



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

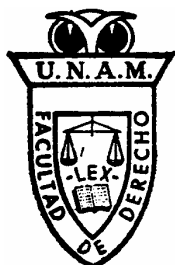
**“LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LA
PERSONALIDAD JURÍDICA”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JOEL RAUL OLVERA DE LUNA



MÉXICO, D. F.

2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios

Por concederme vida y salud

Universidad Nacional Autónoma de México:

Con profundo agradecimiento, máxima casa de estudios.

A mis padres:

Julio Olvera Ramos

Julia de Luna Ramón

Escalafón. Inalcanzable de amor y de respeto.

A mis hermanos:

Héctor,

Omar,

Yolanda,

Azucena,

Israel,

Faraón,

Judith,

Con gratitud en mi formación profesional y académica.

Al Doctor en Derecho, Honoris Causa, y hermano Omar Olvera de Luna.

Por la enseñanza que sembró en el camino profesional.

A mis hijos:

María Fernanda Olvera Aguilar.

Raúl Rodrigo Olvera Sánchez.

Con todo mi amor.

Al Doctor en Derecho Emilio Eguía Villaseñor.
Gracias por su conocimiento.

A la Licenciada María de Lourdes Olvera Monroy

Al Licenciado Aarón Omar Olvera Monroy

A la Señora María Imelda Martínez García

A mis compañeros de oficina y profesionistas:

Al Licenciado Omar López Rodríguez.

Al Licenciado Julio Jesús Rodríguez Olvera.

A Judith Alvarez Olvera.

A Julia Azucena Alvarez Olvera.

A Florentina Camacho Hernández

A Beatriz Moguel Ulloa

A Israel Olvera de Luna

A Giovanni Francisco Trujillo Arciniega.

A Michelle Adrián Torres Milian

A Israel Isaac Trejo Ríos.

A Oscar Edgar Trejo Ríos.

Al Doctor en Derecho Alberto Fabián Mondragón Pedrero,
Director del Seminario de Derecho Mercantil,
de la Facultad de Derecho,
Universidad Nacional Autónoma de México
Por su valiosa colaboración en la integración de mi Tesis Profesional

Al Licenciado en Derecho José Antonio Almazán Alaníz
Por su fina amistad
Asesor, en un inicio, de esta Tesis Profesional.
En homenaje póstumo
Descanse en paz.

ÍNDICE.

Página.

Introducción	I
Capítulo I.	
Personalidad.....	1
<i>1. Concepto de Personalidad.</i>	
A) Concepto jurídico de persona	4
B) Concepto de personalidad	6
<i>2. Regulación jurídica de la personalidad</i>	<i>9</i>
A) La viabilidad	11
B) La muerte como fin de la personalidad	12
C) La presunción de muerte	12
<i>3. Naturaleza jurídica de la personalidad</i>	<i>13</i>
A) Personas físicas	14
a) Inicio y fin de la persona	16
B) Atributos de las personas físicas	17
a) La capacidad	18
b) El nombre	19
c) El domicilio	20
d) El patrimonio	21
C) Atributos de las personas jurídico- colectivas	22
a) La capacidad	22
b) El nombre	23
c) El domicilio	23
d) El patrimonio	24
D) Los derechos de la personalidad	24

Capítulo II.

Asociación en Participación.

1. <i>Concepto de contrato mercantil</i>	28
A) La buena fe en los contratos mercantiles	33
B) La forma de los contratos mercantiles	33
a) Distinción entre forma y prueba del contrato .	36
b) Contratos entre ausentes	36
C) El lugar del cumplimiento	37
D) Interpretación de los contratos mercantiles	37
2. <i>Contrato de Asociación en Participación</i>	39
3. <i>Diferencias de la Asociación en Participación con las Sociedades Mercantiles</i>	47
4. <i>Características de la Asociación en Participación.</i>	
A) Asociante	50
a) Derechos del asociante	51
b) Obligaciones del asociante	52
B) Asociado	53
a) Atribución de poder al asociado	53
b) Derechos del asociado	54
c) Obligaciones del asociado	54
C) Aportaciones	55
D) Objeto	57
E) Forma del contrato	58
F) Funcionamiento, disolución y liquidación con las reglas establecidas para la sociedad en nombre colectivo ...	60
a) Extinción de la Asociación en Participación	63

Capítulo III.

Asociación en Participación con Personalidad.

1. <i>La Asociación en Participación para efectos fiscales</i>	66
2. <i>El problema jurídico de la Ley General de Sociedades Mercantiles que no reconoce personalidad jurídica a la Asociación en Participación</i>	84
3. <i>Conflicto de leyes para efectos de las operaciones fiscales que son correlativas a los actos de comercio realizados por una Asociación en Participación y la responsabilidad de los asociantes y asociados</i>	89
Conclusiones	94
Bibliografía	98

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que tiene en sus manos es resultado de un arduo esfuerzo por demostrar el amplio campo de conocimiento en el que se ve inmiscuida la figura mercantil de la Asociación en Participación.

La investigación consta de tres capítulos, subdivididos en incisos correspondientes a temas que garantizarán el entendimiento y la comprensión de los aspectos relevantes de la figura en estudio.

El primer capítulo hace referencia a un marco general acerca de la *Personalidad jurídica*, haciendo especial énfasis en su naturaleza jurídica y en la normatividad que la rige, junto con la caracterización y diferenciación con conceptos semejantes, como son: *persona* y *sujeto de derecho*. De la primera, señalaremos los atributos, características y clasificación de la misma, dividiéndola en *persona física* y *persona jurídico-colectiva*.

La finalidad de este capítulo inicial es el de realizar una conexión entre el tema de la *personalidad jurídica*, como cualidad de todo sujeto de derecho, con la Asociación en Participación, tomando a ésta última como una institución emanada del acuerdo de dos o más voluntades con la finalidad de alcanzar una meta de carácter puramente económico.

En el segundo apartado se, aborda de manera directa el análisis de la Asociación en Participación, haciendo, primeramente un estudio de los contratos mercantiles en general, ya que dicha figura es, precisamente, un tipo de contrato mercantil, con todos sus elementos propios.

A su vez, en este mismo capítulo señalamos las diferencias existentes entre la Asociación en Participación y las Sociedades Mercantiles, con base en lo establecido por la ley que trata la materia.

Finalmente, se desarrollan las características específicas y los aspectos primordiales de toda Asociación en Participación, que dan como resultado, su origen, existencia, funcionamiento y disolución.

Por último, en el tercera parte de nuestra investigación, realizamos un estudio minucioso sobre el problema que enfrenta la Asociación en Participación frente a dos materias jurídicas; por un lado, consideramos el tratamiento especial que le otorga la legislación fiscal vigente en México y por otro, lo establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles para su manejo y conformación.

Se concluye con un esbozo general de consideraciones, tomando en cuenta todos y cada uno de los aspectos primordiales que se fueron tratando en la presente obra, subrayando la necesidad de reconocer el doble sentido que predomina en la Asociación en Participación, no tomando el criterio mercantil por encima del fiscal ni viceversa, sino utilizando una postura como complemento de la otra para efectos de llevar a cabo una correcta viabilidad de esta institución económica.

CAPÍTULO I.

PERSONALIDAD.

El ser humano en particular, es la base fundamental de la sociedad en que se desarrolla, conformando cada parte de la estructura jurídica, al lado de los demás individuos que lo rodean. Es por esto que el Derecho regula y caracteriza de manera primordial la figura de la *personalidad jurídica*, ó dicho de otra manera, da nacimiento al concepto de *sujeto de derecho*.

Consecuentemente la observación y el estudio de una norma jurídica, el análisis de su estructura, la creación y el ofrecimiento de un concepto del Derecho subjetivo y del deber jurídico, la elaboración, interpretación y aplicación de una interpretación legal, su vigencia, abrogación y en general, cuanto concepto jurídico, institución o figura jurídica sean objeto de atención, siempre serán en función de los sujetos en cuyo status van a dirigirse y a situarse los resultados de esas consideraciones. Pues todo Derecho es una facultad jurídica de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado; por lo que ambos, derecho y obligación, se encuentran vinculados al concepto de persona.

La doctrina jurídica es importante, como se considera en el diccionario jurídico mexicano del instituto de investigaciones jurídicas, que considera **“en derecho la palabra personalidad tiene varias acepciones: se utiliza para indicar la cualidad de la persona en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones”**, al subrayar y definir el concepto anterior

basándose, principalmente, en aspectos determinados por la legislación positiva.

Cualquier consideración en relación con el universo normativo del Derecho tiene al ser humano como único punto convergente de atención, pues éste es el destinatario de todos los resultados por ello alcanzados. Las consecuencias jurídicas que en todo caso se generen, a él le serán atribuidas, sea como poseedor de un derecho o como obligado.

No puede ciertamente concebirse la existencia de un derecho en particular y de un patrimonio en general por lo mismo, sin el sujeto titular de uno y otro.

Todos los seres humanos tenemos personalidad jurídica, a propósito de lo cual tanto la doctrina como la ley nos denomina personas físicas, aún cuando también en menor medida se nos conoce y califica como personas humanas o personas naturales. Los otros sujetos de Derecho son las organizaciones o agrupaciones carentes de vida física propia y que no ocupan un lugar en el espacio; son construcciones ideales de índole jurídica a las que el Derecho les ha reconocido también esa personalidad e incluso se las ha impuesto en algunos casos. A estos sujetos se les denomina personas jurídico-colectivas.

La personalidad como sinónimo de persona, es considerado por el autor Julián Güitrón Fuentevilla de la forma siguiente: **“ya a pesar de referirse ésta a los derechos en estudio, simplemente diciendo de ellos, en primer lugar, que la personalidad es algo que marca una diferencia en el individuo y que lo hace distinto en relación a otras**

personas; jurídicamente, la personalidad o personería representa la aptitud de ser sujeto de derecho. También la representación legal y bastante para intervenir en un negocio o para comparecer en juicio”.¹

Con referencia a la personalidad se derivan diversos derechos a su favor, puesto que están encaminados a su protección y que pueden no afectar a su patrimonio. Tal es el derecho al honor, a la consideración, a la intimidad, a la integridad moral, intelectual o física, al nombre.

Por otro lado, “algunos autores reiteran que la palabra personalidad deriva del latín, la cual a su vez viene de persona, para justificar la palabra persona como la máscara que se usó en el teatro. Si bien es cierto que en el latín de la baja época, la palabra “*personalitas*”, “*personalitatis*”, “*personale*”, que significa personal, y éste a su vez de persona, “*personae*”, que es persona. Aceptaremos que esa palabra es la denominación genérica dada a todos los individuos de la especie humana”.²

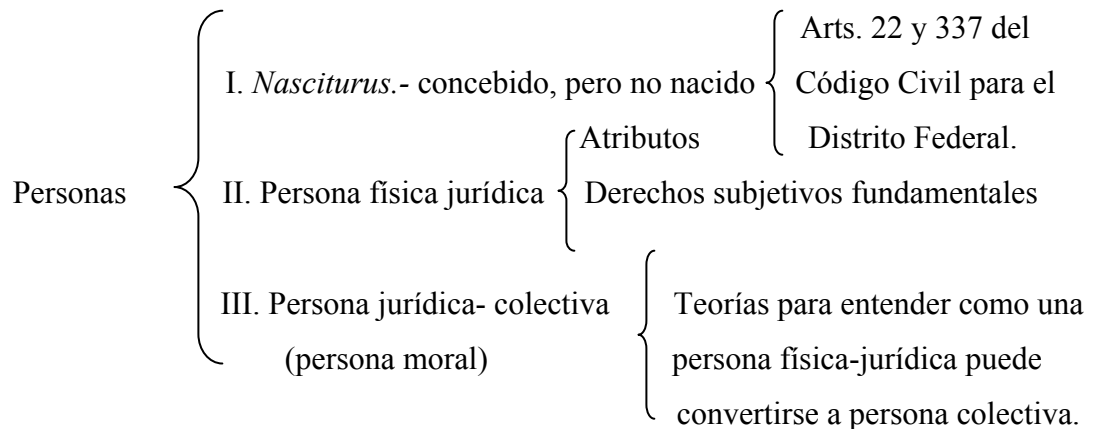
¹ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. “**Los derechos humanos subjetivos fundamentales de la persona física jurídica**”. Revista de la Facultad de Derecho. UNAM, 2000, p. 637.

² *Ibidem*. p. 638.

1. CONCEPTO DE PERSONALIDAD.

A) Concepto jurídico de persona

De lo comentado, la acepción común del vocablo persona no coincide con su significado jurídico, pues en principio se hace coincidir con el ser humano, sin embargo, jurídicamente persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas jurídico-colectivas, precisamente los primeros como seres y las segundas como entes. Ambos son considerados sujetos de derechos y obligaciones.



Actualmente, la palabra persona puede entenderse desde diversos enfoques o sentidos como sigue:

- Sentido vulgar: desde este punto de vista, persona es sinónimo de hombre. Esta acepción no sirve para el Derecho por que hoy en día para este, aunque todos los hombres son personas, no todas las personas son hombres.

- Sentido filosófico: para los metafísicos antiguos, persona era una *sustancia individual de naturaleza racional* o bien *el supuesto dotado de entendimiento*.
- Sentido jurídico: en el lenguaje jurídico, se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de constituirse sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.

Así, en el concepto de personalidad jurídica se alude a la persona desde el punto de vista jurídico, cuando se afirma que ésta es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la personalidad jurídica es la idoneidad de ser persona para el Derecho.

El concepto jurídico de persona está compuesto por una serie de atributos, considerados como caracteres inherentes e imprescindibles de aquella, su conjunto, integra dicho concepto. Como persona, se cuenta con esos atributos sin poder dejar de hacerlo, pues le son inseparables; su participación conjunta es la persona misma como creación y estructuración jurídica.

El concepto jurídico de persona es plenamente independiente de su concepto común, el primero se integra, como mencionamos, con una serie de elementos ideales, inmateriales, creados por el Derecho que son precisamente los atributos de aquella; existen por estar considerados y formar parte de un orden jurídico, no ocupan un lugar en el espacio y por ende no pueden ser observados objetivamente.

Hay una serie de características similares y otras hasta idénticas en el análisis comparativo de las personas físicas con las jurídico-colectivas, así, tanto unas como otras tienen personalidad jurídica; ésta es de un contenido idéntico de éstas y aquéllas. Se puede agregar ahora que dicha personalidad tiene en ambas un inicio y un fin, además se que los dos tipos de personas tienen atributos.

B) Concepto de personalidad

En términos generales, como veremos, la doctrina afirma que la personalidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Por otro lado, el vocablo Personalidad es utilizado en otro sentido, ya que en algunos sistemas jurídicos se denomina personería, para indicar el conjunto de elementos que permiten constatar las facultades de alguien para representar a otro, generalmente a una persona jurídico-colectiva. Aunque en la práctica jurídica el concepto que se tiene de la personalidad es más amplio que el de representación, pues dicho concepto es más cercano al de legitimación.³

Al respecto, Trabucchi expresa lo siguiente: “personalidad en sentido jurídico es la aptitud reconocida por la ley para ser sujeto de derechos y deberes.” A su vez, Castán Tobeñas explica “si persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.”⁴

³ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo P-Z. Segunda edición revisada y aumentada. Publicado por la Editorial Porrúa, S.A. México, 1988. Pág. 2400.

⁴ TRABUCCHI, “**Instituciones de Derecho Civil**”, t. I, 15ª ed., España, 1971, pp 95 y s.

Albaladejo señala que personalidad es la condición de la persona. Capacidad es la condición de capaz.

Por otro lado, los Mazeaud sostienen que la personalidad es la aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y obligaciones.⁵

De lo anterior podemos desprender que la personalidad jurídica es una de las instituciones esenciales componentes de la ciencia jurídica, ya que su participación es imprescindible en la concepción y la estructura de lo jurídico, pues es única e inmutable y su significado no ha tenido variación alguna, independientemente de la época y del lugar en el que se le considere, trátase de personas físicas o jurídicas colectivas, pues en cada una de ellas los alcances y el contenido son idénticos, ya que se tiene la personalidad jurídica por el solo hecho de ser persona, lo que es suficiente para que el orden jurídico le reconozca este carácter y se tenga la personalidad sin limitación alguna, pues el ser sujeto de derechos y obligaciones depende de la personalidad jurídica.

En conclusión se tiene el carácter de persona por tener personalidad jurídica, y el origen y fundamento de la personalidad jurídica está en el ordenamiento legal, y al Estado es al que corresponde atribuir la personalidad.

Sin embargo, esta atribución oficial es una mera formalidad cuando se trata de las personas físicas, pues tradicionalmente a cualquier miembro del género humano se le reconoce personalidad jurídica, y la potestad oficial

⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo. “**Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalides**”. Porrúa, México. 1990. pp. 129 y 130.

se manifiesta con mayor claridad respecto de las personas jurídicas colectivas, que dista mucho de ser ilimitada, ya que si bien de ella depende la personalidad de estos entes, la ley debe fijar los requisitos a satisfacer por una persona colectiva para alcanzar el reconocimiento de su personalidad jurídica, y que en materia de sociedades mercantiles se encuentran previstos en el artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, además de haberse constituido ante fedatario, hacerse constar en el instrumento respectivo y encontrarse inscritos en el Registro Público de Comercio.

Por lo que cumplidos y satisfechos esos requisitos la personalidad se alcanza *ipso jure*, sin posibilidad legal de desconocimiento discrecional. Por lo que en la actualidad ya no es objeto de debate la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, pues si los socios no se proponen realizar de manera personal el fin común u objeto social, sino encomendarlo a un tercero financiado, controlado y vigilado, y especialmente administrado por ellos mismos, no queda sino conformar a ese tercero como entidad legalmente dotada de personalidad jurídica para actuar conforme a los designios de los socios; y si consecuentemente, se hace necesario la creación de un patrimonio autónomo, destinado al fin común antes mencionado y que se encuentra fuera del manejo de los socios individualmente considerados, es indispensable atribuir al ente, titular de ese patrimonio la personalidad que le permita disponer de él, con apego a las disposiciones estatutarias y a la voluntad mayoritaria de los socios.

Para el distinguido maestro Don Rafael de Pina, el origen de la personalidad del sujeto individual de derechos se coloca en el momento de la concepción, ya que a partir de este momento entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos previstos en el Código Civil.⁶

La personalidad jurídica es una de las instituciones competentes de la Ciencia Jurídica y cuya presencia en ésta es esencial; su participación es imprescindible en la concepción y la estructura de lo jurídico; es única e inmutable; su significado ha sido siempre el mismo, sin variación alguna, independientemente de la época y del lugar en que se le considere.

2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PERSONALIDAD.

El Código Civil Federal contiene dispositivos que señalan el inicio de la personalidad jurídica, cuál es la situación jurídica del concebido, qué derechos tiene éste, cuando es que un individuo debe considerarse como nacido, etc. Hay además otros ordenamientos, concretamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que al regular el fideicomiso también son aplicables al caso.

En su artículo 22, el Código Civil Federal establece cuándo principia y cuándo termina la personalidad jurídica de una persona física, como sigue:

⁶ PINA, Rafael de. “**Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción-Personas-Familia**”. Vol. I. 19ª Edición, Porrúa, México, 1995, pp. 209 y 210.

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente código.

De la lectura de este artículo podemos destacar lo siguiente:

- El principio general es que la personalidad jurídica se inicia al nacimiento y se extingue con la muerte.
- Sin embargo, desde la concepción del individuo entra bajo la protección de la ley, de tal manera que para los efectos legales conducentes, se le tiene por nacido.
- Tenerlo por nacido, significa que se le reconoce su personalidad como si ya hubiere nacido.

Dicho ordenamiento no tiene disposición expresa alguna alusiva al momento de la concepción, sin embargo, diversos de sus preceptos mencionan que la duración mínima de un embarazo es de 180 días y la máxima de 300; por ello con tomar la fecha de nacimiento como punto de referencia, la concepción debió ser en los primeros 120 días de los 300 anteriores a la fecha del nacimiento.

Respecto de la mencionada Ley de Títulos y Operaciones de Crédito se hace referencia al tema en el artículo 394 cuando prevé la posibilidad de un fideicomisario, únicamente concebido al momento del fideicomitente, así:

“Artículo 394.- Quedan prohibidos:

II. Aquellos-fideicomisos- en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente que deban substituirse por muerte del anterior, salvo el caso de que la substitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.”

A) La viabilidad

Puede considerarse en términos generales, que por viabilidad se entiende la posibilidad natural de seguir viviendo. Además cabe tener en cuenta dos clases de viabilidad; por una parte, la viabilidad propia y por la otra impropia. La primera es la del recién nacido después de haber resultado de un embarazo considerado como normal, resultado de una vida intrauterina lo suficientemente sólida, como para que, desde el punto de vista médico, se le considere viable, esto es, que esté en condiciones de subsistir.

La viabilidad impropia significa la posibilidad de vida extrauterina del nacido, con independencia a ser resultado o no de un embarazo con evolución normal y un nacimiento en tiempo. Precisamente, esta viabilidad es la aludida por el artículo 337, según el cual, “sólo se tendrá por nacido al feto que totalmente desprendido del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo ante el Registro Civil”, supuesto este último, por cierto, que se entiende será dentro de las primeras 24 horas de haber nacido, pues de ser al contrario, o sea, si el niño fuese presentado vivo al Registro Civil después de esas primeras 24 horas de vida, sería ocioso para efectos del

precepto indicado, toda vez que la viabilidad se habría alcanzado por el tiempo de vida.

Precisamente estos dos medios para dejar establecida la viabilidad de un recién nacido, nos permiten tener en cuenta desde este ángulo, dos especies de viabilidad, la estrictamente natural y la legal.

B) La muerte como fin de la personalidad.

El enunciado del artículo 22 del Código Civil Federal según el cual, la capacidad de las personas físicas se pierde por su muerte, expone en su expresión más simple y lo hace participar de toda objetividad, el principio claro de que en ese momento, cuando muere, termina la personalidad jurídica.

C) La presunción de muerte

Lo que suele suceder, casi sin excepción, es que cuando una persona fallece, se tenga la certeza de ello, pues su muerte se ha constatado, su cadáver ha sido objeto de inhumación o cremación, se ha tomado nota de ello en el Registro Civil y se le ha acompañado inclusive en su último momento aparente de vida.

Sin embargo, la ley prevé que por la desaparición de una persona y la incertidumbre respecto de su paradero, se desconozca si vive o ha fallecido,

por ello, ante esa incertidumbre, previo el procedimiento legal establecido, puede llegar a declararse presuntivamente muerta.

La presunción de muerte se encuentra regulada en el Capítulo V, del Título Undécimo, correspondiente al Libro Primero del Código Civil Federal.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PERSONALIDAD.

La naturaleza jurídica de cualquier figura atiende a la siguiente interrogante: ¿qué es dicha figura en Derecho? De esta manera podremos identificar cualquier concepto y determinar su naturaleza jurídica.

En este caso, enfocaremos nuestro estudio a la figura propia de la *personalidad*, entendiéndola como la capacidad que tiene todo individuo, desde su nacimiento hasta su muerte, de ser **sujeto de derecho**, ésta es, pues, su naturaleza jurídica, el ser centro de imputación de derechos y obligaciones frente a la sociedad.

En cuanto a su naturaleza, alcances y contenido, la personalidad jurídica no admite alteración alguna, bien sea respecto de un sujeto en particular e independientemente de otros o bien si dicha personalidad es comparada con la de sus congéneres, es decir, la personalidad jurídica del primero es idéntica a la de cualquier otro.

Como consecuencia de lo antes referido, no se puede tener más o menos personalidad jurídica comparativamente con otras personas y no se puede por lo mismo ser más o menos persona.

“Ser sujeto de derechos y obligaciones depende de la personalidad jurídica, es decir, de esa personalidad depende ser persona para el Derecho. Ello significa que ser persona está condicionado a tener personalidad jurídica, se es persona porque se tiene dicha cualidad; no se tiene personalidad jurídica porque se sea persona sino al contrario, se tiene el carácter de persona por tener personalidad jurídica.”⁷

El origen y fundamento de la personalidad jurídica está en el ordenamiento legal. Es al Estado al que le corresponde atribuir la personalidad. Sin embargo, esta atribución oficial es una mera formalidad cuando de las personas físicas se trata.

A) Personas físicas.

Reconocimiento oficial a su personalidad.

Si bien es cierto que la personalidad jurídica es una cualidad cuyo origen está en el ordenamiento legal, también lo es que dicho reconocimiento no queda a la mera discrecionalidad de la autoridad estatal, por el contrario, a ésta sólo le resta reconocer personalidad en los seres humanos. Esto se debe a que el Estado es una creación del individuo precisamente para garantizarse el reconocimiento y respeto de su personalidad.

⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, “**Derecho Civil, Parte general**”, 8ª Edición, Porrúa, México, 2000, p 131.

La atribución de la personalidad jurídica es en efecto una materia reservada a la autoridad estatal, empero, ésta no puede obrar a su libre arbitrio al respecto; una de sus funciones es otorgar incondicionalmente ese reconocimiento y hacerlo prevalecer ante cualquier situación posible de oponérsele.

El jurista Domínguez Martínez, bajo de influencia de Ferrara, apunta “ciertamente el origen de la personalidad se ubica en principio en el orden jurídico, no obstante ello, aclara, si el Derecho, el Estado y el orden jurídico son creaciones humanas, deben estar y están al servicio del hombre por lo que la personalidad jurídica del ser humano no está condicionada a ese reconocimiento”.⁸

Por su parte, el mismo autor, tomando en consideración a Barrero concluye contundentemente en el mismo sentido, “al negar una actitud discrecional al ordenamiento jurídico para otorgar o negar personalidad al ser humano”.⁹

Todo lo anterior nos orilla a insistir en lo señalado, es decir, en que la dependencia de la personalidad jurídica del ser humano respecto del orden jurídico es meramente formal y se alcanza (y ostenta) sólo por tratarse precisamente de un ser humano, pues si bien todo lo jurídico es creación del hombre, lo creado por éste como persona es en función propia.

⁸ *Ibidem.* p. 136.

⁹ *Ibidem.* p. 137.

a) Inicio y fin de la persona.

Desde el punto de vista biológico está determinado que el arranque cronológico de la persona, físicamente considerada, tiene lugar con su concepción. Sin embargo, independientemente del aspecto estrictamente biológico, en el campo jurídico existen diversas teorías que pretenden que el inicio de la personalidad jurídica del ser humano se ubique y explique haciendo valer sus argumentos. Como tales están la teoría de la concepción, la del nacimiento, una ecléctica y la de viabilidad, además de la llamada psicológica, las cuales explicaremos a continuación:

- a) “Teoría de la concepción. Apunta a la idea de que el concebido tiene existencia independiente y, por consiguiente, ha de ser tenido como posible sujeto de derechos aún antes de nacer. La imposibilidad de determinar el tiempo de la concepción es un inconveniente serio de esta doctrina.
- b) Teoría del nacimiento. Se funda en que durante la concepción el feto no tiene vida independiente de la madre, y en que el reconocimiento de su personalidad tropezaría con el inconveniente práctico de la imposibilidad de determinar el momento de la concepción. Adoptaba este punto de vista el Derecho romano, ligando la adquisición de la capacidad jurídica al momento del nacimiento con vida. Esta teoría es hoy la predominante en la doctrina científica y en las legislaciones.
- c) Teoría ecléctica. Pone el origen de la personalidad en el nacimiento, pero reconociendo por una ficción derechos al concebido, o retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. Los supuestos derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento de su existencia jurídica, ni implican ficción alguna,

pues son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

- d) Teoría de la viabilidad. Exige para el reconocimiento de la persona no sólo el hecho de nacer ésta viva, sino, además, la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno. Éste requisito está reclamado, entre otros códigos por el francés y el italiano, que aluden a él a propósito de diversos efectos, y principalmente de la capacidad para suceder. Tiene en su contra este sistema la dificultad de fijar con exacta precisión las condiciones y signos de la viabilidad”.¹⁰

Ahora bien, en cuanto al sector doctrinal, éste ofrece opiniones en sentidos diferentes, sin embargo, su mayoría se inclina por considerar que el punto de partida de la personalidad jurídica está en el nacimiento del sujeto.

La naturaleza jurídica de la *personalidad* se identifica con la distinción de los atributos de las personas, tanto físicas como jurídico-colectivas o morales.

B) Atributos de las personas físicas.

Las personas físicas o seres humanos tienen los siguientes atributos:

1. Capacidad;
2. Estado civil;
3. Patrimonio;
4. Nombre;
5. Domicilio;
6. Nacionalidad.

¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS. “Compendio de Derecho Civil”. 5ª. Edición, España, 1983, p. 35.

La ley impone y reglamenta todas y cada una de las características mencionadas, “sin que quede exclusivamente al poder de la voluntad del sujeto crearlas o extinguirlas. Para algunos atributos, como son el patrimonio, el domicilio y la nacionalidad, se reconocen ciertos efectos a la voluntad, en cuanto que el ordenamiento jurídico permite”.¹¹

Ahora bien, si bien es cierto que la personalidad jurídica es una aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, también lo es que esta integrada por una serie de cualidades o propiedades que constituyen los atributos o aspectos relevantes de la personalidad, como lo son:

a) La Capacidad.- En relación con la persona física se hace referencia a su personalidad, o sea, a su actitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas, por lo que la personalidad debe considerarse como capacidad jurídica.

La capacidad presenta dos manifestaciones, que son, la idoneidad para tener derechos y la idoneidad para ejercitarlos.

La personalidad y la capacidad son conceptos muy afines, pero que se diferencian en virtud de que la primera es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones en general, mientras que la segunda se refiere a derechos y obligaciones determinados.

¹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano. Introducción y personas”. Tomo I, 6ª. Edición, Porrúa, México, 1990, p. 423.

El artículo 450 del Código Civil Federal establece: Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por si mismos o por algún medio que la supla.

De lo anterior puede advertirse que la incapacidad natural es la derivada de la falta de edad o de la enfermedad, y la legal la fundada en todas las demás causas establecidas por la ley.

b) El Nombre.- Es el signo distintivo de una persona con respecto a las demás en sus relaciones jurídicas y sociales.

El nombre civil se compone del nombre propio y del nombre de familia o apellidos, y habitualmente el nombre propio se impone a la persona por la voluntad de sus familiares; y el de familia viene determinado forzosamente, sin que pueda cambiarse por capricho, ya que no pertenece en propiedad a una persona determinada, sino que es común a todos los miembros de la familia, ya que esta se encuentra ligada a una familia y al nombre que lleva esa familia.

El nombre se encuentra protegido por el Derecho y en ese sentido toda persona tiene derecho al nombre, de tal manera que en el acta de nacimiento de la persona física deben constar su nombre y apellidos. Incluso, el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 317 sanciona como delito al que ante una autoridad judicial o administrativa en ejercicio de sus funciones, oculte o niegue su nombre o apellido o se atribuya uno distinto al verdadero, bien sea imaginario o perteneciente a otra persona; y el hijo nacido de matrimonio tiene Derecho a que se haga constar en el acta el nombre y apellidos de los padres; así como el hijo reconocido tiene Derecho a llevar el apellido de quien lo reconocen, y el adoptado el de quien lo adopta.

c) El Domicilio.- Es el lugar en donde reside la persona con el propósito de establecerse en él; y a falta de este, será el lugar en donde tiene el principal asiento de sus negocios y a falta de uno y de otro, el lugar en que se halle. De tal manera que los elementos principales para determinar el domicilio son la residencia constante y el asiento principal de los negocios unidos a la voluntad de permanecer en el lugar en que se reside. Y al igual que el nombre, el domicilio completa la identificación de la persona, pues todo individuo tiene un nombre y un apellido, y debe tener una sede legal, aun cuando momentáneamente se encuentre alejado de ella.

El autor Rafael de Pina Vara sostiene que, según nuestro sistema jurídico civil, existen tres clases de domicilio: El voluntario, el legal y el convencional.

“Domicilio voluntario es aquel que la persona elige y puede cambiar a su arbitrio.

Domicilio legal es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

Domicilio convencional es el que el Código Civil faculta a la persona para el cumplimiento de determinadas obligaciones.”¹²

d) El Patrimonio.- Se trata de una cualidad sustantiva de la personalidad, que ha sido definida desde un doble aspecto: económico y jurídico. En primero de ellos se le considera como un conjunto de obligaciones y derechos; y en el segundo aspecto, como el conjunto de relaciones jurídicas, activas y pasivas, pertenecientes a un sujeto que sean susceptibles de estimación de naturaleza pecuniaria.

De lo anterior se desprende que el patrimonio puede ser definido como el conjunto de bienes o riquezas que corresponden a una persona, o como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a un solo titular; sin embargo, cuando se habla de patrimonio como atributo de la personalidad se hace referencia mas bien en su consideración económica-jurídica, a la capacidad patrimonial o de tener un patrimonio, es decir, a la facultad o aptitud potencial para adquirirlo.

¹² PINA Rafael de. *Ob. Cit.* pág. 214.

C) Atributos de las personas jurídico-colectivas.

Para Rojina Villegas, “existe una correspondencia entre los atributos de la persona física y los de la moral, exceptuándose lo relacionado con el estado civil, que sólo puede darse en las personas físicas y que deriva del parentesco, del matrimonio, del divorcio o del concubinato”.¹³

Las personas jurídico-colectivas tienen los siguientes atributos: 1. Capacidad; 2. Patrimonio; 3. Denominación o razón social; 4. Domicilio; 5. Nacionalidad.

a) La Capacidad.- Ahora bien, tratándose de las personas jurídicas colectivas y más aun de las sociedades mercantiles, resulta lógico que estas puedan administrar sus bienes, aunque no con la libertad concedida a las personas físicas mayores de edad, a las que el artículo 647 del Código Civil Federal otorga libertad absoluta para disponer de sus bienes; sino que dicha administración se encuentra limitada por el objeto social, ya que la propia ley común antes señalada establece en su artículo 26: Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución, por lo que tales derechos comprenden los de índole procesal y los relativos a actos que se relacionen con su objeto social; y evidentemente la capacidad de estas sociedades solo puede manifestarse a través de la actuación de personas físicas en calidad de representantes o apoderados.

¹³ *Ibidem.* p. 426.

b) El Nombre.- Tratándose de sociedades mercantiles el nombre social se manifiesta por medio de un nombre social, siendo que las llamadas sociedades de personas, que se exteriorizan con la indicación del nombre de sus socios, pues importa más la identidad de ellos que el capital aportado, actúan bajo una razón social; y las llamadas sociedades de capitales, operan bajo una denominación social, pues el propósito fundamental es el de reunir capitales sin que importe la identidad de los socios; mientras que las mixtas pueden operar bajo una razón social, o bien, bajo una denominación social.

c) El Domicilio.- Existen diferencias entre el domicilio de las personas físicas y el de las personas jurídicas colectivas, ya que las primeras pueden tener su domicilio en el lugar en el que residen en forma habitual o, en su defecto, en el del centro principal de sus negocios o, el sitio donde se encuentren, y el legal que es el que la ley les fija como residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no estén presentes en el; y en caso de las personas jurídicas colectivas, la Ley General de Sociedades Mercantiles no especifica lo que debe entenderse por domicilio de estas sociedades, por lo que es necesario acudir a la ley supletoria, y en el caso el Artículo 33 del Código Civil Federal establece: Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración; sin precisar dicho ordenamiento si debe indicarse el número, nombre de la calle y de la población en que deberá actuar el órgano de administración, o si basta con que se especifique el nombre de esta última, que es lo que ocurre en la práctica.

d) El Patrimonio.- En cuanto a las personas jurídicas colectivas, las sociedades sólo pueden tener un patrimonio, sin que importe el que sean titulares de varias empresas; y en estas desempeña un papel de primera importancia el patrimonio neto o capital contable, que es la diferencia entre el activo y el pasivo, pues contablemente determina su verdadera situación financiera y, de paso, el valor real de las partes sociales o de las acciones según sea el tipo social; tal como lo sostiene el distinguido tratadista doctor Arturo Díaz Bravo.¹⁴

D) Los derechos de la personalidad.

Al haber ya mencionado la naturaleza jurídica y los atributos de la personalidad, es menester resaltar lo relativo a los llamados *derechos de la personalidad*. Para el autor Henri Capitant, “éstos tienen por objeto la protección de la persona misma y que, a pesar de no integrar el patrimonio, pueden servir de fundamento a una demanda de indemnización cuando son lesionados; derecho al honor, a la consideración, a la integridad de la persona moral, intelectual o física, al nombre, derecho del autor, a permanecer dueño de su pensamiento, etcétera”.¹⁵

El ordenamiento jurídico en general y en cada una de sus ramas en lo particular, “se trata de una expresión de la vida humana, no sólo en cuanto regula la conducta del hombre en la sociedad, sino fundamentalmente porque en la disposición misma contenida en la regla de conducta se postula de una manera implícita y a las veces en forma explícita, según la

¹⁴ DÍAZ BRAVO, Arturo. “**Derecho Mercantil**”. Iure Editores, México, 2002, p. 67.

¹⁵ CAPITANT, Henri. “**Vocabulario jurídico**”. 6ª. Editorial Depalma. Argentina, 1979, p. 426.

segunda categoría normativa de que se trate, el valor humano de la persona que vive en sociedad como el sujeto de las relaciones que surgen en la comunidad”.¹⁶

Hay quienes a estos derechos los llaman derechos personalísimos, haciendo radicar su diferencia, en que no son transmisibles y sólo pueden ejercerse por la propia persona. “También se les han denominado derechos sobre sí mismo, lo cual cae en el absurdo, porque no podemos darnos derechos sobre nosotros mismos, que no estuvieran reconocidos por la ley; además que en nuestra voluntad, como ocurre con los derechos subjetivos humanos fundamentales de la persona física jurídica, debemos ser congruentes con la realidad social, regulada por la ley y sobre todo, ser muy cuidadosos en cuanto a la clase de normas jurídicas que deben dictarse en este sentido, por las graves consecuencias que pueda traer una mala legislación”.¹⁷

De igual forma, se les conocen como derechos básicamente personales, derechos de la personalidad y valores del hombre, lo que demuestra la gran preocupación por su estudio; que hasta la fecha ha sido deficiente y no todo lo jurídico que es de desearse; sobre todo, hay que considerar el futuro del hombre, el avance de la ciencia y la tecnología, para que una legislación en esta materia, no vaya a la zaga y resulte, lo que con frecuencia pasa, que la realidad social rebasa a la propia ley, y cuando ésta nace, prácticamente está muerta, o sin una adaptabilidad a esa dinámica social, a esa realidad cambiante día a día.

¹⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. “Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas y familia”. 15ª. Edición, Porrúa, México, 1997, p. 321.

¹⁷ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *Ob. cit.* p. 638.

En lo referente a su denominación, existe una confusa terminología y así, se habla tanto de derechos esenciales, como de derechos fundamentales y también de la propia persona: sobre la propia persona; individuales; naturales; innatos; personales o personalísimos.

Como podemos apreciar, no hay acuerdo sobre la denominación que deben recibir los derechos subjetivos humanos fundamentales de la persona física jurídica; pero sí hay la preocupación latente de que éstos derechos deben ser regulados por la ley, y sobre todo, con un criterio que proteja verdaderamente al ser humano, en estas cuestiones tan importantes y vinculadas con él.

Los derechos como *extramatrimoniales* son: **“porque según su naturaleza subjetiva, carecen de expresión económica y, por ello, quedan al margen del comercio jurídico. Tales son los denominados derechos personalísimos”**.¹⁸

También se dice que son derechos autopersonales o sobre la misma persona, innatos o naturales. Históricamente son tales los de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano; o sea, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Se sostiene que son derechos inherentes a la persona, naturales; innatos y afirman que consisten en libertades y franquicias personales cuyo fundamento se halla en haber sido establecidas por necesidades de la naturaleza o por obra de la razón, en tanto que es reflejo de aquélla.

¹⁸ CABANELLAS, Guillermo. **“Diccionario de Derecho Usual”**. Tomo II, 12ª. Edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 1979, p. 619.

Coincido con el criterio del maestro Ignacio Galindo Garfias, al subrayar que se llaman derechos de la personalidad a “aquéllos que tienen por objeto la protección de los bienes esenciales de la persona o mejor, de la personalidad misma, para el respeto debido a su categoría de ser humano y a su dignidad, cualidades imprescindibles para la existencia del hombre y para el desarrollo de sí mismo en lo que se cifra plenamente su categoría de sujeto de derecho”.¹⁹

Debe reconocerse, sin embargo, que estos derechos esenciales de la personalidad no merecieron en la escolástica ni en el iluminismo la atención que ahora exige la complicada vida moderna. Estos derechos de la personalidad adquieren cada día mayor importancia en la doctrina y en las legislaciones.

Cabe en este punto hacer mención en la diferencia que existen entre los derechos de la personalidad y las garantías individuales que consagra nuestra *Carta Magna*, en el sentido de que estas últimas son oponibles a la actividad del Estado, en cambio, los derechos de la personalidad, por ser derechos absolutos, tienen como sujetos activos tanto a los órganos del Estado como a todos los particulares, quienes tienen el deber de respetarlos.

Se concluye en este apartado al reiterar mi posición, en sostener que se está en presencia de derechos subjetivos humanos fundamentales de persona física jurídica, que se caracterizan por una protección civil por un lado; y familiar por el otro, porque en el primer caso se protege la integridad

¹⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Ob. cit.*. pp. 322, 323.

física y la integridad moral de los seres humanos, y por otro, el aspecto familiar; porque para nosotros hay un derecho subjetivo al permitir a su titular exigir el cumplimiento del derecho que él tiene para que sea respetada su integridad; y por otro lado, el deber jurídico de todo el mundo o de personas determinadas, para que cumplan, respetando esa integridad y, en caso contrario, surgirá una responsabilidad y como consecuencia una indemnización, lo que como decíamos, le dará al derecho subjetivo esta naturaleza, un carácter extramatrimonial y patrimonial.

CAPÍTULO II.

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

1. CONCEPTO DE CONTRATO MERCANTIL.

Al momento de pensar en un contrato, siempre vislumbramos la materia civil, como la primera referencia que da nacimiento a diversas especies de contratos, atendiendo a la finalidad u objetivo que persiguen dentro de la esfera de relaciones de los particulares.

De esta manera, tenemos que retomar la definición de la figura del *contrato* puramente civil, establecida en el artículo 1793 del Código Civil Federal, con el objeto de plantear una postura uniforme en lo que respecta a la naturaleza de la figura; dicho precepto menciona: *los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos*. Es en este punto, donde encontramos la esencia intrínseca de todo contrato celebrado entre particulares: el de crear o transmitir derechos u obligaciones.

Es así como dentro del Derecho privado existen infinidad de relaciones contractuales entre los sujetos miembros de una colectividad, principalmente en lo concerniente a las relaciones económicas privadas que surgen en el seno de la sociedad productiva contemporánea, y es en este momento cuando nacen los llamados *contratos mercantiles*, cuya naturaleza propia, sin lugar a duda alguna, es civil, ya que se manifiestan a la luz de las

actividades de los particulares, con el objeto de prevalecer todo dinamismo en las relaciones propiamente comerciales.

Al proponer una definición de contrato mercantil, la mayoría de los autores coinciden en su concepto, debido a que reconocen la cualidad genérica de la figura. Cervantes Ahumada manifiesta que, “como el contrato mercantil es un acto de comercio, constituye una categoría jurídica formal: serán mercantiles, los contratos a los que la ley atribuya la mercantilidad. En la mayoría de los casos, el legislador atribuye la mercantilidad a los contratos cuando recaen sobre cosas mercantiles”.¹

Podemos apreciar, bajo el criterio del autor antes mencionado, que hace una cierta atribución de excepcionalidad a los contratos mercantiles, es decir, todo contrato tendrá el carácter de comercial cuando la ley se lo imponga, aunado a que tampoco se encuentre contemplado en la legislación esencialmente civil.

Para Rodrigo Uría, “el contrato mercantil es un acto de empresa; es un acto jurídico que se realiza por el empresario con el designio de servir o realizar la finalidad peculiar de la empresa que ejercita”.² Según lo anterior, todo contrato es mercantil cuando se realiza con fines puramente comerciales, principalmente de índole empresarial.

Al señalar la diferencia existente entre un contrato civil y uno mercantil, junto con la importancia que radica en señalar su conexidad,

¹ CERVANTES AHUMANDA, Raúl. “**Derecho Mercantil**”. 4ª. Edición, Editorial Herrero, S.A., México, 1984, p. 524.

² URÍA, Rodrigo. “**Derecho Mercantil**”. 24ª. Edición, Editorial Marcial Pons, S.A., España, 1997, p. 639.

Joaquín Garrigues plantea, que “no es fácil justificar desde el punto de vista legislativo, la distinción entre contrato mercantil y contrato civil. En fin de cuentas, el concepto del contrato mercantil vuelve a plantear el problema del concepto de acto de comercio y de la distinción entre acto de comercio y acto civil. Los contratos se califican de mercantiles cuando están incluidos en el Código de Comercio”.³

Por tanto, esta parte del Derecho Mercantil, o sea el Derecho de los Contratos de Comercio, debe considerarse como complementar de la parte correspondiente del Derecho civil.

Como se ha mencionado anteriormente, si prescindiendo del criterio automático de la inclusión en el Código de Comercio, queremos definir el contrato mercantil atendiendo a su naturaleza específica, diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes.

Es por ello, “que la realidad económica del contrato mercantil subsiste, aún en aquellos ordenamientos legislativos, como es el italiano, donde ha desaparecido el C. de c. como Código independiente; el hecho de ser los contratos mercantiles contratos de empresa explica muchas de las características económicas de esos contratos que la técnica del Derecho mercantil ha recogido, aunque no en la medida que fuera deseable”.⁴

Bajo otra perspectiva, los contratos mercantiles se distinguen por las notas de la rapidez y del rigor. Rapidez en la conclusión exige ausencia de

³ GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. 9 Edición, Porrúa, México, 1998, p. 12.

⁴ *Ibidem.* p. 13.

formalismo; la mayoría de los contratos mercantiles se pactan sin formalidad, ya que la libertad de forma es la regla general; la premura se refiere también a la ejecución del contrato.

Es menester señalar, la característica del contrato mercantil como *instrumento de la circulación*, ya que el tráfico mercantil procura siempre la circulación de valores patrimoniales. La actividad comercial es, por esencia, actividad mediadora en el desplazamiento de cosas, derechos o servicios de un patrimonio a otro.

En otras palabras, “la actividad mercantil es un fenómeno circulatorio. El comercio consiste en la intermediación en el proceso de la circulación de los bienes y de los servicios, con destino al mercado general”.⁵

Para nosotros, todo contrato generado en el ámbito comercial da origen a una actividad dialéctica, además de circulatoria, puesto que aquél no sólo requiere del dinamismo de los sujetos que intervienen en las transacciones comerciales, sino que también necesita del cambio de los patrones que dan comienzo, desarrollo y conclusión a dicha relación contractual.

Volviendo al criterio de Rodrigo Uría, “la circulación asume diferentes formas: hay circulación, tanto si el titular de un bien traspasa definitivamente el goce de éste a otra persona (cambio), como en el caso de que la cesión del goce sea simplemente temporal (crédito), o en el supuesto de que ese bien pase a ser gozado conjuntamente por dos o más personas

⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Ob. Cit.* p. 524.

(asociación). Cambio, crédito y asociación son las tres manifestaciones fundamentales del fenómeno circulatorio”.⁶

El autor nos hace comprender que, cualquiera que sea la forma asumida, la circulación está tutelada y protegida por el Derecho que, al regular los medios e instrumentos jurídicos de que se valen los hombres para hacer circular los bienes, cuida de proteger los intereses particulares empeñados en la circulación misma.

Esos medios o instrumentos jurídicos de la circulación mercantil son el contrato y el título de crédito, el primero es en la actualidad, la herramienta primordial en orden al tiempo de aparición; si bien es cierto que puede decirse que es el presupuesto inexcusable de la protección a los intereses de los sujetos partícipes en el vínculo comercial.

A) La buena fe en los contratos mercantiles.

Los efectos de la buena y la mala fe sobre los contratos mercantiles presentan un fenómeno curioso: en tanto que la mala fe no influye en la validez de ciertos contratos, como la compraventa en otros, como en los segundos, la buena fe absoluta y nítida es esencial, y aún la simple reticencia puede anular los efectos del contrato, por lo que tradicionalmente se ha dicho que el contrato de seguro es de *exquisita buena fe*, según una tradicional expresión del derecho inglés.

⁶ URÍA, Rodrigo. *Ob. Cit.* p. 637.

Sin embargo, “debe entenderse, en términos generales, que siendo el tráfico mercantil esencialmente especulativo, debe haber cierta tolerancia aún en el engaño sobre calidades de mercancías y sobre otros elementos determinados del precio de las mismas. Esto explica el fenómeno del regateo”.⁷

B) La forma de los contratos mercantiles.

El Código de Comercio, en su artículo 78, establece la libertad de forma en la celebración de contratos mercantiles, al señalar que: *en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.*

Sin embargo, el artículo 79 del mismo Código exceptúa de la regla expresada: a) A los contratos que con arreglo al mismo ordenamiento u otras leyes deban reducirse a escritura pública o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; b) A los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exija escritura, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las requiera la ley mexicana. En estos casos, los contratos que no llenen la forma o solemnidad requerida, no producirán obligación ni acción en juicio.

⁷ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Ob. Cit.* p. 524.

Sin lugar a dudas, dada la intervención estatal en la actividad económica y comercial, de hecho se imponen formalidades específicas en una gran proporción de los contratos mercantiles, como es el caso de los transportes, los seguros, los negocios bancarios, las ventas a crédito, entre otros, para los cuales suelen utilizarse los machotes impresos.

El sistema de contratación mercantil se inspira, como el civil, en el principio de la libertad de forma. Los contratos mercantiles serán válidos y producirán obligación y acción en juicio, cualesquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Desde que existe consentimiento, nace el contrato y las partes quedan obligadas no sólo a cumplir lo pactado, sino a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

En idea de Joaquín Garrigues, “la distinción entre contrato formal y no formal se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Cuando la ley niega esa autonomía e impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es formal. Cuando, por el contrario, deja a los interesados en libertad respecto de la forma, se dice que el contrato no es formal; de aquí que la distinción de que se trata se convierta en la de contratos con forma libre y contratos con forma impuesta”.⁸

Las exigencias de la buena fe y de la rapidez, propias de la contratación mercantil, justifican la validez en nuestro Derecho del principio

⁸ GARRIGUES, Joaquín. *Ob. cit.* p. 20.

de la libertad de forma: basta la palabra oral para crear una obligación mercantil.

En conclusión, puede observarse **“que este principio ideal de la legislación mercantil, que proclama la libertad de forma, va perdiendo cada día eficacia real, ya que se observan frecuentemente, impuestas por la ley, exigencias formales, en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas”**.⁹

Una vez entendida la explicación acerca de la forma en los contratos mercantiles, no está de más enunciar un listado que contenga aquéllos que la ley exige que sean formales, ya sea de simple manera escrita, o a través de escritura notarial. A continuación exponemos dichos contratos:

1. El contrato de sociedad, que ha de otorgarse en escritura pública (artículo 5º de la Ley General de Sociedades Mercantiles).
2. El contrato de seguro terrestre, el cual, se otorgará por escrito.
3. El contrato de afianzamiento, que deberá constar por escrito.
4. El contrato de adquisición de buques, que deberá constar en documento escrito.
5. El contrato de seguro marítimo, que habrá de constar por escrito.

a) Distinción entre forma y prueba del contrato.

⁹ PINA VARA, Rafael de. **“Elementos de Derecho Mercantil Mexicano”**. 25ª. Edición, Porrúa, México, 1996. p. 208.

El Código de Comercio no hace distinción alguna entre la forma y la prueba del contrato mercantil, aunque los dos aspectos sean totalmente distintos, de los cuales, aquélla “**regula la génesis, ejercicio y extinción de los derechos, en tanto que la segunda trata exclusivamente de su demostración en juicio. La forma se refiere al requisito –insustituible- para que el acto exista o produzca los efectos que le son naturales La prueba mira al medio –sustituible- para que pueda demostrarse que el acto existe**”.¹⁰

b) Contratos entre ausentes.

En los contratos entre ausentes se sigue, para su perfeccionamiento, el sistema de la expedición.

El artículo 80 del Código de Comercio dispone lo siguiente: *Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada. Al respecto creemos que, en la actualidad, tales exigencias son inaplicables, ya que es usual, sin acuerdo previo, la contratación telegráfica.*

La determinación del momento en que se produce el consentimiento y nace el contrato no plantea dificultades en la contratación entre presentes, o entre ausentes que a pesar de la distancia puedan comunicarse oralmente,

¹⁰ GARRIGUES, Joaquín. *Ob. cit.* p. 21.

porque la aceptación oral de la oferta llega inmediatamente a conocimiento del oferente.

C) El lugar del cumplimiento.

El artículo 86 del Código de Comercio nos habla acerca de las dos opciones que existen para dar lugar al cumplimiento del contrato mercantil: *Las obligaciones mercantiles habrán de cumplirse en el lugar determinado en el contrato, o en caso contrario en aquel que, según la naturaleza del negocio o la intención de las partes, deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial.*

D) Interpretación de los contratos mercantiles.

La interpretación del contrato ha de preceder lógicamente a la aplicación del Derecho objetivo, supuesto que éste tiene casi siempre carácter supletorio de la voluntad expresada en el contrato; además de que la forma escrita facilita considerablemente la determinación del contenido del contrato y la interpretación del mismo. La labor del intérprete siempre se ejercita mejor sobre cláusulas escritas que sobre cláusulas verbales, encomendadas a la memoria de las partes o al testimonio de terceros.

Las reglas generales para la interpretación de los contratos son las siguientes:

1. Que los contratos mercantiles se ejecuten y cumplan de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, “sin

tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.¹¹

2. En los casos en que haya intervenido algún corredor de comercio, se debe sujetar “a lo que resulte de sus libros en el caso de que aparezca divergencia entre los ejemplares del contrato. Se trata de una consecuencia lógica de la fe pública mercantil de que está investido el mediador colegiado”.¹²
3. Si en la interpretación se originan dudas que no puedan resolverse aplicando las normas interpretativas legales o los usos de comercio si los hubiera, se debe decidir la cuestión a favor del deudor.

2. CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

Existe asociación “siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común, dentro de este concepto quedan comprendidas las uniones de personas con fines de beneficencia, culturales, ideales, políticos, religiosos, deportivos, económicos, mercantiles o lucrativos [...]”.¹³

La asociación, es decir, el fenómeno por el cual dos o más personas se encuentran jurídicamente vinculadas por la persecución de un fin común, es diferente de la comunidad transitoria, pues en esta falta el fin común.

Para que este se presente es menester que varias personas persigan

¹¹ URÍA, Rodrigo. *Ob. Cit.* p. 642.

¹² *Idem.*

¹³ Voz “*Asociación mercantil*”. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Tomo I. A-CH. 13ª edición. Porrúa. México. 1999. p. 248.

el mismo objeto, además, que ese fin sea resultado de una volición enteramente consciente de los participantes.

El término asociación es vinculado al concepto de Asociación Civil que establecen los Códigos Civiles. Naturalmente que el término civil es mucho más restringido y unitario en tanto considera que se trata de la reunión de dos o más personas de carácter permanente o no enteramente transitorio para la consecución de un fin común *no lucrativo ni preponderantemente económico* (artículo 2670 Código Civil Federal).

En el derecho positivo mexicano, existe una asociación mercantil regulada expresamente por la Ley General de Sociedades Mercantiles, la ya mencionada “Asociación en Participación”. Este tipo de *asociación* es un contrato, que debe tener la forma escrita, 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. Dado que carece de toda personalidad jurídica, no es una persona y, por tanto, carece de los atributos de la personalidad. Así, no goza de un *nombre* (razón o denominación social) y no está sujeta a registro.

Desde luego que la descripción de “Asociación Civil” que hace el Código Civil Federal no es útil para intentar definir la Asociación Mercantil y, aún menos, la Asociación en Participación, ya que, en su artículo 2670, el Código Civil Federal hace referencia a *individuos*, excluyéndose la posibilidad de que personas colectivas puedan ser asociados.

La Asociación Civil es una reunión no transitoria, lo cual no corresponde al concepto de Asociación en Participación, en tanto que esta puede ser convenida para una sola operación de comercio. Por último, la Asociación Civil no persigue fines económicos y muchos menos lucrativos, en cambio, en la Asociación en Participación tanto asociado como asociante tienen un interés de lucro en la convención.

Pero la diferencia radical que existe entre los conceptos de Asociación Civil y Asociación en Participación consiste en que, en la Asociación Civil, el contrato *crea* una persona colectiva, siendo que la Asociación en Participación, si bien es un contrato, no crea persona alguna y ella misma no ostenta personalidad jurídica.

Tampoco funciona, para efectos de establecer una posible definición de la Asociación en Participación, la descripción que hacen los Códigos Civiles del contrato de Sociedad Civil, ya que en este último existe la combinación de esfuerzos y recursos, en la que la colaboración y participación de los socios forma una voluntad colectiva, teniendo los socios una condición de paridad. En cambio en la Asociación en Participación, aun cuando al igual que en la Sociedad Civil. existe un fin común, la participación de asociado y asociante no consiste en la formación de una voluntad colectiva ni en la creación de una persona colectiva, sino que se agota en una mera relación contractual entre las partes.

La Asociación en Participación es un negocio asociativo que, como todos los contratos, surte efectos sólo entre los otorgantes. Tiene naturaleza asociativa.¹⁴

El contrato de asociación en participación es el antecedente histórico de la sociedad, con la que no debe confundirse, ya que en la simple asociación en ningún momento nace una persona jurídica distinta de los asociados. A esta figura se le han atribuido diversos nombres como contrato de participación, contrato de cuentas en participación, etc.

La Ley General de Sociedades Mercantiles lo tipifica bajo el nombre de asociación en participación en su artículo 252 el cual a la letra dice: “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”.

Para Barrera Graf “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 asociada, bienes o servicios, a cambio de una participación en las utilidades y en las pérdidas que aquélla obtenga, ya sea al explotar su empresa o negociación o al realizar uno o varios negocios mercantiles.”¹⁵

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

¹⁴ *Cfr.* Voz “Asociación Mercantil”. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. *op. cit.* p. 250.

¹⁵ BARRERA GRAF Jorge, “ **Instituciones de Derecho Mercantil**”, Porrúa, México, 1999. p. 233

“El germen de la asociación en participación se encuentra en el contrato medieval de *commenda*, de compleja y rica evolución.”¹⁶

Actualmente la asociación en participación se encuentra regulada por la mayor parte de los códigos de comercio conservando rasgos que permiten incluirla dentro del concepto genérico de sociedad como su tipo mas simple y menos formal.

La asociación en participación se puede clasificar respecto de sus características bajo dos sistemas, ya como una sociedad momentánea o como una sociedad oculta. “Sociedad momentánea, es decir, sociedad constituida para la celebración de un solo acto jurídico o de un número determinado de actos jurídicos, realizados los cuales, desaparece la asociación que al efecto se constituyó. Sociedad oculta, es decir, constituida para un número indeterminado de actos comerciales; pero que no se revela como tal sociedad a los terceros; que permanece como un simple pacto válido entre los socios, inaplicable frente a terceros, por que se supone que ellos no lo conocen.”¹⁷

El Código de Comercio de 1889 recogió las dos tendencias, y en el se regulaban bajo el nombre de asociación comercial, tanto la asociación momentánea como la sociedad oculta.

La Ley General de Sociedades Mercantiles ha completado la evolución que inició el Código de Comercio, y no sólo ha recogido las dos

¹⁶ MANTILLA MOLINA Roberto, “**Derecho Mercantil**”, 2 9ª edición, Porrúa, México, 1999. p. 195

¹⁷ *Idem*.

tendencias doctrinales señaladas anteriormente, sino que ha fusionado en un solo tipo los diversos adoptados por el Código.

Una vez precisado así el concepto de asociación en participación, surge el problema de si puede o no considerarse como una verdadera sociedad. Al respecto las opiniones de los tratadistas se encuentran divididas pues para unos la asociación en participación, es una clase particular de las sociedades; para otros es un contrato afín a la sociedad mercantil pero que se distingue esencialmente de ella.

Respecto de lo vertido en el párrafo anterior, consideramos que la primera solución es la correcta, es decir, la asociación en participación queda comprendida dentro del concepto general de sociedades, aunque con caracteres que la diferencian de las demás sociedades *stricto sensu*.

El autor Cervantes Ahumada, Raúl señala: **“La asociación en participación puede ser singular, o sea de un solo negocio, y plural, o sea de varios negocios. La asociación plural podrá ser parcial, cuando sea de algunos negocios de la empresa del asociante, o total, cuando los comprenda todos, o sea cuando el asociante comparta con el asociado la empresa en su totalidad.”**¹⁸

El carácter esencial de la sociedad es la existencia de un fin común, este carácter existe normalmente en la asociación en participación y consiste en la realización del negocio o negocios para los cuales se constituye.

¹⁸ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Ob. cit.* p.566.

Sin embargo, nuestra Ley actual no resuelve, sino de manera implícita si la asociación en participación es o no una sociedad mercantil pues el artículo 1º de la Ley hace una enumeración de las sociedades mercantiles, entre las cuales no figura la asociación en participación, de aquí puede concluirse que no constituye una sociedad. En cambio, el hecho de que esta figura se regule en la Ley General de Sociedades Mercantiles muestra que no es éste, de forma absoluta el criterio del legislador.

Del análisis de la figura de asociación en participación diremos lo siguiente:

- Se trata de un contrato, según dispone el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y según se desprende del artículo 1793 del Código Civil en cuanto que en virtud de él “se producen o transfieren obligaciones y derechos.”
- Es un contrato bilateral puesto que una persona llamada asociante, concede a otra u otras, que se denominan asociados, que le aporten bienes o servicios, una participación en utilidades y pérdidas. Hay pues dos partes obligadas recíprocamente.
- Se considera de naturaleza consensual pues la asociación en participación no es un contrato real dado que se perfecciona con el mero consentimiento, sin requerirse la entrega, y desde entonces (desde que existe acuerdo de voluntades entre asociante y asociado) obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las

consecuencias que, según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley; esto en términos de lo dispuesto por el artículo 1796 del Código Civil.

- Es traslativo de dominio al menos frente a los terceros, salvo que, si se trata de bienes cuya transmisión deba inscribirse en el Registro Público de la Propiedad una cláusula de reserva de dominio, o bien, que de los bienes y derechos aportados sólo se transmita su uso o goce.
- Oneroso, por que se establecen provechos y gravámenes recíprocos. Para el asociante la aportación que recibe del asociado y para éste, la participación en utilidades y pérdidas. No es gratuito por que el provecho no es solamente para una de las partes.
- Es de carácter aleatorio en cuanto a que las partes del contrato de la asociación en participación, al celebrarlo no pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.
- Es de naturaleza mercantil según lo señala el mencionado artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles por referirse a una empresa o negociación mercantil, o a una o varias operaciones de comercio.

Finalmente debemos decir que la materia fiscal da un tratamiento especial a la figura que nos ocupa, lo anterior se desprende de la lectura del artículo 17-B del Código Fiscal de la Federación que a la letra dice:

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

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

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

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

3. DIFERENCIAS DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

Para el jurista Barrera Graf, “en ambos casos se trata de un contrato cuyas partes obran con una finalidad que les es común, a saber, obtener utilidades o reducir pérdidas en el ejercicio de la empresa o en la ejecución de la operación comercial relativa, es en este sentido que se comprende a la asociación en participación dentro del género de negocio asociativo; no obstante, las dos partes del contrato carecen de la *affectio societatis*, en cuanto a que es el asociante el único que figura.”¹⁹

“Dadas las semejanzas y diferencias entre la sociedad y la asociación en participación, se afirma en la doctrina que estamos en presencia de un *tertium genus*”²⁰. Sin embargo, las diferencias de esta figura con el contrato de sociedad, y con la sociedad misma como negocio especial o *sui generis*, son más que las semejanzas como lo explicaremos a continuación.

La asociación en participación no constituye una persona jurídico-colectiva distinta e independiente de la de sus miembros, como sí sucede en cambio, con toda clase de sociedades. Por ser la asociación en participación un negocio oculto, carece de personalidad, porque ésta se otorga en nuestro derecho en función de la publicidad.

Por carecer de personalidad, el artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que la asociación en participación “no tiene

¹⁹BARRERA GRAF Jorge. *Ob. cit.* p. 239

²⁰ BARRERA GRAF Jorge. “**Las Sociedades en Derecho Mexicano**”, Porrúa, México, 2000 p. 174 y s.

razón social o denominación”, que como indicamos, son atributos de las personas jurídico- colectivas. Además, como se ha dicho, el contrato de asociación en participación es privado y oculto, en cuanto que, “el asociante obra en nombre propio” (artículo 256 Ley General de Sociedades Mercantiles), además, los bienes y derechos que el asociado aporta “respecto a terceros... pertenecen en propiedad al asociante” (artículo 257 Ley General de Sociedades Mercantiles). De ahí que la relación entre las partes sea sólo interna y que no exista el elemento de organización que es característico de las sociedades.

La asociación en participación carece de un patrimonio común (atributo éste de las personas jurídico- colectivas), ya que los bienes o derechos que el asociado aporta ingresan al patrimonio del asociante, como bienes propios.

La asociación en participación carece de órganos sociales, no cuenta con una junta o asamblea de socios, ni con administrador o administradores y tampoco tiene un órgano de vigilancia. Lo anterior es consecuencia de la falta de personalidad y de la ausencia de cualquier organización interna. En este caso solo el asociante figura, y lo hace como el único dueño, titular de las actividades de la empresa, para cuyo funcionamiento recibe las aportaciones del o de los asociados, quienes permanecen ocultos y ajenos a toda intervención legal en la respectiva negociación mercantil.

Al respecto, el maestro Arturo Díaz Bravo apunta lo siguiente: “en efecto, no existe en el ánimo del asociante y de los asociados el deseo de

constituir una corporación o entidad ajena a ellos, como sí lo hay en los otorgantes de un contrato de sociedad: están concientes de que no se conformará un nuevo patrimonio común con las aportaciones; de que no habrá un capital social afecto a las operaciones, ni divisiones del mismo, atribuibles a cada uno de ellos; de que no funcionarán órganos deliberantes de administración o de vigilancia; pero, sobre todo, de que no van a constituir una nueva persona jurídico- colectiva. Por lo que hace a las manifestaciones formales propias de las sociedades, ausentes en la asociación en participación, hay que recordar que esta última no tiene razón o denominación ni hace falta que se otorgue ante un notario o que se inscriba en recurso alguno”.²¹

4. CARACTERÍSTICAS DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

A continuación, haré un análisis específico de las características del contrato de asociación en participación, como son las partes que intervienen en esta figura (asociado y asociante), las aportaciones, el objeto del contrato, así como su funcionamiento, disolución y liquidación.

A) Asociante.

El contrato de asociación en participación se celebra entre el asociante y uno o más asociados, que se encuentran en una misma situación jurídica.

²¹ DÍAZ BRAVO. Arturo, “**Contratos Mercantiles**”, 3ª edición, Harla, México, 1989. p. 115.

Como ya se ha mencionado, el asociante es la persona que recibe de otra u otras que se le asocian, bienes o servicios a cambio de una participación en las utilidades y en las pérdidas que obtenga al explotar su empresa o negociación o al realizar uno o varios negocios mercantiles.

Dispone el artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que el asociante obra en nombre propio, sin que se establezca con motivo del contrato, relación jurídica alguna entre los asociados y los terceros. De lo vertido anteriormente derivan consecuencias como las siguientes:

- El patrimonio formado por los bienes y derechos aportados con motivo de la asociación en participación se confunde con el del asociante.
- El asociante responde, del cumplimiento de las obligaciones que asume con motivo de la asociación en participación con todo su patrimonio.
- Nada impide que el asociante actúe, mediante mandato o comisión, por conducto del asociado.
- La legitimación procesal activa y pasiva, en caso de juicio en el que versen operaciones, bienes o derechos relacionados con la asociación en participación, corresponde exclusivamente al asociante

a) Derechos del asociante.

El principal derecho que tiene el asociante es obtener del asociado una aportación, por la cual conceda a éste participación en las utilidades y pérdidas que obtenga en el ejercicio de su empresa o en la realización de una o varias operaciones de comercio.

Otro derecho es que corresponde al asociante la propiedad de los bienes aportados por el asociado, salvo que el contrato disponga lo contrario.

Por otro lado, al asociante también le corresponde plena y exclusivamente el derecho de administrar la asociación en participación, o dicho de otra forma, la aportación que le hubiere hecho el asociado.

b) Obligaciones del Asociante.

Las obligaciones del asociado son: hacer participe al asociado de las utilidades y de las pérdidas que tenga; salvo disposición en contrario del contrato, rembolsar o reintegrar al asociado los bienes o derechos que aporte, según la naturaleza y el alcance de la aportación que hubiera hecho; además, como consecuencia de ser el asociante el administrador y gestor de la asociación en participación, debe actuar en interés común; y debe también rendir cuentas semestralmente al asociado, según dispone el artículo 43 al que remite el 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El autor Rafael de Pina, considera como obligaciones del asociante las siguientes:

“a) El asociante, según el caso, se obliga a realizar las operaciones de comercio o a explotar la negociación mercantil que constituyan el fin de la asociación; b) Debe entregar a los asociados la participación que se haya convenido sobre las utilidades; c) Debe reintegrar a los asociados las aportaciones que le hayan hecho, en el momento de la liquidación del contrato”.²²

En términos del maestro Mantilla Molina, “El asociante queda obligado a realizar en beneficio común los actos de comercio que constituyen la finalidad de la asociación o a explotar la negociación respectiva, cuando ello sea el fin del contrato.”²³

B) Asociado.

Al igual que la otra parte, el asociado será una persona física o jurídico-colectiva; en este último caso, “puede estar constituido por una o varias personas físicas (pluralidad de asociados), pero que aún siendo dos o más constituirán una sola parte, frente a la cual el asociante se obligue a compartir las utilidades que obtenga”.²⁴

²² PINA VARA, Rafael de. *Ob. cit.* p.223.

²³ *Ibidem.* p. 200

²⁴ BARRERA GRAF, Jorge. *Ob. cit.* p. 239.

a) Atribución de poder al asociado.

En ciertas ocasiones, el asociante otorga al asociado cierta representación, con el objeto de que realice negocios a su nombre y no a favor de la Asociación, que, “ni es persona, ni se hace patente; inclusive, está permitido que aquél designe al asociado como director o gerente general de su empresa, o le otorgue poderes generales o para ciertos actos; y esto mismo puede ocurrir cuando la Asociación en Participación, sólo se refiera a una operación de comercio”.²⁵

b) Derechos del asociado.

Es muy breve la referencia que se hace en cuanto a los derechos del asociado, puesto que tienen la característica de ser personales o de crédito, ya que le corresponde participar en la utilidades generadas y, “salvo que lo contrario se desprenda del contrato, derecho al reembolso, y en caso de incumplimiento del asociante, derecho a los daños y perjuicios a favor del asociado”.²⁶

Cabe resaltar el derecho que tienen los asociados de nombrar un interventor que vigile los actos que el asociante celebra en relación con los bienes o derechos aportados, aptitud establecida en el artículo 47 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

c) Obligaciones del asociado.

²⁵ *Ibidem.* p. 241.

²⁶ *Idem.*

En primer término le corresponde la aportación que debe hacer a favor del asociante, según lo dispuesto por el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el aspecto de la aportación de bienes, con la finalidad de obtener utilidades. Como en el caso de las sociedades personales, la aportación puede consistir en una obligación de dar o en una de hacer.

De igual forma, le incumbe al asociado la obligación de contribuir en las pérdidas, riesgo tomado en cuenta por el ya referido artículo 252.

En tercer lugar, surgen a la luz otras obligaciones accesorias, “como la prohibición al asociado de hacer competencia a su contraparte, sólo existe si el contrato la prevé y en la medida que así lo disponga. Así, pues, el artículo 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles no tiene aplicación automática en la Asociación en Participación”.²⁷

C) Aportaciones.

Haciendo ahora referencia a los bienes aportables, los son todos aquellos que no estén excluidos del comercio en términos del artículo 747 del Código Civil Federal comprendidos los simples derechos, como los de autor, de propiedad industrial y otros.

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

²⁷ *Ibidem.* p. 243.

También es admisible una gran gama de títulos jurídicos de la aportación, como lo son los de propiedad, uso, usufructo, habitación, etc. Al respecto, es de trascendental importancia el pronunciamiento claro de las partes de este contrato, lo anterior, dadas las consecuencias que acarrea el silencio sobre el título jurídico de las aportaciones de bienes que en tal supuesto se presumen *iuris tantum*, entregados en propiedad al asociante.

Lo anterior será válido, a menos que la transmisión requiera, dada la naturaleza de los bienes aportados, de alguna formalidad especial “como ocurre con los bienes raíces y los derechos reales que sobre ellos se constituyan, con las patentes, las marcas, las denominaciones de origen, los nombres comerciales y los derechos de autor, pues en tales casos la transmisión de propiedad precisa de la inscripción en el registro correspondiente.”²⁸

Ahora bien, si el asociado desea reservarse la propiedad de bienes muebles no sujetos a inscripción en algún registro público, es necesario que así se consigne en el contrato, y que el mismo se inscriba en el Registro Público de Comercio que corresponda al lugar en el que ejerce el comercio el asociante.

La buena o mala fe, como ocurre en todos los demás actos jurídicos, desempeña un papel importante, en razón de que, si se demuestra que el tercero no tenía o debía tener conocimiento de ella (cláusula de reserva de dominio), dicho tercero no podrá aducir la falta de inscripción, luego por lo que a él se refiere, y para todos los efectos consiguientes, el asociado

²⁸ DÍAZ BRAVO. Arturo. *Ob. cit.* p. 268.

deberá seguirse considerando propietario de los bienes aportados, esto en atención a lo dispuesto en el artículo 257 de la citada Ley General de Sociedades Mercantiles.

En referencia al párrafo anterior el maestro Cervantes Ahumada expresa: “Los bienes que los asociados aporten se considerarán, en principio, aportados en propiedad al asociante; y si se pactare lo contrario, sólo producirá efectos contra terceros el convenio de no trasladar la propiedad si se inscribe en el Registro Público de Comercio del domicilio comercial del asociante. Como el registro tiene efectos meramente publicitarios en esta materia, los terceros que hayan conocido el convenio o estuvieren obligados a conocerlo, no podrán prevalerse de la falta de registro.”²⁹

D) Objeto.

El objeto de toda Asociación en Participación es enteramente económico; es decir, la finalidad es obtener ganancias o sufrir pérdidas, mediante el aprovechamiento de capital (bienes) o la prestación de servicios.

En efecto, el comentario de Mantilla Molina es atinado al señalar, que “el carácter esencial de la sociedad es la existencia de un fin común; ahora bien, cabe considerar que este carácter existe normalmente en la

²⁹ CERVANTES AHUMADA. Raúl, *Ob. cit.* p. 566.

asociación en participación y consiste en la realización del negocio o negocios para la cual se constituye”.³⁰

Es cierto que en la asociación en participación faltan algunos de los caracteres que se dan en la sociedad en general. Así, en las demás sociedades las aportaciones forman un fondo común, y no se transmiten a una de las partes como sucede en la asociación en participación.

Para el autor Oswaldo Reyes Mora, “el objeto del Contrato de Asociación en Participación es crear derechos y obligaciones. El derecho a las utilidades o a las pérdidas que se obtengan según lo pactado y la obligación por una parte de hacer aportaciones y por otra parte la realización del objeto para el que se formó la asociación”.³¹

El fondo común forma el patrimonio de una nueva persona, la sociedad, mientras que la asociación en participación carece de personalidad jurídico-colectiva, las aportaciones se entregan al asociante, que se convierte en titular de ellas y se encarga de la realización del fin común, según manifiesta el artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

E) Forma del contrato

³⁰ MANTILLA MOLINA, Roberto. *Ob. cit.* p. 197.

³¹ REYES MORA, Oswaldo. “**Contrato Mercantil de Asociación en Participación**”. Editorial PAC, S. A. de C.V., México, 1991, p. 13.

En nuestra legislación, tanto en la civil como en la mercantil, existe el principio de que los contratos obligan por el simple consentimiento de las partes, cuando la misma ley no dispone otra cosa, excepción esta última que tiene tanta importancia como la regla misma.

Dentro de esta excepción, se encuentra el caso de la asociación en participación, que deroga la regla del consentimiento como válido por sí mismo para contraer obligaciones, dado lo estipulado por el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En referencia a la forma que debe tener el contrato de asociación en participación, el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece: “el contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro”.

Cabe señalar que “aquella exigencia de formalidad de la asociación en participación no existe en otros derechos como el español, que permite que se celebre “de palabra” o el italiano del Código de Comercio de 1882, que establecía que la asociación en participación está exenta de formalidades establecidas para la sociedad”.³²

Sin embargo, en la citada Ley, no se establece sanción alguna por la inobservancia de la indicada formalidad, lo cual se responde acudiendo a lo establecido en el artículo 2228 del Código Civil Federal que a la letra señala: “la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes..., produce la nulidad relativa.”

³² BARRERA GRAF. Jorge. *Ob. cit.* p.245.

Al respecto, el contrato de asociación en participación, no se trata de una solemnidad que acarrearía la inexistencia, ni la nulidad absoluta del acto, ya que los actos solemnes son excepcionales en nuestro derecho y su carácter debe desprenderse claramente de una disposición legal. Por tanto, sólo estaríamos ante una nulidad relativa que en caso de invocarse por alguna de las partes, puede subsanarse mediante “la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida” (artículo 2231 Código Civil Federal).

Desde luego que si se reúnen las condiciones a que se refiere el artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberá darse publicidad a ciertos actos realizados dentro de la Asociación en Participación.

Además, considero que resulta conveniente que se celebre por escrito, tanto por la mencionada distribución de utilidades y pérdidas, como por el carácter no traslativo de la aportación al asociante. También es útil dicha formalidad respecto de los derechos de representación o administración que se confieran al asociado por el asociante.

F) Funcionamiento, disolución, y liquidación con las reglas establecidas para la sociedad en nombre colectivo.

Al hablar de las etapas constitutivas de la Asociación en Participación, como son su funcionamiento, disolución y liquidación, el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles hace una importante mención, al ordenar que: *Las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y*

liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo.

Empero, como la Asociación en Participación se trata de un contrato celebrado entre dos sujetos con características propias de un comerciante, ya que el ánimo que impulsa a la sociedad es esencialmente económico, la manera de su funcionamiento, disolución y liquidación podrá ser establecida en el propio contrato de su constitución, pero si éste fuere omiso al respecto, se aplicarán las reglas referentes a la Sociedad en Nombre Colectivo.

En palabras de Mantilla Molina, “debe entenderse que, en cuanto la asociación en participación constituye una forma mucho más simple, habrá reglas de la liquidación de las sociedades, incluso de las sociedades en nombre colectivo, que no serán aplicables a la asociación en participación”.³³

Coincido con el comentario anterior y lo complemento con la idea de Jorge Barrera Graf al estipular que, “en efecto, la Asociación en Participación, por su carácter privado y oculto, no funciona ni puede funcionar como la Sociedad en Nombre Colectivo. No estamos aquí en presencia de un contrato de organización, ni hay una persona jurídico-colectiva distinta, ni aportación a favor de la Asociación en Participación, ni pluralidad de socios. Las reglas del funcionamiento social son propias y peculiares de aquélla”.³⁴

³³ Ob. Cit. p. 205.

³⁴ Ob. Cit. p. 247.

Al hablar del funcionamiento de la Asociación en Participación, algunas de las disposiciones aplicables de la de Sociedad en Nombre Colectivo son, por ejemplo, la posibilidad de que el asociado puede rescindir el contrato en los casos de las fracciones II a IV del artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (no en los casos de la fracción I porque todos los negocios son propios del asociante; y tampoco de la fracción V porque en ninguno de sus supuestos se terminaría la relación con el asociante): así como que la Asociación en Participación se extingue por las causas de disolución que enumera el artículo 229, fracciones I, II y III (no, obviamente, en los casos de las fracciones IV y V), o por la muerte de una de las dos partes, salvo pacto de continuación con los herederos del *de cuius*, y el consentimiento de éstos (artículo 230).

En cuanto a la disolución de la Asociación en Participación, no son aplicables las causas de disolución consistentes en el derecho de retiro de un socio a que se refieren los artículos 33, 34, 38 y 42 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; porque la disolución por retiro y también por exclusión, son fenómenos aplicables sólo a negocios plurilaterales como el de la sociedad.

Por último, en la liquidación de la Asociación en Participación no será indispensable el nombramiento de un liquidador, debido a que no hay un patrimonio común que realizar, sino que se trata simplemente de un ajuste de cuentas que puede hacerse sin intervención de tal liquidador.

Los bienes y derechos aportados entran al patrimonio del asociante y, al momento de liquidarse la Asociación en Participación, cualquiera que sea la causa, las utilidades y pérdidas que se hayan originado y que

correspondan al asociado, se deberán imputar a éste, por el asociante, y no por liquidador alguno (pues no es necesaria su intervención como ya hemos referido en el párrafo anterior). Cabe recordar, que en la Asociación en Participación no habrá patrimonio que liquidar, “a diferencia de las sociedades que cuentan con un patrimonio común y un activo social, que al momento de la liquidación debe repartirse entre los acreedores y el remanente distribuirse entre los socios”.³⁵

a) Extinción de la Asociación en Participación

Son distintas las causas de terminación en la Asociación en Participación, establecidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, tales como:

1. Vencimiento del plazo al que estuviera sujeto (artículo 229, fracción I).
2. Cumplimiento del objetivo de la Asociación, según lo indicado por el contrato ó, por darse la imposibilidad de la realización de tal finalidad (artículo 229, fracción II).
3. Por mutuo acuerdo de las sujetos integrantes de la Asociación (artículo 229, fracción III).
4. Porque el número de accionistas sea inferior al establecido por la ley (artículo 229, fracción IV).
5. Por darse la pérdida de las dos terceras partes del capital social (artículo 229, fracción V).

Por otro lado, “como contrato bilateral (y además, en los términos del artículo 50, fracciones. II y III Ley General de Sociedades Mercantiles), la

³⁵ *Ibidem.* p. 248.

Asociación en Participación puede rescindirse por cualquiera de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte, y demandar en ese caso el pago de los daños y perjuicios que tal incumplimiento provoque. Puede, igualmente, la parte agraviada exigir el cumplimiento del contrato y también el pago de daños y perjuicio (artículo 1949 Código Civil.)”³⁶

De igual forma, la Asociación en Participación puede darse por terminada por la comisión de actos fraudulentos o dolosos del asociante en violación de los derechos del asociado (artículo 50, fracción IV), y por la muerte de alguna de las partes, cuando en el contrato de Asociación en Participación no se pacte su continuación con los herederos, siempre que éstos acepten continuar en ella (artículo 234).

El derecho fiscal, que es una obligación de contribuir en forma equitativa y proporcional, por parte de los ciudadanos mexicanos, por disposición constitucional artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que debe tener los principios de: generalidad, uniformidad, justicia, justicia impositiva, seguridad jurídica, legalidad tributaria, capacidad contributiva.

El autor Hugo Carrasco Iriarte, en su obra Derecho Fiscal I, determina que **“los criterios de vinculación entre los hechos causa de las contribuciones y los titulares de la potestad fiscal. En esta subsección debe hacerse referencia a la nacionalidad, la residencia y el lugar del hecho generador”**³⁷, pero el derecho fiscal, no puede ser fuente para crear la personalidad de una organización, prevista en otra Ley y que no le da personalidad, como es la Asociación en Participación.

³⁶ *Idem.*

³⁷ CARRASCO IRIARTE, HUGO. **DERECHO FISCAL I**. MÉXICO. 2001. IURE EDITORES. p. 47.

Por otra parte el autor Adolfo Arrijo Vizcaino en su obra Derecho Fiscal, menciona sobre el aspecto constitucional: **“refiriendo esto último al derecho fiscal, podemos afirma, que como se irá viendo a lo largo de esta obra del texto cada día es y será mayor el numero de principios jurídicos de comportamiento y de organización contenidos en la Constitución que se encuentran vinculados a las actividades tributarias del Estado. Una parte importante de los preceptos constitucionales, incluyendo alguna de las garantías individuales contienen una evidente referencia a diversos aspectos de la función fiscal”**³⁸. Si de debe de cumplir la Ley Suprema de toda la Unión, la formalidad de las leyes publicadas con anterioridad al hecho deben ser respetadas, y si la Ley General de Sociedades Mercantiles, no le da personalidad jurídica a la Asociación en Participación, el Derecho Fiscal no debe crear la personalidad jurídica, por esa razón se procede en el capítulo siguiente al análisis jurídico.

³⁸ ARRIOJA VIZCAINO, ADOLFO. **DERECHO FISCAL**. MÉXICO. 1999. DÉCIMA CUARTA EDICIÓN, EDITORIAL THEMIS. p. 31.

CAPÍTULO III.

ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN CON PERSONALIDAD.

1. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN PARA EFECTOS FISCALES.

La materia fiscal da un tratamiento especial a la figura que nos ocupa, lo anterior se desprende de la lectura del artículo 17-B del Código Fiscal de la Federación que a la letra dice:

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

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

se entenderá incluida a la asociación en participación considerada en los términos de este precepto.

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

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

La redacción de este artículo del Código Fiscal de la Federación es desafortunada debido a que en su primer párrafo considera que la Asociación en Participación surge de un “convenio”. Utilizando un lenguaje estrictamente técnico, no se trata de un “convenio”, sino de un contrato. Vale mencionar que el artículo 1792 del Código Civil Federal describe al convenio como “*el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.*” Siendo que en la Asociación en Participación no se llevan a cabo todas esas consecuencias jurídicas, es decir, que en la creación de esta forma societaria sólo se *crean* obligaciones y derechos por parte del asociante y el asociado.

El artículo 1793 del mismo Código Civil Federal establece que los contratos son “*convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos*”. Siendo que el asociante y asociado crea todo un cúmulo de obligaciones y derechos en virtud de un acuerdo de voluntades es menester

considerar que el acto jurídico que motiva el nacimiento de la Asociación en Participación es un *contrato*, no un convenio en su sentido lato.

Ahora bien, en su último párrafo, el artículo en comento establece que la Asociación en Participación se identificará con una “denominación o razón social [...] o en su defecto, con el nombre del asociante...”. Como es fácil apreciar, esta disposición carece de técnica en tanto que establece que la Asociación en Participación tendrá una denominación social, pues esta es utilizada únicamente en sociedades de capitales, tales como la sociedad anónima (artículos 87 y 88 Ley General de Sociedades Mercantiles).

El concepto “razón social” es utilizado para las sociedades llamadas de personas, tales como la sociedad en nombre colectivo y en comandita simple (artículos 25 y 51 Ley General de Sociedades Mercantiles). La razón social se compone con los nombres de los socios, de todos ellos o únicamente con el nombre de alguno de ellos, de ahí la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada de todos los socios en la sociedad en nombre colectivo y de los comanditados en la sociedad en comandita simple.

Por lo que si el Código Fiscal de la Federación establece que en el nombre de la Asociación en Participación figurará el propio del asociante, se entiende que se trata de una auténtica razón social, siendo innecesario hacer la dicha aclaración.

Como podemos apreciar, el Código Fiscal de la Federación le otorga personalidad jurídica a la Asociación en Participación, debido a que la considera como un agremiado de individuos dedicados a la obtención de utilidades y, por consiguiente, al manejo de capital con finalidad lucrativa.

Cabe mencionar que el citado artículo 17-B del Código Fiscal de la Federación fue adicionado a éste cuerpo legal en el mes de Enero de 2004, por lo cual, debido a su reciente incorporación, consideramos que es necesario hacer algunos comentarios relativos al tratamiento que se le daba a esta figura en la materia fiscal antes de la citada reforma.

La Ley de Impuesto sobre la Renta, consideraba a este tipo de asociación con carácter mercantil, estableciendo que la utilidad obtenida sería un ingreso calificado para las personas físicas. También en las pérdidas en caso de que las hubiere, serán consideradas para las personas físicas, gozando del beneficio de deducción de conformidad con las reglas que le fueren aplicables al caso concreto.

Respecto a lo vertido en los párrafos precedentes, cabe hacer mención de lo que consideramos constituye la principal diferencia de la normatividad anterior con la que rige actualmente; como se observa, antes de la reforma de 2004 se consideraba, aún para efectos fiscales, a la asociación en participación como una figura que no gozaba de personalidad jurídica.

En cambio, la regulación vigente establece que la asociación en participación está obligada a cumplir con las mismas obligaciones fiscales, en los mismos términos y bajo las mismas disposiciones establecidas para las personas jurídico-colectivas en las leyes fiscales. Por tanto, para la materia fiscal, la asociación en participación será incluida entre las personas jurídico-colectivas.

Ahora bien, la Ley del Impuesto sobre la Renta, en el primer párrafo de su artículo 8 nos da la definición de lo que para efectos fiscales debe entenderse por persona moral estableciendo lo siguiente:

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

El mismo Código Fiscal establece que el asociante está obligado a pagar contribuciones por la totalidad de los actos o actividades que lleven a cabo, mediante cada asociación en participación de la que sea parte, confirmando la posición que guarda la legislación fiscal respecto de la figura objeto de nuestro estudio.

También se puede ver el que un contrato mercantil de Asociación en Participación se puede celebrar con dos o más contribuyentes, luego entonces, el sujeto pasivo no será el sujeto denominado Asociante ni tampoco se exceptúan a los sujetos denominados Asociados sino que los contribuyentes serán siempre los partícipes del contrato mercantil, sólo para el cumplimiento de las obligaciones señaladas en la Ley del Impuesto Sobre la Renta y para los pagos provisionales se establece que el asociante cumplirá dichas obligaciones y responderá como un administrador responde ante este tipo de obligaciones, por el solo hecho de serlo.

La Asociación en Participación por sí misma no es contribuyente del Impuesto sobre la Renta, sólo serán sujetos a la Renta las personas físicas y las personas morales.

Tomando como base el ya reiterado hecho de que será la asociación en participación considerada como persona jurídico-colectiva, procederemos a enumerar las obligaciones principales que como tal tendrá dentro de la materia fiscal, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que indica lo siguiente:

Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en este Título, además de las obligaciones establecidas en otros artículos de esta Ley, tendrán las siguientes:

I. Llevar la contabilidad de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento y el Reglamento de esta Ley, y efectuar los registros en la misma. Cuando se realicen operaciones en moneda extranjera, éstas deberán registrarse al tipo de cambio aplicable en la fecha en que se concierten.

II. Expedir comprobantes por las actividades que realicen y conservar una copia de los mismos a disposición de las autoridades fiscales. El Servicio de Administración Tributaria podrá liberar del cumplimiento de esta obligación o establecer reglas que faciliten su aplicación, mediante disposiciones de carácter general.

III. Expedir constancias en las que asienten el monto de los pagos efectuados que constituyan ingresos de fuente de riqueza ubicada en México de acuerdo con lo previsto por el Título V de esta Ley o de los pagos efectuados a los establecimientos en el extranjero de instituciones de crédito del país, en los términos del artículo 51 de la misma y, en su caso, el impuesto retenido al residente en el extranjero o a las citadas instituciones de crédito.

IV. Presentar, a más tardar el día 15 de febrero de cada año, ante las autoridades fiscales, la información correspondiente de las personas a las que les hubieran efectuado retenciones en el año de calendario anterior conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 127 de esta Ley.

V. Formular un estado de posición financiera y levantar inventario de existencias a la fecha en que termine el ejercicio, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias respectivas.

VI. Presentar declaración en la que se determine el resultado fiscal del ejercicio o la utilidad gravable del mismo y el monto del impuesto correspondiente, ante las oficinas autorizadas, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que termine dicho ejercicio. En dicha declaración también se determinarán la utilidad fiscal y el monto que corresponda a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.

VII. Presentar, a más tardar el día 15 de febrero de cada año, ante las autoridades fiscales y mediante la forma oficial que al efecto aprueben dichas autoridades, la información siguiente:

a) *El saldo insoluto al 31 de diciembre del año anterior, de los préstamos que le hayan sido otorgados o garantizados por residentes en el extranjero; y*

b) *El tipo de financiamiento, nombre del beneficiario efectivo de los intereses, tipo de moneda, la tasa de interés aplicable y las fechas de exigibilidad del principal y de los accesorios, de cada una de las operaciones de financiamiento a que se refiere el inciso anterior.*

VIII. Presentarán a más tardar el día 15 de febrero de cada año la información de las operaciones efectuadas en el año de calendario inmediato anterior con clientes y proveedores mediante la forma oficial que para tal efecto expidan las autoridades fiscales. Para estos efectos, los contribuyentes no se encuentran obligados a proporcionar la información de clientes y proveedores con los que en el ejercicio de que se trate, hubiesen realizado operaciones por montos inferiores a \$50,000.00.

Cuando los contribuyentes lleven su contabilidad mediante el sistema de registro electrónico, la información a que se refiere esta fracción deberá proporcionarse a las autoridades fiscales en dispositivos magnéticos procesados en los términos que señale el Servicio de Administración Tributaria, mediante disposiciones de carácter general.

Independientemente de la obligación prevista en los dos párrafos anteriores, la información a que se refiere esta fracción podrá ser solicitada por las autoridades fiscales en cualquier tiempo, después del mes de febrero del año siguiente al ejercicio al que corresponda la información solicitada, sin que dicha solicitud constituya el inicio de las facultades de comprobación a que se refiere el Código Fiscal de la Federación. Para estos

efectos, los contribuyentes contarán con un plazo de 30 días hábiles para entregar la información solicitada, contados a partir de la fecha en la que surta efectos el requerimiento respectivo.

IX. Presentar a más tardar el día 15 de febrero de cada año la información siguiente:

a) De las personas a las que en el año de calendario inmediato anterior les hubieren efectuado retenciones de impuesto sobre la renta, así como de los residentes en el extranjero a los que les hayan efectuado pagos de acuerdo con lo previsto en el Título V de esta Ley.

b) De las personas a las que les hubieran otorgado donativos en el año de calendario inmediato anterior.

X. Las declaraciones a que se refiere este artículo, así como las mencionadas en los artículos 118, fracción V y 143, último párrafo, de esta Ley, deberán presentarse a través de medios electrónicos en la dirección de correo electrónico que al efecto señale el Servicio de Administración Tributaria, mediante disposiciones de carácter general.

XI. Llevar un registro de las operaciones que efectúen con títulos valor emitidos en serie.

XII. Obtener y conservar la documentación comprobatoria, tratándose de contribuyentes que celebren operaciones con partes relacionadas residentes en el extranjero, con la que demuestren que el monto de sus ingresos y deducciones se efectuaron de acuerdo a los precios o montos de

contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, la cual deberá contener los siguientes datos:

a) El nombre, denominación o razón social, domicilio y residencia fiscal, de las personas relacionadas con las que se celebren operaciones, así como la documentación que demuestre la participación directa e indirecta entre las partes relacionadas.

b) Información relativa a las funciones o actividades, activos utilizados y riesgos asumidos por el contribuyente por cada tipo de operación.

c) Información y documentación sobre las operaciones con partes relacionadas y sus montos, por cada parte relacionada y por cada tipo de operación de acuerdo a la clasificación y con los datos que establece el artículo 215 de esta Ley.

d) El método aplicado conforme al artículo 216 de esta Ley, incluyendo la información y la documentación sobre operaciones o empresas comparables por cada tipo de operación.

Los contribuyentes que realicen actividades empresariales cuyos ingresos en el ejercicio inmediato anterior no hayan excedido de \$13'000,000.00, así como los contribuyentes cuyos ingresos derivados de prestación de servicios profesionales no hubiesen excedido en dicho ejercicio de \$3'000,000.00 no estarán obligados a cumplir con la obligación establecida en esta fracción, excepto aquéllos que se encuentren en el supuesto a que se refiere el penúltimo párrafo del artículo 215 de esta Ley.

El ejercicio de las facultades de comprobación respecto a la obligación prevista en esta fracción solamente se podrá realizar por lo que hace a ejercicios terminados.

La documentación e información a que se refiere esta fracción deberá registrarse en contabilidad, identificando en la misma el que se trata de operaciones con partes relacionadas residentes en el extranjero.

XIII. Presentar, conjuntamente con la declaración del ejercicio, la información de las operaciones que realicen con partes relacionadas residentes en el extranjero, efectuadas durante el año de calendario inmediato anterior, que se solicite mediante la forma oficial que al efecto aprueben las autoridades fiscales.

XIV. Tratándose de personas morales que hagan los pagos por concepto de dividendos o utilidades a personas físicas o morales:

- a) Efectuar los pagos con cheque nominativo no negociable del contribuyente expedido a nombre del accionista o a través de transferencias de fondos reguladas por el Banco de México a la cuenta de dicho accionista.*
- b) Proporcionar a las personas a quienes les efectúen pagos por los conceptos a que se refiere esta fracción, constancia en la que se señale su monto, así como si éstos provienen de las cuentas establecidas en los artículos 88 y 100 de esta Ley, según se trate, o si se trata de los dividendos o utilidades a que se refiere el primer*

párrafo del artículo 11 de la misma. Esta constancia se entregará cuando se pague el dividendo o utilidad.

c) Presentar, a más tardar el día 15 de febrero de cada año, ante el Servicio de Administración Tributaria, la información sobre el nombre, domicilio y Registro Federal de Contribuyentes, de cada una de las personas a quienes les efectuaron los pagos a que se refiere esta fracción, así como el monto pagado en el año de calendario inmediato anterior.

XV. Tratándose de personas morales que celebren operaciones con partes relacionadas, éstas deberán determinar sus ingresos acumulables y sus deducciones autorizadas, considerando para esas operaciones los precios y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables. Para estos efectos, aplicarán cualquiera de los métodos establecidos en el artículo 216 de esta Ley.

XVI. Presentar, a más tardar el día 15 de febrero de cada año ante las oficinas autorizadas, declaración en la que proporcionen la información de las operaciones efectuadas en el año de calendario anterior, a través de fideicomisos por los que se realicen actividades empresariales en los que intervengan.

XVII. Llevar un registro específico de las inversiones por las que se tomó la deducción inmediata en los términos del artículo 220 de esta Ley, anotando los datos de la documentación comprobatoria que las respalde y describiendo en el mismo el tipo de bien de que se trate, el por ciento que para efectos de la deducción le correspondió conforme al citado artículo

220, el ejercicio en el que se aplicó la deducción y la fecha en la que el bien se dé de baja en los activos del contribuyente.

La descripción en el registro de las inversiones a que se refiere el párrafo anterior, se deberá efectuar a más tardar el día en que el contribuyente presente o deba presentar su declaración del ejercicio en el que efectúe la deducción inmediata de dicha inversión, salvo que el bien se dé de baja antes de la fecha en que se presente o se deba presentar la declaración citada, en cuyo caso, el registro del bien de que se trate se realizará en el mes en que se dé su baja.

El contribuyente deberá mantener el registro de los bienes por los que se optó por la deducción inmediata a que se refiere esta fracción, durante todo el plazo de tenencia de los mismos y durante los diez años siguientes a la fecha en que se hubieran dado de baja.

XVIII. Llevar un control de inventarios de mercancías, materias primas, productos en proceso y productos terminados, según se trate, conforme al sistema de inventarios perpetuos. Los contribuyentes podrán incorporar variaciones al sistema señalado en esta fracción, siempre que cumplan con los requisitos que se establezcan mediante reglas de carácter general.

Los contribuyentes que opten por valuar sus inventarios de conformidad con el cuarto párrafo del artículo 45-G de esta Ley, deberán llevar un registro de los factores utilizados para fijar los márgenes de utilidad bruta aplicados para determinar el costo de lo vendido durante el ejercicio, identificando los artículos homogéneos por grupos o departamentos con los

márgenes de utilidad aplicados a cada uno de ellos. El registro a que se refiere este párrafo se deberá tener a disposición de las autoridades fiscales durante el plazo establecido en el artículo 30 del Código Fiscal de la Federación.

Al haber señalado la disposición fiscal anterior, tenemos que hacer mención de las medidas aplicables a nuestra figura en estudio, puesto que es importante enfatizar el doble género que persigue la Asociación en Participación; en este caso, al profundizar en el papel que juega frente al Estado, como centro de imputación de gravámenes tributarios.

La Asociación en Participación, como persona jurídico-colectiva, está obligada a llevar su contabilidad conforme a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, incluidas las disposiciones del reglamento de dicho código. Se destaca que cuando la asociación en participación realice operaciones en moneda extranjera, estas deberán registrarse en la contabilidad al tipo de cambio aplicable en la fecha en que estas se concierten.

Deberá también la asociación en participación, expedir comprobantes por las actividades que realice, de los cuales además, deben conservar una copia a disposición de las autoridades fiscales.

La expedición de constancias también será un deber para la asociación en participación respecto de los pagos efectuados que constituyan ingresos de fuente de riqueza ubicada en México.

Tiene obligación también, en tanto persona jurídico-colectiva, de presentar la información relativa a las retenciones que efectúe, así como la información de las personas a quienes se les hubieren efectuado. Esto es aplicable también para las retenciones hechas a residentes en el extranjero.

Además, debe formular estados financieros y realizar inventarios de existencia a la fecha en que termine el ejercicio. Igualmente esta obligada a presentar declaración anual en la que se determine el resultado fiscal del ejercicio correspondiente o la utilidad gravable del mismo y el monto del impuesto correspondiente.

Deben las personas jurídico-colectivas presentar una declaración de los préstamos otorgados o garantizados por residentes en el extranjero, esto es que si la asociación en participación recibe algún préstamo del extranjero o una garantía por una persona que resida fuera del territorio nacional, debe declarar dicha situación a la autoridad competente.

De igual forma, debe enterar a la autoridad fiscal la información referente sus clientes y proveedores aunque, cabe aclarar, que esta información sólo estará obligada a proporcionarla cuando le sea requerida.

Finalmente, en caso de que la asociación en participación tenga como integrante a un asociado residente en el extranjero debe obtener y conservar la documentación comprobatoria con la que demuestre el monto de sus ingresos y deducciones.

Ahora bien, la figura que nos ocupa no sólo está regulada por el Código Fiscal de la Federación y la Ley de Impuesto sobre la Renta, sino que la Ley del Impuesto al Activo hace mención de la misma en su artículo Séptimo Bis que se refiere a los fideicomisos y a la asociación en participación con actividades empresariales, el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO 7o.-BIS.- Cuando a través de un fideicomiso o de una asociación en participación se realicen actividades empresariales, la fiduciaria y el asociante, cumplirán por cuenta del conjunto de fideicomisarios o en su caso, del fideicomitente, cuando no hubieran sido designados los primeros, o por cuenta propia y de los asociados, según corresponda, con la obligación de efectuar los pagos provisionales a que se refiere el artículo 7o. de la misma, por el activo correspondiente a las actividades realizadas por el fideicomiso o asociación, considerando para tales efectos el activo que correspondió a dichas actividades en el último ejercicio de la fiduciaria o asociante.

Tratándose de los contratos de asociación en participación y de fideicomiso, los fideicomisarios, o en su caso, el fideicomitente cuando no hubieran sido designados los primeros, el asociante y cada uno de los asociados según se trate, para determinar el valor de su activo en el ejercicio, adicionarán el valor del activo en el ejercicio correspondiente a las actividades realizadas por el fideicomiso o la asociación en participación y podrán acreditar el monto de los pagos provisionales de este impuesto efectuados por la fiduciaria o el asociante, según corresponda a los fideicomisarios, o en su caso, al fideicomitente cuando no hubieran sido designados los primeros, o a los asociados.

Las fiduciarias aplicarán lo dispuesto en el artículo 6o. penúltimo párrafo de esta Ley, siempre que los fideicomisarios, o en su caso, el fideicomitente, cuando no hubieran sido designados los primeros, se encuentren en alguno de los supuestos establecidos en el párrafo citado.”

Expliquemos ahora, de forma general, lo relativo al tratamiento de los considerados ingresos derivados de las actividades realizadas por las personas jurídico-colectivas entre las que figura la asociación en participación, como lo establece el artículo 17 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

La asociación en participación, al calcular el monto de su tributación deberá acumular como ingresos la totalidad de sus percepciones en efectivo, en bienes, en servicios y en créditos, además de los otros que considera como tales la Ley de Impuesto sobre la Renta.

Estos otros ingresos se establecen en el artículo 20 del citado cuerpo legal y son los siguientes:

- Los ingresos determinados por la autoridad fiscal, inclusive cuando lo hace presuntivamente.*
- También, se consideran ingresos acumulables la utilidad derivada por la transmisión de propiedad de bienes por pago en especie, para lo cual se requiere un avalúo practicado por persona autorizada por las autoridades fiscales.*
- Las accesiones o construcciones de mejoras en instalaciones o mejoras permanentes en bienes inmuebles, que de*

conformidad con los contratos por los que se otorgó su uso o goce queden a beneficio del propietario.

- *Otro rubro considerado como ingreso acumulable es el derivado de las ganancias por enajenaciones en activos fijos, fusiones, escisiones, reducciones de capital y liquidaciones.*
- *También lo son los gastos por cuenta de terceros, es decir, los viáticos, siempre y cuando no sean respaldados con la documentación comprobatoria a nombre de aquél por cuenta de quien se efectúa el gasto.*

De lo anterior se concluye que, dadas las disposiciones fiscales que hemos analizado, la asociación en participación debe cumplir con la gran mayoría de las obligaciones establecidas para las personas jurídico-colectivas, independientemente del tratamiento que le otorga la legislación mercantil, en la que como ya se ha señalado no se le considera como una persona jurídico colectiva.

EL PROBLEMA JURÍDICO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES QUE NO RECONOCE PERSONALIDAD JURÍDICA A LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no otorga, ni reconoce personalidad jurídica a la Asociación en Participación, si bien la considera como una forma societaria. Naturalmente que pocas disposiciones de las sociedades mercantiles son aplicadas a la Asociación en Participación, pues la carencia de personalidad jurídica impide que la actualización de disposiciones tales como el nombre, domicilio y capacidad.

Históricamente, las resoluciones del Poder Judicial de la Federación han considerado que la Asociación en Participación carece de personalidad jurídica, siendo su naturaleza jurídica un simple contrato.

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

cuando el contrato exhibido por el quejoso, independientemente de la denominación que se le dé, no reúne las características apuntadas, no puede ser considerado como un contrato de asociación en participación, y, por ende, resulta insuficiente para acreditar tanto el carácter de asociante que dice tener, como el interés jurídico que le asiste para promover el juicio de amparo, y debe decretarse el sobreseimiento en el mismo.

Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIV, Noviembre de 1994. Tesis: III. 2o. C. 420 C. Página: 415.

Amparo en revisión 335/94. Sonia Katia Rodríguez Campos. 31 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Ricardo Lepe Lechuga.

En el ámbito de validez material del derecho mercantil, el contrato de Asociación en Participación no crea una persona colectiva, es decir, no crea un ente social como finalidad de la asociación de los sujetos.

ASOCIACION EN PARTICIPACION, CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE. De acuerdo con el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, llamada el asociante, concede a otra llamada el asociado, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, a cambio de la aportación de bienes o servicios del asociado. La esencia de la asociación en participación radica en que se trata de una sociedad oculta que sólo rige o surte efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote, ya que carece de personalidad jurídica, de razón y de denominación, según lo establece el artículo 253 del mismo ordenamiento, y es por esto que el artículo 256 determina que el asociante obra en nombre propio y que no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados. Persiguiendo este mismo afán de mantener oculta la asociación, la Ley establece en el artículo 257, que respecto de terceros, los

bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna 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, y agrega este artículo que aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.

Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: Cuarta Parte, LXXVI. Página: 22.

Amparo directo 5688/60. Bulmaro Carranza Cervantes. 17 de octubre de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela.

Es posible apreciar que la Suprema Corte, siguiendo el texto legal ha resuelto que la Asociación en Participación carece de toda personalidad jurídica, pues en todo caso se trata de un negocio oculto que no afecta la relación entre terceros y el asociado, ya que corresponde al asociante llevar toda clase de actos jurídicos ante terceros.

Cuando se habla de un negocio oculto que versa en el beneficio común de los socios, Oswaldo Reyes reitera: “se ha dicho que la Asociación en Participación es una sociedad oculta y otros tratadistas señalan que es una sociedad momentánea. Definiendo estos conceptos se diría que una sociedad oculta es una Asociación constituida para un número indeterminado de actos comerciales, más no se revela como sociedad a los terceros, válida sólo entre los socios”.¹

Es decir, el carácter que denota la Ley General de Sociedades Mercantiles en lo referente a la Asociación en Participación es puramente comercial, con alcances frente a los particulares (terceros), que de alguna manera, se inmiscuyen en el ámbito

¹ REYES MORA, Oswaldo. *Ob. cit.* p. 4.

mercantil de la Asociación; “el contrato es de carácter mercantil y todos los actos que realice serán de naturaleza mercantil, de acuerdo a su objeto y fin de Contrato de Asociación”.²

La personalidad jurídica, en la esfera del Derecho mercantil, no existe para la Asociación en Participación, sino que dicha personalidad únicamente recae en los sujetos que en ella participan, con sus propias características, obligaciones, derechos y responsabilidades que surjan en el núcleo de actividades emprendidas para el funcionamiento de este órgano.

Lo anterior recae en lo indicado por el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que a la letra dispone: *Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:*

- I.- Sociedad en nombre colectivo;*
- II.- Sociedad en comandita simple;*
- III.- Sociedad de responsabilidad limitada;*
- IV.- Sociedad anónima;*
- V.- Sociedad en comandita por acciones, y*
- VI.- Sociedad cooperativa.*

Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrán constituirse como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del Capítulo VIII de esta Ley.

² *Ibidem.* p. 13.

Es en este punto se recalca que todas y cada una de las Sociedades Mercantiles reguladas por la Ley, poseen personalidad jurídica propia, distinta a la de los individuos que las conforman, principio contrario a lo establecido para la regulación de la Asociación en Participación (siguiendo el criterio jurídico-mercantil); es por ello, que la cualidad intrínseca de aquéllas "...conduce a atribuirles capacidad, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad, si bien, como a poco se verá, estas características, en el caso de las sociedades, no pueden tener el mismo alcance que en las personas físicas, pues no debe perderse de vista que estamos en presencia de una personalidad ficticia, artificialmente creada por la ley,"³ lo cual, tiene por efecto el nacimiento de una persona jurídica- colectiva.

Como se podrá observar, la Asociación en Participación no aparece en ninguna fracción de la disposición anterior; por ende, es interesante recordar que cuando se crea una nueva sociedad nace un nuevo sujeto jurídico, mientras que en nuestra figura en estudio no se crea en sí una sociedad, sino que su esencia recae, simple y llanamente, en ser un contrato mercantil.

Por este motivo recalco el significado de la Asociación en Participación en el ámbito comercial, ya que no podrá, bajo ninguna circunstancia, tener personalidad jurídica propia, debido a que es representada por un contrato y equiparable a las sociedades en nombre colectivo, sin personalidad jurídica, el asociante debe de contribuir a las obligaciones fiscales, por ser una actividad mercantil, sin necesidad de darle personalidad jurídica, y en esta forma se cumple en todos sus términos el concepto de las contribuciones, previstas en las leyes tributarias, el artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, contiene el precepto de

³ DÍAZ BRAVO, ARTURO. "DERECHO MERCANTIL". EDITORIAL IURE, MÉXICO, 2002, P. 66.

quien debe de cumplir tratándose de una Asociación en Participación, al ordenar:

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

Conflicto de leyes para efectos de las operaciones fiscales que son correlativas a los actos de comercio realizados por una Asociación en Participación y la responsabilidad de los asociantes y asociados.

Es evidente que en el orden jurídico mexicano son simultáneamente aplicables a un mismo caso (la Asociación en Participación) dos normas, y entre éstas existe una aparente contradicción. En este sentido se está ante un *conflicto normativo*, siendo que la posible interpretación que se da al fenómeno pretendería que solamente una de las normas en conflicto puede ser aplicada.

Un conflicto normativo se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, en virtud de los procedimientos de su creación o de sus contenidos, respectivamente. Si bien la Ley General de Sociedades Mercantiles no otorga personalidad jurídica a la Asociación en Participación, la legislación fiscal sí lo hace. Existe un conflicto entre las dos normas jurídicas, en cuanto a la determinación de la naturaleza de la figura en estudio.

Uno de los criterios involucrados es el desconocimiento de personalidad que realiza la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículo 253) al contrato de Asociación en Participación. Por otro lado, existe la postura que se compone de dos artículos de leyes fiscales (artículos 17-B del Código Fiscal de la Federación y 8° de la Ley del Impuesto sobre la Renta) las cuales otorgan personalidad jurídica a la Asociación en Participación.

En el orden jurídico nacional un mismo acto jurídico (la Asociación en Participación) tiene dos distintas sanciones, las cuales son evidentemente contradictorias. Esta aparente contradicción no tiene una consecuencia modesta, pues se dirige hacia la misma naturaleza jurídica de la institución.

En la Asociación en Participación el conflicto normativo, como es posible apreciar, se encuentra en la consecuencia normativa, pues el conflicto de sanciones se produce cuando las consecuencias jurídicas prescritas a la realización de una conducta son distintas en dos normas que regulan un mismo supuesto.

Tanto la Ley General de Sociedades como la Ley del Impuesto sobre la Renta y el Código Fiscal de la Federación regulan el mismo supuesto, es decir, un convenio (contrato) en virtud del cual una persona se asocia con otra para participar en una actividad inicialmente lucrativa (empresarial). De tal manera que no existe, de antemano, contradicción respecto a las obligaciones de las partes, ni en el motivo condicionante de su voluntad. No obstante, como arriba se afirmó, el conflicto se haya en las consecuencias legales (efectos de derecho).

Enfatizo que toda Asociación en Participación realizará una cierta actividad empresarial, entendiendo a ésta como “...toda aquella que se encamina a la obtención de una utilidad o beneficio económico, que lleva siempre la intención de alcanzar un lucro.”⁴ Sin embargo, cuando dicho acto de comercio se sitúa dentro de la hipótesis prevista en la norma fiscal, como generadora de una contribución, deberá cumplir con las obligaciones que al efecto establece la normatividad fiscal, dado el tratamiento especial que ésta hace respecto de la figura, objeto de nuestro estudio.

Si tomamos en cuenta la responsabilidad fiscal de los asociados, éstos tendrán la obligación de responder por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir el asociante.

Aquellas obligaciones que deje de cumplir el asociante serán responsabilidad también de los asociados, esto se establece para que los asociados estén al pendiente de que el asociante cumpla con las disposiciones que la autoridad establece y así tener la información correspondiente a las actividades desarrolladas y especialmente que se enteren a tiempo los impuestos tanto los provisionales como aquellos que deben de retenerse.

En lo que se refiere a las personas físicas y su ingreso de la Asociación en Participación que se considera como un ingreso proveniente de actividades empresariales tendrán que cumplir con las disposiciones fiscales respectivas, desde la inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes hasta el lleva sus registros contables.

⁴ REYES MORA, Oswaldo. *Ob. cit.* p. 51.

Las declaraciones, aviso, solicitud de inscripción en el Registro Federal de Contribuyentes y demás documentos que exijan las disposiciones fiscales se presentarán en las oficinas que al efecto autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Realizando un esbozo general, podemos determinar, que tanto desde el punto de vista de la Ley General de Sociedades Mercantiles como de las leyes fiscales, cabe enfatizar que las utilidades percibidas por los negocios pertenecientes a la misma deben atribuirse a un solo sujeto del impuesto. En efecto, de acuerdo con el anterior ordenamiento jurídico, la Asociación en Participación carece de personalidad jurídica; es el asociante frente a tercero el único sujeto de la relación y el asociado para nada interviene, pues las relaciones entre el asociante y el asociado se explican en virtud de un contrato que carece de trascendencia jurídica respecto de terceros.

La Ley del Impuesto sobre la Renta y el Código Fiscal de la Federación determinan a su vez, que cualquier agrupación que aún sin tener personalidad jurídica, constituye una unida económica diversa de sus miembros, tiene el carácter de sujeto y deudor del crédito fiscal, luego la Asociación en Participación que constituye una unida económica queda sujeta las normas que rigen el impuesto.

Para concluir con este punto, basándome en las consideraciones anteriores, me atrevo a afirmar que el conflicto normativo surge en la determinación de la naturaleza de la Asociación en Participación, más no en su manejo, pues queda claro que, en cuanto a las consecuencias comerciales entre los socios y frente a terceros, surtirá lo dispuesto por la legislación mercantil; mientras que para efectos fiscales frente al Estado, la

Asociación en Participación, emana como un ente con personalidad jurídica propia, con el propósito de contribuir con sus aportaciones tributarias correspondientes, ya que es considerada como una unidad económica empresarial.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. Al establecer que todo individuo, por el hecho de surgir a la vida jurídica, se convierte en sujeto de derecho, podemos derivar de lo anterior que la personalidad jurídica es la cualidad que tiene todo sujeto de derecho para ser centro de imputación de derechos y obligaciones; es por ello, que la *persona* es el ente y la *personalidad* es la aptitud, ya que son conceptos relacionados entre sí, pero tienen un significado diferente.

SEGUNDA. Como se apreció, la *personalidad jurídica* es la consecuencia directa del surgimiento de todo sujeto de derecho, puesto que aquélla no podría darse sin una persona a la cual atribuírsela.

TERCERA. La legislación civil federal y la legislación mercantil, regulan ampliamente el concepto de *personalidad jurídica*, estableciendo que, tanto una persona física como una persona jurídico-colectiva (moral), tendrán sus características propias, dando lugar a los *atributos de la personalidad*, los cuales, entrañan la esencia de la naturaleza jurídica de los sujetos de derecho.

CUARTA. La naturaleza jurídica esclarece el sentido particular de cualquier figura de Derecho en estudio; en nuestro caso, la naturaleza jurídica de la personalidad radica en ser titular de derechos y obligaciones.

QUINTA. El contrato mercantil es un acto de comercio, es decir, un acto jurídico que realiza el comerciante con la intención de realizar el fin u objeto de su empresa; se considera mercantil cuando su regulación parte de lo establecido en las leyes relativas a dicha materia; surge ante la existencia de una infinidad de relaciones contractuales entre los sujetos pertenecientes a una colectividad, en lo que concierne principalmente a sus relaciones económicas de carácter privado.

SEXTA. La Asociación en Participación, según se desprende de la correcta interpretación de la ley societaria, es un *contrato* por el cual una persona llamada asociante otorga a otra u otras personas llamadas asociados, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil u operación de comercio debido a que los segundos (asociados) le aportan bienes o servicios al primero (asociante) para la realización del fin de dicha negociación u operación comercial.

SÉPTIMA. La Asociación en Participación, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades, no constituye una persona jurídico-colectiva distinta e independiente de la de sus miembros; carece de personalidad y, por tanto de los atributos que de ella surgen como nombre, domicilio, patrimonio, etc.; tampoco tiene órganos sociales y en general no posee organización interna alguna.

OCTAVA. El contrato de asociación en participación debe constar por escrito por constituir lo anterior una formalidad legal; además, resulta

conveniente que se celebre por escrito por la distribución de las utilidades o pérdidas y por el carácter no traslativo de la aportación al asociante.

NOVENA. La Asociación en Participación tiene personalidad jurídica para efectos del derecho fiscal cuando realice actividades empresariales, esto en términos de lo dispuesto en el artículo 17-B del Código Fiscal de la Federación.

DÉCIMA. La Asociación en Participación está obligada a cumplir con las mismas obligaciones fiscales, en los mismos términos y bajo las mismas disposiciones establecidas para las personas jurídico-colectivas en las leyes fiscales, por tanto, para la materia tributaria, la asociación en participación será incluida entre las personas jurídico-colectivas.

DÉCIMA PRIMERA. La Ley General de Sociedades Mercantiles atribuye a la Asociación en Participación el carácter de contrato; por ende, la figura contractual sólo surtirá efectos para las partes intervinientes de la misma y, frente a terceros, cuando así lo estipule el objeto materia del contrato.

DÉCIMA SEGUNDA. Bajo el criterio judicial, la Asociación en Participación siempre se ha considerado como un contrato mercantil con fines lucrativos, es por ello, que en la doctrina y en la jurisprudencia prospera el aspecto comercial, puesto que el aspecto económico es pilar fundamental para el desarrollo de las actividades productivas entre los particulares.

DÉCIMA TERCERA. Aunque la Ley General de Sociedades Mercantiles reconoce a la Asociación en Participación como figura comercial, el hecho cierto es que no es considerada como sociedad mercantil, aunque sus propios elementos propicien la suposición de la existencia de un *ente* en particular distinto, a la propia persona de los contratantes.

DÉCIMA CUARTA. En realidad, el conflicto normativo entre la materia mercantil y la fiscal surge cuando se desea aplicar un criterio general de identificación para la Asociación en Participación, pues queda claro que tal institución surtirá un doble efecto: por un lado entre las partes y frente a terceros y, por el otro, frente al Estado como recaudador de contribuciones.

BIBLIOGRAFÍA.

- Arrijoa Vizcaino, Adolfo. **Derecho Fiscal**. México. 1999. Décima Cuarta Edición, Editorial Themis
- BARRERA GRAF Jorge, **“Instituciones de Derecho Mercantil”**, Porrúa, México, 1999.
- BARRERA GRAF Jorge. **“Las Sociedades en Derecho Mexicano”**, Porrúa, México. 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **“Diccionario de Derecho Usual”**. Tomo II, 12ª. Edición, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 1979.
- CAPITANT, Henri. **“Vocabulario jurídico”**. 6ª. Editorial Depalma. Argentina, 1979.
- Carrasco Iriarte, Hugo. **“Derecho Fiscal I”**. México. 2001. Iure Editores.
- CASTÁN TOBEÑAS. **“Compendio de Derecho Civil”**. 5ª. Edición, España, 1983.
- CERVANTES AHUMADA. Raúl, **“Derecho Mercantil”**, Primer Curso, 4ª edición, Editorial Herrero S.A., México, 1984. Cuarte edición.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. **“Derecho Mercantil”**. Iure Editores, S.A. de C.V., México, 2002.
- DÍAZ BRAVO. Arturo, **“Contratos Mercantiles”**, 3ª edición, Harla, México, 1989.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo. **“Derecho Civil. Parte general. Personas. Cosas. Negocio Jurídico e Invalides”**. Porrúa, México, 1990.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, **“Derecho Civil, Parte general”**, 8ª Edición, Porrúa, México, 2000.

- GALINDO GARFIAS, Ignacio. **“Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas y familia”**. 15ª. Edición, Porrúa, México, 1997.
- GARRIGUES, Joaquín. **“Curso de Derecho Mercantil”**. 9 Edición, Porrúa, México, 1998.
- MANTILLA MOLINA Roberto, **“Derecho Mercantil”**, 2 9ª Edición, Porrúa, México, 1999. Primera Reimpresión.
- PINA VARA, Rafael de. **“Elementos de Derecho Mercantil Mexicano”**. 25ª. Edición, Porrúa, México, 1996.
- PINA VARA, Rafael de. **“Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción-Personas-Familia”**. Volumen I. 19ª. Edición, Porrúa, México, 1995.
- REYES MORA, Oswaldo. **“Contrato Mercantil de Asociación en Participación”**. Editorial PAC, S. A. de C.V., México, 1991.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. **“Derecho Civil Mexicano. Introducción y personas”**. Tomo I, 6ª. Edición, Porrúa, México, 1990.
- TRABUCCHI, **“Instituciones de Derecho Civil”**. T. I, 15ª Edición, España, 1971.
- URÍA, Rodrigo. **“Derecho Mercantil”**. 24ª. Edición, Editorial Marcial Pons, S.A., España, 1997.

REVISTAS ESPECIALIZADAS.

- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. **“Los derechos humanos subjetivos fundamentales de la persona física jurídica”**. Revista de la Facultad de Derecho. UNAM, 2000.

DICCIONARIOS JURÍDICOS.

- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo P-Z. Segunda edición revisada y aumentada. Publicado por la Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

- Código Civil Federal.
- Código de Comercio.
- Código Fiscal de la Federación.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Ley del Impuesto Sobre la Renta.
- Ley de Impuesto al Activo.