trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Atentamente,

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Ciudad Universitaria, a 17 de abril del año 2002

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumna.

DEDICATORIAS.

A DIOS: por su infinita misericordia, su bendición que nunca me ha faltado y por escucharme en mis rezos siempre.

A MI MAMA: gracias por tu silencioso pero gran amor que profesas a cada una de tus hijas, por tu ánimo por salir siempre adelante ante cualquier adversidad, por eso te admiro, te valoro y te presumo ante todo mundo, no cabe duda: "eres una gran mujer". ¡Te Amo con Todo mi Corazón!

A MI PAPA: he lamentado tanto tu ausencia...sin embargo por algo pasan las cosas, aunque no te veo físicamente siempre estas a mi lado pues nunca te olvido, te recuerdo con mucho cariño, espero tu pronto regreso. ¡Te Quiero Muchísimo y Te Extraño Mucho Más!

A MIS HERMANAS: Gina, Grey y Tere a quiénes agradezco todos los momentos de travesuras, peleas y alegrías compartidos, porque a pesar de nuestra diferencia de caracteres nos une un gran cariño. ¡Las quiero muchísimo!

A MI SOBRINA EDITH: querida nena desde tu llegada a casa eres un deleite para todas nosotras, desco en la vida lo mejor para ti. ¡Extrañándote muchísimo a ti y a tu Mami no me Olvides!

A MI ESPOSO CARLOS: gracias a ti conocí lo que es el amor, el cariño y el deseo, eres parte de mi vida y lo serás eternamente, sabes que mis sentimientos no cambian a pesar...del paso de los años, lo que me une a ti es único e irrepetible. ¡Te Amo!

A JOSE JUAN RODRIGUEZ: amigo entrañable gracias por tu apoyo incondicional en la realización del presente trabajo, y por alentarme en mi formación profesional. ¡Gracias Siempre!

A C.P. JAIME DEL VALLE: compañero laboral muchas gracias por tu valiosa colaboración en la elaboración del presente trabajo.

A MIS AMIGAS: Edith, Esmeralda, Concepción, Adriana, Araceli, y Mónica, quiénes me honran con su amistad, gracias por los momentos tan felices que hemos pasado juntas, por las tristezas y alegrías compartidas pero sobre todo por escucharme y alentarme siempre en mi formación personal.

A LA UNAM Y FACULTAD DE DERECHO: por abrirme sus puertas brindándome la oportunidad de ser una profesionista. Mi reconocimiento por la irreclinable labor académica que realizan en la formación de jóvenes y porque a pesar de todo sigue siendo la ¡Máxima Casa de Estudios!

A MI ASESOR LIC. MOISES GUTIERREZ GOMEZ: Por su voto de confianza, su tiempo compartido en la dirección y asesoramiento para la realización de este trabajo. ¡Mi Agradecimiento Eterno!

INDICE.

INTRODUCCION.

CAPITULO I NOCIONES GENERALES.

1.1 Concepto de la Asociación en Participación.....	1
1.2 Características de la Asociación en Participación.....	5
1.3 La Figura de la Asociación en Relación a la Asociación en Participación.....	13
1.4 Polémica sobre la Naturaleza Jurídica de la Asociación en Participación.....	17
1.5 Diferencias, Semejanzas y Analogías con Figuras Afines.....	25

CAPITULO II MARCO HISTORICO.

2.1 Antecedentes Remotos.....	34
2.2 Fases Históricas de la Asociación en Participación.....	40
2.3 Evolución del Derecho Mercantil en México.....	43
2.4 Antecedentes de la Asociación en Participación en México.....	48
2.5 La Asociación en Participación en el Derecho Comparado.....	51

CAPITULO III ANALISIS JURIDICO DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

3.1 Fundamento Legal del Contrato de Asociación en Participación.....	63
3.2 Elementos del Contrato: Asociado y Asociante.....	65
3.2.1 Derechos y Obligaciones de las Partes.....	69
3.3 Formalidades del Contrato.....	70
3.4 Efectos del Contrato.....	72
3.5 Personalidad Jurídica.....	73
3.6 El Patrimonio.....	79
3.7 Utilidades y Pérdidas.....	84
3.8 Funcionamiento, Liquidación y Disolución.....	87
3.9 Propuesta de Regulación Jurídica.....	91

CAPITULO IV LA ASOCIACION EN PARTICIPACION DENTRO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y LA LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

Consideraciones Preliminares.....	96
4.1 Cumplimiento de las Obligaciones Fiscales.....	98
4.2 Acumulación de la Utilidad Fiscal.....	103
4.3 Pérdida Fiscal.....	104
4.4 Aportaciones de Bienes.....	105
4.5 Pagos Provisionales.....	107
4.6 Contratantes con Residencia en el Extranjero.....	108
4.7 La Asociación en Participación en la Ley del Impuesto al Valor Agregado.....	111

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION.

Para la realización de este trabajo de tesis he elegido como tema central la figura jurídica de la Asociación en Participación, regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles bajo el capítulo XIII que comprende los artículos 252 al 259, legislación que fue publicada el 4 de agosto de 1934, y que a la fecha no ha sufrido modificaciones en el apartado correspondiente a la Asociación en Participación.

El objetivo principal de esta investigación se limita a un análisis a fondo de un tema que es poco abordado por los estudiosos del derecho, toda vez que considero que la Asociación en Participación es un medio para realizar actividades comerciales, pues resulta ser este un contrato muy atractivo por la simpleza en su constitución, logrando obtener resultados similares a los de una sociedad mercantil, sin la necesidad de excesivos trámites administrativos y jurídicos, por lo que resulta ser una excelente opción.

La regulación de la Asociación en Participación dentro de los textos legales no es del todo afortunada, ya que ha sido superada por la práctica cotidiana, ante lo cual resulta inadecuada su escasa regulación, ya que no se profundiza del todo en los aspectos jurídicos y fiscales razón por la cual se cae en contradicciones entre las propias leyes. El presente trabajo pretende ampliar la información que de la Asociación en Participación se tiene dentro de los textos doctrinales, para lo cual he dividido el estudio básicamente en cuatro partes.

El capítulo primero aborda conceptos de diversos autores, se señalan las características de la Asociación en Participación según los artículos correspondientes dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles; se establece la diferencia que guarda nuestra figura jurídica con relación a la Asociación Civil; dada la controversia de su naturaleza jurídica se efectuará un análisis de las corrientes que pretenden darle una carácter de sociedad mercantil o bien contractual; así mismo se estudiará la relación que guarda nuestro contrato con figuras afines.

En el segundo capítulo a manera de antecedentes se indican los orígenes de la figura de la Asociación en Participación, haciendo una breve remembranza del tema de tesis en distintas

civilizaciones, para posteriormente estudiar como la consideran las culturas europeas pilares de nuestro derecho, su evolución dentro de las leyes mexicanas, finalizando con un análisis de la Asociación en Participación en el derecho comparado.

Dentro del tercer capítulo se procede al desarrollo de cada una de las características de la Asociación en Participación; es de destacarse que en el desarrollo del presente trabajo de investigación se hace una constante comparación de ésta figura jurídica con las sociedades mercantiles, con la finalidad de reunir los elementos suficientes que permitan adoptar un criterio fundado que explique y justifique desde nuestro punto de vista su naturaleza jurídica, para lo cual recurriré a la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, finalizando con una propuesta jurídica.

Para concluir nuestra labor dentro del capítulo cuarto estudiaré el tratamiento que le otorga la Ley del Impuesto Sobre la Renta a la Asociación en Participación, recurriendo a las últimas reformas del 1° de enero del 2002, por virtud de las cuales nuestra figura adquiere el carácter de persona moral otorgándole ciertos derechos y obligaciones; se proporcionará una remembranza de conceptos fiscales aplicables a nuestro contrato como son: la acumulación fiscal, pérdida fiscal aportación de bienes y pagos provisionales; por otro lado señalaré cuando es que un extranjero está obligado al pago del Impuesto Sobre la Renta por la celebración de un contrato de esta naturaleza; por último trataremos lo relativo a la aplicación de la ley del Impuesto al Valor Agregado en la figura de la Asociación en Participación.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

1.1 CONCEPTO DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

Antes de proceder al estudio de la figura jurídica de la Asociación en Participación, consideramos prudente el análisis de su concepto, pues su regulación ha sido deficiente, lo cual implica un problema muy discutido en materia mercantil, debido a que ha sido difícil determinar su naturaleza jurídica, de manera fundamental se presentan dos posturas que se sitúan una frente a otra: la que considera a la Asociación en Participación similar a una sociedad mercantil y por otro lado la que señala que reviste un carácter contractual.

Con el objeto de conocer la diferenciación que hacen los tratadistas en cuanto a la naturaleza jurídica de la asociación en Participación, a continuación expondré algunas definiciones que nos permitirán comprender cuales son las posturas adoptadas por los letrados en derecho, así mismo expongo las que indican el carácter contractual que le otorga la Ley General de Sociedades Mercantiles a nuestra figura jurídica aún y cuando no le declara aplicables las disposiciones de los contratos en general.

El Código Argentino señala: “ La Asociación en Participación es una forma impropia de sociedad, por la cual una persona toma parte en los negocios comerciales de otra, aumentando la potencialidad financiera de aquélla con el aporte de sus bienes o de sus obras para dividir con ellas las utilidades y las pérdidas en los negocios, realizados en interés común ”¹.

Por su parte en el derecho francés se afirma: “ Las Cuentas en Participación se consideran como sociedades cuya existencia no se revela a los terceros por carecer de personalidad jurídica, pudiendo los contratantes determinar libremente el objeto de la asociación comercial en participación ”².

Respecto a las definiciones anteriores no comparto el mismo criterio ya que desde mi particular punto de vista, la Asociación en Participación nace por el acuerdo de voluntades

¹ VIVANTE: César, Instituciones de Derecho Comercial, Publicaciones del Instituto Cristóbal Colón de Roma, Ed. Reus, Madrid 1929, p.139.

² URÍA Rodrigo, Derecho Mercantil, 14ª. ed, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 1997,p.60.

celebrado entre las partes integrantes del contrato, sin embargo, no existe una colaboración fraterna entre el asociante y asociados para la consecución de un fin común, además las aportaciones de éstos no forman un patrimonio común a la Asociación, por lo tanto el carácter asociativo de nuestra figura se refiere solamente a la consecución de obtener bienes o servicios para la realización de una negociación mercantil y así obtener utilidades, con las cuales se beneficiarán los asociados quienes al igual que el asociante corren el riesgo de sufrir pérdidas.

En la Asociación en Participación no se reúnen los elementos de una sociedad, dentro de los cuales podemos mencionar la "affectio societatis", entendida como la existencia de igualdad entre las partes que solamente se da a través de verdaderos socios; toda vez que los socios no se encuentran en un mismo plano, ya que por un lado unos se aventuran en el comercio para obtener ganancias, mientras que otros no lo intentan y más aún cuando algunos buscan un progreso económico y otros renuncian a él.

Considero que otra diferencia que aleja a la Asociación en Participación de las sociedades mercantiles, se presenta por ejemplo: en la figura del asociado cuya intervención en el contrato esta únicamente encaminada a la participación en las utilidades generadas o bien en soportar una pérdida, situación diferente a la que se tiene dentro de una sociedad mercantil en donde el socio es participe directo en decisiones trascendentales en la vida misma de la sociedad.

Barrera Graf señala: " En virtud de la Asociación en Participación una persona llamada asociante recibe de otra (o de otras) que se le asocia, y que se llama asociado, 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".³

Por último nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles establece en su artículo 252 " La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le

³ BARRERA GRAF Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Generalidades, Derecho de la Empresa Sociedades, Ed.Porrúa, México 1999, p.233.

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 ”.

Considero y con fundamento en el anterior artículo que cuando se habla de una Asociación en Participación se está ante la presencia de un contrato, además que con los razonamientos que se desarrollarán en el presente trabajo se explicará mejor esta postura, comenzando así por la clasificación de los contratos que efectúa la doctrina y el derecho positivo, dentro de la cual la Asociación en Participación se sitúa de la siguiente manera:

- Bilateral.- de la misma definición se desprende que cada una de las partes mediante su acuerdo de voluntades pretende la realización de su prestación correspondiente.
- Oneroso.- los provechos y gravámenes son recíprocos, ya que por un lado el asociante se beneficia con los bienes o servicios aportados y el asociado podrá obtener utilidades o pérdidas en proporción a su aportación.
- Aleatorio.- los provechos y gravámenes dependerán del éxito o bien del fracaso de la negociación mercantil, y más aún de las contingencias que puedan presentarse.
- Consensual.- pues se perfecciona mediante el acuerdo de voluntades.
- Escrito.- la propia ley dispone que debe constar por escrito.
- Tracto Sucesivo.- en la asociación en participación las prestaciones se llevarán a cabo en un periodo determinado o indeterminado dependiendo de la realización de la negociación mercantil.

Por virtud de la celebración de un contrato de Asociación en Participación una persona se obliga con otra u otras, para participarles en los resultados prósperos o adversos de una o varias negociaciones mercantiles, y otra se obliga entregar bienes o servicios con el propósito de que se lleven a cabo dichas negociaciones, dándose con ello un concurso de voluntades, por lo cual no podemos negar que se trata de un contrato, toda vez que “los convenios que producen o transfieren las obligaciones u derechos toman el nombre de contratos” (artículo 1793 Código Civil).

Cuando se crea un contrato, nacen obligaciones mercantiles recíprocas que van a constituir un vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que reviste el carácter de mercantil, lo cual dentro de nuestro contrato de Asociación en Participación se traduce en las prestaciones mutuas que cada una de las partes se deben.

Como todos los contratos la Asociación en Participación reúne requisitos de existencia como lo observamos en el consentimiento ya que entre las partes existe un acuerdo de voluntades, el objeto representado por la negociación mercantil o las operaciones comerciales, y elementos de validez como la capacidad que detentan las partes contratantes para realizar actos de comercio, la causa que vendría a ser por parte del asociante allegarse de los bienes o servicio para la realización del negocio y por parte del asociado la obtención de las utilidades.

Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles define a la Asociación en Participación como un contrato, sin embargo, queda comprendida dentro del concepto general de sociedades mercantiles, determinando reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto al funcionamiento, disolución y liquidación (artículo 259), pero esto no implica que se trate de una sociedad, ya que la intención de las partes es distinta, toda vez que en la sociedad los socios están sujetos a derechos y obligaciones comunes, la gestión de negocios se hace en nombre de una colectividad, por último en lo único que encontramos un punto de unión entre las sociedades mercantiles y el contrato de Asociación en Participación, es el fin de lucro que persiguen ambas.

Por el momento nos limitaremos a establecer que la Asociación en Participación es un contrato sui géneris, ya que no encuadra de manera total dentro del contrato típico mercantil o bien de una sociedad mercantil, tema que más adelante desarrollaremos de manera más amplia dentro del apartado referente a la naturaleza jurídica de nuestro tema de estudio, a fin de establecer él porque de nuestra postura.

Con relación al contrato de Asociación en Participación, citaremos el criterio que ha establecido la Suprema Corte de Justicia, que la define a través de su jurisprudencia de la siguiente manera:

ASOCIACION EN PARTICIPACION CONTRATO DE

La Asociación en Participación es un contrato celebrado entre dos o más individuos por tiempo determinado o indeterminado, para llevar a cabo uno o varios negocios a nombre propio del socio gerente, que hace suyos los aportes de los participantes, a quienes tiene obligación de rendir cuentas de su derecho de crédito, y entregarles lo que les corresponda; y los terceros que contratan con este socio, no tienen ninguna acción jurídica en contra de los participantes.

Quinta Epoca

Tomo XXXI, pag 770 Madrid Francisco

APENDICE DE JURISPRUDENCIA 1917-1988 AL SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION SEGUNDA PARTE, SALAS Y TESIS COMUNES, VOL.I, PAG.459.

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION 1917-1995 TOMO IV CIVIL TESIS 126. Pag.84.Tesis relacionadas.

1.2 CARACTERISTICAS DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

Es amplia la discusión que se ha dado en la doctrina sobre el carácter jurídico de la Asociación en Participación, la controversia fundamental estriba en decidir si se trata o no de una sociedad; para despejar esta duda se debe recurrir al estudio de los criterios jurídicos que surgieron de las diferentes etapas en la vida de la Asociación en Participación, éstos criterios son: la razón social o denominación social, el patrimonio, el significado de socio y el fin común entre otros, éstos elementos nos ayudarán a tomar una posición respecto de la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, esto con el propósito de adoptar un criterio concreto.

Con relación a ésta controversia, tenemos que los puntos de contacto que tiene la Asociación en Participación con las sociedades mercantiles han dado origen a la Teoría Societaria, es decir, la Asociación en Participación vista como un contrato social, empero la mayoría de los tratadistas y nuestro propio sistema normativo se inclina por el carácter contractual mercantil de la Asociación en Participación, ya que es evidente que esta figura presenta características operativas de las sociedades, pero también carece de rasgos esenciales, a lo menos conforme al derecho mexicano; en efecto no existe al ánimo entre los participantes del contrato de Asociación en Participación para constituir una entidad jurídica ajena a ellos, no forman un patrimonio, carecen de personalidad jurídica, y asimismo no tiene razón o denominación social.

A continuación describiremos brevemente cada una de las características de la Asociación en Participación.

AUSENCIA DE PERSONALIDAD.

En el contrato de Asociación en Participación los intereses están representados por el asociante quién actuará en nombre propio, por lo cual no existirá relación jurídica entre los asociados y los terceros con los que contrata, pues carece de personalidad jurídica, tal y como lo señala el artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; por virtud de lo cual no constituye una persona jurídica distinta de la de los contratantes, por lo tanto se está ante la presencia de un negocio oculto que sólo surte efectos entre las partes que la constituyen.

La personalidad jurídica que se les reconoce a las sociedades mercantiles, les confiere capacidad de goce y ejercicio, para ejercitar y asumir todos los derechos y obligaciones inherentes a ella, logrando así la consecución de un fin común durable y permanente, a diferencia de la Asociación en Participación en la cual no se da la combinación de recursos y esfuerzos de las partes para un fin común; porque la colaboración recae en el interés de una de las partes en la negociación mercantil, y su participación en los resultados prósperos o adversos que obtenga el asociante, quién gestionara el negocio a fin de obtener utilidades, por lo cual no da origen a Personalidad Jurídica.

En nuestro contrato no se presenta la figura del Animus Coeundae que se define como la "Intención común de las personas que celebran un contrato de sociedad de integrar ésta, también se denomina affectio societatis, y constituye un requisito esencial de la misma"⁴, por lo tanto no puede ser considerada como una sociedad, ya que no existe tal esencia en las partes integrantes de nuestro contrato.

La falta de personalidad jurídica no implica en modo alguno la inexistencia de la Asociación en Participación, solo que a diferencia de las sociedades mercantiles, los asociados no tendrán

⁴ GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Diccionario de Derecho Romano, 3^o ed, Ed.Reus, Madrid 1982, p.64.

relación con terceros, pues éstos no adquieren derechos y no contraen obligaciones, sino únicamente con la persona con la que han contratado.

Como veremos en su oportunidad las partes que integran el contrato pueden ser personas físicas o morales, dotadas cada una de ellas de sus atributos jurídicos que son a saber: la capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad, atributos dentro de los cuales existe una dualidad tanto para las personas físicas como para las morales, cuya única excepción es el estado civil que sólo puede detentar una persona física, citamos lo anterior pues dentro de las consecuencias de la falta de personalidad jurídica, la Asociación en Participación carecerá de patrimonio propio, ya que las aportaciones del asociado pasan a propiedad del asociante, así mismo no tendrá razón o denominación social (nombre) y en virtud de ser el asociante quién realiza las operaciones motivo del contrato en su nombre y bajo su responsabilidad individual, tampoco tendrá nacionalidad, ni domicilio propio.

FALTA DE PATRIMONIO PROPIO.

Como concurrencia de la característica estudiada en el punto que antecede, se encuentra la falta de patrimonio propio, aún y cuando los asociados efectúen sus aportaciones éstas no constituirán el patrimonio de la Asociación en Participación, debido a que los bienes o servicios pasan a formar parte del patrimonio del asociante, pues recordemos que frente a terceros es el asociante quién actúa en nombre y representación de los asociados, de aquí que la Ley General de Sociedades Mercantiles establezca en su artículo 257: "respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad del asociante..."

A diferencia de las sociedades donde las aportaciones de los socios forman un fondo común que va a constituir su patrimonio, en la Asociación en Participación tales aportaciones crearán un vínculo pero sólo entre las partes, por lo tanto constituyen el capital para que sólo el asociante realice en su nombre, la negociación o bien las operaciones de comercio, por lo tanto aún y cuando se carezca de patrimonio propio, el contrato de Asociación en Participación nacerá a la vida jurídica, representado por el titular de quién detenta la propiedad de los bienes.

En la Asociación en Participación el asociante tiene plena disposición de los bienes aportados por lo asociados, sin embargo, en virtud de encontrarnos frente a un contrato, dentro del mismo las partes que lo integran pueden estipular limitaciones, como bien podría ser la no-transmisión de la propiedad; ya que al ser un contrato un acuerdo de voluntades, debemos tener presente que dentro de él se pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que los contratantes tengan a bien señalar, teniendo que observar únicamente que éstas no vayan en contra de la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

En ejercicio de tal libertad concedida por la ley, las partes contratantes podrían llegar a aventurarse a establecer en alguna cláusula del contrato la existencia del patrimonio, sin embargo, dicha cláusula se tendría por inválida ya que atentaría contra la esencia misma del contrato y contra lo establecido en la ley.

El asociante tiene una responsabilidad ilimitada, debido a que responderá con todo su patrimonio a las obligaciones contraídas en su nombre, y no a nombre de la Asociación en Participación, por lo que sí conjuntamos este apuntamiento con el anterior veremos que existe una reciprocidad en cuanto a los intereses que unen a las partes en el resultado próspero o adverso de la negociación mercantil; y aún existiendo tal reciprocidad no se puede hablar de la existencia de un patrimonio propio que pueda respaldar de manera absoluta la Asociación en Participación.

CARACTER OCULTO.

La esencia de la Asociación en Participación radica en que se trata de una sociedad o negocio oculto, que sólo rige o surte efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote esto por virtud y como consecuencia de carecer de personalidad jurídica.

En el derecho mexicano el carácter oculto de la Asociación en Participación se presume sobre la base de los siguientes argumentos:

- La Asociación en Participación es un contrato consensual perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre las partes, desde ese momento para los integrantes surgen derechos y obligaciones, la ley determina que debe constar por escrito y no estará sujeto a registro, quedando de manifiesto que en el contenido del contrato las partes pueden estipular obligaciones mutuas de manera libre y en los términos que determinen de acuerdo a sus intereses.

La falta de contrato por escrito no determina la inexistencia de la Asociación en Participación, pues en apego a la disposición establecida en el artículo 254 el documento escrito es un medio de prueba, ya que del mismo se desprende que las partes estuvieron de acuerdo en todas y cada una de las cláusulas contenidas en el contrato.

- La doctrina establece que la Asociación en Participación es oculta, tomando en cuenta que el asociante obra en nombre propio, por lo cual los asociados son desconocidos para los terceros, ya que contrataron únicamente con el asociante quien actúa bajo su nombre y responsabilidad, existiendo la posibilidad de que la Asociación en Participación sea conocida por terceros, sin que con ello se obligue el asociado, del mismo modo tampoco implica perder su naturaleza y convertirse en sociedad, y en el supuesto de que el asociante actuara en nombre de la asociación nos colocaría ante la presencia de una sociedad irregular.

En ocasiones se dice que la Asociación en Participación es un negocio oculto o bien clandestino por el hecho de no ostentarse como tal ante los terceros contratantes; sin embargo, atendiendo a los criterios jurisprudenciales y a las disposiciones fiscales que más adelante estudiaremos, podemos observar que nuestro contrato se puede dar a conocer ante terceros sin que por ello se transforme en una sociedad.

De tal forma que la manifestación pública de la Asociación en Participación no autorizará de manera alguna al asociante a hacer extensiva la responsabilidad del asociado, en virtud de que ésta sólo se limita al monto de su aportación ni más ni menos, ya que quien responde frente a terceros, de las obligaciones contraídas con motivo de la gestión, es el asociante y de una forma ilimitada.

En virtud de que la Asociación en Participación es un contrato, en el cual las partes tiene libertad de estipular las cláusulas, siempre y cuando éstas no vayan en contra de la naturaleza misma de la figura jurídica y de las leyes que la rigen, los involucrados en la celebración del contrato deben determinar si los bienes entregados al asociante se transmiten en propiedad, uso o goce; ya que la falta de estipulación sobre la naturaleza de las aportaciones, se presumen iuris tantum es decir entregadas en propiedad al asociante, a no ser que se requiera de una forma especial dada la naturaleza de los bienes.

Y en el caso particular de transmitirse la propiedad de las aportaciones se debe cumplir con las formalidades de ley, previstas para la transmisión de bienes muebles e inmuebles, por lo cual se deberá inscribir en el Registro Público de Comercio, rompiendo con la regla general estipulada en el artículo 254 que dice "no estará sujeta a registro".

Con relación a la aseveración anterior no debemos pensar que la ley es contradictoria, pues el hecho de exigir el registro viene a representar un medio de protección, ya que de otra manera sólo producirán efecto entre aquellos que le dieron origen a la Asociación en Participación, pero no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables. A pesar de la omisión del registro mercantil producirán efecto contra tercero los documentos que se refieren a bienes inmuebles y derechos reales, siempre que hubieren sido registrados, conforme a la ley.

La Asociación en Participación no se transformará en sociedad por el hecho de registrarse e inscribirse, ya que no se manifiesta como tal ni se actúa en su nombre, sino en nombre y por cuenta del asociante, expresando los actos y la situación que guarda dentro del contrato cada una de las partes.

La Asociación en Participación al ser un contrato que no requiere de demasiadas formalidades, ha sido muy recurrido por aquellas personas que desean obtener ciertas ventajas sin necesidad de intervenir directamente en operaciones de comercio, y más aún por tener un carácter oculto ya que representa una ventaja para las personas que por cualquier motivo no desean hacer público ni los capitales que aporta ni sus actividades en los negocios mercantiles.

Dentro del derecho mercantil mexicano el carácter oculto no representa una característica esencial de la Asociación en Participación, ya que en primer término el conocimiento que se tenga de la misma por parte de los terceros no cambiará la naturaleza misma del contrato, de igual forma no entraña la responsabilidad ilimitada del asociado porque sólo responderá hasta el monto de sus aportaciones, por último quién responde frente a terceros es el asociante, debido a que no existe relación entre los terceros y el asociado, ya que éste únicamente tiene derechos y obligaciones con el asociante quién realiza las operaciones comerciales como dueño exclusivo.

LA BILATERALIDAD.

La Sociedad Mercantil definida como: "Asociación de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con el ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan."⁵ difiere con la Asociación en Participación, en cuanto a que en la sociedad se puede contemplar la plurilateralidad de partes, en tanto que nuestro contrato prevalece la bilateralidad, situación sobre la cual se basa la doctrina para atribuirle un carácter contractual a la Asociación en Participación, presentándose la figura del asociante quien actuará en nombre propio, contratará con terceros y concederá la participación en las utilidades, pudiéndose dar el caso de que el asociante sea una sociedad formada por un determinado número de socios, situación que no indica una plurilateralidad de las partes, pues todo ellos conformarán la parte asociante, el mismo caso acontece para la parte asociada no importando que sean más de una persona la que contrate, siempre y cuando hablemos de una misma operación comercial, por que en todos los casos el contrato mercantil se integrará por una parte asociante y una asociada.

En el contrato de Asociación en Participación existen dos partes, en las cuales se da el concurso de voluntades para unir sus esfuerzos, por una parte el asociado que entrega una cuota convenida y por otra el asociante que concede la participación en los resultados prósperos o adversos del negocio, sobre la base de lo que ambos hayan pactado.

⁵ DE PINA VARA Rafael, Elementos de Derecho Mercantil, 16ª ed, Ed. Porrúa, México 1998, p.55.

Al ser bilateral el contrato de Asociación en Participación, las partes no estarán obligadas al cumplimiento del mismo si la otra no lo cumple, ya que las obligaciones de un contrato bilateral deberán ser cumplidas simultáneamente; pudiendo oponer una excepción dilatoria de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), inspirada en un principio de justicia, los ordenamientos jurídicos civiles y mercantiles no contienen disposición expresa que consagre esta defensa, pero la doctrina fuente del derecho la reconoce.

En igual sentido resulta aplicable al caso el pacto comisorio, que de hecho operaría tácitamente siendo éste la facultad de rescindir el contrato por incumplimiento de una de las partes, en el que la parte que ha cumplido tiene el derecho de exigir el cumplimiento forzoso o bien la rescisión del contrato con el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, lo anterior con fundamento en el artículo 376 del Código de Comercio y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 1949 del Código Civil.

En el caso de las sociedades estas reglas no son aplicables, ya que el incumplimiento de alguno de los socios no afecta la relación de los socios sino a la sociedad, y en todo caso sería la sociedad en su calidad de persona moral a quien le correspondería ejercitar su derecho, por consiguiente durante la vida de una sociedad, si una prestación se hiciera imposible se extinguen los derechos y obligaciones del socio que debería hacerla quedando vigentes los vínculos existentes entre los socios, de igual modo para la sociedad es inadmisibles la aplicación de la excepción dilatoria de contrato no cumplido ya que ningún socio podrá prevalerse, para no hacer su aportación, del incumplimiento de esta obligación por parte de otro socio.

La Asociación en Participación no reúne las características tradicionales que se dan en las sociedades mercantiles, por lo cual le damos el tratamiento de un contrato mercantil cuya naturaleza es la colaboración económica con la responsabilidad exclusiva del asociante, que puede ser partícipe de una o varias operaciones comerciales, además de que sus particularidades no dependen de su ubicación dentro de la legislación mercantil sino en atención a su régimen jurídico.

Finalmente para terminar con el análisis de las características de la Asociación en Participación citaremos el criterio que sostiene nuestro más alto tribunal:

ASOCIACION EN PARTICIPACION, CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE. Todo asociado carece de legislación para responder de acciones deducidas con fundamento en los actos celebrados o ejecutados por el gestor asociante,... En la asociación en participación, el gestor (asociante) es el único elemento activo y su voluntad es individual, se confía en él en su diligencia, en su pericia y en su éxito, lo único que se participa, es el resultado de su actividad... no existe fondo común ni actividades comunes, no tiene personalidad jurídica, el gestor obra en su propio nombre, tampoco habrá relaciones jurídicas entre los terceros y los asociados como condición sine qua non de la existencia del contrato de asociación en participación... Se aplicarán normas supletorias del funcionamiento, disolución y liquidación de estas asociaciones, las reglas que gobiernan a las sociedades en nombre colectivo en cuanto no pugnen con las disposiciones del capítulo regulador, éstas reglas normarán las relaciones entre asociante y asociados, pero nunca con respecto a terceros...

Amparo directo 2940/55. Gustavo Rocha 4 de septiembre de 1957
 Mayoría de 3 votos Ponente Gabriel García Rojas Disidente Alfonso Guzmán Neyra.

Tesis relacionada con jurisprudencia 79/85

SEMANARIO JUDICIAL SEXTA EPOCA 3ª. SALA. TOMO III.

1.3 LA FIGURA DE LA ASOCIACION EN RELACION A LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

En las sociedades contemporáneas es inevitable y frecuente, el crecimiento económico, es por ello que el ser humano, busca los medios más idóneos para conseguir los fines que se proponga; el paso del tiempo demuestra que el individualismo aislado no es suficiente para el cabal funcionamiento de cualquier negocio que se proponga, es así como el régimen jurídico, motivando por el interés económico del ser humano para conseguir fines inasequibles, precisa de un ordenamiento que limite la actuación individual, pues tratándose de una cooperación nos encontraremos en ocasiones con intereses opuestos y es aquí donde entran en acción las leyes para procurar un buen estado de derecho, además las leyes van a ir marcando las opciones y rutas a seguir por parte del ser humano para unirse, y una de ellas es precisamente la Asociación.

Para el maestro Rafael De Pina, la palabra asociación tiene un doble significado: “en sentido lato comprende a toda agrupación de personas físicas, que realiza actividades con un cierto propósito de permanencia, para el cumplimiento de una finalidad cualquiera, de interés común para los asociados, siempre que sea lícita; en ella caben los sindicatos, las sociedades y las cooperativas, es decir cualquier manifestación del fenómeno social asociativo. Y en sentido restringido, que se entiende a su vez, de dos maneras, como asociación de interés privado y de interés público, dando a cada uno el sentido que el derecho les atribuye corrientemente, así puede hablarse de corporaciones de tipo político, religioso, económico, deportivo, cultural, artístico, etc”.⁶

Dentro del artículo 9º Constitucional, se encuentra consagrada la garantía de asociación; entendida como el derecho que tiene todo individuo de unirse de manera libre, con otras personas para la consecución de ciertos fines, realizar determinadas actividades o proteger sus intereses; no obstante y pese a contar dicha libertad de asociación, en ocasiones las personas realizaban convenios de carácter privado, quedando de cierta manera limitados en cuanto al régimen legal que debían revestir sus actividades de unión, lo cual sin duda representaba una desventaja, por lo cual el legislador se dio a la tarea de redactar un régimen legal que apoyara dicha garantía, es así como surgen entre otras más, el contrato de Asociación y la Asociación en Participación, señalando que cuando se persiguen fines que no tengan un carácter preponderantemente lucrativo estaremos en presencia de una asociación civil y cuando sea de carácter especulativo, será mercantil.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no define la figura de la Asociación, sin embargo, el Código Civil en su artículo 2670 señala: “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”.

⁶ DE PINA VARA Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano Contratos en Particular, 9ª ed, Ed.Porrúa, México 1998, p.p.191 y 192.

De conformidad con el anterior artículo, si el fin es de carácter preponderantemente económico, pero no especulativo y no se adopta alguno de los tipos de sociedades mercantiles, estaremos frente a una sociedad civil, como lo establece el artículo 2670 del Código Civil la asociación se diferencia de la sociedad, por que no tiene carácter preponderantemente económico, ahora bien en concordancia con el precepto legal citado establecemos que la Asociación en Participación no es una Asociación Civil por que para ser tal tendría que evitar tener un carácter especulativo, característica inherente al motivo por el cual dos o más personas buscan unir sus esfuerzos en una Asociación en Participación.

De lo anterior podemos decir que el artículo 2670 de Código Civil únicamente se refiere a las Asociaciones Civiles, en tanto que las mercantiles y en caso particular de la Asociación en Participación no esta comprendida dentro de esa definición, porque no se establece mediante la Asociación en Participación una relación de carácter permanente, que el fin sea básicamente económico o no determinará que se trate, en el primer caso, de una sociedad civil, si dicho fin no es especulativo y comercial si lo fuere, y en el segundo de una asociación civil, luego, si el fin constituye una especulación comercial estaremos en presencia de una sociedad mercantil.

Para el Código Civil, la Asociación es la reunión de dos o más personas, con carácter permanente para conseguir un fin económico, concepto que no es el adecuado para definir a la Asociación en Participación y por lo que respecta a la definición de sociedad que establece el artículo 2688 del código citado mismo que a la letra dice " por contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial ", se desprende que tampoco este concepto es adecuado para definir a la Asociación en Participación, pues no reúne los elementos mínimos para considerarla como tal, sencillamente por que aquí si puede existir la especulación comercial, además de carecer de elementos como personalidad y patrimonio.

Tanto la Asociación Civil como la Asociación en Participación nacen de un contrato intuitu personae, es decir, que la unión de voluntades se hará en atención a la persona, a su diligencia y a su capacidad; por lo que se refiere al carácter permanente, la Asociación en Participación

tiende a ser transitorio, en virtud de la realización de la operación de comercio o bien pudiera ser permanente ya que dependerá de los resultados de una negociación mercantil.

La característica de un fin común preponderantemente económico, va a marcar una diferenciación; pues tratándose de la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial, estaremos ante una sociedad civil (artículo 2688 Código Civil), por lo que si tiene un fin especulativo y comercial sería una sociedad mercantil, al respecto la doctrina opina que tratándose de la Asociación, el interés que une a las personas es el que trasciende a beneficio personal, es decir, que es altruista, puesto que no se constituye para actividades lucrativas.

Para la realización de los fines que se propongan los individuos al unirse, es preciso proporcionar los medios conducentes para lograrlo, es a lo que se le denomina aportaciones; en el caso de la Asociación en Participación, éstas serán integradas únicamente por las cuotas de los asociados, ya que de ellas dependerá su participación en las ganancias o pérdidas del negocio mercantil, de igual manera reiteramos que éstas aportaciones no constituyen su patrimonio, habida cuenta que existe la presunción iuris tantum, de que le pertenecen en propiedad al asociante, quién realiza las operaciones comerciales en nombre propio, y las cuales invariablemente tendrán un fin de lucro.

En el caso de la Asociación las aportaciones de igual forma serán integradas por los asociados, sin embargo, en ésta figura existe la posibilidad de que personas ajenas, contribuyan a través de donativos, sin que esto implique posibilidad alguna de que se haga partícipe sobre él haber social de la asociación, ya que sus cuotas se consideran altruista, es decir que el principal interés al proporcionar éstas, es lograr que la Asociación logre llevar a cabo sus fines sociales para los que fue creada, que pueden ser de carácter: político, deportivo, religioso, artístico, etc.

No debe excluirse la posibilidad de que una Asociación realice de manera excepcional actividades de carácter lucrativo, esto con la posibilidad de obtener recursos que hagan posible sostenerla, debido a que hoy en día es difícil pensar que sólo con sus aportaciones podría llevar a cabo sus fines; v.gr. dentro de un deportivo la organización de una mini-olimpiada, en

la que se venderán playeras con membrete, y lo recaudado será en beneficio de la misma institución.

Los contratos de Asociación de carácter civil o mercantil, tienen como objeto constituir una persona moral de carácter privado con el fin de cumplir con ciertos objetivos; para la Asociación Civil no hay problema alguno ya que el artículo 25 del Código Civil en su fracción VI le atribuye la calidad de persona moral a las Asociaciones que se propongan un fin lícito; sin embargo, en el caso de la Asociación en Participación, la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 253 no le reconoce personalidad jurídica ni patrimonio, interiormente puede estar constituida por personas físicas o morales, pero exteriormente no puede ser una persona moral como tal.

El contrato de Asociación en Participación es una asociación en sí, pero entendida en un sentido genérico como un conjunto de personas reunidas con el objeto de lograr un fin común, que se podrá llevar a cabo por una colaboración económica o de servicios, sus actividades serán de carácter especulativo, con la finalidad de obtener un lucro, y que los haga partícipes de ganancias o pérdidas.

La Asociación mercantil existe, particularmente la Asociación en Participación, tan es así que la Ley General de Sociedades Mercantiles dedica un apartado para su regulación, y no es la única como lo expresa de manera contundente el Código de Comercio, en el artículo 318: "si el principal interesare al factor en alguna o algunas de las operaciones, con respecto a ellas y con relación al principal, el factor será reputado asociado. Ni el factor ni el dependiente tendrán este carácter, ni el de socios, si sólo los interesare el principal en las utilidades del giro, reputándose sueldo dicho interés".

1.4 POLEMICA SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

Debido a la falta de un criterio uniforme por parte de los estudiosos del derecho no se puede definir a ciencia cierta la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, es así como

algunas legislaciones la han considerado como una sociedad momentánea por virtud de constituirse para la celebración de un solo acto jurídico para luego desaparecer, o bien otras le dan una naturaleza de contrato sui géneris.

La controversia fundamental estriba en saber si la Asociación en Participación debe o no ser considerada como una sociedad, y en caso de negativa cual sería su naturaleza jurídica, si recurrimos a una noción universal en base a la terminología que utilizan los textos legales de los países de los que heredamos la figura, nuestro trabajo resultará tendencioso v.gr. en Francia el legislador puso fin a la controversia con la reforma de 1921, cuyo texto afirma explícitamente que la Asociación en Participación es una sociedad.

Para el estudio de la naturaleza jurídica de nuestra figura en estudio se debe tomar en cuenta las corrientes de derecho que influyeron en la evolución jurídica de los distintos países, para entender las legislaciones particulares de cada nación, el presente trabajo de investigación se concretará a analizar como es considerada en la actualidad la Asociación en Participación en nuestro sistema legal, de no ser así nos enfrentaríamos a grandes obstáculos, debido a que contrario a lo que sucede en nuestra legislación, otros países toman en cuenta aspectos imprescindibles para nosotros y que caracterizan a figuras como la sociedad, entre éstos el patrimonio y la personalidad jurídica.

En países como Alemania la Asociación en Participación es calificada como una sociedad, no obstante la existencia de doctrina que se manifiesta en contra de ello, otras legislaciones evitan la palabra sociedad, aplicando el vocablo asociación, o bien como en España donde le llaman cuentas en participación, pero hay que considerar que la terminología jurídica de los legisladores no siempre es afortunada, y los vocablos sociedad y asociación se emplean a veces en textos legales, por ejemplo; en los países latinos se usa en un sentido totalmente diferente, como también sucede en el derecho germánico, y ni que decir de la terminología inglesa.

Por las razones expresadas anteriormente nos atrevemos a asegurar que la respuesta que nos llevará a determinar la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, jamás la

podremos encontrar en base de la terminología heredada por las diferentes corrientes de derecho que influyeron en el desarrollo de nuestro sistema jurídico, sino en el estudio conjunto de la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, pues solo así obtendremos la respuesta adecuada.

El objetivo del presente trabajo es determinar si hablamos de una sociedad mercantil típica o un contrato típico, para lo cual creemos conveniente analizar distintos conceptos como a continuación lo hacemos.

Sociedad es una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, que se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho niega o atribuye personalidad jurídica. Las sociedades son clasificadas con base a diferentes criterios siendo algunos de los mas destacados a nuestro juicio los siguientes:

A.- El criterio objetivo de la clasificación de las sociedades por sus fines, involucra los siguientes rubros:

- a.- De beneficencia.
- b.- Con fines no lucrativos.
- c.- Con fines preponderantemente económicos que no constituyen una especulación comercial.
- d.- Con fines preponderantemente económicos que constituyen una especulación comercial.

Dentro de estos criterios notamos que la Asociación en Participación coincide con lo que marca el inciso "d", sin embargo, es de destacarse que esta clasificación toma en cuenta los objetivos que persiguen las personas al unir sus esfuerzos para la consecución de un fin económico, sin abundar en los elementos que debe reunir una sociedad, en el caso de nuestro objeto de estudio afirmamos que carece de elementos que le son comunes e imprescindibles a otras sociedades en nuestro país, como lo son la personalidad y el patrimonio propio entre otros, situaciones en la que abundaremos más adelante, destacando de ellos que no existe la intención de crear un ente jurídico diferente de los socios, con lo que se pondría en duda la creación de una sociedad.

B.- El criterio formal de clasificación de las sociedades considera los siguientes argumentos:

El sistema mexicano actual es un sistema formal en cuanto a la ley mercantil el maestro, Mantilla Molina sostiene que la ley mexicana no toma en cuenta los fines perseguidos, tan solo atiende a la estructura de la sociedad, y por tanto es considerada mercantil si adopta un tipo social regulado en las leyes mercantiles, sin importar sus finalidades, definiendo a la sociedad mercantil como: “ el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que para algunos de los tipos sociales previstos, señala la ley mercantil. ”⁷

Desde este punto de vista la Asociación en Participación se aleja de los requisitos que señala la ley para ser una sociedad mercantil, a tal efecto nos remitimos a la parte final del artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: “...no estará sujeto a registro”.

En nuestra particular opinión la fracción II, del artículo 3º del Código de Comercio y el artículo 4º de la Ley de Sociedades Mercantiles que se pronuncian en el sentido que las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles se reputan en derecho comercial, en realidad constituyen presunciones iuris tantum, ya que consideramos que para poder determinar si una sociedad es o no mercantil, se debe atender tanto a la forma como a sus fines.

Los puntos de coincidencia y semejanzas de la Asociación en Participación con las sociedades son el génesis de la teoría societaria, sustentada en nuestro medio por el doctrinario Mantilla Molina, quien afirma que la Asociación en Participación “... viene a ser una especie de las sociedades mercantiles, caracterizada por no exteriorizarse frente a terceros y por que le es indispensable una finalidad de especulación comercial...”⁸, en lo que respecta al fin común el mismo autor manifiesta “... el carácter esencial de la sociedad es la existencia de un fin común, ahora bien, cabe considerar que este carácter existe normalmente en la Asociación en Participación y consiste en la realización del negocio o negocios para lo cual se constituye”.⁹

⁷ MANTILLA MOLINA Roberto, Derecho Mercantil, 19ªed, Ed. Porrúa, México 2000, p.189.

⁸ Op. Cit, p.188.

⁹ *Ibidem*, p.197.

Asimismo, señalamos que el fin común es un carácter esencial de la sociedad, pero que en la Asociación en Participación no surte los mismos efectos que en las sociedades que marca el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El contrato de Asociación en Participación surge por el concurso de voluntades de personas, que unen sus esfuerzos, por una parte el asociado que entrega una aportación convenida y por otra el asociante que concede la participación en los resultados del negocio ya sean positivos o negativos, sobre la base de lo que ambos hayan pactado, es importante destacar que no se constituye un patrimonio propio de la asociación por lo que no es requisito que a este acto de le atribuya la personalidad.

Cabe hacer mención que aunque el autor Mantilla Molina defiende y es partidario de la teoría societaria, "reconoce de manera expresa que hay una diferencia entre la Asociación en Participación como sociedad y las demás sociedades enumeradas en la Ley General de Sociedades Mercantiles".¹⁰

En lo concerniente a la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, García Rendón refiere, que de la definición legal puede inferirse que la Asociación en Participación es un contrato bilateral y que en la celebración de éste las calidades personales de los contratantes son tomadas en cuenta. Este autor se pronuncia en el sentido de que no importa que el artículo 1º de la Ley de Sociedades Mercantiles no mencione a la Asociación en Participación, pues esta tiene tal carácter, debido a que reúne a su juicio los requisitos de existencia de otras sociedades mercantiles, mismas que son:

a.- El consentimiento, entendido como el acuerdo de voluntades que tiene como propósito la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones. Dentro del mismo elemento de existencia quedan comprendidos los requisitos de validez del consentimiento, como la capacidad y los vicios del consentimiento (error, dolo, mala fe y violencia).

¹⁰ Idem.

b.- El objeto, es decir, las aportaciones de los socios, destacando que el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, declara: “ son objeto de los contratos: I La cosa que el obligado debe dar, y II El hecho de que el obligado debe hacer “, esto aplicado al contrato de sociedad equivale a prestación.

Por otra parte, para la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículos 3º, 6º fracc. II, 182 fracc. IV y 229 fracc. II) el concepto objeto social significa fin social, referido a las sociedades mercantiles, significa conjunto de negocios y operaciones a las que se dedican las personas morales comerciantes.

c.- El fin social también llamado objeto social por la Ley General de Sociedades Mercantiles, que puede considerarse como medio para la consecución del fin inmediato que persiguen los socios.

Finalmente cabe hacer mención que existen teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del negocio social, por un lado las que le dan carácter contractual, y por otro las que no, siendo importante para una mejor comprensión de la teoría societaria, y tener elementos para apoyar su validez a esta conjetura el hacer mención de algunas teorías que niegan el carácter contractual del negocio social y ver la aplicación que tienen éstas con relación a la Asociación en Participación, considerada por la teoría societaria como sociedad mercantil.

A.- La Teoría del Acto Constitutivo.- la sostiene Otto Von Gierke, quién postula que: “el negocio social no puede emanar de un contrato pues este siempre es bilateral, y solo produce efectos entre las partes, el contrato por el simple acuerdo de voluntades no crea una persona jurídica...las personas morales nacen de un acto social constitutivo, la voluntad de las partes se proyecta unilateralmente y crea un complejo de derechos y obligaciones de las partes entre sí y de éstas con la corporación.”¹¹

¹¹ ROJINA VILLEGAS Rafael, Derecho Civil Mexicano Contratos, 6ª ed, Ed. Porrúa, México 1998, p. 155.

En nuestra opinión esta teoría en parte es aplicable a nuestra figura en estudio, pues consideramos que la relación entre las partes participantes es bilateral, y bajo ninguna circunstancia la celebración de un contrato trae como consecuencia la creación de un ente jurídico diferente de las partes. Aunque no podemos dejar de mencionar que a la Asociación en Participación le son aplicables algunas de las reglas de las sociedades mercantiles, incluso por disposición expresa de los artículos 258 y 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, hechos contradictorios los anteriores que definitivamente no nos permiten aplicar de forma total la teoría del acto constitutivo a la Asociación en Participación.

B.- Teoría del Acto Complejo.- El expositor es Alfredo Rocco, sus argumentos son:

a.- Los contratos siempre son bilaterales, la sociedad no atiende a la bilateralidad sino a la pluralidad de partes, por lo que se establece un conjunto de vínculos jurídicos complejos de los socios entre sí; de éstos con la sociedad que constituyen, y de la sociedad con terceros.

b.- En los contratos las declaraciones de voluntad de las partes son opuestas, como también sus intereses, en la sociedad las manifestaciones de voluntad de las partes son paralelas y coincidentes en sus intereses, en cuanto persiguen un mismo fin.

c.- Los contratos solos producen efectos entre las partes, en tanto que el negocio social incide en la esfera jurídica de terceros.

En nuestra opinión tampoco esta teoría es del todo aplicable a la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, pues mantenemos nuestra opinión respecto a su carácter bilateral, además no muestra declaraciones o intereses opuestos, más bien existe una comunión de intereses al perseguir un fin común en los resultados económicos. Por otra parte y en relación con el punto marcado en el inciso "c" tampoco estamos de acuerdo con éste, ya que la Asociación en Participación puede incluso estar oculta para los terceros y solo surte efectos

entre las partes participantes en la misma, por lo que la Asociación en Participación como tal no incide en la esfera jurídica de terceros, el que incide en todo caso es el asociante. Sin embargo no podemos negar que existen casos en los que el contrato de Asociación en Participación, no sólo produce efectos entre las partes, pues para situaciones especiales en la Ley del Impuesto Sobre la Renta, el asociante o asociados se obligan con un tercero que es el fisco, como lo veremos más adelante en el capítulo IV.

C.- Teoría del Contrato de Organización.- Rodríguez y Tulio Ascarelli, en su obra Derecho Mercantil, sostienen que: “ las sociedades no nacen de un contrato ordinario, sino de un contrato de organización cuyas características lo hacen diferir de un contrato común, este constituye una categoría especial de contrato”¹², sus tres principales características son:

- a.- Es un contrato plurilateral donde cada una de las partes tiene varias contrapartes.
- b.- En el contrato generalmente las prestaciones son determinadas, en cambio en el contrato de organización las prestaciones pueden ser en bienes o derechos.
- c.- En el contrato típico cada parte se obliga a realizar su prestación, pero no tiene derecho a hacerlo, en el contrato de organización las partes no solo tienen la obligación de realizar su prestación, sino además tienen derecho de hacerlo.

Esta teoría tampoco satisface las expectativas de la Asociación en Participación, ya que para esta figura únicamente existen dos partes asociante y asociado, como ya se ha mencionado las partes pueden ser singulares o plurales, pero repetimos son sólo dos partes, y de esta forma no se actualiza el inciso “a”, ahora bien respecto al inciso “b” existe una coincidencia de este con la Asociación en Participación, ya que las partes en efecto pueden pactar como prestación bienes o derechos, el inciso “c”, definitivamente no es aplicable pues no existe impedimento legal alguno para que las partes en dado caso no invoquen la excepción de contrato no cumplido.

¹² RODRIGUEZ RODRIGUEZ Joaquín, Derecho Mercantil, Tomo I, 14ªed, Ed.Porrúa, México 1999, p.44.

Resulta peculiar el hecho de que al comparar a la Asociación en Participación con las tres teorías descritas en las páginas anteriores, notemos de inmediato que existen síntomas inequívocos de que las características de ésta no coinciden con las teorías que le dan un carácter contractual al negocio de sociedad, e interpretado a contrario sensu, hablaríamos de un negocio social es decir de una sociedad, el hecho es que no podemos referirnos a la Asociación en Participación tampoco como una sociedad mercantil, concluyendo entonces que se está ante la presencia de un ente diferente al contrato típico mercantil, o bien de una sociedad mercantil.

1.5 DIFERENCIAS, SEMEJANZAS Y ANALOGIAS CON FIGURAS AFINES.

LAS SOCIEDADES IRREGULARES Y LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

Las condiciones precarias en las que se encuentra la sociedad actual ha hecho que cada vez más individuos unan sus esfuerzos para ayudarse mutuamente, sin embargo, en nuestro país en muchas ocasiones se deben de enfrentar a trámites burocráticos y judiciales, o bien ante dificultades para obtener o bien aumentar el capital ya existente en función de los altos intereses bancarios, en fin una serie de factores que limitan de alguna forma a las personas que pretenden realizar un negocio, por lo cual los individuos unen sus esfuerzos en una forma irregular, o bien, recurren a un contrato de Asociación en Participación.

“ La irregularidad de las sociedades mercantiles puede derivar del incumplimiento del mandato legal que exige que la constitución de las mismas se haga constar en escritura pública o del hecho de que, aun constando en esa forma, la escritura no haya sido debidamente inscrita en el Registro de Comercio”.¹³

La Ley General de Sociedades Mercantiles establece en el párrafo primero del artículo 7° que la irregularidad de una sociedad puede subsanarse por la vía sumaria, sin embargo en materia mercantil no existe esta vía, no obstante la ley concede dos acciones a los socios para regularizar la sociedad: una para demandar el otorgamiento de la escritura pública si el

¹³ DE PINA VARA Rafael, Op. Cit, p.73.

contrato social reúne los requisitos de las fracciones I a VII del artículo 6º y la otra, para demandar la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio.

Lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 7º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tiene como consecuencia la presunción de que las sociedades irregulares reúnen los requisitos de existencia previstos por la ley y, en virtud de ello, ha estatuido que estarán investidas de personalidad jurídica cuando se exterioricen como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública.

La falta de inscripción en el registro correspondiente a la Asociación en Participación, no constituye una irregularidad y mucho menos trae consecuencia alguna, pues la Asociación en Participación esta exenta de publicidad, la misma ley la excluye (artículos 254 y 256), y para el caso que se manifestara frente a terceros, no la convierte en una sociedad irregular y tampoco traerá esto derivación alguna.

Sin lugar a dudas, el párrafo tercero del artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, al darle personalidad jurídica a las sociedades irregulares busca proteger a los acreedores de las sociedades irregulares, de lo que se desprende que una sociedad irregular tiene personalidad jurídica frente a terceros, y ésta es distinta de la de sus miembros, mientras que en la Asociación en Participación no se cuenta con ella ya quién realiza las operaciones con los terceros y el abocado a responder frente a éstos es únicamente el asociante.

La exteriorización de la sociedad irregular le otorga personalidad, la exteriorización de una Asociación en Participación, en todo caso da mayor seguridad a los terceros que realicen tratos con el asociante, este hecho no transformará a la asociación en sociedad.

Entre otras ventajas para los participantes de las sociedades irregulares podemos mencionar que al ser representantes o mandatarios de la misma, responderán de los actos que realicen de manera subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, en estas sociedades, los socios no culpables de la irregularidad pueden exigir el pago de daños y perjuicios que sufran como consecuencia de

ésta, mientras que en la Asociación en Participación no opera, porque la falta de registro es una situación regular.

La representación de las sociedades irregulares puede llevarse a cabo por uno o varios socios, quienes además responderán de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, haciéndose acreedores a las sanciones penales si el caso lo amerita; en la Asociación en Participación en cambio, la responsabilidad es únicamente del asociante y no sólo de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada sino directamente, incluso responde con todo su patrimonio.

Desde otro punto de vista las sociedades irregulares y las Asociación en Participación presentan semejanzas, en el sentido que ambas se rigen con base al contrato estipulado por las partes o bien por artículos especiales que determina la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el caso de las sociedades irregulares no debemos olvidar que éstas pueden ser cualquiera de las seis que contempla el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pero en el caso de la Asociación en Participación la ley nos remite específicamente a las normas que rigen a las sociedades en nombre colectivo, siempre y cuando éstas no sean contrarias a la naturaleza de la Asociación en Participación.

Otra semejanza se presenta en la figura del concurso mercantil que se divide en dos etapas: conciliación y quiebra, figura que actualmente la Asociación en Participación y la Sociedad Irregular pueden invocar, con la finalidad de conservar su negocio o empresa a través de celebrar un convenio con sus acreedores para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas, toda vez que la Ley de Concursos Mercantiles en su artículo 1º establece: "Es de interés público conservar las empresas y evitar el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios".

LAS SOCIEDADES OCULTAS Y LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

Las sociedades ocultas carecen de personalidad jurídica por no inscribirse en algún registro o por no exteriorizarse frente a terceros; la Asociación en Participación si bien no se inscribe en

registro alguno o no se exterioriza ante terceros, esto no es sino consecuencia de lo que la propia ley le permite (artículos 253 y 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

La Asociación en Participación es diferente de las sociedades ocultas, porque en ellas se da la aportación de bienes y servicios de cada socio, para ejercitar conjuntamente una actividad económica, incluso se da la formación de un patrimonio común diferente al de las personas que aportan bienes y servicios, caso diferente al de la Asociación en Participación en las cuales las aportaciones del asociado pasan a formar parte del patrimonio del asociante y nunca se ejercita una actividad económica conjunta entre asociante y asociado.

Cabe admitir que la diferencia entre la Asociación en Participación y las sociedades ocultas es clara, cuando ponemos como elemento esencial la creación de una persona jurídica subjetiva u objetivamente autónoma, pero si además de la publicidad de esta entidad jurídica es admitida una relación puramente interna, el problema se complica respecto a la distinción entre la Asociación en Participación y esas sociedades, si se sostiene que entre los contratantes existe una relación de sociedad de manera interna.

No obstante, la diferencia subsiste: esas sociedades ocultas, aunque no cuenta con personalidad jurídica, tienen una organización interna, en cambio, en la Asociación en Participación no existe tal, "los participantes no tienen la intención de ser socios, sino sólo la de participar en los resultados de las operaciones comerciales, tampoco hay comunión de medio y poderes, ni la existencia de órganos propios de una sociedad: asamblea, consejos de administración o de vigilancia; características de las sociedades, incluso de las ocultas".¹⁴

Los puntos de vista de la autora Soyla León en el párrafo inmediato anterior, son claros y precisos en el sentido de que la Asociación en Participación no tiene como objetivo el crear una persona jurídica, y por otra parte las formas de organización interna entre las sociedades y

¹⁴ LEON TOVAR Soyla, La Asociación en Participación y Otras Figuras Jurídicas Afines, Boletín Judicial de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XX 58, abril de 1987, p.103.

la Asociación en Participación son completamente diferentes, la única intención del asociado y el asociante es unir sus esfuerzos para ser partícipes de una o varias operaciones de comercio compartiendo los riesgos y disfrutando de las utilidades.

En el caso de las sociedades sus relaciones con el exterior pueden realizarse a través de una persona física, quien tiene la obligación de actuar conforme a una voluntad colectiva, la voluntad de la sociedad; contrario a lo que sucede en la Asociación en Participación en que la voluntad colectiva, está determinada por una voluntad única que corresponde a la del asociante.

En mérito de lo expuesto no podemos decir que la Asociación en Participación sea una sociedad oculta formada por el asociante y asociado, entre otras razones por que no se da la voluntad que existe en las sociedades mercantiles para constituirse en socios únicamente lo hacen las partes por compartir riesgos y ganancias.

Desde nuestro punto de vista estamos de acuerdo en el hecho de que la Asociación en Participación se considere como una figura oculta, pero debemos considerar que cuando en el caso de la Asociación en Participación desaparece el carácter oculto no ocurre lo que sucede con las sociedades ocultas, quienes adquieren inmediatamente personalidad jurídica y convirtiéndose en sociedades irregulares, para la Asociación en Participación no hay repercusiones y puede seguir funcionando como lo ha venido haciendo; por lo tanto el sentido que le dan los autores a la Asociación en Participación como oculta es diferente al sentido oculto que ocupan para las sociedades mercantiles.

LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE Y LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

Aunque estas figuras presentan un origen común, también presentan diferencias importantes; las diferencias entre estas dos figuras saltan a la vista, debido a que la Asociación en Participación no es una sociedad mercantil, ya que no está incluida en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio.

Por su parte la citada ley en su artículo 51 define a la sociedad en comandita simple como: “ la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones”.

Los socios comanditarios son una comunidad que se exterioriza mediante una firma o razón social, la Asociación en Participación se exterioriza por la voluntad de una sola persona que es el asociante. La sociedad en comandita simple, cumple con los requisitos para ser considerada una sociedad mercantil, las cuotas sociales forman el patrimonio de la sociedad y el propietario de dicho patrimonio es la colectividad que conforma a la sociedad en comandita simple; en la Asociación en Participación, el asociado no es un verdadero socio y los bienes que aporte a la asociación pasarán a formar parte del patrimonio del asociante, es decir no se constituye un patrimonio particular.

La sociedad en comandita simple se exterioriza por medio de una firma o razón social, mientras que la Asociación en Participación puede o no exteriorizarse y no tendrá las repercusiones jurídicas que tendrán las sociedades mercantiles; los terceros que contratan con la comandita simple conocen la existencia del contrato social, en el caso de la Asociación en Participación los terceros contratan con el asociante y pueden o no conocer de la existencia del contrato.

Por lo que respecta a los socios comanditados, se considera que existe una semejanza con las partes en la Asociación en Participación, ya que en la sociedad en comandita existen los socios comanditados que responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada, caso que se asemeja al del asociante, y también en la sociedad en comandita hay socios que responden por el pago de sus aportaciones situación parecida a la de los asociados en la Asociación en Participación.

El artículo 54 de la Ley General de Sociedades Mercantiles prohíbe expresamente al socio o socios comanditarios a ejercer acto alguno de administración, ni aun con el carácter de apoderados de los administradores; de manera que, según dispone el artículo 55 del mismo código, si ocasionalmente contraviene esta prohibición, quedarán solidariamente obligados

para con los terceros, por todas las obligaciones de la sociedad en que haya tomado parte o si habitualmente han administrado los negocios de la sociedad, también serán responsables solidariamente para con los terceros, aun de las operaciones en que no hayan tomado parte, esta prohibición no existe respecto del asociado, pues no hay impedimento si así lo acuerdan las partes para que el asociado ayude en la administración de las operaciones comerciales (no de la administración de la sociedad por que no la hay), como representante del asociante, nada impide que el asociado ejerza actos de administración con carácter de apoderado o mandatario del asociante, sin que por ello se obligue con los terceros en los términos que queda obligado un socio comanditario.

La administración de la Asociación en Participación es delegada al asociante de manera exclusiva, al igual que aquella que fuera objeto de una sociedad en comandita sólo correspondería a los socios comanditados, pero mientras que la responsabilidad de estos es subsidiaria, solidaria e ilimitada, la responsabilidad del asociante es directa pues frente a los terceros no hay más responsable que el dueño de la negociación.

La sociedad en comandita simple presenta los siguientes órganos mediante los cuales se exterioriza, son tres: la junta de socios, la de administradores y el interventor; como ya ha quedado precisado el funcionamiento de la Asociación en Participación no requiere de éstos órganos.

Definitivamente aunque la Asociación en Participación y la sociedad en comandita simple presentan similitudes, sobre todo en las finalidades que ambos persiguen, en el caso de tener que optar por una u otra nos inclinamos por la Asociación en Participación en virtud de su simplicidad.

LA APARCERIA Y LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

La reflexión de la comparación de estos dos contratos es en función de que los dos contemplan la participación de utilidades; la ley reconoce dos tipos de aparcería rural: la agrícola y la de ganado (artículo 2739 del Código Civil para el D.F).

El artículo 2741 del Código en mención indica: " tiene lugar la aparcería agrícola cuando una persona da a otra un predio rústico para que lo cultive, a fin de repartirse los frutos en la forma que convengan, o a falta de convenio, conforme a las costumbres del lugar, en el concepto de que el aparcerero nunca podrá corresponderle por sólo su trabajo menos del cuarenta por ciento de la cosecha".

Artículo 2752 " tiene lugar la aparcería de ganados cuando una persona da a otra cierto número de animales a fin de que los cuide y alimente, con el objeto de repartirse los frutos en la proporción que convenga".

De lo anterior podemos decir que se trata de un contrato por virtud del cual una persona se compromete a cederle a otra el disfrute de un predio rústico o de cierto número de cabezas de ganado, a cambio de que se le entreguen parte de los frutos o las utilidades que se generen.

Los autores no manifiestan un criterio uniforme al tratar de la naturaleza jurídica de esta institución; la aparcería es considerada, principalmente de cuatro maneras diferentes como un "contrato de arrendamiento, como un contrato de sociedad, como un contrato innominado y como un contrato independiente y especial, de régimen privativo y denominación propia".¹⁵

La aparcería se parece mas a un contrato de arrendamiento que al de Asociación en Participación, pues el dueño original del terreno o ganado se desentiende de éstos y a su vez se los confía a otra persona que los explota, obteniendo el propietario de los bienes un pago por este " préstamo ", comparándose esta remuneración desde nuestro punto de vista al pago de arrendamiento.

En nuestro país ha funcionado esta figura jurídica, un capitalista aporta los instrumentos de labor y las semillas y los ejidatarios la tierra y la mano de obra, pero su finalidad no es el lucro sino el hacer producir a los campos, que sin la aportación de capital no se lograría.

¹⁵ DE PINA VÁRA Rafael, Diccionario de Derecho, 30ª ed, Ed. Porrúa, México 2000, p.85.

La diferencia entre la Asociación en Participación y la aparcería se dan en función que la primera es un contrato mercantil y la segunda uno civil; la Asociación en Participación siempre proviene de un acuerdo de voluntades; la aparcería puede ser o no voluntaria en atención a las restricciones que opone la ley a los propietarios de terrenos, a tal efecto nos remitimos al artículo 2751 del Código Civil: " el propietario no tiene derecho a dejar sus tierras ociosas sino el tiempo que sea necesario para que recobren sus propiedades fertilizantes. En consecuencia, pasada la época que en cada región fije la autoridad municipal, conforme a la naturaleza de los cultivos, si el propietario no las comienza a cultivar por sí o por medio de otros, tiene la obligación de darlas en aparcería, conforme a la costumbre del lugar,..." , artículo del que se desprende que no en todos los casos el contrato de aparcería proviene de un acuerdo de voluntades, sino por disposición expresa de la ley.

En la Asociación en Participación y la aparcería rural una de las partes es encargada de realizar el trabajo para la obtención de los frutos, en ambos negocios hay participación de las utilidades, pero en caso de que existan pérdidas, al asociado responde de éstas hasta la suma que corresponde al monto de sus aportaciones; en la aparcería, el aparcerero no responde de la pérdida aun en el caso de que las cosechas se pierdan por completo; el aparcerero nunca actuará como dueño del predio o del ganado, pues no existe acto jurídico que se lo permita, en todos los casos de aparcería el dueño de los bienes se reserva su dominio; en la Asociación en Participación el asociante realiza las operaciones de comercio como dueño exclusivo.

La Asociación en Participación representa una figura cuya naturaleza jurídica no se ha establecido con exactitud, al estudiar las diversas teorías que pretenden esclarecer ésta controversia se pudo observar que existe un problema muy complejo, ya que no se puede hablar de una sociedad mercantil por las notables diferencias, lo cual nos lleva a concluir hasta este momento que nuestro tema de estudio se apega más a un contrato, para apoyar nuestra postura debemos entrar al estudio profundo de cada una de las características tan peculiares de la Asociación en Participación, no sin antes referirnos al marco histórico que nos proporcionará el conocimiento de su nacimiento a la vida jurídica, su evolución en diversos países, y en nuestro derecho mexicano.

CAPITULO II

MARCO HISTORICO

2.1 ANTECEDENTES REMOTOS.

En las sociedades primitivas existió la asociación de individuos producto de la naturaleza del ser humano, surgió como un instrumento que facilita al hombre sus diferentes quehaceres y por las ventajas que le representa para defenderse de sus enemigos, merced a lo cual realiza lo que por sí solo, habría de serle difícil o imposible, surgiendo entre ellos vínculos de verdadera fraternidad con el firme propósito de ayudarse mutuamente.

En aquellos tiempos el ser humano vivía en pequeñas comunidades, las cuales producían sus propios bienes de consumo esto con el ánimo de satisfacer sus necesidades, sin embargo, en ocasiones para lograr éste cometido, el hombre requiere de bienes que no tiene a su alcance, por lo cual intercambia parte de sus productos con otras comunidades, surgiendo una forma primitiva de intercambiar mercancías con el propósito de satisfacer necesidades directas, de ésta manera surge el comercio, y con él la primera forma de intercambiar mercancías denominada trueque.

El comercio surge como una actividad de intermediación entre quienes producen los bienes y quienes desean cambiar o vender éstos, en éste orden de ideas el comerciante representaba una figura imprescindible ya que va a ser el intermediario entre productores y consumidores, con el paso del tiempo la actividad comercial fue haciéndose compleja, por lo que se fueron creando los medios necesarios para poder hacer frente a la serie de vicisitudes que se presentaban día a día, surgiendo así el crédito, los títulos de crédito, el dinero y las sociedades mercantiles.

Tanto las actividades mercantiles como los medios creados para llevar a cabo el comercio requieren de cierta normatividad, por lo que podemos afirmar que el derecho mercantil surge de la necesidad de los comerciantes de formalizar sus prácticas y costumbres, propias de su actividad, de tal manera que representa una garantía para el cumplimiento de las obligaciones y los derechos que adquieren uno frente al otro.

Sin lugar a dudas, podemos concluir diciendo que en las sociedades primitivas existió la asociación de individuos como un producto de la naturaleza misma del ser humano, ya que represento un instrumento que facilitó al hombre sus diferentes quehaceres y más aún representó en aquel momento una ventaja para defenderse de sus enemigos, el paso del tiempo trajo como consecuencia la complicación de las relaciones humanas, con lo cual se presentaron mayores dificultades para el hombre respecto de la manera de satisfacer sus necesidades y así mismo también la premura de regular la actividad que entre otras, por excelencia desarrolla el hombre, es decir la actividad mercantil, que seguramente y en primer lugar fue regida por usos y costumbres que se establecían en primer momento de hombre a hombre, para después funcionar entre diferentes grupos humanos y finalmente de pueblo en pueblo.

Para ubicar en el tiempo desde que momento se tiene conocimiento de la Asociación en Participación, es necesario retroceder en el tiempo al año 2000 antes de Cristo, y ubicarnos de manera particular en la recopilación de leyes que hiciera el Rey Hammurabi en Babilonia; cuya obra es mundialmente conocida con el nombre de " Código de Hammurabi ", pues aunque no se mencione dicho código, parece probada la existencia de una figura sociedad semejante a la de comandita, que consistía en el suministro de fondos hacia uno o varios comerciantes, mismo que se comprometía a regresarlos con un interés, mas una participación en las ganancias; en Babilonia la sociedad no contaba con personalidad civil, y un solo socio era el que entablaba la relación con terceros, por lo cual guarda cierta similitud con la Asociación en Participación.

En Grecia el régimen legal que existía era muy flexible por lo cual eran muy comunes las asociaciones y sociedades que se unían para la consecución de un fin determinado, en aquel tiempo dichas figuras no requieren de imposición legal alguna ya que estas instituciones gozaban de personalidad jurídica si así lo determinaban los socios, de manera que se dejaba al libre albedrío cumplir o no con tal requisito debido a que no era esencial, motivo por lo cual se presume la existencia de la Asociación en Participación.

Con el paso del tiempo el hombre va creando medios cada vez más avanzados ya que precisa llegar a lugares lejanos para llevar a cabo sus actividades comerciales, en aquel momento la aparición de la navegación viene a ser un medio de gran ayuda, pues los grandes capitalistas lo ven con beneplácito ya que pueden llevar a cabo sus expediciones obteniendo numerosas ganancias; sin embargo determinan que ante el inminente riesgo en el que se encuentra su mercancía se hace imprescindible una regulación específica de las actividades comerciales, cuyos lineamientos tiendan a disminuir esos riesgos ocasionados por casos fortuitos, de manera que se puedan descargar sobre un tercero o bien ser repartidos entre aquellos interesados en el aventurado viaje.

En aquéllos tiempos existieron grandes pueblos navegantes tal es el caso de los fenicios que representaron una influencia muy importante en la explotación del mar Mediterráneo, sin embargo, no parecen haber dejado nada perdurable en materia de legislación marítima, caso contrario el de los griegos quienes contaban con una situación geográfica muy alentadora gracias a la cual la navegación tomo gran importancia, dándose a la tarea de crear figuras jurídicas de suma importancia como es el caso del préstamo a la gruesa llamado: "Nauticum Foenus que consiste en que el prestamista otorgaba crédito a un naviero explotador, y si el viaje concluía en feliz arribo, el prestamista recibía un interés elevado, pero si el viaje fracasaba, no tenía el mutuante derecho a cobrar el importe del mutuo".¹⁶

En virtud de que en el derecho romano no existía un código especializado en la materia mercantil, los juristas de aquella época se dieron a la tarea de hacer una recopilación de leyes comerciales de conformidad con los diversos preceptos ya sustentados en otros pueblos, principalmente en la época bizantina se tiene una considerable influencia del pueblo griego quienes por su proyección comercial interna e internacional, logran desarrollar ordenamientos mercantiles que funcionan como medios de protección para los comerciantes, tales disposiciones forman parte del Corpus Juris General o también llamado Digesto Justiniano mismo que contiene tres clases de instituciones comerciales clásicas como son:

¹⁶ CERVANTES AHUMADA Raúl, Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa, México 2000, p.p. 4 y 5.

- a) *Actio Institoria*.- por virtud de la cual un tercero podía exigir al dueño de un esclavo o al paterfamilias el cumplimiento del pago de una obligación contraída previamente por su esclavo o su hijo.
- b) *Lex rodia de jactu*.- dentro de éste grupo se contempla instituciones como: a) la *hechazón*, es una institución invocada por aquél comerciante que pretende se le repare de la pérdida de su mercancía, ya que ésta debió ser arrojada al mar para salvaguardar de un peligro inminente al buque o la carga o ambos, b) el *Nauticum Foenus* que regula el préstamo a la gruesa cuya exigibilidad está condicionada al feliz retorno de un navío y en el cual se estipula un fuerte rédito; y c) la *Actio Exercitoria* que se otorga al dueño del buque para que éste pueda exigir a su capitán el cumplimiento de las obligaciones que hubiera contraído.
- c) *La receptum Argentariorum*.- es una institución del derecho bancario por medio de la cual el banquero se obliga, frente a un tercero a pagar la deuda de su cliente; participe del mismo grupo es la *Liberi Accepti et Depensi* que consiste en la contabilidad mercantil.

Es dentro de las instituciones de derecho marítimo en donde podemos apreciar de manera más clara la asociación de individuos que persiguen cierto interés, dirigida en un primer plano a reducir los riesgos climáticos que impedían predecir cuando era el momento más idóneo para iniciar una travesía por mar, recordemos que en aquella época el viento representaba la fuerza impulsora por excelencia; si a esto aunamos que las pequeñas embarcaciones carecían de medios confiables de comunicación con tierra, no podía conocerse el resultado del viaje o bien la duración exacta de la expedición, lo que orilló a que de manera habitual se unieran varios individuos con distintos intereses, esto con el firme propósito de contrarrestar los riesgos seguros que corría la embarcación, de tal manera que equipaban y armaban el buque para que pudiera realizar el viaje que generalmente era redondo es decir regresaba el puerto de partida y de manera inmediata entraba en desarme, amen a lo cual todos resultaban beneficiados obteniendo ganancias o bien soportando las pérdidas.

Durante la época Bizantina en el código de Teodosio se puede apreciar que existían cánones que regulaban lo referente a los naufragios, la policía marítima y a las naves destinadas al aprovisionamiento de capital, sin embargo al morir el emperador dichos preceptos van a ser recopilados dentro de las Bíblicas cuyo origen se sitúa en el año 600 y 800, en las cuales el libro III sienta un precedente importantísimo en materia mercantil, ya que en éste periodo surge un ordenamiento de derecho marítimo absolutamente original, conocido como "Ley Pseudorodia", juicioso es decir que ésta ley nada tiene que ver con la Ley de Rhodia, ya que ésta ley es una colección de usos y costumbres que cuenta con disposiciones relativas a la navegación, se encuentra compuesta por 19 capítulos y un código de la navegación con 51 capítulos titulado Derecho Náutico de los Rodios, dentro de éste ordenamiento se aprecia la asociación de intereses que existen entre los oficiales de a bordo y la tripulación, inclusive se prevé una comunidad de riesgos en la que existe una verdadera solidaridad en cuanto a las causas de fuerza mayor, añadiendo que ésta no solo se presente cuando se configure la hechazón ya que a todos interesaba que la expedición resultara con beneficios en conjunto.

Es en los comienzos de la edad media y ante la escasa labor legislativa que las asociaciones realizadas entre armadores, marineros y cargadores, que surgieron como resultado de la ley pseudo-rodia, comienzan a presentar ciertas modalidades tales como la limitación de responsabilidad debido a que ahora cada integrante de la expedición sólo arriesgará su aporte, de tal manera que para satisfacer las necesidades del comercio, se crean usos y prácticas que derivan en instituciones jurídicas surgiendo así la commenda que representa una figura creada para auxiliar al comerciante y que posteriormente se convirtió en lo que conocemos como Asociación en Participación.

Afirma Brunetti que según la opinión de Goldschmidt: "el origen de la sociedad en comandita y de la Asociación en Participación se deriva o fue una transformación de la antigua commenda".¹⁷

La commenda inicialmente fue utilizada para realizar operaciones mercantiles marítimas, que consistían en el hecho de que un comerciante llamado commendator, contaba dinero o

¹⁷ BRUNETTI Antonio, Tratado del Derecho de las Sociedades, Ed. UTTEMA, Argentina 1960, p.702.

mercancías a una persona, generalmente el capitán de una nave, para llevar a cabo operaciones comerciales en andanzas lejanas, repartiéndose los provechos y las pérdidas de acuerdo a la proporción fijada; lo importante de ésta figura radica en el hecho de que el encomendado o tractator hace trabajar el capital para conseguir beneficios, operaba con plena libertad, en interés propio y del commendator sin que entre ellos existiera un lazo de enérgica subordinación jurídica.

Bajo la institución denominada commenda, se abrió la posibilidad de invertir capitales ociosos y obtener ganancias, siendo sumamente interesante destacar que en el caso del clero y la milicia durante el siglo XV les estaba prohibido ejercer el comercio, y es de todos conocida la importancia de éstos en toda la sociedad y el poder económico, político y social que tienen y han tendido en todas las épocas y ámbitos, así pues el clero y la milicia se servían de la commenda aportando capitales a un comerciante y participaban en los beneficios y pérdidas del negocio quedando ocultos frente a terceros.

La commenda consistía en la participación de un capitalista (comendador) en la especulación de un negociante (tractator), encomendándole mercancías por la venta o dinero para la compra. Era característico de la commenda, que una y otra parte conservasen su personalidad, sin constituir sociedad mercantil de alguna clase, fondo común ni razón social.

En ocasiones en la commenda se presentaba una participación unilateral que consistía en que el tractator presta solamente el trabajo físico o industrial, o bien se presentaba una commenda unilateral en la cual un individuo denominado commendator, confiaba a su mercader o aun marino que se individualizaba como tractator, un capital integrado por naves, mercaderías o dinero para que lo hiciera producir, el commendator, se reservaba una parte de los beneficios no corriendo otro riesgo que la pérdida del capital.

Los contratos de commenda, generalmente eran transitorios debido a que el acuerdo de voluntades era para un solo viaje de negocios, y cuando el comercio marítimo pasa al comercio terrestre, se celebraron contratos para un indeterminado número de operaciones mercantiles realizados por el tractator, en los que se interesan diferentes personas.

La commenda evolucionó en Italia durante el siglo XI de manera principal para las empresas marítimas y para toda clase de negocios formándose especies de contratos como la collegantía en la cual todos los participantes efectuaban aportes, quedando a cargo del tractor la gestión social.

“Generalmente los contratos de commenda se exteriorizaban al inscribirlos en el cabildo y su inscripción en el registro mercantil. Paralelamente a los contratos de commenda, se formaron los de participatio, también llamados compagna segreta, en los que el socio capitalista está oculto y no contrae obligaciones frente a terceros, por lo que muchos autores ven “el contrato de participatio como el antecedente directo de la Asociación en Participación.”¹⁸

2.2 FASES HISTORICAS DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

El derecho mercantil presenta un gran desarrollo de manera especial en las ciudades medievales, época en la que los mercaderes representan para los reyes y emperadores su principal fuente de financiamiento para librar guerras y conquistas, durante ésta etapa el movimiento comercial va en auge puesto que se presenta una evolución económica, mediante la ampliación de las necesidades, y la posibilidad de transportar e intercambiar productos entre otros factores.

Además con el establecimiento de ferias y mercados a los que acuden los productores y fabricantes, se hace factible el intercambio de mercancías y artículos manufacturados de una manera más sencilla y rápida; los negociantes cuentan con plena libertad de comercio y de asociación, por virtud de lo cual se agrupan en gremios y corporaciones dentro de las cuales se dictan normas que sientan sus bases en usos y costumbres, las cuales van a regular sus actividades comerciales.

Es de destacar que dentro de estas ferias y mercados se dictan reglas sobre la remisión de dinero de una plaza a otra por medio de cartas de crédito y letras de cambio, surge la sociedad en nombre colectivo a través de la compañía familiar y entre los pueblos navegantes a través

¹⁸ GARCIA RENDON Manuel, Sociedades Mercantiles, 2ªed, Ed. Oxford, México 1993, p. 201.

de la commenda se desarrollan operaciones de préstamo de pequeños inversionistas y de financiamiento de empresas comerciales, en éste periodo surge la Asociación en Participación y la sociedad en comandita, estructurada sobre nuevas bases y adecuadamente regulada por varias legislaciones como la francesa, italiana, alemana, belga y española.

En Francia durante la etapa anterior al Código de Comercio (siglos XVII y XVIII), existían sociedades ocultas denominadas anónimas, en un principio, la ausencia de reglamentación, daba origen a una confusión en cuanto a los aspectos primordiales de la Sociedad Anónima, sin embargo, los juristas de aquella época concuerdan en que la característica principal es que se trata de una sociedad oculta, que no se manifiesta ante terceros, lo que la distinguía de la sociedad ordinaria o colectiva, y teóricamente también de la sociedad en comandita.

Estas sociedades ocultas fueron el antecedente de la que el Código de Comercio denominó *association commercial en participation*, entre las variedades reconocidas están:

- A) La cuenta en participación que es el vínculo mediante el cual un negociante recibe una mercancía y otro participa en los beneficios o pérdidas que resultan de la venta.
- B) La convención entre varios negociantes para importar y vender mercancías en circunstancias excepcionales, encargándose uno de ellos de realizar las operaciones.
- C) La sociedad formada en las ferias para no hacerse concurrencia en las ofertas de precios y repartirse las mercancías según lo convenido.
- D) El entente entre comerciantes que han acaparado diversos productos para cederlos a un precio pactado entre ellos.

La ordenanza de 1673 no menciona las antiguas sociétés anonymes designadas de ésta manera porque no era conocida de por nadie y no interesa al público, mediante la cual los negocios no representaban una obligación para sus socios, sino exclusivamente para aquel que ha contratado. Las sociedades anónimas continuaron existiendo en la práctica, y el Código de 1808 las reconoció y reglamentó denominándolas asociaciones en participaciones, y es en la ley del 24 de junio de 1921 que se les reconoce explícitamente el carácter de sociedad oculta, no sujeta a formalidades, publicidad o personalidad moral.

En Italia a partir del siglo XV, ya se encontraba regulada la Asociación en Participación dentro de los estatutos de las sociedades, pero con una terminología confusa y en una forma no muy clara, teniendo un carácter distinto de la sociedad.

Durante el siglo XIX los estados italianos adoptaron el Código de comercio Francés; la participación se reglamentó en el Código de 1808, conservando la denominación *associazione in partecipazione*, dicho ordenamiento influyó en el código Albertino de 1848.

El Código de Comercio de 1886, la reglamentó con sus características propias, y posteriormente, conservando el nombre de *Associazione in Partecipazione*, la regulo en el Código Civil Italiano de 1942.

En Alemania, en tiempos anteriores a la codificación, existía la fórmula jurídica denominada "Sociedad Tácita", que consistió en la aportación de un capitalista a la realización de un negocio comercial (comerciante o sociedad comercial), sin embargo se pareció más a una relación de crédito entre el capitalista y el comerciante, que a una verdadera sociedad.

A mediados del siglo XIX, en el primer proyecto de Código de Comercio, hubo cierta confusión respecto de los conceptos de sociedad en comandita y sociedad tácita, a causa de la penetración del concepto francés de sociedad en comandita, por lo que en este proyecto se consideraba a la sociedad tácita como una especie de comandita.

Posteriormente el Código de 1861 reglamenta la sociedad tácita y al lado de ella un tipo de sociedad para operaciones aisladas de comercio, de suerte que existe la sociedad tácita y la sociedad momentánea.

En el Código de Comercio de 1897 desaparece la sociedad momentánea y se conserva la reglamentación de sociedad tácita.

En Bélgica bajo la influencia de la doctrina francesa, que discutía si la participación se refería a unas operaciones determinadas o si era simplemente una sociedad oculta, quiso reglamentar

ambas formas sociales, y la ley de mayo de 1873 reconoció la asociación comercial en participación y también la sociedad momentánea.

En cuanto al derecho inglés nunca reglamentó la participación, figura jurídica inexistente en la legislación inglesa aun cuando existe la posibilidad del socio oculto o durmiente.

En España el Código de Comercio de 1829, se reguló a la Asociación en Participación en cinco preceptos, denominándola sociedad accidental o cuentas en participación, considerándola como una sociedad.

El Código de Comercio vigente, se incluye a las Cuentas en Participación no entre las sociedades sino entre los contratos especiales de comercio, lo cual denota cierta confusión, en cuanto a su naturaleza jurídica, ya que en un principio se le consideraba como una sociedad, y después como un contrato especial.

2.3 EVOLUCION DEL DERECHO MERCANTIL EN MEXICO.

En el desarrollo histórico y jurídico de nuestro país es innegable la importancia e influencia española; en España el origen del derecho mercantil se remonta a los Consulados y a las Ordenanzas, los Consulados representaban un Tribunal presidido por el Prior que conoce de todo lo relacionado con los mercaderes y sus mercancías, las Ordenanzas eran elaboradas por el Prior, los Cónsules y Diputados, y consisten en una serie de disposiciones cuya fuerza legal radica en la confirmación que de ellas haga el Rey; así mismo de la confirmación del Virrey para su vigencia en la Indias, de tal manera que las controversias se resolvían en apego a las prácticas y costumbres mercantiles que existían en un ámbito territorial o conforme a las Ordenanzas respectivas en el caso de haberla.

El derecho mercantil surge a la vida jurídica como una rama del derecho privado, que tiende a satisfacer las necesidades de los comerciantes, para lograrlo se hace una recopilación de las prácticas y usos de los mercaderes, sin embargo, dichas codificaciones como el Derecho canónico, Roles de Olerón y las Ordenanzas de Luis XIV, no establecieron una distinción

entre derecho privado y derecho público, siendo la única excepción las Ordenanzas de Bilbao, que constituyen una compilación típicamente mercantil.

Durante la Colonia rigieron en la Nueva España varios ordenamientos, cuya aplicación surge en los siguientes periodos:

- En el año 1521 y 1556 el derecho mercantil se regía por las normas dictadas por la Casa de la Contratación de Sevilla, a través de ellas se reglamenta todo el comercio con las Indias, sus disposiciones se refieren al comercio marítimo y ultramarino, de igual manera se establecen reglas sobre aseguradores, riesgos y seguros.
- De 1556 a 1592 por las Ordenanzas de Sevilla se aplicaban en las relaciones comerciales, en ellas se formularon sus propias Ordenanzas (Ordenanzas del Consulado de México, Universidad de Mercaderes de la Nueva España) confirmadas en 1604 por Felipe II, que dispuso la creación de un tribunal consular, el cual trataba sobre cuentas de compañías, consignaciones, fletamentos y seguros, riesgos, averías, daños, quiebras, fletes y otros acuerdos relacionados con el comercio.
- Pese al decreto emitido por las Ordenanzas del Consulado de México las Ordenanzas de Burgos y Sevilla no tuvieron vigencia en México, debido a que se vieron reemplazadas por las Ordenanzas de Bilbao, codificación exclusivamente mercantil que reglamento el comercio, la primera versión que se aplicó fue la de Felipe II del año 1560, adicionadas en 1665 y las más conocidas fueron las de 1737 confirmadas por Felipe V bajo el nombre de Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao.
- En 1779 bajo el mandato del Virrey don Antonio María de Bucareli y Ursúa, se aplicaron las Ordenanzas de Minería que rigieron en México hasta el año de 1873.
- Los tribunales de Minería se abolieron por el decreto del 20 de marzo de 1826, y a falta de una legislación nacional se continuaron aplicando ordenamientos de derecho español,

como es el caso de las Siete Partidas que en su momento regulo la materia comercial al tratar de empréstitos o mutuos, ventas y compras, mercaderes y ferias, compañías de comercio, entre otras cosas, una mención muy especial merece el decreto del 15 de noviembre de 1841 que declaró aplicables las Ordenanzas de Bilbao a la Nueva España; dicha codificación se encontraba dividida en 29 capítulos, los 8 primeros destinados a regular internamente al Consulado y los subsecuentes a distintas instituciones mercantiles, dentro de su capitulado se encuentran disposiciones referentes a los mercaderes y sus libros, compañías de comercio, letra de cambio y a los vales y libranzas, corredores de lonjas y navíos, quiebras y de manera amplia el comercio marítimo; de aquí que se afirme que se trata de un código dedicado en forma exclusiva a la reglamentación del comercio.

Antes de promulgarse el primer código de comercio se dictaron diversas leyes como la "ley sobre derecho de propiedad de los inventores o perfeccionadores de alguna rama de la industria", el reglamento y el arancel de corredores para la Ciudad de México; posteriormente durante la presidencia provisional de Santa Anna el 15 de noviembre de 1841 se elabora el texto legislativo de mayor importancia que fue el "Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, resolución que enumeró los negocios mercantiles, compras y permutas de mercancías con fines lucrativos, el giro de las letras de cambio, pagarés y libranzas, las compañías comerciales, los contratos de transporte marítimo y terrestre, los seguros, las negociaciones con factores, dependientes y comisionistas o corredores, las fianzas o prendas en garantía de responsabilidades mercantiles, siempre que se otorguen sin hipotecas y demás solemnidades ajenas al comercio y propias del derecho civil".¹⁹

El 26 de diciembre de 1843 se promulga el decreto que deroga ciertas disposiciones de las Ordenanzas de Bilbao en lo que se refiere a "Libros que ha de llevar todo comerciante y Balance que han de hacer"; posteriormente el presidente Santa Anna el 31 de mayo de 1853 promulgó la Ley de Bancarrotas que consiste en un modelo de derecho concursal.

¹⁹ BARRERA GRAF Jorge, Op.Cit, p. 21.

CODIGO DE COMERCIO DE 1854.

En el México independiente entra en vigor el primer Código de Comercio como legislación nacional el 16 de mayo de 1854, estando vigente hasta el 22 de noviembre de 1855, ésta codificación es conocida con el nombre de Código de Laredo, sus bases las encontramos en el código español de 1829, dicha reglamentación reguló la materia mercantil en sus 1091 artículos, sin embargo pierde vigencia con fecha 22 de noviembre de 1855, exactamente con el triunfo de la revolución de Ayutla y mediante la promulgación de la Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación vuelven a aplicarse las Ordenanzas de Bilbao.

Tiempo después bajo el Imperio y por virtud del decreto del 15 de julio de 1863 se considera aplicable de nueva cuenta el Código de Laredo pero solo para suplir las lagunas existentes dentro de las Ordenanzas de Bilbao; una vez ya reinstaurado en todo el país el régimen republicano se consideraba el Código de Laredo como el único vigente en la mayor parte de los Estados de la Federación, sin embargo la Constitución de 1857 concedió facultades a los Estados para legislar y en uso de ésta promulgaron sus propios Códigos de Comercio locales, los cuales en su mayoría reproducían casi literalmente el contenido del Código de Laredo, aunque con frecuencia introducían un artículo en cuyo contenido se leyera "con excepción de los preceptos que pugnen contra la Constitución General de la República o contra la particular del Estado".

CODIGO DE COMERCIO DE 1884.

El segundo Código de Comercio nacional fue promulgado el 20 de abril de 1884 y terminó su vigencia el 31 de diciembre de 1889; es el primer ordenamiento de carácter federal, debido a la reforma del 15 de diciembre de 1883 al artículo 73 fracción X, de la Constitución Política de 1857.

Este Código fue inspirado por el Código español de 1829, pero logró superarlo ya que los legisladores se esforzaron en la formación de un texto liberal, claro y preciso, promulgando un

Código con indudables aciertos, dentro de sus 1619 artículos reglamento entre otras cosas: el registro de los comerciantes debido a que se concluyó que éste hecho le confiere al comerciante la aptitud legal de realizar el comercio, las sociedades de capital variable y las sociedades de responsabilidad limitada, consideró la negociación mercantil como una unidad y permitió que se constituyeran sobre ella gravámenes reales, planteó las figuras jurídicas olvidadas en el tintero, a las cuales se les restaba importancia como los nombres, marcas y muestras mercantiles y por último propuso un nuevo concepto de acto mercantil.

CODIGO DE CODIGO DE COMERCIO DE 1890.

El primero de enero de 1890 entró en vigor el Código de Comercio del 15 de septiembre de 1889, y que nos rige hasta el día de hoy, este Código fue inspirado por el Código de Comercio español de 1885 y el Código italiano de 1882; tiene dos características destacables, mismas que son: primero se trata de un ordenamiento jurídico omnicompreensivo, segundo determina objetivamente la naturaleza de lo mercantil, enumerando los actos de comercio, para lo que se transcribieron los artículos 3º y 4º del Código de Comercio italiano de 1882, agregando los actos que el jurista mexicano considera.

El Código de Comercio de 1890 sufrió varias modificaciones con el fin de actualizarse y de llenar las lagunas existentes en ciertas materias, es por ello que se promulgan leyes especializadas en materias comerciales, v.gr. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Ley General de Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley de Instituciones de Crédito, Ley sobre Contrato de Seguro, etc. De igual manera se promulgan textos legales que van a ampliar el contenido de la disciplina comercial: Invenciones y Marcas, Transferencia de Tecnología, Regulación de la Inversión Extranjera, Protección al Consumidor, etc.

El Código de Comercio se dividió en cinco libros, el objeto de nuestro estudio quedó comprendido en el libro segundo que se dedicó al comercio terrestre y reguló los actos de comercio y los contratos mercantiles, las sociedades de comercio, los contratos mercantiles en

particular, los efectos al portador y de la falsedad, el robo, el hurto o el extravío de los mismos, de la moneda y de las instituciones de crédito.

Afirma Barrera Graf: “ pese a las reformas efectuadas al Código de Comercio aún perdura la regulación de los principales elementos constitutivos del derecho mercantil mexicano: en primer lugar, el acto de comercio con la referencia y la inclusión de las empresas, en segundo lugar el concepto y las clases de comerciantes, en tercer lugar la regulación procesal de los juicios mercantiles, en cuarto lugar las obligaciones de los comerciantes, y por último la regulación de obligaciones comerciales y de los contratos mercantiles más usuales como: compraventa, permuta, comisión, depósito mercantil y préstamo.”²⁰

2.4 ANTECEDENTES DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION EN MEXICO.

CODIGO DE COMERCIO DE 1854.

El Código de Comercio de 1854 para el Distrito y Territorios Federales contempla a la Asociación en Participación bajo la denominación de Sociedad Accidental o Cuentas en Participación, la influencia del nombre está dada por la doctrina española. Este Código la calificó “compañía“, pero en realidad no le exigió las formalidades que en la época se tomaban en cuenta para estos entes, así mismo tampoco la enumeró dentro del capítulo correspondiente a las sociedades mercantiles en aquel Código (artículos 265 y 266).

Esta ley no definió a la Asociación en Participación, aunque sí especificó que debería cumplir con las formalidades que son necesarias para las demás sociedades y que tenía lugar para las operaciones comerciales a realizar, con las proporciones de interés y condiciones estipuladas entre las partes; también la ley de 1854 imponía al comerciante la responsabilidad exclusiva de las operaciones que se realizaran ante los terceros (artículo 267).

Sin embargo, éste ordenamiento jurídico fue abrogado por Ignacio Comonfort y en su lugar recobró vigencia las Ordenanzas de Bilbao, cuya aplicación estuvo a cargo de tribunales

²⁰ *Ibidem*, p.28.

especiales, no obstante el 15 de julio de 1863 por decreto imperial recobra el código de 1854 su vigencia y se establecen tribunales de comercio.

CODIGO DE COMERCIO DE 1884.

En el año de 1884 como ya se había establecido se decreta el segundo Código de Comercio el cual va a tener el carácter de federal debido a la reforma del 15 de diciembre de 1883 el artículo 73 fracción X, de la Constitución Política de 1857, para éste código la Asociación en Participación adopta el carácter de sociedad y le ubica en el libro segundo "de las operaciones de comercio", título segundo "de las compañías de comercio", capítulo XI, "de la Asociación en Participación", en este ordenamiento se amplía su regulación (artículos 620 a 628) y, como en la definición de la misma "sociedad" formada entre dos o mas personas, por supuesto una de las cuales debe ser comerciante, y que tiene por objeto realizar uno o mas negocios, exentándola de cumplir con los requisitos y formalidades previstos para las sociedades.

En éste Código se estableció que la Asociación en Participación se formaba por un acuerdo verbal, o por convenio privado, correspondencia o escritura pública, que las relaciones entre socios se bebían sujetar a lo pactado en sus convenios y en los casos no previstos se apegarían a las reglas generales de las sociedades mercantiles, en forma particular a las que regulaban a las sociedades colectivas; de igual manera se carecía de publicidad, razón social y fondo común, existe la figura del gestor quién se ostenta ante terceros, los socios tiene la obligación y el derecho de participar y de responder en la parte que les corresponda.

CODIGO DE COMERCIO DE 1890.

El ordenamiento de 1884 pronto fue derogado por el Código de Comercio de 1890, el cual en su título II, capítulo I, después de tratar lo relativo a las diferentes especies de sociedades mercantiles, reconoce a la Asociación Momentánea para una o más operaciones de comercio y la Asociación en Participación propiamente dicha, siendo aquella "por 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", no hay relación directa entre los terceros y los asociados por lo que no les atribuye personalidad jurídica.

Ambas asociaciones no estaban sujetas a ninguna formalidad externa, ni las modificaciones que en ella se introdujeron y su existencia, además se podía probar por los medio establecidos por el derecho común y, naturalmente no estaban sujetas a la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Esta codificación, a pesar de que presenta una adición importante, en cuanto a que divide a las asociaciones comerciales en momentáneas y en participación, les da el mismo tratamiento que el código abrogado les daba a las asociaciones en participación; así mismo, admitía el carácter convencional y no formal, de la Asociación en Participación.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

El 4 de agosto de 1934 se publicó en el diario oficial de la federación la Ley General de Sociedades Mercantiles, dicha ley vino a derogar los respectivos artículos en materia de sociedades y asociaciones del Código de Comercio de 1890, quedando sin efectos las disposiciones del título II, del libro segundo, que iba del artículo 89 al 272 del Código de Comercio.

En la exposición de motivos se dice que las Asociaciones en Participación, estaban reguladas de manera muy defectuosa por el Código de Comercio, sin alternar la estructura de dichas asociaciones, perfectamente definida tanto en la doctrina como en la legislación extranjera, quien se preocupó por corregir las imperfecciones del Código, para llenar sus más graves lagunas.

Podemos apreciar cómo el legislador reconoce que la Asociación en Participación regulada por el código de Comercio, no revestía las características que de acuerdo con la doctrina le correspondían; así mismo, se reconoce la diferencia en torno a la regulación de esta asociación, y se declara el avance técnico jurídico, que implicaba su traslado a la Ley

General de Sociedades Mercantiles, recogiendo en su artículo segundo características primordiales, tales como la de ser momentánea o transitoria y oculta; y además comprende tanto a una negociación mercantil como a una o varias operaciones de comercio.

El resultado para la Asociación en Participación en la ley de 1934 es que ésta reúne en un solo tipo a las dos asociaciones que contempla el código de 1890, bajo el nombre actual de Asociación en Participación, de acuerdo a este ordenamiento jurídico es un contrato mediante el cual una persona concede a otra que le aporta bienes o servicios una participación de las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil, o de una o varias operaciones de comercio.

2.5 LA ASOCIACION EN PARTICIPACION EN EL DERECHO COMPARADO.

Es muy importante considerar que aunque con diferentes nombres nuestro tema de estudio es prácticamente una figura jurídica de carácter universal, pues la misma ha acompañado a la evolución de la materia mercantil, no olvidando que la Europa antigua a través principalmente de Italia, Francia, Alemania y España consideraron y siguen considerando a la Asociación en Participación dentro de su sistema jurídico, de ahí que para complementar la información general que le dé nacimiento al presente tema sea importante mencionar algunas de las características de presenta la Asociación en Participación en el derecho comparado.

FRANCIA.

En el derecho francés recibe el nombre de Associations Commerciales en Participation, es considerada una sociedad distinta a las otras sociedades comerciales debido a que no disfruta de personalidad jurídica propia, no posee patrimonio social propio, esto surge como consecuencia de permanecer oculta para los terceros contratantes, pues es el gerente quién actúa en nombre propio, los participantes transmiten al gerente sus aportaciones las cuales se consideran en copropiedad de los socios, aclarando que cada uno de ellos conserva la propiedad de sus aportaciones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los participantes permanecen ocultos, y el gerente es quién realiza las operaciones porque actúa jurídicamente en nombre propio, por lo tanto es el único responsable frente a terceros, en consecuencia los acreedores no pueden ejercitar acción directa contra los participantes en el negocio.

No está sometida a formalidad alguna, al respecto su legislación prevé que no es indispensable la escritura pública aunque puede otorgarse cuando la participación recaiga sobre un objeto de carácter civil.

La Participación puede formarse para varias operaciones o para una sola rama del comercio y la industria, por un tiempo indeterminado siendo su única limitante que el objeto sea lícito y persiga un fin de lucro. Con relación a los beneficios y pérdidas por regla general se dice que los socios responden de manera ilimitada y como excepción es lícito que el participante limite su responsabilidad al monto de sus aportaciones.

La sociedad se disuelve por las siguientes causas: expiración del plazo convenido, extinción de la cosa o consumación de la negociación, muerte del socio, interdicción o quiebra de un socio, voluntad de uno o varios socios, y por disposición judicial.

ALEMANIA.

En Alemania se le llama Sociedad Tácita, considerándola una sociedad sui generis por ser distinta a todas las demás sociedades; aún y cuando su código de comercio no la define, si establece que se está en presencia de ella, cuando una persona llamada socio tácito entrega una aportación a un empresario comercial, para que realice una operación comercial por un tiempo determinado o indeterminado.

El empresario es el único que puede adquirir derechos y obligaciones con respecto a terceros con quienes contrata, es decir que la Sociedad Tácita revise un carácter oculto y una ausencia de personalidad, debido a que el gestor es quién actúa en nombre propio y por lo tanto los terceros acreedores no tienen derecho alguno contra los participantes.

En Alemania la Sociedad Tácita se forma únicamente por dos personas que pueden ser físicas o sociales, siendo importante aclarar que el empresario será siempre el gerente quién deberá ser comerciante, característica poco importante en el caso del participante; ahora bien el gestor representa una figura importante en la sociedad en virtud de que es el encargado de administrar el negocio como si fuera de él, teniendo en cuenta que no se puede revocar al gestor se deben tomar las medidas pertinentes al formar la sociedad, para estipular dentro del contrato sus funciones específicas; sin embargo la doctrina establece que para su actuación requiere del consentimiento del participante para la realización de todo tipo de operaciones.

Así mismo no existe la obligación de inscribirse en el Registro de Comercio, por lo que no requiere de escritura pública; por otro lado dicha sociedad carece de patrimonio social debido a que la propiedad de las aportaciones se transfieren siempre al gestor, peculiaridad indispensable para que emane a la vida jurídica una Sociedad Tácita.

Dentro del contrato de constitución de la Sociedad Tácita existe hasta cierto punto una libertad moderada para estipular el régimen de distribución de beneficios y pérdidas, si bien por regla general el socio responderá limitadamente a la cuantía de su aporte y no está obligado a reembolsar los beneficios en razón de pérdidas anteriores.

En virtud de ser una sociedad formada únicamente por dos personas las causas de disolución son las siguientes: muerte de un socio, quiebra de un socio, imposibilidad de conseguir objeto social, expiración del plazo estipulado, mutuo acuerdo, denuncia del contrato es decir cuando por motivos graves de violación o negligencia no se puede llevar a cabo la operación comercial. De igual forma en el contrato deberá pactarse un régimen especial para la liquidación, atendiendo siempre a las reglas dispuestas por la ley.

ITALIA.

En Italia se denomina *Associazione in Partecipazione*, es considerada una sociedad y se configura cuando el asociante o gestor atribuye al asociado una participación en los beneficios de su empresa o de uno o varios negocios correspondientes a una determinada aportación.

Al igual que en Alemania es una sociedad conformada únicamente por dos personas asociante y asociado que pueden ser personas físicas o jurídicas, el asociante cuenta con la facultad de contratar otras participaciones en el negocio pero serán contratos distintos y para lo cual requiere previamente el consentimiento de los asociados.

Para su constitución no se requiere de una forma escrita lo cual no quiere decir que se trate de una sociedad clandestina, pues aun y cuando los terceros con los que contrata el asociante lleguen a conocer la existencia de la asociación ésta no perderá su carácter, como consecuencia inmediata a lo anterior carecerá de personalidad, esto último con motivo de que los acreedores sólo pactan con el asociante, por lo cual no se tiene acción directa contra los asociados, salvo caso de fraude.

Las aportaciones efectuadas por el asociado pueden ser en dinero, bienes o en determinadas obligaciones que debe efectuar el asociado respecto de la empresa del asociante o bien puede consistir en la prestación de servicios, estas aportaciones de ninguna manera constituyen el patrimonio social.

En cuanto a los beneficios y pérdidas el asociado tiene una responsabilidad limitada, sin embargo la ley establece que salvo pacto en contrario, el asociado contribuye a las pérdidas en proporción a los beneficios, pero tratándose de pérdidas del asociado éstas no podrán ser superiores al monto de su aportación.

La legislación no prevé causa de disolución, sin embargo por ser un contrato bilateral, las causas podrían ser las siguientes: por voluntad de las partes, fin del negocio, término del plazo o bien por cualquier causa inherente a cada una de las partes. En cuanto a la liquidación el asociante procederá a rendir cuentas, obligación que se le consigna no solo al término del negocio sino de manera anual.

BELGICA.

A diferencia de otras legislaciones el derecho belga reglamenta dos tipos de sociedades:

La Asociación Momentánea es la que tiene por objeto tratar sin razón social una o varias operaciones determinadas, y en la cual los asociados responden solidariamente frente a los terceros con quienes han tratado. Y la Asociación en Participación es aquella en virtud de la cual una o varias personas se interesan en las operaciones que una u otras gestionan en su propio nombre.”²¹

La única diferencia existente entre una y otra es que la Asociación Momentánea se crea necesariamente para una o varias operaciones determinadas, y la Participación tiene vida jurídica indeterminada, con la excepción de poder constituirse para un objeto determinado, de manera que puede subrogar sin mayor problema a la Asociación Momentánea.

Sin embargo a ambas figuras la ley no les reconoce individualidad jurídica, ya que para su configuración no requiere de formalidad alguna y los gerentes actúan en nombre propio frente a terceros, lo cual trae consigo la prohibición de actuar colectivamente y de detentar una razón social.

La legislación de Bélgica afirma que la participación no repugna a la existencia de un fondo común que puede existir por convención especial de los socios; ya sea que se pacte con relación a la propiedad, propiedad indivisa, o bien a la copropiedad de las aportaciones, entendiéndose que al respecto no cabe la presunción.

Para la distribución de pérdidas y ganancias se estará a lo pactado entre las partes, con las limitaciones que se refieran al pacto leonino; teniendo lugar en fecha convenida o bien al término de la asociación; y caso de no existir estipulación alguna respecto al reparto se deberá hacer en proporción al importe de sus aportaciones, cabe aclarar que en la Participación no

²¹ SOLA DE CAÑIZARES Felipe, El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado, Ed. Revista de derecho comparado, Madrid 1954, p. 51.

puede existir la exclusión de un socio en las pérdidas y ganancias, excepcionalmente en las pérdidas puede limitarse al importe de su aportación.

La disolución de la Participación puede darse por rescisión de contrato que se presenta cuando no se cumple con las obligaciones contraídas por una de las partes, por muerte quiebra o interdicción de un socio. Posteriormente el gestor rendirá cuentas entre los socios, con lo cual se liquidará la Participación, para lo cual puede intervenir un liquidador que generalmente es el gerente.

ARGENTINA.

La Sociedad en Participación dentro del contexto del código de comercio Argentino, es considerada una reunión accidental de dos o más personas para una o más operaciones de comercio, determinadas o transitorias. Dicha sociedad se puede formalizar verbalmente o por escrito, admitiéndose como medios de prueba los documentos privados, instrumentos públicos, testigos, y pruebas confesionales.

A diferencia de otras legislaciones, el código Argentino considera que las aportaciones que efectúan los socios forman un fondo social, el cual será sólo para efectos internos y no frente a terceros, en virtud de no transferirse la propiedad al gerente, ni de existir indivisión ya que pasa a ser directamente el patrimonio de la sociedad, por lo cual los acreedores no tendrán acción directa contra el patrimonio, pues con quién contratan es únicamente con el gestor, salvo cuando los socios hicieron en común los contratos con terceros, sin expresar la participación que cada uno toma quedarán solidariamente obligados.

Las partes pueden estipular el régimen de beneficios y pérdidas, teniendo los socios no gestores una responsabilidad limitada al monto de su aportación, además deberán de respetar el pacto leonino; de igual forma puede pactarse el nombramiento del gestor que puede ser uno, algunos o todos los socios, en ambas designaciones deberán apegarse a la normatividad correspondiente.

causas de disolución son las siguientes: expiración del término, consentimiento de todos socios, pérdida de capital social, voluntad de un socio no gestor, muerte del socio gestor, puede existir la quiebra de la sociedad pero si la del socio gestor existiendo la solidaridad o que se demuestre que el acreedor sabía de la existencia de la participación. Para la liquidación el gestor deberá rendir cuentas con los comprobantes respectivos.

ATEMALA.

Esta figura jurídica, se encuentra regulada en el código de comercio de Guatemala bajo el nombre de Contrato de Participación, considerada como un contrato especial, al cual se le aplicarán las reglas de las sociedades colectivas, pero sólo en el ámbito de las relaciones jurídicas existentes entre los contratantes, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza jurídica del contrato.

La legislación guatemalteca exige que el contrato conste en escritura pública, a fin de determinar el objeto social que ha de ser para una o más negociaciones determinadas, el precio, y demás condiciones del convenio tales como: el régimen de distribución de beneficios y pérdidas, la forma y personas que llevarán a cabo la liquidación de la empresa.

Además cuando se exige una escritura pública, y se le aplican las disposiciones establecidas para las sociedades colectivas el contrato de Participación reviste las características de ser un contrato oculto, principalmente porque el gestor es el único que se considera dueño del negocio, por lo tanto los terceros sólo tienen acción contra él.

Cuanto a las aportaciones éstas pueden ser patrimoniales o industriales, y puede transferirse la propiedad al gestor, sin embargo es lícito que los partícipes puedan reservarse la propiedad para repartir beneficios y pérdidas a falta de estipulación se efectuará a prorrata de la aportación, salvo pacto en contrario aquel socio que aporte industria no sufre pérdidas, solo en la parte que exceda del capital social, si se menciona sólo las ganancias la distribución se hace en la misma proporción.

La disolución será cuando se pierda del 50 al 100 del capital aportado, por muerte del contratante, por quiebra de un partícipe no industrial, interdicción judicial o incapacidad del gestor y por consentimiento unánime de los contratantes. La liquidación será la rendición de cuentas por parte del gestor, la cual no excederá de un año o bien se puede acudir a instancia judicial.

ESPAÑA.

Nuestra figura de estudio en España es conocida con el nombre de Cuentas en Participación. Generalmente se dice que es una sociedad debido a que existe una agrupación de personas, un capital de los socios que se entrega a una empresa representada por el gestor, existiendo en él la intención de distribuir beneficios y pérdidas, y que se distingue de las otras sociedades mercantiles porque no tiene personalidad jurídica.

La falta de personalidad trae como consecuencia la carencia de nombre o razón comercial, domicilio, nacionalidad y patrimonio, pues es el gestor quién realiza las operaciones en su nombre y bajo su responsabilidad frente a terceros, quiénes no tendrán acción directa contra los socios sólo con el gestor.

La cuenta en participación puede ser ocasional o momentánea, temporal o permanente para operaciones comerciales o civiles, y siempre se debe perseguir un fin de lucro; por otro lado la legislación establece como un requisito de validez en cuanto a la capacidad del gestor que éste tenga la calidad de comerciante requisito no indispensable en el socio.

El código comercial español no exige solemnidad ni publicidad para la formación de las cuentas en participación, respecto a lo cual sólo establece que puede contratarse de manera privada o de palabra o bien por escrito, pudiéndose probar la existencia de la sociedad a través de documentos privados, escritura pública, por inscripción en el Registro Mercantil, confesión en juicio, o declaración de testigos.

Con relación a la figura del gestor este tiene una responsabilidad personal e ilimitada frente a los terceros, existe la posibilidad de que pueda haber varios gestores para la realización de una sola operación, por la cual responderán todos ellos pero no de manera solidaria salvo que así se haya estipulado en el contrato ante los terceros; además al gestor le corresponde rendir cuentas anualmente y cada terminada cada operación que realice, rendir cuentas para la liquidación de la sociedad.

Con relación a las aportaciones las partes contratantes pueden pactar cláusulas y condiciones que a ellos les convengan, siendo lícito que se estipule un régimen distinto con relación a la propiedad de las aportaciones, teniendo como única condicionante que dichas excepciones no sean contrarias a las leyes moral y orden público.

En cuanto a la distribución de beneficios y pérdidas éstas se efectúan conforme a lo estipulado por las partes, y a falta de pacto se efectúa en proporción del interés que cada parte tuviera en cuenta, siendo lícito establecer la responsabilidad ilimitada de los partícipes.

La extinción de las cuentas en participación se da por conclusión de la empresa, quiebra del gestor o socio, pérdida de la calidad de comerciante del gestor, denuncia del contrato por uno de los contratantes, mutuo acuerdo, término del plazo fijado salvo prórroga.

SINTESES.

Como podemos observar a través del pequeño análisis que a grandes rasgos se ha efectuado de las distintas legislaciones, apreciamos que existen diversas denominaciones, pero en términos generales la fórmula jurídica es la misma un negocio mercantil en el cual una persona participa ocultamente en los negocios realizados por otra persona.

Legislaciones como Francia, Argentina, Bélgica y Alemania consideran a la Asociación en Participación como una sociedad afín y similar pero con características propias, por otro lado existen legislaciones como la Colombia, México y Guatemala que no la consideran como una

sociedad pero declaran aplicables a ellas reglas previstas para las sociedades reconociéndoles diversas analogías con éstas.

En cuanto a las características universales entre las diversas legislaciones, podemos mencionar las siguientes:

- a) La ausencia de patrimonio social, válida únicamente para los terceros, aunque hay legislaciones (Francia, Bélgica, Argentina), que reconocen la existencia de un fondo social o un régimen de copropiedad, por lo tanto dicha característica sólo será en el aspecto interno y válida entre los socios.
- b) Ausencia de formalidades únicamente en cuanto a la publicidad, ya que ninguna ley exige inscripción en el registro o anuncios en prensa.
- c) El principio de negocio interno u oculto en virtud de no existir relaciones jurídicas entre los partícipes y terceros.
- d) Ausencia de personalidad jurídica por virtud de que la gestión y representación de la Asociación, está realizada únicamente por el gestor o los gestores.
- e) En cuanto a las partes sociales éstas no pueden estar representadas por títulos negociables, ni tampoco pueden transmitirse sin el consentimiento de los socios, con relación a lo cual cabe una estipulación distinta en el contrato.
- f) Con relación a la liquidación se efectuará sólo una rendición de cuentas por parte del gestor, no aplicando disposiciones de las sociedades mercantiles.

Las diferencias fundamentales son las siguientes:

En cuanto al objeto social puede ser accidental (Argentina, Guatemala) es decir que recaiga sobre operaciones determinadas o bien puede formarse para una o varias operaciones mercantiles, o en la explotación permanente de un comercio o industria.

Generalmente la Asociación en Participación puede formarse con cualquier número de socios, pero existen leyes como la Italiana y la Alemana que sólo admiten que el contrato sea bilateral.

La figura del gestor puede ser representada por uno o más gestores, a excepción de leyes como la de Colombia y Guatemala en donde deberá haber solo un gestor

No todas las legislaciones exigen un documento escrito, en ocasiones es necesario sólo como un medio de prueba, existen casos especiales como la ley Mexicana que exige un documento escrito o bien a ley de Guatemala que requiere de una escritura pública.

Por regla general a los partícipes no se les concede derecho alguno de fiscalización, lo que se traduce en poder examinar los libros y documentos sociales, sin embargo leyes como Argentina, Bélgica, Italia y Alemania si otorgan este derecho.

Existen diversos sistemas para las aportaciones, en Alemania las aportaciones pasan a ser propiedad del gestor, pero por lo general los partícipes conservan la propiedad de sus aportaciones, al respecto el sistema francés admite excepciones a ésta regla, Argentina determina que se forma un fondo social, Bélgica admite cualquier estipulación pacta por las partes.

El socio responde únicamente ante el gestor, al respecto la codificación de México y Alemania determinan que ésta responsabilidad será limitada o ilimitada de acuerdo a lo que establezcan sus leyes, ahora bien los socios responden ante terceros cuando

intervengan directamente en las negociaciones; Francia y Argentina admiten la convención de responsabilidad limitada.

- h) Dentro del contrato puede estipularse el régimen de distribución de beneficios y pérdidas, a falta de pacto se efectuará en proporción de las aportaciones del socio, en Alemania se efectúa de acuerdo a lo que determine el juez, tanto el código alemán como el italiano admiten que también se soportarán las pérdidas; la mayoría de las legislaciones establecen participación en beneficios y pérdidas, y en caso de aportaciones en industria no se participará de las pérdidas.

CAPITULO III

ANALISIS JURIDICO DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

3.1 FUNDAMENTO LEGAL DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION.

Nuestra ley no resuelve, sino de manera implícita, y un tanto contradictoria, el que la Asociación en Participación deba o no ser considerada como una sociedad. El artículo 1º de dicha ley reconoce seis especies de sociedades mercantiles de manera expresa aunque omite enlistar dentro de éstas a la Asociación en Participación, sin embargo, la propia ley de Sociedades Mercantiles prevé en su capítulo XIII bajo el enunciado de la Asociación en Participación nuestro tema de estudio, al respecto el maestro Díaz Bravo manifiesta: "Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades..., expresión que deja abierta la posibilidad de que otras leyes reconozcan otras especies de sociedades igualmente mercantiles." ²²

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 252 da el siguiente concepto de la Asociación en Participación: "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 artículo 252 marca la pauta en cuanto a algunas de las características más importantes de la Asociación en Participación. Por otra parte es la definición que da la propia ley de la que se desprenden algunos elementos de suma importancia como lo son: Asociación, Participación y Contrato, elementos que permiten comprender mejor la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación.

Por el hecho de que la Asociación en Participación no esté comprendida dentro del artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, podemos pensar no se trata de una sociedad mercantil, pero en contraste con este hecho tenemos que la misma ley es su artículo 258 declara aplicables las reglas de las sociedades mercantiles al reparto de utilidades de la Asociación en Participación, mientras que el artículo 259 del mismo ordenamiento jurídico señala que las Asociaciones en Participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo.

²² DIAZ BRAVO Arturo, Contratos Mercantiles, 7ª ed., Ed. Oxford, México 2002, p. 269.

falta de claridad dentro del texto legal, para establecer un argumento decisivo en pro o en contra del carácter de sociedad de la Asociación en Participación, desde nuestro punto de vista la encontraremos aisladamente en la Ley General de Sociedades Mercantiles o en el Código Civil, sino en la interpretación conjunta de leyes que regulan las diferentes actividades que forman parte de la Asociación en Participación, en base por supuesto de cada una de las características que cada uno de los artículos de la Ley de Sociedades Mercantiles le concede a la Asociación en Participación, y a su vez como éstas características son interpretadas por las distintas leyes, no sólo mercantiles o civiles, incluso las de carácter tributario como la ley de Impuesto Sobre la Renta o la ley del Impuesto al valor Agregado, e incluso por que no, refiriendo a la interpretación que de la misma hace la Suprema Corte de Justicia a través de su jurisprudencia.

Como se ha mencionado la ubicación de la Asociación en Participación dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles y como el artículo 1º de dicha ley la excluye, resalta pues el hecho de cómo debe ser considerada nuestra figura al ser ignorada por el artículo 1º, ya que incluso los tratadistas como el mexicano Olvera de Luna ignora su presencia y regulación en la Ley General de Sociedades Mercantiles, y al discutir sobre el tema se refiere solo a ésta en los términos de la legislación española, e ignora lo que sobre el tema tratan nuestras leyes, calificando a la Asociación en Participación como atípico.

La realidad es que la Asociación en Participación está comprendida dentro de un apartado especial de la Ley General de Sociedades Mercantiles, son ocho los artículos que regulan en primer término a esta figura y que le otorgan las características tan especiales que no permiten que ésta sea encuadrada de plano, como sociedad mercantil.

Nuestro más alto tribunal define a la Asociación en Participación, sobre la base de sus características más importantes, en tal caso transcribimos una de las tesis sustentadas por la Suprema Corte de Justicia:

ASOCIACION EN PARTICIPACION, CARACTERISTICAS DEL
CONTRATO DE: En el contrato de asociación en participación no se
pueden pactar repercusiones directas de los actos del asociante en el
asociado, pues se desvanecerían, ipso facto, para entrar dentro de otra

especie contractual, las relaciones entre las partes no pueden ser de aquellas que ligan a las mismas como en un mandato, comisión, etc.; porque pugnan con ese elemento esencial del contrato. Todo asociado carece de legitimación pasiva para responder de acciones deducidas con fundamento en actos celebrados o efectuados por el gestor, y falta de legitimación activa de los terceros que no pueden invocar esa base frente a los asociados... el asociante es el único elemento activo y su voluntad es individual... se confía en él, en su diligencia, pericia y en su éxito, participando el resultado de su actividad... no existe ni fondo común ni actividades comunes, no tiene personalidad jurídica, el gestor obra en su propio nombre, no habrá relaciones jurídicas entre los terceros y los asociados, como condición sine qua non de la existencia del contrato de asociación... se le aplicarán reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, con relación al funcionamiento, disolución y liquidación, en cuanto no pugnen con las disposiciones del capítulo correspondiente a la asociación, y sólo para que normen las relaciones entre las partes, nunca en relación a terceros...

TOMO XXXI, Vol. III, Pág 39 Gustavo Rocha. Mayoría de 3 votos.

SEMANARIO JUDICIAL. SEXTA EPOCA.

3.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO: ASOCIANTE Y ASOCIADO.

Las partes integrantes de la Asociación en Participación son importantísimas no solo porque le dan vida jurídica a nuestro contrato en estudio, pues su valor va más allá puesto que ellas proponen el contenido del contrato, lo anterior en atención a la libertad contractual de las partes, motivado por el artículo 1839 del Código Civil cuyo tenor literario expone: " Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen..."v.gr: las cláusulas de buena fe, diligencia y prudencia en lo que compete al asociante surten efectos, aunque no estén expresadas en el cuerpo del contrato.

Desde nuestro punto de vista el acuerdo de voluntades que surge entre asociante y asociado, no solo produce efectos vinculatorios entre las partes, sino que también tiene un valor normativo que constituye la regla a seguir por las partes. Por otra parte en caso de existir el silencio contractual de las partes, es evidente que el asociante tiene la obligación de emplear adecuadamente los bienes o servicios aportados, así como desempeñar todas las actividades comerciales con la diligencia y prudencia requerida para el buen funcionamiento y el éxito de las tareas que se le han confiado.

en después de comentar el papel fundamental que juegan las partes en el contrato y más aún alcance de sus estipulaciones, mencionaremos que las partes en el contrato de Asociación en Participación son el Asociante y el Asociado, que pueden ser personas físicas o morales y pueden estar constituidos de manera singular o plural, sin embargo esta figura siempre estará compuesta de dos elementos o partes.

ASOCIANTE.

El asociante es aquella persona física o moral que por virtud de un contrato recibe los bienes o servicios por parte del asociado o en su caso de los asociados, con el fin de aprovecharlos en el desarrollo de las actividades para las que se crea la Asociación en Participación. Es importante señalar que el carácter legal del asociante recae únicamente en una de las partes del contrato siendo ser ésta singular o plural. El asociante es quien se encarga de la administración o dirección de la empresa, esta persona es quien deberá cumplir con el fin común materia del contrato de Asociación en Participación.

En lo externo es el asociante el que obra en nombre propio y nunca en nombre de la Asociación en Participación o en el del asociado, lo cual quiere decir que frente a los terceros actúa como dueño y único responsable de los negocios que realiza, sólo a él se le atribuye la personalidad jurídica procesal.

En el caso de que exista un contrato por escrito debe apegarse a lo pactado con el asociado, y en el caso de no existir el asociante deberá actuar con prudencia y diligencia, obligándose a realizar en beneficio común los actos de comercio que constituyen el fin de la Asociación en Participación. Sobre este mismo aspecto y de acuerdo al numeral 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el asociante actúa en nombre propio y también dicho precepto establece que no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados, por lo que se incluye que el obligado ante terceros por los actos propios de la Asociación en Participación es el asociante, ya que es el encargado de crear, organizar, dirigir y controlar el negocio objeto del contrato por lo tanto él deberá reconocer que actúa por su propia cuenta y en consecuencia,

es el titular de todos los derechos y obligaciones que se generan frente a los terceros con quienes contrata y ante los cuales responderá en caso de incumplimiento.

Adicionalmente, es de mencionarse que si el asociante es una persona física, ésta deberá ser mayor de edad, en virtud de la limitante impuesta por el artículo 23 del Código Civil, que impone limitaciones en cuanto a la personalidad jurídica de los menores, de tal manera que el menor de edad no puede obligarse directamente con terceros.

Otras personas que igualmente se encuentran impedidas para ejercer el comercio de manera directa, de acuerdo con el artículo 450 del Código Civil son: “ Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquéllos que padezcan afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

No obstante lo anterior existe la posibilidad de que todos los incapaces para contraer obligaciones, lo hagan a través de sus representantes, en estos casos debemos partir de la cuestión que el ejercicio del comercio implica riesgos, a los que no deben quedar expuestos los bienes que integran el patrimonio de los incapaces, por ello no debe ser destinado por los representantes toda la riqueza de los incapacitados al comercio.

Es indudable que el ejercicio del comercio por lo menos a los incapacitados está sujeto a una serie de formalidades, sin embargo queda siempre abierta la posibilidad que estos ejerzan el comercio a través de representantes.

o por otra parte existen otros impedimentos para ejercer el comercio y que están previstos en el artículo 12 del Código de Comercio:

No pueden ejercer el comercio:

- Los corredores,
- Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;
- Los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados por delito contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión".

EL ASOCIADO.

Es aquella persona física o moral que en virtud del contrato de Asociación en Participación entrega al asociante bienes o servicios de los cuales podrá disponer libremente para la realización de una o varias operaciones de comercio, con el propósito de recibir a cambio una participación en las utilidades que generen o de las pérdidas hasta por el monto de su aportación. Al respecto cabe señalar que dicho elemento de nuestro contrato al igual que el asociante puede ser singular o plural.

El asociado no contrae obligaciones con los terceros o bien con los acreedores del asociante, y que por disposición expresa de la Ley de Sociedades Mercantiles en su artículo 256, no hay relación jurídica entre los terceros y los asociados, tampoco hay responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada por las deudas del contrato, debido a que la Asociación en Participación carece de personalidad jurídica, razón o denominación. Si es el caso de asociados que solo aporten sus servicios, éstos participan únicamente de las utilidades y no de las pérdidas.

Adoptamos el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia respecto a las partes integrantes del contrato de Asociación en Participación:

ASOCIACION EN PARTICIPACION ELEMENTOS DE LA: Si dos personas forman una sociedad y conservan la propiedad de los bienes aportados, no se crea una nueva persona jurídica, se crea una asociación en participación" Amparo directo 6071/57 8 de septiembre de 1958 mayoría de 3 votos ponente: Alfonso Guzmán Neyra. SEMANARIO JUDICIAL SEXTA EPOCA TOMO XVIII, Pág 30

3.2.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

OBLIGACIONES DEL ASOCIANTE.

- Actuar a nombre propio.
- Actuar en interés común como administrador y gestor, asumiendo las responsabilidades contraídas por sus actos, ante los socios y los terceros.
- Reintegrar lo aportado a cada asociado.
- Dar a la cosa o al bien aportado el destino adecuado.
- Pagar las utilidades obtenidas a los asociados
- Permitir al interventor nombrado por el asociado, examinar los libros y documentos de contabilidad.
- Rendir cuentas a los asociados en el tiempo convenido.

DERECHOS DEL ASOCIANTE.

- Obtener del asociado las aportaciones estipuladas en el contrato.
- Dirigir, gestionar y ejecutar los actos con toda diligencia y pericia a fin de dar cumplimiento a los intereses de las partes.
- Otorgar y revocar poderes.

OBLIGACIONES DEL ASOCIADO.

- Entregar las aportaciones, pudiendo ser obligaciones de dar (entrega de dinero o bienes transmisión de la titularidad de un derecho), y obligaciones de hacer (industria o servicios.
- Soportar o contribuir a las pérdidas en la medida, términos y condiciones que establezca el contrato, sin que excedan del monto de su aportación.

DERECHOS DEL ASOCIADO.

Participar en las utilidades.

Exigir que las aportaciones se destinen en beneficio de las partes.

Exigir el reembolso de sus aportaciones o el pago de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento de contrato por parte del asociante.

Examinar la administración, contabilidad y documentos de todas las operaciones realizadas por el asociante.

Nombrar un interventor para vigilar todos los actos realizados con motivo del negocio comercial.

FORMALIDADES DEL CONTRATO.

El artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles reglamenta las formalidades de la Asociación en Participación, al establecer " El contrato de asociación en participación, debe estar por escrito y no estará sujeto a registro". En caso de que el contrato de Asociación en Participación se haya celebrado verbalmente, puede demostrarse por cualquier medio de prueba que ponga de manifiesto la real intención de las partes para celebrarlo de igual forma y su apreciación, debe estar a la preeminencia de la voluntad interna, sobre la voluntad declarada; y respecto del registro al que estará sujeto el contrato cabe mencionar que si bien la propia ley lo establece, esta misma no prevé sanción alguna en caso de incumplimiento.

Cabe mencionar que la falta de formalidad escrita únicamente produce la nulidad relativa ya que: " la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, producen la nulidad relativa" (artículo 2228 Código Civil).

La Asociación en Participación es un contrato verbal por lo tanto siempre se permite que el mismo produzca efectos provisionales (artículo 2227 Código Civil), por lo que podemos concluir que: si las circunstancias en que verbalmente se celebró el contrato, o la forma en que las partes

lo hayan cumplido, permiten inferir, la voluntad de las partes cualquier interesado puede exigir el otorgamiento por escrito del contrato verbal celebrado.

En un principio la Suprema Corte de Justicia acató un criterio en estricto apego a la Ley de Sociedades Mercantiles de forma aislada, para después adoptar un criterio de interrelación con otras leyes que es más abierto y creemos contiene una interpretación de la ley más dinámica y adecuada, en tal efecto citamos las tesis que respecto al tema sostienen nuestro más alto tribunal:

COMISION MERCANTIL ASOCIACION EN PARTICIPACION,
FORMA DE LOS CONTRATOS DE:

"...Para que el contrato de Asociación en Participación surta sus efectos es necesario que se consigne por escrito..."

SEMANARIO JUDICIAL, TOMO XCVII, Pág 1376, tercera sala,
Pérez Salinas Tadeo 16 agosto de 1948.

ASOCIACION EN PARTICIPACION, PRUEBA DE LA
EXISTENCIA DEL CONTRATO DE.

"...la formalidad contenida en el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles no es un elemento "ad solemnitatem", sino solamente "ad probationem", la existencia del contrato puede demostrarse por cualquier medio de prueba que ponga de manifiesto la intención de las partes para celebrarlo, así como que para la apreciación de dichos medios probatorios, prevalecerá la voluntad interna, sobre la voluntad declarada".

Vol. II, Pág 46 A.D 6066/56, José Lanardí A, 5 votos.

Los sentidos en los que se pronuncian las tesis relacionadas, no dejan lugar a dudas que el derecho mexicano se ha inclinado a otorgarle un carácter contractual a la Asociación en Participación, pues las corrientes más recientes reconocen la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo de voluntades, no obstante que no exista el pacto por escrito, situación que no es permitida a las sociedades mercantiles, mismas que deben constar en escritura pública.

Por otra parte es requisito "sine quanon" el que las sociedades mercantiles estén inscritas debidamente en el Registro Público de Comercio, mientras que esa formalidad no le es exigida a la Asociación en Participación, lo que sin lugar a dudas trae como resultado una diferencia notable entre estas dos figuras.

4 EFECTOS DEL CONTRATO.

Para poder hablar de los efectos de la figura jurídica objeto del presente estudio, no debemos olvidar que el contrato de Asociación en Participación no es constitutivo de una persona jurídica (artículo 253 Ley General de Sociedades Mercantiles), por lo que la ley prohíbe que se le atribuya personalidad jurídica, ni razón o denominación. Contra esta prohibición cualquier intento por exteriorizar a la Asociación en Participación como un ente jurídico que puede contraer derechos y obligaciones con terceros, es por demás ineficaz, en todo caso se tratará en presencia de una sociedad irregular, pero jamás ante una Asociación en Participación.

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

Los bienes que los asociados aporten se considerarán, en principio aportados en propiedad al asociante, así pues, la presunción en cuestión se establece en favor de los terceros, será *iuris tantum*, dado que los asociados pueden acreditar la reserva de dominio mediante la inscripción correspondiente o probando que el tercero debía tener conocimiento de ella, aun cuando no mereciera inscripción (artículo 257 Ley General de Sociedades Mercantiles).

En el caso de las aportaciones de bienes inmuebles o de derechos reales constituidos sobre ellos deben realizarse las formalidades que establece el derecho civil e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, de no cumplir estos requisitos no se entenderán translativas de dominio.

En el caso de que no exista pacto escrito para repartir las utilidades y las pérdidas, el reparto se hará en proporción de lo que cada uno de los participantes haya aportado en el negocio correspondiente; pero las pérdidas del asociado no podrán ser superiores al monto de su aportación.

Respecto del funcionamiento, disolución y liquidación; el contrato podrá establecer la forma como la asociación habrá de funcionar y, en su caso, cómo terminará y cómo será liquidada; pero si a este respecto el contrato fuera omiso, serán aplicables las reglas de la sociedad en nombre colectivo.

A continuación señalamos el criterio que adopta la Suprema Corte de Justicia a través de la siguiente jurisprudencia:

ASOCIACION EN PARTICIPACION, CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE:

"... la esencia de la asociación en participación radica en que se trata de una sociedad oculta que surte efectos sólo entre las partes que lo constituyen, carece de personalidad, de razón y denominación, en virtud de que el asociante obra en nombre propio por lo que no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados..., los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante a no ser que por la naturaleza fuere necesaria alguna otra formalidad, y se inscriba en el registro de comercio, y aun y cuando no se haya efectuado surtirán efectos si se prueba que el tercero tenía o deba tener conocimiento de ella.

SEMANARIO JUDICIAL, TOMO LXXVI, Pág. 22. 17 de octubre de 1963. 5 votos. Mariano Azuela.

3.5 PERSONALIDAD JURIDICA.

El artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, enumera los tipos de sociedades mercantiles, el artículo 2º del mismo ordenamiento determina que tales sociedades tienen personalidad jurídica, e incluso en su párrafo tercero le da un tratamiento especial a aquellas sociedades que pese a no estar inscritas en el Registro Público de Comercio, se exteriorizan frente a terceros, dicho tratamiento consiste entre otras cosas en que al exteriorizarse frente a terceros tendrán personalidad jurídica. En este orden de ideas a continuación señalaremos los artículos que dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sienta las bases para considerar que la Asociación en Participación carece de personalidad jurídica.

En el caso de la Asociación en Participación el ordenamiento de Sociedades Mercantiles, dentro de su numeral 253 señala: " La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación", dicho precepto legal le niega la personalidad jurídica, y en

En todo caso el exteriorizarse frente a terceros por supuesto no trae consigo, las consecuencias de las sociedades no inscritas en el registro, adquiriendo personalidad jurídica, y mucho menos puede cambiar la naturaleza de la figura.

Recordemos que una característica primordial de la Asociación en Participación es precisamente el carácter oculto que no implica de manera alguna la existencia de un negocio clandestino y máxime porque la ley lo permite, ya que finalmente " el asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados " (artículo 256 Ley General de Sociedades Mercantiles).

Ahora bien después de conocer el fundamento legal de la ausencia de personalidad jurídica en la Asociación en Participación, procederemos a estudiar de manera más amplia el contenido de éstos preceptos legales, asumiendo que al carecer de personalidad jurídica no se crea una persona moral, sólo da origen a una relación de carácter contractual entre los interesados, lo cual no da nacimiento a un ente jurídico distinto de las partes, tal aseveración se desprende del contenido del artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo cual la asociación en Participación carece de domicilio, nombre y nacionalidad, características que se analizarán a continuación.

El ser humano es el único ser del universo que puede ser sujeto de una relación jurídica, sea de manera individual o en conjunto con otros individuos, por lo cual personas físicas o morales poseen los llamados atributos de la personalidad, que son a saber los siguientes:

1) Domicilio- lugar en que legalmente se considera establecida una persona física o moral para ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones; la doctrina admite tres clases de domicilio: voluntario, legal y electivo, para nuestros fines el domicilio de las personas morales es el que nos resulta importante, debido a que éstas tienen su domicilio en el lugar donde se encuentre establecida su administración, recordemos que la Asociación en Participación no es una persona moral, en todo caso el domicilio en el que los terceros podrán realizar algún acto será en el del asociante, y el trato únicamente con

éste, pero en estricto sentido no encontramos razón alguna para que alguien que carece de personalidad jurídica y no tiene relación con terceros tenga un domicilio comercial.

- B) Nombre- atributo de las personas físicas y morales, en el caso de la Asociación en Participación carece de tal atributo por virtud de ser el asociante quién realiza las operaciones mercantiles en nombre propio y bajo su responsabilidad.
- C) Nacionalidad.- vínculo jurídico- político que une a la persona física o moral con el Estado a que pertenece. Aún en el caso de que alguno de los asociados sea extranjero, el vínculo jurídico no se establece con relación a la Asociación en Participación, pues en toda caso el vínculo se establece entre el asociante.

Para finalizar nuestro análisis con relación a lo establecido en el artículo 253 señalamos que la persona jurídica es un sujeto del derecho con deberes y derechos que a través de ellos se consumen sus fines sociales, la Asociación en Participación no requiere de personalidad, porque por su condición especial quién realiza las operaciones y quien se obliga con los terceros es el asociante, entonces, y, bajo esta circunstancia pierde sentido el que la Asociación en Participación presente un nombre, domicilio o nacionalidad y por consiguiente no existe para que, o el porque deba tener esta figura jurídica personalidad jurídica.

Tal y como lo señalamos anteriormente la falta de personalidad jurídica, es en base a que el asociante obra en nombre propio, por lo cual no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados. Por lo que a nuestro parecer es de trascendental importancia determinar quién y bajo que condiciones se llevan a cabo las operaciones en la Asociación en Participación, así como determinar como son las relaciones de la asociación con los terceros, si es que los hay.

El asociante es quién realiza todas las operaciones y es el único que se obliga frente a terceros, por lo cual no se requiere el atributo de la personalidad jurídica por virtud de que éste actúa como dueño exclusivo y no actúa en representación de la Asociación en Participación, ni se identifica como un ente distinto a las partes que conforman el contrato; es por lo anterior que

terceros tienen acción directa únicamente contra el patrimonio del asociante quien ponderará con su patrimonio propio.

En vista de ser el asociante el único que contrata con terceros él deberá dar cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas con motivo de la Asociación en Participación, o cualquier otra razón respondiendo a todas ellas, con todo su patrimonio, inclusive con las operaciones efectuadas por los asociados, para afirmar tal sustento nos basamos en la siguiente lógica: la Asociación en Participación puede exteriorizarse como tal ante terceros lo cual no hará que cambie su naturaleza, por otro lado existe la posibilidad de que el asociado actúe como tal y efectúe operaciones ante terceros aunque la responsabilidad recaiga siempre sobre el asociante.

En la Asociación en Participación el único sujeto activo que puede celebrar tratos con otras personas morales o físicas es el asociante, es el único facultado para contraer derechos y adquirir obligaciones frente a terceros, el asociante está capacitado para solicitar crédito, ya sea en relación con otros comerciantes o bien ante instituciones bancarias, siempre teniendo en cuenta que la Asociación en Participación, no tiene la posibilidad de ampliar el negocio ofreciendo al público a través de emitir obligaciones que representen una participación en algún crédito perteneciente a la asociación.

Si se realizan actos comerciales pretendiendo actuar a nombre de una sociedad diferente y con carácter distinto del asociante, nos encontraremos ante la presencia de una sociedad irregular, nunca frente a una Asociación en Participación, porque la misma sin limitación alguna puede exteriorizarse y, aún haciéndolo no surte efectos ante terceros ni crea relaciones jurídicas con ellos, la relación y el vínculo únicamente se da entre quienes conforman la Asociación en Participación.

En el supuesto caso que fuera el asociado quien realizara las operaciones de comercio lo haría en nombre y por cuenta del asociante y nunca en nombre de la Asociación en Participación, en ningún caso podremos hablar de un mandato que confiere el asociante al asociado o bien de una comisión, el mandato obligaría al asociado en los límites de este. Para el caso en el que el

asociado obre a nombre propio se obligaría él mismo y podrían accionar directamente los terceros contra éste, del mismo modo que si el asociado quiere sorprender a los terceros haciéndoles creer que entre el asociante y él hay una sociedad.

El asociado únicamente se concreta a participar en los riesgos del negocio, aunque esto no significa en un sentido estricto que el asociado no pueda participar en alguna actividad de las operaciones comerciales, pues las partes contratantes tienen la libertad para obligarse en los términos que convengan.

Debemos diferenciar que la participación del asociado efectivamente puede ser en operaciones mercantiles motivo del contrato, sin embargo jamás será en el mismo sentido que tienen los socios dentro de una sociedad, pues en caso de que el negocio no sea exitoso y del mismo se deriven responsabilidades, v.gr: el pago de daños y perjuicios por una operación no cumplida a tiempo; quién deberá responder es el asociante.

Por los razonamientos antes expuestos que nos queda claro que por regla general el único que tiene relaciones con terceros es el asociante, y como excepción a dicha regla, el asociado puede intervenir en operaciones de comercio actuando a nombre de la Asociación en Participación; todo lo anterior establece que los terceros no tienen acción contra el asociado ya que entre ellos no hay relación jurídica, pues la figura del asociado tiene la ventaja de permanecer casi siempre oculta, sin embargo existe la posibilidad y también como una excepción a ésta regla, que los terceros puedan ejercitar acción contra el asociado, y esto puede ser en los siguientes casos:

A. El asociado responderá de las acciones deducidas por actos del asociante con motivo de la Asociación en Participación, no debemos de olvidar que si bien es cierto el asociado desde el momento en que contrata con el asociante se compromete a ser partícipe de las ganancias igualmente lo hará de las eventuales pérdidas, pero no menos cierto es que efectivamente responderá pero sólo de manera limitada por el valor de sus aportaciones. En el derecho mexicano no se puede obligar al asociado a cumplir con las obligaciones de manera solidaria, aún y cuando sea conocido por terceros su carácter dentro del contrato de

Asociación en Participación, o haya celebrado actos de comercio con motivo de la asociación porque en ambos casos el que responderá es el asociante.

- B. Si el asociado contrata como dueño de la Asociación en Participación, se obliga en los mismos términos que el asociante, respondiendo directamente con su patrimonio individual ante quiénes haya contratado.
- C. En virtud de que la Asociación en Participación es un contrato celebrado entre dos partes (asociante y asociado), creado por un acuerdo de voluntades, en donde se estipulan términos, condiciones y plazos, dentro de los cuales se dará cumplimiento a los derechos y obligaciones de las partes, y es precisamente en razón de esa comunión de voluntades, y como excepción a la regla general de que sólo el asociante es quién responde ante los terceros, que los interesados pueden pactar a favor de terceros las siguientes reglas:
- Estipulación a favor de terceros.- constituye una cláusula dentro del contrato, por la cual una de las partes conviene en conseguir que la otra parte realice una prestación a favor de un tercero que no está representado en el contrato.
 - Acción Subrogatoria.- a través de la cual se faculta al acreedor (tercero) para ejercer los derechos u acciones que competen a su deudor (asociante), que por negligencia no los ejercita causándole a su acreedor una lesión, porque no entran en su patrimonio esos créditos con los cuales ya tendría solvencia para dar cumplimiento a sus obligaciones. Los acreedores pueden ejercitar la acción subrogatoria contra el asociado, si conocen de su existencia y toda vez que hayan agotado las medidas a su alcance para hacer cumplir el pago de las deudas contraídas por el asociante, por virtud de las operaciones comerciales. Así mismo la acción subrogatoria le puede ejercitar el asociado contra los deudores del asociante, para exigirles el pago correspondiente.
 - Acción Pauliana- creada para evitar el fraude de acreedores, ya que en este caso el asociante saca bienes de su patrimonio a través de realizar o simular actos tales como: quitas, remisiones, compensaciones o dispensar al asociado de entregar su aportación o

bien de participar en las pérdidas de la negociación, todos ellos actos jurídicos reales y a todas luces de mala fe, ya que los realiza con el pleno convencimiento de caer en insolvencia ante sus acreedores. La acción pauliana trata de proteger a los acreedores del asociante, pues su finalidad es el de revocar aquéllos actos jurídicos que realice el asociante para caer en insolvencia, por otro lado señalamos que existe gran tendencia al fraude de acreedores por tratarse de un contrato oculto, por lo cual se simulan actos como los ya señalados anteriormente, este es un problema muy frecuente que se presenta ante el fisco.

La Suprema Corte de Justicia sustenta los siguientes criterios con relación a la falta de personalidad jurídica:

ASOCIACION EN PARTICIPACION, EXISTENCIA DE LAS: Las sociedades mercantiles se diferencian de las asociaciones en participación, en que aquéllas gozan de personalidad jurídica, mientras que éstas carecen de ella...por lo que si de los términos del contrato respectivo, aparece que no se concedió personalidad jurídica a una pretendida sociedad, y que sólo se facultó, en las cláusulas del propio contrato, para gestionar el negocio...para poner a su nombre la documentación, sin estipular la administración del negocio,... es una asociación en participación."TOMO XLVIII, Pág. 660 Tafaña Amalia. 11 de abril de 1936.SEMANARIO JUDICIAL.TERCERA SALA.ASOCIACION EN PARTICIPACION: "...las asociaciones sólo hacen nacer relaciones jurídicas entre los asociados, a las cuales son extraños los terceros... el asociado que trata en su propio nombre, no empeña mas que su responsabilidad; el tercero no tiene porque preocuparse de la existencia de la asociación, y en estas condiciones, es claro que ningún interés puede tener en sostener que la asociación existe, y no teniendo tal interés, ningún agravio le puede resultar que se a firme su inexistencia.TOMO XXXIV.Pág. 2662. González Ibarra Eduardo 22 de abril de 1932.SEMANARIO JUDICIAL QUINTA EPOCA 3ª SALA

3.6 EL PATRIMONIO.

El patrimonio es el conjunto de bienes y derechos de una persona apreciable en dinero, considerado como una universalidad de derecho, reunión de valores pecuniarios, positivos y negativos, pertenecientes a una persona. El patrimonio social es el conjunto de bienes pertenecientes a sociedades o asociaciones, es decir una persona moral, se crea un patrimonio autónomo, independiente al patrimonio de cada uno de los socios o asociados.

En virtud de lo señalado anteriormente se afirma que en la Asociación en Participación no existe el patrimonio social tal y como se desprende del artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, " 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 tipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella".

El patrimonio de la persona moral es una garantía ante sus acreedores, mientras que en la Asociación en Participación para el asociante tiene igual carácter los acreedores que surgen en motivo de su actividad mercantil y los que se dan en razón de la propia asociación, y únicamente será el patrimonio del asociante el que responda a los acreedores.

En la Asociación en Participación no se crea un patrimonio diferente al de las partes, el asociado entrega bienes o servicio, mismos que pueden ser transferidos o ser usados por el asociante. En este orden de ideas podemos establecer que las aportaciones se dividen de la siguiente manera:

Aportaciones de trabajo.- aquí el asociado es llamado socio industrial, y sus aportaciones se traducen en una actividad personal.

Aportaciones de capital.- el asociado es llamado socio capitalista, y sus aportaciones se traducen en efectivo, vehículos y especie; respecto a ésta últimas pueden ser: bienes corpóreos (muebles o inmuebles), bienes incorpóreos (créditos, patentes, concesiones y licencias, entre otros.

Aportaciones mixtas.- llamadas así porque pueden ser de las dos clases anteriores y provenir de uno o más asociados.

Los bienes aportados igualmente pueden comprender la propiedad, uso, usufructo y habitación. Al efecto es importante destacar la consecuencia del silencio sobre el título jurídico de las aportaciones de los bienes, que en tal supuesto se presume iuris tantum, entregados en propiedad al asociante, a menos que la traslación requiera, por la naturaleza de los bienes, de formalidades especiales, como ocurre con los bienes raíces y los derechos reales que sobre ellos se constituyan, pues en tales casos la transmisión de la propiedad precisa de la inscripción en el registro correspondiente. Para el caso que el asociado desee reservarse la propiedad de bienes no sujetos a inscripción en algún registro público, es obligado que así se haga constar en el contrato, y que el mismo se inscriba en el registro en el que ejerce el comercio el asociante.

Así las cosas la persona moral que puede ser acreedora o deudora de sus miembros o socios, y viceversa, pero la Asociación en Participación no es acreedora o deudora del asociante o el asociado, sino que ambas partes adquieren la calidad de acreedor o deudor según el caso, pues resultaría incorrecto que el asociado demandara el pago de provechos a la Asociación en Participación que carece de personalidad jurídica, en todo caso deberán ejercer la acción contra el asociante a través del cumplimiento del contrato, lo mismo cabría decir en el caso del asociante.

La transmisión de capital al asociante produce, la transmisión de la propiedad a su favor, este capital no afluye a ningún patrimonio social, sencillamente por que no existe alguno. La Asociación en Participación carece de patrimonio social situación evidente pues también carece de personalidad jurídica, aun en el caso hipotético que una sociedad mercantil careciera de patrimonio se actualizaría lo previsto por la fracción V del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles " Las sociedades se disuelven... V Por pérdida de las dos terceras partes del capital social" , dicho de otra manera la sociedad dejaría de existir.

En el supuesto de que las partes decidieran formar un patrimonio para la Asociación en Participación, se estaría ante la presencia de un patrimonio que pertenecería a varias personas,

o nunca a un ente jurídico que carece de los atributos de las personas morales, puesto que la misma Ley General de Sociedades Mercantiles indica de manera clara y precisa en su artículo 3 que la asociación en Participación carece de personalidad jurídica, es entonces absurdo pensar en que posea el atributo de patrimonio.

En caso de llegar a formarse aquella hipótesis que establecimos en el párrafo que precede, podríamos que hablar de un nuevo sujeto de derecho, en nuestra opinión lo que en este caso sucede es que simplemente las aportaciones del asociado pasan a engrosar el patrimonio del asociante, lo anterior con base a lo que señala el artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles “ respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante...”.

El asociado puede no transmitir la propiedad de sus aportaciones, por lo tanto él sigue siendo titular de ese derecho y por lo tanto se encuentra facultado para ejercer un derecho de crédito o personal contra el asociante, para que se le restituya lo aportado, y por supuesto está en posición de exigir al asociante el cumplimiento de una obligación que según el caso puede ser de dar, hacer o no hacer.

Por lo que respecta al patrimonio, son muy claras las diferencias como opera éste para las sociedades mercantiles y para la Asociación en Participación, ya que las sociedades cuentan con el capital social que es patrimonio propio de la persona moral, mientras que la Asociación en Participación carece de éste.

El patrimonio social expresa el jurista Mantilla Molina “ Es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad con deducción de sus obligaciones ”²³. En contraste con esta situación totalmente aplicable a las sociedades, en la Asociación en Participación los bienes aportados forman parte del patrimonio del asociante y no de la asociación, y en caso que así se requiera el asociante responderá con todo su patrimonio incluyendo por supuesto las aportaciones del asociado.

MANTILLA MOLINA Roberto, Op. Cit, p. 211.

En el caso de las sociedades, salvo pacto en contrario, las aportaciones de los bienes se entenderán traslativos de dominio de acuerdo al artículo 11 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dichas aportaciones forman parte directamente del patrimonio social en contraste con la Asociación en Participación, pues las aportaciones pasan a ser parte del patrimonio del asociante, ya que la asociación no es una persona moral, situación que resulta igualmente evidente en el caso de que el asociado por acuerdo con el asociante conserve la propiedad de los bienes aportados, como ya se estableció anteriormente no tienen lugar la creación de una sociedad civil o mercantil, ya que pensar lo contrario contravendría lo dispuesto por los artículos 2689 del Código Civil y 6 del Código de Comercio, siendo que el primero indica que “La aportación de los socios puede consistir en una cantidad de dinero u otros bienes o en su industria. La aportación de bienes implica la transmisión de su dominio a la sociedad, salvo que expresamente se pacte otra cosa.”, en relación a lo mismo el artículo 6 del código ya citado establece: “ La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener... V el importe del capital social, VI la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes...” , ambos artículos se refieren al nuevo patrimonio del ente jurídico creado, diferente del patrimonio de las personas que aportan bienes al capital social, por lo que pensamos que si no tenemos un patrimonio autónomo no tenemos sociedad mercantil.

De nueva cuenta podemos hacer mención de los atributos de las personas morales en el sentido de que quien carece de personalidad en nuestro derecho, carece de patrimonio, sin embargo por la características tan peculiares de la Asociación en Participación, es posible transmitir bienes o prestar servicios a quien carece de personalidad

Ante los terceros el único patrimonio que existe es el del asociante, pues en el caso del que el asociado se manifieste ante terceros realizando alguna operación comercial podríamos estar en presencia de una subordinación laboral del asociado para con el asociante y en este caso el que respondería frente a los terceros sería el asociante, o bien podríamos estar frente a un mandato siendo que para este caso el mandatario o sea el asociado obraría en nombre del asociante, finalmente para el caso de que el asociado obre en nombre propio éste respondería de las obligaciones contraídas.

en virtud de que el asociante es el único que se obliga frente a terceros, y la obligada no es la asociación en Participación, y que el asociante compromete su patrimonio, no podemos hablar de un patrimonio autónomo, pues pensemos en el caso que seamos acreedores de una persona moral y conozcamos que algunas de las operaciones que realiza son en base a una Asociación en Participación, sería poco recomendable el que ejercitáramos acciones tendientes a hacer efectivos nuestros créditos demandando estas prestaciones a la Asociación en Participación, ya que nuestras leyes le niegan personalidad, para obtener resultados en la acción intentada debemos ejercitarla contra el obligado, de acuerdo al artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo que respecta al alcance del artículo 257 con relación a la jurisprudencia, consideramos la siguiente tesis:

SOCIEDAD EN PARTICIPACION, CARÁCTER DEL ASOCIANTE EN RELACION A LOS BIENES APORTADOS A LA:

"...debe entenderse que respecto de los bienes aportados por uno de los socios a la asociación, éstos pasan a ser propiedad del asociante, sin que para ello sea necesario se pacte en ese sentido en el contrato, o el socio lo manifieste mediante escritura pública, pues por la propia naturaleza de la sociedad en comento y por disposición expresa de la ley de sociedades mercantiles..."

Amparo directo 281/94 Celestino Gómez Reyes. 27 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos Ponente: Martiniano Bautista Espinosa. Secretaria: Juan Manuel Cárcamo Castillo. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION Tomo XIV, pág. 535.

7. UTILIDADES Y PERDIDAS

Para efecto de la distribución de pérdidas, el artículo 258 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que: "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 socios no podrán ser superiores al valor de su aportación". Este precepto señala de manera expresa la aplicación de las reglas de las sociedades mercantiles, punto en el cual se basan algunos autores para decir que se trata de una sociedad mercantil.

El precepto legal marcado con el número 16 se actualizará sólo en el supuesto de que no haya pacto previo de las partes para la distribución de las pérdidas y ganancias, o bien que existiendo pacto, éste sea notoriamente inequitativo, prohibición que consagra el artículo 17 de la ley de Sociedades Mercantiles.

En la Asociación en Participación existe la obligación por parte del asociante de entregar una parte de las utilidades o bien el derecho de compartir las pérdidas con el asociado, con relación a las utilidades el asociado posee un derecho personal frente al asociante para exigirle sus ganancias, pero si por alguna razón no se pactó la manera en que se distribuirían las ganancias, las partes deberán ajustarse a las reglas previstas en la ley de la materia.

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

- I.- La distribución de las pérdidas y ganancias entre los socios capitalistas se hará en proporción a sus aportaciones,
- II.- A los socios industriales les corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual;
- III.- El o los socios industriales no reportarán las pérdidas.

Los supuestos marcados en las fracciones I y II, no ofrecen problema alguno para su interpretación, pues bastará realizar un balance de lo perdido o lo ganado con relación a las aportaciones de las partes y dividirlo, y para el caso que el negocio sea totalmente ruinoso el asociado responde con el monto de lo aportado, sin embargo, la fracción III requiere de mayores explicaciones. Sin embargo, desde nuestro punto de vista el supuesto anterior no es aplicable a la Asociación en Participación cuando el asociante sólo aporta sus servicios: es decir, cuando el asociante no aporta bienes sólo su trabajo que consiste en la organización, dirección y realización de la negociación mercantil o de las operaciones de comercio.

La aplicación de esta fracción III nos hace suponer que el asociante, quien de acuerdo al artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles obra en su propio nombre y como tal responde de las obligaciones de la Asociación en Participación, al aportar su trabajo y no responder de las pérdidas limitará su responsabilidad al valor de los servicios prestados, lo cual sería incongruente con lo que señala el artículo 258 que en su parte final dice "Las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de sus aportación", eximiendo al asociado de una responsabilidad mayor.

La disposición contenida dentro del artículo 258 es válida tanto internamente como externamente, "en el caso de que los terceros conocieran de la existencia de la Asociación en Participación y que ejercitaran la acción oblicua contra el asociado"²⁴. El asociado sólo responde frente al asociante hasta el valor de sus aportaciones y el asociante, aunque haya aportado sus servicios, responde frente a los terceros de todas las obligaciones por él contraídas, y en el caso de que se quiera repetir contra el asociado, éste, sólo responderá hasta el monto de su aportación.

La norma de la fracción III del artículo 16, solo puede aplicarse al asociado. Ahora bien, la expresión "el socio industrial no reportará las pérdidas", parece indicar que no participa de éstas. Debemos tomar en cuenta que entre los fines de la Asociación en Participación están el que una persona asuma el riesgo de una o varias operaciones de comercio, en sus resultados, y no hacer como único responsable de las pérdidas al asociante o al asociado, en virtud de que éste permanece ajeno a las operaciones de comercio y confía en la destreza del asociante. Además es evidente que quien aporta servicios, también reporta una pérdida, pues por su trabajo no recibió a cambio ganancia alguna.

La aplicación de las reglas para las sociedades que buscan regular a la figura jurídica de la Asociación en Participación tienen su justificación, por que la figura en estudio es un negocio asociativo, similar al contrato de sociedad con fines similares, aunque quién lleva los negocios es solamente el asociante.

²⁴ BEJARANO SANCHEZ Manuel, Obligaciones Civiles, 3ªed, Ed. Harla, México 1995, p.363.

Sin embargo aquellas reglas de sociedad que presuponen la existencia de un ente social, de un fondo común, o aquellas otras que imponen sanciones a los socios, no se aplican a la Asociación en Participación por ser éste un negocio bilateral, por la carencia de personalidad y por la inexistencia de relaciones entre el asociado y los terceros.

Respecto a las acciones que tenga el asociado contra el asociante y viceversa, deberán ejercitarse en la vía ordinaria mercantil, y al carecer la Asociación en Participación de domicilio, las acciones intentadas deberán ser notificadas en el domicilio del deudor.

3.8 FUNCIONAMIENTO, LIQUIDACION Y DISOLUCION.

La Ley General de Sociedades Mercantiles dentro de su artículo 259 regula lo referente a éste apartado, mismo cuyo tenor literario es: "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".

La legislación brinda a las partes la oportunidad de estipular las condiciones, términos y forma de repartirse las utilidades y en su caso las pérdidas, cuando a través de una Asociación en Participación se vaya a realizar sólo una operación comercial, las cuentas pueden rendirse cuando se culmine con esa operación y en el caso de ser operaciones continuas los informes pueden ser periódicos.

La asociación es un contrato típico y nominado, es evidente que la regulación de la figura en estudio es deficiente, y en nuestro concepto a pesar de ser un contrato asociativo, es diferente a la sociedad, lo que no podemos negar es que tiene indiscutiblemente puntos de convergencia con las sociedades, tan es así que el legislador dispone que, para el caso de falta de disposición expresa la Asociación en Participación se disuelve y liquida de conformidad con lo establecido para las sociedades en nombre colectivo, es decir por los preceptos comprendidos entre el artículo 25 y 50 de la Ley que regularmente rige a las sociedades mercantiles.

referencia a lo ordenado por el artículo 259 de la Ley de Sociedades, desde nuestro punto de vista no debe remitirse a la aplicación de reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, toda vez que la Asociación en Participación, difiere por sus características esenciales con éstas, en atención a que, en éstas todos los socios deben responder de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada de acuerdo como lo establece el artículo 25 del ordenamiento mencionado, la Asociación en Participación por su parte presenta una situación por demás diferente, para este mismo caso quien se obliga de manera directa por las obligaciones motivo de la Asociación en Participación es el asociante, el asociado por su parte de acuerdo con el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles corre un riesgo por la aportación entregó al asociante como lo corrobora la parte final del artículo 258 de la ley citada, y en supuesto que el asociante fuera declarado en concurso, la Asociación en Participación al ser de personalidad no podrá responder de las obligaciones adquiridas por el asociante, dado a que él actúa en nombre propio y como único dueño, por lo tanto la Asociación en Participación jamás podrá ser declarada en concurso. Por otro lado los asociados quienes aportaron bienes o servicio podrán acogerse a lo que señala el artículo 92 de la Ley de Concursos Mercantiles, mismo que establece en su segundo párrafo: " El que hubiere contratado con el comerciante, tendrá el derecho a que el conciliador declara si se opondrá al cumplimiento del contrato, en caso de no oponerse, el comerciante deberá cumplir o garantizar el cumplimiento". Si existen bienes aportados al asociante y con relación a estos se pactó la no admisión de estos bienes el conciliador no pasará a administrar a los mismos, teniendo el asociado el derecho indubitable de recuperarlos ya que nunca han salido de su patrimonio y mucho menos podemos decir que pasaron a formar parte del patrimonio social ya que la Asociación en Participación no tiene un patrimonio propio.

pues clara la intención del referido artículo 259 en el sentido de sólo en caso del silencio de partes serán aplicables las disposiciones de las sociedades en nombre colectivo, sin embargo considero que las reglas que primero deberían aplicarse, serían las de las sociedades comandita simple, y sólo supletoriamente, las de las sociedades en nombre colectivo, y ello, virtud de la semejanza más estrecha que guardan los socios de la comandita con los tratantes de una Asociación en Participación.

En una sociedad en comandita simple los socios que responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada son los que realizan los actos de administración; los comanditarios que únicamente cubren su aportación y que no realizan actos de administración no responden solidariamente con los terceros, y en caso de infortunio solamente responderán hasta el monto de su aportación, situación parecida a la que acontece en la Asociación en Participación, por la sencilla circunstancia que el asociante es quien tiene la dirección del negocio y quien a nombre propio se obliga frente a terceros, en el caso que el asociado actúe frente a los terceros debe hacerlo con consentimiento del asociante en calidad de mandatario, bajo pena de responder el mismo con su patrimonio, además de que la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé aplicables a estas sociedades algunas de las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo, según el artículo 57.

Igualmente en el caso de que se prevea alguna modificación al contrato celebrado, el artículo 34 de la Ley que regula a las Sociedades Mercantiles, dentro del capítulo II que reglamenta a la sociedad en nombre colectivo, indica el camino a seguir, estableciendo que "El contrato social no podrá modificarse sino por consentimiento unánime de los socios..." de lo que se desprende que para que se de una modificación que cambie el funcionamiento de la Asociación en Participación deberán consentir tanto el asociante como el asociado.

El asociante está impedido para realizar negocios iguales a los que tiene como objeto social la Asociación en Participación, a menos que el contrato haya establecido lo contrario, en el caso de que el asociante infrinja esta regla el asociado está en posibilidad de exigir el pago de daños y perjuicios, por que en razón de lo pactado se le estaría privando de la obtención de un lucro lícito, además de que el asociante se sirva de lo aportado en provecho propio únicamente, resultando aplicable al caso en concreto el artículo 2104 del Código de Comercio: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes..."

El artículo 43 del capítulo correspondiente a la sociedad en nombre colectivo establece: salvo pacto en contrario la cuenta debe hacerse semestralmente. Por otra parte el artículo 50 del

smo ordenamiento jurídico, contempla algunas causas de rescisión aplicables a la Asociación en Participación, y contempla los siguientes:

- El asociante emplee las aportaciones del asociado en su entero provecho.
- Por que cualquiera de las partes no cumpla con lo pactado;
- Por realizar actos fraudulentos, dolosos por el asociado o asociante en perjuicio de su asociado o en perjuicio de terceros;
- Por concurso del asociante,
- Cuando el Síndico indique su intención de dar por terminado el contrato de Asociación en Participación.

En la Asociación en Participación la parte que cumple con lo estipulado en el contrato, tiene a su vez el derecho de exigir a su contraparte la rescisión o el cumplimiento del contrato o la solución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios, lo anterior dando lugar a la exceptio inadempti contractus fundada en los artículos 376 del Código de Comercio y 49 del Código Civil.

En un panorama global a la Asociación en Participación únicamente le son aplicables, algunas de las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo, por ello, la prelación de las normas que rigen a las sociedades en nombre colectivo debe entenderse e interpretarse siempre regulan las relaciones entre asociante y asociado, pero nunca respecto a terceros.

3.9 PROPUESTA DE REGULACION JURIDICA.

Desde nuestro punto de vista a la Asociación en Participación se le ha pretendido dar un carácter de sociedad con base en los siguientes criterios:

- En un primer plano por encontrarse regulada dentro de la Ley de Sociedades Mercantiles, bajo el enunciado " De la asociación en participación", al respecto considero que ésta figura jurídica carece de los elementos esenciales de las sociedades mercantiles.
- En segundo plano porque la Asociación en Participación presenta ciertas afinidades con las sociedades mercantiles, mismas que son:
 - A) Fin común.- las partes dentro del contrato pretenden la consecución de un fin común, sin embargo en la Asociación en Participación no surte los mismos efectos que una sociedad mercantil, ya que aquí reside por un lado en el asociante quién requiere de las aportaciones para las actividades comerciales y por el otro el asociado que aporta pretendiendo obtener una participación en las utilidades que arroje el negocio mercantil.
 - B) Las aportaciones.- los socios forman un conjunto de aportaciones, solo que a diferencia de las sociedades mercantiles, en la Asociación en Participación éstas no formarán un patrimonio común.
 - C) Vocación de pérdidas y ganancias.- para lo cual la ley dispone que le son aplicables a la Asociación en Participación las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, que sólo se aplicarán en caso de no existir estipulación expresa al respecto dentro del contrato.

Lo anterior nos lleva a pensar que existe un serio problema por la falta de definición de nuestros legisladores, en cuanto a la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, máxime con las últimas reformas fiscales, por lo que actualmente se puede apreciar una contradicción entre la Ley General de Sociedades Mercantiles y la Ley del Impuesto Sobre la

enta, por mi parte y después de realizar un estudio más amplio de la Asociación en Participación dentro de los textos legales, doctrinales y jurisprudenciales, considero prudente la realización de una reforma jurídica al capítulo XIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles, específicamente en sus artículos 258 y 259, artículos que equiparan a la Asociación en Participación a una sociedad mercantil, siendo que el legislador señala claramente la naturaleza jurídica del mismo en su artículo 252 denominándolo contrato, y en los artículos subsecuentes le otorga características específicas que lo hacen único en su especie, mismas que marcan las diferencias tan profundas que la alejan de las sociedades mercantiles, por las razones expuestas considero que de hacerse la reforma propuesta se contará con reglas específicas y concretas aplicables únicamente al contrato de Asociación en Participación, regulándose así de una manera más minuciosa y particular una figura jurídica que reviste características que lo hacen único.

Justificando mi propuesta sobre la base de los siguientes razonamientos:

- .- La ley establece como fuente supletoria de la materia mercantil, el derecho común o civil que regula de manera amplia la teoría general de las obligaciones, sin embargo considero que atendiendo a la naturaleza del acto, objeto, forma y propósito sobre el cual recae la obligación, se deben crear normas jurídicas mercantiles específicas para los actos de comercio, ya que éstos presentan características que los hacen únicos.
- .- Los convenios que producen o transfieren derechos y obligaciones reciben el nombre de contratos; caso en el cual la Asociación en Participación encuadra perfectamente pues existe un acuerdo de voluntades que reside en la intención de aportar bienes o servicios, y la intención de recibir a cambio una participación en las utilidades generadas.
- .- Es un contrato nominado ya que cuenta con una regulación expresa de la ley a la cual se deberán sujetar las partes, presenta un carácter bilateral pues desde su nacimiento genera derechos y obligaciones para ambas partes, es oneroso por virtud de darse provechos y gravámenes recíprocos, por último mencionaremos que es de tracto sucesivo porque se perfecciona en un momento y se ejecuta de momento en momento.

D.- El contrato de Asociación en Participación cuenta como todos los contratos, con elementos de existencia y validez:

Elementos de Existencia:

- I. Consentimiento.- entendido como el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear y transferir derechos y obligaciones, quedando comprendido dentro de éste los vicios del consentimiento: error, dolo, mala fe y violencia. En la Asociación en Participación éste elemento se presenta cuando las partes integrantes acuerdan una entregar bienes o servicio y la otra participar de las utilidades o pérdidas del negocio.

- II. Objeto.- consiste en la cosa que el obligado debe dar o bien hacer o no hacer. Respecto a la obligación de dar se dice que debe de existir en la naturaleza, ser determinado o determinable en cuanto a su especie y tiene que estar dentro del comercio; en cuanto a la obligación de hacer o no hacer se requiere que sea de acorde con las normas jurídicas. Por lo que respecta al objeto de los contratos se advierte que las cosas nunca son lícitas o ilícitas, lo que es lícito o ilícito es la conducta es decir el hacer o no hacer las leyes de orden público y las buenas costumbres van a determinar la calificación del hecho. En la Asociación en Participación este elemento está representado por las aportaciones de los asociados, que puede consistir en cualquier bien o derecho que implique la transmisión de la propiedad o del uso de los mismos, estas aportaciones deben valorarse desde el momento de la entrega, ya que salvo pacto en contra se entenderán como translativas de dominio, pues los bienes aportados se entienden que pertenecen en propiedad al asociante, debiendo revestir las formalidades que establece la ley respecto de los bienes inmuebles. Las aportaciones pueden consistir también en la prestación de servicios, sin que constituya una relación de trabajo, debido a que no existirá una relación de subordinación ni dependencia económica, es sólo una relación de coordinación entre las partes para la realización de las operaciones comerciales y así obtener las utilidades de las cuales se harán partícipes las partes, ahora bien por lo que

respecta a éste supuesto la ley establece que salvo pacto en contrario el asociado industrial no reportará las pérdidas.

Elementos de Validez:

Capacidad.- es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y de hacerlos valer por sí mismos, en el caso de las personas físicas o representantes legales en el caso de personas morales. Teniendo en cuenta que la Asociación en Participación nace para la realización de una o varias operaciones comerciales cuya finalidad será lucrativa, es menester que por lo menos el asociante cuente con la capacidad legal para ejercer el comercio, al respecto "la ley determina las limitaciones que se tienen al respecto".²⁵ La ley no expresa que sea necesaria la calidad de comerciante, tanto en el asociante como en el asociado, sin embargo puede ser que desde el nacimiento del contrato una de las partes sea comerciante o bien que por su actividad haga del comercio su ocupación ordinaria, revistiendo así la calidad de comerciante. Debe de entenderse que la calidad en los sujetos no determina la naturaleza del contrato.

Motivo o fin.- entendiendo como motivo la razón o impulso que lleva al individuo a contratar con otro; el fin es el destino final que le darán las partes a la cosa. En la Asociación en Participación se persigue un fin que consiste en buscar las aportaciones de uno o unos para realizar las operaciones comerciales y posteriormente participar de las utilidades o pérdidas en cuanto al resultado próspero o adverso del negocio.

- I. Forma.- conjunto de elementos sensibles que envuelven la voluntad de los que contratan, implica la manera en que se exterioriza la voluntad y además implica que se deberá hacer conforme a la ley. La forma presenta ciertas ventajas que son las siguientes: a) garantía de seguridad jurídica para las partes, b) permite que los contratos no concluyan de manera precipitada, ya que en contenido del mismo puede existir un arreglo entre las partes, c) permite que lo pactado entre las partes se cumpla con estricto

Véase. Elementos del contrato asociante y asociado. Asociante, p.p. 66, 67 y 68.

apego a las cláusulas, términos y plazos establecidos por las partes, d)permite que los contratos puedan inscribirse en los registros públicos. La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 254 señala la obligatoriedad de que conste por escrito todo contrato de Asociación en Participación.

F.- La ley prevé que para el caso de la distribución de utilidades y pérdidas se apliquen reglas establecidas para las sociedades en general, en lo cual no estamos de acuerdo ya que la Asociación en Participación es carente de patrimonio propio y de personalidad jurídica.

G.- Finalmente la ley establece que para el funcionamiento, liquidación y disolución se estará a lo pactado entre las partes, a falta de éste se aplicarán reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, lo cual no puede ser ya que nuestro contrato presenta situaciones diferentes; tal y como en el caso del concurso mercantil que no puede existir pues la Asociación en Participación no es una persona moral, así mismo consideramos que las causas de rescisión y las reglas que operan para la liquidación no pueden operar en el contrato de estudio, puesto que dichas medidas suponen la existencia de un patrimonio propio y de personalidad jurídica. Por lo cual reiteramos que dichas normas sólo pueden regular las relaciones entre asociante y asociado, nunca con relación a los terceros.

CAPITULO IV

LA ASOCIACION EN PARTICIPACION DENTRO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y LA LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

Consideraciones Preliminares.

Atendiendo a las características ampliamente estudiadas dentro del capítulo que antecede, se pudo observar que la Asociación en Participación es una figura jurídica legalmente constituida, empleada para realizar actos de comercio o desarrollar actividades empresariales, que reviste características que la diferencian de las sociedades mercantiles, tales como el carecer de personalidad jurídica propia, denominación o razón social, y patrimonio propio; figura jurídica noble y sencilla en su constitución, que proporciona en la época moderna un medio idóneo para desarrollar actividades comerciales mismas que se han venido realizando de manera muy frecuente en agrupaciones de personas físicas, otras veces de personas morales y algunas de personas físicas y morales.

El régimen tributario consideró que la Asociación en Participación cuenta con una autonomía patrimonial y una organización suficiente que les permite realizar negociaciones mercantiles y actos de comercio, por lo tanto pueden ser consideradas como contribuyentes independientes, y a partir de las últimas reformas fiscales que entraron en vigor el 1° de enero del año 2002, se les equipara a una persona moral únicamente para efectos fiscales, tal y como se desprende de la lectura del artículo 8° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en donde incluye de manera expresa a nuestra figura en estudio dentro de la rama de personas morales residentes en el país, las cuales acumularán la totalidad de sus ingresos en efectivo, en bienes, en servicios, en crédito o de cualquier otro tipo que obtengan en su ejercicio fiscal.

Ahora bien tratándose desde luego de la Asociación en Participación desde nuestro particular punto de vista el contenido de las últimas reformas hacendarias, éstas van en franca oposición a la ley que rige al acto jurídico, en este caso a la Ley General de Sociedades Mercantiles, puesto que en una clara interpretación de los artículos, que regulan la figura jurídica materia de nuestro estudio dentro de la ley mencionada, se deducen las siguientes características: no hay fondo, ni tampoco actividades comunes, el asociante obra en nombre propio y nunca en representación de los asociados, carece de personalidad jurídica, denominación o razón social.

Desde luego respetando las razones que el legislador tuvo para efectuar una reforma en materia fiscal, hacemos un pequeño aporte refiriéndonos desde luego a la Asociación en Participación, que a nuestro parecer representa una figura jurídica única en su especie y que la Ley General de Sociedades Mercantiles le otorga características especiales por así llamarlo, por lo que referimos que primero se debió revisar y modificar dicha ley primaria, esto con el firme propósito de no presentarse contradicciones e incongruencias que marcan diferencias entre la ley que rige el acto y la que lo reglamenta, mismas que a continuación señalaremos.

Ley del Impuesto Sobre la Renta:

- Ante un tercero (fisco) la Asociación en Participación deja de revestir el carácter de oculto.
- La Asociación en Participación tiene la obligación de inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes.
- Para efectos fiscales la Asociación en Participación es considerada como una persona moral.
- En virtud de ser considerada una persona moral al inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes se le exigirá la designación de un nombre, domicilio, objeto, nacionalidad y demás atributos de la persona.

Ley General de Sociedades Mercantiles:

- Artículo 256 establece que no existe relación con los terceros.
- Artículo 254 la Asociación en Participación no estará sujeta a registro.

- Artículo 253 la Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica, ni razón o denominación.

Gracias a las recientes reformas efectuadas a la Ley del Impuesto Sobre la Renta, y tratándose en forma particular al contrato de Asociación en Participación, no podemos dejar de apreciar que se brinda con ello una regulación más amplia en materia fiscal, subsanando con ello las lagunas jurídicas que se presentaban antes, ya que ahora se atenderá a la naturaleza de las personas ya físicas o morales, estableciendo así la forma de tributar de cada una de ellas, acierto del legislador pues de esta manera no violenta en forma alguna las garantías de los contribuyentes.

Desde nuestro punto de vista el legislador al efectuar las últimas reformas fiscales busca acabar con la evasión fiscal, medida que se apoya en todo momento, sin embargo consideró que toda modificación legal es válida siempre y cuando no atente contra la naturaleza misma de los actos y hechos jurídicos que reglamenta.

4.1 CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES.

De la lectura efectuada al artículo 8º de la Ley del impuesto Sobre la Renta se puede observar que ya se le da un tratamiento específico a la Asociación en Participación, por lo cual si pretendemos saber cuales son los derechos y obligaciones de aquellos contribuyentes que celebren un contrato de ésta naturaleza, se debe efectuar una lectura del Título II de las personas morales, y del Título IV De las obligaciones de las personas físicas, así mismo del artículo segundo transitorio fracción XVII de la legislación antes mencionada.

Para efectos de determinar las obligaciones fiscales que se deben cumplir, en primer plano se debe determinar a que sujetos se aplicará la legislación tributaria; para efectos fiscales al celebrarse una Asociación en Participación se da nacimiento a un contribuyente independiente a la propia asociación que puede ser persona física o moral, que se coloque en una situación jurídica que sea acreedora al pago de impuestos, por lo cual el artículo 1º establece:

Las personas físicas y las morales están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos:

Las residentes en México respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de fuente de riqueza de donde procedan.

Las residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente o una base fija en el país, respecto de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento permanente.

Las residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, o cuando teniéndolos, dichos ingresos no sean atribuibles a éstos.

Con respecto a las obligaciones fiscales que se deben cumplir, la actual ley del Impuesto sobre la Renta al darle a la Asociación en Participación un tratamiento de persona moral, contiene diversas disposiciones que en su conjunto van a determinar los siguientes derechos y obligaciones: (artículos 10, 14, 29, 86, 88, 89, y segundo transitorio fracción XVII).

Las personas morales deberán calcular el impuesto sobre la renta, aplicando al resultado fiscal obtenido en el ejercicio la tasa del 32 %.

Llevar una contabilidad de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su reglamento y el reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Expedir comprobantes fiscales por las operaciones que realice.

Presentar a más tardar el 15 de febrero de cada año, la información correspondiente de las personas a las que hubieran efectuado retenciones en el año de calendario anterior por servicios profesionales.

Formular balance y levantar inventario.

Presentar a más tardar el día 15 de febrero de cada año, declaración informativa de financiamientos del extranjero.

Presentar a más tardar el día 15 de febrero de cada año, la información sobre el nombre, domicilio, y Registro Federal de Contribuyentes, de cada una de las personas a quienes

efectuaron pagos de dividendos, así como el monto pagado en el año de calendario inmediato anterior.

- Llevar el registro de las inversiones por las que se tomó la deducción inmediata, anotando los datos de la documentación comprobatoria que los respalde y describiendo en el mismo el tipo de bien, el por ciento de la deducción que les correspondió y la fecha en la que el bien se dé de baja.
- Llevar una cuenta de utilidad fiscal neta (CUFIN) y una cuenta de capital de aportación (CUCA).
- Para efectos de la Asociación en Participación la cuenta de capital de aportación (CUCA) se integrará con las aportaciones de los asociados, disminuyendo los retiros efectuados desde la fecha en que se creó el convenio.
- Cuando se efectúen reembolsos ó reducciones de capital a favor de sus integrantes, éstas de deberán ser tratadas como utilidades distribuidas.
- Se calculará el coeficiente de utilidad para efectuar los pagos provisionales adicionando o reduciendo a la utilidad fiscal o a la pérdida, según sea el caso, el importe de la deducción inmediata, considerando el total de los ingresos percibidos por la Asociación en Participación, así como la utilidad fiscal derivada del mismo ejercicio que termine.
- Presentar declaración informativa a más tardar el día 15 de febrero del 2002, de las operaciones realizadas durante el año 2001, de aquéllos clientes y proveedores con los que realicen operaciones por importes superiores a \$ 50,000.00 (cincuenta mil pesos) en el ejercicio, dicha información sólo se presentará a requerimiento de la autoridad.
- Cuando una persona moral incrementa su capital y dentro de los dos años siguientes lo disminuya, deberá determinar el impuesto que correspondería de haber enajenado dichas acciones.
- Las personas morales determinarán, al cierre de cada ejercicio, el ajuste anual de inflación, de acuerdo a las reglas establecidas en los artículos 46 y 47.

No olvidemos que por determinación de la Ley General de Sociedades Mercantiles ley que rige a nuestro contrato, la Asociación en Participación está representada ante terceros por el asociante quién deberá dar cumplimiento a todas las obligaciones materia del propio contrato, por lo cual los asociados deberán: "implementar un sistema que establezca una revisión permanente del cumplimiento de las diversas obligaciones fiscales para una mejor seguridad legal de los asociados e inclusive del asociante".²⁶

Tal y como lo hemos estudiado dentro del capítulo III de nuestro trabajo de tesis, la Asociación en Participación, también puede estar constituida por personas físicas, por lo cual a ley del Impuesto Sobre la Renta establece obligaciones a aquellas personas físicas que desarrollan actividades a través de una Asociación en Participación, por lo cual desde nuestro punto de vista le serán aplicables las disposiciones de la Ley del Impuesto Sobre la Renta contenidas en el capítulo II Sección I, II y III artículos 124, 134 y 137 respectivamente, toda vez que nuestro contrato materia del presente estudio puede colocarse en el supuesto normativo que ahí se describe.

Sección I De la Personas Físicas con Actividades Empresariales y Profesionales.

Están obligadas al pago de impuestos, las personas físicas que perciban ingresos derivados de la realización de actividades empresariales o de la prestación de servicios profesionales.

Las personas físicas residentes en el extranjero que tengan uno o varios establecimientos permanentes en el país, pagarán el Impuesto Sobre la Renta por los ingresos atribuibles a los mismos, derivados de las actividades empresariales o de la prestación de servicios profesionales.

Se entiende por actividad empresarial las provenientes de la realización de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, de pesca o silvícolas.

²⁶ ROJAS Y NOVOA Alejandro, Estudio Práctico del Régimen Fiscal de la Asociación en Participación, Ed. ISEF, 16ª ed, México 2001, p. 45.

Los contribuyentes colocados en éste supuesto deberán de cumplir además de las obligaciones establecidas en diversos artículos de la legislación tributaria las siguientes:

- Llevar una contabilidad de acuerdo con el Código Fiscal de la Federación y su reglamento.
- Solicitar su inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes.
- Expedir y conservar comprobantes que acrediten los ingresos que perciban, los que deben cumplir con los requisitos establecidos en el Código Federal de Contribuyentes y su reglamento.
- Conservar la contabilidad y los comprobantes de los asientos respectivos, así como aquellos necesarios para acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales.
- Formular estado de posición financiera y levantar inventario de existencias hasta el 31 de diciembre de cada año.
- Llevar un registro específico de las inversiones por las que se tuvo deducción inmediata.
- Expedir constancias en las que asienten el monto de los pagos efectuados que constituyan ingresos de fuente de riqueza ubicada en México.
- Presentar y mantener a disposición de la autoridad fiscal la información a que se refieren las fracciones VII, VIII y IX del artículo 86 de la ley tributaria.

Sección II Del Régimen Intermedio de las Personas Físicas con Actividades Empresariales.

Los contribuyentes que realicen actividades empresariales cuyos ingresos obtenidos en el ejercicio inmediato anterior por dichas actividades no hubiesen excedido de \$ 4,000,000.00, (cuatro millones de pesos), aplicarán las disposiciones de la sección I, y podrán llevar un libro de ingresos, egresos y registro de inversiones y deducciones.

Asimismo no están obligados a elaborar estados financieros, levantar inventario físico, presentar declaración anual y conservar documentación relativa a operaciones con partes relacionadas residentes en el extranjero.

Sección III Del Régimen de Pequeños Contribuyentes.

Régimen aplicable a aquéllos contribuyentes que enajenen bienes o presten servicios al público en general, cuando los ingresos por sus actividades empresariales y los intereses obtenidos en el año de calendario anterior, no excedan de la cantidad de \$1,500,000.00(un millón quinientos mil pesos).

Dichas personas físicas deberán de cumplir con las siguientes obligaciones:

- Solicitar su inscripción al Registro Federal de Contribuyentes.
- Presentar ante la autoridad fiscal a más tardar el 31 de marzo del ejercicio en el que comience a pagar el impuesto establecido para éstas personas, o dentro del primer mes siguiente al de inicio de operaciones el aviso correspondiente.
- Conservar comprobantes que reúnan requisitos fiscales, por las compras de bienes menos de activo fijo, que usen en su negocio cuando el precio sea superior a \$ 2,000.00. (dos mil pesos).
- Llevar un libro de ingresos diarios.
- Entregar a sus clientes copias de las notas de venta y conservar los originales de las mismas.
- Presentar en los meses de julio del ejercicio al que corresponda el pago y enero del ejercicio siguiente, declaraciones semestrales en las que determinará y pagará el impuesto conforme lo dispone la ley.
- No realizar actividades a través de fideicomisos.

4.2 ACUMULACION DE LA UTILIDAD FISCAL.

El asociante participa una parte de la utilidad de la Asociación en Participación a los asociados, y lo efectuara sobre la base de lo que se haya pactado, en caso de no existir acuerdo se realizará de acuerdo con lo que establece el artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ahora bien para dar cabal cumplimiento a esta obligación a cargo del asociante, además de observar lo que establece la Ley que rige el acto, se debe acatar lo que determina la legislación fiscal, que al mismo tiempo impone ciertas obligaciones tal y como lo pudimos apreciar al inicio del presente capítulo.

La utilidad fiscal es aquella que se obtiene disminuyendo de la totalidad de ingresos acumulables obtenidos en el ejercicio, las deducciones establecidas en la ley, es decir una vez que se obtuvieron ingresos le restamos los gastos y la diferencia que resulte será la cantidad sobre la cual se gravará el impuesto sobre la renta, y de esta manera se presente el ejercicio fiscal al año correspondiente.

La utilidad fiscal es importante ya que determinará la cantidad en base a la cual se dividirán las ganancias o las pérdidas, para efectos del reparto de utilidades obtenidas del negocio mercantil o del acto o actos de comercio según corresponda, ya que internamente se deberá de considerar el reparto de las ganancias sobre la base de la parte proporcional de su aportación, de manera que entre mayor sea la utilidad fiscal obtenida en la Asociación en Participación, crecerá el importe de las ganancias a distribuir entre los asociados.

4.3 PERDIDA FISCAL.

De conformidad con el artículo 61 de la materia, la pérdida fiscal es la diferencia entre los ingresos acumulables del ejercicio y las deducciones autorizadas por esta ley, cuando el monto de estas últimas sea mayor que los ingresos. Dicha pérdida podrá ser disminuida de la utilidad fiscal de los 10 ejercicios siguientes hasta agotarla.

Si por alguna causa el contribuyente no disminuyó dichas pérdidas de otros ejercicios perderá el derecho de hacerlo en ejercicios posteriores hasta por la cantidad en que pudo haberla efectuado.

Se debe tener en cuenta que para aplicar las pérdidas fiscales en el ejercicio fiscal, el monto de las mismas se debe de ir actualizando, y se hará de acuerdo a los términos que establece el

artículo 61 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, así mismo se deberá tener presente que el derecho a disminuir las pérdidas fiscales es personal del contribuyente que las sufra y no podrá ser transmitido a otra persona ni como consecuencia de una fusión.

La nueva ley del Impuesto Sobre la Renta no olvidó que la Asociación en Participación, puede estar formada por personas físicas por lo cual a través de disposición transitoria establece que las personas físicas que únicamente obtengan ingresos por actividades realizadas a través de la Asociación en Participación, podrán transmitir a la asociación en que sigan participando, el monto que les corresponde de las pérdidas fiscales generadas en el ejercicio fiscal del 2001, para que dichas pérdidas sean disminuidas por dicha Asociación en Participación en el futuro, siempre y cuando la persona física no las disminuya y se respeten los porcentajes de participación en la asociación, y además se cumpla con las reglas de carácter general que al efecto expida el Sistema de Administración Tributaria.

En concordancia con la Utilidad Fiscal y la Pérdida Fiscal, de acuerdo a la última reforma fiscal la Asociación en Participación, deberá aplicar las pérdidas fiscales de ejercicios fiscales pendientes de aplicar en ejercicios anteriores contra la utilidad fiscal, y así de esta manera determinar su resultado fiscal para determinar el Impuesto Sobre la Renta del ejercicio actual.

4.4 APORTACIONES DE BIENES.

En materia fiscal los bienes constituyen el activo fijo que es el conjunto de bienes tangibles que utilizan los contribuyentes para la realización de sus actividades y que se demeritan por el uso y por el transcurso del tiempo. La adquisición o fabricación de estos bienes tendrán siempre como finalidad la utilización de los mismos para el desarrollo de las actividades del contribuyente, y no la de ser enajenadas dentro del curso normal de sus operaciones.

En la Asociación en Participación tanto el asociante como el asociado pueden aportar ya sea servicios, bienes o recursos financieros en propiedad o uso, esto dependiendo del acuerdo entre las partes, dicho acuerdo puede revestir la forma del contrato, que por sí mismo, no transfiere la propiedad de los bienes, es decir la celebración del contrato no puede equipararse

a una compraventa de bienes, porque los mismos se aportaron para llevar a cabo un negocio mercantil.

No obstante, debido a que la Asociación en Participación no tienen personalidad jurídica los terceros contratan únicamente con el asociante, por lo que externamente se puede presumir que los bienes pertenecen en propiedad al asociante, pero esta presunción de propiedad opera solo frente a terceros y no entre los contratantes, y tiene dos excepciones:

- a) Cuando por la naturaleza de la aportación sea necesario cumplir ciertas formalidades y no se han cumplido;
- b) Cuando en el contrato de Asociación en Participación se estipule que los bienes no se aportan en propiedad, debiendo ser inscrita esta cláusula en el Registro Público de Comercio.

En estos dos casos no opera la presunción de propiedad respecto de terceros que contratan con el asociante, incluso la disposición que enuncia " aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella", de lo que debemos entender que los terceros consideran propietario de los bienes al asociante, por lo que podrán ejercer contra él las acciones legales que se ejercitan contra los terceros.

Al considerar que la Asociación en Participación es una persona moral para efectos de la ley del Impuesto Sobre la Renta, no debe cumplirse con las mismas formalidades que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles es decir que este inscrita en el Registro Público de Comercio, lo cual deja de ser un requisito legal sólo para efectos fiscales, ya que la Asociación en Participación tiene vida propia por lo cual no le impone consecuencia alguna si la enajenación carece de las formalidades que establecen otras leyes y, en consecuencia no puede darse la presunción de que un inmueble se aportó en propiedad por un asociado al asociante si

no existe documento que así lo compruebe, ya que para la legislación tributaria nuestro contrato en estudio se considera una persona moral, con lo cual constituye un ente distinto a aquellos que le dan vida.

4.5 PAGOS PROVISIONALES.

A partir de las reformas fiscales del 1° de enero del 2002, se elimina la posibilidad de efectuar pagos provisionales trimestrales ahora se efectuarán en forma mensual a cuenta del impuesto del ejercicio, sin embargo, aquellos que los realizaron de esta manera efectuarán los pagos correspondientes a los tres primeros meses del ejercicio 2002 en una sola declaración, a más tardar el 17 de abril del 2002.

Los pagos provisionales son aquellos que se realizan a cuenta del impuesto del ejercicio, para su determinación por concepto de ingresos obtenidos vía el contrato de Asociación en Participación, es necesario determinar el coeficiente de utilidad para pagos provisionales que se obtendrá adicionando o reduciendo a la utilidad fiscal o a la pérdida fiscal, según sea el caso, el importe de la deducción inmediata.

Cabe destacar que para proceder a la disminución de pagos provisionales se requiere de la previa autorización de la autoridad, y será únicamente a partir del segundo semestre del ejercicio, por lo que respecta a la forma en que dicha disminución debe realizarse la ley del Impuesto Sobre la Renta señala las reglas a seguir en su artículo 14 fracción II.

Asimismo la Ley del Impuesto Sobre la Renta establece a través de su artículo segundo transitorio fracción XVII, que para efectos establecer el coeficiente utilidad de los pagos provisionales que deberán aplicar las Asociaciones en Participación, se considerarán el total de los ingresos percibidos por dicha asociación así como la utilidad fiscal derivada del mismo en el ejercicio que termine con motivo de la entrada en vigor de la ley del Impuesto Sobre la Renta del 2002.

En el caso de no existir utilidad en dicho ejercicio ni en los cinco anteriores, las Asociaciones en Participación considerarán como coeficiente de utilidad para la determinación de sus pagos provisionales, el que corresponda a la actividad preponderante que realice de acuerdo con el artículo 90 de la ley de la materia.

La Asociación en Participación deberá apegarse a lo establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta en materia de pagos provisionales.

Por lo que respecta a las personas físicas ubicadas en el ramo de actividades empresariales y profesionales, éstas podrán efectuar pagos provisionales mensuales a cuenta del impuesto del ejercicio, aplicando al total de ingresos obtenidos en el periodo al que corresponda el pago, disminuidos con las deducciones correspondientes a ese periodo, autorizadas por el artículo 123 de la legislación tributaria.

4.6 CONTRATANTES CON RESIDENCIA EN EL EXTRANJERO.

El derecho positivo mexicano prevé ciertas restricciones para los extranjeros en relación con su régimen patrimonial, la formación de sociedades y la adquisición de inmuebles, así mismo debemos mencionar que de “ la creación de la regularización actual referente a las limitaciones que tiene el extranjero sobre la propiedad inmueble, se inicia a partir de la constitución de 1917 principalmente en su artículo 27.”²⁷

El Estado mexicano tiene la facultad de conceder el dominio a los extranjeros sobre tierras, aguas y accesiones así como otorgar concesiones a los extranjeros sobre citados bienes, otorgamiento que estará sujeto a los siguientes requisitos:

A) Los extranjeros firmarán un convenio con la Secretaría de Relaciones Exteriores en el cual se comprometen a considerarse nacionales respecto de dichos bienes.

²⁷ PEREZNIETO CASTRO Leonel, Derecho Internacional Privado, 7^{ed}, Ed. Oxford, México 2000, p.63.

- B) Los extranjeros no invocarán en lo que atañe a esos bienes, la protección de su gobierno y en caso de hacerlo, perderán los bienes en beneficio de la Nación. (Cláusula Calvo).
- C) Los extranjeros carecen de capacidad legal para adquirir dominio directo de tierras y aguas dentro de las zonas restringidas.

Al respecto la Ley de Inversión extranjera tienen como objeto determinar cuales son las reglas necesarias para canalizar la inversión extranjera; dentro de la Ley en mención se prevén las áreas reservadas para el Estado mexicano o a las sociedades mexicanas con cláusulas de exclusión de extranjeros. “Las primeras son las áreas tradicionales que están reservadas en el ámbito constitucional (artículo 28), las segundas en parte son también las tradicionales y se les añade la prestación de servicios profesionales”.²⁸

Asimismo la Ley de Inversión Extranjera enlista las materias y los diferentes porcentajes respecto al capital extranjero que pretenda invertir en las sociedades mexicanas, que limita al 49% supuesto del cual se desprende que la persona física o moral extranjera no puede constituirse como asociante, pues él es quién se ostentaría como único dueño del negocio.

La ley del Impuesto Sobre la Renta dentro del artículo 1º establece aquellos sujetos activos y las condiciones que deberán atender las personas físicas o morales que están obligadas al pago de impuestos, supuesto dentro del cual se coloca la Asociación en Participación ya que puede surgir a la vida jurídica, revistiendo alguna de las siguientes posibilidades:

- Qué la Asociación en Participación tenga un establecimiento permanente en México.
- Qué la Asociación en Participación resida en el extranjero y tenga un establecimiento permanente en México.

²⁸ De PINA VARA Rafael, Estaduto Legal de los Extranjeros, Ed. Porrúa, México 2000, p. 404

- Qué la Asociación en Participación resida en el extranjero aun y cuando no tenga establecimiento permanente en México, pero que reciba ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional.

Para efectos fiscales se considerará que el residente en el extranjero cuenta con establecimiento permanente cuando actúe en el país a través de una persona física o moral, respondiendo de todas las actividades fiscales que dicha persona realice para él, aun cuando no tenga en territorio nacional un lugar de negocios o para la prestación de servicios, si dicha persona ejerce poderes para celebrar contratos en nombre o por cuenta del residente en el extranjero.

Se considera establecimiento permanente cualquier lugar de negocios en el que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales o se presten servicios personales independientes, entendiéndose como tal las sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, minas, canteras o cualquier lugar de exploración o explotación de recursos naturales.

Para la legislación fiscal todos aquellos ingresos atribuibles a un establecimiento permanente en el país será objeto del pago del Impuesto Sobre la Renta, y para tal efecto considera los provenientes de la actividad de la empresa o los ingresos por honorarios y en general por la prestación de un servicio independiente, así como los que deriven de enajenaciones de mercancías o de bienes muebles en territorio nacional, efectuados por la persona residente en México, por otro establecimiento de ésta o directamente por el residente en el extranjero.

Asimismo para la legislación fiscal son acreedores al pago del mencionado impuesto todo aquél contribuyente que otorgue el uso o goce temporal de bienes inmuebles, considerando que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional cuando en el país estén ubicados dichos bienes; también se consideran ingresos las contraprestaciones que se obtengan del residente en el extranjero por conceder el uso o goce y demás derechos que se convengan sobre el bien inmueble ubicado en el país, aun cuando dichas contraprestaciones se deriven de la enajenación o cesión de los derechos mencionados.

Tratándose de los ingresos por otorgar el uso o goce de bienes muebles se considerará que la fuente de riqueza se encuentra en territorio nacional, cuando los bienes destinados a actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas y de pesca, se utilicen en el país, presumiéndose salvo prueba en contrario que se usan en el país cuando el que usa o goza los bienes es residente en México o reside en el extranjero con establecimiento permanente en México. En el caso de que los bienes muebles se destinen a actividades distintas de las mencionadas, cuando en el país se haga la entrega material de los bienes muebles.

Cuando la enajenación de acciones o de títulos valor represente la propiedad de bienes, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional, cuando la persona sea residente en México y ella los haya emitido o cuando el valor contable de dichas acciones o títulos valor provengan en más del 50% de bienes inmuebles ubicados en el país.

Ahora bien en congruencia con las modificaciones al régimen fiscal de la Asociación en Participación, se da un tratamiento de enajenación por acciones por residentes en el extranjero, a la enajenación de las participaciones que éstos tengan en las Asociaciones en Participación, supuesto bajo el cual la fuente de riqueza se ubicará en el país cuando a través de la asociación en Participación se realicen actividades empresariales de manera parcial o total en México.

4.7 LA ASOCIACION EN PARTICIPACION EN LA LEY DE IMPUESTO AL VALOR AGREGADO.

En la Ley del Impuesto al Valor Agregado, no existe ninguna disposición que haga referencia a los actos o actividades realizadas a través de una Asociación en Participación, sin embargo, si tomamos en cuenta para efectos fiscales se le equipara a una persona moral, y que por virtud de dicho contrato se realizan actividades mercantiles, entonces se aplicarán todas las disposiciones de la ley citada, por lo tanto nuestro contrato debe cumplir con las obligaciones materia del impuesto en comento.

Partiendo de la premisa de que para efectos fiscales la Asociación en Participación es considerada persona moral, a ésta le será aplicable lo establecido por el artículo 1º mismo que señala:

“Están obligados al pago del Impuesto al Valor Agregado establecido en esta ley, las personas físicas o morales que en territorio nacional, realicen los actos o actividades siguientes:

- I. Enajenen bienes,
- II. Presten servicios independientes,
- III. Otorguen el uso o goce temporal de bienes,
- IV. Importen bienes o servicios.

De manera general el Impuesto al Valor Agregado se calculará aplicando a los valores que señala la ley, una tasa del 15 %, y en ningún caso se considerará que forma parte de dichos valores; al respecto cabe aclarar dicha tasa variará dependiendo del lugar y de las actividades realizadas por la Asociación en Participación, toda vez que la ley en comento contiene diversas disposiciones a actividades específicas al establecer v. gr. el impuesto sobre ventas y servicios al público en general, impuesto sobre ingresos de personas físicas, el impuesto a la venta de bienes y servicios suntuarios. Así mismo dentro de esta ley se determinan los actos o actividades que quedarán exentas del pago de dicho impuesto, por lo que es importante que la Asociación en Participación determine sus actividades.

Recordemos que por virtud del contrato de Asociación en Participación una persona entrega a otra ciertos bienes o servicios para la realización de una o varias operaciones de comercio, desde nuestro punto de vista esta circunstancia toma cierta importancia para efectos de la aplicación de la ley del Impuesto al Valor Agregado, pues debe de quedar establecido de manera clara y contundente dentro de las cláusulas del contrato, que los bienes son otorgados para su uso y goce con el fin de que se vea realizado el negocio empresarial o el acto comercial principal de la Asociación en Participación, pero que de ninguna manera se traslada el dominio de estos bienes, lo anterior es de vital importancia dentro del contrato de Asociación en Participación, pues de lo contrario la autoridad podría cobrar a la Asociación en

Participación el Impuesto al Valor Agregado correspondiente a los bienes aportados, tomando como base el avalúo que se haya practicado para tal efecto.

Para efectos de la Ley del Impuesto al Valor Agregado se entiende como uso o goce temporal de bienes, el arrendamiento, el usufructo y cualquier otro acto, independientemente de la forma jurídica que al efecto se utilice, por el que una persona permita a otra usar o gozar temporalmente bienes, a cambio de una contraprestación. Para tal efecto se considera que el Impuesto al Valor Agregado se causa en el momento en que se cobre efectivamente las contraprestaciones y sobre el monto de cada una de ellas.

Del desarrollo del presente capítulo se puede observar que las legislaciones tributarias regulan de una manera más amplia la figura de Asociación en Participación, equiparándola a persona moral únicamente para efectos fiscales, lo cual desde mi punto viene a complicar más la tarea de establecer la naturaleza jurídica de dicha figura jurídica, además de presentarse contradicciones entre las leyes que la regulan, sin embargo, lo considero un acierto a fin de que los contribuyentes cumplan con sus obligaciones fiscales.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: La Asociación en Participación encuentra su antecedente más remoto en el contrato medieval de commenda, figura que consistía en que una persona denominada commendatore, aportaba capital, que consistía en mercancías para venta o dinero para la compra y la otra persona denominada tractator, aportaba su trabajo que consistía en la realización del viaje a otros lugares y ciudades, y la realización del trueque de los bienes, ambas personas participaban de las utilidades y pérdidas.

SEGUNDA: Podemos establecer como características específicas de la Asociación en Participación las siguientes: carece de personalidad jurídica ya que sólo una de las partes dirige la empresa en nombre propio respondiendo ilimitadamente de sus actos; como consecuencia inevitable de lo anterior no cuenta con patrimonio propio, denominación o razón social, y no esta sujeta a registro pero debe constar por escrito.

TERCERA: Desde el punto de vista formal la Asociación en Participación es un contrato celebrado entre dos personas o más donde una de las partes dirige el negocio o las actividades empresariales en nombre propio y los otros únicamente participan en las utilidades o bien en las pérdidas; en donde no existirá relación jurídica entre los terceros y los asociados, pues con respecto a los terceros el único ente de derechos y obligaciones es el asociante.

CUARTA: De la lectura de los artículos 252 a 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establecen la forma en que se constituye, desarrolla y extingue, una Asociación en Participación, se observa que existe una falta de claridad en ellos, ya por un lado no le otorga de manera absoluta el título de sociedad mercantil y por el otro le supone una naturaleza esencialmente análoga a ellas, ante esta contradicción establecida en la ley que rige al acto no se puede establecer con seguridad, la naturaleza jurídica de la figura que nos ocupa.

- QUINTA:** La Asociación en Participación para efectos fiscales, es considerada como una persona moral, al considerar que cuenta con cierta autonomía patrimonial y una organización suficiente para desarrollar actividades empresariales por lo cual le otorga una amplia gama de obligaciones, a una figura jurídica legalmente constituida y que originalmente carece de ellas.
- SEXTA:** Con motivo de las últimas reformas fiscales del 1° de enero del 2002, se desvirtúa aún más la posibilidad de establecer la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, ya que la ley del Impuesto Sobre la Renta al darle un tratamiento de persona moral, se contrapone a lo que estatuye la Ley General de Sociedades Mercantiles, situación que rompe con las reglas jurídicas, mismas que establecen que las leyes deben de aplicarse de manera que se complementen entre sí y no que se excluyan.
- SEPTIMA:** Concluimos estableciendo que las últimas reformas efectuadas a la Ley del Impuesto Sobre la Renta, se deben primordialmente al carácter dinámico del derecho tributario, y sin lugar a dudas va encaminado a tratar de terminar con la evasión fiscal, sin embargo se ha descuidado el punto relativo a la ley que rige al acto.
- OCTAVA:** Consideramos que en la actualidad resulta inadecuada la escasa regulación que se tiene de la Asociación en Participación, por lo cual proponemos se establezcan normas jurídicas más amplias, minuciosas y particulares, ya que de lo contrario se presentan múltiples problemas de interpretación de las mismas, razón por la cual se dan contradicciones legales.
- NOVENA:** Nos encontramos ante la presencia de un contrato sui géneris que reviste un carácter privado y mercantil, celebrado entre el asociante quién ejecutará negocios comerciales participando de las utilidades o pérdidas, al asociado quién se encargará de aportar bienes o servicios para su realización; caracterizado dicho acto por carecer de patrimonio propio, denominación o

razón social, personalidad jurídica, siendo obligatorio constar por escrito y no estar sujeto a registro.

DECIMA: La Asociación en Participación es un contrato mercantil único en su especie, que se manifiesta a través de la celebración de un acto jurídico fuente de derechos y obligaciones que sólo obliga a las partes que lo constituyen de conformidad con las especificaciones mismas del contrato, pues cuenta con su propio universo jurídico, reglas y atributos propios mismos que le otorga la ley que lo rige.

BIBLIOGRAFIA.

1. ABELEDO PERROT José, Derecho de la Navegación y Comercio Exterior I, Buenos Aires Argentina 1991.
2. BARRERA GRAF Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil Generalidades Derecho de la Empresa Sociedades, Ed. Porrúa, México 1999.
3. BARRERA GRAF Jorge, Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México 1975.
4. BEJARANO SANCHEZ Manuel, Obligaciones Civiles, 3ª ed, Ed. Harla, México 1995.
5. BRUNETTI Antonio, Tratado del Derecho de las Sociedades, Ed. UTEMA, Argentina 1960.
6. CERVANTES AHUMADA Raúl, Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México 2000.
7. DE PINA VARA Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano Contratos, 9ª ed, Ed. Porrúa, México 1998.
8. DE PINA VARA Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, 16ª ed, Ed. Porrúa, México 1998.
9. DE PINA VARA Rafael, Estatuto Legal de los Extranjeros, Ed. Porrúa, México 2000.
10. DIAZ BRAVO Arturo, Contratos Mercantiles, 7ª ed, Ed. Oxford, México 2002.
11. FERNANDEZ DE LA GANDARA Luis, Y Esperanza Gallego Sánchez, Fundamentos de Derecho Mercantil I, 2ª ed, Ed. Triant lo blanch, Valencia 2000.
12. GARCIA RENDON Manuel, Sociedades Mercantiles, 2ªed, Ed. Oxford, México 1993.
13. GAY DE MONTELLA R, Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona 1948.
14. GARRIGUES Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, 9ª ed, Ed. Porrúa, México 1998.
15. JIMENEZ SANCHEZ Guillermo J, Derecho Mercantil, 2ª ed, Ed. Ariel, Barcelona 1992.
16. LANGLE Y RUBIO Emilio, Manual de Derecho Mercantil Español, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona 1950.
17. LOBATO RODRIGUEZ Raúl, Derecho Fiscal, 2ª ed, Ed. Oxford, México 1998.
18. LORENZO Benito, Manual de Derecho Mercantil, Tomo III, Madrid 1929.

19. LOZANO NORIEGA Francisco, Cuarto curso de Derecho Civil Contratos, 5ª ed, Ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México 1990.
20. MANTILLA MOLINA Roberto L, Derecho Mercantil Introducción y Conceptos Fundamentales Sociedades, 19ª ed, Ed. Porrúa, México 2000.
21. MARTINEZ VAL José María, Derecho Mercantil, Ed. Bosch, Barcelona 1979.
22. MORENO CORA S, Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Herrero Hermanos Sucesores, México 1905.
23. PALLARES Jacinto, Derecho Mercantil Mexicano, UNAM Dirección General de Publicaciones, México 1987.
24. PEREZNIETO CASTRO Leonel, Derecho Internacional Privado, 7ª ed, Ed. Oxford, México 2000.
25. REYES MORA Oswaldo G, Contrato Mercantil de Asociación en Participación, Ed. Pac, México 1991.
26. ROCHA DIAZ Salvador, Estudios Jurídicos y Otros Escritos, Ed. Harla, México 1991.
27. ROJAS Y NOVOA Alejandro, Estudio Práctico del Régimen Fiscal de la Asociación en Participación, Ed. Fiscales ISEF, 16ª ed, México 2001.
28. RODRIGUEZ RODRIGUEZ Joaquín, Derecho Mercantil, 14ª ed, Ed. Porrúa, México 1999.
29. ROJINA VILLEGAS Rafael, Derecho Civil Mexicano Contratos, Tomo I y II, 6ª ed, Ed. Porrúa, México 1998.
30. SOLA DE CAÑIZARES Felipe, El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado, Ed. Revista de Derecho Comparado, Madrid 1954.
31. URÍA Rodrigo, Derecho Mercantil, 14ª ed, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 1997.
32. VAZQUEZ ARMINIO Fernando, Derecho Mercantil Fundamentos e Historia, 11ª ed, Ed. Porrúa, México 1997.
33. VASQUEZ DEL MERCADO Oscar, Contratos Mercantiles, 11ª ed, Ed. Porrúa, México 2001.
34. VIVANTE César, Instituciones de Derecho Comercial, Publicaciones del Instituto Cristóbal Colón de Roma, Ed. Reus, Madrid 1929.

REVISTAS Y OTRAS FUENTES.

1. DE PINA VARA Rafael, Diccionario de Derecho, 30ª ed, Ed. Porrúa, México 2001.
2. GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO Faustino, Diccionario de Derecho Romano, 3ªed, Ed. Reus, Madrid 1982.
3. LEON TOVAR Soyla, La Asociación en Participación y Otras Figuras Jurídicas Afines, Boletín Judicial de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XX, Número 58 Enero- Abril de 1987.
4. MENCHACA CARRILLO David, Régimen Fiscal de una Asociación en Participación, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
5. SANCHEZ ZARAGOZA Luis A, Efectos Fiscales en el Impuesto al Valor Agregado de las Figuras Asociación en Participación y la Copropiedad, INDETEC, México 1995.

LEGISLACION

1. CODIGO CIVIL, Ed. Porrúa, México 2000.
2. CODIGO DE COMERCIO, Ed. Porrúa, México 1999.
3. LEY DE CONCURSOS MERCANTILES, Ediciones fiscales Isef, México 2001.
4. LEY DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO, Tax Editores Unidos. México 2000.
5. LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, Tax Editores Unidos. México 2002.
6. LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, Ed.Porrúa, México 1999.